

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al n° 987/2011 R.A.C.C. promossa, con atto di citazione notificato il 17.2.2011 cron. n° 3271 U.N.E.P. di Udine, da

- **CLIENTI**, (OMISSIS),

attori;

contro

- **"BANCA S.P.A."**, (OMISSIS)

convenuta;

avente ad oggetto: intermediazione finanziaria.

Causa iscritta a ruolo il 24.2.2011 e trattenuta a sentenza all'udienza di precisazione delle conclusioni del 23.9.2013.

CONCLUSIONI:

Per parte attrice:

I) In via principale di merito: voglia l'Ill.mo Tribunale adito disattesa ogni avversa eccezione, deduzione e istanza, così giudicare: 1. Accettare e dichiarare per le differenti ed eventualmente alternative ragioni sin qui esposte la nullità del contratto-quadro sottoscritto in data 7 agosto 1996 e/o dell'ordine, conferito dal sig. V.V. il 14 maggio 2008 (eventualmente in quanto sottoscritto in assenza di contratto-quadro), di acquisto di obbligazioni **LEHMAN BROTHERS FRN 11** per un valore nominale di euro 90.000 e, comunque, l'illegittimo comportamento, la violazione di norme imperative di legge e la conseguente responsabilità della convenuta banca in relazione agli obblighi su di essa gravanti. 2. Conseguentemente condannarsi la convenuta **BANCA S.P.A.**, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a restituire agli attori la complessiva somma di euro 86.033,80, oltre ad una somma pari agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria dalla data dell'operazione a quella dell'effettiva restituzione, o la diversa somma accertanda in corso di causa con interessi e rivalutazione o, ancora, quella che verrà ritenuta di giustizia. 3. Condannarsi altresì la convenuta a risarcire il maggior danno conseguente alla mancata disponibilità della somma complessiva di euro 86.033,80 dal 14 maggio 2008 alla data del pagamento nella misura che verrà ritenuta di giustizia, tenuto conto degli investimenti finanziari alternativi. In caso di accoglimento della domanda, gli attori dichiarano la loro immediata disponibilità alla consegna alla convenuta dei titoli oggetto del contratto.

II) In via subordinata: 1. dichiararsi l'annullamento dell'ordine, conferito dal sig. V.V. il 14 maggio 2008, di acquisto di obbligazioni **LEHMAN BROTHERS FRN 11** per un valore nominale di euro 90.000, il cui consenso fu dato per errore (certamente essenziale e riconoscibile) sulla base della valutazione di inadeguatezza fornita solo a posteriori dalla banca convenuta nell'ambito del servizio di consulenza. 2. Conseguentemente condannarsi la convenuta **BANCA S.P.A.**, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a restituire agli attori la complessiva somma di euro 86.033,80, oltre ad una somma pari agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria dalla data dell'operazione a quella dell'effettiva restituzione, o la diversa somma accertanda in corso di causa con interessi e rivalutazione o, ancora, quella che verrà ritenuta di giustizia. 3. Condannarsi altresì la convenuta a



risarcire il maggior danno conseguente alla mancata disponibilità della somma complessiva di euro 86.033,80 euro dal 14 maggio 2008 alla data del pagamento nella misura che verrà ritenuta di giustizia, tenuto conto degli investimenti finanziari alternativi. III) In via ulteriormente subordinata: 1. Dichiarare risolto per grave inadempimento, imputabile a fatto esclusivo della convenuta, l'ordine, conferito dal sig. V.V. il 14 maggio 2008, di acquisto di obbligazioni **LEHMAN BROTHERS FRN 11** per un valore nominale di euro 90.000. 2. Conseguentemente condannarsi la convenuta **BANCA S.P.A.**, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a risarcire o restituire agli attori la complessiva somma di euro 86.033,80 oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria dalla data dell'operazione a quella dell'effettiva restituzione, o la diversa somma accertanda in corso di causa con interessi e rivalutazione o, ancora, quella che verrà ritenuta di giustizia. 3. Condannarsi altresì la convenuta a risarcire il maggior danno conseguente alla mancata disponibilità della somma complessiva di euro 86.033,80 dal 14 maggio 2008 alla data del pagamento nella misura che verrà ritenuta di giustizia tenuto conto degli investimenti finanziari alternativi. IV) In via ancora ulteriormente subordinata: 1. Accertarsi, riconoscersi e dichiararsi il grave inadempimento imputabile a fatto esclusivo della convenuta in relazione all'ordine, conferito dal sig. V.V. il 14 maggio 2008, di acquisto di obbligazioni **LEHMAN BROTHERS FRN 11** per un valore nominale di euro 90.000. 2. Conseguentemente condannarsi la convenuta **BANCA S.P.A.**, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a risarcire o restituire agli attori la complessiva somma di euro 86.033,80 o la diversa somma accertanda in corso di causa o, ancora, quella che verrà ritenuta di giustizia anche secondo equità, oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria dalla data dell'operazione a quella dell'effettiva restituzione. 3. Condannarsi altresì la convenuta a risarcire il maggior danno conseguente alla mancata disponibilità della somma complessiva di euro 86.033,80 (o della diversa somma come sopra determinata) dal 14 maggio 2008 alla data del pagamento nella misura che verrà ritenuta di giustizia tenuto conto degli investimenti finanziari alternativi. In ogni caso: gli attori dichiarano la loro immediata disponibilità alla consegna alla convenuta dei titoli oggetto del contratto. Condannarsi la convenuta a rifondere agli attori le spese borsuali, i diritti di procuratore e gli onorari di avvocato, oltre le spese generali, c.n.a. e i.v.a. come per legge. In via istruttoria: si chiede ammettersi le prove testimoniali richieste nella memoria istruttoria ex art. 183, comma 6°, n° 2, c.p.c. del 13 settembre 2011 cui integralmente si rinvia.”

