

N° 2206/07

SENTENZA N°

4769/04
6034
6397
INVALIDITA'
GMMITUAWE
04/7/07
20/9/07
PUBBL. 26 SET 2007

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Salerno - Prima Sezione Civile - riunito in
Camera di Consiglio nelle persone dei Sigg. Magistrati:

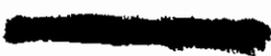
Dott. Nicola SPATUZZI *presidente*
Dott. Roberto RICCIARDI *giudice est.*
Dott. Vito COLUCCI *giudice*

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

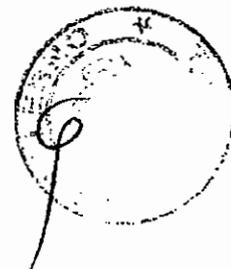
nella causa civ. di I° grado, iscritta al ruolo il 25.10.2004
al N° 4769/2004 R.G.,
avente ad oggetto : invalidità contrattuale
e vertente

TRA


avv. I. Lambiase

E

I



S.P.A. Monte Paschi Siena

avv.ti F. Carbonetti, R. Della Vecchia e A. Pasca

S.P.A. M.P.S. Asset Securitisation

(contumace)

letti gli artt. 281 sexies c.p.c. e 16, co. 5°, decr. leg.
17.1.2003 n. 5 ;

preso atto degli elementi di fatto della presente
controversia, per come riportati negli atti di causa ;

ribadita la contumacia della s.p.a. M.P.S. Asset
Securitisation ;

lette le conclusioni in epigrafe riportate, osserva e rileva
quanto segue .

1) Il punto di partenza della presente decisione non può
che essere costituito dall'esame del contratto stipulato tra
le parti, comunemente denominato 4 You, ovvero come
adesione da parte di un soggetto, comune investitore, ad
un piano finanziario di accumulo, inizialmente
predisposto dalla Banca 121, poi fusa per incorporazione
nella s.p.a Monte Paschi di Siena .

Orbene, deve anzitutto osservarsi che è indubbia la natura
atipica o mista di un siffatto contratto predisposto
unilateralmente dalla Banca, frutto della commistione di
varie figure tipiche contrattuali, dalle quali prende a

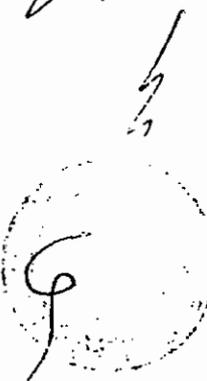
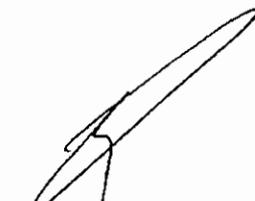
IL CASO.it

11/11/2007

F. Carbonetti

R. Della Vecchia

A. Pasca



prestato una o più componenti per giungere ad un risultato finale, che sembra indispensabile dover individuare con esattezza .

Giova al riguardo ricordare e premettere che il nostro ordinamento giuridico riconosce alle parti la possibilità di determinare liberamente il contenuto di un contratto, ma nel rispetto dei limiti imposti dalla legge e sempre che la disciplina contrattuale scaturente sia diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela (cfr. art. 1322 c.c.) .

Non sembra contestabile, poi, che una tale regola, anche di portata ermeneutica, debba essere applicata con maggiore rigore ed esaminata con maggiore attenzione, quando il contratto atipico sia frutto non di una libera e paritaria “ concertazione “ tra le parti, ma nasca invece dalla unilaterale determinazione di un unico contraente forte, il quale, come nella specie, la sostenga anche con mezzi pubblicitari adottati su larga scala e secondo mezzi persuasivi, che sembrano più adatti alla promozione di prodotti commerciali di largo consumo, piuttosto che a quella di strumenti di investimento, ove a rischiare il proprio capitale sono soprattutto comuni cittadini, privati investitori di grandi o anche modesti capitali, spesso frutto di propri risparmi .

Giova ancora ricordare, sul punto, che le ultime iniziative legislative sono state soprattutto rivolte ad operare dei contemperamenti negoziali, diretti in particolare a riequilibrare i rapporti di forza tra le parti, specie mediante la introduzione di un numero sempre maggiore di norme imperative, come tali inderogabili e la cui violazione viene "punita" con la sanzione della nullità (al riguardo basti ricordare le norme poste a tutela del consumatore ex art. 1469 bis e ss. c.c., le norme sulla c.d. trasparenza bancaria di cui al decr. leg. 385/93 e quelle in tema di regolamento Consob, proprio in tema di disciplina delle prestazioni di servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio).

Orbene, una tale evidente tendenza legislativa non può non tradursi in un corrispondente e correlativo obbligo per il giudice, chiamato ad interpretare siffatte normative, di maggiore attenzione e tutela delle posizioni che tali norme hanno inteso salvaguardare con più incisività.

Dunque, sulla base di un tale indirizzo e di siffatte premesse giuridiche ed ermeneutiche va esaminata la fattispecie de qua.

Si diceva prima che la prestazione dei servizi di investimento, da parte di società a ciò espressamente costituite o di altri istituti di credito, è stata regolamentata



in maniera specifica e diretta dal decr. leg. 58/98 (per
brevità T.U.F.) e dal Regolam. Consob, i quali hanno
introdotto norme che impongono direttive molto chiare a
carico di tali società, essenzialmente, se non
esclusivamente, poste a tutela della posizione del singolo
risparmiatore-investitore .

