

Tribunale di Pescara, 22 novembre 2007 – Pres. Angelo Bozza – Rel. Gianluca Falco.

**Gestione patrimoniale – Omesso avvertimento della variazione del patrimonio affidato – Onere di allegazione e della prova relativo a soluzioni alternative – Sussistenza.**

*Per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno causato dal mancato avvertimento della riduzione pari o superiore al 30% del patrimonio affidato in gestione, l'investitore deve allegare e provare che se fosse stato tempestivamente informato avrebbe disinvestito la somma residua e posto in essere investimenti a carattere conservativo. (fb)*

omissis

# IL CASO.it

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

omissis

## MOTIVI DELLA DECISIONE

L'eccezione sollevata dalla convenuta di difetto di legittimazione processuale della S. P. C. S.R.L., per avere questa quivi agito in persona di soggetto privo della (pur spesa) legale rappresentanza della società medesima è fondata.

Risulta infatti dagli atti che:

Con citazione del 30.10.2006, notificata il 7.11.2006 ed introduttiva della presente causa, "la S. P. C. S.R.L., in persona del Legale Rappresentante M. S." (oltre che D. S. e M. S. in proprio) ha convenuto in giudizio la BANCA.

Con atto sottoscritto nella medesima data del 30.10.2006 in calce al predetto atto introduttivo M. S. ha conferito all'Avv. F., quale dichiarato "amministratore" della S. P. C. S.R.L., la procura per la presente lite.

Alla data del 30.10.2006 tuttavia M. S. non era più (e sin dal 21.3.2006) amministratore e legale rappresentante della S. P. C. S.R.L. la quale a sua volta, a decorrere dalla data del 20.3.2006, aveva cessato la propria attività, variato la propria denominazione sociale in quella di G. S.R.L., trasferito la propria sede in \* e nominato nuovo amministratore unico tale C. E. (cfr. le visure camerali in atti).

Come noto, l'atto formale di cancellazione della società del registro delle imprese ha solo funzione di pubblicità, ma non ne determina l'estinzione, ove non siano ancora esauriti tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società stessa, a seguito della procedura di liquidazione (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 646 del 15/01/2007; Cass. 2 marzo 2006, n. 4652).

Analogamente è assolutamente pacifico - in dottrina come in giurisprudenza - che lo scioglimento della società non ne comporta l'estinzione (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 646 del 15/01/2007; Cass. 8 luglio 2004, n. 12553).

È parimenti noto, tuttavia, che il potere di rappresentanza processuale, con la relativa facoltà di nomina dei difensori, può essere conferito soltanto a colui che sia investito anche di un potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 19164 del 29/09/2005: nella specie la S.C., in accoglimento di un'eccezione di parte, ha dichiarato inammissibile per difetto di procura il controricorso proposto da un istituto bancario in quanto non risultava provato che i due funzionari che avevano rilasciato la procura fossero titolari di poteri rappresentativi anche sostanziali riguardanti il rapporto controverso; cfr. nello stesso senso Cass. 11097 del 2004).

Qualora la persona giuridica sia stata presente nel processo per mezzo di persona fisica non abilitata a rappresentarla (nella specie, funzionari privi di poteri rappresentativi anche sostanziali), sussiste un difetto di legittimazione processuale peraltro sanabile, con effetto retroattivo, mediante la valida costituzione in appello della persona giuridica stessa (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 19164 del 29/09/2005; Cass. Sez. L, Sentenza n. 5135 del 12/03/2004).

Ne consegue che nella specie:

Sussiste il difetto di legittimazione processuale della S. P. C. S.R.L. (come peraltro

## **IL CASO.it**

riconosciuto in udienza dal legale degli attori).

Tutte le domande avanzate dal "falsus procurator" della S. P. C. S.R.L. sono - per l'effetto - inammissibili in rito.

Dal difetto di legittimazione processuale della S. P. C. S.R.L. (che - quindi - non è parte del presente giudizio) deriva simmetricamente (ed ovviamente) la inammissibilità della domanda riconvenzionale avanzata dalla convenuta nei confronti della prima relativamente al contratto di affidamento bancario S. P. C. S.R.L./BANCA.

