

Doveri informativi dell'intermediario, adeguatezza dell'operazione

Doveri informativi dell'intermediario, violazione, rimedi, resp. contrattuale

Doveri informativi dell'intermediario, rimedi, onere della prova e nesso di causalità

Profili processuali, testimonianza del dipendente

Tribunale di Genova, Sez. I civ. – Rel. Dr. D. Canepa - 15 marzo 2005.

Segnalazione di Avv. Marina Zanotti

Intermediazione finanziaria – Inadeguatezza dell'operazione – Doveri di astensione – Documento relativo al profilo di rischio – Insufficienza.

L'acquisizione delle notizie previste dall'art. 28 lett. a) non è decisiva per stabilire se l'intermediario debba o meno astenersi dall'effettuare un'operazione inadeguata. La Consob, con comunicazione n. DI/30396 del 21.4.2000, ha precisato che: "...in nessun caso gli intermediari sono esonerati dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione disposta dai clienti, neanche nel caso in cui l'investitore abbia rifiutato di fornire le informazioni sulla propria situazione patrimoniale o finanziaria, obiettivi di investimento e propensione al rischio; nel caso la valutazione andrà condotta in ossequio dei principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso (es. età, professione, presumibile propensione al rischio anche alla luce dalla pregressa ed abituale operatività, situazione del mercato...)". (fb)

Intermediazione finanziaria – Adeguatezza dell'operazione – Obbligo di astensione – Execution only – Insussistenza.

La sola ipotesi in cui gli obblighi di valutazione dell'adeguatezza e di correlata astensione dall'agire non si applicano è quella in cui il servizio prestato si limiti alla mera esecuzione o trasmissione degli ordini dell'investitore, senza che sia fornita dall'intermediario alcuna indicazione circa le operazioni da effettuare e sempre che vi sia stata da parte dell'intermediario una preventiva individuazione scritta dei limiti quantitativi e delle tipologie di strumenti finanziari, di operazioni e di ordini entro i quali le operazioni sono considerate automaticamente adeguate (ed. execution only). (fb)

Intermediazione finanziaria – Adeguatezza dell'operazione – Informazione – Contenuti – Specificità – Necessità.

L'informazione dell'inadeguatezza dell'operazione non può essere generica, dovendo riportare le specifiche ragioni dell'inadeguatezza in rapporto alle caratteristiche dell'investitore per cui non può a tal fine ritenersi sufficiente un generico avviso di inadeguatezza dell'operazione stampato sul modulo dell'ordine. (fb)

Intermediazione finanziaria – Risarcimento del danno – Testimonianza del funzionario – Inammissibilità.

Nel giudizio di risarcimento danni promosso dall'investitore nei confronti dell'intermediario è incapace a testimoniare ai sensi dell'art. 246 c.p.c. il dipendente che ha dato corso alle operazioni contestate, essendo egli responsabile in solido con l'intermediario ai sensi dell'art. 2049 c.c. e come tale possibile soggetto passivo della pretesa azionata dall'investitore. (fb)

Intermediazione finanziaria – Violazione dei doveri di informazione – Vizio funzionale del contratto – Inadempimento sussistenza.

In ipotesi di violazione da parte dell'intermediario dei doveri di informazione non si può parlare di vizio genetico relativo alla conclusione del contratto, bensì di vizio funzionale che inerisce il contratto oramai perfezionato e quindi di difetto che riguarda le prestazioni che dovevano essere rese sulla base del negozio concluso. La violazione di tali doveri non dà quindi luogo a nullità del contratto ma ad inadempimento dello stesso. (fb)

Intermediazione finanziaria – Violazione dei doveri di informazione – Nesso di causalità tra evento e danno – Onere della prova.