Dopo aver dettato, all'art. 26, disposizioni di carattere
generale sui comportamenti cui sono tenuti gli
intermediari autorizzati (dovere di operare in modo
coerente ed indipendente, nel rispetto delle regole di
mercato ed a vantaggio dell'investitore, e quanto altro), il
regolamento Consob impone, all'art. 27, l'obbligo di
informare il cliente circa la eventuale esistenza di un
conflitto di interesse nella effettuazione delle operazioni
di investimento .

Al successivo art. 28 -. che nella specie è quello che
maggiormente qui interessa - il regolam. Consob impone
agli intermediari precisi obblighi di informazione, sia
nella fase che precede la stipula del contratto circa i rischi
e le implicazioni della operazione, sia nel corso del
rapporto circa l'andamento dell'investimento effettuato:
nel primo caso per consentire al cliente consapevoli scelte
di investimento, nel secondo caso per consentirgli
eventuali forme di disinvestimento .

Le norme in esame - probabilmente non a caso - non contengono alcuna indicazione di sanzioni civili, nelle ipotesi in cui l'intermediario non si attenga alle disposizioni contenute nel regolamento, ma è evidente che una qualche conseguenza giuridica deve essere riconosciuta, altrimenti non si spiegherebbe il motivo per il quale il legislatore si sia preso " la briga " di regolamentare in maniera così approfondita e specifica la materia .

IL CASO.it

Può cominciare ad osservarsi che il tenore letterale della norma così netto e perentorio (gli intermediari devonochiedere devono consegnare non possono effettuare o consigliare operazioni) lascerebbe intendere e ritenere che trattasi di norme imperative cui gli intermediari non possono sottrarsi, e la cui inosservanza andrebbe " punita " con la declaratoria di nullità del contratto .

In ogni caso - osserva il Collegio - una tale inosservanza non può non tradursi, quantomeno, in un profilo di annullabilità del contratto, quando essa possa aver contribuito ad indurre in errore il cliente circa la scelta di investimento operata .

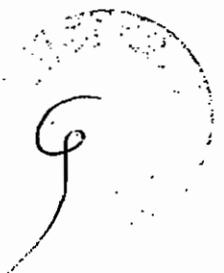
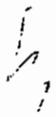
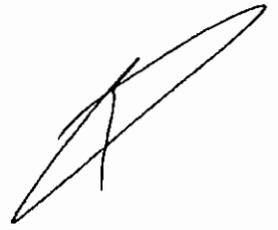
Tanto premesso in diritto, deve ora rilevarsi, secondo quanto accertato dal consulente tecnico di ufficio dr. T.

Nigro, che la banca sarebbe anche venuta gravemente meno ai suoi doveri di informativa, secondo quanto sancito dal già citato Regolam. Consob., in particolare al già citato art. 28.

Invero, secondo quanto accertato dal c.t.u., pur avendo le parti dato atto in contratto che l'investitore era stato informato circa il grado di rischio della operazione effettuata, in realtà non v'è prova che la doverosa informazione al cliente circa il tipo di finanziamento proposto, per come prescritta dall'art. 23 T.U.F., sia stata portata a debita conoscenza della investitrice, ma che, anzi, le condizioni ed i dati relativi all'investimento, portati a conoscenza della ██████████, siano stati difformi da quelli di cui alla originaria pattuizione.

Trattasi, pertanto, di una grave inadempienza della banca e di una inosservanza ai precetti di cui al Regolam. Consob, la quale, per la già rilevata natura imperativa e per la loro portata immediatamente applicativa, ben può essere sanzionata con la declaratoria di nullità dell'intero contratto.

In ogni caso, a parere del Collegio, la mancata informativa sui rischi dell'investimento, in uno con quanto appresso si dirà, può anche costituire motivo di annullamento del contratto per errore essenziale, in quanto una corretta



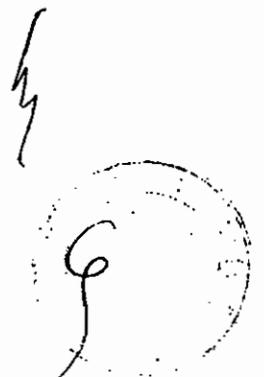
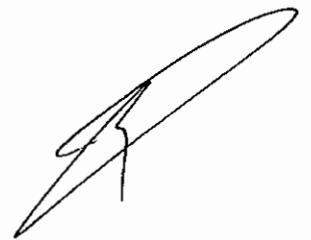
informazione in tal senso ben poteva indurre l'investitore a non sottoscrivere il contratto .

IL CASO.it

Inutile dire, poi, che il successivo andamento dell'investimento, così scadente e per nulla remunerativo per l'investitore, non fa che confortare un tale convincimento, anche sulle reali finalità della operazione proposta .

Dunque, deve concludersi sul punto che la accertata mancata osservanza dei precetti di cui agli artt. 23 e ss. T.U.F., pur in assenza di una espressa sanzione ivi contenuta, devono comunque comportare una qualche sanzione civilistica per l'intermediario, in termini di nullità per contrasto con norme imperative o, comunque, in termini di annullabilità per la loro potenziale idoneità ad indurre in errore l'investitore circa l'esatta portata e contenuto della operazione effettuata .

2) Le considerazioni che precedono, a parere del Collegio, già possono considerarsi sufficienti a portare ad una declaratoria di condanna della banca, ma appare a questo punto anche opportuno approfondire il discorso, già in precedenza abbozzato, circa la meritevolezza che un tale contratto, secondo i dettami ed i criteri ermeneutici ritraibili da quanto stabilito dall'art. 1322 c.c. .



