

Ca

z V

/Cassa di

Proc.n.9166/05

Il Giudice

Sciogliendo la precedente riserva, letti ed esaminati gli atti di causa

OSSERVA:

si tratta di ricorso proposto ai sensi dell'art.19 D.Lgs. 17.1.03 n.5.

La tesi dei ricorrenti (in sintesi).

Queste le asserzioni degli istanti sulle quali essi fondano la loro domanda giudiziale.

La proposta d'acquisto di titoli obbligazionari argentini, sottoposta ai ricorrenti (coniugi

di credito (Cassa

era proveniente dallo stesso istituto

). Per

risulta datata 11.5.99 per la somma di €51.129,17; per

a è

datata 17.7.00 per la somma di €52.000,00. Nel suo operare, tuttavia, la

banca non forniva ai propri clienti il documento sui rischi specifici

dell'investimento, violando in tal modo gli artt.28, 2° comma Reg. Consob e

21, 1° comma *lett.b)* T.U.F. Nel prosieguo, inoltre, non provvedeva neppure

ad informare i clienti sugli sviluppi dell'investimento.

Nella condotta dell'istituto di credito (da qualificarsi intermediario finanziario) potevano ravvisarsi le seguenti violazioni:

1) violazione degli obblighi informativi, di cui all'art.21 *lett.a)* e *b)* D.Lgs. n.58/1998, specificati nella delibera Consob n.11522/98;

2) violazione degli obblighi di cui agli artt.28, 2° comma e 26 Reg. Consob n.11522/98 ossia nello specifico: *a) obbligo di operare con diligenza e correttezza, b) obbligo di fornire informazioni specifiche circa l'investimento, c) obbligo di operare per realizzare le migliori condizioni*

per il cliente; d) obbligo, con carattere continuativo, d'informazione gravante sullo stesso intermediario anche ai sensi dell'art.1838 c.c.;

3) violazione dell'art.29 Reg. Consob n.11522/98. Ossia, in particolare, mancata valutazione dell'adeguatezza o meno dell'operazione rispetto al profilo dell'investitore. Nella fattispecie difettava, a dire degli istanti, ogni adeguata indicazione al riguardo (sia per il cliente che per la banca), evidenziando, peraltro, che anche l'eventuale segnalazione dell'inadeguatezza (contenuta in prestampati) non avrebbe comunque escluso la violazione dell'art.29 Reg. cit. (che impone all'intermediario di spiegare le ragioni dell'inadeguatezza in maniera dettagliata);

4) di conseguenza, si eccepiva la nullità del contratto concluso tra le parti per violazione delle norme del Reg. Consob, essendo tale normativa posta a tutela dell'ordine pubblico economico, ed essendo quindi le norme in essa contenute rivestite di carattere cogente, la conseguenza della cui violazione comportava la nullità del contratto.

Le conclusioni: si chiedeva la restituzione della complessiva somma di €103.129,17, oltre interessi legali dalla sottoscrizione al pagamento.

La tesi della resistente (in sintesi).

Sostiene in primo luogo l'istituto di credito convenuto che non vi sia prova che sia stata la Banca a consigliare ai ricorrenti l'investimento e quindi ad indurli alla sua effettuazione.

Inoltre, ad avviso della resistente, la tesi avversaria sarebbe corretta ove la banca avesse agito come gestore patrimoniale, mentre, nella fattispecie, essa ha esercitato un servizio di ricezione e trasmissione ordini. In tale situazione, il disposto dell'art.24 D.Lgs. n.58/1998 che è applicabile al primo dei casi, non lo è per il secondo.

