

Sentenza, Tribunale di Bari, sez. stralcio Rutigliano, Dott.ssa Marisa Attollino, 08 marzo 2016, n. 1274

www.expartecreditoris.it

**TRIBUNALE DI BARI
SEZIONE STRALCIO RUTIGLIANO
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale di Bari - sezione stralcio di Rutigliano- nella persona del giudice Marisa Attollino, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. (OMISSIS) r.g.a.c. dell'anno 2010 tra

INVESTITORI

- attori e convenuti in riconvenzionale -

contro

BANCA

- convenuta e attrice in riconvenzionale -

Conclusioni (dal verbale dell'udienza del 18 novembre 2015):

Per gli attori. *“chiedono l'ammissione dei mezzi istruttori e si riporta alle richieste di cui al ricorso introduttivo, di cui chiede l'integrale accoglimento con vittoria di spese e competenze di causa”.*

Per la convenuta: *“Insiste nell'accoglimento delle proprie eccezioni ed in caso di vagliata fondatezza, anche parziale della domanda, documenta che gli attori hanno percepita € 12.349,86, sicché insiste nelle proprie richieste avanzate in riconvenzionale vinte spese e competenze di causa”.*

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

La presente sentenza è redatta in conformità al canone normativo dettato dal n. 4) del secondo comma dell'art. 132 c.p.c. secondo cui la motivazione deve limitarsi ad una concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, da riferirsi ai fatti rilevanti della causa ed alle ragioni giuridiche della decisione, deve altresì essere succinta e può fondarsi su precedenti conformi.

Il giudizio è stato introdotto nelle forme del ricorso ex art. 702 bis c.p.c., depositato dagli investitori il 25 marzo 2010, con cui costoro, premettendo di aver concluso il 20 novembre 2007 con 1a filiale di Putignano della Banca (OMISSIS) il contratto quadro di investimento del proprio patrimonio di liquidità depositato sul conto n. (OMISSIS) (contratto di intermediazione mobiliare) nonché quello di cui al n. (OMISSIS) (contratto deposito titoli a custodia ed amministrazione), con l'acquisto di Obbligazioni Corporate tasso variabile emesse da Lehman Brothers Holding Inc cod. 8526320, giusta ordine di acquisto n. (OMISSIS) del 26/03/2008 ed estratto conto titoli al 31/05/2008 (all. 1 del fascicolo dei ricorrenti), hanno chiesto di:

1. accertare la violazione da parte della Banca degli artt. 21 e 23 del Decreto Legislativo n. 58/95 e degli artt. 27 comma 2°, 31 comma 1, 40 comma 1°, 41 comma 1 e 42 comma 3° del regolamento di attuazione D.lgs. 59/98 di cui alla Delibera Consob n. 16190/07, per non aver messo a disposizione

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Bari, sez. stralcio Rutigliano, Dott.ssa Marisa Attollino, 08 marzo 2016, n. 1274

dei clienti tutta la documentazione contrattuale, nemmeno rinvenuta successivamente a seguito di specifica richiesta;

2. accertare e dichiarare la violazione ad opera della medesima resistente degli artt. 1176, 1218, 1343, 1375 e 1418 c.c., per violazione degli obblighi di informativa e diligenza nella gestione del rapporto;

3. dichiarare risolto per grave inadempimento della Banca il contratto di acquisto del prodotto finanziario, condannando parte convenuta alla restituzione, in favore dei ricorrenti, della somma di € 30.000,00 - importo corrispondente a quanto investito -, oltre il risarcimento del danno ed ogni accessorio di legge;

4. in subordine, accertare e dichiarare l'annullabilità del contratto di acquisto dei prodotti finanziari per vizio del consenso consistito nel dolo della controparte e comunque nell'errore essenziale in cui sarebbero incorsi i contraenti;

5. in via ancora più gradata, dichiarare risolto per grave inadempimento il contratto per cui è causa ai sensi degli artt. 1453 e 1455 c.c., con i conseguenti obblighi restitutori e risarcitori.

Hanno aggiunto che, dopo la crisi della società emittente le obbligazioni, pur avendo richiesto alla banca la copia dei documenti relativi all'investimento effettuato, non avevano ricevuto né il documento sui rischi, né l'ordine di acquisto dei titoli, sicché hanno denunciato la violazione della normativa relativa al settore bancario, assicurativo e finanziario.

