

N.1897/2010 R.G.;



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Taranto, Seconda Sezione Civile in composizione monocratica, in persona del giudice dott. Alberto Munno ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta nel ruolo generale sotto il numero d'ordine 1897 dell'anno 2010

TRA

., elettivamente domiciliati in Sava (TA) alla via Vittorio Emanuele n.111 presso lo studio dell'Avv. Giovanni Di Maggio, unitamente agli Avv.ti Emilio Graziuso e Federica Rescio del Foro di Brindisi, dai quali sono rappresentati e difesi come da mandato in margine dell'atto introduttivo del giudizio;

Attori, convenuti in riconvenzionale

CONTRO

in persona del legale rappresentante protempore, corrente in ., elettivamente domiciliata alla \

;

del

Foro di Roma, come da procura in calce alla copia passiva dell'atto di citazione;

Convenuta, attrice in riconvenzionale



All'udienza di precisazione delle conclusioni del 24 ottobre 2014 le parti precisavano le conclusioni dome da verbale, ed il giudice riservava la causa per la decisione assegnando i termini perentori consecutivi del 23 dicembre 2014 e del 12 gennaio 2015 ai sensi degli artt. 281bis, 189 e 190 cpc;

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".

Ovviamente la redazione della motivazione obbedisce innanzitutto al dovere di ossequio verso l'art. 111 della Costituzione che al comma 6 della vigente formulazione dispone *"Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati"*, così facendo obbligo di esplicitare i punti fondamentali del processo logico-giuridico che ha condotto alla decisione, ed al conseguenziale obbligo imposto dall'art.112 c.p.c. al giudice di pronunciare su tutti i capi autonomi di domanda e su tutte le eccezioni ritualmente sollevate dalle parti su questioni non rilevabili di ufficio; purchè, naturalmente, i primi e le seconde siano entrambi proposti entro i termini imposti dalla maturazione delle c.d. preclusioni assertive, coincidenti con lo spirare della fase di trattazione della causa di cui all'art.183 c.p.c., essendo la tardiva



proposizione rilevabile anche d'ufficio e pur in assenza di opposizione della controparte¹, mentre il mancato rilievo non integra il vizio di omessa pronuncia poichè nessun potere-dovere incombe sul giudice per effetto della formulazione di domande inammissibili².

Nella stesura della motivazione si è altresì tenuto conto dell' insegnamento giurisprudenziale secondo cui questa deve consistere nella esposizione delle argomentazioni in fatto ed in diritto poste a fondamento della adottata decisione, fedelmente riprodotte dell'iter logico-giuridico seguito dal giudice, senza necessità di soffermarsi nella disamina di tutte le argomentazioni sviluppate dalle parti³, che debbono così intendersi come ritenute non pertinenti e non risolutive ai fini della definizione del giudizio qualora non espressamente richiamate nei motivi della decisione.

Ugualmente è a dirsi in relazione all'obbligo di motivare sulla valutazione del materiale probatorio raccolto, che non deve certamente avvenire passando analiticamente in rassegna tutte le risultanze istruttorie ma, in un ordinamento giuridico che non conosce una gerarchia tra i mezzi di prova⁴ e che limita a poche ipotesi i casi di c.d. prova vincolante, consentendo la formazione del libero

¹ "Il regime di preclusioni introdotto nel rito civile ordinario riformato deve ritenersi inteso non solo a tutela dell'interesse di parte ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che la tardività di domande eccezioni ed allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo."(Cass.Civ.Sez.I n.4376 del 07-04-2000 De Marco c. Fapa di Pellegrini).

² "Il vizio di omessa pronuncia da parte del giudice di appello non è configurabile in relazione ad una domanda nuova, giacchè la proposizione di una domanda inammissibile non determina l'insorgere di alcun potere-dovere del giudice adito di pronunciarsi su di essa."(Cass.Civ.Sez.Lavoro n.11933 del 07-08-2003).

³ "Al fine di adempiere all'obbligo della motivazione, il giudice del merito non è tenuto a valutare singolarmente tutte le risultanze processuali e a confutare tutte le argomentazioni prospettate dalle parti, essendo invece sufficiente che egli, dopo aver vagliato le une e le altre nel loro complesso, indichi gli elementi sui quali intende fondare il proprio convincimento, dovendosi ritenere disattesi per implicito tutti gli altri rilievi e circostanze che, sebbene non menzionati specificamente, sono logicamente incompatibili con la decisione adottata."(Cass.Civ.Sez.Lavoro n.5748 del 25-05-1995, Cass.Civ.Sez.II n.5169 del 10-06-1997).

⁴ "Poiché nel nostro ordinamento 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).



convincimento del giudice anche sulla base di una prova meramente presuntiva che sia in contrasto con le altre acquisite⁵, e anche sulla scorta del solo comportamento processuale ed extraprocessuale della parte⁶, deve consistere nella semplice indicazione degli elementi che hanno condotto il giudicante al convincimento esternato nella decisione⁷, dovendosi ritenere implicitamente disattesi quelli non espressamente richiamati e che con i primi siano incompatibili.

