

# 2013

N. 1082/2009 R.G.;



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI TARANTO

■. 467

■. 1358 GRON.

■. 731 REF.

Il Tribunale di Taranto – Seconda Sezione Civile, composta dai signori magistrati:

Dott. Gianfranco Coccioli           Presidente;  
Dott. Claudio Casarano            giudice;  
Dott. Alberto Munno                giudice rel. ed est.;

ha pronunciato la seguente

## SENTENZA

nella causa civile iscritta nel ruolo generale sotto il numero d'ordine 1082 dell'anno 2009

## TRA

Fanigliulo Michela, elettivamente domiciliata alla via S. Leonardo n.30 in Massafra (Taranto) presso lo studio dell'Avv. Pietro Mastrangelo e del Prof. Avv. Aurelio Arnese, dai quali è rappresentata e difesa come da mandato a margine dell'atto introduttivo;

ATTORE

## CONTRO

Banca Monte dei Paschi di Siena spa in persona del legale rappresentante protempore, corrente in Siena alla piazza Salimbeni n.3, elettivamente domiciliata alla via Pitgora n.3 in Taranto presso lo studio dell'Avv. Francesco De Palma, dal quale è rappresentato e difeso come da mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta;

CONVENUTO

All'udienza di precisazione delle conclusioni e discussione del 04 febbraio 2013 la causa era riservata per la decisione sulle conclusioni prese dalle parti ai sensi dell'art. 16 comma 5 del D.Lvo n.05/2003;

## MOTIVI DELLA DECISIONE

I.- La presente sentenza viene redatta senza la concisa esposizione dello svolgimento del processo e con una motivazione consistente nella succinta enunciazione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni

giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi, così come previsto dagli artt. 132 n.4) cpc e 118 disp.att. cpc, nel testo introdotto rispettivamente dagli artt. 45 e 52 della legge n.69 del 18-06-2009, trattandosi di disposizioni applicabili anche ai procedimenti pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della legge (cioè il 04-07-2009) ai sensi dell'art. 58 comma 2 della predetta legge.

Pur se superflua, perché la sentenza semplificata è l'effetto di una disposizione legislativa, tale premessa appare opportuna, trattandosi di una innovazione recente, che modifica la tecnica diffusa di far ricorso a moduli compilativi più complessi, anche nella parte in fatto solitamente denominata come "svolgimento del processo".

II.- La controversia ha ad oggetto un contratto stipulato tra la sig.ra Michela Fanigliulo e l'allora Banca 121 (successivamente incorporata dal MPS spa), denominato "proposta di adesione al piano finanziario denominato MY WAY".

Secondo l'attrice la sottoscrizione del documento incorporante la predetta "proposta" contrattuale avveniva nei locali commerciali di via Cagliari n.80 in Taranto ove esercitava la propria attività di vendita di colori, dopo che lo strumento finanziario le veniva descritto e proposto come piano di accumulo per il futuro a guisa di polizza vita..

Solo in un momento successivo l'attrice si sarebbe accorta della natura profondamente diversa del negozio che aveva stipulato, articolantesi in un finanziamento di lire 48.850,400 da rimborsare in 30 anni con rate consecutive di lire 300.000 mensili dal 31-10-2000, e destinato obbligatoriamente all'acquisto di Obbligazioni della European Investment Bank al prezzo nominale di 23,0220 cadauna e complessivi euro 62.000,00, e di quote del Fondo comune di investimento "Spazio Finanza Concentrato" per il controvalore di lire 21.210.281.

L'acquisita consapevolezza della reale natura dell'operazione la induceva a sospendere il pagamento delle rate dopo averle versate per complessive lire 6.817,36, il che induceva la banca a risolvere il contratto vendendo i titoli acquistati e che deteneva in pegno in forza delle pattuizioni contrattuali, incamerandone il controvalore di euro 24.331,40 ed ingiungendo alla sig.ra Fanigliulo di pagare il residuo importo di euro 6.596,65.

Avverso il predetto contratto l'attrice propone i seguenti motivi di censura: 1) nullità per omessa

sottoscrizione preventiva del c.d. contratto quadro ai sensi dell'art. 23 D.Lvo n. 58/1998 con il contenuto di cui all'art. 30 regolamento Consob n. 11522/1998; 2) nullità del contratto ai sensi dell'art. 30 comma 7 del D.Lvo 58/1998, non essendo prevista nel documento contrattuale la facoltà di recesso a favore del cliente sottoscrittore nonostante la stipulazione fosse avvenuta al di fuori dei locali commerciali della banca; nullità da cui l'attrice faceva discendere il diritto a ripetere le somme versate; 3) l'inefficacia del contratto per vessatorietà delle clausole ex art. 1469bis comma 1 cod.civ., presentando il regolamento di interessi un significativo squilibrio tra il consumatore ed il professionista in relazione agli obblighi assunti; 4) responsabilità della banca per violazione degli obblighi informativi e per sussistenza di conflitto di interessi, avendo la banca erogato ad essa attrice un finanziamento per pagare un debito contratto pure con la banca; 5) l'annullabilità del contratto per errore ai sensi degli artt. 1427, 1428, 1429, 1431 cc, essendo essa attrice indotta in errore essenziale e riconoscibile dalla banca, operatrice professionale nella materia.

Il MPS spa contestava quanto dedotto opponendosi alla domanda

III.- Le prove testimoniali ammesse in forza di decreto emesso il 02 aprile 2012 ex art.12 commi 2 e 3 del D.Lvo n.05/2003 hanno consentito di accertare la fondatezza del secondo motivo di nullità del contratto dedotto dalla sig.ra Fanigliulo ai sensi dell'art. 30 comma 7 del D.Lvo n. 58/1998.

Alla udienza del 19 novembre 2012 era infatti escusso il teste Drogo Anna ha confermato che il contratto fu stipulato presso i locali commerciali di via Cagliari n.80 in Taranto ove la sig.ra Fanigliulo svolgeva la propria attività lavorativa, alla presenza del predetto testimone, il quale ha pure confermato che il Direttore della banca prospettò il piano finanziario come una operazione di investimento.

A sua volta il teste Attolino Cataldo, Direttore della Banca Monte dei Paschi di Siena di Taranto, escusso pure come teste alla udienza del 19 novembre 2012, ha confermato la circostanza di prova n.1 articolata dall'attrice e che, quindi, il contratto per cui è causa venne sottoscritto dalla sig.ra Fanigliulo nei locali commerciali di via Cagliari n.80 in Taranto ove ella esercitava la propria attività lavorativa .

IV.- Dalla lettura del documento contrattuale esistente nel fascicolo dell'attore e del convenuto e limitato solo alla pagina 1 ed alla pagina 9 di un documento che, dalla stampigliatura apposta in calce, si apprende essere composto "di complessive pagine 9 oltre gli allegati" che nessuna delle parti ha prodotto, non è



dato riscontrare l'esistenza di una pattuizione concessiva al cliente del diritto di recesso da esercitare entro un termine prefissato decorrente dalla sottoscrizione del documento contrattuale fuori dei locali commerciali della banca.

L'allegazione dell'attrice, inoltre, non è stata oggetto di specifiche contestazioni da parte della banca convenuta, di tal che viene ad operare il principio di non contestazione.

L'onere dell'allegazione è infatti strettamente funzionale al contrapposto onere di contestazione gravante sul convenuto che, ai sensi dell'art. 167 comma 1 cpc, nella comparsa di risposta deve a sua volta *"...proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda..."*

Con l'introduzione dell'onere di allegazione e del contrapposto onere di contestazione specifica il legislatore ha inteso favorire la formazione giudiziale della prova, che viene così resa dallo stesso comportamento processuale delle parti le quali, omettendo di allegare e contestare i fatti, li rendono pacifici ed incontrovertibili e, di conseguenza, non abbisognevole di istruzione probatoria, con sensibile giovamento alla celerità del giudizio ed al principio di economia processuale.

