

c.c. e con motivazione contraddittoria, la corte di merito abbia considerato il pagamento dell'assegno mediante compensazione a mezzo stanza alla stregua di una mera operazione contabile priva di effetti definitivi ed abbia, inoltre, ritenuto che nella specie il pagamento del titolo da parte della banca trattaria fosse indebito (e, come tale ripetibile) soltanto perché la banca sosteneva di averlo effettuato sull'erroneo presupposto che sul conto del traente esistesse sufficiente provvista. La doglianza è fondata. Con la convenzione di assegno il titolare del conto conferisce alla banca il mandato di effettuare i pagamenti, che ad essa vengano di volta in volta ordinati con la emissione degli assegni, prelevandone gli importi dai fondi depositati sul conto. Con la emissione di ciascun assegno il correntista-traente promette al prenditore e contestualmente ordina alla banca il pagamento. Con il pagamento dell'assegno la banca adempie al mandato, utilizzando la provvista costituita in forza della convenzione di assegno ed eseguendo l'ordine di pagamento, ed in tal modo estingue il debito contratto dal traente nei confronti del prenditore. Nel quadro di rapporti così delineato la banca trattaria non assume alcuna obbligazione verso il prenditore (come può desumersi dall'art. 4 r.d. 21 dicembre 1933 n. 1736, che vieta al trattario l'accettazione dell'assegno, dall'art. 18, che sanziona di nullità la girata del trattario ed equipara a quietanza la girata in favore del trattario, dall'art. 28, che vieta al trattario di concedere avallo, e, più in generale, dalla mancanza di qualsiasi accenno della legge ad una qualsiasi azione contro il trattario), ma presta per il traente un servizio di cassa, svolgendo, per ogni emissione di assegno, funzione di delegato passivo di pagamento.

Se la provvista manca o è insufficiente, la banca trattaria può legittimamente rifiutare il pagamento dell'assegno, ma la legittimità del rifiuto va considerata esclusivamente in relazione ai diritti e agli obblighi attribuiti al traente e al trattario dalla convenzione di assegno, con la quale la banca si è obbligata a pagare il titolo solo se sul conto esistono fondi sufficienti, non anche in relazione alla pretesa del prenditore, nei cui confronti il rifiuto di pagamento della banca non può in alcun caso considerarsi — in sé e per sé — illegittimo, giacché, come si è detto, verso il prenditore la banca non assume obbligazioni, onde potrebbe rifiutare, senza alcuna particolare motivazione, anche il pagamento di un assegno coperto, di ciò rispondendo soltanto nei confronti del correntista-traente.

Se, tuttavia, la banca paga un assegno privo di copertura, ritenendo per errore la sufficienza della provvista, il pagamento non può — per ciò solo — ritenersi indebito (né oggettivamente, né soggettivamente) — e non è, quindi, suscettibile di ripetizione — perché è avvenuto in base ad un titolo emesso in conformità delle norme che regolano la circolazione degli assegni e, quindi, in favore di un soggetto munito di legittimazione cartolare, al quale la banca trattaria non può utilmente prospettare il proprio errore, inerente al rapporto di provvista originato dalla convenzione di assegno (che rispetto al prenditore è *res inter alios*), ostandovi la disposizione dell'art. 1271, 2° comma, c.c., che non consente al delegato di opporre al delegatario le eccezioni che potrebbe opporre al delegante (Cass. 14 giugno 1994, n. 5770, *Forb it.*, Rep. 1994, voce *Obbligazioni in genere*, n. 36).

A conclusione non diversa deve pervenirsi nell'ipotesi corrispondente al caso in esame) in cui il prenditore dell'assegno sia una banca ed il pagamento del titolo avvenga mediante compensazione a mezzo stanza. Non può, infatti, consentirsi con la difesa del credito resistente, che, facendo propria una argomentazione della sentenza impugnata, fa corrispondere il pagamento a mezzo stanza ad una mera operazione contabile, priva di qualsiasi effetto definitivo. In realtà, una volta esaurita la possibilità di recupero del pagamento con una operazione di storno, la compensazione a mezzo stanza acquista, sotto ogni profilo, carattere di definitività e proprio per questo il pagamento avvenuto in tale sede è, se indebito, assoggettabile a ripetizione. Nella specie, per le ragioni innanzi esposte, il pagamento dell'assegno tratto dal Muoio sul Credito italiano in favore della Cassa di risparmio di Lucania e Calabria non avrebbe potuto ritenersi indebito e pertanto il giudice del gravame di merito, che ha, invece, ammesso la ripetizione, è effettivamente incorso nella denunciata violazione di legge.

L'accoglimento dei motivi testé esaminati rende superfluo l'esame del terzo motivo (con cui la Carical, osservando d'aver ricevuto l'assegno in qualità di semplice girataria per l'incasso,

sostiene che l'azione di ripetizione proposta nei suoi confronti avrebbe, a maggior ragione, dovuto considerarsi priva di fondamento) e del quarto motivo (con cui la Carical si duole d'essere stata condannata, in favore del Credito italiano, anche al risarcimento dei danni ex art. 1224 c.c. ed al pagamento delle spese processuali), che appaiono assorbiti.

L'impugnata sentenza va, dunque, cassata, con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Catanzaro, che si uniformerà ai principi di diritto innanzi enunciati.

CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza 15 gennaio 2000, n. 426; Pres. ed est. R. SGROI, Rel. BERRUTI, P.M. MACCARONE (concl. diff.); Sculco (Avv. SCULCO) c. Pirovano (Avv. CASELLA PACCA, BRIZZI), Liverani. *Cassa App. Milano 10 gennaio 1997.*

Mandato — Gestione di patrimonio mobiliare — Contestazione dell'esecuzione — Termine per contestare i conti di liquidazione — Decadenza — Irrilevanza (Cod. civ., art. 1712, 1832). Mandato — Gestione di patrimonio mobiliare — Mancanza di limiti — Esecuzione secondo buona fede — Correttezza — Diligenza — Necessità — Fattispecie (Cod. civ., art. 1175, 1375).

Il termine di dieci giorni entro il quale contestare i conti di liquidazione, fissato dall'art. 53 degli usi della borsa valori di Milano, non è applicabile alla contestazione dell'esecuzione del mandato di gestione del patrimonio mobiliare. (1) Anche nel caso in cui l'investitore abbia conferito al remisier dell'agente di cambio un mandato di gestione mobiliare privo di limitazioni, il contratto deve essere eseguito, ai sensi dell'art. 1375 c.c., secondo buona fede, che va intesa come lealtà, alla stregua delle regole della correttezza richiamate dall'art. 1175 c.c. (nella specie, è stata ritenuta non conforme a tali regole la gestione di un patrimonio di valore inferiore a un miliardo di lire, comportante costi, nell'arco di un biennio, di circa trecento milioni di lire). (2)

(1) Del principio formulato nella sentenza in rassegna non constano precedenti applicazioni. Circa l'operatività delle decadenze previste dagli usi di borsa, v., in termini diversi, Cass. 18 luglio 1997, n. 6625, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Borsa*, n. 16; Trib. Milano 15 maggio 1986, *id.*, Rep. 1987, voce cit., n. 45, e *Banca, borsa, ecc.*, 1987, II, 647; 13 dicembre 1982, *Foro it.*, Rep. 1985, voce cit., n. 20, e *Banca, borsa, ecc.*, 1984, II, 521, nonché 21 giugno 1982, *Foro it.*, Rep. 1984, voce cit., n. 14, e *Banca, borsa, ecc.*, 1984, II, 131.

(2) Nella pronuncia in epigrafe la Cassazione per la prima volta affronta il tema della responsabilità per gestione di valori mobiliari chiusa in passivo. Neanche nella giurisprudenza di merito si rintracciano precedenti specifici, con la sola esclusione — oltre alle due sentenze di merito, inedite — di Trib. Milano 9 ottobre 1995, *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Valori mobiliari*, n. 48, e *Banca, borsa, ecc.*, 1996, II, 563. Cfr., più in generale, Cass. 9 gennaio 1997, n. 108, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Commissione*, nn. 1, 3, e *Arch. civ.*, 1997, 854; Trib. Milano 18 gennaio 1996, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Valori mobiliari*, n. 91, e *Banca, borsa, ecc.*, 1998, II, 367; Trib. Roma 15 marzo 1996, *Gius.*, 1996, 1033; 5 giugno 1985, *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Borsa*, n. 18, e *Impresa*, 1986, 160, con nota di ALESSI. In materia di responsabilità degli intermediari finanziari, occorre ricordare la diversa problematica concernente i danni causati ai clienti dall'attività dei promotori finanziari. Sul punto, cfr. Trib. Milano 11 giugno 1998, *Contratti*, 1999, 487, con nota di MANIACI; Trib. Torino 10 aprile 1998, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Valori mobiliari*, nn. 100-102, e *Contratti*, 1999, 45, con nota di GIRINO; Trib. Milano 2 maggio 1996, *Foro it.*, Rep. 1998, voce cit., nn. 87, 88, e *Resp. civ.*, 1997, 1235, con nota di ANNUNZIATA. Per una panoramica più generale sull'intera problematica, v. anche LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999.

Svolgimento del processo. — Con citazione notificata il 22 maggio 1992, l'avv. Nicola Sculco conveniva dinanzi al Tribunale di Milano il dott. Alberto Pirovano, esponendo che alla fine di luglio del 1988 si era recato presso lo studio del convenuto, per conferirgli la gestione di alcuni titoli azionari; che veniva ricevuto dal rag. Adelio Liverani, remissore dell'agente di cambio Pirovano, che gli faceva sottoscrivere alcuni moduli in bianco; che dopo alcuni giorni aveva dato disposizioni alla Cariplo di operare il trasferimento a favore del Pirovano di alcuni titoli presso di questa depositati; che nel settembre 1988

era stato assicurato dal Liverani circa l'andamento positivo della gestione di quei titoli; che nel gennaio 1989 l'avv. Sculco aveva versato al Pirovano la somma di lire 61.864.300, per l'acquisto di ulteriori azioni; che aveva richiesto l'invio dell'estratto conto promessogli, dato che i conti di liquidazione risultavano di difficile lettura e non idonei all'illustrazione della gestione titoli; che nell'aprile 1990 egli aveva ricevuto dal Pirovano una lettera con la quale questi lo avvertiva della rischiosità delle operazioni effettuate a causa del loro carattere speculativo; che egli rispondeva il 2 maggio 1990, chiedendo l'invio di idonea

Per gli opportuni approfondimenti, si rinvia alla nota di F. DI CIOMO che segue.

* * *

Clausole generali e responsabilità civile dell'intermediario mobiliare.

I. - *Dall'acquitrino all'odierna pronuncia.* La sentenza in epigrafe interviene in un'annosa e complessa questione riguardante la responsabilità dell'agente di cambio e del suo *remisier* per gestione di patrimonio mobiliare chiusa in passivo. A dirla tutta, la vicenda processuale è ancora lontana da una conclusione definitiva, in quanto — a seguito dell'intervento correttivo della Cassazione — la patata bollente (invero assai intiepidita) torna alla corte d'appello che dovrà pronunciarsi in qualità di giudice del rinvio.

Tuttavia l'odierna decisione si impone all'attenzione dell'operatore per almeno due ordini di ragioni. Il primo: mai prima d'ora la Suprema corte aveva potuto affrontare il delicato problema della responsabilità degli intermediari finanziari per gestione poco oculata o non corretta (1), e ciò a fronte di una disciplina di settore sempre più attenta a soddisfare le istanze garantiste provenienti dai clienti-investitori e le obiettive esigenze di certezza e trasparenza del mercato (2). Il secondo: nel caso concreto, viene sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità un'attività di gestione-negoziazione di valori mobiliari interamente compiuta in un momento storico nel quale il mercato mobiliare italiano appariva una sorta di *far west* senza regole (3). Da allora ad oggi, nell'arco di circa dieci anni, il diritto delle attività finanziarie in Italia si è evoluto, passando da un vuoto regolamentare sostanziale ad una sistemazione dignitosa. L'acquitrino paludoso, nel quale si era arenato lo stesso mercato, è stato ampiamente bonificato, a partire dalla l. 2 gennaio 1991 n. 1 (c.d. legge Sim), attraverso i diversi interventi legislativi e regolamentari di cui si darà conto in seguito.

La Cassazione, non potendo nel caso di specie applicare direttamente le disposizioni che oggi regolano l'intermediazione mobiliare, in quanto inesistenti all'epoca dei fatti in causa, riesce comunque a risolvere la questione concreta ottenendo un risultato analogo a quello raggiungibile attraverso l'utilizzazione delle nuove regole. In altre parole, la corte, ricorrendo alle clausole generali di buona fede, diligenza e correttezza (4), nonché a valutazioni di equità sostanziale (5), applica tacitamente

te ed indirettamente i più moderni criteri di valutazione dell'attività dell'intermediario finanziario e così evita di respingere le pretese dell'investitore danneggiato (già soccombente nei primi due gradi di giudizio) a cagione dell'inesistenza, all'epoca dei fatti, di precise regole prudenziali che vincolassero gli agenti di cambio.

II. - *Problemi ricostruttivi.* La decisione è figlia di mal celato travaglio. Le conclusioni antitetiche cui sono pervenuti i giudici di legittimità e di merito, nonché il contrasto di opinioni rilevabile all'interno della stessa prima sezione della Suprema corte (del quale la posizione assunta dal p.m. è, nella circostanza, ben più che un indizio) evidenziano la delicatezza delle questioni dibattute (6).

Procedendo con ordine, va subito sottolineato come la corte non esiti ad accettare la qualificazione del rapporto tra cliente ed agente di cambio nei termini di mandato a gestire, così come formulata dalle stesse parti senza censure nei giudizi di merito (7). È bene segnalare, tuttavia, come l'inquadramento teorico di tale rapporto dipenda, di volta in volta, dalle circostanze concrete (8). Così può accadere che l'attività dell'agente di cambio venga ricondotta nell'ambito della mediazione (9), ovvero della commissione (10).

Oggi la normativa di settore distingue diverse attività (consulenza, ricezione e trasmissione dell'ordine, gestione di portafogli, negoziazione, collocamento, nonché, più in generale, sollecitazione e raccolta di pubblico risparmio (11)), disciplinate in modo spesso peculiare, sicché una stessa questione risente notevolmente della sua riconduzione ad un paradigma piuttosto che all'altro. Ecco perché, ad esempio, occorre distinguere il mandato di gestione dall'«ordine di borsa», sebbene in concreto i confini tra le due figure non siano sempre evidenti (12). A proposito del c.d. mandato di gestione, va rilevato come il riferimento espresso a tale fattispecie negoziale, contenuto nell'art. 3 della direttiva 93/22/Cee, non sia stato accolto dal nostro legislatore che, in sede di recepimento, ha preferito non prendere posizione sulla natura del contratto con il quale si conferisce ad un intermediario la gestione di portafogli di investimento (13).

(6) In senso contrario alla pronuncia in epigrafe, oltre alle due sentenze di merito, inedite, v. Trib. Milano 9 ottobre 1995, *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Valori mobiliari*, n. 48, e, in estenso, *Banca, borsa, ecc.*, 1996, II, 563, nella quale figura come convenuto lo stesso agente di cambio protagonista della vicenda in rassegna.

(7) La bibliografia sul mandato è ampia. V., da ultimo, SANTAGATA, *Del mandato (art. 1710-1721)*, in *Commentario Scialoja-Branca* a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1998, IV.

(8) Cfr. GAGGERO, *Attività e soggetti dell'intermediazione mobiliare*, in *Nuova giur. civ.*, 1995, II, 274, e ALCARO, *Mandato e attività professionale*, Milano, 1988, il quale ritiene in parte fuorviante l'applicazione della disciplina del mandato al contratto di prestazione professionale, in particolare modo quando si tratti di professione intellettuale.