La violazione delle regole di informazione e di valutazione dell'adeguatezza dell'operazione proposta ai clienti risparmiatori costituisce inadempimento imputabile all'intermediario e trattandosi di regole di comportamento esplicitamente codificate nell'interesse del cliente l'inadempimento è da porsi in relazione causale con l'evento dannoso. Ricade quindi sull'intermediario l'onere di provare che tra la violazione ed il danno non vi è alcun nesso di causalità, dimostrando che il danno è derivato da eventi estranei alla sua sfera di azione. (fb)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 16.3.2004 L.F. conveniva in giudizio il Banco di Chiavari e della Riviera Ligure allo scopo di ottenere da questo Tribunale pronuncia di dichiarazione di nullità del contratto di compravendita delle obbligazioni per violazione delle norme imperative di cui al TUF ed in relazione all'art. 1418 c.c. condannando per l'effetto la società convenuta alla restituzione della somma di € 115.612,010. In subordine, chiedeva di dichiarare l'annullamento del medesimo contratto ai sensi dell'art. 1427 c.c. condannando per l'effetto la società convenuta alla restituzione della somma di € 115.612,010, in via ulteriormentesubordinata, chiedeva di dichiarare il grave inadempimento della banca convenuta per tutti i comportamenti posti in essere all'atto della vendita delle obbligazioni e pertanto risolvere il contratto de quo, nonché condannare per l'effetto la società convenuta alla restituzione dell'investimento e comunque al risarcimento del danno, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Assumeva a sostegno che era correntista del Banco di Chiavari e della Riviera Ligure, che il

27.7.2000 aveva acquistato dall'istituto di credito un titolo obbligazionario CIRIO FINANCE FR03 per un controvalore pari a € 115.612,010, che il titolo le era stato consigliato dal funzionario addetto all'Ufficio Titoli della agenzia di Nervi della Banca, che l'addetto titoli non aveva fatto presente che le suddette obbligazioni avevano un margine di rischio superiore ai titoli di Stato, né la gravità della situazione debitoria del gruppo CIRIO, che era una investitrice con profilo di rischio "basso" in quanto aveva sempre investito in titoli obbligazionari, che fino al "default" del primo titolo del gruppo CIRIO del 4.11.2002 parte attrice si era recata più volte presso l'agenzia per chiedere delucidazioni circa l'investimento e veniva sempre rassicurata circa il buon esito dell'operazione, che il 8.4.2003, dopo il primo "default", i funzionari la rassicuravano ulteriormente circa la mancata perdita di valore del titolo che veniva ancora inserito fra le sue poste attive. Esponeva che le obbligazioni acquistate appartenevano a emissioni effettuate da parte di società estere controllate da Cirio Holding s.p.a. facenti parte del Gruppo Cirio, il cui indebitamento finanziario, in gran parte rappresentato da debito bancario a breve, era passato dai 280 mln. circa di euro del 1996 a 870 mln. di euro nel 1999, che nel periodo 2000-2002 vi è stato il progressivo spostamento dell'indebitamento del gruppo dalle banche alle obbligazioni in quanto i debiti bancari, che avevano raggiunto a fine '99 il massimo di circa 900 mln di euro, si riducono a poco più di 300 mln nel 2002 mentre il debito consolidato sotto forma di obbligazioni raggiunge alla medesima data l'ammontare di circa 850 mln. La crescita del debito sotto forma di obbligazioni determina quindi una netta riduzione dell'esposizione bancaria. Ricorda parte attrice che le obbligazioni vendute dalla convenuta appartenevano a emissioni effettuate da società estere controllate da Cirio Holding s.p.a. dal Gruppo Cirio, il quale tramite sei società aveva emesso obbligazioni per complessivi € 1.125 mln., che le obbligazioni non erano accompagnate da prospetto informativo essendo riservate ad investitori istituzionali, come risultante dalla offering circular e non potevano formare oggetto di sollecitazione al risparmio indistinto; che i fondi raccolti con i titoli emessi da Cirio Finance Luxemburg s.a. erano stati pressoché interamente versati alla Cirio s.p.a., i cui debiti bancari a seguito dell'emissione, si erano ridotti di oltre 130 mln di euro rispetto al livello raggiunto nel 1999 o, nel 2001, l'importo derivante dall'emissione della Cirio Holding Luxemburg s.a. era stato girato a titolo di finanziamento a varie società del Gruppo. Sostiene parte attrice la responsabilità della banca convenuta in quanto inadempiente agli obblighi generali di buona fede e correttezza e per aver scientemente violato la normativa in materia di prodotti finanziari.

In particolare, secondo la tesi di parte attrice, la banca avrebbe violato l'art. 21 TUF per il comportamento tenuto nei confronti dell'investitore, il contratto sarebbe nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. per contrarietà alle norme imperative di cui al D. Lgs. 24.2.1998 TUF, è comunque annullabile per vizio del consenso dell'investitore ai sensi dell'art. 1427 c.c., sarebbe in ogni caso risolvibile per inadempimento contrattuale della banca, alla quale è altresì addebitabile una responsabilità precontrattuale e un conflitto di interessi, oltre che uno specifico inadempimento all'obbligo di non vendere agli investitori "retail".