Dalla inconfigurabilità di un obbligo di confutare analiticamente ogni argomentazione in fatto e diritto sviluppata dalle parti di causa, discende la insussistenza di ogni ipotesi di omessa pronuncia quando il giudice adotti nel dispositivo una statuizione di accoglimento o rigetto su di un autonomo capo di domanda, formulandola anche solo implicitamente mercè l'assorbimento in altre statuizioni decisorie incompatibili⁸, e pur in assenza di una apposita argomentazione

⁵ "Al di fuori dei casi di prova legale, non esiste nel nostro ordinamento una gerarchia delle prove, per cui i risultati di talune di esse debbano necessariamente prevalere nei confronti di altri dati probatori, essendo la valutazione delle prove rimessa al prudente apprezzamento del giudice. Ne deriva che il convincimento del giudice di merito sulla verità di un fatto può fondarsi anche su una presunzione che sia in contrasto con le altre prove acquisite, se da lui ritenuta di tale precisione e gravità da rendere inattendibili gli altri elementi di giudizio ad essa contrari, alla sola condizione che egli fornisca del convincimento così attinto una giustificazione adeguata e logicamente non contraddittoria."(Cass.Civ.Sez.III n.4777 del 12-05-1998, *Refin c. Unipol*).

⁶ "Il comportamento processuale della parte, la cui nozione è comprensiva del sistema difensivo adottato nel processo a mezzo di procuratore, può costituire unica e sufficiente fonte di prova e di convincimento, 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*).
"L'obbligo del giudice di verificare d'ufficio la presenza degli elementi costitutivi o dei requisiti di fondatezza della 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*).

"Il comportamento processuale ed extraprocessuale delle parti può costituire argomento di prova e può perciò essere utilizzato come elemento di valutazione delle risultanze probatorie già acquisite (nella specie la S.C. ha ritenuto utilizzabile come argomento di prova il comportamento extraprocessuale consistente nell'aver chiesto il cosiddetto patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p. nel processo penale svoltosi per imputazioni corrispondenti agli addebiti mossi nel giudizio di responsabilità in sede civile)."(Cass.Civ.Sez.Lavoro n.5784 del 10-06-1998 *Semeraro c. Banca Nazionale dell'Agricoltura*).

⁷ "E' devoluta al giudice di merito l'individuazione delle fonti del proprio convincimento e, pertanto, anche la valutazione delle prove, il controllo della loro attendibilità e concludenza, la scelta delle risultanze istruttorie ritenute idonee ad acclarare i fatti oggetto della controversia, privilegiando in via logica taluni mezzi di prova e disattendendone altri - in ragione del loro diverso spessore probatorio -, con l'unico limite dell'adeguata e congrua motivazione del criterio adottato. Ne consegue che ai fini di una corretta decisione, il giudice non è tenuto a valutare analiticamente tutte le risultanze processuali, né a confutare singolarmente le argomentazioni prospettate dalle parti, essendo invece sufficiente che egli, dopo averle vagliate nel loro complesso, indichi gli elementi sui quali intende fondare il suo convincimento e l'iter seguito nella valutazione degli stessi e per le proprie conclusioni, implicitamente disattendendo quelli logicamente incompatibili con la decisione adottata."(Cass.Civ.Sez.Lavoro n.6023 del 10-05-2000, *Cass.Civ.Sez.III n.5964 del 23-04-2001*).

⁸ "L'omessa pronuncia quale vizio della sentenza, può essere utilmente prospettata solo con riguardo alla mancanza di una decisione da parte del giudice in ordine alla domanda che richiede una pronuncia di accoglimento o di rigetto, onde è da escludere tale vizio ove ricorrano gli estremi di una reiezione implicita della domanda o di un suo assorbimento in



nella parte motiva⁹.

II.- Con la domanda introduttiva

deducono di aver stipulato il 19 maggio 2008 un contratto di acquisto di valori mobiliari e, segnatamente, di titoli emessi dalla Lehman Brothers , sulla scorta di assicurazioni formulate dal personale della in cui essi attori nutrivano fiducia.

Si dolevano gli attori della inadeguatezza della operazione finanziaria così posta in essere, e con missiva del 14 aprile 2009 chiedevano la restituzione del capitale investito per euro 73.000,00.

Restata senza esito tale richiesta, instauravano il giudizio nel quale, oltre alla inadeguatezza della predetta operazione finanziaria, deducevano la violazione degli obblighi informativi gravanti sulla banca e la violazione delle norme di legge e di regolamento Consob poste a tutela degli investitori.

Si costituiva con comparsa di risposta la , contestando la domanda e spiegando domanda riconvenzionale diretta a conseguire dagli attori la condanna al pagamento di quanto riscosso a titolo di cedole maturate dai titoli acquistati.