Invero, già in altre decisioni di merito (cfr. Trib. Brindisi 21.6.2005) sembra affacciarsi l'idea che un tale contratto misto, per come concepito e strutturato, non sia munito di una causa meritevole di tutela per la ambiguità della sua funzione economico - sociale, per quanto appresso si dirà. Si osserva allora, ante omnia, che il piano di accumulo denominato " 4 You " nasce ed concepito nella mens dei suoi autori, anzitutto, come un contratto di mutuo, con il quale la banca mette a disposizione dell'investitore una somma di denaro, che tuttavia viene da subito vincolata e veicolata, senza possibilità di diversa determinazione, verso un prestabilito piano finanziario di accumulo, costituito dall'acquisto di obbligazioni della " Republic of Italy " e di quote di un fondo comune di investimento istituito dalla s.p.a. Spazio Finanza SGR .

Orbene, non ritiene il Collegio Giudicante che nella specie possa parlarsi di contratto di mutuo, neanche nella forma del c.d. mutuo di scopo, ove la somma di denaro presa a prestito viene da subito indirizzata verso una determinata destinazione, già prevista nel mutuo e dalla cui osservanza dipende anche la efficacia dell'originario contratto .

Invero, nella sua formulazione codicistica (art. 1813 c.c.), il mutuo è il contratto col quale una parte consegna

all'altra una determinata quantità di denaro, con l'obbligo per il mutuatario di restituirla nel termine previsto in contratto, termine che si presume stipulato anche e soprattutto in favore del mutuatario (art. 1816 c.c.).

Dunque, il contratto di mutuo si caratterizza per il fatto di consentire al mutuatario di ottenere statim la liquidità occorrente per le proprie finalità , con il vantaggio di poter restituire la quantità di denaro presa a mutuo in forma dilazionata ed entro un periodo di tempo, da lui aprioristicamente ritenuto sufficiente per ottenere la provvista necessaria per remunerare il mutuante per il prestito concesso .

IL CASO .it

Nella specie, invece, lo schema negoziale tipico del contratto di mutuo appare completamente snaturato .

Anche a voler ritenere legittima e pattiziamente stabilita la destinazione degli importi mutuati, resta il fatto che l'investitore è stato costretto da subito ad utilizzare l'importo mutuato per porre in essere una successiva operazione in tutto predisposta dalla banca, senza che su di essa possa aver in alcun modo interferito, e senza che al riguardo gli fosse stata offerta alcuna altra facoltà, ovvero di prendere a prestito l'importo senza destinarlo a quella finalità unilateralmente stabilita .

Giusta questa ricostruzione dei rapporti tra le parti, non si vede come possa, a ragione, parlarsi di contratto di mutuo tout court, quando non si rinviene nella vicenda alcun elemento tipico dello schema negoziale del mutuo; quando il mutuatario - utilizzando prontamente l'importo mutuato dalla banca, senza alcuna possibilità di una alternativa - di fatto ha vanificato i vantaggi economici del rapporto, che sono quelli di consentirgli un comodo e programmato rientro dal prestito; quando la struttura portante del mutuo (consegna di una determinata quantità di denaro e sua restituzione dilazionata) risulta completamente obliterata .

Deve pertanto concludersi, sul punto, che la finalità della banca fosse tutt'altra che quella di prestare somme di denaro ad un terzo, per le finalità tipiche del contratto di mutuo, nella specie del tutto non ravvisabili, in quanto con esso la banca non ha voluto mettere a disposizione dell'altra parte una somma di denaro con l'obbligo di restituirla entro un termine prefissato, nè ha lasciato libero il contraente di disporre della somma di denaro mutuata come e quando volesse, ma gli ha così " imposto " un tipo di investimento verso determinati titoli che altrimenti il mutuatario non avrebbe stipulato .

Dunque, la finalità primaria ottenuta dal contraente banca non è stata quella di stipulare con il terzo un contratto di mutuo e di lucrare (come di certo gli competeva) con l'incameramento del tasso di interesse pattuito e praticato, altrimenti avrebbe " lasciato libero " il terzo di utilizzare l'importo mutuato come e quando voleva, con il solo obbligo di restituire l'importo nei tempi e modi stabiliti .

La vera finalità - deve ritenersi - era invece quella di spingere l'investitore verso forme di investimento, che i fatti successivi hanno chiaramente dimostrato essere ben poco convenienti per l'altro contraente, così costretto a corrispondere rate di mutuo gravate di interessi passivi a tassi correnti di mercato, per denaro mai entrato nelle proprie tasche e per un investimento totalmente in perdita. Così ricostruito lo schema negoziale, non sembra che un tale tipo di contratto possa ritenersi che sia meritevole di tutela giuridica e che abbia diritto di ingresso nel nostro ordinamento giuridico .

Se ciò è vero, poco importa se il contratto è ancora in essere e se esso in futuro possa " invertire la rotta " rispetto all'attuale " impresentabile " andamento, al punto, come bene ha accertato il consulente tecnico nella sua relazione, che gli investimenti fatti dalla banca, già al momento della sottoscrizione del contratto, avevano un

IL CASO.it

rendimento inferiore rispetto al tasso debitore applicato dalla banca al rapporto di mutuo, in quanto con forti perdite anche superiori a quelle di prodotti finanziari simili .