L'inadempimento dell'onere di specifica contestazione del fatto allegato dall'attrice fa sì che questo possa ritenersi provato in forza del principio di non contestazione<sup>1 2 3 4</sup>.

---

<sup>1</sup> "...i fatti allegati da una parte possono considerarsi pacifici, sì da poter essere posti a base della decisione, non solo quando siano stati esplicitamente ammessi dalla controparte, ma anche quando questa non li contesti specificamente ed imponi altrimenti il proprio sistema difensivo." (Cass.Civ.Sez.III n.5733 del 20-05-1993).

<sup>2</sup> "La mancata specifica contestazione di un fatto costitutivo del diritto dedotto da uno dei contendenti lo rende incontrovertibile e non più bisognoso di prova, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua della regola di condotta processuale di cui all'art.167 comma 1 c.p.c., che impone al convenuto di prendere posizione in comparsa di risposta sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti." (Cass.Civ.Sez.III n.2299 del 06-02-2004).

<sup>3</sup> "L'onere di specifica contestazione, introdotto per i giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge n.353 del 1990, imponendo al convenuto di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, comporta che i suddetti fatti, qualora non siano contestati dal convenuto, debbono essere considerati incontrovertibili e non richiedenti una specifica contestazione." (Cass.Civ.Sez.III n.12231 del 25-05-2007).

<sup>4</sup> "L'onere di contestazione tempestiva non è desumibile solo dagli artt.166 e 416 cpc, ma deriva da tutto il sistema processuale come risulta: dal carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena; dal sistema di preclusioni, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti e, soprattutto, dal generale principio di economia che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art.111 Cost. Conseguentemente ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto, potendo trattarsi di un fatto la cui esistenza incide sull'andamento del processo e non sulla pretesa in esso azionata." (Cass.Civ.Sez.Lavoro sent.n.12636 del 13-06-2005).

Il predetto rilievo è confortato dal comportamento processuale tenuto dalla banca convenuta che, a fronte della precisa allegazione dell'attrice, non solo non ha adempiuto all'onere di specifica contestazione di cui all'art. 167 cpc, ma neppure ha prodotto il testo completo del documento contrattuale, impedendo così al Tribunale di prendere cognizione del regolamento di interessi, e dando vita ad un comportamento processuale significativo che il giudice può legittimamente porre a fondamento della decisione traendone elementi di prova in forza del principio di cui all'art. 116 comma 2 cpc ("Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo."), non essendovi nell'ordinamento una gerarchia tra i mezzi di prova, eccezion fatta per i pochi casi di prova c.d. vincolante, e costituendo il comportamento processuale della parte, comprensivo anche della complessiva impostazione difensiva seguita nel giudizio, ed il comportamento extraprocessuale non solo criteri di valutazione delle prove raccolte, ma potenziale fonte, anche esclusiva, del convincimento giudiziale<sup>5</sup>.

V.- Risulta così fondato il motivo di nullità allegato dall'attrice, applicandosi l'art. 30 comma 7 del Dlvo n.58/1998 in forza del quale "L'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti che può essere fatta valere solo dal cliente."<sup>6</sup>, in quanto ricorrono

<sup>5</sup> "L'obbligo del giudice di verificare d'ufficio la presenza degli elementi costitutivi o dei requisiti di fondatezza dalla domanda non esclude che la prova di questi possa essere tratta dal comportamento processuale o extraprocessuale delle parti, che può costituire non solo elemento di valutazione delle risultanze acquisite, ma anche unica e sufficiente fonte di prova."(Cass.Civ.Sez.III n.3822 del 01-04-1995 Nanni c. D'Auria).

"Poiché nel nostro ordinamento giuridico non esiste una gerarchia tra i vari mezzi di prova, anche il comportamento processuale della parte può costituire unica e sufficiente fonte di convincimento del giudice il quale, in siffatta valutazione, può trarre elementi anche dalla circostanza che siano state prospettate nell'ambito dello stesso processo tesi difensive contrastanti tra loro."(Cass.Civ.Sez.III n.4 del 06-01-1982).

"Il comportamento processuale della parte - la cui nozione è comprensiva del sistema difensivo adottato nel processo a mezzo del procuratore - può costituire unica e sufficiente fonte di prova e di convincimento, e non soltanto un elemento di valutazione delle prove già acquisite al processo."(Cass.Civ.Sez.II n.193 del 05-01-1995, Giordano c. Ugolini).

<sup>6</sup> "Il contratto denominato "4YOU" stipulato tra una banca ed un cliente, avente ad oggetto la peculiare combinazione di titoli obbligazionari e di quote di un fondo comune di investimento, nel contesto unitario di un'operazione garantita dal pegno costituito sui medesimi strumenti finanziari e finalizzata sia alla restituzione che alla realizzazione del finanziamento erogato, dà vita ad una complessiva fattispecie negoziale autonoma riconducibile alla categoria degli strumenti finanziari, di cui all'art. 1, secondo comma, lett. j), del d.lgs. n. 58 del 1998 ed è, di conseguenza, assoggettato alla disciplina dell'offerta fuori sede, ai sensi dell'art. 30 del medesimo decreto, con l'obbligo di indicare, a pena di nullità del contratto, la facoltà di recesso nei moduli e formulari." (Cass.Civ.Sez. I, Sentenza n.1584 del 03/02/2012)

nella fattispecie i presupposti della c.d. offerta fuori sede di cui all'art. 30 comma 1 lett.a) del predetto D.Lvo 58/1998, come accertati dalle prove testimoniali espletate alla udienza del 19 novembre 2012 (teste Drogo Anna e teste Attolino Cataldo).

Ne consegue la fondatezza della domanda di accertamento e declaratoria di nullità.

VI.- Per completezza occorre inoltre rilevare come il piano finanziario denominato MY WAY abbia delle connotazioni oggettive tali da coonestare le ulteriori doglianze della attrice.

La lettura della prima e della nona pagina del documento contrattuale (le uniche offerte alla cognizione del Tribunale)

consente di apprezzare la esistenza di una fattispecie contrattuale piuttosto complessa, riconducibile nella fenomenologia del collegamento negoziale, caratterizzata da più atti giuridici, tutti muniti di causa autonoma, tra di loro connessi per il conseguimento di un fine pratico, di tal chè la loro astratta autosussistenza viene grandemente a scemare nell'economia complessiva dell'operazione, in ordine alla quale si appalesano come semplici parti del tutto.

Con l'adesione al piano finanziario in parola, pertanto, la banca concede al cliente un finanziamento, legittimo ai sensi dell'art.1 comma VI lett.c) del D.Lvo n.58/98 e dell'art. 47 comma 2 del Regolamento Consob n.11522/98, di importo pari a lire 48.850.400 , al tasso annuo del 6,17 lordo, da rimborsare in 30 anni mediante il pagamento di 354 rate mensili consecutive di importo pari a lire 300.000 cadauna, con scadenza ad iniziare dal 31-10-2000 sino al 31-03-2030.

Di tal chè il cliente con la 354° rata verrà a versare una somma complessiva pari a lire 106.200.000 del vecchio conio.

Il predetto importo di lire 48.850.400 è destinato a finanziare l'acquisto di valori mobiliari e, nel caso di specie, non meglio precisati titoli European Investment Bank per un valore nominale di euro 62.000,00 (lire 120.048.740 ) al prezzo del 23,0220 % del predetto valore, nonché quote del Fondo Comune di Investimento "Spazio Finanza Concentrato", istituito da Spazio Finanza SGR spa, per un controvalore di lire 21.210.281.

Occorre ora verificare quali, in concreto, possano essere i profili dinamici dell'operazione e se, in altri termini, proiettata nel tempo, sia o meno idonea a soddisfare i bisogni dell'aderente-risparmiatore, così

come esternati ed obbiettivizzati nelle informazioni preliminari che l'intermediario deve preventivamente richiedere ed acquisire ai sensi dell'art. 28 del Regolamento Consob 11522/98<sup>7</sup>.

