



**CORTE DI APPELLO DI FIRENZE
SEZIONE PRIMA CIVILE**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte, riunita in Camera di consiglio in persona di:

**Dott. Antonio Chini Presidente
Dott. Pietro Mascagni Consigliere
Dott. Andrea Riccucci Consigliere**

**nella causa n. 2460/07 RG
ha pronunciato la seguente**

SENTENZA

tra

**N.xxxx V.xxxxxx rappresentata e difesa dall'avv. Silvio Scuglia ed
elettivamente domiciliata in Firenze Via dei Servi 12 c/o avv.
Santarcangelo, che ha così concluso:**

- **Accertare** le violazioni, commesse dalla controparte nella progettazione e vendita del piano finanziario "4You" in oggetto, delle seguenti disposizioni normative:

1) **Art. 21 c. 1 let a) e c) del D.Lgs 58/98**, per non aver, in situazioni di conflitto d'interessi, *comunque garantito trasparenza ed equo trattamento*, avendo anteposto il proprio interesse a quello del cliente ed avendo celato informazioni che avrebbe dovuto obbligatoriamente fornire;

2) **Art 26 c. 1 let f) del Regolamento Consob 11522/98**, per non aver, in ragione del collegamento funzionale dei prodotti e servizi venduti attraverso il piano, operato al fine di *contenere i costi a carico dell'attrice ed ottenere da ogni servizio il miglior risultato possibile*;

3) **Art. 28 c. 1 del Regolamento Consob 11522/98** per non aver assunto dall'attrice tutte le informazioni relative a *la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di*

investimento, la sua propensione al rischio, la cui conoscenza era anche per valutare l'adeguatezza del prodotto rispetto al profilo del cliente;

4) **Art 28. c. 2 del Regolamento Consob 11522/98** per non aver fornito all'attrice *informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni* derivanti dal collegamento funzionale delle operazioni poste in essere attraverso i piani finanziari, la cui conoscenza era necessaria per scegliere consapevolmente l'acquisto del prodotto;

5) **Art 29 del Regolamento Consob 11522/98** per aver eseguito operazioni inadeguate al profilo del cliente senza aver informato l'attrice di tale circostanza e senza aver acquisito la specifica autorizzazione scritta;

6) **Art 32 c. 3 del Regolamento Consob 11522/98** per aver effettuato la negoziazione delle obbligazioni previste nel contratto *de quo* al di fuori dei mercati regolamentati, a prezzi gravemente superiori rispetto agli equi prezzi di mercato;

7) **Art 47 c. 2 del Regolamento Consob 11522/98** per aver prestato il servizio accessorio di concessione di finanziamento agli investitori senza che il valore degli strumenti finanziari posti in garanzia fosse *congruo* rispetto all'importo del finanziamento concesso.

- **Accertare** l'illiceità della causa del contratto poiché volto a violare e/o eludere, anche attraverso le colleganze del gruppo societario, l'art. 36 c. 3 D.Lgs 58/98 e l'art. 8.1.1 del Reg. Banca d'Italia I° luglio 1998

- **Accertare** che l'art. 8 sez. 2° del contratto costituisce, in ragione della differenza, *ab origine*, tra il tasso di finanziamento ed il tasso indicato sulla formula stessa, una penale implicita ed occulta non controfirmata

e conseguentemente

- **Dichiarare** il suddetto contratto nullo e/o annullabile e/o inefficace e/o risolto

- **Condannare** la Banca Monte Dei Paschi di Siena S.p.a. a restituire integralmente tutto quanto pagato, anche a titolo di spese, dalla sig.ra V.xxxxxx N.xxxx in esecuzione del contratto, nella somma indicata in € 82.296,79 o in quella minore o maggiore che si determinerà in corso di causa, con la rivalutazione monetaria dalla data dei singoli pagamenti al saldo, oltre interessi legali con la medesima decorrenza sulle somme rivalutate

- **Ordinare** alla Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. di comunicare alla Centrale dei Rischi presso la Banca d'Italia gli adottandi provvedimenti

in ogni caso

- **Condannare** la Banca Monte Dei Paschi di Siena S.p.A. a risarcire i danni **tutti** patiti e *patienti* dall'attrice, anche non patrimoniali, per la stipulazione e l'esecuzione del contratto
- **Condannare la Banca Monte Dei Paschi di Siena S.p.a.** alla refusione delle spese e competenze di lite del doppio grado di giudizio.