Un contratto atipico di tale fatta, che si presenta come contratto di mutuo ma che non ha nulla del suo schema; che dirotta la somma mutuata verso incontrollate forme di investimento; che non consente all'investitore alcuna forma di intervento sul tipo di investimento; che non consente, in particolare, al contraente di adottare a tutela del suo risparmio, ad esempio, altro più prudente investimento, se il mercato azionario ha un andamento di forti ribassi, così da dover supinamente subire qualsiasi pregiudizio economico; non appare, un tale contratto, comunque meritevole di tutela giuridica, secondo quanto prescrive l'art. 1322 c.c., in quanto troppo squilibrato in favore del contraente che lo ha predisposto, troppo lasciato al suo arbitrio e troppo poco tutelante la posizione del terzo investitore, che è l'unico che nella fattispecie mette a rischio i suoi denari .

3) Si diceva prima che il contratto in esame ha natura atipica, che prende a prestito elementi da varie fattispecie e presenta certamente elementi tratti anche dal contratto di mutuo .

Può ora aggiungersi che la fattispecie presenta, altresì, anche elementi tratti dal contratto di mandato .

Con esso, invero, la banca, incassata la somma di denaro presa a mutuo, “ riceve anche incarico dal contraente “ di investire l’importo mutuato in obbligazioni ed in fondi comuni, emessi dalla Republic of Italy e da Spazio Finanza SGR, e per tale parte la complessa fattispecie integra certamente gli estremi del rapporto di mandato con rappresentanza, nel senso che l’acquisto dei titoli viene fatto direttamente in nome e per conto dell’investitore .

Orbene, tra i due rapporti (quello di mutuo e quello di mandato) v’è un preciso ed intenso collegamento negoziale, posto che il finanziamento (Piano Finanziario 4 You) è esclusivamente destinato all’acquisto / sottoscrizione degli strumenti finanziari indicati in premessa “, ovvero quelli della Republic of Italy e dello Spazio Finanza Concentrato .

IL CASO.it

Altra clausola contrattuale si fa altresì carico di ribadire che la realizzazione del piano finanziario avviene mediante l’acquisto/sottoscrizione degli strumenti finanziari, tramite la provvista costituita dalla erogazione del finanziamento .

Nonostante questo forte collegamento tra i due contratti, ben diverso appare il regime previsto dalla banca, in



ordine alle facoltà concesse al cliente. relative al rapporto di mutuo ed a quello di mandato .

Per il rapporto di finanziamento la banca non prevede in favore del cliente alcuna possibilità di recesso. nonostante la lunghissima durata contrattuale, se non la possibilità di estinguere in anticipo il finanziamento, corrispondendo alla banca gli interessi maturati ed un importo pari alla somma delle rate ancora a scadere (dunque, una possibilità di estinzione anticipata puramente teorica, visto che comunque l'investitore dovrà corrispondere tutte le rate di mutuo ancora in scadenza) .

Per il rapporto di mandato relativo all'acquisto di strumenti finanziari, invece, la banca prevede la possibilità per il cliente di impartire ordini di acquisto o di vendita di tali strumenti, così come quella di recedere dalle relative operazioni, salvo il diritto della banca al rimborso delle spese sostenute ed al compenso per i servizi svolti .

Ciò posto, sembra proprio chiaro che tale facoltà di recesso riguardi i soli ordini impartiti dal cliente e non anche quelli partiti dalla stessa banca, relativi alle obbligazioni della Republic of Italy ed ai fondi comuni Spazio Finanza Concentrato, altrimenti, se ciò non fosse, questa parte contrattuale mal si raccorderebbe con l'altra

che vincola la provvista ottenuta dal mutuo all'acquisto dei suddetti titoli, senza alcuna possibilità per il cliente di impartire diverse disposizioni o di incidere in qualche modo su tale versante dell'accordo .

IL CASO.it

Allora, se è corretta una tale lettura del contratto, appare ben chiaro che la fattispecie che ci occupa, anche nella parte relativa al rapporto di mandato, ne snatura del tutto il contenuto e la portata .

Nella sua formulazione codicistica (art. 1703 c.c.) il mandato è il contratto con cui una parte (mandatario) assume l'obbligo di compiere uno o più atti giuridici per conto, o nell'interesse, dell'altra parte (mandante) .

Data la rilevanza giuridica dell'incarico conferito, che può riguardare anche rilevanti operazioni mobiliari o immobiliari, il mandato è un tipico contratto fondato sull'intuitus personae .

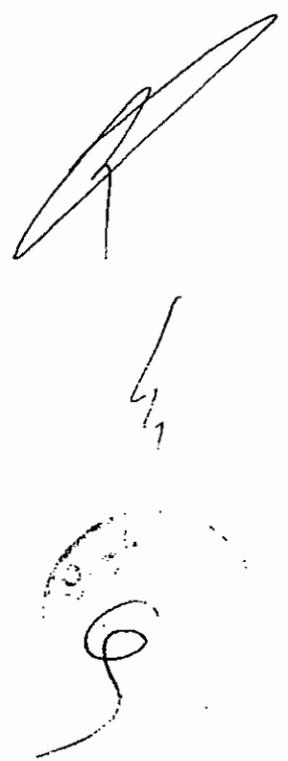
Una delle conseguenze di una tale natura fiduciaria, è la previsione normativa in favore del mandante di estinguere il rapporto con una mera dichiarazione unilaterale (revoca), senza, pertanto, essere tenuto a dover fornire al riguardo alcuna spiegazione o motivazione (art. 1723 c.c.) .

Deve poi ritenersi che non sia neanche necessaria una giusta causa per la revocabilità del mandato, posto che essa serve solo ad evitare per il mandante rischi di

risarcimento del danno, ma nelle sole ipotesi di mandato irrevocabile o conferito anche nell'interesse del mandatario (c.d. mandato in rem propriam) .