Nel suo operare, quindi, la banca doveva ritenersi che avesse rispettato tutti gli obblighi imposti dall'art.21 D.Lgs n.58/1998 (per i prestatori di

servizi mobiliari), così come quelli del T.U.F. e dei Regolamenti Consob: difatti i contratti sottoscritti dai ricorrenti, risultavano rispettosi di tutte le forme richieste dall'art.23 D.Lgs n.58/1998. Si contestava anche nel merito la domanda avversaria, sostenendo che nel 1999 (data del primo acquisto, quello effettuato da parte de titoli argentini presentavano un rischio accettabile, e ciò era stato fatto presente al cliente. Nel 2000 poi (data dell'acquisto dei titoli da parte dell la banca aveva segnalato alla stessa l'inadeguatezza dell'operazione, ma la cliente aveva deciso di effettuare ugualmente l'investimento. A questo doveva anche aggiungersi che i due ricorrenti già conoscevano i titoli argentini, avendone acquistati in precedenza (doc. n.7 degli allegati alla comparsa di costituzione e risposta), e che essi inoltre si erano rifiutati di fornire alla banca le informazioni utili alla definizione del loro profilo di rischio.

Infine (a dimostrazione dell'assoluta correttezza della resistente) si evidenziava come questa, una volta verificatosi il crollo economico dello Stato Argentino, si era prontamente attivata per far gratuitamente aderire i clienti all'Associazione per la tutela degli interessi degli investitori in titoli argentini (doc. n.8 all.).

Le conclusioni: si chiedeva pertanto di non accogliere il ricorso e di istruire quindi il giudizio, ai sensi dell'art.19, comma 3° D.Lgs. n.5/03, richiedendo questo una cognizione non sommaria.

* * *

Ad avviso del Giudicante la fattispecie in esame può essere congruamente decisa sulla scorta del materiale probatorio (di natura documentale) già fornito dalle parti, nel senso dell'accoglimento del ricorso (ai sensi dell'art.19, 2° comma D.Lgs. n.5/03). Si devono infatti ritenere sussistenti

i fatti costitutivi della domanda e nel contempo manifestamente infondata la contestazione della controparte convenuta,

Le norme di riferimento:

generali: art.47 Cost.; art.1175 c.c. (Comportamento secondo correttezza); art.1176 c.c. (Diligenza nell'adempimento); art.1418 c.c. (Cause di nullità del contratto); art.1469 *bis* c.c. (Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore).

comunitarie: direttiva europea 10.5.1993 n.22 (art.11, 1° co.); direttiva europea 21.4.2004 n.39 (art.19, 5° co.).

speciali:

- D.Lgs. 24.2.1998 n.58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt.8 e 21 della legge 6.2.1996 n.52)

- Reg. Consob n.11522/98 (Regolamento di attuazione del D.Lgs. 24.2.1998 n.58, concernente la disciplina degli intermediari)

- Testo Unico bancario (D.Lgs. 1°.9.1993 n.385 e succ. modifiche)

T.U.F. - D.Lgs. 24.2.98 n.58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt.8 e 21 della legge 6.2.1996 n.52).

Parte II (Disciplina degli intermediari) Titolo I (Disposizioni generali) Capo I (Vigilanza): Art.5 D.Lgs. 24.2.98 n.58: "Finalità e destinatari della vigilanza".

Parte II (Disciplina degli intermediari) Titolo II (Servizi di investimento) Capo II (Svolgimento dei servizi): art.21 D.Lgs. 24.2.98 n.58: "Criteri generali"; art.23 D.Lgs. 24.2.98 n.58: "Contratti".

Parte V (Sanzioni) Titolo II (Sanzioni amministrative): art.190 D.Lgs. 24.2.98 n.58: "Altre sanzioni amministrative pecuniarie in tema di disciplina degli intermediari e dei mercati".

Reg. Consob. 1° 7.98 n.11522

Libro III (Prestazione dei servizi di investimento e del servizio di gestione collettiva) Parte II (Disciplina della prestazione dei servizi di investimento e accessori e del servizio di gestione collettiva del risparmio) Titolo I (Servizi di investimento e accessori) Capo I (Disposizioni di carattere generale): art.26 Reg. Consob. 1° 7.98 n.11522: "Regole generali di comportamento"; art.28 Reg. Consob. 1° 7.98 n.11522: "Informazioni tra gli intermediari e gli investitori"; art.29 Reg. Consob. 1° 7.98 n.11522: "Operazioni non adeguate".