In via istruttoria:

si reiterano tutte le richieste già formulate e rigettate immotivatamente nel giudizio di primo grado, e già formulate nei precedenti scritti difensivi, in particolare la prova per testi così come articolata già in atto di citazione e da ultimo nell'istanza di fissazione d'udienza a mezzo dei sigg. Massimo Magnolfi, Pecchia Riccardo e Bonfiglioli Ferdinando, nonché CTU tecnica sul prodotto impugnato con i quesiti già articolati nell'atto di citazione e da ultimo nell'istanza di fissazione d'udienza da intendersi integralmente richiamati e trascritti.

Si reitera altresì la richiesta di esibizione ex art. 210 c.p.c. in originale dei seguenti documenti: (i) dei contratti di ricezione e trasmissione ordini nonché negoziazione attraverso i quali sono state negoziate le obbligazioni previste dai piani finanziari 4You sottoscritti dall'attrice (ii) della scheda di identificazione del profilo di rischio ex-art. 28 Reg. Consob 11522; (iii) della documentazione relativa ai premi di produzione e ai budget corrisposti dalla banca al dott. Bonfiglioli nella campagna 4YOU (iv) della copia del registro dei reclami relativi ai piani finanziari "4 You".

APPELLANTE

e

Spa Monte dei Paschi di Siena rappresentata e difesa in primo grado dagli avv. F.Carbonetti, R. Della Vecchia e U. Giannini, dichiarata contumace alla udienza del 20/10/2009, e costituitasi in data 23/11/2009 con gli avv. Carbonetti, Della Vecchia e Claudia Nuti presso il cui studio in Firenze Via Lorenzo il Magnifico 78 ha eletto domicilio, chiedendo il rigetto dell'avverso gravame e la condanna dell'appellante al pagamento delle spese di giudizio.

APPELLATA DICHIARATA CONTUMACE

L'odierna appellante ha formulato in primo grado domande in tutto analoghe a quelle sopra riportate, in riferimento ad un piano di finanziamento e investimento denominato "4 you" da essa sottoscritto nel febbraio 2001.

Ha sostenuto di essere stata indotta a stipulare il contratto in questione in seguito alla illustrazione delle sue caratteristiche, effettuata in maniera colpevolmente fuorviante ed omissiva. Lamentava altresì la inadeguatezza del piano al proprio profilo di investimento, e la esistenza di un conflitto di interessi.

Sulla opposizione di controparte, dopo ampia produzione documentale, il Tribunale rigettava tutte le domande attrici compensando le spese processuali.

L'appello è basato sui seguenti motivi:

- 1) la esistenza di una ficta confessio derivante dall'art. 10 D.L. 5/2003, e la inversione dell'onere della prova sulla diligenza degli intermediari finanziari, da cui l'appellante fa discendere una serie di conseguenze, e cioè a) la mancata verifica da parte del primo Giudice della mancata contestazione di una CTP, di un parere pro veritate, e di un prospetto informativo sui fondi Spazio Finanza SGR, e perciò b) la esistenza di fatti processualmente pacifici quali la natura speculativa e non previdenziale dello strumento finanziario de quo, la omessa comunicazione del conflitto di interessi, la violazione del principio dell'equo trattamento e del principio di adeguatezza, la violazione di cui all'art.36 DL 58/1998 e all'art. 8.1.1 del Reg. banca d'Italia 1/7/1998, la violazione del principio di equilibrio contrattuale, la ricorrenza di vizi del consenso.**
- 2) Nullità del contratto atipico per non meritevolezza di tutela della causa (art. 1322 c.civ.)**