Orbene, nella specie manca del tutto un qualsiasi riferimento alle norme sul mandato ed alla facoltà per il cliente di revoca dell'incarico conferito alla banca, ma di fatto una tale facoltà deve oltretutto anche ritenersi inattuabile, posto che il rapporto di mandato si lega strettamente a quello di mutuo, con il quale la banca ha subordinato la concessione del prestito al suo utilizzo vincolato all'acquisto di determinate obbligazioni e fondi comuni di investimento, donde non si può incidere sul rapporto di mandato se non andando anche a toccare il collegato rapporto di mutuo, per il quale non è prevista dalle norme codicistiche alcuna possibilità di revoca per dichiarazione unilaterale, attesa la sua natura sinallagmatica .

Dunque, anche per tale via non si vede come possa ritenersi meritevole di tutela un contratto atipico che, pur essendo in buona parte costituito da un rapporto di mandato, non consenta di fatto al mandante di revocarlo, quando sia venuta meno la fiducia nell'incaricato, quando l'andamento degli affari conferiti sia tale da sconsigliarne del tutto la prosecuzione, così da costringere il cliente ad



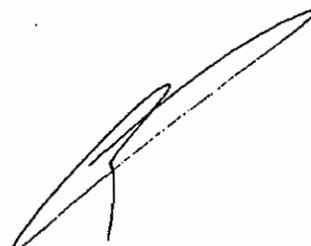
assistere inerme e passivamente alla perdita del proprio denaro (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui i titoli della Republic of Italy e Spazio Finanza siano in forte perdita, e ciò nonostante la banca sia tenuta comunque ad acquistarli, stante il vincolo all'acquisto mirato stabilito nel contratto di mutuo).

IL CASO.it

Deve aggiungersi sul punto che una tale conclusione appare vieppiù aggravata da quanto disposto dal secondo comma dell'art. 28 d.l. n. 58 /98, il quale impone all'intermediario di consigliare al cliente anche consapevoli scelte di disinvestimento .

Nella presente fattispecie, invero, il consiglio dell'intermediario non sarebbe per niente opportuno ed appropriato, in quanto, di fatto, l'investitore non avrebbe alcuna ragionevole possibilità di disinvestimento, economicamente conveniente .

Anche qui, poi, come per il contratto di mutuo, va aggiunto che una tale valutazione prescinde del tutto da eventuali miglioramenti futuri nel rapporto tra il tasso di mutuo e quello dell'investimento, in quanto il giudizio di non meritevolezza riguarda essenzialmente l'eccessiva sproporzione in favore di chi ha predisposto unilateralmente l'accordo, e la totale non rispondenza a



contratti " sbandierati ", ma di fatto del tutto obliterati e vilipesi .

Va aggiunto che tale conclusione di non meritevolezza del contratto deve ritenersi ancora più appropriata, ove si consideri che il contratto sarebbe stato anche concluso in conflitto di interessi con la banca .

Invero, la esistenza di un tale conflitto è stata anzitutto riconosciuta dalla stessa banca promotrice, la quale, nella proposta di adesione, espressamente dà atto del collegamento per rapporti di gruppo tra la Banca 121 e la s.p.a. Spazio Finanza SGR .

Inoltre, lo stesso consulente nella sua relazione ha accertato, tra l'altro, che le quote del Fondo Spazio Finanza Concentrato sono state emesse dalla s.p.a. Spazio Finanza SGR di proprietà della Banca del Salento, poi confluita nel gruppo Monte Paschi Siena .

Orbene, nelle ipotesi di operazioni effettuate in conflitto di interessi, secondo quanto dispone l'art. 27 del regolam. Consob, v'è ante omnia un dovere di informazione in capo alla banca di avvertire l'investitore sulla natura e sulla estensione del loro interesse nella operazione .

Occorre, altresì, che l'investitore vi abbia espressamente acconsentito per iscritto o mediante adesione telefonica, in

questo caso risultante da registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente .

IL CASO.it

Nella fattispecie che ci occupa, secondo il contratto predisposto unilateralmente dalla banca, l'investitore avrebbe dato atto di essere stato debitamente informato della esistenza e della portata del conflitto di interessi per la Banca 121, ad un tempo parte del contratto di mutuo e proprietaria di una delle due società, ove sarebbero poi stati investiti gli importi mutuati: inoltre, con la sottoscrizione del contratto l'investitore avrebbe comunque consentito il perfezionamento del rapporto, nonostante la conoscenza di un tale conflitto .

Orbene, secondo quanto sostiene la convenuta, l'aver portato a conoscenza dell'investitore la esistenza del conflitto di interessi le consente di affermare di aver assolto in pieno i suoi doveri, per come a lei derivanti da quanto previsto dall'art. 27 Regolam. Consob .

Informato il cliente della esistenza del conflitto, la banca sarebbe ora libera di gestire il rapporto come meglio crede, come se un tale dovere di informazione non si collegasse anche ad un preciso dovere, questa volta di natura decisamente sostanziale, di gestire il rapporto anzitutto nell'interesse del suo mandante, il che risulta anche essere lo scopo principale per il quale l'incarico è

stato conferito, secondo usuali regole in tema di rapporti di mandato, costituendo il mandato in rem propriam, ovvero anche nell'interesse del mandatario, una eccezione a tale regola .

Anzi, probabilmente, la esistenza di un conflitto di interesse avrebbe dovuto imporre alla banca una maggiore attenzione e correttezza nella gestione e nella cura dell'incarico ricevuto, proprio per " non farsi sentir dire " di aver prestato maggiore attenzione ai propri interessi, piuttosto che a quelli del proprio cliente .