(9) Così Cass. 17 marzo 1989, n. 1319, *Foro it.*, 1989, I, 2195, con nota di TEDESCHI. V. anche Cass. 2 giugno 1992, n. 6677, *id.*, 1992, I, 3306.

(10) Cfr. Cass. 9 gennaio 1997, n. 108, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Commissione*, nn. 1, 3, e, in estenso, *Arch. civ.*, 1997, 854, nonché Cass. 23 marzo 1989, n. 1464, *Foro it.*, 1989, I, 2185.

(11) In particolare, oggi, ai sensi dell'art. 201, 7° comma, d.leg. 58/98, gli agenti di cambio possono esercitare i servizi di: negoziazione per conto terzi, collocamento, ma con particolari limitazioni, gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi, ricezione e trasmissione di ordini, nonché mediazione. Essi possono svolgere altresì l'offerta fuori sede dei propri servizi di investimento e i servizi accessori di cui all'art. 1, 6° comma, lett. c), con alcuni limiti, f) e g); nonché le attività connesse e strumentali.

(12) V., in proposito, Cass. 15 novembre 1995, n. 11834, *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Borsa*, n. 23, e, per esteso, *Corriere giur.*, 1996, 655, con nota di BALESTRA, e *Società*, 1996, 771, con nota di SCALIA, nella quale si afferma, che «il c.d. ordine di borsa [. . .], non è inquadrabile in alcuna delle categorie negoziali tipiche previste dal codice civile e, in particolare, non è riconducibile allo schema della commissione, né a quello della mediazione, né a quello del mandato, ma configura un contratto atipico». Così anche Trib. Firenze 30 gennaio 1986, *Foro it.*, Rep. 1986, voce cit., n. 21, e, per esteso, *Società*, 1986, 732. Cfr. App. Milano 16 dicembre 1994, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., nn. 32, 34, 35, e, in estenso, *Foro pad.*, 1995, I, 43.

(13) V. l'art. 1, 5° comma, lett. d), e l'art. 24, 1° comma, d.leg. 58/98.

(1) I pochi precedenti di merito riguardano la *mala gestio* di promotori finanziari, con relativa responsabilità oggettiva dell'intermediario (v., da ultimo, Trib. Milano 11 giugno 1998, *Contratti*, 1999, 487, con nota di MANIACI, nonché Trib. Torino 10 aprile 1998, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Valori mobiliari*, nn. 100-102, e, per esteso, *Contratti*, 1999, 45, con nota di GIRINO; Trib. Milano 2 maggio 1996, *Foro it.*, Rep. 1998, voce cit., nn. 87, 88, e *Resp. civ.*, 1997, 1235, con nota di ANNUNZIATA). Cfr. Coll. arb. Milano 26 marzo 1996, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratti bancari*, n. 32, e voce *Valori mobiliari*, nn. 87-91, e *Banca, borsa, ecc.*, 1996, II, 669.

(2) Per alcune considerazioni sul punto, v. ALPA, *Qualche rilievo civilistico sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1998, I, 372; più in generale, LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999.

(3) Sulle regole prudenziali applicabili agli agenti di cambio prima della l. 1/91, v. CELONA, *Disciplina e deontologia degli agenti di cambio*, Milano, 1987. Più in generale, sulla disciplina della gestione di patrimoni mobiliari ante 1991, v., ex multis, DOTTARELLI, *Le gestioni collettive ed individuali di patrimoni mobiliari*, in *Giur. merito*, 1988, 954; GAMBINO, *Intermediazione finanziaria e gestioni patrimoniali mobiliari: confini e collegamenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 33. V. altresì i contributi, tutti intitolati *L'intermediazione finanziaria non bancaria*, di CARBONE, in *Corriere giur.*, 1987, 1315; PIGA, in *Giur. comm.*, 1987, I, 178; SARCINELLI, in *Riv. società*, 1986, 952; FAZIO, *ibid.*, 935.

(4) Per una trattazione aggiornata, v. E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standard valutativi e principi generali dell'ordinamento* (nota a Cass. 13 aprile 1999, n. 3645), in *Foro it.*, 1999, I, 3558; RECCHIONI, *Norme «elastiche», standard valutativi e sindacato di legittimità della Cassazione*, in *Corriere giur.*, 1999, 720, e PANUCCIO, *Applicazioni giurisprudenziali degli standard valutativi*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 85.

(5) In sentenza, tra l'altro, si afferma che le «regole di integrazione» debbano essere utilizzate per distribuire tra le parti il rischio insito nell'operazione.

documentazione, onde comprendere quale fosse la valorizzazione dei suoi titoli, anche in considerazione del fatto che non aveva mai autorizzato il Pirovano a compiere operazioni speculative, ma soltanto a conservare ed accrescere la posizione originaria; che quindici giorni dopo, aveva ricevuto una lettera dal dott. Pirovano, che riconosceva che i risultati della gestione non erano affatto buoni; che con lettera 7 giugno 1990 l'avv. Sculco aveva revocato il mandato conferito al Pirovano ed in data 2 luglio 1990 gli aveva contestato il travalicamento dei limiti del mandato, che avrebbe dovuto avere solo ad oggetto la gestione

Il problema, a ben vedere, è quello tradizionale della riconduzione di atti atipici all'interno di sicure categorie positive, a cui si aggiunge la questione relativa ai requisiti di forma necessari per la validità o l'efficacia degli stessi (14). La creazione di precise regole applicabili ai contratti mediante i quali si esercita l'attività di intermediazione mobiliare ha indotto parte della dottrina, negli ultimi anni, a ravvisare l'esistenza di una nuova ed autonoma categoria di negozi (15). Altra dottrina, al contrario, ritiene che la normativa di settore abbia creato una «disciplina cornice» per tutti i rapporti sorti in ambito finanziario, bisognosa di essere integrata attraverso l'applicazione delle disposizioni previste per il mandato, per la commissione, per il deposito, per il comodato, per il mutuo ed altri rapporti ancora, a seconda che la singola operazione sia inquadrabile in una figura tipica piuttosto che in un'altra (16). Un'ulteriore dottrina, infine, sottolineando come le diverse ipotesi implicino un incarico gestorio per conto altrui, propone di ricondurle tutte nell'ambito della disciplina tradizionale del mandato, integrata dalle norme speciali (17).

III. - *L'agente di cambio ed il suo «remisier»*. La l. 1/91 ha inciso profondamente sulla professione dell'agente di cambio, inaugurando un processo di soppressione-estinzione di tale figura che pare senza ritorno. Qui interessa evidenziare come la norma rilevante a riguardo, ossia l'art. 19 (1° e 2° comma), non richiamasse, tra le disposizioni applicabili agli agenti di cambio, l'art. 6, che conteneva «principi generali e regole di comportamento». Fino al d.leg. 415/96 si ritenne, dunque, che gli agenti di cambio non fossero sottoposti, ad esempio, all'obbligo di stipulare contratti in forma scritta (18). E ciò anche in virtù del fatto che essi erano esclusi dalla diretta operatività sia dei regolamenti Consob 5387/91 e 8850/94, sia del regolamento Banca d'Italia del 2 luglio 1991. Solo in virtù dell'applicazione analogica e dell'interpretazione estensiva fu così possibile parlare di correttezza e diligenza degli agenti di cambio (19). Il richiamato d.leg. 415/96 segna l'auspicata inversione di rotta (poi confermata dal d.leg. 58/98); esso infatti, all'art. 61, dichiara applicabile l'art. 6 (ed altre disposizioni) l. 1/91 agli agenti di cambio, col risultato di sottoporre questi ultimi anche alla restante normativa di settore riguardante le regole prudenziali rivolte agli intermediari finanziari. Tale riflessione spiega perché oggi, in tema di norme comportamentali, sia possibile accomunare gli agenti di cambio agli altri soggetti che operano nei mercati finanziari e parlare, pur mantenendo un certo grado di approssimazione, di intermediari in generale.

Quanto alla qualificazione giuridica dell'attività svolta dagli agenti di cambio, si registrano diverse posizioni. In particolare, ad una tesi che li ritiene professionisti intellettuali, se ne contrappone un'altra che li considera alla stregua di imprenditori commerciali (20). Questa seconda soluzione pare da preferire, visto che l'agente di cambio è soggetto al fallimento (art. 4 l. 267/42) ed è oggi obbligato a tenere le

(14) V., tra gli altri, MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in MAZZAMUTO-TERRANOVA (a cura di), *L'intermediazione mobiliare. Studi in onore di Aldo Maisano*, Napoli, 1993, 154; LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996.

(15) In particolare, cfr. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992; ALPA, *La legge sulle Sim e i contratti con i «clienti»*, in *Banca impr. società*, 1991, 205.

(16) Cfr. CERA, *L'attività di intermediazione mobiliare e la disciplina contrattuale*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1994, I, 23; CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, id., 1993, I, 300, e, prima della l. 1/91, ROPPO, *Investimento in valori mobiliari (contratto di)*, in *Contratto e impr.*, 1986, 261.

(17) Cfr., tra gli altri, SANTORO, *Gli obblighi di comportamento degli intermediari mobiliari*, in *Riv. società*, 1994, 791; BOCHICCHIO, *Intermediazione mobiliare e sollecitazione del pubblico risparmio nella disciplina del mercato mobiliare*, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. economia* diretto da GALGANO, Padova, 1994, XX; ALCARO, *op. cit.*

(18) V. le comunicazioni n. Bor/Rm/94010072 del 7 novembre 1994, e n. Bor/Rm/94011259 del 6 dicembre 1994. Oggi anche gli agenti di cambio devono rispettare l'obbligo di stipulazione per iscritto riprodotto nell'art. 30, 1° comma, reg. n. 11522 della Consob.

(19) L'unico richiamo in tal senso era contenuto nell'art. 21 l. 402/67.

(20) La dottrina prevalente parla di imprenditori commerciali; cfr. COLTRO CAMPI, *I contratti di borsa nella giurisprudenza*, Milano, 1987, I, 157.

conservativa dei titoli e non il compimento di operazioni a rischio e sproporzionate rispetto al valore del patrimonio, né la sostituzione dei titoli originari con altri di valore differente, in contrasto con le istruzioni.

Tanto premesso in fatto, in linea di diritto la citazione contenuta alcune considerazioni (sulla responsabilità dell'agente di cambio, ai sensi delle disposizioni sul mandato e degli art. 1175 e 1375 c.c.) ed affermava che il Pirovano era responsabile dei danni arrecati allo Sculco nella gestione del mandato conferitogli, svolto esclusivamente per un proprio profitto, consistente

scritture contabili tipiche dell'impresa, di cui agli art. 2214 ss. c.c. (art. 201, 8° comma, d.leg. 58/98).

Difficoltà ricostruttive pone anche il rapporto tra *remisier* ed agente di cambio (21). L'odierna pronuncia non prende posizione sul punto, in quanto la qualificazione in termini di rappresentanza — fornita nella sentenza impugnata nel contesto di una riflessione sulla natura delle rispettive responsabilità — non viene messa in discussione dalle parti. In proposito si registrano pochi interventi giurisprudenziali, a tenore dei quali tale rapporto viene calato ora nell'ambito del lavoro autonomo, posta l'assimilabilità all'agenzia, ora in quello del lavoro subordinato (22). Il *discrimen* viene individuato nell'esistenza, accanto alle mansioni proprie dell'attività di *remisier*, di prestazioni suppletive ed accessorie svolte in posizione di subordinazione; ovvero, nell'organizzazione imprenditoriale, anche minima, e nella sopportazione, sebbene parziale, del rischio dell'attività produttiva da parte del *remisier* (23). La natura del rapporto in rassegna va dunque indagata con riferimento alla fattispecie concreta.

Necessita, in proposito, ricordare che oggi all'atipicità della figura del *remisier* si contrappone la disciplina specifica riguardante l'attività del promotore finanziario (24). In particolare, va segnalato come la normativa di settore, già dal 1991, abbia instaurato un regime basato sulla responsabilità oggettiva e solidale dell'intermediario, *rectius* della Sim, nel caso di danni arrecati ai clienti investitori dall'attività dei suoi promotori (25). Ciò in virtù dell'art. 5, 4° comma, l. 1/91, disposizione abrogata e sostituita dall'art. 23, 3° comma, d.leg. 415/96, a sua volta riprodotto nell'art. 31, 3° comma, d.leg. 58/98; tale ultimo articolo, al 2° comma, precisa che il promotore finanziario è «la persona fisica che in qualità di dipendente, agente o mandatario, esercita professionalmente l'offerta fuori sede» (26).

IV. - *L'inapplicabilità degli usi di borsa al mandato*. Nella vicenda in rassegna, l'attore lamenta una cattiva esecuzione del mandato affida-

(21) Cfr., da ultimo, Trib. Milano 18 gennaio 1996, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Valori mobiliari*, n. 91, c, per esteso, *Banca, borsa, ecc.*, 1998, II, 367.

(22) Cfr., tra le meno remote, Trib. Milano 18 gennaio 1996, cit.; Cass. 17 dicembre 1980, n. 6542, e 21 maggio 1980, n. 3343, *Foro it.*, 1981, I, 706, nonché Pret. Milano 2 luglio 1992, *id.*, Rep. 1993, voce *Borsa*, nn. 23, 24, e, per esteso, *Dir. e pratica lav.*, 1993, 460. Per un approfondimento, v. DE FABIANI, *Il «remisier» di borsa*, in *Quadrimestre*, 1991, 569; RUFINI, *Imprenditorialità e tipicità nell'attività dell'agente di cambio*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1991, II, 412.

(23) In tal senso, Cass. 17 dicembre 1980, n. 6542, cit.

(24) Non c'è alcuna disposizione legislativa o regolamentare che qualifichi e disciplini l'attività del *remisier*. L'unica indicazione si trovava negli usi della borsa di Genova, dove si prevedeva che il *remisier*, salvo patto contrario, garantisse all'agente di cambio il buon fine delle operazioni fatte eseguire per conto dei propri clienti, in proporzione uguale a quella seguita nella ripartizione della provvigione. Cfr. DE FABIANI, *op. cit.*; RUOPOLLO, *Il contratto di «remise»*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1970, I, 33, e, di recente, PICARDI, *Il «remisier» tra silenzio del legislatore e prassi del mercato finanziario*, *id.*, 1998, I, 708.

(25) La *ratio* giustificatrice di tale responsabilità oggettiva è stata rintracciata principalmente nell'interesse generale, costituzionalmente protetto (art. 47 Cost.), alla tutela del risparmio; v. BUSNELLI, *Considerazioni introduttive*, in BESSONE-BUSNELLI (a cura di), *La vendita «porta a porta» di valori mobiliari*, Milano, 1992, 4. Più in generale, da ultimo, CARBONE, *La responsabilità dei promotori e delle società finanziarie*, in *Danno e resp.*, 1999, 615; BOCHICCHIO, *Gestione impropria da parte dei promotori finanziari: la regolamentazione delle attività di investimento tra valutazioni di merito e lo statuto degli operatori economici professionali*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 336; POLTRONIERI, *I limiti alla responsabilità della società di intermediazione mobiliare per l'operato dei promotori di servizi finanziari*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1999, II, 32; SANTOSUSSO, *La buona fede del consumatore e dell'intermediario nel sistema della responsabilità oggettiva (a proposito della responsabilità della Sim per illecito del promotore)*, *ibid.*, I, 32; *Id.*, *La responsabilità solidale della Sim per fatto illecito del promotore*, in *Dir. banc.*, 1998, I, 79; ANNUNZIATA, *La responsabilità delle Sim per i danni cagionati alla propria clientela dal promotore finanziario*, in *Resp. civ.*, 1997, 1240. V., altresì, quanto segnalato nella nota n. 1.