Per parte convenuta:

“I) In via principale: non accogliere le domande derivanti dalla procedura concorsuale Lehman ad oggi pari a complessivi euro 14.635,26; iii) gli importi che verranno successivamente formulate da controparte in quanto inammissibili e, comunque, infondate tanto in fatto quanto in diritto; II) In via subordinata e salvo gravame: nella denegata ipotesi di accoglimento anche parziale delle domande attoree, condannare controparte a restituire (o ridurre la condanna in misura pari a): i) gli importi cedolari incassati ante default pari a euro 1.010,42; ii) le somme percepite a titolo di ripari parziali derivanti dalla procedura concorsuale Lheman ad oggi pari a complessivi euro 14.635,26; iii) gli importi che verranno successivamente accreditati per effetto delle procedure fallimentari **LEHMAN BROTHERS** tutt'ora in corso; iv) il valore di mercato dei titoli obbligazionari per cui è causa; III) Sempre in via subordinata e salvo gravame: nella denegata ipotesi di accoglimento anche parziale delle domande avversarie: disporre la restituzione dei titoli alla Banca e surrogare la Banca nei diritti vantati dall'attore nei confronti delle procedure concorsuali **LEHMAN BROTHERS**. Con condanna degli attori al pagamento, in favore della scrivente, dei compensi professionali per l'attività giudiziale svolta (fase di studio della controversia, fase di introduzione del procedimento, fase istruttoria, fase decisoria) secondo i parametri previsti dal 'Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi





per le professioni regolamentate vigilate dal Ministero della giustizia, ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012 n. 1 convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 27".

RAGIONI DELLA DECISIONE

CLIENTI hanno citato in giudizio "**BANCA S.P.A.**" per chiedere l'accertamento della nullità del contratto di negoziazione e/o dell'operazione d'acquisto delle obbligazioni **LEHMAN BROTHERS** per nominali euro 90.000 effettuata il 14.5.2008, con conseguente condanna della convenuta alla restituzione dell'importo capitale di euro 86.033,80, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, ed al risarcimento del danno costituito dalla mancata disponibilità della somma a partire dal 14.5.2008. In subordine, gli attori hanno chiesto che sia annullato il singolo ordine d'acquisto perché il loro consenso sarebbe stato frutto di errore; o, in ulteriore subordine, che esso sia dichiarato risolto per grave inadempimento della banca, che non avrebbe fornito adeguate informazioni circa l'operazione né prima della sottoscrizione dell'ordine, né successivamente, allorquando la rischiosità dei titoli acquistati era notevolmente aumentata, con analoghe conseguenze in termini di condanna della convenuta.