Parte convenuta si costituiva in giudizio contestando le opposte pretese delle quali chiedevano il rigetto.

Rilevava che era stata la cliente, debitamente sconsigliata dal funzionario di banca che l'aveva avvertita dei rischi dell'investimento a voler effettuare comunque l'operazione, che pertanto erano state rispettate dall'istituto di credito tutte le prescrizioni normative.

Dopo lo scambio di memorie di repliche veniva ai sensi dell'art. 12 comma III del D.lgs. 5/2003 fissata l'udienza di discussione della causa davanti al Collegio e le parti provvedevano a depositare le memorie conclusionali. Rigettate le istanze istruttorie volte all'escussione del teste funzionario della banca che aveva curato l'operazione bancaria ed acquisita la documentazione prodotta dalla banca convenuta, le parti insistevano nelle rispettive difese.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda della parte attrice è volta ad ottenere la condanna della banca alla restituzione delle somme corrisposte a titolo di investimento, in quanto l'istituto di credito avrebbe violato l'art. 21 TUF per il comportamento tenuto nei confronti dell'investitore; il contratto è nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. per contrarietà alle norme imperative di cui al D. Lgs. 24.2.1998 TUF; è comunque annullabile per vizio del consenso dell'investitore ai sensi dell'art. 1427 c.c.; è in ogni caso risolvibile per inadempimento contrattuale della banca, alla quale è altresì addebitabile una responsabilità precontrattuale e un conflitto di interessi, oltre che uno specifico inadempimento all'obbligo di non vendere agli investitori "retail".

Partendo dall'esame di quest'ultimo rilievo si osserva che il caso in esame non si colloca nella fase di mercato primario (o di emissione), che intercorre fra l'emissione del titolo da parte dell'impresa, avvenuta, in concreto, adottando non la modalità di offerta diretta al pubblico (sollecitazione all'investimento), ma l'offerta diretta a investitori istituzionali, e la sua sottoscrizione da parte dell'investitore, bensì nella fase successiva di mercato secondario, in cui il titolo, già in possesso dell'investitore, viene negoziato con altro investitore.

Si tratta di una modalità di vendita del tutto legittima, che, peraltro, deve avvenire secondo regole contenute nel TUF e nella regolamentazione attuativa emanata dalla Consob per disciplinare l'attività degli intermediari finanziari. A quest'ultima categoria appartengono anche, le banche, quali soggetti abilitati alla sollecitazione all'investimento cioè all'offerta al pubblico di vendita o sottoscrizione di prodotti finanziari, tra i quali rientrano le obbligazioni negoziabili sul mercato dei capitali (art. 18 D.Lgs. 24.2.1998 n. 58).

La rigorosa disciplina di vigilanza contenuta nel D. Lgs. 1.9.1993 n. 383 (TUB) è volta ad assicurare un regime di ampia garanzia nel rispetto del principio di trasparenza sancito dall'art. 11 TUB nell'esercizio dell'attività creditizia e richiamata dalla norma di rinvio contenuta nel comma 4° dell'art. 19 D. Lgs. 24.2.1998 n. 58 (TUF), che stabilisce i requisiti occorrenti per svolgere l'attività bancaria in senso tecnico e i requisiti di affidabile ingresso dell'ente creditizio nel settore dell'intermediazione finanziaria non bancaria. (v. Tribunale di Roma sentenza dell'8.10.2004).

La normativa di settore è raccolta nel T.U. 24.2.98 n. 58 delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria e del successivo regolamento attuativo del 1.7.98 che ha specificato i doveri degli intermediari conglobati nei principi codificati nel richiamato testo unico.

Tale normativa integra lo statuto dell'intermediatore finanziario e deve applicarsi come regola generale di comportamento a tutte le operazioni eseguite ove non sia disposto diversamente dalla legge.

In particolare l'art. 21 TUF impone agli intermediari nell'attività di servizi di investimenti ed accessori di:

- a- comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati;
- b- acquisire le informazioni necessarie dei clienti ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati;
- c- organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento;
- d- disporre di risorse e procedura, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente

svolgimento dei servizi;

e- svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.