La convenuta si è costituita eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva, nonché l'infondatezza della domanda, con il richiamo ad una serie di decisioni già adottate in sede di merito e di legittimità circa le formalità e gli obblighi gravanti sull'intermediario finanziario e le possibilità per lo stesso di prevedere il rischio di diminuzione o perdita dell'investimento. In caso di accoglimento, ha chiesto in riconvenzionale la restituzione, mediante compensazione, delle cedole già riscosse per € 645,19 ovvero di quanto recuperato nella procedura concorsuale della società emittente, con surroga della stessa banca nei diritti vantati nella procedura concorsuale della Lehman Brothers.

Mutato il rito ed omessa ogni attività istruttoria, la causa è giunta all'udienza del 18 novembre 2015 per la precisazione delle conclusioni con l'assegnazione alle parti dei termini di legge per il deposito delle comparse conclusive.

Preliminarmente va rigettata l'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'istituto di credito, soggetto con il quale i ricorrenti sono venuti in contatto ed hanno sottoscritto in data 20 novembre 2007 il negozio per la prestazione di servizi di investimento (2 del fascicolo dei ricorrenti ed all. 4 della produzione di parte resistente), in forza del quale è stato operato l'acquisto contestato.

Nel merito, la causa ha ad oggetto una singola operazione di acquisto di titoli obbligazionari Lehman Brothers, a tasso variabile con scadenza maggio 2009, che gli attori hanno disposto il 26.03.2008 per la somma complessiva di e 30.000,00, nell'ambito di un contratto quadro per la prestazione di servizi di investimento siglato già nel novembre 2007.

Gli attori sostengono che non sarebbero mai stati consegnati loro il documento sui rischi e l'ordine di acquisto e, quando formalmente richiesti, la banca non avrebbe posto a loro disposizione nemmeno le copie, perché non rinvenuti in archivio gli originali. Lamentano, altresì, la mancata corretta e completa informazione dell'intermediario finanziario circa i rischi che l'investimento avrebbe potuto comportare per soggetti totalmente inesperti, come chiaramente evincibile dalle risposte fornite al questionario "*analisi del profilo finanziario*" e, infine, la mancata sottoscrizione degli investimenti effettuati.

Posto che è incontestato che l'operazione finanziaria sia stata voluta e posta in essere dai ricorrenti, i quali hanno anche riscosso delle cedole e, da ultimo, ammessi al passivo, hanno recuperato parte

Sentenza, Tribunale di Bari, sez. stralcio Rutigliano, Dott.ssa Marisa Attollino, 08 marzo 2016, n. 1274

della somma investita, la particolarità della materia, la diverse pronunce adottate in sede di merito e di legittimità, nonché le confuse argomentazioni utilizzate dalle parti per confortare i propri assunti, con il richiamo integrale, ma spesso non pertinente, a precedenti pronunce giurisprudenziali, rende necessario un inquadramento preliminare.

In primis, circa i vizi rilevabili, la Corte di legittimità, con pronuncia resa a Sezioni Unite n. 26724 del 19 dicembre 2007, ha definitivamente risolto la disputa insorta sulla domanda di nullità del contratto di investimento per violazione di norme comportamentali dell'intermediario finanziario, escludendola dal novero dei rimedi utilizzabili. Sanzione questa che, seppur tecnicamente discutibile, è stata però applicata per lungo tempo dai giudicanti con il conseguente effetto restitutorio che consente al risparmiatore di recuperare esattamente la somma investita, senza alcun onere di fornire la prova del *quantum* del danno risarcibile.

Nella fattispecie la particolarità sta nel fatto che i clienti intendono far caducare soltanto l'operazione risultata *ex post* sconveniente, proponendo una domanda di nullità - invero generica perché ancorata al solo fatto di non aver ricevuto la documentazione relativa all'operazione di investimento - abbinata ad una domanda di risoluzione per grave inadempimento della banca dell'ordine di acquisto che poi assumono essere stato impartito, con conseguente restituzione dell'intera somma investita.

Accantonato, dunque, il profilo della nullità, innanzi ad una richiesta risolutoria di tal specie che, va evidenziato, non coinvolge minimamente il contratto quadro di negoziazione, la posizione della giurisprudenza è tutt'altro che univoca.