Gli attori hanno esposto:

- che in data 7.8.1996 sottoscrissero un contratto di "apertura conto corrente e deposito titoli" e un contratto di "intermediazione in valori mobiliari", il quale ultimo sarebbe nullo in quanto non sottoscritto da alcun rappresentante di "**BANCA S.P.A.**" e, dunque, mancante della forma scritta richiesta ad substantiam, nonché in quanto non conforme alla normativa MIFID;
- che, nell'aprile 2008, avendo il V. manifestato, al promotore finanziario di "**BANCA S.P.A.**", che lo seguiva, perplessità riguardo al rendimento di alcuni investimenti da lui già eseguiti, venne invitato ad acquistare, in sostituzione, titoli di due note banche d'affari americane: **LEHMAN BROTHERS Holdings Inc.** e **Merrill Lynch Inc.**;
- che, avendo il V. sollevato dubbi sulla sicurezza di un simile investimento, sarebbe stato rassicurato sul fatto che tali titoli dovevano considerarsi assolutamente sicuri, anche perché presenti nel noto elenco '**PATTI CHIARI**';
- che, in data 14.5.2008, pertanto, il promotore finanziario di "**BANCA S.P.A.**" si recò presso la sede lavorativa del V., il quale sottoscrisse l'ordine di acquisto per euro 90.000 nominali di obbligazioni Lehman FRN 11 al prezzo di 94,90 (il modulo di trasmissione dell'ordine reca come orario le ore 10.06);
- che, al fine di procedere nell'operazione di investimento superando la valutazione di inadeguatezza per eccessiva concentrazione, al V. venne fatto sottoscrivere un ulteriore modulo (recante come orario le ore 10.21), con il quale dichiarò di rinunciare alle tutele previste dal contratto di consulenza e di procedere in regime di mera trasmissione titoli;
- che al V. venne sottoposto il questionario per la cosiddetta "profilatura" del cliente (ovverosia per rendere la banca edotta sulle sue conoscenze in materia di investimenti finanziari e le sue inclinazioni in merito) in data 8.3.2006, mentre tali dati non vennero aggiornati, come previsto dalla nuova normativa conseguente al recepimento della "direttiva MIFID", in occasione dell'invio dell'ordine in data 14.5.2008 che sarebbe stata la "prima occasione utile" per aggiornare detta "profilatura", secondo quanto stabilito dall'art. 113, comma 2°, della Deliberazione CONSOB n° 16190 del 2007, con ciò verificandosi un grave inadempimento degli obblighi informativi e comportamentali a carico della banca;
- che "**BANCA S.P.A.**" avrebbe violato i suoi obblighi informativi nei confronti degli attori, non avendoli informati della "particolare rischiosità" che i titoli da loro acquistati avevano assunto,



situazione che l'intermediario finanziario cui il V. si affidava avrebbe dovuto sapere cogliere da alcuni indici di mercato, diversi dal rating, ed in particolare dall'andamento dei Credit Default Swap, così violando anche l'obbligo assunto dall'adesione al Consorzio PATTI CHIARI.

La convenuta ha replicato che le domande sarebbero infondate, in quanto:

- a) "BANCA S.P.A." difetterebbe di legittimazione passiva a resistere, perché nella fattispecie di cui è causa si limitò a ricevere e a trasmettere l'ordine ricevuto dall'investitore ad un intermediario autorizzato ad operare sul mercato dei titoli Lehman, tant'è che ricevette una commissione in cambio di tale servizio;
- b) comunque non sarebbe possibile fare un "uso selettivo" dell'azione di nullità del contratto-quadro, pretendendo di fare dispiegare gli effetti di una simile sanzione non su tutti gli investimenti intervenuti a valle di esso, ma soltanto nei confronti dell'investimento in obbligazioni Lehman;
- c) gli ordini di investimento, a differenza del contratto-quadro che si trova a monte di essi, non avrebbero natura negoziale, mentre non sarebbe possibile ipotizzare una "nullità virtuale" ai sensi dell'art. 1418 c.c. per sanzionare la violazione di doveri di comportamento imposti all'intermediario;
- d) in ogni caso, il contratto-quadro non si potrebbe considerare nullo in quanto non sottoscritto dalla banca, perché: 1) il modulo recante il contratto fu predisposto dalla banca; 2) il contratto fu consegnato al "proponente" investitore dalla banca stessa; 3) nel corso degli anni intercorsi dal 1996 al 2008 furono compiuti numerosi atti negoziali chiaramente indicativi della volontà degli attori di avvalersi degli effetti del contratto-quadro, che dunque va considerato convalidato a tutti gli effetti; 4) l'interesse che la norma che prescrive la forma scritta intendono tutelare sarebbe quello dei clienti a ricevere tutte le informazioni prescritte e necessarie, interesse che nel caso di specie fu certamente tutelato;
- e) la nuova versione delle "norme contrattuali sulla prestazione dei servizi bancari e finanziari di BANCA S.P.A." che la banca doveva portare a conoscenza dei clienti per soddisfare quanto richiesto dalla MIFID venne trasmessa al domicilio dei V. nel mese di maggio 2008, e dunque prima della scadenza del termine ultimo fissato dall'art. 19, comma 13, del d. legisl. n° 164 del 2007 al 30 giugno 2008; in ogni caso, quand'anche una o più clausole del contratto fossero difformi rispetto alla previsione normativa, si dovrebbe applicare il principio di conservazione dell'atto di cui all'art. 1419, comma 2°, c.c.;
- f) il dovere della banca di aggiornamento sarebbe stato pertanto stato assolto, mentre non esisteva un obbligo di aggiornare la profilatura effettuata nel 2006 e condivisa dal V.;
- g) il V. (che pacificamente operava per conto di entrambi gli attori) non era un investitore alle prime armi ed ingenuo, come gli attori stessi pretendono di sostenere;
- h) quanto all'operazione specifica di cui è causa, al V. venne sottoposto e fatto sottoscrivere un documento (cosiddetta "scheda rischi") recante le informazioni necessarie, esposte in modo intellegibile, per compiere le proprie valutazioni sull'investimento, nonché il modulo con la segnalazione dell'inadeguatezza dell'operazione stessa, non per la natura dei titoli, ma per l'eccessiva concentrazione;
- i) non vi era alcuna situazione di "particolare rischiosità dei titoli" di cui "BANCA S.P.A." potesse essere a conoscenza e di cui non avesse informato il V., dato che i titoli Lehman furono accreditate, fino al giorno stesso del default, di un ottimo rating (equiparabile a quello dei titoli di Stato), tanto da rimanere nell'elenco PATTI CHIARI fino a tale giorno;
- j) il Consorzio PATTI CHIARI verifica giornalmente la presenza dei requisiti richiesti, tutti sostanzialmente tesi ad attestare un livello di rendimento, ma anche di rischio, basso per l'investitore e solo una variazione del livello di rischio tale da determinare la fuoriuscita dei titoli