- 3) **Errore del Giudice nel considerare il piano finanziario come strumento previdenziale, anziché come prodotto speculativo ad alto rischio**
- 4) **Violazione degli obblighi di trasparenza e correttezza da parte della Banca**
- 5) **Illiceità della causa del contratto, in relazione alla facoltà di recesso e alla libertà di investimento**
- 6) **Violazione della normativa in materia di conflitto di interessi**
- 7) **Violazione degli obblighi di informazione sul prezzo di emissione, e sul rendimento della obbligazione interna al piano**
- 8) **Inadeguatezza dello strumento finanziario al profilo di rischio della cliente**
- 9) **Esistenza di una penale implicita nella previsione di un tasso di attualizzazione inferiore al tasso di finanziamento**
- 10) **Vizi del consenso**

Controparte, nella comparsa conclusionale e di costituzione depositata nel corso del termine fissato dei 60 giorni dalle conclusioni, ha contestato le argomentazioni dell'appellante; ma apparendo pacifica la tardività della costituzione, non può essere revocata la contumacia.

A tal fine va ricordato che

La preclusione posta dall'art. 293 c.p.c. alla costituzione del contumace in un momento successivo all'udienza di rimessione della causa al collegio risponde ad inderogabili esigenze di coordinamento tra l'attività difensiva delle parti e l'esercizio della funzione decisoria, sicché, una volta chiusa la suddetta udienza, non è possibile, salvo che la causa per qualsiasi ragione ritorni alla fase istruttoria, una successiva costituzione del contumace.

[Cassazione civile , sez. III, 27 luglio 2002, n. 11136](#)

e che nel nuovo rito processuale l'udienza di conclusioni, anche davanti al giudice non monocratico, coincide con la ritenzione in decisione (salvo il caso particolare in cui sia richiesta la fissazione della

discussione orale), senza che sia possibile nella fase successiva alcuna nuova attività processuale.

Sempre in via preliminare, la Corte rileva che la attività istruttoria chiesta dall'appellante non si evidenzia utile e necessaria, data la sufficienza della acquisizione documentale.

Venendo a trattare il merito della causa occorre, prima di affrontare i singoli motivi di appello, chiarire le caratteristiche del negozio complesso stipulato dalle parti, nonché la natura giuridica e la rilevanza delle singole fasi della stipula.

Sotto il primo profilo, risulta che alla N.xxxx fu proposto un mutuo di euro 350796,12 al tasso annuo del 6,67% della durata di anni 15, a fronte dell'acquisto di obbligazioni Mediocredito Toscano 2001/2016 zero coupon (senza godimento di cedole) ad un costo totale (euro 207932,80) inferiore al valore nominale totale (pari, quest'ultimo, all'ammontare del mutuo), ed a fronte della contestuale sottoscrizione di quote del fondo comune di investimento mobiliare azionario internazionale gestito dalla Ducato Spa per un importo totale di euro 142856,71, corrispondente alla differenza fra l'ammontare del mutuo e il costo effettivo totale delle obbligazioni. L'operazione era assistita da polizza assicurativa, e da pegno dei titoli a favore della banca.

Alla scadenza del mutuo, il capitale mutuato sarebbe stato coperto dal valore delle obbligazioni, ed il valore di mercato del fondo avrebbe assicurato una somma aggiuntiva.

Sotto il secondo profilo, occorre sottolineare che

- a) l'esame del piano finanziario non può essere condotto separatamente per il mutuo e per gli investimenti, ma deve essere ricondotto ad unità stante lo stretto collegamento fra il mutuo di scopo e gli investimenti, voluto dalle parti. Tale collegamento è confermato dal rapporto economico fra mutuo e investimenti,**

dalla disciplina del recesso da parte del cliente che è ammesso per il mutuo soltanto unitamente al disinvestimento, e dal divieto di switch fra fondi.

- b) Il piano finanziario in oggetto non può assolutamente essere qualificato come “previdenziale”, non consistendo affatto in un semplice accumulo di risparmio, bensì in un mutuo (non soggetto ad alcuna agevolazione fiscale) finalizzato ad una speculazione finanziaria dall’esito incerto per il cliente, e in ogni caso vantaggiosa per la Banca. Diversamente da quanto accade in un normale PAC (piano di accumulo capitale) o in un piano di investimento progressivo in un fondo, nel “4 you” il cliente si indebitava fortemente e alla scadenza del periodo stabilito (stante la differenza fra il tasso di interesse e il rendimento del fondo) poteva soltanto sperare in un recupero delle spese ed in un profitto del tutto aleatorio.