Orbene dal foglio n.1 del documento contrattuale, denominato "Proposta di adesione", si evince che la sig.ra Fanigliulo aveva dichiarato di perseguire come obbiettivi di investimento la "pura redditività e minimo rischio a breve periodo", nonché di essere "consumatore e di agire per scopi estranei all'attività imprenditoriale eventualmente svolta".

Ne consegue che, ai sensi del comma 2 dell'art.29 del Regolamento Consob n.11522/98, la Banca aveva l'obbligo di guidare l'investitore in una scelta rispettosa delle predette aspirazioni, costituenti la lex specialis della operazione finanziaria in itinere, e, come tali, vincolanti per l'altro contraente (l'intermediario autorizzato), anche in deroga ai margini di operatività ermeneutica normalmente riconosciuti alla fondamentale disposizione di cui all'art.1362 cod.civ., essendo il tenore letterale chiaro ed inequivoco della disposizione negoziale, secondo il significato corrente delle parole<sup>8</sup>, primo e fondamentale strumento interpretativo<sup>9</sup>, preclusivo del ricorso ai c.d. mezzi sussidiari<sup>10</sup> qualora non si

<sup>7</sup> Il predetto art.28 comma 1 dispone: " Prima della stipulazione del contratto di gestione e consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione di servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono: a) chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, suoi obbiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio.

Strettamente collegata alla predetta disposizione si appalesa la successiva di cui all'art.29, commi 1, 2 e 3, i quali rispettivamente dispongono: "1. Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. 2. Ai fini di cui al comma 1 gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati. 3. Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

<sup>8</sup> "In tema di interpretazione degli atti negoziali l'art. 1362 cc, nel prescrivere all'interprete di non limitarsi al senso letterale delle parole, non intende svalutare l'elemento letterale dell'interpretazione, ma anzi ribadire il valore fondamentale e prioritario che esso assume nella ricerca della comune intenzione delle parti, onde il giudice può ricorrere ad altri criteri ermeneutici solo quando le espressioni letterali non siano chiare, precise ed univoche, mentre quando le suddette espressioni si presentino univoche secondo il linguaggio corrente, il giudice può attribuire alle parti una volontà diversa da quella risultante dalle parole adoperate soltanto se individua ed esplicita le ragioni per le quali le predette parti, pur essendosi espresse in un determinato modo, abbiano in realtà inteso manifestare una volontà diversa."(Cass.Civ.Sez.Lavoro n.11609 del 02-08-2002; nello stesso senso Cass.Civ.Sez.III sent.n.10290 del 27-07-2001, Cass.Civ.Sez.III sent.n.9284 del 04-05-2005).

<sup>9</sup> "In tema di interpretazione dei contratti l'art. 1362 cc, pur prescrivendo all'interprete di non limitarsi nell'attività di ermeneutica negoziale, all'analisi del significato letterale delle parole, non relega tale criterio al rango di strumento interpretativo del tutto sussidiario e secondario, collocandolo, al contrario, nella posizione di mezzo prioritario e fondamentale per la corretta ricostruzione della comune intenzione dei contraenti, con la conseguenza che il giudice, prima di accedere ad altri, diversi parametri di interpretazione, è tenuto a fornire compiuta ed articolata motivazione della ritenuta equivocità ed insufficienza del dato letterale a meno che tale equivocità non risulti ictu oculi di assoluta

dimostri rigorosamente e scientificamente la equivocità del lessico contrattuale<sup>11</sup>.

Ritiene il Tribunale che la indicazione dell'investitore di avere come obiettivo fondamentale la "pura redditività" costituisca un dato lessicale inequivoco ed insormontabile, dovendo essa necessariamente intendersi come "capacità di produrre reddito", ovverosia un "flusso di moneta di cui si può disporre senza trovarsi alla fine in condizioni economiche diverse dalle iniziali"<sup>12</sup>; il che evidenzia inoppugnabilmente come nella nozione di "pura redditività", esternata dalla sig.ra Fanigliulo nella dichiarazione degli obiettivi che intendeva perseguire con l'adesione al piano "MY WAY", fosse insita la conservazione del capitale produttivo, ovverosia della cosa-madre nei sensi di cui all'art.821 commi 1 e 3 cod.civ., e la percezione certa di un "flusso di moneta", in conformità con la dichiarata qualità di consumatore che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale eventualmente svolta (1 capoverso lett.c) della "Proposta di adesione al piano finanziario MY WAY").

La locuzione "minimo rischio a breve periodo", legata alla prima parte della proposizione dalla congiuntiva "e", non può che relegare l'alea alla mera mancata percezione del reddito nel "breve periodo", con conseguenziale certezza di redditività nel medio-lungo termine.

Il contratto stipulato tra le parti si rivela del tutto inidoneo ad assicurare alla sig.ra Fanigliulo la "pura redditività" da ella espressamente richiesta, e che l'intermediario finanziario aveva l'obbligo di farle conseguire.

Infatti dalle scarse pagine 1 e 9 del documento contrattuale, le uniche prodotte, non è dato in alcun modo evincere quali fossero le garanzie in ordine ad un rendimento anche minimo dei prodotti finanziari che

---

non contestabile evidenza."(Cass.Civ.Sez.I n.5715 del 26-06-1997; nello stesso senso Cass.Civ.Sez.III n.3974 del 03-07-1982, Cass.Civ.Sez.Lavoro n.3936 del 01-04-1993).

<sup>10</sup> "In tema di interpretazione dei contratti il criterio del riferimento al senso letterale rappresenta lo strumento di interpretazione fondamentale e prioritario, con la conseguenza che, ove le espressioni usate dalle parti siano di chiaro ed inequivoco significato, resta superata la necessità del ricorso agli ulteriori criteri ermeneutici sempre che l'interpretazione letterale consenta comunque di cogliere la comune intenzione delle parti."(Cass.Civ.Sez.Lavoro sent.n.5734 del 27-06-1997; nello stesso senso Cass.Civ.Sez.II n.8590 del 11-08-1999, Cass.Civ.Sez.Lavoro n.13991 del 24-10-2000, Cass.Civ.Sez.III n.14495 del 29-07-2004, Cass.Civ.Sez.Lavoro n. 15949 del 16-08-2004).

<sup>11</sup> "Nell'interpretazione delle clausole contrattuali il giudice di merito deve attestarsi al significato letterale delle parole, e non può far ricorso agli ulteriori criteri ermeneutici quando dalle espressioni usate dalle parti emerga in modo immediato la volontà comune delle medesime, in quanto il ricorso agli altri criteri interpretativi, al di fuori delle ipotesi di ambiguità della clausola, presuppone la rigorosa dimostrazione dell'insufficienza del mero dato letterale ad evidenziare in modo soddisfacente la volontà contrattuale." (Cass.Civ.Sez.Lavoro n.83 dell'08-01-2003; nello stesso senso Cass.Civ.Sez.III sent.n.10972 del 09-06-2004).

<sup>12</sup> In tal senso vedasi la voce "reddito" in *Lessico Universale Italiano*, Istituto della Enciclopedia Italiana di Giovanni Treccani, vol. XVIII pag.500; conformi G.Devoto C. Oli, "Nuovo vocabolario illustrato della lingua italiana" del Reader's Digest; Gabrielli, "Grande Dizionario Illustrato della Lingua Italiana, Mondadori;

l'attrice si obbligava a sottoscrivere investendo l'importo ricevuto a titolo di finanziamento, di tal ch  la percezione di un reddito appare oggettivamente ex ante del tutto aleatorio, e gravemente confliggente con l'obbiettivo espressamente prefissato dall'investitore in termini inequivoci di "pura redditivit ".