Deve per contro (e nonostante il diverso convincimento manifestato dalla convenuta tanto nella propria comparsa di costituzione quanto durante l'udienza di discussione del 12.11.2007) esaminarsi il merito del (diverso) rapporto "finanziario" M. S. e D./BANCA \*\*\* S.P.A. (ora BANCA S.P.A.) posto che:

I debitori pignorati hanno un interesse attuale e concreto (assolutamente "insensibile" alle diverse vicende relative ai rapporti "bancari" tra la S. P. C. S.R.L. e la BANCA) all'eventuale accoglimento della loro domanda di declaratoria della invalidità (ovvero della risoluzione per inadempimento) del (diverso) contratto di gestione del portafoglio titoli.

A prescindere, infatti, dalle diverse (pienamente "scindibili") vicende relative allo scoperto di conto, essi conservano infatti pieno interesse all'(eventuale) accoglimento delle predette domande e di quelle consequenziali di "ripetizione" di quanto versato per l'acquisto dei titoli oggetto di pegno (e poi escusso dalla creditrice pignorata) oltre che di risarcimento dei danni.

È evidente infatti che l'eventuale riconoscimento giudiziale della invalidità e/o dell'inadempimento di quel contratto di gestione finanziaria assicurerebbe ai due (già escussi) debitori pignorati favorevoli effetti restitutori della cospicua somma da loro investita anche nel caso di piena validità del (diverso) rapporto negoziale di conto corrente intercorso tra il creditore pignorato e la debitrice principale.

Passando dunque senz'altro all'esame del merito della controversia "di diritto finanziario" in parola, deve ritenersi la infondatezza di tutte le doglianze attoree, per le ragioni che seguono.

Si premette che gli addebiti di responsabilità negoziale mossi dagli attori alla convenuta riguardano i comportamenti asseritamente illegittimi che quest'ultima avrebbe avuto nella fase di formazione e di esecuzione del contratto di gestione individuale di portafogli di investimento stipulato tra le parti il 13.3.2000.

Giova quindi previamente sottolineare come il contratto di gestione individuale di portafogli di investimento è un contratto nominato, caratterizzato dalla funzione gestoria, regolato espressamente dalle norme primarie e secondarie (TUF e relativo regolamento di attuazione) e solo in via residuale, in mancanza di disposizioni di settore, dalle norme sul mandato professionale.

In tale tipo di contratto, tra le parti si instaura un rapporto fiduciario in virtù del quale il risparmiatore trasferisce il controllo del proprio patrimonio finanziario all'intermediario, affinché questi lo gestisca nell'esclusivo interesse del risparmiatore stesso.

La gestione di portafogli di investimento può pertanto essere definita come un contratto a titolo oneroso, in cui il cliente incarica l'intermediario - che assume una obbligazione di mezzi - di adottare, entro margini di discrezionalità più o meno ampi, decisioni di investimento mediante operazioni in strumenti finanziari finalizzate alla valorizzazione del patrimonio gestito, i cui risultati positivi o negativi ricadono direttamente sul patrimonio del cliente stesso.

Elemento peculiare dei contratti di gestione individuale di portafogli di investimento è costituito dall'indicazione obbligatoria delle caratteristiche della gestione (art. 37, co. 1, lett. A D.lvo n. 58/98: Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli intermediari, adottato dalla Consob con delibera n. 11522 del 1° luglio 1998 e successivamente modificato con delibere n. 11745 del 9 dicembre 1998, n. 12409 del 1° marzo 2000, n. 12498 del 20 aprile 2000, n. 13082 del 18 aprile 2001, n. 13710 del 6 agosto 2002 e n. 15961 del 30 maggio 2007) che consente al cliente che fornisce tale indicazione di comprendere la misura e la natura del rischio cui va incontro e consente all'intermediario di avere un'esatta individuazione dei margini discrezionali a lui rimessi, soprattutto sotto il profilo del rischio.

## **IL CASO.it**

Orbene, venendo al caso di specie, si osserva in sintesi che dalla lettura dell'atto di citazione emerge inequivocabilmente come gli attori:

a) Imputano alla BANCA \*\*\* S.P.A. di avere omesso all'atto della stipula del contratto di investimento finanziario summenzionato, "ogni comunicazione relativa alla natura, ai rischi ed alle implicazioni degli investimenti prodotti", consegnando agli investitori soltanto nel giugno 2005 "la copia dei contratti e le relative informative".