Le predette domande non sono state precisate o modificate nei limiti temporali imposti dalla maturazione delle c.d. preclusioni assertive, segnate dallo spirare del termine assegnato per la fase di trattazione della causa dall'art. 183 cpc, ove le parti hanno l'onere di allegare compiutamente i fatti costitutivi delle rispettive domande ed eccezioni, più propriamente denominati questi ultimi come fatti modificativi, estintivi ed impeditivi, mentre nella fase istruttoria , che ha inizio con la

altre statuizioni.”(Cass.Civ.Sez.II n.702 del 22-01-2000, Cass.Civ.Sez.II n.3435 dell’08-03-2001, Cass.Civ.Sez.II n.10001 del 24-06-2003).

“Il vizio di omessa pronuncia correlato alla violazione dell’art.112 c.p.c. è configurabile soltanto in ipotesi di mancanza di una decisione in ordine ad una domanda o ad un assunto che richieda una statuizione di accoglimento o di rigetto, ed è pertanto da escludere quando ricorrano gli estremi di una reiezione implicita della pretesa o della deduzione difensiva ovvero di un loro assorbimento in altre declaratorie.”(Cass.Civ.Sez.II n.4498 del 15-05-1996, Cass.Civ.Sez.II n.12984 del 23-11-1999, Cass.Civ.Sez.II n.4317 del 06-04-2000).

⁹ “L’omessa pronuncia che rende annullabile la sentenza non ricorre quando la decisione adottata in contrasto con la pretesa fatta valere dalla parte comporti il rigetto di tale pretesa anche se manchi in proposito una specifica argomentazione.”(Cass.Civ.Sez.II n.2320 del 01-03-1995, Cass.Civ.Sez.I n.10813 del 29-09-1999).



formulazione delle richieste di prova e l'articolazione dei capitoli di prova orale, non si possono modificare le allegazioni e conclusioni rassegnate in precedenza, diversamente configurandosi una surrettizia violazione di un termine espressamente qualificato come perentorio dalla legge ai sensi degli artt. 152, 153 e 183 cpc mediante l'ampliamento del thema decidendi con l'introduzione di fatti nuovi¹⁰ o la proposizione di domande nuove in violazione del divieto di mutatio libelli¹¹, entrambi rilevabili d'ufficio dal giudice anche in presenza di un atteggiamento non oppositivo o anche approvativo delle parti, non potendo queste disporre di interessi squisitamente pubblici attinenti all'ordinato svolgimento delle attività processuali preordinate alla spedita definizione del processo ed alla riduzione della sua gravosità.¹²

L'onere dell'allegazione e della specifica contestazione è finalizzato al conseguimento della formazione immediata della prova sui fatti addotti dalle parti a fondamento delle contrapposte domande ed eccezioni ai sensi dell'art.115 cpc (*"Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente*

¹⁰ "Il regime di preclusioni introdotto nel rito civile ordinario riformato deve ritenersi inteso non solo a tutela dell'interesse di parte ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che la tardività di domande eccezioni ed allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo."(Cass.Civ.Sez.I n.4376 del 07-04-2000 De Marco c. Fapa di Pellegrini).

"Il vizio di omessa pronuncia da parte del giudice di appello non è configurabile in relazione ad una domanda nuova, giacché la proposizione di una domanda inammissibile non determina l'insorgere di alcun potere-dovere del giudice adito di pronunciarsi su di essa."(Cass.Civ.Sez.Lavoro n.11933 del 07-08-2003).

"Nel sistema di preclusioni introdotto dalla legge 26-11-1990 n.353 anche per le allegazioni di parte il thema decidendum non è più modificabile dopo la chiusura della prima udienza di trattazione – art.183 comma 1 c.p.c. -, o la scadenza del termine concesso dal giudice ai sensi dell'art. 183 quinto comma c.p.c., potendo soltanto, dopo dette scadenze, formulare istanze istruttorie per provare i fatti allegati."(Cass.Civ.Sez.II n.9323 del 17-05-2004).

¹¹ "Nel giudizio di cognizione ordinario, che si instaura con la proposizione di una domanda mediante atto di citazione, l'attore non può proporre domande diverse rispetto a quelle originariamente formulate nell'atto di citazione, trovando peraltro tale principio una deroga nel caso in cui, per effetto di una domanda riconvenzionale proposta dal convenuto, l'attore venga a trovarsi a sua volta in una posizione processuale di convenuto, così che al medesimo, rispetto alla nuova o più ampia pretesa della controparte, non può essere negato il diritto di difesa mediante la reconventio reconventionis."(Cass.Civ.Sez.I sent.n. 3639 del 13-02-2009).

¹² "Nel vigore del regime delle preclusioni di cui al nuovo testo degli artt. 183 e 184 cpc, introdotto dalla legge n. 353 del 1990, la questione della novità della domanda risulta del tutto sottratta alla disponibilità delle parti - e pertanto pienamente ed esclusivamente ricondotta al rilievo officioso del giudice - essendo l'intera trattazione improntata al perseguimento delle esigenze di concentrazione e speditezza che non tollerano - in quanto espressione di un interesse pubblico - l'ampliamento successivo del thema decidendi anche se su di esso si venga a registrare il consenso del convenuto." (Cass.Civ.Sez.III sent.n. 17152 del 27-07-2006; conformi Cass.Civ.Sez.II sent.n. 11298 del 16-05-2007, Cass.Civ.Sez.I sent.n. 26691 del 13-12-2006).



contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.").