Ed in tal senso   valutabile il comportamento processuale del MPS spa, che ben pu  contribuire alla formazione del convincimento giudiziale oltrech  porsi come criterio di valutazione delle prove acquisite<sup>13</sup>, essendosi l'azienda di credito astenuta dal produrre in giudizio l'allegato 5 al contratto de quo, costituito dal "Prospetto informativo relativo alla offerta al pubblico di quote dei fondi comuni di investimento mobiliare gestiti da Spazio Finanza spa, societ  di gestione del Risparmio con sede in Milano, con il relativo regolamento e gli allegati costituenti parte integrante e necessaria del prospetto stesso", ancorch  all'art.5 del documento contrattuale l'investitore dichiar  di averne ricevuto copia.

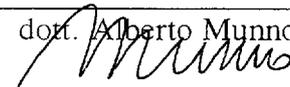
Gli allegati sono infatti considerati dalla stessa azienda di credito come elementi costitutivi del complessivo accordo contrattuale, come   dato evincersi inequivocamente dalla formulazione letterale di cui al primo periodo lett.c) della "Proposta di adesione al piano finanziario denominato MY WAY", con cui l'investitore dichiara all'intermediario: "...Vi chiedo di aderire al suddetto piano finanziario MY WAY - regolato dalle norme e condizioni indicate qui di seguito nella presente e nei relativi allegati, che ne costituiscono parte integrante e sostanziale - destinandovi un capitale complessivo..."; e come peraltro risulta dalla nota a pi  pagina del documento contrattuale, ove   riportata la dizione "Piano Finanziario MY WAY di complessive pagine 9 oltre gli allegati".

Siffatto comportamento processuale vede accresciuta la propria valenza probatoria per effetto della interazione con il comma 6 dell'art. 23 del D.Lvo n.58/1998, in forza del quale "Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta."

Di tal ch  incombeva alla banca provare con ogni mezzo di aver assolto ai propri doveri professionali,

---

<sup>13</sup> "Il comportamento processuale delle parti ben pu  costituire unica e sufficiente fonte di convincimento del giudice e non gi  soltanto un mezzo di valutazione degli elementi probatori gi  acquisiti al processo. Pertanto il giudice pu  trarre elementi di convincimento, ai fini dell'accertamento dei fatti controversi, dalle contraddizioni che si colgono nell'assunto difensivo di uno dei soggetti della lite e in particolare dalla circostanza che, con riferimento all'oggetto del processo, siano state ammannite successivamente versioni diverse, in violazione del dovere di lealt  e probit , espressamente sancito dall'art. 88 cpc."(Cass.Civ.Sez.I sent.n.2815 dell'08-02-2006, Tappa c. Degli Abbati; nello stesso senso Cass.Civ.Sez.II n.193 del 05-01-1995, Cass.civ.Sez.III sent.n.9279 del 04-05-2005, Cass.Civ.Sez. III sent.n. 1658 del 27-01-2005, Cass.Civ.Sez. III sent.n.12145 del 10-08-2002, Cass.Civ.Sez.III n.14748 del 26-06-2007 ).



anche producendo il prospetto informativo dal quale evincersi la "bontà" intrinseca dei valori mobiliari che essa stessa aveva proposto alla Marinaci come coerente soluzione alle sue esigenze di risparmiatrice.

Rebus sic stantibus, nulla è dato sapere in ordine alla composizione del portafoglio del fondo "Spazio Finanza Concentrato", ed alle scelte e criteri di investimento seguiti dalla società di gestione.

Non si conosce pertanto il patrimonio del fondo e, quindi, se le quote rappresentino in tutto o in parte azioni, obbligazioni, titoli di Stato, valuta, merci, oro o altri preziosi; e se, di conseguenza, il fondo possa definirsi prevalentemente azionario, obbligazionario, bilanciato, monetario, o misto.

Con differenze nient'affatto trascurabili, atteso che la prevalenza della componente azionaria accentua, sì, le aspettative di lievitazione dei valori, ma anche i rischi di erosione della sorte capitale.

Diversamente la presenza in portafoglio di titoli del debito o valuta di Stati appartenenti all'area dei paesi economicamente sviluppati, stabilizza il valore delle quote e produce effetti di contenimento rispetto alle fisiologiche oscillazioni dei titoli emessi da enti commerciali.

Questi ultimi, a loro volta, pure debbono essere sottoposti ad attenta disamina secondo i criteri dettati dall'art.39 del Regolamento Consob n.11522/98 che, sebbene dettati per la ipotesi di risparmio c.d amministrato da parte dell'intermediario, sono nondimeno applicabili anche alle valutazioni dell'affidabilità e rendimento in genere dei titoli del risparmio:

"Art. 39 38

(Categorie di strumenti finanziari)

1. Ai fini della definizione delle caratteristiche della gestione, formano categorie distinte di strumenti finanziari:

- a) titoli di debito;
- b) titoli rappresentativi del capitale di rischio, o comunque convertibili in capitale di rischio;
- c) quote o azioni di organismi di investimento collettivo;
- d) strumenti finanziari derivati;
- e) titoli di debito con una componente derivativa (c.d. titoli strutturati).

2. Nell'ambito delle suddette categorie, costituiscono parametri generali di differenziazione degli strumenti finanziari:

- a) la valuta di denominazione;
- b) la negoziazione in mercati regolamentati;
- c) le aree geografiche di riferimento;
- d) le categorie di emittenti (emittenti sovrani, Enti Sopranazionali, emittenti societari);
- e) i settori industriali.

3. Costituiscono parametri specifici di differenziazione degli strumenti finanziari:

a) con riferimento ai titoli di debito:

1. la durata media finanziaria (duration);
  2. il merito creditizio dell'emittente (rating) ottenuto da agenzie di valutazione indipendenti;
- b) con riferimento ai titoli rappresentativi del capitale di rischio: il grado di capitalizzazione dell'emittente;

- c) con riferimento alle quote o azioni emesse da organismi di investimento collettivo:
1. la conformità degli organismi stessi alle disposizioni dettate dalla normativa comunitaria;
  2. la volatilità;
- d) con riferimento agli strumenti finanziari derivati non utilizzati per finalità di copertura e ai titoli strutturati: il risultato finanziario a scadenza (c.d. pay-off)."

Orbene il MPS spa, sul quale incombeva il relativo onere probatorio ai sensi del combinato disposto degli artt. 23 comma 6 D.Lvo n.58/98 e 12697 cod.civ., non ha allegato e provato alcunchè al riguardo, limitandosi a rivendicare genericamente la bontà intrinseca del fondo comune nel lungo termine, senza il conforto di dati analitici e specifici quali, ad esempio, le tabelle del rendimento delle quote in un arco di tempo prefissato dall'inizio di operatività del fondo.

Ne consegue, pertanto, che la redditività del Fondo Comune di Investimento "Spazio Finanza Concentrato" è, allo stato, null'altro che una mera petizione di principio.

Ugualmente è a dirsi in ordine alle obbligazioni European Investment Bank, acquistate "forzosamente" sino a concorrenza dell'importo nominale di euro 62.000,00; del predetto titolo nessuna informazione è stata resa al Tribunale, per cui non si conosce l'emittente, non si conosce l'affidabilità del solvens ed il patrimonio su cui l'obbligazionista può fare affidamento in caso di inadempimento per riscuotere il controvalore investito ed i frutti maturandi.

Circostanze non irrilevanti, considerando come il titolo obbligazionario, in un investimento "misto" ha tradizionalmente la funzione di contenere il rischio connesso alla componente azionaria.

VII.- Il contratto proposto alla attrice fu assai verosimilmente prospettato come strumento di accumulazione del risparmio in funzione previdenziale.

Tanto si desume inequivocamente dal fatto che la sig.ra Fanigliulo non aveva da investire proprie disponibilità finanziarie, di cui era sprovvista, e, pertanto, non assumeva le vesti di chi, avendo a disposizione liquidità, vuole effettuare operazioni speculative al fine di trarne profitto.

Il suo profilo era piuttosto quello di una persona con limitata capacità di risparmio che, priva di capitali propri, voleva nondimeno impiegare utilmente il danaro che intendeva sottrarre al consumo, preservandolo dalla falce della inflazione e conservandone il potere di acquisto.