dall'elenco avrebbe comportato un obbligo di informare l'investitore in un momento successivo a quello dell'ordine, cosa che, nel caso di specie, non si verificò sino al giorno del clamoroso ed inaspettato default;

k) i credit default swap non rappresentano un indicatore affidabile e più rappresentativo della rischiosità di un titolo rispetto al rating che viene correntemente utilizzato dal mercato borsistico come parametro di riferimento e ritenuto elemento dirimente dalla giurisprudenza;

l) non ci sarebbe stata alcuna operazione di induzione all'acquisto di tali titoli, anche perché "BANCA S.P.A." non ne avrebbe tratto alcun vantaggio;

m) la segnalazione di inadeguatezza per concentrazione dell'operazione che il V. si apprestava a sottoscrivere non avrebbe potuto essere inserita nel sistema dopo l'esecuzione dell'ordine, e comunque il V., ove avesse ritenuto dirimente tale profilo, avrebbe potuto ordinare immediatamente di disinvestire dai titoli Lehman;

n) in ogni caso, non vi sarebbe prova alcuna del fatto che gli attori, qualora avessero conosciuto le informazioni che ritengono essere state loro colpevolmente taciute da "BANCA S.P.A.", non avrebbero effettuato l'operazione di investimento di cui è causa.

Il processo è stato istruito con le sole produzioni documentali delle parti, non essendo state ammesse le ulteriori prove hinc et inde dedotte.

Le domande degli attori sono infondate e devono essere respinte.

In via preliminare, quanto alla eccezione sollevata da "BANCA S.P.A." di difetto di legittimazione passiva, si rileva che essa non può essere accolta. Il fatto che la banca abbia svolto, nel caso di specie, non attività di negoziazione di titoli in conto proprio (vendita in contropartita diretta), ma solo attività di raccolta e trasmissione ordini, non esclude l'applicazione del complesso di regole comportamentali dettate dal T.U.I.F., visto che l'art. 1, comma 5, lett. e), di tale testo include, tra i servizi di investimento cui esso si deve applicare, anche l'attività di "ricezione e trasmissione ordini".

In via principale, tuttavia, non può trovare accoglimento la prima e fondamentale domanda di parte attrice, ovverosia quella volta ad ottenere la dichiarazione di nullità del contratto-quadro per mancata sottoscrizione da parte della banca e, quindi, per mancanza della forma scritta richiesta ad substantiam.