La banca convenuta assume la piena legittimità delle operazioni compiute sottolineando che la richiesta di acquisto è stata formulata dal cliente e che essa ha dovuto accettare detta richiesta, in quanto dopo aver avvertito l'investitore della non adeguatezza dell'operazione non aveva a disposizione alcuno strumento per non dare seguito all'investimento avendo parte acquirente reso la dichiarazione di cui all'art. 28 TUF.

In realtà i doveri imposti dalla banca si sostanziano essenzialmente nel dovere di informarsi e nel dovere di informare.

Nel caso concreto, la violazione da parte della convenuta di tali doveri è consistita, in primo luogo, nella violazione delle regole generali di comportamento sancite dall'art. 21 co. 1 lett. d) TUF: "disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi" e dall'art. 26 D. Consob 11522/98, tra le quali alla lett. e) è previsto che "Gli intermediari autorizzati, nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato mobiliare.., e) acquisiscono una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dal servizi di investimento, propri o di terzi, da essi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire."

La suddetta normativa pone a carico degli intermediari e nell'interesse degli investitori un obbligo di conoscenza, che è più della semplice informazione, sui prodotti da loro offerti, conoscenza che si estende alla loro provenienza, alla situazione degli stessi nei mercati, alla loro destinazione tra il pubblico dei consumatori.

Va sottolineato che si tratta di conoscenza che l'investitore risparmiatore, per esperienza, per cultura o per diverso campo lavorativo non potrà mai acquisire, pervenendo ad un giudizio completo sulla operazione finanziaria che si appresta a sottoscrivere. Tanto più, se si considera che la negoziazione in esame è stata posta in essere per un titolo "non quotato" e in assenza di rating. (v. Tribunale di Roma sentenza dell'8.10.2004).

Le circostanze dedotte da parte attrice, da considerare provate ai sensi dell'art 13 D.Lgs. 5/2003, evidenziano che la banca si è del tutto sottratta al dovere di informare la cliente in ordine alla tipologia e affidabilità del titolo e, dunque, al livello relativo di adeguatezza e, comunque, ha assunto in tale attività un comportamento non diligente e non rispondente al "need of protection" degli investitori non professionali.

La violazione da parte della convenuta degli obblighi a suo carico è consistita, in secondo luogo, nel non aver adeguatamente tenuto in considerazione le informazioni acquisite dal cliente nella esecuzione dell'operazione, che avrebbe dovuto essere conforme a quei principi di diligenza, correttezza e trasparenza, imposti dalla lett. a dell'art. 21 TUF e dalle generali prescrizioni del codice civile secondo il disposto dell'art. 1337 c.c.

Si ricorda che l'art. 29 del regolamento CONSOB impone agli intermediari di astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. Dispone in tal senso il 1° comma dell'art. 29 D. Consob 11522/98 che: "Gli intermediari finanziari si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'art. 28 e di ogni altre informazione

disponibile in ordine ai servizi prestati."

Di conseguenza, l'acquisizione della dichiarazione di cui all'art. 28 non esaurisce l'obbligo di diligenza imposto all'intermediario per dare corso all'operazione, dovendo questi tenere conto di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati.

Secondo una interpretazione prevalente nella giurisprudenza ed in dottrina, l'acquisizione delle notizie previste dall'art. 28 lett. A non è decisiva per stabilire se l'intermediario debba procedere o debba astenersi dall'operazione per inadeguatezza della stessa. In particolare, la Consob ha precisato con comunicazione n. DI/30396 del 21.4.2000 che: "...in nessun caso gli intermediari sono esonerati dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione disposta dai clienti, neanche nel caso in cui l'investitore abbia rifiutato di fornire le informazioni sulla propria situazione patrimoniale o finanziaria, obiettivi di investimento e propensione al rischio; nel caso la valutazione andrà condotta in ossequio dei principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso (es. età, professione, presumibile propensione al rischio anche alla luce dalla pregressa ed abituale operatività, situazione del mercato...)". Per le specifiche informazioni rese e per essere l'investitore soggetto titolare di conti correnti presso la banca, le notizie in possesso dell'intermediario rendevano chiaro che si trattava di soggetto nei cui confronti l'operazione di negoziazione proposta non fosse adeguata sia in relazione alla sua situazione patrimoniale sia in relazione alla scarsa propensione al rischio. In conclusione l'intermediario è venuto meno all'obbligo di curare l'interesse dell'investitore, obbligo che costituisce espressione del generale principio di correttezza e buona fede e impone al primo di valutare l'adeguatezza di ogni operazione disposta dal secondo (art. 29 Reg. Consob. N. 11522/98).

