

Avv. *J. Carbonetti*

20 MAR 2008

[Handwritten signature]

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI SIRACUSA
SEZIONE CIVILE

SENTENZA
n. 669/2008
1431/04
7103
1026
ur. 76-2-08

Composto dai signori magistrati:

- | | |
|---------------------------|--------------|
| Dott. Vincenzo Didomenico | Presidente |
| Dott.ssa Veronica Milone | Giudice rel. |
| Dott.ssa Viviana Urso | Giudice |

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

nella causa n. 1431/04 R.G. avente ad oggetto: invalidità in materia di intermediazione finanzia e condannatorio:

DA

F. [redacted] o. nato a Siracusa il [redacted]
ivi residente in via M.O. Garana n. 8, elettivamente domiciliato in Siracusa
via [redacted]
lo
rappresenta e difende per mandato a margine dell'atto introduttivo:

[Handwritten signature]

-attore-

CONTRO

Banca [redacted], con sede in [redacted] strada
provinciale [redacted] in persona del
legale rappresentate pro tempore, rappresentata e difesa per mandato in calce
all'atto di citazione dall'Avv. Francesco Carbonetti, dall'Avv. Roberto Della

[Handwritten signature]

- OMISSIS -

ordine all'assunzione del mutuo che il piano prevedeva e per averlo indotto in errore circa la prestazione assunta;
ai sensi degli artt. 1341 e 1469 bis c.c. essendo il contratto caratterizzato dalla vessatorietà delle clausole sopra indicate;
dichiarare la responsabilità della banca per violazione dei doveri di diligenza alla stessa imposti nella prestazione del servizio di investimento.

Conseguentemente chiedeva la condanna della banca convenuta al rimborso della somma di € 13.014,54 corrisposta a titolo di rate di rimborso del mutuo, nonché al risarcimento del danno subito in conseguenza della sottoscrizione del contratto in oggetto.

Si costituiva la banca contestando la fondatezza della domanda e chiedendone il rigetto.

A conclusione della fase preparatoria dello scambio delle memorie, la causa, a seguito di istanza di fissazione d'udienza depositata dall'attore, entrava nella fase istruttoria superata la quale veniva rimessa all'udienza di discussione del 26.2.08 nella quale a quale il Collegio si riservava di decidere ai sensi dell'art. 16 comma 5° D.Lvo 5/03.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Prima di esaminare le questioni giuridiche poste al vaglio del Collegio è opportuno preliminarmente riassumere le risultanze testimoniali acquisite.

I testi **[REDACTED]** -all'epoca dei fatti promotore finanziario della banca convenuta- e Lena Carlo - amico dell'attore e già dipendente della banca convenuta- hanno riferito che il **[REDACTED]** avendo notato i manifesti pubblicitari affissi all'interno dei locali della banca aveva chiesto informazioni in merito al piano finanziario in oggetto. Lo stesso gli era stato

quindi compiutamente e diffusamente illustrato in tutte le sue caratteristiche.

Il [REDACTED] in esito a ciò si era determinato a sottoscrivere presso la sede della banca la proposta di adesione al piano, la cui documentazione gli era stata integralmente consegnata.

La convergenza delle superiori testimonianze consente di trarre, subito, alcune conclusioni:

- 1) La nullità del contratto per violazione dell'art. 30 comma 7 Dlvo n. 58/98 non sussiste perché -a prescindere da ogni ulteriore rilievo- detta sanzione, correlata all'omessa indicazione della facoltà di recesso per l'investitore, è prevista con riferimento ai negozi di investimento stipulati dal promotore finanziario fuori dalla propria sede e non già per quelli che, come nel caso in esame, sono stati stipulati presso i locali adibiti a sede del promotore finanziario.
- 2) E' pure priva di fondamento la doglianza relativa all'omessa consegna della documentazione concernente il piano finanziario sottoscritto dall'attore, dato che i testi hanno entrambi riferito che tutta la documentazione era stata consegnata al Fontana e risulta che lo stesso ha sottoscritto l'attestazione di consegna concernente la documentazione sui rischi generali degli investimenti (v. doc. allegato sub 6 nel fascicolo di parte convenuta)
- 3) L'attore era stato preventivamente informato dai testi escussi, con cui aveva trattato, della tipologia dell'operazione ed era quindi a conoscenza del fatto che l'adesione al piano finanziario comportava l'assunzione di un mutuo trentennale finalizzato all'investimento nei prodotti finanziari (obbligazioni e quote di fondi di investimento