* * *

Nel merito della domanda.

Sulla configurazione del rapporto intercorso tra le parti.

Appare pregiudiziale l'eccezione, sollevata dall'istituto di credito resistente, circa la reale natura del servizio prestato in favore dei clienti istanti. La Banca sostiene di avere agito esercitando un servizio di ricezione e trasmissione ordini e non di gestione patrimoniale, con la conseguente inapplicabilità (a dire della stessa) dell'art.24 D.Lgs. n.58/1998.

Nel caso della "gestione patrimoniale" (art.24 T.U.F.) è l'investitore (nella fattispecie banca) ad assumersi l'onere e la relativa responsabilità nella individuazione e scelta degli strumenti finanziari in cui investire. Nel caso, invece, della "ricezione e trasmissione ordini" (art.1, comma 5° lett.e T.U.F.) l'intermediario (nella fattispecie banca) limita la propria attività alla ricezione dell'ordine ed alla sua trasmissione; eseguendo un ordine impartito direttamente dal cliente, sul quale di conseguenza grava ogni relativo rischio inerente al tipo di investimento prescelto.

I documenti prodotti dalle parti. I documenti sui quali poggia la presente decisione sono essenzialmente rappresentati dai contratti di acquisto di

titoli dello stato argentino sottoscritti dagli istanti (sono i doc.n.2 e 3 di cui alle produzioni dei ricorrenti, rispettivamente 7 e 6 delle produzioni della controparte): il primo riguarda o, il secondo

Per quanto riguarda i documenti prodotti dalla resistente (oltre agli stessi prodotti dagli attori di cui si è appena detto) si individuano:

il doc.n.1 (datato 24.6.98) intestato come "*Contratto per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari*", in virtù del quale erano regolati i rapporti tra le parti, ed in relazione al quale sono stati poi effettuati gli specifici ordini di acquisto oggi in contestazione.

Il doc.n.4, che indicherebbe come la banca abbia agito come esercente di servizio di ricezione e trasmissione ordini (come sostenuto dalla resistente in comparsa di costituzione e che, secondo la stessa parte, non renderebbe applicabile alla fattispecie l'art.24 D.Lgs. n.58/1998). Tale documentazione (doc.n.4) si compone di: una dichiarazione sottoscritta dai ricorrenti (datata 24.6.98) con la quale questi dichiarano di avere ricevuto copia dei rischi generali degli investimenti, quindi dall'"allegato 1 al Contratto per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari". Si tratta (per il predetto allegato) di un generico documento su i rischi degli investimenti in strumenti finanziari. Non risulta neppure che sia specifico all'operazione della quale in concreto si discute.

Si deve osservare, allora (a prescindere da ogni altra considerazione sulla natura di tali documenti) che la materia oggi all'esame, sulla base dei reali rapporti intercorsi tra le parti, rientri senza dubbio nel novero dell'art.1, comma 5° del T.U.F. ("*servizi di investimento*"). Di conseguenza a tali rapporti si applica la normativa di cui allo stesso D.Lgs. n.58/98 Titolo II (artt. da 18 a 32).

Si rileva inoltre brevemente che alle norme (*regolamenti*) Consob si deve riconoscere rango normativo integrativo, rispetto all'ordinamento giuridico: in effetti le parti non contestano tale aspetto, salvo la questione relativa all'applicabilità o meno, al caso concreto, delle norme anzidette ed in quale misura ciò possa avvenire.

Sulle prove.

In ordine alla richiesta già formulata (in sede di conclusioni della comparsa di costituzione) dalla resistente, di necessità di ulteriore attività istruttoria, in particolare a mezzo di testimoni, giova subito evidenziare che sarebbe addirittura inammissibile una prova per testi per provare fatti diversi da quelli risultanti dai documenti (art.2725 c.c.).