### **IL CASO.it**

b) Imputano alla (sola) BANCA \*\*\* S.P.A. (e non anche alla BANCA S.P.A., subentrata alla prima, anche nel rapporto finanziario di cui è causa, a far data dal 2005) di avere agito, "nella gestione discrezionale dei fondi", in conflitto di interessi.

c) Imputano (sempre) alla (sola) BANCA \*\*\* S.P.A. di avere omesso di effettuare nel corso del rapporto finanziario, sia l'informativa periodica sullo stato di investimento sia "l'immediata comunicazione del raggiungimento di perdite significative avvenute nel periodo settembre/novembre 2001 e nel corso del 2002 e del 2003".

La denuncia sub a) è infondata posto che nel "contratto finanziario" di cui è causa, debitamente sottoscritto dal cliente con plurime firme:

Le parti convennero la stipula di un contratto di gestione individuale di portafogli di investimento.

La BANCA chiese ai clienti di fornirle "le informazioni richieste relativamente alla loro esperienza in materia di strumenti finanziari".

I clienti "non ritennero di fornire tali informazioni loro richieste", contestualmente apponendo a propria sottoscrizione in calce a tale rifiuto.

Le parti convennero quindi di diversificare l'investimento in quattro differenti tipologie di titoli ("LINEA PROTEZIONE"; "LINEA REDDITO"; "LINEA CRESCITA"; "LINEA SVILUPPO").

La BANCA esplicitò nel contratto le caratteristiche specifiche di siffatte tipologie di investimento, indicandone e motivandone il relativo grado di rischiosità ("OBIETTIVO PROTEZIONE: a basso grado di rischio"; "OBIETTIVO REDDITO: a grado di rischio bilanciato"; "OBIETTIVO CRESCITA: a grado di rischio medio alto"; "OBIETTIVO SVILUPPO: ad alto grado di rischio") e richiamandone le ulteriori peculiari caratteristiche in altre appositi prospetti del (dettagliato) testo negoziale nonché nei relativi allegati.

I clienti apposero in calce a ciascuna di dette analitiche ed "individuali" informazioni quattro sottoscrizioni di adesione e di accettazione.

Le parti disciplinarono in modo assolutamente dettagliato ed analitico tutti i profili relativi alla futura gestione del portafogli di investimento e del contratto di pegno ad esso relativo.

I clienti conferirono alla BANCA, "coerentemente con il portafoglio di investimento prescelto, la piena discrezionalità ed autonomia operativa nell'esecuzione del contratto", nonché il potere di "compiere tutti gli atti relativi alla gestione senza la necessità del preventivo assenso da parte del cliente gestito".

Gli investitori sottoscrissero più volte con duplice firma, ai sensi dell'art. 1341, comma II, c.c., una serie di clausole "onerose" ivi (legittimamente) concordate.

Gli investitori confermarono quindi con apposita sottoscrizione il fatto che "erano stati loro ampiamente illustrati gli elementi essenziali del servizio di gestione di portafoglio di investimento, con particolare riferimento ai rischi [ivi evidenziati in "grassetto"] patrimoniali ad esso inerenti, e fornite adeguate informazioni per individuare il programma di gestione aderente ai loro obiettivi di investimento ed alla loro propensione al rischio in relazione alla loro situazione finanziaria".

Gli investitori dichiararono e sottoscrissero "di avere ricevuto dalla BANCA e debitamente sottoscritto il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari" (ivi evidenziato in grassetto).

Ne consegue che:

Il contratto controverso conteneva tutti gli elementi di individuazione della tipologia, della misura di diversificazione e della rischiosità relative all'investimento prescelto.

Peraltro è assai significativo come gli stessi attori- nell'imputare quivi alla BANCA \*\*\* S.P.A. di avere omesso - all'atto della stipula del contratto di investimento finanziario summenzionato - "ogni comunicazione relativa alla natura, ai rischi ed alle implicazioni degli investimenti prodotti", non abbiano indicato in alcun modo quali sarebbero "la natura, i rischi e le implicazioni degli investimenti prodotti" non menzionati in siffatto dettagliato contratto (cfr. nell'atto di citazione il vuoto assoluto di allegazioni al riguardo).

La circostanza rende la doglianza attorea assolutamente generica e come tale processualmente irrilevante.