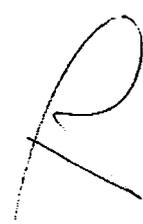
azionario) riferibili alla società proponente, vincolati a garanzia del rimborso del mutuo.

E tuttavia, la sola illustrazione delle caratteristiche del piano e la consegna della relativa documentazione non basta ad esonerare, tout court, la banca dalle responsabilità connesse alla "vendita" del prodotto stesso.

Come è agevole infatti rilevare le finalità sottese alla disciplina dettata in materia di servizi di intermediazione finanziaria dall'art. 21 Dlvo n. 58/98 - cd. TUF- e dall'art. 26 lett. p del Reg. Consob non è quella di imporre l'osservanza, da parte del soggetto abilitato alla prestazione dei servizi di investimento, di un mero dovere formale di informazione, diligenza trasparenza ecc, bensì quella di assicurare all'investitore il supporto di un esperto che con rettitudine e chiarezza gli consenta di orientarsi nella scelta di un prodotto finanziario consono alle proprie personali esigenze e al profilo di rischio prescelto e che gli permetta, quindi, di realizzare il miglior risultato auspicabile.

IL CASO .it

Tutta la disciplina in materia è infatti ispirata all'esigenza - ribadita dai criteri dettati, con riguardo ai doveri di informazione, dal regolamento di attuazione adottato dalla Consob con delibera n. 11522 dell'1.7.98- di garantire all'investitore l'instaurarsi di un rapporto con l'intermediario che, sia nella fase antecedente all'investimento che in quelle dell'investimento stesso sia tale da assicurare un servizio informato ed obiettivo, fondato sulla preventiva conoscenza delle caratteristiche personali dell'investitore (con riferimento alla propensione al rischio, alla sua situazione finanziaria, alla sua esperienza in investimenti ecc.) e sulle concrete informazioni rese in merito al prodotto con riguardo ai rischi specifici ed alle implicazioni connesse al



tipo di investimento trattato, onde garantire una scelta dell'investitore pienamente consapevole e concretamente adeguata alle sue necessità.

Tanto è avvertita dal legislatore l'esigenza di tutelare l'investitore nel compimento di operazioni finanziarie, caratterizzate da margini variabili di aleatorietà, tali da potersi rivelare rovinose, che è implicitamente ritenuta la responsabilità del soggetto abilitato per il danno cagionato all'investitore. L'art. 23 TUF, infatti, significativamente addossa al soggetto abilitato, nei giudizi risarcitori promossi dal cliente, l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta. Ciò indirettamente conferma che l'osservanza dei doveri sopra menzionati non si traduce in un mero comportamento formale (illustrazione del prodotto e consegna dei documenti), ma impone al promotore finanziario il ben più pregnante dovere di attivarsi, in tutti i modi, per realizzare in concreto l'interesse dell'investitore.

Orbene, l'adesione al piano MY WAY ha comportato, come è pacifico, l'assunzione dell'obbligo di rimborso di una somma erogata dalla banca convenuta all'attore di cui egli, però, non aveva alcuna necessità.

Ha rilevato infatti il Fontana che il suo intendimento era quello di "investire il capitale di cui disponeva" non avendo necessità alcuna di sottoscrivere la richiesta di un finanziamento per l'acquisto di prodotti finanziari.