A fronte, la Banca godeva degli interessi sul mutuo, dell’aggio per il collocamento delle obbligazioni, e del profitto indiretto derivante dalla appartenenza della banca emittente al suo gruppo. Senza alcun rischio.

In sostanza, ciò che veniva proposto al cliente era un prelievo oneroso dalla “vasca” finanziaria, e un successivo riversamento nella stessa “vasca”, che magicamente avrebbe dovuto produrre profitto. In fisica una simile operazione sarebbe impossibile; in campo finanziario è invece possibile, ma è chiaro che il profitto nel “riciclo” è correlato ad un rischio di mercato piuttosto elevato, che avrebbe dovuto essere evidenziato al cliente senza illuderlo con miraggi di certezza, o addirittura con illusioni “previdenziali”.

La comprensione di quanto sopra affermato discende dalla oggettività del piano, e dalle nozioni di comune esperienza per l'Organo giudicante, senza alcuna necessità di riferimenti a perizie o pareri di parte.

- c) La natura del negozio, e il suo regime di formazione, vanno ricondotti – secondo la normativa speciale sulla intermediazione finanziaria – ad un negozio a formazione progressiva, che trova la sua base di riferimento nel contratto-quadro che viene stipulato per iscritto fra intermediario e cliente al momento della verifica sulla propensione al rischio. Il contratto-quadro è preceduto da una fase informativa preliminare che consente di individuare il profilo del cliente e il suo livello di propensione al rischio, e consiste in un accordo che regola i successivi investimenti, accompagnato dalla consegna di una informativa generica sui rischi degli investimenti.**

Tali investimenti si perfezionano poi mediante veri e propri negozi giuridici, che abbisognano del consenso della banca e del consenso informato del cliente e che non sono equiparabili a semplici attività esecutive del contratto quadro. Non convince infatti la equiparazione del contratto quadro ad un contratto ad esecuzione continuata, stante la genericità dell'oggetto del contratto quadro, e stante d'altro lato il vincolo di presupposizione necessaria fra tale contratto e le successive vendite di titoli. Oltretutto, il contratto quadro non implica neppure un successivo obbligo a contrarre; ed è questo il motivo principale che induce ad escludere anche la identificazione del contratto-quadro con un contratto preliminare.

Il collegamento dei singoli investimenti col contratto quadro è d'altronde pacifico, in quanto è proprio tale contratto che

determina gli obblighi informativi della banca (quale intermediario finanziario), e la loro intensità (si ritiene fino a giungere alla dissuasione) allorché l'investimento richiesto dal cliente non corrisponda al profilo.

Altrettanto pacifica deve ritenersi la esistenza – collegata e integrata nell'accordo presupposto - dei singoli contratti di investimento, che implicano altrettante libere e consapevoli scelte del cliente circa l'esborso di denaro e la acquisizione patrimoniale dei singoli titoli.

d) Pertanto la eventuale nullità del contratto-quadro - inteso appunto come un contratto-integrativo dei successivi (o contestuali) ordini di investimento o disinvestimento - si ripercuote sui negozi attuativi; e la non-coerenza dei predetti negozi col contratto-quadro deve essere valutata, come vizio specifico, ai fini della annullabilità di questi ultimi.

Sembra invece a questa Corte di poter escludere la possibilità di valutare il predetto vizio come fonte di inefficacia o di risoluzione contrattuale: la inefficacia attiene infatti a requisiti particolari dei soggetti o delle clausole contrattuali, e l'inadempimento presuppone una formazione negoziale completa (ed è quindi da riservare alla valutazione del comportamento successivo al consenso negoziale).

In base ai suddetti criteri, può procedersi all'esame dei motivi di appello.