Alla sig.ra Fanigliulo ben si attagliava e si attaglia così la definizione di piccolo risparmiatore.

Il negozio che l'azienda di credito le sottopose, tuttavia, si appalesa come del tutto inadeguato alle di lei

esigenze così come obbiettivizzate nelle informazioni obbligatorie da ella rese ai sensi dell'art. 28 Regolamento Consob 11522/98 ("pura redditività, minimo rischio nel breve periodo").

La complessiva operazione economica denominata "MY WAY", riconducibile nel fenomeno conosciuto come collegamento negoziale, rivela tutte le insidie proprie di un investimento ad alto rischio.

A fronte della obbligazione di effettuare 354 versamenti mensili consecutivi pari a lire 300.000 cadauno, nessuna certezza viene riservata all'aderente.

Innanzitutto è in forse la restituzione della stessa sorte capitale così progressivamente accumulata dal sottoscrittore, in relazione all'elevato rischio di volatilizzazione insito in ogni investimento azionario come quello effettuato mediante l'acquisto delle quote del fondo comune "Spazio Finanza Concentrato".

Il medesimo pericolo incombe sul rimborso dei titoli obbligazionari "European Investment Bank", non avendo la banca che ne aveva interesse ed onere probatorio allegato fatti idonei a corroborare la bontà intrinseca del prodotto.

All'assoluta incertezza che avvolge le sorti della "cosa-madre" nei sensi di cui all'art. 821 cc, non si sottraggono i frutti civili.

Ne consegue il profilo di un contratto puramente aleatorio, adatto ad investitori disposti ad affrontare i rischi dei mercati più instabili, ma del tutto incongruente per il piccolo risparmiatore.

Un contratto che di previdenziale non ha alcunchè, essendo insito nel concetto stesso di previdenza la certezza dell'an e del quantum debeatur<sup>14</sup>.

Un segno della reale finalità dell'operazione, profondamente diversa da quella pubblicizzata, è contenuta alla pagina 9 del documento contrattuale, sotto la dizione prestampata "Approvo specificamente ai sensi

<sup>14</sup> Vedasi a tal fine la voce "Previdenza": "azione diretta ad assicurarsi un reddito minimo", in **Lessico Universale Italiano, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, volume XVII pag.612.**

"Azione diretta ad assicurare ai lavoratori un reddito minimo e l'assistenza necessaria quando si vengano a trovare in stato di bisogno", voce "Previdenza" in **Devoto-Oli, Nuovo Vocabolario Illustrato della Lingua Italiana, da Selezione del Reader's Digest, pag. 2414.**

Conformi sia il **Grande Dizionario Illustrato della Lingua Italiana di A.Gabrielli, edito da Mondadori**; sia il **Vocabolario della Lingua Italiana, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani.**

Voce "previdenza": "L'insieme di norme e istituzioni volte a provvedere, in base a una concezione sociale solidaristica e per lo più secondo tecniche giuridico-economiche assicurative opportunamente adattate - assicurazioni sociali - ai bisogni dei lavoratori dipendenti, ora anche di quelli autonomi, e dei loro familiari per eventi (malattia, infortunio sul lavoro, disoccupazione, invalidità, vecchiaia, morte ecc) che riducono o interrompono o fanno cessare il loro reddito di lavoro, sostituendo (o aggiungendo) a questo determinate erogazioni (e, in particolare, erogazioni periodiche di danaro a titolo di assegno, pensione, etc) a opera di appositi enti ai quali i lavoratori (o, per essi, i loro datori di lavoro) versano appositi contributi durante il periodo della loro attività lavorativa"; in **Grande Dizionario della Lingua Italiana di Salvatore Battaglia, UTET, 1961-2002, volume XIV).**

degli artt. 1341 e 1342 del cod.civ. le seguenti clausole....- omissis -..... Con riferimento alla Sezione I° (norme generali): art.5 (prevalenza in caso di incompatibilità delle norme sul Finanziamento e relativa garanzia".

La predetta dichiarazione, di indubbia valenza interpretativa e negoziale-dispositiva, vale ad individuare lo scopo in effetti perseguito: non l'interesse "previdenziale" dell'investitore, ed il di lui obiettivo di conseguire "pura redditività e minimo rischio nel breve termine", ma il contratto di finanziamento in forza del quale essa banca acquisisce un credito, assistito da interesse attivo e munito di garanzia reale costituita dai titoli venduti all'aderente.

Di tal chè, attraverso siffatta pattuizione, inserita nelle c.d. "clausole di secondo grado", si rivela al fine la vera finalità del piano finanziario "MY WAY": non già fornire validi strumenti di investimento ai risparmiatori, quanto, piuttosto, quella di consentire l'acquisizione di crediti onerosi in favore delle banche.

Tanto può spiegare l'omissione della indicazione del T.A.E.G., obbligatoria poiché, avendo il contratto natura di "servizio accessorio" di "concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari...", in forza dell'art.1 comma 6 lett.c) D.Lvo n.58/1998, è ad esso applicabile il titolo VI, incluso il capo I, del T.U. 385/1993, la cui operatività è esclusa dalla formulazione all'epoca vigente del dell'art. 23 comma 4 D.Lvo n.58/98 solo in ordine "al servizio di investimento..." e al "...servizio accessorio di cui previsto dall'articolo 1, comma 6 lett.f)."

All'esito della disamina delle pattuizioni negoziali unilateralmente disposte dalla banca, nei limiti in cui sono state offerte alla cognizione del Tribunale, in accoglimento delle argomentazioni sviluppate negli scritti difensivi della attrice deve così concludersi affermando che l'adesione al piano "MY WAY" rappresentò per la sig.ra Fanigliulo una operazione non adeguata nei sensi di cui all'art. 29 del Regolamento Consob 11522/98.

VIII.- A carico dell'azienda di credito viene così a configurarsi una ipotesi di responsabilità precontrattuale generata dalla trasgressione ai doveri di correttezza e diligenza professionale, imposti rispettivamente dagli artt.1175 e 1337 cc e dagli artt.26, 27,28, 29 del Regolamento Consob n.11522/98, agli intermediari finanziari nel corso delle trattative che precedono la conclusioni di un contratto avente ad oggetto

l'investimento in valori mobiliari.

Ai sensi dell'art.21 comma 1 lett.e) del D.Lvo n.58/1998, "Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: e) svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati."

L'art.26 comma 1 lett.f) della Delibera Consob n.11522 del 01-07-1998 a sua volta dispone:

"Gli intermediari autorizzati, nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato immobiliare: f) operano al fine di contenere i costi a carico degli investitori e di ottenere da ogni servizio d'investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall'investitore".

Dal combinato delle predette disposizioni normative si evince una vera e propria posizione di salvaguardia a carico degli intermediari autorizzati ed in favore degli investitori, costitutiva di obblighi di protezione verso questi ultimi, il cui assolvimento, lungi dall'esaurirsi nella informazione adeguata delle caratteristiche delle operazioni finanziarie intraprese ed intraprendende, si spinge in taluni casi ad elevare a dovere giuridico anche l'esercizio della prohibitio nei confronti degli atti di autodeterminazione del cliente i quali, pur se maturati nell'alveo dell'autonomia negoziale e con il conforto della legalità formale, nondimeno si traducano in fatti autolesivi che trascendano le finalità proprie di ogni operazione di investimento.