La suddetta circostanza, non contestata dalla banca, ha indubbia rilevanza sotto diversi profili.

Ed invero, il piano finanziario sottoscritto dall'attore può, ipoteticamente, presentare un qualche interesse laddove l'investitore non disponga di somme di denaro e sia disposto a chiedere un finanziamento alla banca da destinare all'acquisto di titoli, accettando l'alea (n.b. solo a suo carico) che alla

scadenza del piano i titoli azionari -facenti parte del fondo di investimento acquistato- abbiano un controvalore monetario che possa rappresentare, comunque, un utile rispetto agli oneri derivanti dal rimborso del finanziamento il cui tasso di interesse (come è pacifico) è superiore al rendimento delle obbligazioni acquistate.

Solo in tale ipotesi è possibile, al più, profilare un interesse all'adesione al piano finanziario in oggetto.

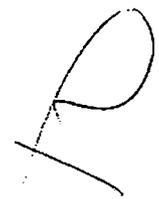
Ciò, ovviamente, trascurando del tutto i particolari aspetti -rectius anomalie- che caratterizzano l'operazione negoziale in oggetto e che presentano più profili di censura quali a titolo esemplificativo:

lo snaturamento evidente della funzione del mutuo che non realizza affatto, come è sua prerogativa, la funzione di realtà e quindi di disponibilità immediata di denaro per il mutuatario, ma imprime un vincolo di destinazione all'importo finanziato che, lungi dall'entrare nelle tasche del mutuatario, viene impiegato per l'acquisto di prodotti finanziari con scadenza trentennale;

il fatto di addossare al solo investitore l'alea che -alla data di scadenza del piano- i titoli abbiano un qualche valore tale da controbilanciare il pagamento degli interessi su una somma non entrata nella disponibilità dell'investitore ed il rendimento inferiore maturato nelle more sui titoli obbligazionari;

IL CASO .it

il fatto che a fronte di ciò la banca lucra guadagni certi connessi agli interessi dovuti in relazione alla somma mutuata, alla gestione del conto di gestione e amministrazione titoli, al conto corrente di appoggio ecc.;



il vincolo di pegno costituito sui titoli acquistati per un periodo pari alla durata del piano di investimento, con conseguente diritto della banca di percepire i frutti ex art. 2791 c.c. e quindi di incamerare il rendimento dei titoli obbligazionari che sono gli unici sicuramente fruttiferi.

A prescindere dai superiori rilievi è pacifico che nel caso in esame l'attore non aveva necessità di addivenire ad un mutuo per effettuare un investimento.

E' logico, quindi, dedurne che avendo la disponibilità monetaria per l'acquisto di prodotti finanziari egli sia stato indotto ad optare per l'adesione al piano MY WAY perché "mal consigliato" dai promotori finanziari della banca convenuta. L'osservanza dei doveri di correttezza e diligenza, sopra richiamati imponeva, infatti, non la semplice illustrazione del prodotto, ma l'indagine sulle reali necessità di investimento del cliente, a prescindere da chi provenisse l'iniziativa. Era quindi doveroso che venisse prospettata all'attore l'alternativa di investimento senza bisogno di ricorrere ad un finanziamento non necessario, mentre, invece gli stessi testi hanno riferito che la "trattativa" aveva riguardato soltanto il prodotto MY WAY, senza che fosse stata proposta all'attore alcun'altra forma di investimento. Non risulta, in definitiva, che sia stato indagato, in concreto, quale fosse per il Fontana "il miglior risultato possibile" in funzione delle sue situazione personale. Anche considerando che egli avesse dichiarato un profilo di rischio alto, è certo che nessun altro prodotto finanziario rispondente a tale profilo è stato sottoposto alla sua attenzione, ma solo quello MY WAY che presentava l'assunzione di un debito correlato ad un finanziamento di cui l'attore non aveva bisogno.