(26) Sull'evoluzione della disciplina specifica nel passaggio da una norma all'altra, v. MANIACI, *op. cit.*, spec. 499 s.

nella percezione di ingenti commissioni sulle operazioni di compravendita e negli interessi per le operazioni di riporto, come si desumeva dal fatto che le operazioni effettuate, molte delle quali in perdita, erano rischiose e sproporzionate rispetto al valore del patrimonio iniziale.

Osservava poi che la responsabilità suddetta sussisteva anche se il mandato ad operare sul mercato azionario era stato conferito ad un remisore del suo studio; che non si poteva opporre la mancata contestazione dei conti di liquidazione, nel termine previsto dall'art. 54 degli usi di borsa di Milano, perché il moti-

vo del reclamo era la mancanza dell'accordo delle parti, avendo l'intermediario agito di suo totale arbitrio e senza potere, eccedendo i limiti del mandato, nell'esclusivo interesse dell'agente di cambio; infatti le operazioni effettuate dal Pirovano erano state compiute senza il consenso dello Sculco, che non le avrebbe mai autorizzate, essendo consistite nello smobilizzo dei titoli originari e in operazioni che, per la loro rischiosità, quando non effettuate in perdita, potevano produrre ingenti perdite e costi sproporzionati di interesse, bolli e commissioni.

Concludeva chiedendo la condanna del Pirovano a pagargli

to all'agente di cambio tramite il *remisier*. Vengono contestate al mandataro la gestione in forte perdita del capitale a lui conferito, l'omissione di informazioni destinate al cliente e volte a renderlo edotto della situazione negativa, l'intrappresa di attività speculative mai autorizzate e la sproporzionata movimentazione dei titoli rispetto al loro valore, giustificata soltanto dal lucro che l'agente di cambio traeva da ogni operazione.

I giudici di legittimità, investiti dell'istanza risarcitoria basata su dette lagnanze, affrontano per prima una questione che si sarebbe potuta rivelare assorbente. Il punto è: può il cliente contestare l'esecuzione del mandato senza rispettare il termine di dieci giorni fissato dagli usi della borsa valori di Milano per impugnare i conti di liquidazione? In altre parole: è possibile contestare l'esecuzione del mandato pur essendo scaduto detto termine, *id est* senza aver contestato e senza contestare i singoli conti di liquidazione?

Il giudice di secondo grado aveva negato tale possibilità (27). La Cassazione rileva le contraddizioni palesate sul punto dalla sentenza impugnata e afferma che nella fattispecie «occorreva distinguere nettamente fra il mandato del luglio 1988 ed i singoli contratti di borsa stipulati, sia pure in esecuzione del mandato stesso, [in quanto detto] mandato [...] non era un'operazione di borsa (a cui fossero applicabili gli usi) né per il suo contenuto, né per la sua struttura» (28). Per valutare la diligenza del mandataro nell'esecuzione del rapporto, «le singole operazioni (ormai irrettrabili) andavano valutate nel loro complesso (e non singolarmente)» e, dunque, indipendentemente dalla contestazione dei singoli conti di liquidazione (29).

Al di là della questione concernente gli usi di borsa, è bene sottolineare come oggi, nel silenzio della legislazione di settore, l'intera problematica dell'approvazione tacita dei rendiconti, in caso di gestione individuale di portafogli, ruoti intorno all'applicazione analogica degli art. 1832 e 1712, 2° comma, c.c., nonché dell'art. 119 t.u. bancario (30). L'orientamento prevalente esclude l'applicabilità dell'art. 1832 c.c., osservando che si tratta di norma speciale operante soltanto nell'ambito del contratto di conto corrente, nonché dell'art. 119 t.u. bancario, in quanto esso rientra tra le disposizioni in tema di trasparenza bancaria e finanziaria espressamente sottratte all'applicazione in materia di servizi di investimento e di consulenza in ambito finanziario (31). Residua l'art. 1712, 2° comma, c.c., la cui operatività (negata nella pronuncia in rassegna) viene caldeggiata soprattutto da coloro i quali ritengono che il contratto di gestione di portafogli sia riconducibile allo schema del mandato.

(27) Ciò sulla scorta, peraltro, degli unici precedenti, di cui si ha notizia, riconducibili alla fattispecie in rassegna: Trib. Milano 15 maggio 1986, *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Borsa*, n. 45, e, per esteso, *Banca, borsa, ecc.*, 1987, II, 647; 13 dicembre 1982, *Foro it.*, Rep. 1985, voce cit., n. 20, e, in estenso, *Banca, borsa, ecc.*, 1984, II, 521, nonché 21 giugno 1982, *Foro it.*, Rep. 1984, voce cit., n. 14, e, per esteso, *Banca, borsa, ecc.*, 1984, II, 131. In termini diversi, invece, Coll. arb. Milano 26 marzo 1996, cit.

(28) Così già Trib. Roma 5 giugno 1985, *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Borsa*, n. 20, e, per esteso, *Impresa*, 1986, 160, con nota di ALESSI. La necessità di distinguere tra mandato di gestione e contratti di borsa si spiega richiamando la sentenza 18 luglio 1997, n. 6625, *Foro it.*, Rep. 1997, voce cit., n. 16, nella quale la stessa prima sezione della Suprema corte (ancora in tema di termini di decadenza) affermava che il c.d. ordine di borsa «costituisce un contratto atipico che trova la sua regolamentazione nelle fonti consuetudinarie ed in particolare negli usi di borsa che, in tal modo, operano *praeter legem*». Negli stessi termini, Cass. 15 novembre 1995, n. 11834, cit.; App. Milano 16 dicembre 1994, cit.; 26 ottobre 1993, *id.*, Rep. 1994, voce cit., n. 30, e, in estenso, *Mondo bancario*, 1994, fasc. 4, 51 (m), con nota di VALENTINO.

(29) È evidente come chi voglia contestare l'esecuzione di un contratto di durata non possa figurarsi, né tantomeno provare, la *mala gestio*, senza che sia trascorso un apprezzabile lasso temporale dall'inizio dell'esecuzione.

(30) Circa alcuni aspetti peculiari della disciplina della gestione di portafogli, v. RE, *Il «benchmark»: una rivoluzione nei rapporti con il cliente e nelle strategie di gestione*, in Atti del seminario Abi, Roma, 17 aprile 1998; CESARI-PANETTA, *Portafogli gestiti e tassi di rendimento: alcune considerazioni*, in *Bancaria*, 1998, fasc. 1, 84.

(31) Cfr. MAZZINI, *Regole prudenziali e obblighi di comportamento nella prestazione di servizi di investimento*, in PATRONI GRIFFI-SANDULLI-SANTORO (a cura di), *Intermediari finanziari, mercati, società quotate*, Torino, 1999, 180.

V. - *Buona fede, diligenza e correttezza*. Chiariti i riferimenti al mandato e rilevata l'infondatezza dell'eccezione di decadenza opposta alla domanda attorea, mette conto chiarire come nella fattispecie in rassegna la corte potesse seguire due percorsi argomentativi, tra loro alternativi, che le avrebbero consentito comunque di accogliere il ricorso. In entrambi i casi, elemento «pivotale» del ragionamento ermeneutico sarebbe stato il principio di buona fede — integrato dai doveri (obblighi?) di correttezza e diligenza —, il cui rispetto da parte del mandataro non è stato a sufficienza vagliato dai giudici di merito.

Le due soluzioni si presentano — e nel rispettivo impianto teorico, e dal punto di vista teleologico — assai diverse. Accogliendo quella che permea la sentenza *de qua*, si finisce per sostenere che, anche nel caso di mandato senza limiti, occorre valutare l'esattezza della prestazione alla luce dei doveri di correttezza e diligenza, la cui osservanza deve essere dimostrata da chi viene citato in giudizio sulla base di comprovate perdite subite dalla controparte contrattuale. Preferendo l'altra — basata sulla considerazione di carattere ermeneutico, per cui la mancanza di limiti espressi non basta a ritenere privo di limiti impliciti il mandato conferito (32) —, si perviene invece ad un risultato a tutto concedere insidioso, in quanto si ammette che nessuna responsabilità sia ravvisabile nel caso in cui il mandante autorizzi espressamente ed inequivocabilmente una gestione speculativa o arbitraria (33).

Se la Cassazione abbia avuto presente l'alternativa prospettata, non è affatto chiaro, né la sentenza contiene alcun indizio in tal senso. Tuttavia, alla luce di quanto detto, sembra ampiamente condivisibile l'opzione scelta, la quale si traduce in una tutela sostanziale, e non solo formale, della parte contrattualmente più debole.

Escluso l'utilizzo della buona fede in chiave ermeneutica, va qui più dettagliatamente indagata la nozione della stessa a cui accede la Cassazione nella odierna pronuncia. Per compiere tale verifica, occorre premettere una considerazione tanto evidente quanto importante: nel caso di specie, si utilizza il principio di buona fede integrato dalle clausole di correttezza e diligenza. Orbene, secondo l'insegnamento tradizionale, la diligenza è parametro di valutazione dell'adempimento dell'obbligo, mentre la correttezza opera più a monte, in quanto possibile fonte di doveri ulteriori rispetto a quelli previsti contrattualmente. Ma la riflessione sul punto merita di essere approfondita, anche a cagione del fatto che in concreto si riscontrano notevoli difficoltà a distinguere le due clausole, sia dal punto di vista ontologico che funzionale.

Sulle nozioni di buona fede, correttezza e diligenza si manifestano in dottrina diverse posizioni. Posta la prevalenza della tesi che accomuna buona fede oggettiva e correttezza (34), necessita chiarire che gli

(32) Cfr. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. II, art. 1374-1381 c.c., in *Commentario al codice civile* diretto da SCHLESINGER, Milano, 1999, 220, per cui «anche in sede di interpretazione la buona fede consente di realizzare quel fine di solidarietà, proprio della correttezza, che impone l'obbligo di salvaguardare gli interessi di entrambe le parti. Di modo che non può essere accolta l'interpretazione capziosa di chi, sul presupposto che il contratto non dice, conclude 'posso fare' [...]». Questo argomentare secondo lo *strictum ius* porterebbe a legittimare esecuzioni in danno dell'altra parte, così distribuendo in modo anomalo il rischio contrattuale.

(33) Così Trib. Milano 9 ottobre 1995, cit., per cui «ove un mandato a gestire un patrimonio mobiliare contenga l'autorizzazione al gestore ad esercitare una libera scelta sia dei titoli in cui investire, sia dei tempi operativi, non rispondono delle eventuali perdite né il *remisier*, raccogliatore di ordini e gestore, né l'agente di cambio, esecutore degli ordini, una volta assolto l'obbligo di rendiconto senza che il cliente abbia contestato le singole operazioni».

(34) Cfr. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, sub art. 1175, 299; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, 5. *Contra*, tra gli altri, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, secondo il quale dalla correttezza derivano normalmente obblighi a contenuto negativo, mentre la buona fede impone comportamenti positivi.

In BESSONE-D'ANGELO, *Buona fede*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, V, 2, si sottolinea come il concetto di buona fede sia in qualche modo «ineffabile». UDA, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ.*, 1992, II, 191, sostiene che nella giurisprudenza italiana la buona fede è stata utilizzata soltanto in funzione «coreografica».

la differenza tra il valore che la situazione ed i titoli originari (ivi compresi i loro naturali incrementi) e la somma di lire 61.864.300, successivamente consegnata, avrebbero avuto al momento della revoca del mandato e quello dei diversi titoli restituiti dopo la revoca stessa, nonché il risarcimento del danno subito, quantificabile, quanto meno, nel totale costo sia degli interessi passivi che delle operazioni speculative (premi abbandonati) e/o effettuate in perdita, nonché dei bolli e delle commissioni addebitate (oltre interessi e rivalutazione).

orientamenti principali in tema di correttezza possono essere ricondotti — non senza qualche inevitabile forzatura — alla teoria integrativa (35), a quella del controllo *a posteriori* (36), ed a quella ricostruttiva (37). A tali indirizzi se ne aggiunge un quarto cui fanno capo i sostenitori della polifunzionalità della clausola in questione (38).

Anche a proposito di diligenza si rinvengono in dottrina posizioni assai divergenti. Secondo alcuni, la diligenza presuppone che sia già prestabilita (seppure in modo elastico (39)) l'estensione dell'obbligo gravante sul debitore, così che la clausola in questione opererebbe soltanto in sede di valutazione dell'entità dello sforzo che il debitore è chiamato a compiere nell'eseguire l'attività dovuta o nell'evitare il verificarsi dell'impossibilità della prestazione (40). Secondo altri, invece, detta clausola svolgerebbe una funzione integrativa degli obblighi gravanti sul debitore, e imporrebbe all'interprete una valutazione delle circostanze concrete (41). Altri ancora ritengono che abbia senso distinguere la correttezza (ovvero la buona fede oggettiva, *rectius* la buona fede come regola di condotta) dalla diligenza solo quando quest'ultima sia riferita ad un debitore particolarmente qualificato. C'è, infine, chi rileva come, nell'impossibilità di confinare l'efficacia delle due clausole in ambiti diversi, si debba ammettere che, riguardo al momento esecutivo del contratto, ci sia una reciproca interferenza tra correttezza e diligenza (42).

A quest'ultima tesi sembra oggi aderire la Cassazione, che infatti non distingue le suddette clausole, espressamente qualificate «regole di integrazione» (43), e riconosce alla diligenza la funzione di «specificare il

Con comparso del 15 settembre 1992 si costituiva il Pirovano, eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva, rispetto alle domande dell'attore, perché il rapporto fra lo Sculco e l'agente di cambio era stato procacciato dal remissore Adelio Liverani, al quale l'attore aveva rilasciato un mandato — senza limiti — a gestire i propri capitali, destinati a specifiche operazioni di borsa. Affermava il Pirovano di non avere mai ricevuto dall'avv. Sculco alcun mandato di gestione dei suoi capitali, che si riferiva invece al Liverani, il quale si era avvalso, per

comportamento dovuto e di individuare gli atti da compiere per soddisfare l'interesse del creditore», evidenziando come il mandatario-intermediario non possa in alcun caso ritenersi slegato dagli obblighi di comportamento che gli derivano dallo svolgere quella determinata professione (44). Tutto ciò rafforza l'impressione che i giudici di legittimità non abbiano voluto separare la correttezza dalla diligenza, né l'integrazione dal controllo *ex post* (45).

Tale conclusione autorizza a ritenere il *decisum* in rassegna un'applicazione della tesi per cui la buona fede può svolgere sia una funzione di controllo che di integrazione dell'autonomia contrattuale, e ciò in quanto essa — intesa come regola di comportamento, *rectius* correttezza — interferisce nel suo operare con il parametro della diligenza. Ma vi è di più. I giudici, affermando che, pur in caso di gestione libera da vincoli, «residua sempre la questione della diligenza, della correttezza e della buona fede» con cui il mandato deve essere adempiuto, implicitamente sottolineano l'inderogabilità dell'applicazione dell'art. 1175 c.c., altro argomento rispetto al quale si registrano in dottrina opinioni divergenti (46).

VI. - *La fattispecie in rassegna*. Come la Cassazione aveva già rilevato in tema di responsabilità del mandatario, «la buona fede si articola in due canoni della condotta, che attengono, rispettivamente, alla fase di formazione-interpretazione del contratto (art. 1337 e 1366 c.c.) ed alla fase di esecuzione dello stesso (art. 1375 c.c.)». Il primo si traduce nel dovere di lealtà; il secondo si concreta nel c.d. obbligo di salvaguardia. Quest'obbligo vincola ciascuna delle parti ad assicurare l'utilità dell'altra — al di là delle particolari previsioni negoziali e del dovere generale di *neminem laedere* — nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico» (47).