Il tutto, poi, costituirebbe un motivo in più per chiedere la revoca del mandato, se un tale rapporto, rispettoso delle norme codicistiche, lo avesse espressamente previsto e consentito, o non lo avesse reso, come nella specie, di fatto inattuabile per i motivi sopra esposti .

Al contrario la banca, visti gli andamenti di oltre sei anni di gestione degli investimenti al di sotto dei tassi praticati per il rapporto di mutuo, ha dimostrato di essere ben " impermeabile " a qualsiasi tipo di critica al suo comportamento negoziale .

Sul punto, poi, deve aggiungersi, secondo gli accertamenti operati dal c.t.u., che i titoli in questione hanno avuto un andamento a dir poco sconcertante .

Invero, a fronte di un contratto di mutuo che prevedeva la corresponsione di rate di mutuo gravate di interessi pari a circa il 7 %, sono stati acquistati titoli che hanno avuto un rendimento altamente negativo (peraltro, già al momento della sottoscrizione del contratto con percentuali di circa il 30 % in negativo), ben inferiore alla parità e con percentuali negative fino al 49 e 51,6 % (dunque, con un differenziale di circa il 60 % in negativo, considerato il tasso di interesse applicato sul mutuo). **IL CASO.it**

Tali rendimenti, inoltre, comparati con altri simili, si sono anche rivelati inferiori a quelli di mercato, senza alcuna apparente plausibile giustificazione, e senza alcuna possibilità, per la struttura del prodotto finanziario vincolato a quei titoli, di dirottare l'investimento verso forme più convenienti e sicure, almeno nei periodi in cui il mercato azionario si presentava non remunerativo .

Ciò, infine, appare ancora più sconveniente ove si consideri che, secondo gli accertamenti del c.t.u., i titoli azionari si presentavano ad alta rischiosità .

Ancora più sconcertante, poi, è quanto accertato dal consulente di ufficio in ordine al titolo denominato “ Republic of Italy “, emesso non si sa bene da quale ente, istituzione o società .

Invero, pur trattandosi, almeno nominalmente, di un titolo obbligazionario e, dunque, a tasso fisso, l'emittente, e per esso, la Banca 121 non si sono neanche fatti carico di indicare il tasso di interesse praticato, almeno per verificare se esso era o meno superiore al tasso corrisposto dall'investitore per il contratto di mutuo .

Ciò peraltro, in termini giuridici, pone anche problemi di liceità del contratto di finanziamento per indeterminatezza e indeterminabilità del suo oggetto ex art. 1346 c.c., in quanto la mancata indicazione del tasso praticato e corrisposto non mette il contraente nella condizione per poter compiutamente valutare la convenienza economica della operazione: il tutto, si ripete, aggravato dal fatto che trattasi di titolo a rendimento fisso, come tale non suscettibile di variazione nel corso del tempo .

4) Si diceva prima del collegamento funzionale tra il contratto di mutuo e quello di mandato all'acquisto di titoli da investire per conto dei clienti .

Può ora registrarsi un ulteriore collegamento, contrattualmente previsto, tra le due figure negoziali, consistente nel fatto che i titoli acquistati dalla banca sono offerti dall'investitore in pegno, ovvero a garanzia di tutte le sue obbligazioni verso la banca nascenti dal rapporto .

Dunque, posto che il cliente si è impegnato ad estinguere in trenta anni il mutuo concesso dalla banca, se ne desume che tali titoli non potranno essere " toccati " dall'investitore fino alla conclusione del rapporto, e ciò anche se il cliente, in ipotesi, sta onorando con regolarità il contratto di mutuo, visto che l'obbligazione assunta ha durata trentennale .

IL CASO.it

E' questo, dunque, un ulteriore vincolo per l'investitore, una sua ulteriore impossibilità di incidere sul rapporto prima della sua naturale scadenza trentennale, posto che, come già rilevato, non ha neanche la possibilità di revocare il mandato all'acquisto dei titoli .

Anche questa, poi, appare come una conseguenza aberrante del rapporto, posto che capita molto spesso, se non sempre, che il cliente, nel corso di un rapporto così prolungato, possa avere la necessità di dover disinvestire per far fronte a proprie esigenze immediate ed imprevedibili .

Anche sul piano strettamente giuridico e negoziale, poi, le conseguenze appaiono non meno aberranti e contrastanti con i principi generali .

Invero, nella sua formulazione codicistica (art. 2784 c.c.) il pegno è un diritto reale che il debitore o un terzo

concedono al creditore su una cosa mobile a garanzia di un credito .

Attesa la sua natura reale, il pegno si perfeziona con la consegna della cosa e presuppone, di regola, la esistenza di un credito attuale (ma anche futuro, eventuale o condizionato ex art. 2852 c.c.) .

Nella specie, le cose offerte in pegno sono costituite da beni futuri (i titoli da acquistare da parte della stessa banca presso la Republic of Italy e la Spazio Finanza SGR, non ancora in portafoglio) e, dunque, il contratto potrà, in ipotesi, perfezionarsi solo in un momento successivo alla sua stipula (una sorta di pegno ad effetti obbligatori, difficilmente configurabile, attesa la natura reale della garanzia) e con beni acquistati dallo stesso creditore .

Dunque, appare ben difficile configurare che l'oggetto principale del rapporto, un bene che di cui, di regola, la parte dovrebbe liberamente disporre, l'interesse precipuo che ha mosso la parte alla stipula del contratto (l'investimento in obbligazioni e fondi comuni) sia poi vincolato dallo stesso contraente a garanzia delle sue obbligazioni, senza poterne in alcun modo usufruire fino alla fine dell'intero rapporto avente durata trentennale .