Il primo motivo di appello appare assolutamente infondato nella premessa, in quanto il nuovo rito processuale societario non deroga ai normali principi della prova, limitandosi a sottolineare le conseguenze della non-contestazione sulle domande ed eccezioni avversarie. Senonché, nel caso di specie, la Banca nella sua costituzione e nelle

memorie successive ha analiticamente contestato le argomentazioni avversarie, con richiami a precedenti giurisprudenziali e a perizie o pareri di parte. Né può farsi carico alla resistente della eventuale mancata contestazione di singoli documenti probatori o indiziari, facendone discendere una implicita ammissione della loro veridicità.

E' pur vero che – come già osservato – dagli atti risulta la natura speculativa del piano “4 you”; mentre risulta assolutamente smentita per tabulas la omissione della comunicazione del conflitto di interessi relativamente al collocamento obbligazionario.

Ma le altre circostanze che l'appellante vorrebbe far discendere dalla “ficta confessio” (violazione dei principi dell'equo trattamento, adeguatezza, ed equilibrio contrattuale; nonché prova della violazione dell'art. 36 DL 58/1998, e dei vizi del consenso) non sono desumibili dal comportamento processuale della banca convenuta ex art. 10 c. 2 bis DL 5/2003.

Va quindi respinto il primo motivo di appello, mentre appare meritevole di accoglimento il terzo motivo.

Sul quarto motivo di appello (violazione degli obblighi di trasparenza e correttezza), va detto che la mancanza di correttezza è sicuramente riferibile alla pubblicizzazione del piano come previdenziale, circostanza questa censurata dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato nel provvedimento 1172 del 6/3/2003. La mancanza di trasparenza si collega alla informativa fornita al cliente mediante il testo contrattuale (anche questo censurato dalla Autorità garante), che non rendeva sufficientemente chiaro il collegamento stretto fra finanziamento e investimento, specialmente nel caso di recesso, né con riguardo alla fase finale. In proposito, è vero che il contratto e le dichiarazioni del cliente davano atto della aleatorietà del possibile ricavo dal fondo di investimento; ma non chiarivano adeguatamente che in caso di

andamento sfavorevole del mercato non soltanto sarebbe venuto meno un guadagno, ma che l'intera operazione sarebbe risultata irrimediabilmente in perdita.

In altre parole il tenore del contratto e dei moduli sottoscritti dalla attrice, non accompagnato da una adeguata e diligente spiegazione (la cui prova rigorosa, sulla esistenza e sul contenuto, spettava all'intermediario ai sensi dell'art. 23 c.6 del TUF) sui rischi concreti della operazione integrata mutuo/investimento, ha violato il principio di trasparenza, non consentendo all'investitore di media esperienza una completa valutazione sullo sviluppo del piano nel tempo.

Anche il quarto motivo di appello va perciò accolto.

Brevemente sul 6° e 7° motivo di appello: non vi è stata formale violazione sulla informativa relativa al conflitto di interessi, né sul rendimento obbligazionario, come si rileva dalla modulistica sottoscritta dalla cliente. Nella sostanza, l'incremento dell'aggio sull'acquisto delle obbligazioni non appare così anomalo come l'appellante vorrebbe far credere, e non risulta aver violato l'art. 21 DL 58/1998 (sotto il profilo dell'equo trattamento) né gli artt. 26 e 32 Reg Consob 11522/98 (minimizzazione dei costi).

Quanto ai motivi sub 9 e 10 va rilevato che la indicazione della capitalizzazione al momento del recesso dal mutuo ben può essere espressa con una formula matematica, e che la onerosità del recesso (fino alle recenti modifiche legislative) era del tutto normale, senza che potesse invocarsi la vessatorietà della relativa clausola in quanto veniva intesa – a fronte della facoltà concessa al cliente - come corrispettivo a favore della Banca per la perdita di interessi scalari già “spalmati” nel piano di rientro. In ogni caso la invocata natura vessatoria della clausola non avrebbe mai potuto condurre alla

inefficacia del mutuo né tanto meno dell'intero piano di finanziamento e investimento.

In secondo luogo va rilevato che le ordinarie cause di annullabilità del negozio per vizio del consenso (errore o dolo) non risultano adeguatamente suffragate, e che la relativa lagnanza consiste in una mera ripetizione di quanto già respinto dal primo giudice, senza alcuna seria contestazione sulla sua valutazione in fatto e in diritto.