Si deve considerare che, nel caso dell'art. 23 del T.U.I.F., la forma scritta ad substantiam è richiesta per ragioni cosiddette "di protezione" in favore del contraente debole. L'art. 23 del T.U.I.F. ha, dunque, la funzione di apprestare una disciplina di protezione del soggetto debole, investitore, così da superare la sperequazione a suo sfavore, di tipo conoscitivo e negoziale, nel potere e capacità di determinare il contenuto normativo dell'accordo, in modo tale da accertarsi che egli sia edotto e consapevole delle caratteristiche dei servizi di investimento prestati dall'intermediario e dei diritti e obblighi connessi ai contratti relativi agli stessi servizi di investimento. Orbene, proprio da tale finalità discende la peculiare natura della nullità formale dei contratti per la prestazione dei servizi di investimento, nullità che, a norma dell'art. 23, comma 3, T.U.I.F., "può essere fatta valere solo dal cliente" e, quindi, non configura una nullità assoluta. Secondo una certa giurisprudenza di merito, ne discende, da un lato, che la previsione di forma è pienamente soddisfatta dalla sottoscrizione del solo investitore, e, dall'altro, che il contratto-quadro nullo per mancanza della forma scritta può essere convalidato, dal momento che la legittimazione relativa all'azione prevista dall'art. 23 T.U.I.F. esprime la prevalenza dell'interesse del contraente protetto sull'interesse pubblico alla tutela del mercato. Tale convalida può derivare non solo dall'esecuzione volontaria delle prestazioni, ma anche da qualsiasi comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi della nullità. Pertanto, in presenza di un contratto-quadro mancante della sottoscrizione della banca,



l'esercizio dell'azione di nullità rivolto solo ad alcune delle operazioni esprimerebbe la volontà di conservare le cedole incassate in relazione ai restanti ordini d'acquisto, e pertanto di avvalersi degli effetti del contratto-quadro in base al quale sono stati effettuati: da ciò si desume una convalida integrale di tale contratto, in coerenza con il principio di buona fede, di cui l'istituto della convalida costituisce un'espressione. Nel caso di specie, i ricorrenti, sulla scorta del contratto-quadro di cui è stata chiesta la nullità ai sensi dell'art. 23 T.U.I.F., hanno per anni acquistato e negoziato titoli attraverso l'intermediario e hanno beneficiato delle cedole e di ogni altro provento conseguente alle operazioni di investimento effettuate. Di conseguenza, l'azione selettiva di nullità sarebbe da respingere perché contraria allo scopo della norma e perché riguarderebbe un contratto ormai convalidato (cfr. Tribunale Venezia 7.12.2012; Tribunale Verona, 28.6.2012; Corte d'appello Torino, 3.4.2012; Tribunale Como, 7.3.2012; Tribunale Milano, 21.2.2012; tutti provvedimenti consultabili sul sito Il Caso.it).

In alternativa all'adesione a tale indirizzo giurisprudenziale di merito (che indubbiamente non è uniforme e sconta la difficoltà di adattare alla nullità relativa del T.U.I.F. – che è pur sempre un'ipotesi di nullità per mancanza di forma – norme diverse da quelle previste in generale dalla disciplina della nullità e che sono, invece, caratteristiche della disciplina dell'annullabilità), si deve comunque osservare che, per consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, “Con riferimento ai contratti per i quali è prevista la forma scritta ad substantiam, il contraente che non abbia sottoscritto l'atto può perfezionare il negozio con la produzione in giudizio del documento al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente sottoscrittore, o manifestando a questi con un proprio atto scritto la volontà di avvalersi del contratto. In tal caso, la domanda giudiziale o il successo scritto assumono valore equipollente della firma mancante, sempreché, medio tempore, l'altra parte non abbia revocato il proprio assenso o non sia deceduta, con la conseguente impossibilità della formazione del consenso nella forma richiesta dalla legge nei confronti dei suoi eredi.” (così, da ultimo, Cass. 17.10.2006, n° 20223). Più di recente, tale indirizzo è stato precisato ed integrato con l'affermazione che “nei contratti per cui è richiesta la forma scritta ad substantiam non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti”, sicché non solo “la produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l'ha sottoscritta”, ma anche “qualsiasi manifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto, realizzano un valido equivalente della sottoscrizione mancante, purché la parte che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero non sia deceduta.” (v. Cass. 22.3.2012, n° 4564, non massimata sul punto, la quale, con riferimento ad un contratto di conto corrente bancario sottoscritto solo dal cliente, ha affermato che “bastano a tal fine [ovverosia al fine del perfezionamento del contratto nella prevista forma scritta] le comunicazioni degli estratti conto”; in senso conforme, per la giurisprudenza di merito, v. Tribunale Reggio Emilia, 15.5.2013, leggibile sul sito Altalex.it).