L'esercizio della potestas iudicandi è così circoscritto dalla cornice fattuale delineata dalle parti nell'esercizio delle prerogative proprie del principio dispositivo (*iudex iuxta alligata et probata partium iudicare debet*), essendo l'introduzione del fatto onere della parte (*narra mihi factum, dabo tibi ius*).

L'onere dell'allegazione è infatti strettamente funzionale al contrapposto onere di contestazione gravante sul convenuto che nel rito ordinario di cognizione 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...."*;

Ne consegue che il convenuto che non ottempera all'onere impostogli dall'art.167 c.p.c.¹³ in ordine alla presa di posizione specifica sui fatti addotti dall'attore a fondamento della domanda, rende pertanto pacifici in quanto non contestati¹⁴ i fatti addotti dall'avversario processuale a fondamento della domanda.

III.- Dal "questionario di profilatura" predisposto dalla (doc.2 della produzione della convenuta) si evince che gli attori dichiaravano quale "obbiettivo di investimento" da perseguire: "investimento in grado di rivalutare il capitale investito, con un'esposizione limitata alle oscillazioni del mercato".

¹³ "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).

¹⁴ "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).



Dal predetto questionario si evince che gli attori: a) dichiaravano un reddito inferiore ad euro 50.000,00 annui; b) di avere una disponibilità finanziaria complessiva oscillante tra 50.000,00 e 250.000,00 euro; c) di non avere impegni finanziari regolari.

L'indagine si chiudeva con l'elaborazione del seguente profilo: "Preservare il valore del capitale investito mediante investimenti a basso rischio".

Dalla lettura del documento illustrante le "caratteristiche dell'emissione" (Doc.5 della produzione della convenuta) si evince che gli attori avevano acquistato per il valore nominale di euro 73.000,00 con le seguenti caratteristiche:

Descrizione: "Obbligazione caratterizzata dal pagamento degli interessi attraverso lo stacco periodico di una cedola variabile indicizzata a tassi di mercato. L'obbligazione è emessa da società privata soggetta a rischio fallimento";

Data di scadenza: "21-05-2009"

Prezzo di rimborso: 100,00000

Scadenza cedole: 21/08, 21/11, 21/02, 21/05;

Obiettivo di investimento: conservativo.

Grado di rischio: 2 rischio di tasso o di interesse

Gli attori investitori si erano così prefissi l'obiettivo da perseguire: "investimento in grado di rivalutare il capitale investito, con un'esposizione limitata alle oscillazioni del mercato".

Senonchè la convenuta offriva loro titoli che sarebbero andati a scadere il 21 maggio 2009, ovvero sia appena un anno dopo la stipula del contratto di acquisto ed investimento, termine eccessivamente breve per qualsiasi programmata rivalutazione della sorte capitale che, tenendo conto delle oscillazioni fisiologiche dei valori mobiliari nel breve termine, deve sempre necessariamente svolgersi in



orizzonti temporali caratterizzati dal medio e/o lungo termine.

Invero la rivalutazione di un capitale, affinché sia stabile e duratura e si traduca nella trasposizione in termini finanziari di una ricchezza reale sottostante originata dai rapporti economici di produzione e di scambio, si fonda sulla c.d. crescita dell'economia reale, di cui i valori mobiliari sono soltanto titoli rappresentativi dell'incremento di ricchezza da quella prodotto, e non già di oscillazioni fisiologiche determinate dall'onta delle reazioni emotive che seguono gli accadimenti dell'economia e delle aspettative degli operatori finanziari propensi ad accordare fiducia a questo o a quel settore del mondo economico.

La rivalutazione di un valore mobiliare segue così passo passo la faticosa crescita delle imprese su cui l'amministratore del titolo ha puntato le sue attese, attestata dagli esiti degli esercizi sociali annotati nei bilanci e nelle scritture contabili che documentano lo stato di salute dell'impresa, registrandone gli utili conseguiti ed il loro reinvestimento.

In tal senso appare decisiva la composizione del c.d. portafoglio che, per un istituto bancario che opera a livello internazionale come la Lehman Brothers, è rappresentato dalle attività in cui l'azienda ha investito i profitti realizzati nell'esercizio delle attività finanziarie e bancarie; titoli di Stato a lungo termine emessi da paesi che hanno puntato tutte le proprie risorse nella crescita a medio e lungo termine mediante la realizzazione di un apparato di infrastrutture idoneo a consentire il decollo delle piccole e medie imprese, soggetti nei quali si trasfonde con immediatezza la operosità e produttività della popolazione, il cui reddito costituirà il presupposto per il gettito fiscale con il quale le entrate statali potranno onorare l'obbligo di corrispondere i frutti periodici cui hanno diritto i sottoscrittori dei suoi titoli a lungo termine; azioni ed obbligazioni di imprese solidamente installate nei mercati e con bilanci in pluriennale attivo; immobili di pregio storico ed artistico; valuta estera di paesi con economia in costante crescita.