Riservando al prosieguo la trattazione dei motivi sub 2, 5 e 8, va a questo punto precisato quanto segue:

- Non sussiste alcuna nullità formale o sostanziale della contrattazione-quadro, in quanto risulta ad essa consegnato il prospetto sui rischi generali degli investimenti, e sottoscritta sia la modulistica allegata sia la proposta contrattuale. Né, in relazione ad altre deficienze del contratto-quadro (tra cui si evidenzia – come sarà oltre specificato – la assoluta carenza di indagine sul rischio) può farsi riferimento alla discussa categoria della c.d. nullità virtuale, ormai chiaramente e convincentemente disattesa dalla Corte di Cassazione.**
- Non sussistono ragioni di annullamento del negozio relativo al piano “4 you” per vizi tipici del consenso.**
- La rischiosità del piano, nonché le rilevate carenze di correttezza e trasparenza non possono avere autonoma rilevanza ai fini della validità negoziale, ma debbono esclusivamente essere valutate ai fini della completezza della informativa nei confronti del cliente.**
- Non sussistono ragioni di inefficacia del predetto negozio in relazione alla presunta clausola vessatoria.**

Col 2° motivo di appello la N.xxxx invoca la non tutelabilità del contratto atipico, con riferimento allo squilibrio delle prestazioni. In realtà l'ordinamento (a parte la previsione della lesione ultra dimidium, la

previsione delle clausole vessatorie, e la previsione della tipicità dei contratti aleatori) non tutela lo squilibrio delle prestazioni, e tanto meno un simile principio si ricava dall'art. 1322 c.civile che semplicemente prevede la liceità di contratti atipici con i quali i contraenti vogliono obbligarsi – su diritti disponibili – ad un qualsiasi *do ut des* che rientri nel campo delle obbligazioni giuridiche e non sia vietato né comunque illecito (e perciò tutelabile).

Col 5° motivo di appello la N. xxxx fa valere la illiceità della causa. A questo proposito potrebbe effettivamente ritenersi – superando talune novecentesche resistenze dottrinali – che la presenza di talune violazioni di legge, e la riconduzione del contratto di mutuo nella globale alea del piano di investimento, conducano ad una illiceità della causa del contratto atipico. Tuttavia non può pretermettersi di osservare che la illiceità della causa è sostenuta dall'appellante esclusivamente con riferimento agli artt. 24 e 36 c.3 DL 58/1998, e cioè con riferimento alla libertà di investimento e disinvestimento: in realtà la formula del piano “4 you” non può dirsi contraria alla libertà di investimento sol perché propone degli investimenti specifici; né può dirsi contraria alla libertà di disinvestimento sol perché prevede un recesso dal piano subordinando il recesso dal mutuo al disinvestimento dei titoli.

In verità il piano prevede soltanto un recesso globale, ed impedisce il disinvestimento o la variazione dell'investimento disgiuntamente dal recesso dal mutuo: e ciò pone effettivamente un vincolo alla libertà del cliente. Trattasi di un vincolo al limite della illiceità, che può essere giustificato soltanto con riferimento alla unitarietà del vincolo contrattuale atipico, e non appare perciò in assoluto contrasto con la legge in quanto la onerosità del disinvestimento dipende esclusivamente dalla compresenza di un mutuo di scopo voluto dalle parti. E' tuttavia evidente che tale vincolo avrebbe dovuto essere

oggetto di specifica sottolineatura da parte dell'intermediario e di piena coscienza da parte del cliente.

A questo punto il discorso sulla illiceità della causa non può essere ulteriormente esteso ex officio, soprattutto in assenza di una manifesta evidenza della invalidità.

Rimane da valutare il motivo di appello sub 8, sotto gli aspetti della indagine sulla propensione della N.xxxx al rischio, della mancata completa informativa alla cliente, e della inadeguatezza del prodotto rispetto al profilo della cliente.