La circostanza che all'investitore sia stato consegnato il documento sui rischi generali degli investimenti finanziari non è sufficiente a soddisfare tale esigenza di tutela del risparmiatore, trattandosi di informativa del tutto generica che non garantisce quella conoscenza concreta ed effettiva del titolo negoziato che l'intermediario deve assicurare in modo da rendere il cliente capace di tutelare il proprio interesse e di assumersi consapevolmente i rischi dell'investimento compiuto. (v. Tribunale di Roma sentenza dell'8.10.2004) Si ricorda che la norma regolamentare in materia dispone che in presenza di una operazione non adeguata l'intermediario debba astenersi dal dare esecuzione all'operazione se prima non abbia avvertito l'investitore e ottenute dal medesimo l'espressa autorizzazione ad agire ugualmente.

Questo onere della banca è funzionale alla realizzazione del migliore risultato possibile per il cliente; una valutazione che va fatta non in senso assoluto ma (come specificato anche nell'alt. 26 lett. f del suddetto regolamento) in relazione al livello di rischio prescelto per sé da ciascun investitore.

Si ritiene che la sola ipotesi in cui tali obblighi di valutazione dell'adeguatezza e di correlata astensione dall'agire non si applicano è quella in cui il servizio prestato si limiti alla mera esecuzione o trasmissione degli ordini dell'investitore, senza che sia fornita dall'intermediario alcuna indicazione circa le operazioni da effettuare e sempre che vi sia stata da parte dell'intermediario una preventiva individuazione scritta dei limiti quantitativi e delle tipologie di strumenti finanziari, di operazioni e di ordini entro i quali le operazioni sono considerate automaticamente adeguate (ed. execution only).

Ne caso in cui, invece, tale servizio consegua ad una consulenza anche solo illustrativa o strumentale, l'intermediario svolge un ruolo attivo nel processo formativo della volontà dell'investitore e, pertanto, sussiste a carico dell'intermediario l'obbligo di valutazione.

Nella presente fattispecie, questa attività di consulenza deve ritenersi avvenuta avendo parte attrice

affermato di essersi indotta all'acquisto di titoli su indicazione dei funzionari preposti, considerato, altresì, che non aveva l'investitore alcuna possibilità di conoscere altrimenti tali titoli, in quanto la relativa negoziazione è avvenuta per un titolo "non quotato".

Ha dedotto dei capitoli di prova la Banca per tentare di dimostrare di aver avvertito l'investitore della non adeguatezza dell'investimento, ma ha indicato quale unico teste il funzionario della banca che ha curato l'operazione.

Occorre a tale riguardo affrontare la questione sulla ammissibilità del teste X, funzionario della banca che aveva curato l'investimento operato da parte attrice.

L'interesse a partecipare al giudizio previsto come causa d'incapacità a testimoniare dall'art. 246 cod. proc. civ. si identifica con l'interesse a proporre la domanda e a contraddirvi previsto dall'art. 100 dello stesso codice, sicché deve ritenersi colpito da detta incapacità chiunque si presenti legittimato all'intervento in giudizio, senza che possa distinguersi tra legittimazione attiva e legittimazione passiva, tra legittimazione primaria e secondaria (intervento adesivo dipendente), tra intervento volontario e intervento su istanza di parte. In particolare, è incapace di testimoniare chi potrebbe, o sarebbe potuto, essere chiamato dall'attore, in linea alternativa o solidale, quale soggetto passivo della stessa pretesa fatta valere contro il convenuto originario, nonché il soggetto da cui il convenuto originario potrebbe, o avrebbe potuto, pretendere di essere garantito (v. Cass. 03/04/1998 n. 3432) La presente fattispecie rientra, pertanto, nella suddetta previsione in quanto ai sensi dell' art 2049 cod. civ. il committente è responsabile in solido con il dipendente nei confronti del danneggiato (v. Cass. 11/05/1973 n. 1267) per cui l'investitore avrebbe potuto convenire quale soggetto passivo della stessa pretesa fatta valere contro il convenuto originario anche il funzionario della banca che ha curato l'operazione finanziaria.