Anche qui, dunque, v'è da registrare una evidente sproporzione in favore del contraente forte nel "dosaggio" degli interessi in gioco: quello che dovrebbe essere il principale interesse economico in favore dell'investitore, ciò che lo avrebbe spinto a porre in essere l'operazione (il frutto del suo investimento in termini di titoli acquisiti) non solo non può essere negoziato e gestito dal suo titolare per ben trenta anni, ma gli è anche del tutto sottratto, in quanto vincolato alla garanzia della sua controparte e, pertanto, lasciato anche alla sua custodia e cura .

IL CASO.it

Si è, pertanto, del tutto fuori dai tradizionali schemi nascenti dai rapporti reali di garanzia ove, impregiudicata la realizzazione delle finalità principali per le quali il contratto è stato posto in essere, il creditore si cautela con un rapporto accessorio, a latere, nelle ipotesi di inadempimento del suo debitore .

Nè vale obiettare che la ipoteca va a gravare sullo stesso immobile oggetto del contratto di compravendita, in quanto comunque lascia il compratore nella disponibilità e nel godimento del bene acquistato .

Deve, dunque, concludersi sul punto che anche sotto tale aspetto un siffatto contratto atipico non sembra essere meritevole di tutela, in quanto eccessivamente

sproporzionato in favore della parte che lo ha voluto e predisposto .

6) Al termine di questo lungo ragionamento resta da chiedersi quale sia stata la causa giuridica di un siffatto collegamento negoziale tra le varie figure tipiche prese a prestito e combinate tra loro dalla banca, ovvero quale finalità giuridicamente tutelabile e protetta dal nostro ordinamento abbia inteso perseguire .

Agli occhi dell'investitore e del comune risparmiatore l'operazione gli è stata prospettata e gli è apparsa come la possibilità di effettuare un buon investimento, senza “ sborsare un euro “, perchè la provvista per dare attuazione al piano finanziario gli sarebbe stata fornita dallo stesso proponente l'investimento: è certamente questa la molla che può aver spinto tanti risparmiatori ad investire in una siffatta operazione, cui probabilmente non avrebbero aderito, se non pensando di lucrare a costo zero sull'investimento sottoscritto .

Se questa fosse stata la vera finalità, è indubbio che, dal lato della banca, una siffatta operazione non avrebbe alcun senso e sarebbe priva di qualsiasi prospettiva ragionevole di ottenere un vantaggio economico: invero, la banca si sarebbe fatta carico di prestare denaro a terzi, al solo scopo di consentire loro di effettuare vantaggiose

operazioni finanziarie, senza conseguire alcun guadagno, perchè quanto dovutole per il tasso di interesse praticato sul mutuo, lo avrebbe dovuto poi restituire, maggiorato, al risparmiatore quale miglior rendimento per l'investimento effettuato .

Deve allora concludersi che, probabilmente, altre erano le finalità della operazione, sulle quali in questa sede di certo non si è tenuti ad indagare, ma certamente non meritevoli di essere tutelate dal nostro ordinamento, visto, tra l'altro ma non solo, l'andamento costantemente e pesantemente negativo della operazione .

IL CASO.it

In tali sensi dunque, come già in precedenza rilevato, deve ritenersi che il presente contratto misto presenti una causa ambigua e poco trasparente (come tale non meritevole di tutela) .

Invero, per rivelarsi vantaggioso per la banca che ha predisposto il contratto, il rapporto non può che avere un andamento sfavorevole per l'investitore, in quanto solo in tal modo la banca può lucrare sulla differenza tra quanto incassa per il tasso di interesse praticato sul mutuo e quanto deve corrispondere per il rendimento degli investimenti attuati .

Un rendimento degli investimenti superiore al tasso di mutuo renderebbe l'operazione, in partenza ed

irrimediabilmente. svantaggiosa per la banca: non sembra, dunque, ragionevole ritenere che una banca possa avere immesso sul mercato un prodotto finanziario, al solo filantropico scopo di favorire una massa indeterminata di investitori senza averne alcun ritorno economico .

Non sfugge al Collegio che il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c., in siffatti contratti aventi una natura mista ed innominata, dovrebbe avere un approccio ermeneutico di tipo astratto, volto esclusivamente a verificare se il contratto assolva ad una funzione economico-sociale meritevole di tutela, secondo la definizione comunemente e tradizionalmente accettata del concetto di causa contrattuale .

Se ciò fosse, un siffatto contratto, per come in astratto concepito dai suoi autori, supererebbe a pieni voti il vaglio giurisprudenziale: esso, infatti, avrebbe in astratto la funzione economico-sociale di offrire ad una indeterminata massa di risparmiatori una forma di investimento di lungo periodo a costo zero e con prospettive, sempre in astratto, di potenziali guadagni anche consistenti: dunque, una funzione certamente ben accettabile e condivisibile .

Intanto, v'è però anche da registrare una corrente dottrinale e giurisprudenziale, allo stato ancora

minoritaria, ma ancora ben attiva (da ultimo Cass. n. 10490/2006, Pres. Preden, Est. Travaglino) che continua a discorrere di una causa c.d. concreta, ritenendo che non basti verificare se un contratto tipico corrisponda alla causa legislativamente predeterminata, o se un contratto atipico abbia una sua funzione economico-sociale meritevole di tutela, occorrendo altresì indagare sui reali interessi che il contratto stesso è diretto a realizzare, al fine di cogliere l'uso che ciascuno dei contraenti ha inteso fare della convenzione negoziale adottata . **IL CASO.it**

D'altra parte (sempre citando Cass. 10490/2006), se così non fosse, se non fosse consentito un tale tipo di indagine, non si vede come si possa arrivare a ritenere la illiceità di una causa relativa ad un contratto tipico, o a ritenere che un contratto sia stato stipulato in frode alla legge, se non esaminandone in concreto il contenuto e le finalità attraverso l'esame complessivo, incrociato e comparato di tutti gli strumenti negoziali utilizzati .