I titoli ceduti dalla _____ agli attori non erano titoli a medio o lungo termine, ma prossimi alla scadenza fissata per l'anno successivo a quello della sottoscrizione.

Era così prossimo il momento in cui l'emittente avrebbe dovuto onorare l'impegno di procedere al rimborso che, secondo il regolamento di emissione, sarebbe avvenuto secondo il valore nominale dei titoli stessi (prezzo di rimborso: 100,0000).

Era così giuridicamente esclusa ogni ipotesi di rivalutazione del capitale espressamente richiesta dall'investitore all'atto della dichiarazione degli obbiettivi di investimento ("investimento in grado di rivalutare il capitale investito, con un'esposizione limitata alle oscillazioni del mercato");

Ne consegue che i titoli offerti agli attori non avevano alcuna delle caratteristiche fatte palese dal profilo di investitore delineato dal questionario proposto dal collocatore:

- a) Orizzonte temporale troppo breve per poter ipotizzare una crescita della sorte capitale;
- b) Clausola contrattuale di rimborso secondo il valore nominale (cd alla pari) che esclude ogni ipotesi di plusvalenza, con conseguenziale impossibilità giuridica di accrescimento della sorte capitale;
- c) Elevato rischio connesso alla qualità soggettiva dell'emittente, società di diritto straniero soggetta al rischio del fallimento, con conseguenziale possibilità di non ricevere il rimborso della sorte capitale;

Ne consegue che le obbligazioni della Lehman Brothers cedute da _____ ai sigg.ri _____ non presentavano nessuna delle caratteristiche richieste dagli obbiettivi dichiarati dagli investitori, e il loro collocamento si rivelò un'operazione inadeguata per le esigenze dei risparmiatori.

IV.- I profili dell'operazione proiettati nel tempo ne rivelano impietosamente la inidoneità 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 11522/98¹⁵.

Orbene dal questionario informativo si evince che i sigg.ri avevano dichiarato di perseguire come obbiettivi l' "investimento in grado di rivalutare il capitale investito, con un'esposizione limitata alle oscillazioni del mercato".

Essi erano percettori di redditi contenuti, e non erano dotati di esperienza in materia finanziaria, e neppure esercitavano attività imprenditoriali.

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 parole¹⁶, primo e fondamentale strumento interpretativo¹⁷, preclusivo del

¹⁵ 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.

¹⁶ "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).



ricorso ai c.d. mezzi sussidiari¹⁷ qualora non si dimostri rigorosamente e scientificamente la equivocità del lessico contrattuale¹⁹.

Orbene nel foglio descrittivo della natura del titolo in cui l'investimento veniva realizzato era esplicitato che "L'obbligazione è emessa da società privata soggetta a rischio fallimento".

Il titolo offerto non aveva così il minimum necessario per soddisfare le finalità prefissate dal risparmiatore.

Ai sensi del comma 6 dell'art. 23 del D.Lvo n.58/1998 *"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."*

Incombeva alla banca provare con ogni mezzo di aver assolto ai propri doveri professionali, anche producendo il prospetto informativo dal quale evincersi la "bontà" intrinseca dei valori mobiliari che essa stessa aveva proposto agli attori come coerente soluzione alle sue esigenze di risparmiatrice.

Le obbligazioni emesse dalla Lehman Brothers, in quanto promananti da una società commerciale di diritto straniero, debbono essere sottoposte ad attenta disamina

¹⁷ "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 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).

¹⁸ "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).

¹⁹ "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).



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 la _____, 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.

Dalla documentazione offerta dalla convenuta e fatta oggetto della trattativa intercorsa con gli attori non appare possibile comprendere con certezza quale la legge applicabile alla emissione del prestito ed ai relativi contratti di collocamento, quale il capitale sociale ed il patrimonio netto, quali il settore di operatività e l'oggetto sociale, e neppure si conosce la delibera istitutrice del prestito e le garanzie dalle quali è assistito, senza dimenticare gli altri criteri di valutazione della affidabilità e solvibilità degli strumenti finanziari elencati nell'art. 39 della delibera Consob n.11522/98.

Dal "questionario di profilatura" si evince che il profilo dell'investitore era piuttosto



quello di una persona con limitata capacità di risparmio che voleva nondimeno impiegare utilmente il danaro che intendeva sottrarre al consumo, preservandolo dalla falcidia della inflazione e conservandone il potere di acquisto.

Ai sigg.ri ben si attagliava e si attagliava 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 , e del tutto carenti risultavano le assicurazioni che avrebbero dovuto essere rese in ordine alle protezioni destinate ad operare nel caso di volatilizzazione dei titoli in cui l'investitore si accingeva a convogliare i propri risparmi in ossequio alla Direttiva 1993/22/CEE del 10-05-1993²⁰.

²⁰ Direttiva 1993/22/CEE Articolo 12

L'impresa è tenuta ad indicare agli investitori, prima di entrare in relazione d'affari con i medesimi, quale fondo di indennizzo o protezione equivalente sarà applicare per le operazioni previste, la copertura offerta da un sistema o dall'altro oppure se non esiste alcun fondo o indennizzo.