Il Tribunale di Milano, in primo grado, aveva respinto le pretese

(35) Sulla buona fede-correttezza come fonte legale di obbligazioni, cfr., *ex multis*, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969. Da ultimo, v. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impr.*, 1999, 83. In proposito, conviene distinguere l'autointegrazione negoziale dall'eterointegrazione: cfr. BIANCA, *op. cit.*

(36) Sulla buona fede come criterio di valutazione *a posteriori* dell'attività svolta dalle parti, v. BIGLIAZZI GERRI, *Buona fede nel diritto civile*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1988, II, 154; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1974, XVI, 39, 124; CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 631; ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, *id.*, 1969, 188; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 172.

(37) Cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 1991. La giurisprudenza più recente utilizza la clausola di buona fede, intesa in senso oggettivo, come inderogabile principio limitativo della autonomia privata, la cui violazione comporta la nullità del contratto, in base all'art. 1418, 1° comma, c.c., ovvero di singole clausole, a norma dell'art. 1419, 1° comma, c.c. Per una panoramica aggiornata, v. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale dell'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impr.*, 1999, 21; NANNI, *La clausola generale di buona fede*, in CABELLA PISU-NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali sull'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, 333.

(38) Così DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 311, 337; *Id.*, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *Corriere giur.*, 1991, 789, nonché, da ultimo, FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., 169, secondo cui le funzioni di integrazione e controllo della buona fede oggettiva «sono separate sul piano logico, ma, in concreto, possono contemporaneamente operare rispetto ad un unitario conflitto di interessi in sede di esecuzione del contratto». V. anche ROVELLI, *Correttezza*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1989, IV, 423, il quale, rilevando l'identità sostanziale tra correttezza e buona fede oggettiva, afferma che «la correttezza si presenta come una espressione ellittica volta ad individuare un criterio di valutazione della condotta e nello stesso tempo un paradigma d'azione».

(39) Così RODOTÀ, *Diligenza*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, XII, 539, il quale precisa che «la diligenza si profila come un criterio per [...] apprezzare la violazione del limite individuato dalle norme sulla correttezza, e dunque come un tipico criterio di responsabilità».

(40) Così RAVAZZONI, *Diligenza*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, XI; cfr. anche la relazione al codice che definisce la diligenza come «quel complesso di cure e di cautele che il debitore deve impegnare per soddisfare la propria obbligazione».

(41) Cfr. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979.

(42) Così ROVELLI, *op. cit.*, 423.

(43) Per Cass. 8 febbraio 1999, n. 1078 (*Foro it.*, Mass., 161, e, per esteso, *Contratti*, 1999, 1016, con nota di MANTACI), «la clausola

generale di buona fede e correttezza [determina] integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto». *Contra*, Cass. 9 aprile 1987, n. 3480, *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, nn. 310, 311, e, in *estenso*, *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1609.

(44) A proposito degli obblighi che scaturirebbero dall'applicazione del principio di correttezza, si segnala la distinzione tra obblighi «integrativi strumentali» ed «integrativi autonomi». Cfr. CARUSI, *Correttezza*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, X.

(45) Così ROVELLI, *op. cit.*, 424, il quale afferma che «una volta riconosciuto che buona fede e correttezza hanno la funzione di stabilire (o di concorrere a stabilire) il contenuto della prestazione, è puramente nominalistica la questione se il criterio di diligenza rimanga esterno alla determinazione del contenuto dell'obbligazione [...] posto che l'obbligo, così individuato, va comunque sottoposto, ai fini del giudizio di responsabilità, ad una valutazione in termini di diligenza». V. anche BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 130.

(46) Cfr. RODOTÀ, *op. cit.*, 180; NATOLI, *op. cit.*, 42; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit. Da ultimo, v. Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, *Foro it.*, 1995, I, 1296, con nota di BARONE; *Giur. it.*, 1995, I, 1, 852, con nota di PICARDI; *Corriere giur.*, 1994, 566, con nota di CARBONE; *Giust. civ.*, 1994, I, 2159, con nota di MORELLI, nonché *Contratto e impr.*, 1994, 475, con nota di NANNI.

(47) Così Cass. 18 luglio 1989, n. 3362, *Foro it.*, 1989, I, 2750, con note di PARDOLESI, DI MAJO e MARCONDA. Relativamente agli obblighi di gestione avveduta del patrimonio conferito dal mandante al mandatario, come corollario naturale del «dovere» di diligenza, nonché per l'affermazione del dovere di cooperazione a cui sono tenute entrambe le parti del rapporto contrattuale, v. anche Cass. 11 dicembre 1995, n. 12647, *id.*, 1996, I, 544, con nota di R. CASO; *Corriere giur.*, 1996, 282, con nota di LUMINOSO; *Danno e resp.*, 1996, 183, con nota di BRECCIA; *Contratti*, 1996, 248, con nota di CALISSE; *Mondo bancario*, 1996, fasc. 2, 49 (m), con nota di SCHIAVELLO. Cfr. Cass. 26 febbraio 1998, n. 2079, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Mandato*, n. 16, e, per esteso, *Danno e resp.*, 1998, 447, con nota di LENER; *Corriere giur.*, 1998, 661, con nota di DI MAJO, e *Guida al dir.*, 1998, fasc. 15, 16, con nota di GIACALONE; 28 aprile 1997, n. 3652, *Foro it.*, 1998, I, 3247, e *Resp. civ.*, 1998, 424, con nota di BALZARINI; 2 marzo 1995, n. 2444, *Foro it.*, Rep. 1996, voce cit., n. 12, e, in *estenso*, *Giur. it.*, 1996, I, 1, 398; 17 settembre 1993, n. 9584, *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Contratti bancari*, n. 54, e, per esteso, *Giust. civ.*, 1994, I, 76; 11 aprile 1992, n. 4471, *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Mandato*, n. 14; 9 agosto 1990, n. 8099, *id.*, Rep. 1990, voce cit., n. 18.

la concreta esecuzione in borsa delle operazioni (compravendite a termine di premi e di titoli e contratti di riporto) della collaborazione dell'agente di cambio che era l'unico soggetto abilitato a stipulare contratti di borsa presso la grida della borsa di Milano. In ordine alla responsabilità, essa non poteva essere attribuita per il fatto che talune operazioni di borsa si fossero chiuse in perdita, perché nessuno ha la capacità di prevedere il futuro.

Riguardo, invece, alle operazioni compiute in borsa dall'agente di cambio, in esecuzione degli ordini ricevuti dallo Scul-

co, per il tramite del suo mandatario Liverani, esse erano state eseguite nel rispetto della normativa in vigore e con la diligenza dovuta, così come erano stati spediti allo Sculco i fissati bollati e gli estratti conto inerenti a dette operazioni, senza che mai l'attore avesse contestato alcunché nei termini previsti dagli art. 16 e 53 degli usi di borsa; né lo Sculco si era mai preoccupato di conferire con l'agente di cambio per avere ogni chiarimento.

Nell'esecuzione degli ordini (concetto diverso dalla gestione dei capitali) l'agente di cambio ha un dovere di diligenza, che vi era sempre stata, perché il Pirovano aveva compiuto opera-

na pronuncia correggendo il tenore della richiesta attorea che aveva tentato la strada del cumulo (56) — sebbene un filone giurisprudenziale ampiamente minoritario riconduca la violazione del dovere di buona fede nell'ambito extracontrattuale in quanto «espressione del principio giuridico primario del *neminem laedere*» (57).

VII. - *La disciplina prudenziale degli intermediari mobiliari.* Le regole con cui — *ex professo* ed attraverso il grimaldello rappresentato dalle clausole generali degli art. 1375, 1175 e 1176 c.c. — la Cassazione scardina l'impianto concettuale delle due sentenze di merito, sono il prodotto di un'elaborazione normativa che si appresta a festeggiare il decennio. La condotta degli intermediari mobiliari fu, infatti, disciplinata per la prima volta in modo organico dalla l. 1/91, il cui art. 6, come anticipato, conteneva «principi e regole di comportamento» a cui le Sim e gli altri soggetti abilitati dovevano attenersi. Regole specifiche, con riferimento alle singole attività, erano poi dettate dagli art. 7, 11, 12, per la negoziazione, e dall'art. 8, relativo alla gestione di patrimonio (58). L'art. 9, inoltre, attribuiva alla Consob un potere regolamentare da esercitarsi d'intesa con la Banca d'Italia, e introduceva così un secondo livello di normazione (59).

La lett. a) del citato art. 6 imponeva agli intermediari di «comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente». Parte della dottrina ha considerato tale previsione inutile e ridondante, ovvero una cattiva ripetizione del dettato codicistico (60). Altri autori, al contrario, hanno ritenuto l'elencazione funzionale alla complementarietà tra normativa primaria e secondaria, in quanto consentiva alle norme regolamentari di riempire di contenuti tecnici i principi fissati a livello legislativo (61). Altri ancora hanno posto l'accento sul riferimento esplicito alla «professionalità» (scomparso nella normativa più recente) che qualificava il grado di diligenza richiesta all'intermediario; in capo al quale, inoltre, l'art. 13, 10° comma (oggi art. 23, 6° comma, d.leg. 58/98; già art. 18, 5° comma, d.leg. 415/96), imponeva l'onere di provare il corretto adempimento dell'incarico, ovvero l'impossibilità di impedire l'evento dannoso, nel corso di giudizi di risarcimento dei danni promossi dai clienti (62). Nella sentenza in rassegna, la Cassazione non ha dovuto compiere particolari sforzi per realizzare detta inversione in quanto, non essendo in discussione l'esistenza di un danno, è *ope codicis* l'intermediario a dover provare la propria diligenza.

L'impianto della l. 1/91, in relazione alle regole prudenziali riguardanti

critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero, in *Foro it.*, 1999, I, 3333, nonché «Uno, nessuno, centomila»: troppe ipotesi ricostruttive (e nessuna certezza) in tema di responsabilità del medico ospedaliero, in *Danno e resp.*, 1999, 1247.

(56) Cfr. ROVELLI, *La correttezza*, in *I contratti in generale* diretto da ALPA-BESSONE, Torino, 1991, I, 563; NANNI, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti di giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1989, 94.

(57) Così App. Milano 28 febbraio 1978, *Foro it.*, Rep. 1978, voce *Obbligazioni in genere*, n. 13, e, per esteso, *Riv. dir. comm.*, 1980, II, 93; Trib. Rieti 19 marzo 1994, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Contratto in genere*, n. 224, e, per esteso, *Dir. ind.*, 1994, 798, con nota di POLETTINI.

(58) Sul punto, v. MAZZINI, *op. cit.*, 126. Cfr. PINORI, *Decreto Eurosim: la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e resp.*, 1997, 292.

(59) I d.leg. 415/96 e 58/98 hanno poi confermato il riparto, ma hanno distinto le competenze di Consob (trasparenza e correttezza dei comportamenti) e Banca d'Italia (contenimento del rischio e stabilità patrimoniale) in modo tale da impedire la reciproca delega di funzioni realizzata sotto la l. 1/91.

(60) Cfr. CERA, *op. cit.*, 32; CASTRONOVO, *op. cit.*, 313; DI MAJO, *op. cit.*, 192.

(61) Cfr. ANNUNZIATA, *Regole di comportamento degli intermediari e riforme del mercato mobiliare - L'esperienza francese, inglese e italiana*, Milano, 1993; MAZZINI, *op. cit.*, 128.

(62) Per inciso, va detto che, rispetto all'art. 13, 10° comma, l. 1/91, le più recenti disposizioni, citate nel testo, discorrono di «soggetti abilitati» e non contengono alcun riferimento ad un soggetto diverso dalla società di intermediazione, per cui il cliente non godrà dell'inversione dell'onere della prova nei giudizi aventi come convenuto, non l'intermediario, ma il suo promotore.

zioni di riporto e di compravendita di premi entro i limiti di rischio consentiti dalla Consob e dalle leggi di borsa e naturalmente tali da escludere operazioni rovinose; aveva informato lo Sculco delle operazioni eseguite e, in un periodo non facile del mercato, lo aveva informato dei rischi connessi alla compravendita di premi che l'avv. Sculco gli ordinava tramite il Liverani; in ogni caso, l'avv. Sculco era decaduto dal diritto di contestare all'agente di cambio l'irregolarità delle operazioni di borsa compiute sempre con il consenso suo e/o del suo mandatario Liverani, nel periodo 1988-1990.

danti l'intermediazione, è stato confermato prima dalla direttiva 93/22/Cee (che però, come detto, escludeva la sua applicabilità agli agenti di cambio (63)) — specialmente dall'art. 11 (64) —, poi dal d.leg. 415/96 (65), ed infine dal d.leg. 58/98, t.u. dell'intermediazione finanziaria (66). In particolare, quest'ultimo all'art. 21 riproduce, senza sostanziali modificazioni, l'art. 17 d.leg. 415/96, il quale a sua volta riprendeva le regole formulate nel citato art. 6 l. 1/91 (67). In verità, la formulazione dell'art. 21 risulta semplificata rispetto a quella del suo più remoto predecessore. La dottrina ha rilevato come ciò dipenda dalla percezione del legislatore circa il fatto che alcune clausole generali del nostro ordinamento sono pienamente operanti nel diritto finanziario, anche se non richiamate (68). Al di là del dibattito dottrinale, vale la pena evidenziare come dette clausole siano integrate da norme specifiche e tecniche, che dettano obblighi di comportamento circostanziati, oggi per lo più riprodotti nei regolamenti Consob. Come anticipato, infatti, il d.leg. 58/98, nel richiedere all'art. 21 che i soggetti abilitati si attengano a criteri di «diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati», e svolgano «una gestione indipendente, sana e prudente», ribadisce a tutto tondo i principi già radicati in *subiecta materia*, offrendo il destro alla normativa regolamentare.

Tra gli obblighi di condotta più importanti, vi sono quelli relativi all'informazione del cliente (soprattutto del cliente che non sia un «operatore qualificato» (69)), sia in fase prenegoziale, sia in fase di attuazione del rapporto. La questione risulta di particolare interesse ai nostri fini, in quanto, nel caso in rassegna, il ricorrente asserisce, tra l'altro, che i conti di liquidazione inviati periodicamente dall'agente di cambio fossero di difficile lettura e parzialmente inesatti. Sul punto si imporrebbe una riflessione incentrata sui doveri di informazione e di comunicazione che il mandatario ha nei confronti del mandante (70). Basti,

(63) V. il 24° 'considerando', nonché art. 2, par. 2, lett. f). Tale esclusione si spiega in virtù di quanto detto circa la tardività con cui agli agenti di cambio è stata applicata la normativa prudenziale riguardante in generale gli operatori finanziari.

(64) Per un commento alle direttive 93/22 e 93/6/Cee, v. GODANO, *Nuove direttive comunitarie sulle società di investimento nel settore dei valori mobiliari*, in *Foro it.*, 1994, IV, 159, nonché, *ex ceteris*, FERRARINI, *Le direttive comunitarie in tema di servizi di investimento*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1994, I, 520; ID., *L'attuazione della direttiva comunitaria sui servizi di investimento. Temi e problemi*, in *Riv. società*, 1995, 623.

(65) Anche il d.leg. 1° settembre 1993 n. 385 aveva disciplinato alcuni aspetti dell'intermediazione finanziaria. Cfr., *ex multis*, CERA, *Gli intermediari finanziari nel testo unico in materia bancaria*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 214; COTTERLI, *Gli intermediari finanziari nel testo unico sul credito*, in *Banca impr. società*, 1994, 89.