Va in proposito ricordato che , se è vero – come sopra osservato – che l'ordinamento offre una tutela minimale contro lo squilibrio delle prestazioni, ha invece introdotto una tutela forte dell'investitore garantendo che gli strumenti finanziari siano scelti in modo adeguato al suo profilo patrimoniale e alla sua propensione al rischio. Ciò è conseguito alla tendenza delle banche a ridurre il loro rischio diretto di investimento, con conseguente riduzione degli interessi offerti sui depositi: è accaduto allora che molti risparmiatori si sono trovati costretti – pur non desiderando farlo o non essendo in grado di farlo – ad avvicinarsi direttamente al mercato finanziario, venendo così a trovarsi in una posizione di estrema vulnerabilità. Il TUF e la normativa sulla intermediazione finanziaria hanno perciò offerto gli strumenti idonei per una adeguata tutela del risparmiatore, e le relative norme vanno applicate con rigore nell'interesse dei singoli risparmiatori e del risparmio in generale.

Per quanto riguarda la individuazione della propensione al rischio della N.xxxx, la Banca non ha prodotto alcuna scheda di valutazione del rischio, e, in risposta alla richiesta della N.xxxx, dichiarò in data 6/7/2004 che la scheda era allegata alla accettazione della proposta. Ma ciò non è assolutamente vero: fra gli allegati indicati in calce al

documento non figura la scheda; e nel corpo del documento vi è soltanto la traccia prestampata di una richiesta di informazioni, con tutte le casellature in bianco e prive di qualsiasi indicazione su eventuali domande e risposte. Parimenti in bianco è la casella relativa al rifiuto di fornire informazioni; e – nell'ordine di sottoscrizione del 27/2/2001 – risulta in bianco la casella relativa alla ricezione di un avviso di inadeguatezza e alla decisione di dar comunque corso all'ordine stesso.

Dunque, non fu effettuata alcuna indagine sul rischio; ed ogni riferimento ad un livello di rischio medio-alto è frutto di pura fantasia. Così come frutto di pura fantasia (perché mai ne è stata chiesta la conferma probatoria) sono i tre presunti colloqui informativi che la N.xxxx avrebbe avuto con un funzionario della banca stessa.

Ne consegue che la Banca avrebbe dovuto comportarsi come se si fosse trovata in presenza di un profilo di rischio basso.

Quanto alla informativa fornita alla cliente, già numerose osservazioni sono state fatte, sia sull'onere della prova, sia nel merito a proposito dei chiarimenti che – specialmente in considerazione della ingannevole pubblicità del prodotto – avrebbero dovuto essere forniti prima della sottoscrizione:

- Natura speculativa e non previdenziale del prodotto**
- Alta rischiosità del prodotto nonostante l'investimento a lungo termine nel fondo**
- Collegamento stretto e indissolubile fra mutuo e investimento, in particolare con riferimento all'eventuale recesso**
- Scenari di sviluppo nel tempo della situazione di debito/credito**
- Aleatorietà del recupero totale delle spese a fine rapporto**

A fronte, è risultato chiaro il comportamento non corretto e non trasparente della banca, che anche in giudizio si è limitata a produrre la

informativa generale sui generici rischi degli investimenti consegnata alla cliente, e la copia della proposta di investimento.

E' ben vero che la documentazione prodotta dalla Banca integra una prova formalmente e sostanzialmente valida; ma la sua redazione unilaterale su moduli predisposti, e le usuali e notorie modalità di compilazione e sottoscrizione (con firme veloci e seriali raccolte su crocettature predisposte), fanno sorgere non pochi dubbi sul reale effetto informativo dei moduli in atti.

La spiccata natura tecnica del contratto, e la sua inidoneità a fornire una visione globale del rapporto atipico da esso generato è stata d'altronde sottolineata dalla Autorità garante.

A ciò si aggiunge la particolare natura del prodotto, oggetto tra l'altro di pubblicità ingannevole, e studiato "a tavolino" da menti sopraffine per massimizzare la raccolta del risparmio (anche inesistente), che rendeva necessari – comunque al di là delle mere clausole contrattuali – i chiarimenti ulteriori sopra indicati.