A tal fine l'art.28 del Regolamento Consob n.11522/98, abrogato dalla Delibera Consob n.16190 del 29-10-2007 ma applicabile razione temporis alla fattispecie, dispone:

Art. 28 (Informazioni tra gli intermediari e gli investitori)

1. Prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono<sup>31</sup>:

a) chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio. L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore;

b) consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari

2. Gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento<sup>32</sup>.

I doveri di diligenza e correttezza dell'intermediario non si esauriscono con la comunicazione delle informazioni necessarie a favorire una scelta di investimento consapevole e ponderata, né tantomeno con la acquisizione del c.d. profilo dell'investitore, costituito dalle finalità dichiarate che questi intende

perseguire anche alla luce di precedenti eventuali esperienze, e che consentono di poter individuare, similmente a quanto fece la giurisprudenza negli anni'80 in tema di danni patiti a causa dell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie, modelli astratti di investitori in ragione e della frequenza e ripetitività delle operazioni (investitore occasionale o, rispettivamente, investitore abituale), e dell'entità degli importi da collocare (piccolo investitore o, rispettivamente, grande investitore), e della finalità di lucrare sulle contingenze del mercato (investitore speculatore), e viceversa in quella di limitarsi a conservare il potere di acquisto proteggendolo dalla falce dell'inflazione e mantenendolo al passo dell'incremento dei prezzi al consumo (investitore conservatore), e in quella di procurarsi un reddito integrativo e/o un capitale in vista di necessità e/o bisogni imprevisi (investitore previdenziale), e in quella di immobilizzare liquidità per conseguire elevati rendimenti nel lungo termine a fini di accrescimento patrimoniale (investitore capitalista o capitalizzatore).

Strettamente collegato al dovere di informazione che, lungi dall'esaurirsi in frasi di stile prive di reali risvolti contenutistici, deve invece essere concreta e specifica per il tipo di operazione finanziaria che il contraente si accinge a compiere, quasi a guisa di corollario di quello vi si giustappone un limitato potere di "veto" che l'intermediario eserciterà doverosamente nel caso in cui il contraente intenda disattendere eventuali contrarie indicazioni fornitegli al fine di evitare operazioni inadeguate suscettibili di produrre nocimento ai di lui interessi.

A tal fine l'art.29 del reg.Consob n.11522/98 così dispone:

**Art. 29 (Operazioni non adeguate)**

1. Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione.
2. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati.
3. Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

Tra intermediario e contraente si instaura un rapporto dialettico articolato tra la informazione preliminare, l'eventuale disposizione inadeguata del cliente, la doverosa protestatio dell'intermediario, l'eventuale contrario e risolutivo ordine scritto o documentato del cliente, suggestivamente non dissimile da quello delineato dai commi 1 e 2 del dpr n.3 del 10-01-1957 (T.U. degli impiegati civili dello Stato),

finalizzato a costituire una barriera estrema a scelte di investimento inopportune e disomogenee rispetto al profilo personale dell'investitore, e per ciò inidonee a consentirgli la realizzazione degli obiettivi dichiarati<sup>15</sup>.

L'obbligo giuridico di fornire una informazione concretamente adeguata e specifica in relazione ai titoli offerti al risparmiatore<sup>16</sup> è ancor più accentuata nella evoluzione normativa prodotta con la entrata in vigore della Direttiva 2004/39/CE del 21-04-2004<sup>17</sup>, costituente strumento interpretativo del sistema pur se

---

<sup>15</sup> Si noti come il c.d. modulo procedimentale costituisca una caratteristica trasmigrazione nel diritto civile di un istituto ricorrente nel diritto pubblico, e ad esso tipico in quanto pensato per la tutela di preminenti interessi pubblici attraverso la c.d. proceduralizzazione del processo formativo della scelta amministrativa, concepito come lo strumento ideale per la individuazione, canonizzazione ed ottimizzazione degli obiettivi dell'azione dei pubblici poteri..

Alcune delle ipotesi storicamente più significative possono individuarsi nel controllo previsto già dall'art.130 della Costituzione - oggi abrogato dalla legge costituzionale n.3 del 18-10-2001 - sugli atti degli enti locali territoriali, e nel controllo preventivo di legittimità esercitato sugli atti del Governo dalla Corte dei Conti ai sensi dell'art.3 della legge n.20/1994.

L'applicazione del modulo procedimentale in materia di contratti di intermediazione finanziaria costituisce così un indice normativo che depone a favore della tesi giurisprudenziale e dottrinale diretta a rinvenire preminenti interessi pubblici nel settore degli investimenti in strumenti finanziari, e che si ricollega in linea generale alla definizione propria dell'attività bancaria come attività privata ma di interesse pubblico, scalfendo il dogma che voleva la rigorosa riconduzione all'ortodossia civilista dei negozi posti in essere in sua esecuzione (c.d. operazioni attive e operazioni passive per la banca), ed introducendo un evidente collegamento tra l'interesse eminentemente privato dell'investitore ad impiegare utilmente il proprio risparmio, e l'interesse pubblico alla migliore allocazione di quella parte del reddito nazionale sottratto al consumo, favorendone la dislocazione verso investimenti produttivi capaci di produrre il c.d. "effetto moltiplicatore" sull'economia, così attuando in modo ottimale la conciliazione ed il coordinamento tra interesse privato ed interesse pubblico, sancita dall'art.41 comma 3 della Costituzione, e manifestando univocamente la estraneità al nostro ordinamento giuridico di una lettura degli istituti in chiave puramente liberista.

<sup>16</sup> "In tema di servizi di investimento, la banca intermediaria, prima di effettuare operazioni, ha l'obbligo di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente, e, a fronte di un'operazione non adeguata (nella specie, avente ad oggetto obbligazioni Mexico 10%), può darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto dall'investitore in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute. All'operatività di detta regola - applicabile anche quando il servizio fornito dall'intermediario consista nell'esecuzione di ordini - non è di ostacolo il fatto che il cliente abbia in precedenza acquistato un altro titolo a rischio (nella specie, obbligazioni Telecom Argentina), perchè ciò non basta a renderlo operatore qualificato ai sensi della normativa regolamentare dettata dalla Consob." (Cass.Civ.Sez.I sent.n.17340 del 25-06-2008).

#### **<sup>4</sup>:#Direttiva 2004/39/CE del 21-04-2004, Articolo 19 - Norme di comportamento da rispettare al momento della prestazione di servizi di investimento ai clienti**

1. Gli Stati membri prescrivono che le imprese di investimento, quando prestano servizi di investimento e/o, se del caso, servizi accessori ai clienti, agiscano in modo onesto, equo e professionale, per servire al meglio gli interessi dei loro clienti e che esse rispettino in particolare i principi di cui ai paragrafi da 2 a 8.

2. Tutte le informazioni, comprese le comunicazioni di marketing, indirizzate dalle imprese di investimento a clienti o potenziali clienti sono corrette, chiare e non fuorvianti. Le comunicazioni di marketing sono chiaramente identificabili come tali.

3. Ai clienti o potenziali clienti vengono fornite in una forma comprensibile informazioni appropriate:

— sull'impresa di investimento e i relativi servizi,

non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta in giudizio (in tal senso l'art.108 comma 3 della Delibera Consob n.16190/2007 dispone che il promotore finanziario debba verificare se il cliente abbia compreso il significato della complessiva operazione che si accinge a compiere).

L'azienda di credito non solo non ha provato di aver ottemperato a tali doveri in ossequio al comma 6 dell'art. 23 D.Lvo n.58/98, ma, anzi, ha rivendicato la "bontà intrinseca" del piano finanziario "MY WAY".

IX.- I predetti rilievi consentono di attribuire fondatezza alla domanda di annullamento per errore essenziale e riconoscibile dispiegato dalla sig.ra Fannigliulo al capo D dell'atto di citazione, fermo restando il rilievo assorbente della riscontrata nullità ai sensi dell'art. 30 comma 7 del Dlvo n. 58/1998.

La predetta domanda, diretta a conseguire una pronuncia costitutiva produttiva di effetti caducatori

— sugli strumenti finanziari e sulle strategie di investimento proposte; ciò dovrebbe comprendere opportuni orientamenti e avvertenze sui rischi associati agli investimenti relativi a tali strumenti o a determinate strategie di investimento,

— sulle sedi di esecuzione, e

— sui costi e gli oneri connessi

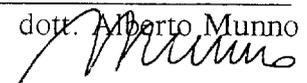
cosicché essi possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari che vengono loro proposti nonché i rischi ad essi connessi e, di conseguenza, possano prendere le decisioni in materia di investimenti con cognizione di causa. Tali informazioni possono essere fornite in formato standardizzato.