(66) Sul d.leg. 58/98, v. FERRARINI-MARCHETTI (a cura di), *La riforma dei mercati finanziari*, Milano, 1998; RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Il testo unico dell'intermediazione finanziaria. Commentario al d.leg. 24 febbraio 1998 n. 58*, Milano, 1998; PATRONI GRIFFI-SANDULLI-SANTORO (a cura di), *op. cit.*

(67) Per una sintesi efficace sul punto, v. PARMEGGIANI-ZUCHELLI, *La disciplina prudenziale degli intermediari del mercato mobiliare*, in FERRARINI-MARCHETTI (a cura di), *op. cit.*, 355; ZITIELLO, *La disciplina dei contratti nel testo unico dell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 1998, 168; LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999, 128.

(68) Cfr. MIOLA, *Commento all'art. 17*, in CAMPOBASSO (a cura di), *L'Eurosim. Commentario al d.leg. 23 luglio 1996 n. 415*, Milano, 1997, 118; CARONETTI, *op. cit.*, 51; ANNUNZIATA, *op. cit.*, 269.

(69) Il reg. n. 5387, all'art. 13, prevedeva che, salvo diversa pattuizione, nei rapporti tra intermediari e «operatori qualificati» non trovassero applicazione molte delle disposizioni riguardanti gli obblighi informativi. La stessa norma è stata poi ripresa dal reg. n. 8850, art. 11. Cfr. SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in MAZZAMUTO-TERRANOVA (a cura di), *op. cit.*, 64; CAVAZZUTI, *cit.*, *infra*; COSTI, *cit.*, *infra*. Per una panoramica aggiornata, v. SANTORO, *Il dovere di informazione e di agire al meglio nell'interesse del cliente nello svolgimento dei servizi di investimento*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, vol. IV, t. 3, Milano, 1998, 669, nonché LOBUONO, *op. cit.*, 256.

(70) In generale, sul dovere di informazione, tanto in fase di prepa-

Il Pirovano, poi, con citazione del 5 luglio 1993, chiamava in causa il Liverani, chiedendo che, nell'ipotesi di accoglimento delle domande dello Sculco nei suoi confronti, il Liverani fosse dichiarato tenuto a garantire e manlevare il Pirovano stesso dalla domanda di causa. A fondamento della domanda di manleva trascriveva la citazione dello Sculco nei suoi confronti e la propria comparsa di risposta.

Alla medesima udienza del 6 ottobre 1993 si costituiva il Liverani, e lo Sculco depositava memoria istruttoria.

Il primo sottolineava che, per la sua qualità di «procuratore

tuttavia, qui rilevare come la prima sezione della Suprema corte, nella fattispecie, corregga parzialmente — ma in modo penetrante, con implicazioni che andrebbero esplorate con estrema attenzione — quanto statuito nella sentenza 11 dicembre 1995, n. 12647 (emessa nell'ambito della delicata questione del c.d. «venerdì nero della lira») (71), laddove oggi afferma che «la diligenza del mandante e le sue mancate proteste non possono avere rilievo in un rapporto la cui ragione essenziale consiste nell'affidarsi ad un esperto». Ciò in quanto il cliente si affida ad un gestore professionista, sostenendo le relative spese, non per mero diletto, ma per poter demandare a lui le scelte necessarie e così evitare errori o anche semplice perdita di tempo (72).

La normativa di settore, come si diceva, impone all'intermediario precisi obblighi di informazione. In proposito, va ricordata la lett. e) dell'art. 6 l. 1/91, ai sensi della quale il cliente deve essere «sempre adeguatamente informato sulla natura e sui rischi delle operazioni, sulle loro implicazioni e su qualsiasi atto, fatto o circostanza necessari per prendere consapevoli scelte di investimento o disinvestimento» (73). L'abrogazione prima dell'art. 6, poi dell'intera l. 1/91, non ha travolto tale principio in quanto esso è riproposto nella più recente normativa. Il regolamento di attuazione del d.leg. 58/98, adottato dalla Consob con la deliberazione 1° luglio 1998, n. 11522, oggi addirittura prescrive che, in determinate circostanze, l'informazione sia pronta e per iscritto (74).

Nella stessa ottica, tendente ad una completa informazione del cliente, si inserisce l'obbligo di stipulare i contratti con i clienti per iscritto e di consegnarne contestualmente una copia all'investitore (75). L'intermediario deve inoltre informare quest'ultimo dell'eventuale conflitto d'interessi (diretto o indiretto) in cui potrebbe trovarsi nel corso di una certa operazione. In tale ambito opera la regola del *disclose or abstain* — in verità già abbozzata nel r.d.l. 30 giugno 1932 n. 815 (76) —, contenuta nella l. 1/91 e riproposta all'art. 27, 2° comma, reg. n. 11522, la quale impone all'intermediario l'astensione da operazioni in conflitto

razione del contratto quanto in fase di esecuzione, v., tra gli ultimi, MUSY, *op. cit.*; REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1994, I, 617; DE NOVA, *Informazioni e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 705; BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impr.*, 1991, 539.

(71) V. la nota 47.

(72) La questione si presta ad approfondimenti in chiave di *law and economics*. Cfr., in tema di asimmetrie informative, nonché circa la tematica dell'informazione come prodotto accessorio, tra gli ultimi, PACCES, *Securities Markets and Regulation of Financial Intermediaries: a «Law and Economics» Approach*, in corso di pubblicazione in *Intern. Rev. Law and Economics*; CARRIERO, *Norme di protezione dell'utente dei servizi bancari e finanziari: taluni effetti economici*, in *Riv. dir. impresa*, 1997, 79; SCHWARTZ, *Legal Implications of Imperfect Information in Consumer Markets*, in *J. Inst. & Theor. Econ.*, 151 (1995), 31; EISENBERG, *The Limits of Cognition and the Limits of Contracts*, in *Stan. L. Rev.*, 47 (1995), 211; STIGLER, *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994, 217; SALTARI (a cura di), *Informazioni e teoria economica*, Bologna, 1990, 107; SHARPE, *Asymmetric Information, Bank Lending, and Implicit Contracts: A Stylized Model of Customer Relationship*, in *J. Fin.* 55 (1990) 1069; CAVAZZUTI, *Conflitti di interesse e informazioni asimmetriche nella intermediazione finanziaria*, in *Banca impr. società*, 1989, 357; COSTI, *Informazioni e mercato finanziario*, *ibid.*, 205; ALLEN, *Information Contracting in Financial Markets*, in *Financial Markets and Incomplete Information* a cura di BHATTACHARYA-CONSTANTINIDES, New York, 1989, 188.

(73) Una regola simile era contenuta nell'art. 7, 2° comma, reg. n. 5387; non nel reg. n. 8850, che probabilmente ha considerato sufficiente la formulazione legislativa.

(74) V. gli art. 28, nonché 60-62, reg. n. 11522.

(75) L'obbligo era originariamente previsto dall'art. 6, lett. c), l. 1/91. Oggi la stessa regola è riprodotta nell'art. 30, 1° comma, reg. n. 11522.

(76) L'art. 10, 2° comma, r.d.l. 815/32 prevedeva il divieto per l'agente di cambio di avere cointeressenze «in ditte o case bancarie» che svolgessero prevalentemente operazioni di borsa. Sempre in tema di conflitto di interessi ante l. 1/91, v. COLTRO CAMPI, *Alcune riflessioni (apparentemente tardive) sul divieto per l'agente di cambio di concludere in proprio operazioni di borsa anche attraverso promotori, dipendenti o familiari*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1981, I, 351.

alle grida» del Pirovano, eseguiva gli ordini di questi che — dietro autorizzazione dello Sculco — gli aveva concesso la semplice facoltà di operare delle scelte. L'incarico di gestire il patrimonio dello Sculco era stato conferito al solo Pirovano, che non poteva addossare a Liverani responsabilità che non gli competevano, avendo quest'ultimo eseguito gli ordini e le disposizioni dell'agente di cambio, gestore del patrimonio dello Sculco.

In linea subordinata, il chiamato in causa eccepiva l'assenza di responsabilità, per l'esito non felice delle operazioni di borsa eseguite; a parte il fatto che lo Sculco non aveva posto alcun

limite, inibendo in modo specifico determinati contratti, gli investimenti sul mercato azionario sono aleatori ed inoltre, nel periodo 1988-1990 la borsa aveva assunto un andamento negativo; infine, lo Sculco era stato sempre messo al corrente dell'andamento dei suoi titoli, attraverso le periodiche informazioni fornitegli dall'agente di cambio.

Concludeva pertanto perché il tribunale respingesse le domande proposte nei confronti del Liverani, per il suo difetto di legittimazione passiva e comunque perché infondate.

Nella memoria istruttoria lo Sculco, dopo aver ribadito la legittimazione passiva del Pirovano, specificava la mancanza di diligenza di costui ed i danni, osservando che questi consistevano nella differenza (pari a lire 338.343.000) tra il valore che i titoli originari, ivi compresi i loro incrementi, avrebbero avuto al momento della revoca del mandato, e quello dei diversi titoli consegnati, oltre che nella perdita del conferimento in denaro di lire 91.226.800, a cui dovevano aggiungersi gli stratosferici costi per interessi passivi, per operazioni speculative e per quelle effettuate in perdita, per bolli e per commissioni su ogni acquisto e vendita, osservando che, se i titoli originari non fossero stati venduti e se sulla posizione dello Sculco avesse gravato il cinquanta per cento dei suddetti costi, il risultato della gestione sarebbe stato positivo (e cioè pari a lire 1.804.434.000 e non a lire 711.794.000). Indugiava poi su altri titoli di danni e sulla modalità di gestione del mandato nell'interesse del mandatarario, non riconducibile a quello di un onesto e diligente operatore di borsa, con danno del cliente; contestava l'eccezione di decadenza; insisteva sulla tesi della «gestione conservativa», nonché sulla mancanza di adeguata informazione da parte del Pirovano; deduceva quattordici capitoli di prova orale e richiesta di c.t.u. su vari quesiti.

Veniva poi chiesto sequestro conservativo nei confronti sia del Pirovano che del Liverani, ma tale richiesta era rigettata.

Con sentenza del 3 agosto 1995 il tribunale rigettava le domande attrici, ritenendo determinante a tal fine il tenore ed il significato complessivo del mandato conferito con la scrittura del 26 luglio 1988, diretta al dott. Pirovano, qualificata «autorizzazione con mandato ad operare sul mercato azionario italiano, entro i limiti eventualmente precisati in calce» al remissore dello studio del dott. A. Pirovano, agente di cambio, con la quale si attribuiva al rag. Liverani la libera facoltà di scelta sia dei titoli che dei tempi operativi. In calce alla dichiarazione, nello spazio riservato agli eventuali limiti nel concedere l'autorizzazione, non era riportata alcuna annotazione.

Il tribunale riteneva che il mandato non prevedeva limiti di sorta e non vincolava il mandatarario ad una gestione meramente conservativa dei titoli e del denaro ricevuti; che l'attore era stato costantemente informato della natura delle operazioni effettuate dal Pirovano e avrebbe potuto rivolgersi ad esperti per una più attenta valutazione del materiale informativo inviato; che la volontà dell'attore non era stata viziata da dolo od

se «preventivamente le informazioni sulla situazione finanziaria del cliente rilevanti ai fini dello svolgimento dell'attività di intermediazione mobiliare». L'art. 6, 1° comma, reg. n. 5387, nello specificare il principio, imponeva all'intermediario di informarsi anche sugli «obiettivi di investimento» (83). Una volta acquisiti tali riferimenti, l'intermediario doveva astenersi dal «consigliare o effettuare operazioni con frequenza non necessaria o [...] di dimensioni eccessive in rapporto alla situazione finanziaria del cliente» (84). Tali regole rappresentano esplicitazione del dovere di collaborazione cui l'intermediario e l'investitore sono tenuti, e nel cui ambito rientrano i sottoprinicipi di proporzionalità, ragionevolezza e ponderazione.

Il quadro normativo era ulteriormente arricchito da alcune norme predisposte soltanto per determinati contratti, come si può evincere dal testo dell'art. 8 l. 1/91, del quale va ricordato in particolare il tenore del 1° comma, lett. g), che vietava all'intermediario-gestore di impegnare il cliente oltre i valori conferiti. Anche in relazione a tale prescrizione, il comportamento dell'intermediario convenuto nella vicenda processuale *de qua* pare men che ineccepibile, in quanto tra le voci di spesa della gestione figurano non meglio identificati «interessi passivi».

FRANCESCO DI CIOMMO

(83) La regola completa è stata ribadita nel già richiamato art. 28 reg. n. 11522.

(84) Nello stesso senso le norme già indicate nella nota 81.

to (77), salvo che il cliente, debitamente informato (78), vi abbia dato preventiva autorizzazione per iscritto (79). Ancora in tema di informazione, un ultimo richiamo merita l'obbligo di rendiconto che impone l'invio al domicilio del cliente di note riepiloganti l'operazione e, in caso di gestione di patrimoni, l'invio di schede periodiche (80). Tali note o schede devono essere chiare, leggibili, esaurienti, corrette.

Ulteriori norme di condotta riproducono nel nostro sistema alcune regole di derivazione anglosassone poste a tutela degli investitori e della trasparenza del mercato. In particolare, vengono qui in rilievo la *know your customer rule* (a norma della quale l'intermediario deve conoscere le esigenze e la situazione finanziaria dei propri clienti) e la *suitability rule* (per cui l'attività dell'intermediario deve risultare congrua ed adeguata). Le stesse, integrate da norme più specifiche, incidono sul problema del *churning* (81). Prima di accennare a quest'ultimo risvolto, conviene rimarcare che il d.leg. 58/98 ha ommesso di formulare espressamente la regola della *suitability*, che è tuttavia contenuta nell'art. 29, 1° comma, reg. n. 11522, il quale riproduce la norma di cui alla lett. f) dell'art. 6 della legge Sim. Lo stesso è a dirsi per la *know your customer rule*, oggi sancita dall'art. 28 di detto regolamento.

Dall'esposizione dei fatti in causa traspare una tipica situazione di *churning*, in quanto il cliente lamenta l'eccessiva attività di compravendita realizzata dall'intermediario e rivolta esclusivamente a moltiplicare il volume delle commissioni a suo vantaggio. Negli Usa il *churning* integra un'ipotesi di vera e propria frode ai danni del cliente e presuppone: 1) un'eccessiva attività di *trading* rispetto alla situazione finanziaria e agli obiettivi d'investimento del cliente; 2) il controllo del *customer's account* da parte dell'intermediario; 3) l'intenzionalità della condotta. Nella valutazione del *trading* la giurisprudenza americana si avvale di alcuni indici (82). Tra i più importanti: il *turnover* annuale del portafoglio, la durata delle posizioni assunte sui titoli (*days held analysis*), il valore percentuale delle commissioni in rapporto al saldo medio del *customer account* (*commission to equity ratio*), il tasso di rendimento annuo del portafoglio necessario per coprire i costi di transazione (*cost to equity ratio*).

In Italia non si è ancora formata una giurisprudenza di tal fatta, ma già la l. 1/91, al fine di evitare che l'operato dell'intermediario potesse risultare inadeguato rispetto alle esigenze, ovvero ai desideri, dei clienti, alla lett. d) dell'art. 6 prevedeva che l'intermediario acquisis-

(77) Criteri per determinare l'esistenza di un conflitto di interessi in caso di gestione patrimoniale sono contenuti nell'art. 30, 7° comma, reg. n. 8850.