### **IL CASO.it**

Parimenti inconsistente risulta l'ulteriore assunto degli attori (spiegato per fondare l'accusa di

difetto informativo all'atto della conclusione del contratto) di avere "ricevuto copia dei contratti e delle informative" (della cui assoluta completezza si è detto) "[...] soltanto nel mese di gennaio 2005": trattasi infatti di assunto ontologicamente incompatibile (e come tale giuridicamente non tutelabile) con quanto dagli stessi dichiarato e sottoscritto all'atto della stipula del contratto finanziario del 14.3.2000, in occasione del quale gli investitori dichiararono e sottoscrissero di avere "ricevuto, inoltre, e da essi debitamente sottoscritte, copia: 1) del presente contratto; 2) delle "Norme" che regolano il contratto di gestione di portafogli di investimento; 3) dell'Allegato n. 1 relativo alle Linee di Gestione del Portafoglio; 4) del "Prospetto delle spese e delle commissioni".

### **IL CASO.it**

È evidente infatti come il fatto di non avere ricevuto in consegna un dato documento non possa essere oggi "proficuamente" denunciato in sede giudiziale (perché il cd. principio di "autoresponsabilità" nella sottoscrizione di un contratto non lo consente) da parte di chi, all'atto della conclusione del contratto del 2000, aveva ivi debitamente sottoscritto di avere ricevuto in consegna quello specifico documento.

Anche la denuncia sub b) è infondata.

Si premette in diritto che l'art. 27 (Conflitto di interessi) del Reg. Consob n. 11522/98 già citato (Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli intermediari) stabilisce che:

"Gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o da altri rapporti di affari propri o di società del gruppo, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione [...]" (I comma).

"Ove gli intermediari autorizzati, al fine dell'assolvimento degli obblighi di cui al precedente comma 2, utilizzino moduli o formulari prestampati, questi devono recare l'indicazione dell'operazione, graficamente evidenziata, che l'operazione è in conflitto di interessi" (II comma).

Nel "contratto finanziario" di cui è causa, debitamente sottoscritto dal cliente:

Le parti concordarono espressamente (con apposite clausole peraltro appositamente evidenziate sul piano grafico da caratteri in "grassetto" e da appositi paragrafi, sempre in "grassetto" dalla seguente dicitura: "Autorizzazione della BANCA ad agire in conflitto di interessi") la facoltà per la BANCA di operare in conflitto di interessi.

Il cliente "ribadì e confermò" con plurime sottoscrizioni l'autorizzazione della BANCA ad operare in conflitto di interessi.

Furono quindi pienamente rispettati i precetti "informativi, grafici ed autorizzativi" sopra menzionati.

Passando infine all'esame della denuncia sub c) - con la quale gli investitori imputano sempre alla sola BANCA \*\*\* S.P.A. di avere omesso di effettuare nel corso del rapporto finanziario, sia l'informativa periodica sullo stato di investimento sia "l'immediata comunicazione del raggiungimento di perdite significative avvenute nel periodo settembre-novembre 2001 e nel corso del 2002 e del 2003" - si osserva innanzitutto che:

L'art. 28 del regolamento Consob n. 11522/1998 prevede al comma 4°, nel caso (ricorrente nella specie) in cui il cliente abbia preventivamente affidato all'intermediario la gestione del patrimonio mobiliare, l'obbligo di quest'ultimo di informare prontamente e per iscritto l'investitore delle perdite effettive o potenziali in misura pari o superiore al 30 % del controvalore totale del patrimonio messo a disposizione alla data di inizio di ciascun anno, o se successiva, a quella di inizio del rapporto.

In coerenza con siffatto precetto normativo, il contratto di cui è causa prevedeva l'obbligo della BANCA di spedire al cliente, alla fine di ogni trimestre, il rendiconto trimestrale della gestione finanziaria contenente: a) il prospetto riassuntivo; b) l'estratto conto dei movimenti in lire e degli strumenti finanziari; c) la valutazione del portafoglio di pertinenza del cliente alla fine del periodo di riferimento.

### **IL CASO.it**

Il contratto aggiungeva quindi che "agli effetti del puntuale adempimento di esso e della responsabilità della BANCA di cui al sesto comma dell'art. 23 d.lgs 58/98, il rendiconto si sarebbe inteso tacitamente approvato dal cliente gestito in mancanza di reclamo scritto motivato, che avrebbe dovuto essere trasmesso alla BANCA entro e non oltre 60 giorni dalla

data di spedizione del rendiconto stesso”.