Applicato al caso di specie tale condivisibile orientamento, si deve necessariamente rilevare che lo stesso ordine d'acquisto dei titoli

oggetto di causa (doc. n° 5 di parte attrice), che pacificamente venne effettuato in esecuzione di quel contratto quadro (doc. n° 2 di parte attrice), e ben prima che gli attori revocassero il loro consenso proponendo la presente azione di nullità, reca la sottoscrizione dell'incaricato della banca e, quindi, dimostra, in forma scritta, l'adesione della stessa al contratto quadro.

Quanto alla possibilità di dichiarare la nullità del contratto-quadro “per l'illegittimo comportamento serbato dalla banca”, basti richiamare l'orientamento espresso dalle sezioni unite della Corte di Cassazione secondo cui “in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. ‘nullità virtuale’), deve trovare conferma la



tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità [...] in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1°, c.c., la nullità del cosiddetto 'contratto-quadro' o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso." (Cass. s.u. 19.12.2007, n° 26724).

banca non provvede ad aggiornare tempestivamente tale contratto con

Ad ogni modo, la tesi degli attori secondo cui il contratto-quadro, e di conseguenza le singole operazioni, sarebbero nulli in quanto le novità introdotte dall'attuazione della direttiva MIFID, ed in particolare ad effettuare una nuova "profilatura" del cliente, non può trovare accoglimento. Infatti, la cosiddetta nullità sopravvenuta, rappresentando un problema di efficacia della legge nel tempo, non incide tanto sul contratto come atto, quanto piuttosto sul contratto come rapporto. Da

ciò discende che, operando sugli effetti e non sull'atto, essa non ha natura di vera e propria nullità, ma deve piuttosto concepirsi come una diversa tecnica di reazione, assimilabile alla risoluzione. La stessa Consob, invitando gli intermediari ad adeguare la documentazione entro il 30.6.2008, non stabilì alcuna sanzione nell'ipotesi di mancato adeguamento e, in applicazione dei principi generali, essendo il contratto di negoziazione, per le sue peculiari caratteristiche, un contratto di durata destinato a produrre i suoi effetti nel tempo, le eventuali clausole contrattuali incompatibili con il nuovo testo normativo devono considerarsi inoperanti e automaticamente sostituite dalle nuove norme di legge. Pertanto, le conseguenze del mancato aggiornamento potrebbero, semmai, riverberarsi solo in termini di inadempimento dell'obbligo della banca di aggiornare un contratto di per sé valido.

Quanto al mancato adeguamento del contratto risalente al 1996 rispetto ai requisiti introdotti dalla delibera Consob n° 16190 del 2007, va evidenziato che – quand'anche si volesse ritenere che l'aggiornamento del contratto sia avvenuto solo in data 20.5.2008, e quindi non in occasione della "prima occasione utile", che sarebbe stato l'incontro avvenuto per la sottoscrizione degli ordini di cui è causa –, dovendosi guardare se l'informazione fornita all'investitore sia stata "adeguata in concreto" (Cass. 25.6.2008, n° 17340), si rileva che le modalità attraverso cui si è giunti alla sottoscrizione dell'ordine di titoli Lehman sono state conformi a quanto prescritto dagli art. 37 e seguenti della delibera Consob. Infatti, anche senza doversi definire se intercorresse con la banca un contratto di vera e propria consulenza per come definita dalla nuova normativa, non vi è dubbio che il promotore finanziario Spampinato "da tempo gestore" degli investimenti del V. conoscesse le informazioni necessarie al fine di potere valutare tanto l'adeguatezza quanto l'appropriatezza di un'operazione ai sensi degli articoli 40 e 41 della delibera in questione. E questo, non solo e non tanto perché non vi è traccia del fatto che il profilo di investitore emerso dal questionario sottoposto al V. nel 2006, e da lui condiviso, fosse nel tempo mutato, ma anche perché, per stessa ammissione degli attori, tale intermediario conosceva perfettamente le varie operazioni finanziarie poste in essere dal V. e, dunque, le sue inclinazioni e conoscenze in materia. Proprio alla luce di tali informazioni venne fatta la valutazione di adeguatezza (ovvero del parametro che gli attori ritengono essere quello più "severo") dell'operazione in corso, in seguito alla quale venne sottoposto all'investitore, conformemente a quanto stabilito dagli articoli 42 e 43 della delibera, un modulo con il quale dichiarava di essere stato informato degli aspetti di inadeguatezza e di volere comunque proseguire.

Peraltro, che tale secondo modulo riporti un orario di qualche minuto successivo rispetto a quello riportato sul modulo di invio dell'ordine non pare avere alcuna rilevanza, dato che unico dato veramente rilevante è il momento nel quale le informazioni vennero fornite al V. (non quello dell'invio del modulo), dovendosi comunque presumere che l'attore non avrebbe firmato un modulo che attestava la sua intenzione di proseguire con l'ordine sebbene inadeguato laddove questo gli fosse giunto come un'assoluta sorpresa dopo avere già firmato, nella tesi degli attori, il modulo contenente l'ordine senza nulla sapere della sua inadeguatezza.