4. Quando effettua consulenza in materia di investimenti o gestione di portafoglio, l'impresa di investimento ottiene le informazioni necessarie in merito alle conoscenze e esperienze del cliente o potenziale cliente, in materia di investimenti riguardo al tipo specifico di prodotto o servizio, alla situazione finanziaria e agli obiettivi di investimento per essere in grado di raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari adatti al cliente o al potenziale cliente.

5. Gli Stati membri si assicurano che, quando prestano servizi di investimento diversi da quelli di cui al paragrafo 4, le imprese di investimento chiedano al cliente o potenziale cliente di fornire informazioni in merito alle sue conoscenze e esperienze in materia di investimenti riguardo al tipo specifico di prodotto o servizio proposto o chiesto, al fine di determinare se il servizio o il prodotto in questione è adatto al cliente.

Qualora l'impresa di investimento ritenga, sulla base delle informazioni ottenute a norma del comma precedente, che il prodotto o il servizio non sia adatto al cliente o potenziale cliente, avverte quest'ultimo di tale situazione. Quest'avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato.

Qualora il cliente o potenziale cliente scelga di non fornire le informazioni di cui al primo comma circa le sue conoscenze e esperienze, o qualora tali informazioni non siano sufficienti, l'impresa di investimento avverte il cliente o potenziale cliente che tale decisione le impedirà di determinare se il servizio o il prodotto sia adatto a lui. Quest'avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato.



dell'atto negoziale decorrenti ex tunc, non è affatto incompatibile con la ritenuta responsabilità precontrattuale dell'azienda di credito.

L'art.1338 cod.civ., infatti, codifica il nesso istituzionale tra culpa in contrahendo e vizi di validità dell'atto venuto in essere all'esito della fase precontrattuale, cumulando, ai rimedi diretti a far valere questi ultimi, le conseguenze ordinamentali a carico del contraente colpevole di aver taciuto la esistenza della possibile causa di invalidità di cui fosse stato a conoscenza: il risarcimento del danno, effetto tipicamente consequenziale alla commissione di un illecito civile.

E la stessa dizione letterale dell'art. 1338 cod.civ., interpretata secondo le linee-guida fissate dall'art. 12 delle disp.prel. cod.civ., evocando la nozione di "causa di invalidità del contratto", si appalesa idonea a comprendere tanto la più grave ipotesi della nullità, rilevabile anche d'ufficio senza limiti temporali, salvi gli effetti prodotti dal decorrere del tempo sui rapporti giuridici, quali la prescrizione estintiva ed acquisitiva, quanto la meno grave ipotesi dell'annullabilità, azionabile nel termine prescrizionale di 5 anni a domanda della parte interessata.

La riconducibilità della domanda della sig.ra Fanigliulo alla predetta fattispecie non incontra di certo ostacolo in un eventuale concorso di colpa della attrice, che la formulazione della norma espressamente prevede quale elemento "negativo della fattispecie" ("...per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto."), la cui assenza è necessaria per la integrazione della ipotesi legale tipizzata.

L'elevatissimo tecnicismo dal quale è ammantata l'intera materia dei contratti finanziari, attestata dalla stratificazione di concorrenti normazioni eterogenee provenienti da fonti nazionali e sovranazionali; le raffinate metodologie di contrattazione standardizzata utilizzate dai soggetti del mondo finanziario e creditizio, studiate a tavolino da equipe di esperti del settore; l'asimmetria culturale tra il collocatore dei prodotti finanziari, normalmente dotato di notevoli conoscenze specialistiche, ed il cliente, altrettanto frequentemente privo anche di nozioni elementari in materia; il conflitto di interesse tra il primo, preoccupato di incrementare il proprio volume di affari a prescindere alla intrinseca bontà dei prodotti che si accinge ad offrire, ed il secondo, speranzoso di trovare idonea protezione ai risparmi frutto dei propri sacrifici; sono elementi tutti che consentono di escludere, quanto meno in forza di valutazione presuntiva fondata sull' id quod plerumque accidit, il deficit di diligenza ostativo alla configurazione della ipotesi di

invalidità<sup>18</sup>.

E la ipotesi di invalidità ricorrente nella vicenda sottoposta a giudizio è quella dell'annullabilità per errore sulla natura ed oggetto del contratto ai sensi dell'art. 1429 n.1) cod.civ.

E' infatti documentalmente provato che la sig.ra Fanigliulo voleva stipulare un contratto che soddisfacesse le proprie esigenze di "pura redditività e minimo rischio nel breve termine", e che avesse così funzione previdenziale, consentendole di valorizzare gli accantonamenti di liquidità che ella poteva sottrarre al consumo.

Il contratto concretamente stipulato, così come rivelatosi alla cognizione del Tribunale, non risponde affatto a tali caratteristiche. ed è oggettivamente inidoneo a soddisfare l'interesse contrattuale esternato dalla sig.ra Fanigliulo nelle informative precontrattuali, e vincolanti per l'intermediario ai sensi del Regolamento Consob n.11522/98 e delle Direttive CE, ponendosi come vera e propria *lex specialis* delle successive operazioni di investimento.

La rivendicata intelligibilità estrinseca del negozio in parola può infatti al più spiegare effetto sulla funzione di finanziamento che i contratti collegati andavano ad espletare, esplicitata nella prima delle nove pagine del documento contrattuale, ma nulla è in grado di esternare sull'oggetto del contratto stesso, individuabile nei titoli di risparmio in cui l'importo finanziato doveva obbligatoriamente essere investito ipso iure, senza alcun transito, sia pure temporaneo, nella disponibilità del sottoscrittore.

Ed è proprio l'incertezza sulla natura ed affidabilità dei titoli di risparmio acquistati dalla sig.ra Fanigliulo a costituire la carta di identità dell'intera operazione negoziale, consentendo di attribuirle natura diametralmente opposta a quella idonea a soddisfare l'interesse contrattuale di cui l'attrice era portatrice.

I predetti titoli, infatti, costituiscono l' "oggetto" del contratto ai sensi del n.1) dell'art. 1429 cod.civ., mentre la "natura" non può che essere individuata dalla finalità pratica (c.d. causa in concreto) cui era diretta l'intera operazione riconducibile al già citato fenomeno del c.d. collegamento negoziale.

Di tal chè, pur avendo nel suo complesso una finalità di finanziamento, la riscontrata carenza nei titoli di

<sup>18</sup> "Se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obbiettivo tali - cioè - da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e - comunque - tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse." (Cass.Civ.Sez.III sent.n.6337 del 26-06-1998; nello stesso senso Cass.Civ.Sez.III sent.n.2325 dell'11-07-1972, Cass.Civ.Sez.I sent.n.3387 del 13-12-1973, Cass.Civ.Sez.Unite sent.n.2603 del 04-10-1974).



risparmio, al cui acquisto il finanziamento era finalizzato, dei requisiti idonei a soddisfare le esigenze di "pura redditività e minimo rischio nel breve termine", inevitabilmente incide sulla stessa natura della operazione economica, che si rivela un "finanziamento" fallimentare, ripetendo tale caratteristica proprio dal suo oggetto.

Secondo la corretta accezione linguistica, infatti, "finanziare" significa dotare un soggetto dei mezzi economici necessari per una impresa produttiva di utile risultato<sup>19</sup>, mentre nella vicenda sottoposta a giudizio ogni certezza di utile risultato è messa in forse ex ante dalla estrema aleatorietà da cui è ammantato l'investimento nei titoli acquistati .

Ne consegue che il contratto fu stipulato dalla sig.ra Fanigliulo in stato di errore sull'oggetto specifico e, mediatamente, sulla natura del negozio, escludendo il primo che il secondo potesse rivelarsi un finanziamento utile e produttivo, in quanto tali caratteristiche non possono essere riconosciute nell'oggetto del finanziamento.