Ciò senza contare l'interesse che oggettivamente la banca aveva a sollecitare gli investitori ad un investimento nel quale essa stessa –come banca facente parte del gruppo di gestione dei prodotti finanziari e che concedeva anche il finanziamento- era palesemente coinvolta.

Ne consegue che non solo la banca non ha provato di avere in concreto assolto al proprio dovere di diligenza, trasparenza, correttezza, informazione e quant'altro, ma, al contrario, è provata la violazione di siffatti doveri. L'aver sottoposto all'attore un solo piano di investimento non rispondente alle sue concrete esigenze la rende responsabile sotto il profilo risarcitorio del danno allo stesso cagionato.

L'anomalia che caratterizza l'operazione in oggetto non è riconducibile direttamente ad un'attività ingannevole posta in essere dal promotore finanziario, quanto più all'inidoneità intrinseca del prodotto proposto in relazione alle concrete esigenze dell'attore (e ciò trascurando i rilievi sulla validità del prodotto in quanto tale).

Non è pertanto pertinente il richiamo ai vizi del consenso fatto dall'attore (che peraltro darebbero luogo all'annullabilità del contratto), versandosi, invece, in ipotesi di responsabilità specificamente prevista dalla normativa in tema di intermediazione finanziaria sopra citata (che l'attore ha espressamente invocato).

A tal proposito è necessario puntualizzare che la Suprema Corte –v. SU 6725/07- ha negato l'applicabilità del c.d. principio di nullità virtuale ex art. 1418 c.c., enucleato dalla giurisprudenza di merito, affermando che dalla natura imperativa di una norma che imponga determinati obblighi non discende automaticamente, in mancanza di una espressa previsione, la

sanzione di nullità in caso di sua violazione. Ne consegue che la violazione dei doveri imposti dalle norme sopra citate può solo dare luogo, in mancanza di una previsione di nullità, a responsabilità precontrattuale nella fase della trattativa antecedente alla conclusione del contratto o a responsabilità contrattuale per il caso, invece, di violazione dei suddetti doveri nella fase, successiva, dell'esecuzione del contratto.

In conformità ai superiori principi deve quindi affermarsi che la violazione dei doveri di diligenza, chiarezza e informazione posta in essere nei confronti del [redacted] dà luogo non già alla nullità del contratto –dallo stesso invocata–, ma alla responsabilità risarcitoria della banca per averlo indirizzato nella scelta di un programma di investimento finanziario non adeguato alle sue necessità.

Resta così fuori dal campo di indagine del Collegio la valutazione in ordine alla meritevolezza, ex art. 1322 c.c., del piano finanziario in oggetto, valutazione su cui parte della giurisprudenza di merito ha di recente dato rilievo per dedurre, d'ufficio, la nullità del contratto per carenza di causa. (v. Tr. Civitavecchia 20.4.07; Tr. Salerno 26.9.07; Tr. Brindisi 21.6.05; Tr. Brindisi 24.10.05).

IL CASO .it

L'osservanza del principio dispositivo che caratterizza lo schema processuale del nostro ordinamento, preclude, invero, al Collegio la valutazione in ordine alla sussistenza di ragioni di nullità diverse da quelle specificamente dedotte nella domanda attorea che sono affatto diverse dal difetto di causa. In conformità a principi costantemente affermati dalla Suprema Corte (v. ex plurimis Cass. 12.1.08) il rilievo d'ufficio della nullità da parte del giudice, ai sensi dell'art. 1421 c.c., presuppone che la domanda abbia ad oggetto



l'adempimento del contratto, in quanto rientra tra i suoi poteri quello di verificare le condizioni dell'azione. Qualora la domanda abbia, invece, ad oggetto la sussistenza di fattispecie di invalidità o di risoluzione per inadempimento del rapporto negoziale, al giudice è precluso il rilievo d'ufficio della nullità per ragioni diverse, ostandovi il limite insuperabile della domanda.