D'altra parte, ai sensi dell'art.23, comma 6° T.U.F. - D.Lgs. 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."*¹

* * *

Detto questo, riguardo ai documenti oggi a disposizione del Giudicante, se ne devono trarre le seguenti conseguenze nell'ambito ed ai fini della presente decisione.

Incombe sull'istituto di credito l'obbligo, nei confronti del cliente, di prestare il servizio d'investimento con diligenza e operare in maniera tale che il cliente sia sempre adeguatamente informato (ai sensi del combinato disposto degli artt.21 *lett.a, e b)* D.Lgs. n.58/98 e 28 Reg. Consob n.11522/98).

¹ Nell'ambito poi in cui la prova per testi risulti ammissibile, non potrebbe, invece, sostenersi che il funzionario dell'istituto di credito si trovi in una condizione di incapacità (ai sensi dell'art.246 c.p.c.). La S.C. ha escluso l'incapacità dei dipendenti della banca che, in ipotesi, potrebbero essere tenuti responsabili verso la stessa per quelle operazioni in relazione alle quali l'istituto di credito è stato evocato in giudizio, salva l'opportunità di un'attenta valutazione sotto il profilo dell'attendibilità (Cass. 4.3.1993 n.2641, Cass. 28.1.1983 n.771, Cass. 27.1.1979 n.623).

La banca è inoltre tenuta a fornire al cliente un'informazione completa circa i rischi connessi a quella specifica operazione che intenda porre in essere (in ossequio al dettato dell'art.28, 2° co. Reg. Consob n.11522/98, anche in relazione all'art.11, 1° co. direttiva CEE n.22 del 10.5.93), in quanto l'intermediario finanziario deve agire con la diligenza dell'operatore particolarmente qualificato (artt.21 *lett.a*) T.U.F., 26 *lett.e*) Reg. Consob e 1176, 2° co. c.c.). Si verte infatti in un rapporto nel quale è imposto di tutelare l'interesse del cliente (artt.47 Cost., 5 e 21 *lett.a*) T.U.F.): obbligo questo che implica l'indicazione, non generica, dell'eventuale natura altamente rischiosa dell'investimento secondo la valutazione operata dalle maggiori agenzie specializzate in materia, dato che la banca è tenuta a conoscere e quindi a comunicare al cliente, allo scopo di consentirgli di effettuare una scelta consapevole, dovendosi ritenere che la valutazione del titolo, da parte del mercato, rappresenti un fattore rilevante, poiché idoneo ad influenzare la decisione dell'investitore.

Ancora, l'intermediario di strumenti finanziari non è esonerato dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione (ex art.29 Reg. Consob n.11522/98) anche nel caso in cui i clienti abbiano rifiutato di fornire le informazioni di cui all'art.28, 1° co. *lett.a*) Reg. cit., dovendo in questo caso tenere conto di tutte le informazioni comunque in suo possesso, ciò desumendosi sia dai principi generali in tema di correttezza, diligenza e trasparenza, sia dai comportamenti negoziali imposti dalla normativa generale e speciale (cfr. artt.1175 e 1176, 2° co. c.c., 21 D.Lgs. n.58/98) sia dal tenore dell'art.29 Reg. cit.

In relazione alla violazione degli obblighi di correttezza, diligenza e trasparenza, imposti agli intermediari in strumenti finanziari (dagli artt.21 T.U.F. e 26, *lett.e*) e f), 28 e 29 Reg. Consob) l'onere della prova

liberatoria incombe sulla stessa banca, ai sensi dell'art.23, 6° co. D.Lgs. n.58/98: prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta dalla natura dell'operazione.

È inoltre necessaria la prova scritta (essendo inammissibile la prova testimoniale, ex art.2725 c.c., al di fuori dell'ipotesi di perdita incolpevole dei documenti).