La mancanza di tali chiarimenti (o la mancata prova della loro prestazione, che processualmente ha la identica valenza stante lo specifico onere di prova gravante sull'intermediario) ha generato un vizio del consenso specificamente previsto dalla normativa speciale, dato che la omissione è stata di fatto determinante per la accettazione della controparte.

E non vi è dubbio che, trattandosi di un errore su circostanze essenziali dell'atto (modalità di recesso e natura dei vantaggi e degli obblighi reciproci), esso rende annullabile l'intera operazione finanziaria.

Ma vi è di più: il raffronto fra la accettazione della proposta contrattuale, la precedente condotta economico/finanziaria della N.xxxx, e le caratteristiche del prodotto "4 you", rendono evidente la non adeguatezza di quest'ultimo al profilo della cliente.

Non è qui fuor di luogo ricordare che a grandi linee, ad un basso profilo di rischio può essere associato un investimento in BOT o altri titoli di Stato, e che man mano possono essere associati a propensioni crescenti di rischio investimenti in obbligazioni private o fondi, investimenti misti obbligazionari e azionari, investimenti azionari con rating affidabile, investimenti azionari speculativi.

Nel caso di specie, l'investimento in obbligazioni e in un fondo azionario a lungo termine avrebbe potuto essere considerato a medio rischio: tuttavia, la presenza di un mutuo oneroso innalzava il livello di rischio sì da renderlo inevitabilmente inadeguato al basso livello da attribuire presuntivamente alla N.xxxx.

Quest'ultima, d'altronde, risultava proprietaria di immobili, ed aveva investimenti per oltre due miliardi di lire in obbligazioni, fondi comuni e polizze: il suo obiettivo pregresso approccio con il settore finanziario era perciò più che prudenziale, e la sua solida posizione economica configgeva con un indebitamento per un ulteriore investimento.

Discende dalla sottolineata inadeguatezza ad personam dello strumento finanziario "4 you" un ulteriore motivo di annullamento del contratto.

L'appello deve perciò essere accolto per quanto concerne l'annullamento del contratto dedotto in causa.

La banca dovrà perciò restituire alla N.xxxx tutto quanto da costei versato in relazione al predetto contratto e al recesso (compresi interessi e spese) al netto di quanto percepito dalla N.xxxx (per cedole e disinvestimento). La predetta somma è stata indicata dalla parte attrice in euro 82296,79 e non è stata oggetto di specifica contestazione, per cui va liquidata secondo la richiesta. La suddetta somma dovrà essere rivalutata e gravata di interessi legali dal dì della domanda, stante la oggettiva sussistenza di una svalutazione ai danni della cliente. Nessun

altro danno può essere liquidato a favore della N.xxxx, in mancanza di prova specifica.

Le spese di entrambi i gradi di giudizio vanno poste a carico della banca resistente, in relazione alla soccombenza e alla sua condotta extraprocessuale. La resistenza in giudizio non appare giustificata dalle pregresse pronunce ottenute a proprio favore, dato che la Banca non poteva non essere a conoscenza delle problematiche inerenti il prodotto finanziario che proponeva ai clienti.

PQM

La Corte, definitivamente decidendo sull'appello proposto da N.xxxx V.xxxxxx avverso la sentenza n. 92/07 del Tribunale di Lucca, nella contumacia della Spa Monte dei Paschi di Siena, annulla il contratto denominato "4 you" sottoscritto dalla appellante il 27/2/2001, condannando la Spa Monte dei Paschi di Siena a restituire alla N.xxxx euro 82296,79. La suddetta somma dovrà essere rivalutata e gravata di interessi legali dal dì della domanda.

Condanna la Banca Spa Monte dei Paschi di Siena a rimborsare alla appellante le spese del primo giudizio liquidate in euro 5800,00 di cui euro 800,00 per spese effettive e forfettarie, oltre Iva e Cap.

Respinge per il resto.

Condanna la Banca altresì a rimborsare alla controparte le spese del presente grado liquidate in euro 8400,00 di cui euro 1400,00 per spese effettive e forfettarie, oltre Iva e cap.

Firenze 5 gennaio 2010

IL PRESIDENTE EST.