Risulta nella specie che:

Nel marzo 2000 gli attori operarono l'investimento diversificato di cui è causa per la somma complessiva di € 309.874,00, pari a £. 600.000.000 (cfr. il contratto).

Due terzi di tale somma (quindi £. 400.000.000) fu (consapevolmente) investita (vd. supra) in titoli a grado di rischio medio alto (obiettivo crescita) ed a grado di rischio alto (obiettivo sviluppo), con finalità – quindi – evidentemente speculativa.

Nel periodo settembre/novembre 2001 e nel corso del 2002 e del 2003” l'investimento (per la gran parte - come detto - di carattere speculativo) subì perdite significative ex art 28 comma IV regolamento Consob (circostanza processualmente pacifica: vd. supra), ma la BANCA omise di effettuarne la relativa comunicazione ai clienti (circostanza parimenti processualmente pacifica: vd. supra).

Trattatasi - si ripete - di perdite da ritenersi dovute (in difetto di qualsivoglia allegazione e prova da parte degli attori di illecita gestione da parte della BANCA) alle fisiologiche fluttuazioni di mercato ed alla natura altamente (e consapevolmente) speculativa della relativa operazione finanziaria.

È circostanza processualmente pacifica (perché da un lato non contestata dalla convenuta [cfr. la comparsa di risposta], dall'altro da questa non smentita da qualsivoglia prova documentale contraria) che nel periodo all'uopo denunciato dagli attori (settembre/novembre 2001 e nel corso del 2002 e del 2003”) la BANCA abbia omesso di inviare loro tanto il rendiconto trimestrale della gestione quanto la comunicazione di perdita significativa (ex art 28 comma IV regolamento Consob prima richiamato) che (circostanza parimenti non contestata) si era prodotta sul portafoglio degli attori.

Soltanto in data 31.12.2004 (cfr., per la relativa deduzione, pag. 10 dell'atto di citazione) gli investitori scoprirono che il controvalore dei titoli era sceso (a detta data) ad €. 138.140,00 con perdita pari - quindi - al 44,57% dell'investimento iniziale.

Ne consegue quindi che:

Durante la gestione del rapporto i titoli avevano subito un decremento superiore al 30% del loro valore, tale da obbligare la BANCA ad informarne il cliente per mettere lo stesso nella condizioni di decidere se disinvestire ovvero investire diversamente il capitale.

La BANCA non ha tuttavia adempiuto a tale obbligo.

È ravvisabile in capo alla BANCA un inadempimento della obbligazione negoziale e legale in esame.

Tuttavia, perché siffatto inadempimento possa essere giuridicamente reputato come causa diretta ed immediata (ex art. 1223 c.c.) di danni in capo agli investitori, gli stessi avrebbero dovuto (prima) specificamente dedurre (indicare) e (quindi) provare l'esistenza e la consistenza di effettivi danni patrimoniali eziologicamente riconducibili alla condotta antigiuridica della controparte.

Giova al riguardo ribadire in diritto che:

Il nostro sistema di responsabilità civile e contrattuale è permeato dal principio della risarcibilità del (solo) danno effettivo che sia stato conseguenza diretta ed immediata dell'altrui comportamento illecito ovvero inadempiente.

Ciò vuol dire che - mirando il risarcimento del danno alla reintegrazione del pregiudizio che determini una effettiva diminuzione del patrimonio del danneggiato, attraverso il raffronto tra il suo valore attuale e quello che sarebbe stato ove la obbligazione fosse stata esattamente adempiuta - ove diminuzione non vi sia stata (perdita subita e/o mancato guadagno), ovvero non sia stata provata in giudizio, il diritto al risarcimento non è configurabile (Cass. Sez. U, Sentenza n. 6572 del 2006 in motivazione).

In altri termini, la forma rimediabile del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l'attribuzione ad essa di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento (Cass. Sez. U, Sentenza n. 6572 del 2006 in motivazione; per l'inesistenza nel nostro ordinamento dell'istituto dei cd. "danni punitivi" cfr. da ultimo Cass. sent. n. 1183 del 19.1.2007).