Al riguardo, dai documenti prodotti dalla banca (cfr. *"Contratto per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari"* ed allegati) non risulta che i clienti avessero ricevuto adeguata informazione in merito ai rischi connessi allo strumento finanziario in questione, se non in forme con carattere assolutamente generale, che non esonera l'istituto di credito dall'onere di fornire la prova positiva del tipo d'informazione concretamente dato. Preciso onere a carico della banca era quello di fornire al proprio cliente precise ed univoche indicazioni circa la pericolosità dell'investimento specifico, per cui la sola consegna del documento predetto non è idonea a determinare la presunzione di conoscenza dei rischi dell'investimento in capo al risparmiatore (non deve tacersi lo scarso grado di comprensione del documento da parte di investitori non professionali). Si tratta pertanto di clausola inefficace in virtù del dettato dell'art.1469 *bis* n.18 c.c. (*"Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore"*). !!!

D'altra parte il cliente è libero poi di fornire alla banca informazioni sulla propria esperienza in materia di investimenti finanziari, sulla sua situazione finanziaria, sugli obiettivi dell'investimento nonché sulla propensione al rischio: facoltà consentita dall'art.28, 1° co. *lett.a)* Reg. Consob n.11522/98.

Anche nel caso in cui il cliente abbia rifiutato di fornire le informazioni di cui all'art.28, 1° co. *lett.a)* Reg. Consob n.11522/98, l'istituto non è

esonerato dall'obbligo di valutare l'adeguatezza o meno dell'operazione, essendo invece tenuto ugualmente a segnalargli i relativi profili (ai sensi dell'art.29 Reg. Consob). Nel caso del predetto rifiuto, da parte del cliente, la banca dovrà comunque tenere conto di tutte le informazioni in proprio possesso, come: età dell'interessato, professione, presunta propensione al rischio (anche sulla scorta della pregressa e abituale operatività), situazione del mercato (v. "comunicazioni" Consob nn. DI/98087230 e DI/30096 datate rispettivamente 6.11.1998 e 21.4.2000). Tutto ciò deve peraltro desumersi sia dai principi generali che da quelli speciali che si rinvencono nell'Ordinamento, dettati in tema di correttezza, diligenza e trasparenza nei comportamenti negoziali: artt.1175 e 1176, 2° co. c.c., 21 D.Lgs. n.58/98, art.29 Reg. Consob n.11522/98. Quest'ultima norma, con carattere speciale, impone all'intermediario finanziario di astenersi *"dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione."* La medesima norma prevede altresì che l'intermediario tenga conto, oltre che delle informazioni di cui all'art.28 Reg. cit. (fornite direttamente dai clienti), di ogni altra disponibile in ordine ai servizi prestati.

Una volta ricevuto da un investitore disposizioni relative ad un'operazione non adeguata, l'intermediario lo informa di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedervi. In tal caso, solo se riceva conferma scritta dell'ordine di acquisto, da parte del cliente, l'istituto è autorizzato a darvi corso (art.29, 3° co. Reg. cit.). Nella fattispecie, tutto ciò non risulta essere avvenuto.

* * *

Nella fattispecie in esame doveva ritenersi inadeguata l'operazione di acquisto di obbligazioni argentine in considerazione della sua dimensione

Per tutte le predette agenzie i titoli classificati con quel tipo di rating (B + o B 2) sono ritenuti investimenti non graditi, in quanto presentano, in generale, un elevato rischio di non incassare cedole e/o capitale a scadenza.

Nel corso del 2001 le agenzie avevano rivisto in senso negativo il giudizio di affidabilità ad onorari gli impegni assunti dallo Stato Argentino.

In tale contesto, non risulta che l'istituto di credito abbia in alcun modo adeguatamente informato (secondo quei criteri di specificità stabiliti da tutte le norme imperative sopra richiamate, di cui al T.U.F. ed al Reg. Consob), anche nel corso dell'evoluzione del rapporto tra le parti e del mutato andamento sul mercato finanziario dei titoli del debito argentino.

Conclusioni.