Nel caso in esame l'attore ha dedotto la nullità del contratto per le ragioni specifiche sopra riportate tra cui non rientra anche il difetto di causa che,

 laddove dedotto, poteva consentire l'indagine sulla meritevolezza della ^{causa del} contratto.

Né può indirettamente inferirsi la proposizione di una tale domanda di nullità dalla domanda risarcitoria proposta, atteso che la stessa è correlata a comportamenti che, come sopra rilevato, attengono alla violazione di doveri concernenti la fase precontrattuale del rapporto e non già al contratto in sé come prodotto negoziale.

Da ciò discende che la conseguenza dei comportamenti sopra indicati posti in essere dalla convenuta è solo il risarcimento del danno cagionato all'attore ex art. 23 TUF.

La banca va quindi condannata al pagamento in favore dell'attore del danno allo stesso cagionato in dipendenza del contratto sopra indicato. Tale danno non può essere commisurato alla stregua dei parametri da adottarsi in ipotesi di nullità del contratto (parametri che comporterebbero la determinazione del dare e dell'avere e l'attualizzazione del valore dei titoli) in considerazione della diversità delle fattispecie, ma va equitativamente determinato in misura



pari all'importo corrisposto a titolo di rimborso del finanziamento, di €13.014,54, oltre interessi dalla data dei singoli pagamenti.

Non v'è prova di danno ulteriore atteso che non è dimostrato che l'attore avrebbe comunque aderito ad un diverso investimento.

Sulla scorta dei superiori rilievi, resta superata la questione relativa alla dedotta vessatorietà delle clausole sopra indicate. In merito giova solo osservare che la sanzione connessa alla vessatorietà della clausole è quella dell'inefficacia ex art 1469 quinquies c.c. -ratione temporis applicabile- delle singole clausole e non dell'intero contratto.

IL CASO.it

Peraltro, è da ritenere che il contratto sia venuto meno per effetto del recesso esercitato dall'attore con la nota del 28.1.04, dato che, a prescindere dalle ragioni indicate, la stessa manifesta inequivocabilmente la volontà dell'attore di sciogliersi dal rapporto. Il contratto infatti prevedeva, alla clausola sub 8 sez III, la facoltà di recesso dell'investitore dal contratto di finanziamento, stabilendo il pagamento di una penale palesemente illegittima siccome rimessa a criteri obiettivamente oscuri anche per lo stesso proponente (v. testimonianza di XXXXXXXXXXXX) e la cui determinabilità è tutt'altro che chiara.

La novità e la difficoltà interpretativa delle questioni oggetto di causa costituiscono giusto motivo per compensare per metà le spese del giudizio, con conseguente condanna della banca convenuta al pagamento in favore dell'attore della restante metà da liquidarsi in complessivi € 2.500,00 di cui €100,00 per spese, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA.

P.Q.M.

Il Tribunale di Siracusa, definitivamente decidendo, nella domanda proposta con citazione del 28.4.04 da ██████████ nei confronti di Banca ██████████
██████████ condanna la banca convenuta al pagamento in favore dell'attore della somma di € 13.014,54 oltre interessi da ogni singolo pagamento e sino al soddisfo.

Rigetta nel resto.

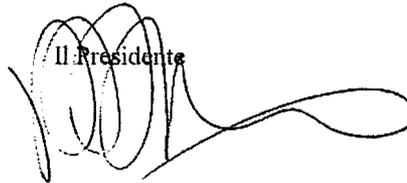
Compensa per metà le spese processuali sostenute dalla parti per il giudizio e condanna la banca convenuta al pagamento in favore dell'attore della restante metà che liquida in complessivi € 2.500/00 di cui € 100/00 per spese, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA.

Così deciso in Siracusa il 22.4.08.

Il Giudice Est.



Il Presidente



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
OGGI 13-5-2008



Fatti crisi
13-05-08