Quanto alla domanda di annullamento dell'ordine, essa è stata avanzata dagli attori sostenendo che il consenso sarebbe stato dato per errore, perché non erano stati correttamente informati sulla vera natura dell'investimento e perché erano stati indotti all'acquisto dall'intermediario che operava per "BANCA S.P.A.". Orbene, si deve innanzitutto rilevare che l'asserita violazione degli obblighi di informazione potrebbe, semmai, rilevare in termini di inadempimento, e non già in termini di vizio del consenso, perché, secondo l'insegnamento della Suprema Corte "le informazioni che devono essere preventivamente fornite dall'intermediario, a norma dell'art. 6 della previgente legge 2.1.1991, n° 1, non riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma gli elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e non sono quindi idonee ad integrare l'ipotesi di mancanza di consenso; deve, pertanto, essere esclusa non solo la nullità del contratto per mancanza di uno dei requisiti fondamentali previsti dall'art. 1325 c.c., qual è il consenso-accordo, ma anche la sua annullabilità per errore, come nel caso in cui l'investitore si dolga di aver acquistato non un titolo diverso, o con caratteristiche diverse, da un altro, ma un titolo privo del positivo andamento sperato, così prospettando una valutazione che rimane confinata nel campo dei motivi." (Cass. 19.10.2012 n° 18039). Inoltre, nel caso di specie, di tale induzione non vi è prova, mentre, al contrario, gli attori stessi hanno dichiarato che nell'aprile 2008 fu il V. a richiedere allo S. di investire in qualcosa di diverso e più redditizio rispetto ai titoli da lui già posseduti; e vi è la prova che gli attori fornirono il consenso all'operazione dopo avere ricevuto la "scheda rischi" che descriveva dettagliatamente la natura e la rischiosità dei titoli che acquistarono.

Quanto alla domanda di risoluzione per grave inadempimento, imputabile a fatto esclusivo della convenuta, per mancata corretta informazione del cliente, si rileva, in primo luogo, che detta domanda è inammissibile in quanto le singole operazioni eseguite in esecuzione del contratto-quadro non hanno natura negoziale, configurandosi piuttosto come un atto di esecuzione del programma, eventuale e futuro, di cui con il contratto-quadro sono state precisate e concordate le condizioni, di talché l'oggetto della domanda di risoluzione è il contratto di intermediazione, ossia il contratto-quadro, e non le singole operazioni poste in essere in esecuzione del contratto stesso (cfr. Tribunale Roma 17.10.2013, rinvenibile sul sito Unijuris.it, Tribunale Roma 24.5.2013, rinvenibile sul sito Il Caso.it). Nel merito, quanto al dovere di informazione gravante sulla banca sia al momento della sottoscrizione dell'ordine di investimento che successivamente, gli attori sostengono che "BANCA S.P.A.", in violazione della normativa dettata in materia di intermediazione finanziaria e delle specifiche previsioni (aventi rilevanza contrattuale tra le parti) contenute nell'opuscolo del Consorzio PATTI CHIARI, non li avrebbe correttamente informati della rischiosità dei titoli Lehman, né, poi, tempestivamente informati della variazione del livello di rischio della società emittente. Precisato che non rileverebbe, al contrario di quanto adombrato dai ricorrenti, un eventuale ritardo con il quale essi fossero stati aggiornati in merito al default del gruppo Lehman – atteso che da tale momento le obbligazioni persero il loro valore e, dunque, ogni eventuale ritardo non avrebbe potuto determinare, né aggravare, il danno – la questione da dirimere è se la convenuta potesse e dovesse prevedere o intuire il fallimento Lehman già nell'aprile 2008 (al



momento della sottoscrizione dell'ordine da parte del. V.) o, comunque, nei mesi successivi e prima del 15.9.2008.