Secondo un primo orientamento, l'ordine di acquisto può essere dichiarato risolto per grave inadempimento dell'intermediario in quanto rappresenta un contratto dotato di un'autonoma rilevanza causale, costituita dal trasferimento degli strumenti finanziari compravenduti. A sostegno di questo punto d'arrivo, viene segnalato che è soltanto al momento della scelta del titolo da acquistare, e non prima, che l'investitore esprime consapevolmente la propria volontà, con piena accettazione del rischio. Non è dato, difatti, sapere nel contratto quadro il tipo di strumento finanziario in seguito prescelto dal cliente, rimanendo allora ivi indeterminata la res oggetto della prestazione.

Per contro, ad avviso di altro orientamento giurisprudenziale la domanda di risoluzione negoziale di una determinata operazione finanziaria non è in principio ammissibile, trovando le obbligazioni di informare il cliente fonte esclusiva nel contratto di intermediazione finanziaria e non già nell'ordine di investimento.

Secondo questa diversa impostazione, il primo è inteso come mandato, il secondo quale specifico incarico conferito dal mandante, alla cui esecuzione l'intermediario è tenuto in forza del contratto quadro.

Nelle decisioni che si sono espresse in tal senso viene osservato, a supporto delle conclusioni tratte, che anche da un punto di vista linguistico nettamente distinto è sempre stato nella disciplina regolamentare - ed in particolare nel Regolamento Consob (n. 11522/98) - il "contratto" mediante il quale sono prestati i servizi di investimento (artt. 21, 23 e 30) dalle singole "operazioni", per le quali sono invece utilizzati i termini "istruzioni" e "ordini" (artt. 62, 63 e 69).

Indipendentemente da come si voglia intendere il rapporto negoziale di cui si discute, non appare convincente quella interpretazione fornita da una parte della giurisprudenza che ritiene aggredibile il singolo ordine di investimento consentendo la sopravvivenza del contratto quadro.

Invero ogni acquisto genera a carico della banca impegni traslativi, non obblighi informativi, i quali rispetto ad esso sono "precontrattuali" proprio perché esistono prima dell'ordine, essendo funzionali

Sentenza, Tribunale di Bari, sez. stralcio Rutigliano, Dott.ssa Marisa Attollino, 08 marzo 2016, n. 1274

alla sua soddisfacente conclusione; d'altronde, non si può risolvere un contratto per violazione di obblighi che non nascono dal contratto stesso, configurandosi altrimenti una risoluzione a metà.

Non c'è, in altre parole, inadempimento agli obblighi derivanti dal singolo ordine di acquisto, e cioè l'obbligo di darvi esecuzione, all'obbligo di attribuire i titoli o i risultati monetari dell'operazione di acquisto o vendita al cliente, e così via. Può, invece, parlarsi di violazione di regole che, precedendo l'ordine, non possono per ciò solo fondare una sua risoluzione per inadempimento.

Si confondono, altrimenti, due piani che debbono essere, per vero, mantenuti distinti: quello delle obbligazioni scaturenti dal contratto quadro e quello delle obbligazioni derivanti dalla specifica operazione finanziaria.

Se, infatti, la pretesa carenza di informazioni si colloca in un momento precedente alla formazione della volontà contrattuale dell'investitore circa la desiderata operazione di investimento, soccorrono a sua tutela non già il rimedio della risoluzione per inadempimento dell'ordine, ma altri istituti quali, a seconda dei casi, l'annullamento per errore, violenza, dolo, la responsabilità ex art. 1337 c.c. o la tutela risarcitoria da responsabilità contrattuale per essere stati violati gli obblighi nascenti dal contratto quadro perfezionato fra le parti "a monte".

E tanto perché soltanto nel contratto quadro sono cristallizzati, sotto il profilo normativo, i poteri ed i doveri delle parti, le competenze ed i limiti, e sotto quello economico, le specifiche condizioni per lo svolgimento dei servizi prestati.

Può, dunque, essere offerta una possibile chiave di lettura costituita dall'inquadramento del rapporto cliente - intermediario nella fase dell'acquisto dei titoli nella figura del mandato professionale.

In sostanza l'investitore chiede all'intermediario di compiere atti che rientrano nell'attività professionale di quest'ultimo e ne consegue che l'atto di volta in volta eseguito, seppur caratterizzato da una sua fisionomia particolare, mantiene la sua valenza giuridica solo se considerato quale attuazione del contratto base nel quale trova origine e ragione. Secondo questa visuale, l'ordine di investimento non può cioè che riconnettersi, in termini di naturale sviluppo funzionale, alla pretesa di adempimento fondata sul contratto quadro di intermediazione finanziaria.