Direttiva 1993/22/CEE Articolo 11

1. Gli Stati membri elaborano le norme di comportamento che le imprese di investimento devono osservare in permanenza. Tali norme devono porre in atto almeno i principi di cui ai trattini seguenti e devono essere applicate in modo da tenere conto della natura professionale della persona a cui è fornito il servizio. Se opportuno, gli Stati membri applicano queste norme anche al servizi accessori di cui all'allegato, sezione C. Questi principi obbligano l'impresa d'investimento a: agire, nell'esercizio della sua attività, in modo leale ed equo, nell'interesse, per quanto possibile, dei suoi clienti e dell'integrità del mercato; agire con la competenza, l'impegno e la diligenza necessari nell'interesse, per quanto possibile, dei suoi clienti e dell'integrità del mercato; disporre delle risorse e delle procedure necessarie per portare a buon fine le sue attività, e ad utilizzarle in modo efficace; informarsi sulla situazione finanziaria dei suoi clienti. sulla loro esperienza in materia di investimenti e sui loro obiettivi per quanto concerne i servizi richiesti; trasmettere adeguatamente le informazioni utili nell'ambito dei negoziati con i suoi clienti; sforzarsi di evitare i conflitti di interessi e, qualora ciò non sia possibile, a provvedere a che i suoi clienti siano trattati in modo equo; conformarsi a tutte le normative applicabili all'esercizio delle sue attività in modo da promuovere per quanto possibile gli interessi dei suoi clienti e l'integrità del mercato.



All'esito della disamina delle pattuizioni negoziali unilateralmente disposte dalla banca, in accoglimento delle argomentazioni sviluppate negli scritti difensivi degli attori deve così concludersi affermando che l'acquisto delle obbligazioni emesse dalla Lehman Brother rappresentò per i sigg.ri una operazione non adeguata nei sensi di cui all'art. 29 del Regolamento Consob 11522/98.

V.- A carico dell'azienda di credito viene così a configurarsi una ipotesi di responsabilità 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 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 devono³¹:

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 disinvestimento³².

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 falcidia 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 imprevisti (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 nocumento 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 obbiettivi dichiarati²¹.

L'obbligo giuridico di fornire una informazione concretamente adeguata e specifica in relazione ai titoli offerti al risparmiatore²² è ancor più accentuata nella evoluzione normativa prodotta con la entrata in vigore della Direttiva 2004/39/CE del 21-04-2004²³, costituente strumento interpretativo del sistema; in tal senso l'art.108 comma

²¹ Si noti come il c.d. modulo procedimentale costituisca una caratteristica trasmutazione 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 obbiettivi 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.

²² "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).

²³ 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.



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.

VI.- La peculiare materia offerta dai contratti di investimento in valori mobiliari consente di applicare proficuamente l'orientamento dottrinale rivolto a superare la tradizionale preclusione che all'operatività delle norme sanzionatrici della responsabilità precontrattuale poneva la lettura risalente che individuava nella conclusione o perfezionamento di un negozio immune da difetti intrinseci il confine

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,

— 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.



invalidabile oltre il quale divenivano giuridicamente rilevanti solo i vizi genetici della formazione del consenso ed il c.d. regime di validità del negozio visto come atto.

Invero la speciale normativa, sommariamente esaminata, consente di configurare a carico dell'intermediario professionale veri e propri obblighi giuridici, il cui adempimento è strumentale alla formazione di una scelta di investimento consapevole ed aderente agli interessi ed obbiettivi del risparmiatore.

La trasgressione agli obblighi in parola, non potendo essere ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale, ipotizzabile solo in presenza di un rapporto giuridico nato da un atto negoziale valido ed efficace, finisce inevitabilmente per arricchire il contenuto dell'area territorialmente contigua costituita dalla responsabilità precontrattuale, separata dalla prima proprio dal perfezionamento dell'atto negoziale in funzione di spartiacque, e che si estende al di là dei tradizionali confini segnati dal recesso ingiustificato dalle trattative che, per il grado di completezza ed autosufficienza raggiunto dal regolamento di interessi in itinere, debbano oggettivamente ritenersi giunte in dirittura di arrivo.

La trasgressione da parte dell'intermediario ai c.d. obblighi preliminari di informazione, pertanto, è direttamente lesiva di un diritto soggettivo del potenziale investitore, il c.d. diritto alla autodeterminazione negoziale libera e consapevole; libera, perché la decisione di vincolarsi giuridicamente deve sgorgare naturalmente quale conseguenza delle aspirazioni coltivate dalla persona e della reputata idoneità del regolamento di interessi a soddisfare i bisogni che costituiscono il presupposto ma anche il cd elemento funzionale del costituendo negozio ex art. 1174 cod.civ.; consapevole, perché solo la preventiva cognizione dei fattori potenzialmente capaci di incidere sulla economia della operazione può costituire terreno fertile per l'attecchimento delle scelte di investimento produttive, sia per il singolo che per la collettività.