Il giudice, in altri termini, non può mai sopperire all'onere di allegazione che concerne sia l'oggetto della domanda sia le circostanze in fatto su cui questa trova supporto (Cass. Sez. U, Sentenza n. 6572 del 24/03/2006 citata; Cass. S.U. n. 1099/98), trattandosi non già di

un "danno in re ipsa", bensì di "cd. danno-conseguenza" dell'altrui negligente condotta negoziale.

### **IL CASO.it**

Così anche il lucro cessante, concretandosi questo nell'accrescimento patrimoniale in concreto ed effettivo pregiudicato o impedito dall'inadempimento della obbligazione contrattuale, presuppone almeno la prova, sia pure indiziaria, della utilità patrimoniale che, secondo un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità) il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta e deve essere, perciò, escluso per quei mancati guadagni che sono meramente ipotetici perché dipendenti da condizioni incerte (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 7647 del 03/09/1994).

Parimenti, il creditore che voglia ottenere, oltre il rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di "chance" (quivi peraltro mai dedotta) - che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sè stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione - ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 18945 del 11/12/2003: nel caso di specie, la S.C. ha ritenuto non provata la perdita di chances lavorative subite da una infortunata in un sinistro stradale, la quale si era limitata ad allegare che, se non coinvolta nel sinistro, avrebbe potuto lavorare per le poste prima a tempo determinato e poi rientrare nella riserva dei posti a tempo indeterminato senza precisare di aver prodotto al giudice di merito le proposte lavorative effettuate da Poste Italiane e senza riportarne il contenuto; cfr. nello stesso senso ex multis Cass. Sez. L, Sentenza n. 852 del 18/01/2006).

Anche in ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento, i criteri da applicare per la determinazione del danno sono quelli di cui all'art. 1223 cod. civ.; pertanto, sono risarcibili i danni conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento e il danno può essere liquidato se la parte che si assume danneggiata fornisce la prova della sua effettiva esistenza (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 7829 del 19/05/2003; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 8278 del 30/07/1999).

Ne consegue che anche il ricorso al criterio equitativo per la liquidazione del danno patrimoniale previsto dall'art. 1226 cod. civ. presuppone sempre che il pregiudizio economico del quale la parte reclama il risarcimento sia certo nella sua esistenza ed è consentito al giudice soltanto in presenza di una impossibilità ovvero di una oggettiva difficoltà per la parte interessata di provare l'esatto ammontare del danno, cfr. ex multis Cass. Sez. L, Sentenza n. 16992 del 18/08/2005).

Applicando i superiori principi al caso di specie, deve osservarsi come, affinché l'inadempimento "informativo imputabile alla BANCA possa essere giuridicamente reputato come causa diretta ed immediata (ex art. 1223 c.c.) di danni in capo agli investitori, gli stessi avrebbero dovuto (prima) specificamente dedurre (indicare) e (quindi) provare, alternativamente, che:

a) In presenza di tempestiva informazione delle perdite pari o superiori al 30% del capitale iniziale (ovvero di rendicontazione periodica della gestione), essi avrebbero disinvestito la somma residua (così evitando ulteriori perdite). Soltanto a fronte di siffatta allegazione e prova, la BANCA avrebbe potuto essere considerata responsabile delle eventuali perdite ulteriori successive per il solo fatto di non avere consentito alla controparte (la quale avesse quivi allegato e provato che avrebbe operato nel modo anzidetto, in presenza di una tempestiva comunicazione o rendicontazione) di evitarle.

b) In presenza di tempestiva informazione delle perdite pari o superiori al 30% del capitale iniziale (ovvero di rendicontazione periodica della gestione), essi avrebbero diversificato l'investimento in titoli di tipo conservativo (così evitando perdite ulteriori di capitale) ovvero di altra tipologia speculativa poi risultata in futuro in concreto "fruttifera" (così assicurandosi un guadagno). Soltanto a fronte di siffatta diversa allegazione e prova, la BANCA avrebbe potuto essere considerata responsabile delle eventuali perdite ulteriori successive ovvero dei mancati guadagni per gli investitori, per il solo fatto di non avere consentito alla controparte (la quale avesse quivi allegato e provato che avrebbe operato nel modo anzidetto, in presenza di una tempestiva comunicazione o rendicontazione) di evitare le prime ovvero di conseguire i secondi.