(78) Il citato art. 27 precisa, in parziale deroga all'obbligo di forma scritta, che «ove l'operazione sia conclusa telefonicamente, l'assolvimento [degli] obblighi informativi e il rilascio della relativa autorizzazione da parte dell'investitore devono risultare da registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente».

(79) A quanti, nell'ambito di rapporti di durata, ammettono autorizzazioni *a priori* e generiche, si contrappongono coloro che, nel tentativo di realizzare una tutela effettiva del cliente, sostengono la necessità di autorizzazioni autonome per ogni singola operazione. Cfr. ALESSI, *La disciplina dell'intermediazione mobiliare in una prospettiva comparatistica: in particolare il conflitto di interessi*, in PREDIERI (a cura di), *La riforma dei mercati finanziari*, Milano, 1993, 177; ANNUNZIATA, *op. cit.*; MERANI, *Il problema del conflitto di interessi nell'intermediazione mobiliare*, in ALPA (a cura di), *I valori mobiliari*, Padova, 1991, 235.

(80) Circa l'obbligo di inviare note informative al cliente, v. l'art. 12 reg. n. 5387 — poi ripreso dall'art. 10 reg. n. 8850, ed oggi dall'art. 61 reg. n. 11522 — contenente anche indicazioni sulle modalità di invio e sui contenuti necessari. Riguardo all'obbligo di rendiconti periodici, v. gli art. 21-25 reg. n. 5386, nonché il più recente art. 62 reg. n. 1522. In tema di rendiconto del mandatarario, cfr., da ultimo, Cass. 23 aprile 1998, n. 4203, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Rendiconto*, n. 4.

(81) Le regole inglesi in materia di *churning* impediscono all'intermediario di consigliare o effettuare operazioni con «frequenza» sproporzionata rispetto agli interessi dei clienti, ovvero di moltiplicare le transazioni senza vantaggio degli stessi. Cfr. l'art. 6, lett. f), e l'art. 9, 2° comma, lett. g), l. 1/91, nonché l'art. 8 reg. n. 5387, ed oggi l'art. 29 reg. n. 11522.

(82) Tra i *cases* più importanti, v. *Mihara v. Dean Witter*, 619 F.2d 814 - 9th Cir. 1980; *Hecht v. Harris Upham & Co.*, 430 F.2d 1202 - 2nd Cir. 1970; *Nesbit v. McNeil*, 896 F.2d 380 - 9th Cir. 1990.

errore; che non era provato l'assunto secondo cui l'avv. Sculco avrebbe firmato dei semplici moduli in bianco; che il non esiguo spazio temporale fra il 21 luglio 1988 ed il 7 giugno 1990 inficiava la credibilità della tesi di avere ignorato la natura del mandato ed il carattere speculativo delle operazioni di borsa affidate ai due professionisti; che sfornita di prova era la circostanza secondo cui le perdite a carico del mandante sarebbero state connesse ad inesatta esecuzione del mandato (col compimento di operazioni di borsa rischiose ed avventate) e non piuttosto all'alea fisiologica a tali speculazioni; che era assorbita la questione dell'individuazione del o dei mandatari, essendo stata accertata l'insussistenza in radice della responsabilità.

Avverso la suddetta sentenza lo Sculco proponeva appello, chiedendo l'accoglimento delle conclusioni anche istruttorie formulate in primo grado, sulla base dei seguenti motivi:

1) Il tribunale, a fronte di documentate e minuziose richieste — anche istruttorie e di indagine tecnica — aveva risolto ogni problema con qualche apodittica, illegittima e illogica affermazione di stile. Esistendo in atti diversi principi di prova scritta (il più risolutivo dei quali era la «posizione originale» alla fine di settembre 1988) ed emergendo da tale situazione che la grafia era quella dell'aggiunta «rag. A. Liverani» sul mandato sottoscritto in bianco dall'attore e che la data doveva essere posteriore alla sottoscrizione del mandato ed al trasferimento dei titoli da parte della Cariplo, nonostante che le indicate circostanze fossero di per sé prova della sottoscrizione in bianco del mandato e dell'omissione del divieto di smobilizzo dei titoli conferiti, i giudici avrebbero dovuto ammettere la prova testimoniale, ai sensi dell'art. 2724, n. 1, c.c.

In ogni caso, non ricorreva il divieto previsto dall'art. 2722 c.c., che si applica solo ai documenti contrattuali e non alle dichiarazioni unilaterali, quale era la lettera-mandato, con cui il Pirovano era autorizzato ad avvalersi del Liverani; la «libertà di scelta dei titoli e dei tempi operativi», non poteva significare una incondizionata autorizzazione a compiere le dissenate operazioni in concreto effettuate, né allo smobilizzo dei titoli ed unicamente a lucrare maggiori commissioni; quale fosse stato l'effettivo contenuto degli accordi emergeva dalla circostanza che inizialmente la posizione titoli era stata accresciuta e fino all'aprile 1990 era stata falsamente confermata come esistente. Considerato che le prime vendite dei titoli erano state effettuate nel settembre 1988 e che nel momento in cui era stata redatta la posizione originale, essa non era quella reale, il tribunale avrebbe dovuto rispondere al perché dell'intenzionale rappresentazione di una falsa gestione conservativa.

Era da criticare l'assunto del tribunale secondo cui lo Sculco si sarebbe potuto rivolgere ad esperti, perché ciò avrebbe comportato la negazione della buona fede, della fiducia, della diligenza, della professionalità e pure dell'intervento sanzionatorio e riequilibratore del giudice, ogni volta che la violazione dei menzionati principi arreca danno; pure da criticare era l'assunto circa la fonte delle perdite lamentate, perché smentita dai documenti e dalla richiesta di una c.t.u.

2) Il tribunale non aveva pronunciato su punti decisivi, non aveva tenuto in considerazione la duplicità del titolo risarcitorio (contrattuale ed extracontrattuale); non aveva pronunciato sull'istanza di consulenza, neppure al fine di chiarire se nel mandato fossero comprese tutte le operazioni schizofrenicamente e reiteratamente effettuate dai convenuti (contratti a premio, acquisti/vendite in perdita nello stesso giorno) e/o se queste rientrassero nell'alea fisiologica a tali operazioni, ovvero non avessero travalicato ogni più basso limite del mandato, per perseguire una considerevole, rilevantissima e sproporzionata remunerazione a titolo di commissione; non aveva poi osservato l'ordine di esibizione delle scritture contabili.

3) Nella specie era mancata la diligenza, la prudenza, la buona fede e l'onestà, perché il mandato era stato eseguito in conflitto di interessi con l'attore; il tribunale non aveva rilevato il mancato assolvimento da parte dei convenuti dell'onere della prova di avere agito secondo le istruzioni, in buona fede e con la diligenza del mandatario. In una situazione in cui potevano considerarsi certe:

la fiducia riposta dall'attore nella professionalità del convenuto, nonché la sua colpevolezza;

l'indecifrabilità ed inidoneità della documentazione inviata all'attore e la mai mantenuta promessa di una situazione patrimoniale mensile;

l'inesistenza di ordini e/o di fissati bollati sottoscritti dall'attore;

la falsa prospettazione di una situazione non rispondente a quella reale;

il divieto dello smobilizzo della posizione iniziale;

l'incremento dei volumi delle contrattazioni (in totale oltre lire 87.000.000.000);

gli incrementi che avrebbero avuto la posizione iniziale e l'impossibilità di ricostruirla alla fine del rapporto;

il risultato positivo della differenza di valore tra i titoli originari incrementati e quelli diversi restituiti;

il risultato ancor più positivo se la gestione non fosse stata gravata di costi per circa lire 70.000.000 al mese;

la movimentazione dei titoli in conflitto di interessi ed all'unico fine di lucrare ingenti guadagni ai danni dell'attore, i primi giudici avrebbero dovuto dichiarare la responsabilità di entrambi i convenuti per l'inosservanza dei doveri di diligenza, correttezza e professionalità, nonché del dovere di fornire la prova di avere agito con la diligenza del mandatario (art. 1710 c.c.) e di quello di adeguata informazione del mandante.

Secondo l'appellante non poteva sorgere il minimo dubbio sulla presunta inaffidabilità del programma di informazione dei clienti, sul fatto che il Pirovano non avesse sentito prima il dovere di avvertire l'attore, per poter procrastinare le conseguenze negative della revoca del mandato e della perdita di guadagni (circa lire 30.000.000 al mese); sul tentativo di minimizzare l'accaduto con promesse di gestione conservativa; sull'invio degli estratti conto più intelligibili, dopo la revoca del mandato; sull'aver lucrato, oltre a compensi di oltre lire 600.000.000 (in venti mesi) anche parte degli interessi passivi, addebitati in circa lire 150.000.000; sul controvalore di lire 87.500.000.000 di operazioni effettuate che, da solo, dimostrava che non si fosse trattato di semplice chiusura in perdita di normali operazioni borsistiche; sugli stratosferici costi addebitati, sugli interessi passivi, sulle operazioni speculative e/o effettuate in perdita, sui bolli e le commissioni del Pirovano; sul riconoscimento dei predetti importi sul prospetto inviato il 17 maggio 1990, il risarcimento dei danni avrebbe potuto essere quantificato nella misura indicata nella memoria 5 ottobre 1993 e nelle conclusioni formulate in primo grado.

Il Pirovano si costituiva con comparsa, in cui diffusamente insisteva nelle difese ed eccezioni già dedotte in primo grado, ivi comprese quelle non accolte o non esaminate e dichiarate assorbite dal tribunale.

Si costituiva anche il Liverani, con comparsa che veniva riassunta nelle seguenti proposizioni:

che l'incarico conferito dall'avv. Sculco non fosse conservativo, ma speculativo, risultava dalla lettera del Pirovano del 26 luglio 1988;

che, avendo potuto dedurre lo Sculco dai fissati bollati ed estratti conto inviatigli che la gestione non avveniva con criteri conservativi, ben avrebbe egli potuto sollevare fin dall'inizio le sue rimostranze;

che, trattandosi di operazioni di borsa e, quindi, aleatorie, eventuali perdite erano prevedibili (art. 1225 c.c.);

che le perdite subite, considerata l'entità del patrimonio conferito, il periodo della gestione (quasi due anni) e l'andamento poco felice della borsa all'epoca, erano di lieve entità (dieci per cento circa).

Concludeva chiedendo il rigetto dell'appello e, in via subordinata, la reiezione delle domande proposte nei confronti del Liverani per il suo difetto di legittimazione passiva e comunque perché infondate in fatto e diritto.

La Corte d'appello di Milano, con sentenza depositata il 10 gennaio 1997, rigettava l'appello, con la seguente testuale motivazione:

«Presupposto del diritto al risarcimento del danno vantato dall'avv. Sculco è la responsabilità del Pirovano quale agente di borsa e del Liverani quale *remisier*, nell'esecuzione del mandato conferito nel luglio 1988 per la gestione del denaro liquido e dei titoli azionari loro consegnati. Le risultanze processuali non consentono di ritenere sussistente tale responsabilità, non emergendo elementi tali da potersi configurare un comportamento negligente o contrario a buona fede dei predetti soggetti nella gestione loro affidata. Sostiene l'avv. Sculco di aver conferito un incarico limitato alla custodia e ad una gestione mera-

mente conservativa dei titoli e del denaro, non estesa al compimento di operazioni speculative a rischio, quali quelle di fatto realizzate dall'agente di borsa e dal suo *remisier*. Tale affermazione, che è già in evidente contraddizione con il fatto stesso del trasferimento di denaro e di titoli azionari dalla banca presso la quale si trovavano depositati ad un agente di borsa (v. i cap. di prova 15 e 16 formulati a verbale d'udienza del 10 marzo 1994), è decisamente in contrasto con quanto risulta dall'atto di conferimento del mandato, doc. 1 prodotto dal Pirovano. Dalla scrittura privata del 26 luglio 1988, diretta al Pirovano e qualificata 'autorizzazione con mandato ad operare sul mercato azionario italiano, entro i limiti eventualmente precisati in calce, al *remisier* dello studio dott. A. Pirovano — agente di cambio', risulta infatti che al remissore era stata lasciata la libera facoltà di scelta sia dei titoli che dei tempi operativi, senza previsione di eventuali limiti. Obietta l'avv. Sculco che il conferimento dell'incarico è avvenuto con sottoscrizione di un modulo in bianco, sottoscritto dal Liverani, nel quale all'atto della firma non figurava alcun nome (cap. 3, memoria 5 ottobre 1993). Se con ciò si intenda che mancava il nominativo del soggetto autorizzato, la circostanza è irrilevante, dal momento che la persona poi indicata era comunque già identificata, e dal momento che la contestazione riguarda il contenuto ed i limiti dell'autorizzazione e non la persona autorizzata; se si intende che si trattava di foglio totalmente in bianco, la circostanza è inverosimile, tenuto conto che il mandato veniva conferito proprio ad un agente di cambio, la cui attività tipica è quella di svolgere operazioni di borsa, le quali sono, per loro stessa natura, caratterizzate da una peculiare componente aleatoria.

Anche l'ulteriore argomentazione dell'appellante di avere ignorato che le operazioni di borsa eseguite erano di carattere speculativo è priva di fondamento. Va, invero, considerato che il rapporto non è stato occasionale o breve, ma è durato ben tre (*sic*) anni; che durante il rapporto l'avv. Sculco ha ricevuto i conti di liquidazione, come da per scontato nei primi atti difensivi e come si ricava dalla lettera del 2 maggio 1990 prodotta come doc. 5 nel fascicolo di primo grado; che, per quanto si rileva dai conti di liquidazione, in parte prodotti anche dallo stesso attore appellante, sono ben evidenziate nella voce 'quantità' le compere e le vendite; e nella voce 'controvalore' il dare e l'avere; che, quindi, l'appellante avrebbe ben potuto rilevare, con un minimo di diligenza, quantomeno che le operazioni effettuate non erano meramente conservative. In tale contesto di emergenze processuali, le prove orali offerte dall'appellante si rivelano inconferenti e, per quanto riguarda patti contrari al contenuto del documento (incarico) contestualmente firmato, inammissibili.

Nessuna rilevanza potrebbe avere la richiesta c.t.u., posto che non è stato provato, ma anzi è in contrasto con le risultanze processuali, il fatto che l'autorizzazione conferita riguardasse un mandato per una gestione conservativa e non speculativa, e posto che l'andamento delle operazioni avrebbe potuto essere noto al mandante attraverso i conti di liquidazione ricevuti.

Del resto l'avv. Sculco non ha mai, neppure con la lettera di revoca del mandato (doc. 7 dallo stesso prodotto in primo grado) proposto reclamo, come sarebbe stato suo onere, nel termine di dieci giorni, contro i conti di liquidazione ricevuti, secondo le prescrizioni dell'art. 3 degli usi di borsa della provincia di Milano, richiamati dalla difesa del Pirovano che ha, appunto, excepto la conseguente decadenza. Gli usi della borsa di Milano devono, in effetti, ritenersi applicabili nel caso di specie, perché trattasi di usi giuridici *praeter legem*, costituenti fonte consuetudinaria della disciplina degli ordini e dei contratti di borsa, così come più volte ritenuto dalla Suprema corte che ha anche in proposito specificato che, una volta che i conti di liquidazione siano pervenuti a conoscenza del cliente-destinatario, questi viene messo nella condizione di poter esercitare il diritto di impugnarli, sicché è legittima la disposizione degli usi della borsa di Milano (in precedenza l'art. 51, poi l'art. 53 della raccolta ufficiale 1980) che fissa un breve termine (portato da cinque a dieci giorni) a pena di decadenza per l'impugnativa, con la precisazione che tale termine, in applicazione dei principi generali degli art. 1335 e 1832 c.c., decorre dalla ricezione del conto. Conseguenza dell'applicabilità del citato art. 53 sarebbe stata comunque l'avvenuta approvazione, per mancanza di tempestivo reclamo, dei conti di liquidazione ricevuti dall'avv. Sculco.