In un simile contesto, ove la disciplina del mandato viene inevitabilmente a raccordarsi con quella di settore prevista dal TUF e dai regolamenti Consob, il prestatore di servizi di investimento è chiamato allora a svolgere un'attività professionale non solo al momento dell'avvio del rapporto con l'investitore, mediante la stipulazione del contratto quadro, ma anche in occasione dei successivi atti giuridici.

Pertanto l'ordine, in quanto segmento di una linea ben più complessa, rappresentata appunto dal contratto quadro, che nasce prima e continua dopo l'esecuzione della prestazione, non può che presentare una struttura ed uno schema estremamente semplificati, contraddistinti da una causa che si pone necessariamente quale traslazione di quella che contraddistingue lo stesso contratto base.

Sotto il profilo rimediabile, le considerazioni fin qui esposte inducono pertanto a ritenere ammissibile una domanda di risoluzione dell'ordine di investimento soltanto se subordinata a quella di risoluzione del contratto quadro di intermediazione finanziaria. Richieste queste destinate a trovare accoglimento qualora sia accertata giudizialmente un'effettiva violazione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario, poi caratterizzata dalla gravità di cui all'art. 1455 c.c.

E per valutare se l'inadempimento sia o meno configurabile, ci si dovrebbe inevitabilmente interrogare sulla qualità e quantità del flusso informativo fruibile, al tempo dell'acquisto, dall'intermediario e destinato al cliente, nonché sui livelli di effettiva percezione dello stesso.

Sentenza, Tribunale di Bari, sez. stralcio Rutigliano, Dott.ssa Marisa Attollino, 08 marzo 2016, n. 1274

In tali termini l'omessa informativa in riferimento ad uno specifico investimento non può integrare de plano il requisito della gravità di cui all'art. 1155 c.c., dovendo l'indagine avere riguardo all'intero portafoglio finanziario dell'investitore, al fine di pesare l'incidenza del comportamento dell'intermediario sia rispetto alla singola fattispecie contestata in giudizio, sia nell'ambito del rapporto contrattuale considerato nel suo complesso.

Sintetizzando, la pronuncia del Supremo Consesso sopra richiamata e la giurisprudenza maggioritaria venutasi a creare, hanno fissato i seguenti principi:

1. il contratto quadro può essere accostato al mandato;
2. da questo contratto derivano obblighi e diritti reciproci dell'intermediario e del cliente;
3. le successive operazioni, benché possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale, costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto di negoziazione;
4. i doveri di informazione sussistono anche dopo la stipulazione del contratto di intermediazione e sono finalizzati alla sua corretta esecuzione;
5. la violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti la fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale;
6. l'eventuale loro violazione, oltre a generare obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ne ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto di intermediazione finanziaria in corso.

Le considerazioni che precedono sarebbero da sole sufficienti a decretare il rigetto della domanda, limitata al contratto di acquisto delle obbligazioni Lehman Brothers e non esteso, invece, a quello quadro.

Tuttavia, avendo le parti assemblato una serie di considerazioni cui è necessario dare un ordine, va aggiunto che la forma scritta *ad substantiam* ex art. 23 TUF è riferibile solo al cosiddetto contratto quadro, e non ai singoli ordini di investimento, assunto questo oggi saldamente attestato nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (in tal senso, fra le tante, Cass., 30 gennaio 2013, n. 2185, Cass., 13 gennaio 2012, n. 384, ma soprattutto Casa., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725).

Quanto, invece, al profilo dell'inadempimento, in relazione al quale i ricorrenti lamentano di non essere stati adeguatamente informati circa la rischiosità dell'acquisto dei titoli, si richiama l'art. 21 T.U.F. che impone agli intermediari nell'attività di servizi di investimenti ed accessori di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; acquisire le informazioni necessarie dei clienti ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; 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; disporre di risorse e procedura, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi; svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti, sui beni affidati.

La regolamentazione Consob, più volte rivista, impone all'intermediario di richiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, la sua propensione al rischio, nonché consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari.