La domanda dunque appare fondata e meritevole, pertanto, di accoglimento, con ogni conseguenza di legge anche in ordine al regolamento delle spese processuali (ai sensi del combinato disposto degli artt.19 D.Lgs. 17.1.03 n.5 e 91 c.p.c.).

Poiché l'obbligo di restituzione dell'importo versato in conseguenza della dichiarazione di nullità dell'ordine di acquisto costituisce debito di valuta - avendo ad oggetto, fin dal suo sorgere, una somma di denaro e non avendo parte attrice provato di avere subito un maggior danno (ex art.1224, 2° co. c.c.) - andrà restituito l'importo, maggiorato degli interessi al tasso legale dalla data della domanda (data della notifica del ricorso e del pedissequo decreto di fissazione dell'udienza) al saldo effettivo (ai sensi dell'art.2033 c.c.), non potendosi ritenere che la convenuta fosse in buona fede.

La condanna al pagamento delle spese processuali (nella misura liquidata in dispositivo) segue la soccombenza.

(comportando l'impiego di somme consistenti), della natura altamente rischiosa dei titoli prescelti, delle condizioni di mercato di quei titoli (il cui *rating - valutazione* - era oggetto di progressivo declassamento da parte delle maggiori agenzie internazionali), della circostanza che i clienti non erano investitori professionali. Si tratta di elementi tutti di segno convergente e già noti all'istituto di credito.

Sostiene la difesa della banca resistente come già in precedenza gli odierni ricorrenti avevano già proceduto ad analoghe forme di investimento e che dunque conoscevano quei titoli. Invero, il documento cui fa riferimento la banca (doc. n.7 all. al fasc. di parte resistente) è l'ordine di acquisto 11.5.99 effettuato da _____ di cui alla domanda.

* * *

Sui titoli del debito argentino in particolare. I titoli del debito argentino avevano ricevuto, nel corso del tempo, da parte delle maggiori agenzie internazionali, un rating con andamento progressivamente negativo (c.d. *downgrading*), cosicché al momento del primo acquisto (effettuato dal Carleschi nel 1999), i titoli in questione erano classificati B + (da Standard & Poor's e da Fitch) e B 2 (da Moody's).

Nella valutazione di Standard & Poor's e da Fitch il rating B + indica un titolo che sia più vulnerabile ad avverse condizioni economiche, finanziarie e settoriali, ma con capacità nel presente a far fronte alle proprie obbligazioni finanziarie.

Quello B 2 per Moody's esprime un'obbligazione che non può definirsi investimento desiderabile. La garanzia di interessi e capitale o il puntuale assolvimento di altre condizioni del contratto sono piccole nel lungo periodo. La cifra accanto alla lettera (da 1 a 3) indica il grado di posizionamento della classe B.

Q

P. Q. M.

Visto l'art.19 D.Lgs. 17.1.2003 n.5;

ritenuta la responsabilità della Banca convenuta;

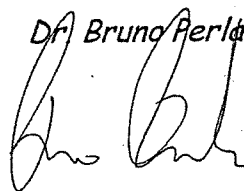
condanna la Cassa d (in persona del legale
rappresentante) alla restituzione, in favore dei ricorrenti, della
complessiva somma di €103.129,17 (€51.129,17 per quanto riguarda
l'ordine datato 11.5.99 di o ed €52.000,00 per quanto
riguarda l'ordine datato 17.7.00 di oltre interessi legale
dalla domanda al saldo;

condanna inoltre la banca resistente al pagamento delle spese processuali
in favore degli attori, che si liquidano in complessivi €5.076,00 (di cui
€276,00 per spese, €900,00 per funzioni ed €3.900,00 per onorari)
oltre rimborso forfettario, i.v.a. e c.a.p. come per legge.

Così deciso in Città di Castello 3.12.2005

Il Giudice

Dr. Bruno Ferla



~~Espresso in Cancelleria~~

3.12.05

~~IL CANCELLIERE~~

IL CANCELLIERE CI
(Assunta Giunti)