Se è vero, come ha sostenuto il tribunale, che l'insussistenza in radice della responsabilità attribuita dall'attore appellante agli appellati, rende ininfluenza la problematica dell'individuazione, fra gli stessi, del soggetto responsabile, appare tuttavia opportuno in questa sede rilevare, attesa l'eccezione di carenza della propria legittimazione passiva sollevata dal Liverani, che ogni eventuale responsabilità relativa alle operazioni di borsa realizzate in virtù del mandato sarebbe gravata sia sull'agente di cambio Pirovano che sul Liverani, in base ai principi generali del diritto in materia di rappresentanza e di responsabilità, i quali vanno perciò ritenuti legittimati passivi rispetto all'azione intrapresa dall'avv. Sculco. Infatti, tenuto conto dei rapporti intercorsi fra i tre soggetti, come disciplinati nella lettera d'incarico del 26 luglio 1988, la responsabilità del Pirovano non avrebbe potuto escludersi per il fatto che questi era l'agente di cambio esecutore degli ordini di borsa trasmessi dal remissore, e la responsabilità del Liverani non avrebbe potuto escludersi dal momento che questi non si era limitato a procurare il cliente e a rimettere gli ordini al Pirovano, ma era stato autorizzato direttamente dal cliente ad operare, senza limiti, sul mercato azionario, con facoltà di scelta dei titoli e dei tempi operativi (cpv. dell'art. 1717 c.c.).

Avverso la suddetta sentenza lo Sculco ha proposto ricorso per cassazione, illustrato con memoria. Il Pirovano ha resistito con controricorso. Il Liverani non ha svolto attività difensiva, benché ritualmente intimato. Il presidente del collegio è stato designato quale estensore, ai sensi dell'art. 276, ultimo comma, c.p.c.

Motivi della decisione. — Il ricorrente, dato atto della manchevole esposizione dei fatti rilevanti in causa (che, in quanto già riferiti nelle scritture difensive delle parti, questa corte ha esposto in narrativa) contenuta nella sentenza impugnata, l'ha integrata di ulteriori circostanze, delle quali si darà conto, se necessario, in prosieguo (pag. da 5 a 9 del ricorso). Inoltre ha trascritto i capitoli di prova richiesti e le circostanze su cui aveva chiesto l'espletamento di c.t.u. (pag. da 25 a 33).

1) Viene pregiudizialmente in esame il motivo del ricorso attinente alla motivazione della sentenza impugnata che ha affermato l'applicabilità della «decadenza» in base agli usi della borsa di Milano; infatti, se tale motivo fosse rigettato, ogni questione in ordine alla sussistenza della responsabilità sarebbe preclusa.

Con tale secondo motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1832 c.c. e dell'art. 53 usi di borsa — erronea e contraddittoria motivazione su più punti decisivi — travisamento dei fatti, nonché omessa pronuncia (art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c.).

Indipendentemente dalla pochezza logica e giuridica dell'affermata presunta e, comunque, irrilevante negligenza dello Sculco, quando in tutta la motivazione non vi era il minimo cenno alla diligenza degli appellati (nel contesto di un rapporto cliente-professionista, in cui il primo non possiede le medesime capacità del secondo, perché sono proprio tali capacità che costituiscono la causa stessa dell'incarico professionale), il ricorrente evidenzia il grave ed erroneo equivoco in cui è incorso il giudice nel ritenere che i conti di liquidazione abbiano, da una parte, assolto ogni onere di informazione del mandante anche sulla natura conservativa/speculativa della gestione e, dall'altro, che i medesimi dovessero ritenersi approvati per la mancata proposizione del reclamo previsto dagli usi di borsa (art. 53) e dalla disciplina civilistica (art. 1832 c.c.).

Innanzitutto il ricorrente osserva che gli «usi di borsa» non hanno mai regolato l'attività delle gestioni azionarie come, indirettamente, viene confermato dalla successiva disposizione dell'art. 8, lett. a), l. 2 gennaio 1991 n. 1, che considera nullo ogni richiamo contrattuale alle condizioni d'uso.

Per quanto riguarda l'incontestabilità delle risultanze del conto non impugnato, essa si riferisce solo alle singole operazioni nella loro realtà effettuale; l'incontestabilità riguarda solo le iscrizioni delle singole partite e non la validità ed efficacia dei rapporti da cui esse derivano. L'onere (art. 1832 c.c.) del correntista di specificare le contestazioni mosse al conto trasmessogli risponde all'esigenza di impedire la protrazione della definizione dei rapporti sui termini numerici delle operazioni; in altri termini, diventa incontestabile solo il profilo meramente contabile delle singole partite, ma non anche la validità ed efficacia del rapporto obbligatorio da cui i debiti e/o crediti ivi annotati sorgono.

Il ricorrente non ha mai contestato l'effettività delle singole annotazioni, ma, invece, l'inesatta esecuzione del mandato conferito e/o le modalità (diligenza, professionalità, buona fede, conflittualità, razionalità) con cui il medesimo è stato attuato. Sono state proprio le registrazioni contabili riportate nei conti di liquidazione che hanno consentito di ricostruire l'andamento della gestione dei propri titoli; ricostruzione trasfusa nelle difese, come il giudice di merito non ha esaminato e smentito.

Il motivo è fondato nel suo nucleo essenziale, concernente l'inapplicabilità degli usi della borsa valori di Milano alla materia di causa, costituita dalla postulata responsabilità per inesatta e negligente esecuzione del «mandato» di gestione di azioni e capitali, conferito dallo Sculco con la scrittura del luglio 1988 riportata in sentenza, la quale palesemente si contraddice quando, da un lato, fonda la tesi della mancanza di responsabilità dei resistenti sulla «natura» (v. *infra*) di tale mandato e, dall'altro, ritiene l'esistenza della decadenza dello Sculco in ordine alla contestazione dei conti di liquidazione ricevuti, decadenza che — invece — non ha nulla a che vedere con tale asserita responsabilità.

Come del resto sottolineava la stessa difesa del Pirovano fin dal primo grado, occorre distinguere nettamente fra il mandato del luglio 1988 ed i singoli contratti di borsa stipulati, sia pure in esecuzione del mandato stesso.

Al primo contratto si applicavano le norme degli art. da 1703 a 1736 c.c. (nonché le norme generali in materia di obbligazioni e contratti), ma sicuramente non si applicavano gli usi della borsa valori, che quindi non hanno alcun rilievo ai fini della affermata decadenza dell'azione di responsabilità esperita dal mandante contro i propri mandatari (l'affermazione dell'astratta responsabilità di entrambi i convenuti, contenuta nella sentenza d'appello, non è stata impugnata con ricorso incidentale e quindi costituisce giudicato).

Invero, malgrado l'impossibilità di contestare i singoli contratti di borsa stipulati (questi, sì, regolati dagli usi), non è in radice inibito al mandante di dimostrare l'inesatta esecuzione del mandato nel suo complesso, perché i titoli di responsabilità (dedotti dallo Sculco) essenzialmente discendono dalla ripetizione e dal complesso di tutte le operazioni, considerate nel loro insieme e nelle loro correlazioni (v. meglio *infra*). Si tratta di vedere se un contratto di durata, ad esecuzione continuata e reiterata, cioè ripetuta nel tempo, è stato bene e diligentemente eseguito, ed a tal fine le singole operazioni di borsa (ormai irrettrabili) andavano esaminate nel loro complesso (e non singolarmente). In tale prospettiva, è appena il caso di sottolineare che il mandato del luglio 1988 non era un'operazione di borsa (a cui fossero applicabili gli usi) né per il suo contenuto, né per la sua struttura. L'operazione di borsa ha per contenuto, essenzialmente (salve clausole particolari) compravendite ovvero riporti, e di tale contenuto non vi è cenno nel mandato più volte ripetuto (che aveva per oggetto il futuro compimento per conto dello Sculco) di compravendita e/o riporti in borsa. Dal punto di vista della struttura, ogni operazione di borsa si risolve in un triplice ordine di rapporti contrattuali: a) un rapporto che ha per contraenti due agenti di cambio che assumono le figure di compratore e venditore o di riportato e riportatore; b) due rapporti correlativi, che legano ognuno dei due agenti suddetti al proprio rispettivo cliente che ha impartito l'ordine di borsa. È evidente che il mandato, di cui lo Sculco lamenta l'inesatta esecuzione, con richiesta dei danni conseguenti, non ha niente a che vedere con tale struttura essenziale all'operazione di borsa, che nella specie è successiva al mandato e reiterata più volte.

Le considerazioni fatte sono sufficienti all'accoglimento del motivo ed al conseguente annullamento di quella parte della sentenza che riguarda la decadenza (pag. 18 e primo cpv. di pag. 19 dell'originale). Invero, le censure dello Sculco — contenute nel motivo — inerenti alla natura del rapporto contrattuale *de quo* ed alla diligenza dei mandatari saranno riprese, con più organicità, nell'esame degli altri motivi, che concernono tali punti; e quelle relative all'esegesi dell'art. 1832 c.c. sono assorbite, perché da un lato la sentenza d'appello non ha applicato detta norma (che riguarda il contratto di conto corrente, che non è dedotto in causa) e quindi la censura è estranea alla *ratio decidendi* dell'affermata decadenza; dall'altro lato, le considerazioni già fatte sull'irrelevanza della mancata contestazione dei

singoli conti di liquidazione, ai fini di stabilire se le operazioni compiute nell'arco dei due anni (e non tre, come erroneamente afferma la corte di Milano) abbiano provocato danni risarcibili dai mandatari, possono estendersi all'ipotesica invocabilità della disciplina della decadenza ex art. 1832 c.c.

Sull'inapplicabilità dell'approvazione tacita ex art. 1712, 2° comma, v. in fine.

Il) Con il primo motivo lo Sculco denuncia la violazione degli art. 2697, 1710, 1176, 2° comma, e 1218 c.c., l'erronea e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo, il travisamento dei fatti e l'omessa pronuncia (art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c.), lamentando che dalla sola circostanza che il mandato 26 luglio 1988 prevedeva «la libera facoltà di scelta sia dei titoli che dei tempi operativi» il giudice di merito abbia apoditticamente dedotto l'inesistenza di un comportamento negligente e/o contrario a buona fede degli appellati nella gestione loro affidata, mentre la «libertà» non aveva il significato di una incondizionata autorizzazione a compiere le dissennate operazioni effettuate, ovvero a vendere i titoli trasferiti e neppure ad escludere ogni obbligo di diligenza e ad accettare ogni modalità di attuazione del mandato. L'effettivo contenuto degli accordi emerge dalla documentata circostanza che, inizialmente, la posizione «titoli» è stata accresciuta (doc. 1 e 2) e che tale posizione è stata falsamente confermata come esistente fino al maggio 1990 (doc. 6-10), tanto vero che, risalendo le prime vendite dei titoli originari all'inizio di settembre 1988 (doc. 18), nel momento in cui la posizione originaria era redatta, essa non corrispondeva a quella reale (doc. 2 e 18).

Secondo il ricorrente, l'aver subordinato all'indicazione dei limiti dell'incarico l'obbligo di diligenza e la responsabilità degli appellati, non solo ha indotto la corte d'appello a non porsi alcun perché sull'intenzionale rappresentazione di una falsa gestione conservativa, ma neppure ad accertare quali fossero state le modalità di svolgimento del mandato, ignorando ogni deduzione dell'appellante tendente a dimostrare che, al di là della natura dell'incarico, la prestazione eseguita non era quella dovuta, sia in termini assoluti (compravendita di titoli a caso, senza razionalità, ed all'unico fine di percepire le provvigioni come da doc. 3, 8, 11 e 48) che in termini relativi (rilevante sproporzione della movimentazione dei titoli in rapporto a quelli in carico, secondo i dati forniti da entrambe le parti; doc. 10 e 17). L'oggettiva sproporzione delle operazioni (in venti mesi 87.000.000.000) aveva dimostrato come il Pirovano ed il Liverani non avessero eseguito la prestazione dovuta, perché anche con il consenso del mandante nessun agente di borsa avrebbe attuato una gestione come quella in esame. Nella specie non era stato dimostrato dai resistenti che il ricorrente avesse dato un solo ordine di effettuare una qualsiasi delle operazioni, né che essi avessero chiesto alcun preventivo consenso e/o lo abbiano informato delle operazioni da effettuare, con violazione del dovere di consultazione, per evitare irrimediabili pregiudizi.

Il ricorrente lamenta che la corte d'appello non abbia rilevato il mancato assolvimento dell'onere della prova gravante sugli appellati, di aver eseguito la prestazione con la diligenza qualificata dei mandatari: risultando provato sia il rapporto che il contenuto della prestazione e la sua inesatta esecuzione, gli appellati avrebbero dovuto fornire la dimostrazione che, avendo eseguito il mandato con diligenza (art. 1710 e 1176, 2° comma, c.c.) l'inesatta esecuzione della prestazione da loro dovuta e/o il loro inadempimento era stata determinata da causa a loro non imputabile (art. 1218 c.c.).

Con il terzo motivo (che va esaminato congiuntamente al primo) lo Sculco denuncia la violazione e falsa applicazione degli art. 2697, 2721, 2722, 2723 e 2724 c.c., nonché dell'art. 210 c.p.c., l'illegittima inversione dell'onere della prova, l'omessa valutazione delle domande e delle istanze istruttorie, l'erronea e contraddittoria motivazione su più punti decisivi, il travisamento dei fatti e l'omessa pronuncia (art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c.) osservando, in primo luogo, che pur sussistendo diversi principi di prova scritta (il più risolutivo dei quali era la posizione originale di fine settembre 1988, doc. 2) ed emergendo che la grafia era quella dell'aggiunta «rag. Adelio Liverani» sul mandato sottoscritto in bianco, nonché che la data di redazione doveva essere posteriore alla sottoscrizione del mandato ed al trasferimento dei titoli (doc. 1) il giudice avrebbe dovuto (art. 2724,

n. 1, c.c.) ammettere la prova testimoniale, perché le indicate circostanze erano prova sufficiente della sottoscrizione in bianco del mandato e dell'omissione sul medesimo del divieto di smobilizzo dei titoli conferiti.

D'altra parte, il divieto previsto dall'art. 2722 c.c. si applica solo ai documenti contrattuali e non anche alle dichiarazioni unilaterali, quale deve essere ritenuta la lettera-mandato di autorizzazione del Pirovano ad avvalersi del Liverani. La prova testimoniale avrebbe dovuto essere ammessa anche ai sensi dell'art. 2723 c.c., perché la «posizione originale» è stata formata in epoca successiva alla sottoscrizione del mandato e rende verosimile la circostanza che il divieto di vendita dei titoli possa essere stato concordato nel momento della redazione di tale «situazione».