Ne consegue che quest'ultimo è incapace a testimoniare secondo il disposto dell'art. 246 cod. proc. civ.

Sostiene la banca convenuta che, comunque, l'investitore era stato informato della non adeguatezza dell'operazione attraverso l'ordine di acquisto dei titoli del 27.7.2000.

L'ordine, prodotto in copia da entrambe le parti, in effetti presenta una doppia sottoscrizione dell'investitore.

La seconda firma è stata apposta in calce ad una serie di opzioni diverse tra loro, che seguono la dizione : "vi informiamo che l'operazione oggetto del presente ordine: è una operazione non adeguata, in relazione:", cui seguono sei possibili ragioni di inadeguatezza e ancora " è una operazione in cui abbiamo un interesse in conflitto. Nessuna delle opzioni è stata, peraltro, barrata. L'unica croce è stata apposta in relazione alla dicitura: "è un'operazione non adeguata in relazione."

Tale generica indicazione non può essere considerata, sicuramente, senza altre specifiche indicazioni, rispondere alla prescrizione di informare adeguatamente l'investitore degli specifici rischi suddetti secondo il disposto del comma 1, dell'art. 21 del d.lgs. 58 del 1998 e l'art. 28, comma 2, della deliberazione 1 luglio 1998 n. 11522, né si può ritenere che con quel generico avvertimento l'investitore sia stato messo al corrente "delle ragioni per cui non" fosse opportuno procedere" all'esecuzione di tale operazione secondo la prescrizione di cui all'art. 29, comma 3, della deliberazione 1 luglio 1998 n. 11522.

La suddetta conclusione viene altresì rafforzata dalla circostanza che il funzionario addetto, che ha seguito l'operazione, non ha neppure apposto la propria firma in calce alla suddetta generica dichiarazione. La banca stessa predisponendo il modulo firmato con l'indicazione dei vari motivi di

inadeguatezza dell'operazione ha riconosciuto che il dovere di informativa doveva essere specifico e non riferito genericamente alla dicitura di non adeguatezza della operazione e barrando la relativa casella ha altresì riconosciuto che era consapevole della non adeguatezza dell'investimento con riferimento all'investitore.

Essendo applicabile il co. 6 dell'art. 23 TUF a stregua del quale: "Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di avere agito con la diligenza richiesta." La banca convenuta avrebbe dovuto adempiere a detto onere.

Non avendovi adempiuto, ne consegue che può concludersi nel senso che la Banca convenuta non ha affatto ottemperato agli specifici e circostanziati obblighi che la disciplina di settore le imponeva nei riguardi del cliente investitore, lasciando costui nell'ignoranza circa i reali rischi che l'operazione comportava. (v. Tribunale di Taranto Sentenza n. 2273 del 27 ottobre 2004) Si ritiene, pertanto, accertata la violazione dei doveri di informarsi e di informare incombente sulla banca negoziatrice e, in particolare, l'omessa informazione sulle caratteristiche dei titoli venduti, sulla non destinazione primaria ai risparmiatori e sul gruppo cui appartengono le emittenti, merita, pertanto, accoglimento la domanda di risarcimento dei danni proposta da parte attrice.

Al riguardo, si osserva che, secondo un maggioritario indirizzo giurisprudenziale, la violazione dell'obbligo del venditore di informare costituisce inadempimento in quanto: "nei contratti con prestazioni corrispettive i doveri di correttezza, di buona fede e di diligenza, di cui agli art. 1338, 1374, 1575 e 1175 c.c, si estendono anche alle cosiddette obbligazioni collaterali di protezione, di informazione, che presuppongono e richiedono una capacità discretiva ed una disponibilità cooperativa e, quindi, nel tenere conto delle controparti all'acquisto. Tali doveri ed obblighi impongono che l'imprenditore, anzitutto, si preoccupi dell'esatta specificazione delle caratteristiche del bene compravenduto al momento dell'acquisto (Cass. 16.11.2000 n. 14865).

In particolare la negoziazione dei prodotti finanziari deve avvenire secondo regole di diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti, specificate nel TUF e nel Regolamento attuativo della Consob, regole precise e dettagliate, in quanto i doveri di informazione richiesti agli intermediari si pongono come obbligazioni di carattere primario, il cui adempimento deve essere valutato a stregua dell'art. 1176 c.c. co. 2°, nel quale è indicato il criterio di determinazione della specifica diligenza richiesta nell'adempimento da parte di chi svolge attività professionale.