### **IL CASO.it**

Deve per contro rilevarsi come nella specie gli attori non abbiano fornito alcuna allegazione

né tanto meno alcuna prova del fatto di avere subito danni patrimoniali di sorta giuridicamente risarcibili come conseguenza diretta ed immediata (ex art. 1223 C.C.) da siffatto inadempimento.

Risulta infatti dagli atti che nella specie gli investitori:

## **IL CASO.it**

Sono stati correttamente ed esaurientemente informati, all'atto della stipula del contratto controverso, del tipo di investimento e dei rischi ad esso relativi.

Hanno scelto, nell'occasione, una diversificazione dei rischi investendo altresì somme cospicue in investimenti speculativi con rischio medio alto e con rischio alto.

Hanno quindi subito - nelle more del rapporto - una cospicua perdita di valore dei titoli per l'effetto esclusivo dell'andamento negativo del mercato (come processualmente pacifico, vista la mancanza di censure attoree [ultronee rispetto a quella infondata del conflitto di interessi] circa altre forme di scorrettezza della BANCA nella gestione del portafogli), così subendo (in modo quivi non censurabile) l'alea (sin dall'origine da essa espressamente accettata con la sottoscrizione di cospicui titoli di rischiosità elevata in cambio della possibilità di una loro elevata remuneratività) insita nella speculazione finanziaria.

Hanno lamentato l'omessa rendicontazione trimestrale della gestione (inadempimento negoziale della BANCA), senza tuttavia allegare e provare quale diversa ("dannosa" e quindi risarcibile) operazione (tra quelle in concreto effettuate da controparte) avrebbero "reclamato" ai sensi della relativa previsione negoziale prima richiamata.

Hanno lamentato l'omessa comunicazione da parte della BANCA delle perdite significative (invero derivanti dal mercato sfavorevole: vd. supra) subite dai titoli speculativi tra il settembre 2001 e gli anni 2002/2003 (inadempimento negoziale della BANCA), senza tuttavia allegare e provare quale diversa favorevole (e come tale "risarcibile") operazione finanziaria (di disinvestimento ovvero di "migliore" investimento) essi avrebbero eseguito in caso di tempestiva conoscenza delle perdite.

Non hanno quindi in alcun modo indicato quali diverse (e per sé favorevoli) scelte di mercato finanziario essi avrebbe effettuato qualora avessero avuto pronta contezza dell'andamento negativo dei titoli.

Non hanno quindi fornito alcuna indicazione né tanto meno alcuna prova del fatto che alla fine del "rapporto finanziario" con la BANCA il loro patrimonio investito sarebbe stato superiore a quello finale (di €. 149.500,00) ove la obbligazione di rendicontazione e comunicazione della gestione fosse stata esattamente adempiuta dalla controparte nelle more del rapporto medesimo: onde il diritto al risarcimento non è configurabile (Cass. Sez. U, Sentenza n. 6572 del 2006 in motivazione, prima richiamata).

Ma anche a voler prescindere da siffatto (invero già integralmente dirimente) difetto assoluto di allegazione e di prova giudiziale da parte degli attori degli elementi costitutivi della pur dedotta rivendicazione risarcitoria, è lo stesso comportamento in concreto serbato dagli investitori, una volta da questi acquisita (il 31.12.2004) la conoscenza dell'andamento fortemente negativo dei titoli speculativi appartenenti al proprio (concordato) portafoglio, ad escludere l'insorgenza in capo ai medesimi di danni patrimoniali "ingiusti" (e come tali risarcibili) riconducibili sul piano della causalità giuridica all'omissione informativa della BANCA.

Risulta infatti dagli atti che:

Nel periodo settembre/novembre 2001 e nel corso del 2002 e del 2003" l'investimento (per la gran parte - come detto - di carattere speculativo) subì perdite significative ex art 28 comma IV regolamento Consob (circostanza processualmente pacifica: vd. supra), ma la BANCA omise di effettuarne la relativa comunicazione ai clienti (circostanza parimenti processualmente pacifica: vd. supra).

Soltanto in data 31.12.2004 (cfr., per la relativa deduzione, pag. 10 dell'atto di citazione) gli investitori scoprirono che il controvalore dei titoli era sceso (a detta data) ad €. 138.140,00 con perdita pari - quindi - al 44,57% dell'investimento iniziale.