Il ricorrente, ricordato che la migliore limitazione sarebbe stata il diligente, disinteressato e professionale svolgimento dell'incarico, osserva che nella fattispecie concorrono la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Il ricorrente lamenta poi la mancata ammissione della c.t.u. aggiungendo alle considerazioni già svolte nel primo motivo che l'indagine tecnica avrebbe avuto rilevanza sugli aspetti tecnici dell'espletamento dell'incarico e sulle operazioni effettuate, per chiarire se esse rientrassero nell'alea fisiologica di una gestione speculativa ovvero non avessero travalicato ogni limite del più speculativo dei mandati, nonché per chiarire se le medesime avessero perseguito uno scopo diverso dal conseguimento di una sproporzionata personale remunerazione a titolo di commissione (sette per mille sul valore di ogni singola operazione). Conclude il ricorrente osservando che l'illegittimità ed illogicità della decisione di subordinare la rilevanza dell'indagine tecnica alla natura conservativa della gestione ed alla presunta idoneità informativa dei conti di liquidazione dimostra il limite delle cognizioni del giudice *a quo* che non ha confutato le ragioni dell'appellante, ed ha ritenuto indimostrati quei fatti rispetto ai quali l'appellante si trovava nell'impossibilità di offrire adeguate parametri di valutazione, che solo la c.t.u. avrebbe potuto provare.

Infine, il ricorrente lamenta l'inosservanza dell'ordine di esibizione delle scritture e dei documenti contabili del Pirovano, specie di quelli relativi alla corresponsione di qualsiasi somma dal Pirovano al Liverani e viceversa, tendente a fornire l'ulteriore dimostrazione dell'espletamento dell'incarico in conflitto di interessi col mandante.

III) Il collegio osserva che i suddetti motivi sono infondati per quanto riguarda la questione del tenore effettivo degli impegni assunti dai convenuti, nonché del «tipo» di gestione a loro affidata; sono invece fondati, in ordine alla questione dell'addebitabilità del danno subito per effetto di quella gestione e della conseguente responsabilità dei predetti convenuti, salva restando al prosieguo della causa l'accertamento della misura concreta del danno risarcibile (non avendo il giudice di merito mai pronunciato in proposito, questa corte potrà dare indicazioni vincolanti solo nei limiti di cui *infra*, dovendo per il resto l'indagine del giudice di rinvio svolgersi con ampia libertà).

A) Sulla questione del contenuto dell'incarico conferito, in base al doc. 1 prodotto dal Pirovano, datato 26 luglio 1988, ben a ragione il giudice del merito ha dato rilievo al tenore letterale di detto documento, alla qualità delle parti ed al comportamento successivo delle stesse (v. la motivazione riportata in narrativa). Contro tale motivo e logico convincimento del giudice del merito, non vale invocare la pretesa violazione degli art. 2721, 2724, n. 1, 2722 e 2723 c.c.

L'art. 2721 non è stato violato, perché, una volta che il giudice abbia correttamente ritenuto che l'accordo delle parti è stato completamente redatto per iscritto, non viene in evidenza la possibilità di provare per testimoni un contratto avente un ingente valore.

Il ricorrente si limita a indicare circostanze valutabili ai fini dell'esecuzione del contratto e non della sua stipulazione, per quel che riguarda i patti posteriori (art. 2723), contraddetti dalla congrua motivazione della sentenza impugnata sulla rilevanza (dai documenti contabili ricevuti dallo Sculco) del tipo di operazioni compiute (salvo restando il fatto che la mancata tempestiva contestazione non ha prodotto alcuna decadenza del diritto al risarcimento dei danni: v. la motivazione in ordine al secondo motivo e quanto si dirà *infra*).

In ordine alla pretesa violazione dell'art. 2722, si osserva che il divieto in esso posto riguarda anche le dichiarazioni inserite in un documento sottoscritto da una sola parte ed idoneo a rivelare la convenzione dedotta in giudizio (Cass. 2 febbraio 1996, n. 897, *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Prova testimoniale*, n. 8); e d'altra parte, che si tratti di un mandato e cioè di un contratto bilaterale è ammesso dallo stesso ricorrente.

La violazione dell'art. 2724, n. 1, non sussiste, perché per la sua applicabilità è necessario che il documento contenga un qualche riferimento al patto che si deduce in contrasto col precedente patto scritto, mentre non è sufficiente che in base al documento si possa ritenere possibile o plausibile la conclusione di un nuovo patto contrastante col precedente accordo scritto (Cass. 16 luglio 1980, n. 4623, *id.*, Rep. 1980, voce cit., n. 12, fra le altre conformi); e l'apprezzamento del giudice del merito in proposito è insindacabile (Cass. 21 aprile 1981, n. 2337, *id.*, Rep. 1981, voce cit., n. 11, fra le tante conformi).

B) La natura non meramente conservativa del contratto di gestione è stata affermata dal giudice del merito con motivazione sufficiente e logica (in parte neppure impugnata) e contro la quale i capitoli di prova testimoniale dedotti in causa e ritrascritti nel ricorso sono inconcludenti, perché la conservazione iniziale del patrimonio azionario conferito ed il suo naturale incremento (v. cap. da 5 ad 8, in particolare; degli altri si dirà in seguito) non contrastavano affatto con la possibilità, conferita ai convenuti ed in particolare al Liverani (senza escudere la responsabilità dell'agente di cambio, proprio per la sua posizione più qualificata di esperto) di vendere i suddetti titoli per effettuare operazioni di borsa, sia pure col limite implicito di cui si dirà *infra*. E non ha conclusione la prova (cap. da 15 a 18) sul diverso tipo di rapporto fra lo Sculco e la Cariplo, proprio perché diverso è il rapporto con un agente di cambio e/o con un *remisier* di borsa, come è universalmente noto.

C) Per quel che riguarda la responsabilità, invece, la motivazione della sentenza impugnata è evidentemente del tutto insoddisfacente, risolvendosi in affermazioni apodittiche o irrilevanti.

Il vizio fondamentale consiste nel non avere considerato in modo specifico i titoli dei danni richiesti dall'attore, che pure erano indicati analiticamente nelle conclusioni trascritte in sentenza (pag. da 5 a 7). Invero, che un danno come entità materiale vi sia stato, risultava *per tabulas* dalla circostanza che lo Sculco (che aveva consegnato un valore di entità X) alla fine del rapporto ha avuto in restituzione un valore inferiore, giustificato dai convenuti con l'aleatorietà e rischiosità propria dei contratti di borsa, e cioè con una asserzione palesemente incongrua e del tutto irrilevante per quanto riguarda almeno una parte della voce del danno (indicata in lire 663.070.000), e da sottoporre a verifica più attenta per quanto riguarda altra parte della stessa voce, nonché le altre indicate nelle conclusioni.

Invero, a parte l'apodittica affermazione della mancanza di un comportamento negligente o contrario a buona fede nella gestione affidata ai convenuti, in primo luogo la sentenza impugnata ha fatto riferimento alla natura non conservativa, ma speculativa delle operazioni che i mandatari dovevano compiere.

La suddetta motivazione sembrerebbe a prima vista congrua ed esaustiva, per quanto riguarda l'impossibilità di ricondurre alla responsabilità dei convenuti i danni indicati in lire 338.343.000, quale differenza di valore tra i titoli originari e quello dei titoli ricevuti in restituzione; in lire 91.226.800 per la restituzione dei conferimenti in denaro; nonché in lire 533.120.000, sempre avuto riguardo ai titoli originari. Se, infatti, il mandato comprendeva anche la facoltà di vendere quei titoli originari, per effettuare operazioni anche speculative, sembrerebbe evidente che lo Sculco non potrebbe pretendere alcunché a titolo di danni per tali operazioni. Il collegio osserva che si tratta di un criterio certamente rilevante, al fine di stabilire se il mandato sia stato eseguito esattamente, ma che residua sempre la questione della diligenza, della correttezza e della buona fede a cui doveva ispirarsi il mandatario (v. *infra*).

Una seconda motivazione della corte consiste nella durata del rapporto, nelle mancate proteste dello Sculco di fronte all'obbligo di informazione adempiuto dai mandatari e nella sua negligenza. Si tratta di motivazioni palesemente inidonee ad escludere la risarcibilità del danno patito, perché: a) l'obbligo di in-

formazione era uno solo dei più ampi obblighi gravanti sui convenuti; b) la diligenza del mandante e le sue mancate proteste non possono aver rilievo in un rapporto la cui ragione essenziale consiste nell'affidarsi ad un esperto (nessuno oserà affermare che chi si affida ad un medico o ad un avvocato debba «vigilare» sulla sua diligenza, pena la perdita di ogni ragione di danni per il comportamento non diligente e/o imperito del professionista); c) il tempo trascorso fra le operazioni compiute e la protesta di danni è del tutto irrilevante (v. il punto trattato a proposito del secondo motivo).

E pertanto, si può concludere che è mancata una sufficiente motivazione ed è stata violata la disciplina legale del rapporto.

Invero, l'art. 1375 c.c. stabilisce che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, che va intesa come lealtà, conformemente alle regole della correttezza richiamate dall'art. 1175 c.c. La violazione di tale obbligo genera una responsabilità contrattuale (e pertanto deve ritenersi inammissibile l'accento fatto dal ricorrente ad una responsabilità extracontrattuale).

Nelle ipotesi in cui il contratto assicuri ad una delle parti una posizione preminente (o il potere di controllo del mercato) il rischio insito nelle operazioni deve essere distribuito alla stregua delle suddette regole di integrazione del contratto. Ciò in particolare viene in rilievo con riferimento alla voce di danno indicata in lire 663.070.000 per rimborso di metà dei costi addebitati per interessi passivi, operazioni in perdita, bolli e commissioni. Con riguardo a quest'ultima «sottovoce» — insistentemente richiamata dallo Sculco lungo l'annoso *iter* della causa — il silenzio delle sentenze di primo e secondo grado è stato totale, al pari di quello del Liverani. Invece singolare — ai fini di trarre elementi utili a favore dell'attore, come ribadito nel ricorso — è stato il comportamento del Pirovano, che nelle prime scritture ha soltanto ridimensionato la somma delle commissioni ed ha tentato di giustificarle con motivazioni insufficienti (il tipo di operazioni a cui si commisurava la commissione, e cioè quelle a premio), perché in primo luogo doveva accertarsi se fosse giustificato il loro ripetersi vertiginoso (le somme miliardarie non sono contestate dal Pirovano, autore della significativa lettera dell'aprile 1990, ricordata dal ricorrente a riprova del carattere avventato delle operazioni). Ad avviso del collegio, invece, il punto era essenziale. Il mandatario a norma dell'art. 1710 c.c. doveva osservare la diligenza di cui all'art. 1176; trattandosi di operazioni da compiere in base ad una scelta del mandante, ma sempre nell'interesse del mandante, la diligenza assumeva un contenuto più pregnante, al pari della buona fede e correttezza ex art. 1175 e 1375 c.c., indicando esse criteri di determinazione della attenzione, della cura e dello sforzo del debitore. La diligenza assolve al compito (tanto più esteso quanto più la prestazione è indicata all'origine genericamente, come nel caso di specie), di specificare il comportamento dovuto e di individuare gli atti da compiere per soddisfare l'interesse del creditore, quale limite della discrezionalità dell'incarico. L'obbligo di correttezza nel mandato ha un peso peculiare, perché il suo contenuto è l'affidamento della cura di un affare del mandante, per cui il gestore (che è scelto per le sue qualità professionali) ha un dovere di cautela, di oculatezza ed avvedutezza e di salvaguardia dell'utilità del gerito e di protezione della sua sfera patrimoniale. Non è sufficiente contrapporre l'aleatorietà e la rischiosità delle operazioni di borsa, sia perché ciò non si identifica con la «rovinosità» ed il puro azzardo, sia soprattutto perché tali caratteristiche non giustificano gli elevati costi incontrati nella gestione (la dottrina indica i costi troppo elevati come ipotesi di inesatta esecuzione del mandato).

Non è possibile ritenere che sia conforme ai doveri richiamati, l'affrontare dei costi di gestione (per un patrimonio di meno di lire 1.000.000.000), che secondo i calcoli dello stesso Pirovano ammontavano a circa lire 300.000.000, in circa due anni appena. Invero, alla perdita dello Sculco corrispondeva un guadagno dei mandatari ingiustificato.

Il giudice del merito avrebbe dovuto accertare sia gli effettivi costi (di commissione, fiscali e quant'altro), sia la loro proporzione rispetto al capitale, e giudicare se le operazioni fossero state fatte al solo (o preminente) scopo di lucrare commissioni ed interessi, come sostiene lo Sculco, anche mediante indagine tecnica, se gli elementi documentali non fossero stati sufficienti in proposito.

E le «perdite» ammesse dai convenuti comportavano l'inversione dell'onere probatorio (a loro carico ex art. 1218 c.c.), dell'aver eseguito l'incarico con la diligenza suddetta, tenuto conto ovviamente dei rischi naturali delle operazioni di borsa (ma non di quelli evitabili con la normale prudenza ed avvedutezza, quale emerge dalla già ricordata lettera del Pirovano) (v. anche Cass. n. 4203 del 1998, *id.*, Rep. 1998, voce *Rendiconto*, n. 4).

Concludendo, la sentenza d'appello va annullata *in parte qua*, ed il giudice di rinvio dovrà riesaminare il merito dell'esecuzione del mandato (e degli eventuali danni addebitabili ai mandatari alla stregua dei principi enunciati *supra*), mentre sulle istanze istruttorie dovrà provvedere come segue.

Si sono già *supra* giudicati inammissibili i capitoli di prova testimoniale da 5 a 8 e da 15 a 18. I capitoli da 1 a 4 sono irrilevanti, perché la sentenza (sul punto non impugnata) ha affermato già l'astratta riferibilità ad entrambi i convenuti della c.d. legittimazione passiva (più esattamente, responsabilità nell'esecuzione del mandato).

I capitoli da 9 a 12 sono irrilevanti, perché riguardano la questione dell'informazione, non decisiva ai fini della responsabilità. Il capitolo 13 è inammissibile, perché *supra* si è già deciso in senso opposto sulla natura speculativa delle operazioni da compiere. Il capitolo 14 riguarda un punto incontestato.

Quindi, nel complesso, bene la corte d'appello non ha ammesso la prova testimoniale, anche per le considerazioni qui aggiunte.

In ordine alla consulenza d'ufficio, se il giudice di rinvio riterrà necessario l'ausilio del tecnico per effettuare conteggi di non facile esecuzione e per verificare la rispondenza ai criteri già enunciati delle operazioni speculative, dovrà ammettere i quesiti *sub d), g), h)* (con esclusione della parola «inutili», che comporta un giudizio preconstituito), *i)* (con esclusione della parola «inutilmente», per la medesima ragione); *l)* (con esclusione delle parole da «senza le quali» alla fine, per la medesima ragione).

Sono invece inammissibili i quesiti *a), b)* e *c)*, stante la natura dell'incarico acclarata; i quesiti *e)* ed *f)*, per la stessa ragione; *m)*, perché assorbito dai quesiti ammissibili; *n)*, perché la questione dell'informazione non ha rilievo ai fini del danno, non avendo il mandante un dovere di sorveglianza del mandatario a cui si è affidato proprio perché esperto (cfr. già Cass. 23 maggio 1975, n. 2064, *id.*, Rep. 1976, voce *Mandato*, n. 13). D'altra parte, in aggiunta a quanto già rilevato in ordine al secondo motivo del ricorso, deve escludersi l'applicabilità dell'approvazione tacita ex art. 1712, 2° comma, c.c. (acquiescenza del creditore alla prestazione inesatta, con rinuncia tacita a far valere l'inesatto adempimento del mandatario), perché si è già detto che la responsabilità del mandatario, alla stregua del carattere continuativo e reiterato delle operazioni da compiere, non poteva che essere giudicata in base al complesso delle operazioni, in un arco di tempo non predeterminato, fino alla revoca dell'incarico.

Invece l'art. 1712, 2° comma, presuppone l'esecuzione già avvenuta di tutto il mandato e cioè l'esaurimento del rapporto ai sensi del 1° comma.

L'ordine di esibizione dei documenti contabili è assorbito dalla c.t.u. (v. art. 198 c.p.c.).