La violazione delle regole di informazione e di valutazione dell'adeguatezza dell'operazione proposta ai clienti risparmiatori costituisce inadempimento imputabile all'intermediario e trattandosi di regole di comportamento esplicitamente codificate nell'interesse del cliente l'inadempimento è da porsi in relazione causale con l'evento dannoso. Ricade sull'intermediario l'onere di provare che tra la violazione ed il danno non vi è alcun nesso di causalità, dimostrando che il danno è derivato da eventi estranei alla sua sfera di azione e la convenuta nulla ha provato al riguardo. (v. Tribunale di Roma sentenza dell'8.10.2004).

Bisogna, altresì, considerare che per i titoli negoziati, le agenzie più qualificate non avevano fornito il "rating" internazionale sicché, in assenza di tale dato, non era possibile accertare il grado di solvibilità del debitore e per questo i rischi dell'operazione dovevano ritenersi altamente elevati. Molteplici erano dunque gli elementi a conoscenza dell'istituto al momento della sottoscrizione dell'ordine, elementi che, ove adeguatamente ponderati, avrebbero indotto un soggetto particolarmente qualificato alla maggiore prudenza possibile e a evidenziare la rischiosità dell'investimento sconsigliando ai clienti un tale tipo di operazione.

Nulla di tutto ciò risulta sia avvenuto nel caso in esame, certamente quella generica indicazione con

riferimento ad un non precisato avvertimento di non adeguatezza dell'operazione non ha assolto all'onere in questione.

Ancora osserva la banca che vi era nel caso in esame una mancanza di obbligo di trasmettere al cliente quel prospetto informativo che dette circostanze evidenzia, certamente vista la disciplina legislativa regolamentare e contrattuale fondata sulle informazioni circa i rischi che l'operazione di investimento comporta, non trattasi di circostanza che esimeva la banca da tale onere.

Neppure può valere come esimente per la Banca la circostanza che parte attrice in quanto operante già in precedenza nel mercato borsistico attraverso l'acquisizione di titoli, erano consapevole del rischio che correva.

Sul punto occorre rilevare che l'acquisto dei titoli presenti nel suo portafoglio, obbligazioni, unitamente a quelli dello Stato, non trasforma automaticamente l'investitore in un soggetto esperto in grado di valutare i rischi dell'operazione.

Resta da esaminare la prospettazione di parte attrice secondo cui nelle fattispecie sussisterebbe la nullità della operazione finanziaria.

La nullità del contratto per violazione di norme imperative potrebbe conseguire all'applicazione dell'art. 1418, comma 1, c.c.

La disciplina regolamentare e legislativa richiamata, di per sè fonte di responsabilità sotto il profilo sanzionatorio amministrativo, secondo il disposto dell'art. 190 del d.lgs. 58 del 1998, comma 1), è stata certamente emanata a protezione di un interesse pubblico.

Parte della giurisprudenza condivisibile considera la sanzione amministrativa indice significativo della rilevanza in termini di interesse pubblico della norma alla cui protezione è posta (v. Cass. 18/07/2003 n. 11247 e Cass. 3 novembre 2000 n. 14381; in senso contrario, Cass. 27 giugno 2002 n. 9380, Cass. 7 marzo 2001 n. 3272 e Cass. 25 febbraio 2000 n. 2135).

Gli interessi di carattere eminentemente pubblicistico alla cui tutela la disciplina richiamata è protesa sono evidenti.

In tale senso si esprime la Corte di legittimità, "non par dubbio che la normativa introdotta dalla legge 2 gennaio 1991 n. 1... consideri interessi di carattere generale, che vanno dalla tutela dei risparmiatori uti singoli, a quella del risparmio pubblico, come elemento di valore della economia nazionale, a quella della stabilità del sistema finanziario, come considerata dalla direttiva 93/22 CEE del 10 maggio 1993, alla esigenza di preservare il mercato da inquinamenti derivanti dall'impiego di risorse provenienti da circuiti illegali, a quella di rendere efficiente il mercato dei valori mobiliari, con vantaggi per le imprese e per la economia pubblica, interessi tutti chiaramente prevalenti su quelli del privato, che pure di riflesso ne rimane tutelato" (Cass. 7 marzo 2001 n. 3272).