Le norme istitutrici dei predetti obblighi di informazione appaiono così attratti



nell'ambito di operatività dell'art. 1173 cod.civ., costituendo le *variis causarum figuris* dalle quali scaturiscono obbligazioni ("*Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro fatto o atto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico*"), ed arricchiscono i profili doverosi della fase precontrattuale mediante l'ingresso della c.d. diligenza adempitiva delle obbligazioni ex art. 1176 cod.civ., tradizionalmente riservata al momento successivo al perfezionamento del negozio.

La trasgressione alle predette norme ed alle regole di correttezza comportamentale proprie della fase del contatto prenegoziale, pertanto, dà vita alla c.d. responsabilità precontrattuale ogniqualvolta si verifichi nella fase antecedente la conclusione del contratto, ed all'errore sulla natura giuridica dell'atto da compiere, essenziale e riconoscibile dall'altro contraente, restando esclusa ogni ipotizzata nullità dell'atto negoziale in difetto di una espressa comminatoria di legge, dovendo così rimanere nettamente distinte senza possibilità di interferenza le sfere di influenza destinate rispettivamente alle c.d. norme di comportamento e norme di validità dell'atto²⁴.

La lettura dell'atto introduttivo del giudizio effettuata con criteri sostanziali e diretti ad accertare il contenuto delle censure rivolte dalla parte²⁵, consente di ritenere

²⁴ "In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 della legge n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso." (Cass.Civ.Sez.Unite sent.n.26724 del 19-12-2007).

²⁵ "Una corretta interpretazione della domanda giudiziale postula non solo la sua analisi letterale, ma anche e soprattutto la sua valutazione contenutistico-sostanziale, avuto riguardo alle finalità perseguite dalla parte, ond'è che un'istanza non esplicitamente e formalmente proposta ben può ritenersi implicitamente introdotta e virtualmente contenuta nella domanda espressamente avanzata, ove risulti in rapporto di



proposta la domanda di condanna al risarcimento dei danni per *culpa in contrahendo*.

La domanda di annullamento del contratto, diretta a conseguire una pronuncia costitutiva produttiva di effetti caducatori 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

connessione necessaria con il petitum e la causa petendi di questa, con il solo limite di non estenderne l'ambito di riferimento."(Cass.Civ.Sez.II sent.n.8128 del 28-04-2004; nello stesso senso Cass.Civ.Sez.II sent.n.15907 del 18-12-2000, Cass.Civ.Sez.Lavoro sent.n.17760 del 04-08-2006, Cass.Civ.Sez.Lavoro sent.n.6972 del 09-04-2004).

"Nell'esercizio del potere di interpretazione e qualificazione della domanda, il giudice di merito non è condizionato dalla formula adottata dalla parte, dovendo egli tener conto del contenuto sostanziale della pretesa come desumibile dalla situazione dedotta in giudizio e dalle eventuali precisazioni formulate nel corso del medesimo, nonché del provvedimento in concreto richiesto."(Cass.Civ.Sez.III sent.n.5442 del 14-03-2006).

"Nell'esercizio del potere di interpretazione e qualificazione della domanda il giudice di merito, non condizionato dalle espressioni adoperate dalla parte, ha il potere dovere di accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa, quale desumibile non solo dal tenore letterale degli atti, ma anche dalla natura delle vicende rappresentate dalla parte e dalle precisazioni dalla medesima fornite nel corso del giudizio, nonché dal provvedimento concreto dalla stessa richiesto....." (Cass.Civ.Sez.II sent.n.8225 del 29-04-2004; conforme Cass.Civ.Sez.Lavoro sent.n.19331 del 17-09-2007).



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 prescrizione di 5 anni a domanda della parte interessata.

La riconducibilità della domanda nella predetta fattispecie non incontra di certo ostacolo in un eventuale concorso di colpa dell'attore investitore, 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 invalidità²⁶.

E la ipotesi di invalidità ricorrente nella vicenda sottoposta a giudizio è quella

²⁶ "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).



dell'annullabilità per errore sulla natura ed oggetto del contratto ai sensi dell'art. 1429 n.1) cod.civ.

I predetti titoli obbligazionari emessi dalla Lehman Brothers, 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.

Alla pronuncia caducatoria segue, di conseguenza, l'accoglimento della domanda - anch'essa proposta - di restituzione delle somme versate in difetto di una valida *causa adquirendi*, stante l'efficacia retroattiva dell'annullamento, secondo i principi dell'indebito oggettivo²⁷.

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 danaro²⁸.

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 dell'effettivo pagamento ai sensi e per gli

²⁷ "In caso di mancanza di una "causa adquirendi", sia in caso di nullità, annullamento, 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).

²⁸ "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).



effetti del secondo alinea dell'art. 2033 cod.civ.²⁹.

VII.- Occorre ora determinare il *petitum*, ovverosia il risarcimento del danno che gli attori hanno chiesto, e che trova il suo fondamento nell'accertata commissione di un illecito precontrattuale da parte della

Il danno risarcibile è individuabile nel c.d. interesse negativo, ovverosia il pregiudizio patito dagli attori per aver stipulato un contratto che mai avrebbero avuto interesse a sottoscrivere in quanto non rispondente alle esigenze ed aspettative, ed individuabile in quello che gli economisti definiscono il c.d. costo di opportunità.