Ebbene, **“BANCA -S.P.A.”** ha smentito in maniera convincente quanto sostenuto dagli attori, ovverosia che la convenuta, al fine di valutare la rischiosità dell'investimento, avrebbe dovuto guardare ad altri, diversi, ed asseritamente più affidabili parametri rispetto al rating, ed in particolare al Credit Default Swap (CDS), il cui valore non esprime una valutazione sul merito di credito di un'emittente, ma riflette semplicemente le dimensioni e la frequenza delle transazioni che la riguardano. Al contrario, la giurisprudenza maggioritaria in materia ritiene che, posta la assoluta incertezza e impraticabilità di criteri di valutazione del rischio diversi dalla valutazione del rating (quali proprio l'andamento dei credit default swap), il fatto che, al momento dell'acquisto, le obbligazioni Lehman avessero una rating pari ad **“A”**, è circostanza idonea a qualificare l'operazione come un investimento con forte capacità di pagamento degli interessi e del capitale. Infatti, il rating assegnato alle obbligazioni Lehman dalle principali agenzie era, fino al giorno prima del fallimento, **“A2”** per Moody's, **“A”** per Standard & Poor e **“A+”** per Fitch; e non c'è dubbio che il mantenimento di un rating elevato fino al giorno della dichiarazione di insolvenza rende palese che il mercato finanziario non aveva mai avvertito i sintomi del default della banca d'affari americana.

In tale situazione, dato che l'intermediario non è tenuto ad approfondimenti, analisi, previsioni, raccolta ed elaborazione di dati, che vadano al di là del comune diffuso patrimonio di conoscenze proprio degli operatori che agiscono professionalmente nel settore in cui anch'esso opera, competendogli essenzialmente un obbligo di trasmissione al cliente delle notizie di cui, con diligenza e perizia professionali, si è dotato, la banca non avrebbe potuto dare informazioni diverse da quelle disponibili per qualunque operatore finanziario. (Cfr. Tribunale Parma, 9.7.2012, leggibile sul sito diritto bancario.it; Tribunale Como, 7.3.2012 già citata; Tribunale Novara, 23.6.2011, leggibili sul sito Il Caso.it). Né si può ritenere che via sia stata alcuna violazione dell'obbligo di informazione connesso all'adesione al consorzio **“PATTI CHIARI”**. Infatti, laddove, come riportato nella **“Guida Pratica all'Elenco delle obbligazioni a basso rischio/rendimento”**, l'Elenco comprende solo i titoli con i rating migliori (perché solo i titoli con un rating molto alto, almeno pari ad **A-**, hanno minime probabilità di mancato rimborso) e che hanno mostrato oscillazioni di prezzo molto contenute (ovvero quelli che presentano il rischio di una riduzione di valore inferiore all'1% su base settimanale), può avvenire che uno di essi possa uscire dall'Elenco nel caso in cui abbia perso anche uno solo dei requisiti fondamentali. A tal fine l'Elenco viene aggiornato quotidianamente. Pertanto, solo se le Agenzie abbassano il rating sotto la soglia **A-**, il titolo esce dall'Elenco. Orbene, giacché la quotazione del titolo Lehman rimase costante fino al giorno in cui fu presentata la richiesta di ammissione al **“Chapter 11”** e non scese sotto il livello **“A-”**, mai si verificò la condizione per avvisare i clienti del realizzarsi dei presupposti per l'uscita del titolo dal consorzio in conseguenza dell'aumento del rischio. Né può ritenersi che l'ultima parte della clausola riportata nell'ordine di acquisto (**“Il cliente sarà tempestivamente informato se un titolo facente parte dell'elenco subisce una variazione significativa del livello del rischio”**) comporti l'assunzione da parte della banca di un obbligo informativo diverso e ulteriore rispetto a quello garantito con l'adesione al consorzio **PATTI CHIARI**. Tale frase deve infatti considerarsi come meramente esplicitativa dell'obbligo assunto dalla banca, per effetto dell'adesione al consorzio, il cui puntuale contenuto si è appena richiamato.

Respinte le domande degli attori, le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

La sentenza è provvisoriamente esecutiva ex lege (art. 282 c.p.c.; Cass. 10.11.2004, n° 21367).



P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa civile iscritta al n° 897/2011 R.A.C.C. promossa, con atto di citazione notificato il 17.2.2011, da CLIENTI contro "BANCA S.P.A.", così decide:

- 1) respinge, perché infondate, le domande proposte da CLIENTI nei confronti di "BANCA S.P.A."
- 2) condanna CLIENTI, in solido, al pagamento, in favore di "BANCA S.P.A.", delle spese di lite, che liquida – d'ufficio, in mancanza di nota – in euro 7.700, di cui euro 7.000 per compensi e in euro 700 per rimborso forfettario delle spese generali (D.M. 10.3.2014, n° 55);
- 3) dà atto che la sentenza è provvisoriamente esecutiva ex lege.

Dott.ssa Annamaria Zuliani

**La sentenza in commento è stata modificata nell'aspetto grafico con l'eliminazione dei dati sensibili nel rispetto della privacy.*