In sostanza l'intermediaria è tenuto a valutare le caratteristiche dell'investitore ovvero la sua propensione al rischio, i suoi obiettivi di investimento e la sua consistenza finanziaria, nonché ad evidenziargli tutte le caratteristiche del prodotto finanziario di cui ha chiesto l'acquisto, quali la denominazione, il rating e la quotazione.

Sentenza, Tribunale di Bari, sez. stralcio Rutigliano, Dott.ssa Marisa Attollino, 08 marzo 2016, n. 1274

Gli obblighi di diligenza e d'informazione che fanno capo all'intermediario sono anche riconducibili ai principi di correttezza e buona fede in materia contrattuale (artt. 1175, 1337, 1333 e 1375 c.c.), sicché la loro violazione, che si colloca anche nella fase dell'esecuzione del rapporto, vale a dire nel momento attuativo del contratto-quadro, può determinare la risoluzione dell'operazione di mandato all'acquisto dei titoli.

In altri termini, nella dinamica del rapporto negoziale tra intermediario e cliente gli obblighi di diligenza e d'informazione a carico del primo (tenuto al rispetto del canone generale della buona fede) non sono unicamente riconducibili alla fase genetica dell'operazione finanziaria, ma si concretizzano al momento dell'esecuzione dell'ordine di acquisto dei titoli.

In tal senso la Cassazione a SS_UU. nella sentenza sopra citata in cui si legge: *"la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dai soggetti autorizzati alla prestazione del servizio di investimento finanziario, può dar luogo a responsabilità precontrattuale con conseguente obbligo di risarcimento danni, ove tali violazioni avvengono nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regola-re i successivi rapporti tra le parti. Può dar luogo invece a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione"*.

Ebbene l'inadempimento degli obblighi di informazione può comportare non solo la risoluzione del contratto, ma anche l'obbligo di risarcimento dei danni cagionati al cliente, secondo quanto ribadita dall'art. 23 comma 6 TUF, in base al quale, tra l'altro, l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza, richiesta dal caso concreto, grava proprio sull'operatore finanziario.

Nella fattispecie, sul punto, valgono due considerazioni: per un verso, il contratto quadro soddisfa appieno quell'informativa necessaria affinché i clienti potessero rendersi conto dell'operazione a compiersi, e, per altro, la specifica operazione per cui è causa (acquisto di obbligazioni Lehman Brothers per € 30.000,00) non sembra che non fosse adeguata al profilo finanziario degli attori (ed invero in merito i ricorrenti nulla hanno allegato e tanto meno provato), anche per l'esiguo importo investito, avendo ad oggetto comuni obbligazioni bancarie, all'epoca emesse da una delle maggiori banche americane per volume e dimensioni d'affari, e tanto più che i clienti avevano ricevuto già le prime cedole.

Ebbene i ricorrenti non hanno mai sostenuto che il default cui sarebbe incorsa la società emittente solo dal settembre 2008 fosse prevedibile al momento della disposizione di acquisto, ossia in epoca ampiamente precedente rispetto ad esse.

In sostanza parte attrice si duole solo genericamente dell'inadempimento della controparte in relazione alla specifica violazione dei doveri informativi, ma è pacifica e notoria la solidità delle negoziazioni dei titoli della Lehman Brothers fino al settembre 2008 tanto che gli attori non hanno affatto fornito prova della manifesta anomalia del ridotto mercato già nel corso dei primi mesi di quell'anno e comunque in epoca antecedente all'acquisto, né hanno allegato che, ove tale percezione fosse già stata acquisita, l'istituto di credito avrebbe dovuto impedire la conclusione del contratto ovvero consigliare ai clienti il disinvestimento.

Nel periodo intero nel quale l'acquisto venne realizzato detti titoli ancora non presentavano, infatti, un "rating" a livello internazionale, ed un correlativo grado di rischio, tali da costituire oggetto di presumibile, e comunque doverosa, conoscenza da parte degli Istituti di credito, e di conseguente, specifica informazione a cui le Banche erano tenute verso gli investitori; la situazione sui mercati internazionali delle obbligazioni emesse dalla richiamata società destinata ad un rapido e

Sentenza, Tribunale di Bari, sez. stralcio Rutigliano, Dott.ssa Marisa Attollino, 08 marzo 2016, n. 1274

progressivo deterioramento si avviò con il declassamento del "rating" del settembre del 2008, e quest'ultima circostanza rimane priva di rilevanza ai fini del decidere, giacché gli attori si sono doluti della sola non corretta negoziazione dei titoli, e non già della gestione del portafoglio, sicché una volta eseguita la operazione di compravendita nell'ambito del "contratto-quadro", nessun ulteriore dovere informativo gravava sulla convenuta nei confronti di coloro che i titoli avevano acquistato.