La violazione della disciplina del settore, che è stata posta a tutela di interessi generali, quindi pubblici, potrebbe comportare la nullità di quegli atti negoziali che siano conclusi in contrasto con essa.

Peraltro, nel caso in esame non pare che si possa parlare di vizio genetico, relativo alla conclusione del contratto, bensì di vizio funzionale, che inerisce il contratto oramai perfezionatosi, e cioè di difetto che riguarda le prestazioni che dovevano esser rese sulla base del negozio concluso. (v. Tribunale di Taranto Sentenza n. 2273 del 27 ottobre 2004).

Resta da esaminare ancora la denunciata violazione dell'art 21 del TUIF il quale impone che una organizzazione che "riduca al minimo il rischio di conflitti di interessi e che "in situazione di conflitto", impone di "agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento". Si deve osservare relativamente alla eccezione svolta da parte attrice relativamente alla circostanza che la banca avesse agito in conflitto di interessi che è emerso come la banca non avesse i titoli nel proprio portafoglio ma li abbia acquistati sul mercato contestualmente al ricevimento dell'ordine da parte del cliente.

La circostanza provata da documentazione prodotta dalla banca e non contestata esclude la sussistenza del conflitto di interessi nella fattispecie in esame.

Va pertanto escluso che la banca abbia violato il disposto di cui agli artt. 21 I co. lett. e) d. lgs. 58/98 e 27 reg. Consob per non avere segnalato di avere un interesse in conflitto con quello del cliente (v. Tribunale di Mantova sentenza del 18-3-2004)

Deve essere, infine, respinta la domanda di annullamento dei contratti per errore o dolo, non essendovi alcuna prova che la convenuta abbia artificiosamente indotto gli attori ad acquistare i titoli obbligazionari in questione per arrecare ad essi un danno, tale prova non potendosi certamente desumere dalla obiettiva situazione di forte indebitamento del Gruppo Cirio e dalla posizione di creditrice dello stesso rivestita dalla convenuta. Si conferma, pertanto, che nella fattispecie in esame possa ritenersi verificato un inadempimento, da parte della Banca convenuta, di un contratto già perfezionatosi, con ogni consequenziale pronuncia.

Relativamente al danno si osserva che è pacifico essersi verificato il rischio che avrebbe dovuto costituire oggetto di apposita ed espressa informativa, ossia il default in relazione alle obbligazioni emesse, ossia essersi determinata l'assoluta incertezza in ordine al recupero del capitale investito, da parte del risparmiatore.

La convenuta non ha neppure contestato la sussistenza del danno, che risulta evidente in quanto le obbligazioni non sono più negoziabili sul mercato e non appaiano, allo stato, suscettibili di rimborso.

Ne consegue il diritto dell'investitore a recuperare il capitale investito nei confronti della banca che, col suo comportamento inadempiente, ha messo l'investitore inconsapevole nella situazione di accollarsi i rischi dell'investimento, per cui l'azione di recupero del capitale dovrà essere posta in capo all'inadempiente.

Deve essere, pertanto, accolta la domanda di parte attrice con conseguente condanna della banca convenuta al rimborso della somma di € 115.612,010. Richiede parte attrice anche gli interessi e la rivalutazione monetaria, peraltro, non essendo stato dimostrato che investimenti finanziari alternativi avrebbero reso interessi superiori al tasso legale, si ritiene di attribuirli in tale misura, dalla data dell'investimento, 27.7.2000, al saldo, considerato il mancato godimento della somma per tale periodo.

Dalla soccombenza deriva che parte convenuto dovrà rispondere delle spese processuali sostenute dall'attore.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza: in accoglimento della domanda di L.F., a la risoluzione del contratto per inadempimento della convenuta BIPIELLE

società di gestione credito s.p.a, nella qualità di procuratrice speciale di Banca Popolare di Lodi s.c. a r.l. e la condanna a corrispondere a controparte la somma di € 115.612,010, oltre interessi legali dal 27.7.2000 al saldo;

- respinge ogni altra domanda,

- condanna la convenuta al pagamento delle spese processuali, che liquida in favore degli attori complessivamente in € 5.300,00, di cui € 1.500,00 per competenze ed € 3.500,00 per onorari, oltre IVA, CPA e 12,5% rimborso spese generali.