Se, infatti, la pronuncia caducatoria del negozio ha prodotto l'effetto di reintegrare il patrimonio degli attori mercè l'adempimento delle conseguenziali obbligazioni restitutorie, è indubbio che la fattispecie di illecito precontrattuale ha distolto i contraenti dall'indirizzare i propri risparmi verso la naturale destinazione che attende le modeste liquidità dei soggetti riconducibili al profilo del piccolo risparmiatore, ovverosia verso la sottoscrizione dei titoli di stato a reddito certo e fisso.

Ed in questo effetto "distrattivo" dal normale sviluppo degli eventi può individuarsi il c.d. interesse contrattuale negativo, mentre alla nozione di "interesse contrattuale positivo" deve più propriamente ricondursi l'aspettativa di profitto che normalmente muove ed anima chiunque si rivolga ad un intermediario sperando di conseguire per i propri risparmi, con l'ausilio della specifica professionalità offerta da questi, rendimenti maggiori di quelli offerti dalle tradizionali soluzioni cui fanno ricorso i non addetti ai lavori.

Onde l'interesse contrattuale positivo è suscettibile di essere leso nelle ipotesi di illecito contrattuale da inadempimento delle obbligazioni assunte dall'intermediario, divenendo oggetto del conseguenziale risarcimento, mentre nella vicenda sottoposta

²⁹ "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).



a giudizio si resta nell'ambito dell'interesse contrattuale negativo del piccolo risparmiatore che, senza porsi aspettative o ambizioni di profitto, chiede solo di non vedere distolto da operazioni finanziarie inadeguate (come quella proposta agli attori) il naturale percorso seguito dalle ridotte liquidità del piccolo risparmiatore.

Il danno in parola può essere liquidato equitativamente ex art.1226 c.c. e, assumendo come limite massimo invalicabile il rendimento alternativo che la somma di euro 73.000,00 avrebbe reso se investita in titoli di stato a medio termine nel periodo compreso tra la data di sottoscrizione del 19 maggio 2008 e la data della presente sentenza, viene individuato dalla Corte nella somma onnicomprensiva di euro 16.000,00.

VIII.- La domanda riconvenzionale proposta da _____ è inammissibile per evidente difetto di legittimazione attiva.

Invero la convenuta non ha allegato di essere titolare di poteri rappresentativi conferiti dalla gestione liquidatoria del fallimento Lehman Brothers e, pertanto, non può esercitare una pretesa restitutoria azionata in forza di un diritto che non le appartiene e per il quale non può esercitare poteri gestori o sostitutivi.

IX.- In relazione all'esito della lite, le spese di giudizio sono liquidate come da dispositivo secondo la natura ed il valore della controversia, e sono poste a carico della convenuta in forza del principio di soccombenza processuale, con distrazione in favore dei costituiti procuratori che ne hanno fatto richiesta nell'atto di citazione.

P.Q.M.

- a) accoglie per quanto di ragione la domanda di _____ per l'effetto, dichiara che la _____ è civilmente responsabile per illecito precontrattuale commesso nel corso delle trattative che hanno condotto l'attore all'acquisto di titoli della Lehman Brothers con contratto stipulato il 19 maggio 2008;
- b) in accoglimento della domanda dispiegata dall'attore, annulla con efficacia *ex tunc* il contratto di cui al capo a) del presente dispositivo per vizio del consenso determinato da errore essenziale e riconoscibile;



- c) condanna la _____, in persona del legale rappresentante protempore, alla restituzione in favore di _____ della somma di euro 73.000,00 e di tutto quanto da essa versato in esecuzione del contratto di cui al capo a) del presente dispositivo; con maggiorazione di interessi compensativi computati al saggio legale vigente protempore ex art.1284 dalla data dell'effettivo versamento e fino allo effettivo pagamento;
- d) condanna la _____, in persona del legale rappresentante protempore, al ristoro in favore di _____ del danno patrimoniale sofferto in misura non superiore al rendimento netto che la somma di euro 73.000,00 avrebbe prodotto dal 19 maggio 2008 ad oggi se investita in titoli di Stato a medio termine; quantifica il predetto danno nella somma di euro 15.000,00;
- e) rigetta la domanda riconvenzionale proposta da _____ per difetto di legittimazione attiva e di poteri rappresentativi conferiti dalla gestione liquidatoria del fallimento della Lehman Brothers;
- f) dichiara assorbite le ulteriori domande dell'attore;
- g) condanna la _____, in persona del legale rappresentante protempore, alla rifusione in favore di _____ della spese e competenze di giudizio, che liquida in euro 600,00 per borsuali, euro 12.000,00 per compensi professionali, oltre agli accessori come per legge, oltre a spese di registrazione della sentenza, con distrazione in favore dei costituiti procuratori che ne hanno fatto richiesta in atto di citazione;

Così deciso nella Camera di Consiglio del Tribunale di Taranto, Seconda Sezione Civile in composizione monocratica in data 06 febbraio 2015;

Il giudice monocratico

Dott. Alberto Munno