Orbene, ribadito che la valutazione dell'efficacia causale della condotta omissiva debba essere condotta dal Tribunale con riferimento alla singola operazione contrattuale per cui è causa con riguardo ai fatti allegati dagli attori, si ritiene che il giudizio di adeguatezza causale delle condotte omesse dalla Banca non consenta di affermare che, ove le prestazioni informative fossero state adempiute, sarebbe stata "più probabilmente che non" impedita la conclusione del contratto per cui è causa.

Quanto invece alla domanda di annullamento ex artt. 1429 e 1439 c.c. comunque ricollegata dai ricorrenti all'asserita violazione degli obblighi informativi, giova subito chiarire che tale condotta, come detto, potrebbe, in ipotesi, rilevare in termini di inadempimento contrattuale, ma non in termini di vizio del consenso (cfr., in relazione alla precedente normativa, ma il principio è sempre valido, Cass. 18039/12: *"In tema d'intermediazione finanziaria, le informazioni che devono essere preventivamente fornite dall'intermediario, a norma dell'art. 6 della previgente L. 2 gennaio 1991, n. 1, non riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma gli elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e non sono quindi idonee ad integrare l'ipotesi di mancanza di consenso; deve, pertanto, essere esclusa non solo la nullità del contratto per mancanza di uno dei requisiti fondamentali previsti dall'art. 1325 cod. civ., qual è il consenso-accordo, ma anche la sua annullabilità per errore, come nel caso in cui l'investitore si dolga di aver acquistato non un titolo diverso, o con caratteristiche diverse, da un altro, ma un titolo privo del positivo andamento sperato, così prospettando una valutazione che rimane confinata nel campo dei motivi"*).

In ogni caso, quand'anche si volesse superare anche questo ulteriore profilo ostativo, non è assolutamente emerso, in relazione alla dedotta ipotesi di vizio del consenso per dolo ex art. 1439 c.c., che la convenuta abbia artificiosamente indotto i clienti ad acquistare i titoli obbligazionari in questione per arrecare loro un danno, né tale prova può desumersi dalla situazione di default della banca emittente successivamente emersa.

Per la rilevanza in termini di dolo della condotta di una delle parti sono tradizionalmente richiesti *l'animus decidendi*, cioè l'intenzionalità del comportamento, che si estrinsechi in raggiri, cioè in un insieme di manovre ed artifici idonei a trarre in inganno, la caduta in errore dell'altra parte ed il nesso di causalità fra la condotta del soggetto agente e l'errore della vittima.

Va poi ricordato che l'adeguatezza dei mezzi utilizzati deve essere valutata in relazione all'ordinaria diligenza dell'uomo medio ed al normale buon senso della controparte (cfr. Cass. 14628/09); in tale contesto va ribadito che non è comunque tutelabile il supino affidamento, da parte della pretesa vittima, nelle parole altrui (cfr. Cass. 20792/04), viepiù nei casi di operazioni di investimento che prevedono rilevanti interessi in gioco.

Oltre al dolo omissivo è ammessa l'ipotizzabilità del dolo negativo o anche dette omissivo, che ricorre nel caso in cui una parte non evidenzia all'altra parte l'errore, in cui quest'ultima fosse eventualmente caduta.

Sul punto, mutuando l'insegnamento della giurisprudenza in materia di annullamento dei contratti, va peraltro rilevato che il dolo omissivo non è integrato dal mero silenzio o dalla mera reticenza, in quanto si richiede allo scopo che il comportamento passivo si sia inserito in una condotta

Sentenza, Tribunale di Bari, sez. stralcio Rutigliano, Dott.ssa Marisa Attollino, 08 marzo 2016, n. 1274

configurabile, nel complesso, quale malizia o astuzia volta a realizzare l'inganno perseguito (cfr. Cass. 11038/91).