Tanto premesso in diritto, se è dunque consentito all'interprete di verificare in concreto gli interessi realmente perseguiti, non si vede come non si possa ritenere il contratto de quo irrimediabilmente viziato da nullità, posto che il contratto in esame, " sbandierato " come un contratto misto essenzialmente formato da

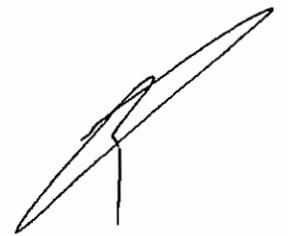
elementi del mutuo e del mandato, in realtà ne snatura del tutto le finalità e la portata legislativamente prevista, senza che pure un prudente ed accorto risparmiatore se ne possa avvedere, se non riconoscendogli approfondite e specifiche conoscenze giuridiche, che non è lecito pretendere dal comune e medio investitore, cui il prodotto finanziario è principalmente rivolto .

Dunque, deve ritenersi che non si verte in tema di clausole vessatorie, nè può dirsi che con la sottoscrizione del contratto l'investitore abbia avuto piena e consapevole conoscenza di tutte le clausole in esso contenute, in quanto una siffatta conoscenza poteva aversi solo attraverso un esame combinato di tutte le clausole inserite in contratto e con la conoscenza di non comuni nozioni di diritto .

In tal modo, deve concludersi che l'uso fatto dal contraente, della convenzione negoziale da lui stesso predisposta, sia del tutto immeritevole di tutela per gli interessi in concreto perseguiti .

7) La domanda proposta nei confronti della s.p.a. M.P.S. deve essere pertanto accolta .

Va pertanto dichiarata la nullità dei contratti in origine stipulati in data 11.7.2001 tra la Banca 121, oggi incorporata nella Banca M.P.S., e XXXXXXXXXX, con la



sottoscrizione delle proposte di adesione al piano finanziario, sinteticamente denominato 4 You .

Per l'effetto, la banca va condannata alla restituzione di tutti gli importi versati dalla D'Alessio in esecuzione del contratto di finanziamento, oltre gli interessi legali dalla domanda giudiziale al soddisfo .

Non sembrano ravvisabili, nè sono stati in alcun modo dimostrati, altri danni di natura economica e non, subiti

IL CASO .it

La domanda va infine rigettata nei confronti della s.p.a. Monte Paschi di Siena Asset Securitisation, in quanto carente di legittimazione passiva, per essere solo cessionaria del credito in origine vantato dalla Banca 121, ma senza essere subentrata nella sua posizione soggettiva, acquisita dalla sola Banca M.P.S. in virtù della avvenuta incorporazione della Banca 121 .

8) Le spese del presente giudizio - ivi comprese quelle della consulenza tecnica di ufficio, secondo la liquidazione già operata in istruttoria - seguono la soccombenza e vanno, pertanto, poste a carico della s.p.a. Monte Paschi di Siena, secondo la liquidazione di cui al dispositivo che segue .

Non luogo a provvedere, invece, nei rapporti tra la [redacted] e la s.p.a. Monte Paschi di Siena Asset



Securitisation, attesa la mancata costituzione in giudizio della società .

P. Q. M.

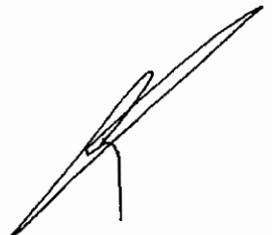
ACCOGLIE la domanda per quanto di ragione e, per l'effetto, dichiara la nullità, o comunque annulla, i contratti denominati 4 You, in origine stipulati in data 10.7.2001 tra la Banca 121 e [REDACTED] ex art. 1322 c.c. e per contrasto con quanto disposto dall'art. 28 decr. leg. n. 58 /98 ;

CONDANNA, per l'effetto, la s.p.a. Monte Paschi di Siena alla restituzione in favore degli attori di tutti gli importi da essi corrisposti in esecuzione dei suddetti contratti, oltre interessi legali dalla domanda giudiziale al soddisfo ;

CONDANNA la banca convenuta soccombente al pagamento delle spese giudiziali, liquidandole in complessivi euro 4.570,00, di cui 4.380, 00 per diritti e onorari, oltre i.v.a., c.a.p. ed il 12, 50 % per spese generali;

PONE a definitivo carico della banca convenuta le spese della consulenza tecnica di ufficio, secondo la liquidazione già operata in istruttoria ;

DICHIARA il difetto di legittimazione passiva della s.p.a. Banca Monte Paschi di Siena Asset Securitisation ;



non luogo a provvedere sulle spese di lite nei rapporti tra
[redacted] e la s.p.a. Monte Paschi di Siena Asset
Securisation, attesa la mancata costituzione in giudizio
della società .

Così deciso in Salerno in data 4.7.2007 -

IL GIUDICE ESTENSORE

Roberto Pucciani

IL PRESIDENTE

[Signature]

IL CASO.it



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

oggi 26 SET. 2007
Il Funzionario di Cancelleria
(Dott.ssa Carla AUTUORI)