L'errore provocato dalla falsa rappresentazione della effettiva natura del piano finanziario "MY WAY" era così essenziale e riconoscibile dall'intermediario<sup>20</sup>, che, anzi, aveva la disponibilità dei predetti titoli.

Alla pronuncia caducatoria resa in accoglimento della domanda, di conseguenza, l'accoglimento della domanda - anch'essa proposta - di restituzione delle somme periodicamente versate in difetto di una valida causa acquirendi , stante l'efficacia retroattiva dell'annullamento, secondo i principi dell'indebito oggettivo<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Voce "Finanziare": "sostenere con mezzi finanziari concessi a titolo gratuito oppure oneroso, un'impresa industriale o commerciale"; in **Grande Dizionario della Lingua Italiana di Salvatore Battaglia, UTET 1961-2002, volume V.**

"Dotare del denaro, dei beni necessari al compimento di un'opera"; in **Grande Dizionario Illustrato della Lingua Italiana di A.Gabrielli, Mondadori Editore.**

"Provvedere dei mezzi necessari per il compimento di un'opera, la realizzazione di un progetto, lo svolgimento di un'attività, sotto forma di credito....."; in **Vocabolario della Lingua Italiana, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da G.Treccani, Vol.II.**

<sup>20</sup> "L'errore quale vizio della volontà, assume rilevanza quando incida sul processo formativo del consenso, dando origine ad una falsa o distorta rappresentazione della realtà, a cagione della quale la parte si sia indotta a manifestare la propria volontà. Pertanto l'effetto invalidante dell'errore è subordinato, prima ancora che alla sua essenzialità o riconoscibilità, alla circostanza (della cui prova è onerata la parte che deduce il vizio del consenso) che la volontà sia stata manifestata in presenza di tale falsa rappresentazione." (**Cass.Civ.Sez.Lavoro sent.n.16679 del 24-08-2004**).

"La parte che deduce di essere incorsa in un errore di fatto sulla natura di un contratto e ne chiede l'annullamento deve indicare quale altro contratto intendeva concludere, mentre per l'errore sull'oggetto deve dimostrare che l'errore cade sull'identità di esso. Essa, inoltre, ha l'onere di dimostrare l'essenzialità dell'errore e la sua riconoscibilità dalla controparte con l'uso dell'ordinaria diligenza."(**Cass.Civ.Sez.III sent.n.10815 dell'08-06-2004**).

<sup>21</sup> "In caso di mancanza di una "causa acquirendi", sia in caso di nullità, , , risoluzione o rescissione di un contratto, che in caso di qualsiasi altra causa la quale faccia venir meno il vincolo originariamente esistente, l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo." (**Cass.Civ.Sez.III sent.n.27334 del 12-12-2005**).

Trattasi di una tipica obbligazione restitutoria, diretta a ristabilire la in integrum restitutio dei contraenti e, pertanto, costituente debito di valuta avente ad oggetto una somma predeterminata di danaro, individuabile nei versamenti periodici di lire 300.000 eseguiti in forza del contratto caducato<sup>22</sup>.

Poiché, tuttavia, la concomitante configurabilità di una fattispecie di illecito precontrattuale a carico dell'altro contraente, costitutiva della ipotesi di concorso formale e non meramente apparente di norme giuridiche, esclude ogni ipotesi di buona fede in capo all'accipiens, ne consegue che gli interessi compensativi sulle somme oggetto della obbligazione restitutoria dovranno computarsi non già dalla data della domanda giudiziale, come per la differente e non ricorrente ipotesi di buona fede dell'accipiens, ma dalla data dei singoli versamenti, ai sensi e per gli effetti del secondo alinea dell'art. 2033 cod.civ.<sup>23</sup>.

X.- In accoglimento della domanda attrice deve così dichiararsi la nullità del contratto stipulato con il modulo denominato "Adesione al programma MY WAY", e la banca convenuta deve sentirsi condannare alla restituzione in favore dell'attrice di quanto da essa pagato in esecuzione del predetto contratto e, segnatamente, della somma di euro 6817,36, pari all'importo delle rate effettivamente pagate in esecuzione del predetto contratto, con maggiorazione di interessi al saggio legale dalla data di ogni singolo versamento e sull'importo come versato.

Nessun'altra statuizione deve essere resa: dalla declaratoria di nullità deriva ex se l'insussistenza di qualsivoglia obbligazione della sig.ra Fanigliulo verso la banca convenuta (*quod nullum est nullum producit effectum*).

Le spese di giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza e sono poste a carico della convenuta.

---

<sup>22</sup> "In caso di risoluzione per inadempimento di un contratto, le restituzioni a favore della parte adempiente non ineriscono ad un'obbligazione risarcitoria, derivando dal venir meno, per effetto della pronuncia costitutiva di risoluzione, della causa delle reciproche obbligazioni e, quando attengono a somme di danaro, danno luogo a debiti non di valore ma di valuta, non soggetti a rivalutazione monetaria, se non nei termini del maggior danno rispetto a quello ristorato con gli interessi legali ai sensi dell'art. 1224 cod.civ., danno che va, peraltro, provato dalla parte richiedente." (Cass.Civ.Sez.III sent.n.10373 del 17-07-2002).

<sup>23</sup> "In un contratto a prestazioni corrispettive (nella specie, contratto di appalto), l'obbligazione restitutoria si fonda sul venir meno del contratto, quale causa giustificatrice delle reciproche prestazioni, e poichè l'azione a disposizione della parte non inadempiente (nella specie, l'appaltatore) per ottenere dalla controparte la restituzione di quanto dovutogli è quella di ripetizione di indebito oggettivo ex art. 2033 cod. civ., ne consegue che gli interessi sulle predette somme, di natura compensativa, sono dovuti dal momento della domanda, non essendo contestata la buona fede della committente." (Cass.Civ.Sez.II sent.n.738 del 15-01-2007).

P.Q.M.

- a) accoglie la domanda attrice e, per l'effetto, dichiara la nullità del contratto stipulato tra Fanigliulo Michela e la Banca 121 spa - oggi Monte dei Paschi di Siena spa - nel mese di settembre 2000, sul modello denominato "proposta di adesione al piano finanziario denominato MY WAY";
- b) condanna il MPS spa alla restituzione in favore di Fanigliulo Michela della somma di euro 6817,36, pari all'importo delle rate mensili pari a lire 300.000 cadauna effettivamente versato dalla sig.ra Fanigliulo in esecuzione del predetto contratto, con maggiorazione di interessi computati al saggio legale dalle date dei singoli versamenti e sino all'effettivo soddisfo;
- c) rigetta e/o dichiara assorbite le altre domande dell'attrice;
- d) condanna il MPS spa al pagamento in favore dell'attrice delle spese e competenze di lite, che liquida in euro 400,00 per borsuali, oltre ad euro 4500,00 per compensi professionali, oltre agli accessori come per legge, oltre a spese di registrazione della sentenza, con distrazione in favore dei costituiti procuratori dichiaratisi anticipatari;

Così deciso nella Camera di Consiglio del Tribunale di Taranto - Seconda Sezione Civile in data 04 febbraio 2013;

Il giudice estensore  
dott. Alberto Munno

Il Presidente  
dott. Gianfranco Coccioli

*Gianfranco Coccioli*

*Munno*

**DEPOSITATA OGNI** - 8 MAR 2013  
**CANCELLERIA FUNZIONARIO GIUDIZIARIO**  
(Paolo ROCCA)

**12 MAR 2013**

PROVAVVI

12 MAR 2013

ARNESE

ESSEZIONE

Contratti / Esecutive

Per es. Notific. / Trasmissioni

Per es. Consenso della Legge

ed esecuz. cartolare / Esente

12 MAR 2013

Con urgenza / senza urgenza

Il Cancelliere