## **IL CASO.it**

Ciò nonostante gli investitori - pur a fronte della acquisizione, a detta data, della piena contezza di tale perdita significativa del capitale iniziale - lungi dal disinvestire i titoli, ovvero a diversificarne il non soddisfacente investimento (come ex contractu avrebbero potuto fare: cfr. le relative clausole del testo negoziale), non operarono alcuna variazione, né disinvestimento, di essi (circostanza pacifica: cfr. il difetto assoluto di allegazioni e di prove contrarie): più in particolare perseverarono in tale investimento speculativo (evidentemente nella speranza di un futuro loro migliore andamento sul mercato) sino a giugno 2006, data in

cui i titoli avevano peraltro già riacquistato (rispetto alla data del 31.12.2004) un reincremento di valore dell'8,22%, con una quotazione di €. 149.500,00 (cfr. pag. 10 e 11 della citazione).

### **IL CASO.it**

Trattasi quindi di comportamento (quello in concreto serbato dagli investitori, una volta da questi acquisita - a far data dal 31.12.2004 - la conoscenza dell'andamento fortemente negativo dei titoli speculativi appartenenti al proprio portafoglio) a fornire "a posteriori":

a) La prova "storica" del fatto che essi - nonostante la piena contezza di siffatta circostanza - perseverarono in quell'investimento (evidentemente nella speranza di un futuro suo migliore andamento sul mercato) sino a giugno 2006, data in cui i titoli avrebbero peraltro riacquistato (rispetto alla data del 31.12.2004 ed a conferma della non erroneità di quella previsione di futura migliore quotazione) un reincremento di valore dell'8,22%, con una quotazione di €. 149.500,00.

b) La prova "logica" del fatto che essi - avendo conservato integro l'originario piano di investimento per il successivo anno e mezzo (senza provvedere mai ad una richiesta di modifica del medesimo, sino alla chiusura del rapporto con la controparte) pur nella piena consapevolezza (sin dal dicembre 2004) della perdita del 44,57% dell'investimento iniziale - avrebbero fatto lo stesso (in mancanza di qualsivoglia allegazione e prova contraria ed in ragione di quanto appena osservato sub a)] pur in caso di tempestiva ed anteriore comunicazione di una siffatta perdita (ovvero di una di minore importo) da parte della BANCA.

Trattasi in secondo luogo di comportamento riconducibile alla approvazione tacita del mandato di cui all'art. 1712 c.c. (per il principio per cui "la responsabilità del mandatario verso il mandante, per essersi discostato dalle istruzioni, o per aver ecceduto i limiti del mandato [circostanze peraltro non ricorrenti nella specie: vd. supra] viene meno qualora il comportamento del mandante medesimo, dopo la comunicazione della difforme esecuzione dell'incarico, integri tacita approvazione di tale operato, ai sensi dell'art 1712 secondo comma cod civ., cfr. ex multis Cass. Sez. 1, Sentenza n. 3534 del 29/05/1980).

Le domande degli investitori devono essere quindi integralmente rigettate.

Le spese - da liquidarsi forfettariamente in mancanza della relativa notula - seguono la soccombenza di M. S. e D. S. in solido e (quanto ai loro rapporti interni di regresso) nella misura di 2/3 per la prima e del residuo per il secondo, e ciò in ragione del fatto che del difetto di legittimazione processuale della S. P. C. S.R.L. (la quale quindi non ha partecipato come tale al presente giudizio) non può che rispondere (in ordine alle spese di lite) chi (nella specie M. S.) ne abbia quivi illecitamente speso il nome.

### **IL CASO.it**

P.Q.M.

- Dichiaro il difetto di legittimazione processuale della S. P. C. S.R.L., per le causali di cui in motivazione.

Per l'effetto

- Dichiaro l'inammissibilità della domanda riconvenzionale spiegata dalla convenuta nei confronti della S. P. C. S.R.L..

- Rigetto tutte le domande di M. S. e D. S. avanzate verso la convenuta, perché infondate nel merito, per le causali di cui in motivazione.

- Condanna M. S. e D. S. in solido tra loro (e nei loro rapporti interni per 2/3 la prima e per il residuo il secondo) alla rifusione delle spese del giudizio sostenute dalla convenuta che liquida forfettariamente - in mancanza di nota spese - in €. 3.000,00 per onorari, € 2.500,00 per diritti, oltre accessori ex T.P., I.V.A. e C.P.A. come per legge.

Pescara, 22.11.2007