Il connotato essenziale del dolo invalidante si sostanzia, dunque, nella volontaria realizzazione, ad opera di una parte, di un'alterazione nella rappresentazione delle situazioni determinanti sulla formazione del consenso della controparte, al fine di coartarne la libera determinazione; per contro il semplice silenzio, anche su situazioni di interesse della controparte, e la reticenza non immutano la rappresentazione della realtà, ma si limitano a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenute l'altro contraente, con la conseguenza che il dolo omissivo, in buona sostanza, si concretizza ed assume giuridico realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore della vittima.

Come detto - deve essere attuato con una condotta positiva di raggiro e/o mediante la comunicazione di notizie false o con l'omessa maliziosa comunicazione da uno dei contraenti all'altro, in violazione del principio di buona fede, di circostanze e fatti decisivi che, se conosciuti, avrebbero indotto l'altra parte a non prestare il proprio consenso.

In tale contesto non è processualmente emerso neanche che la convenuta abbia inteso disfarsi di titoli ormai "finanziariamente pericolosi" presenti nel suo portafogli, così da poter da ciò indurre che la stessa possa aver usato ovvero aver avuto interesse ad usare artifici per far acquistare a tutti i costi dal cliente i suddetti titoli.

Per quanto riguarda invece l'ipotesi dell'errore come motivo di annullamento del contratto, si rammenta che l'errore è rilevante - e pertanto è causa di vizio della volontà, con conseguente annullamento del contratto - solo se lo stesso è essenziale e riconoscibile (cfr. artt. 1428, 1429 e 1431 c.c.).

Nel caso di specie la sollevata censura è stata formulata dai ricorrenti verosimilmente in relazione al fatto che la convenuta asseritamente non gli avrebbe precisato l'effettiva rischiosità dello specifico strumento finanziario acquistato, nonostante l'insieme di conoscenze che, in qualità di operatore qualificato e specializzato nel mercato finanziario, la convenuta stessa non poteva non aver acquisito; quindi la mancata informazione - pare arguirsi dalle deduzioni dei ricorrenti - aveva inciso in maniera determinante sul processo di formazione della sua volontà negoziale.

Al riguardo, peraltro, dagli istanti non è stato neanche allegato che l'errore sia caduto ex art. 1429 n. 2 c.c. sull'identità ovvero su una qualità dell'oggetto della prestazione, intesa nel senso di conformazione giuridica e materiale del titolo acquistato e non sulla maggiore o minore convenienza economica dell'affare, ipotesi che certamente esula dalla previsione degli artt. 1427 e ss. c.c. (cfr. Cass. 5139/03; Cass. 5900/97).

In ogni caso, anche ove si ammettesse che la volontà dei clienti fosse stata - per ipotesi- viziata al momento dell'acquisto dei titoli, il negozio dovrebbe comunque essere considerato tacitamente convalidato per avere gli stessi - come è pacifico- realizzato profitti dall'investimento in parola, con la riscossione di ricavi cedolari (cfr. Cass. n. 4441/01 sull'ammissibilità della convalida tacita nel caso di vizio comportante l'annullabilità del contratto).

In conclusione la domanda principale va rigettata, con conseguente rigetto delle connesse domande restitutorie e risarcitorie, esclusivamente subordinate all'accoglimento della prima.

Le spese seguono l'ordinario criterio della soccombenza e, poste in capo ai ricorrenti, si liquidano come da dispositivo in favore della controparte secondo i parametri medi di cui al D.M. 55/2014 con la maggiorazione del 40% per la presenza di più parti aventi stessa posizione processuale e del 33% per la manifesta fondatezza delle ragioni della parte vittoriosa.

Sentenza, Tribunale di Bari, sez. stralcio Rutigliano, Dott.ssa Marisa Attollino, 08 marzo 2016, n. 1274
P.Q.M.

il Giudice del Tribunale di Bari - sezione stralcio di Rutigliano, definitivamente pronunciando sulla domanda preposta con ricorso depositato il 25 marzo 2010 dagli attori nei confronti della Banca, in persona del legale rappresentante p.t., ogni contraria istanza ed eccezioni disattesa, nonché sulle domande riconvenzionali da quest'ultima proposte, così provvede:

1. Rietta ogni domanda proposta dalle parti;
2. Condanna i ricorrenti a rifondere alla controparte le spese processuali che si liquidano in complessivi € 9.573,82, oltre € 1.436,37 per spese generali, IVA e CPA come per legge.

Rutigliano, 7 marzo 2016

**Il giudice
Marisa Attollino**

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS