

Abstract. Le violazioni di oneri comportamentali da parte dell'intermediario finanziario nella fase precontrattuale o in quella esecutiva, pur risolvendosi nell'inosservanza delle norme previste dal T.U.F. e dalla normativa regolamentare di attuazione che rivestono carattere imperativo, non sono foriere della nullità del contratto di investimento poiché non concretizzano violazioni di norme che disciplinano intrinsecamente la struttura del negozio concluso. Tutto questo, però, non esclude che l'intermediario finanziario che violi le norme suddette possa incorrere in responsabilità precontrattuale nel caso in cui la violazione si verifichi nella fase delle trattative, e contrattuale nel caso in cui tali oneri di condotta vengano violati nella fase esecutiva del negozio di investimento già concluso. Così, se in entrambi i casi il cliente sarà legittimato a chiedere il risarcimento del danno prodotto dalla violazione degli oneri comportamentali previsti dal T.U.F., soltanto nel secondo caso potrà ottenere, in aggiunta, la risoluzione del contratto di investimento. Gli oneri in parola, infatti, andando ad integrare il contenuto del contratto, se violati, determinano l'insorgere di un inadempimento che, ove risulti grave, legittima chi lo subisce ad agire per la risoluzione del negozio.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI TERNI

riunito in camera di consiglio e composto dai Magistrati:

dott. -----	Presidente
dott. -----	Giudice rel. est.
dott. -----	Giudice

ha emesso la seguente

nella causa civile in primo grado iscritta al nnnnn. del R.G.A.C.C., trattata in decisione all'udienza collegiale di discussione ex art. 16 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (e successive modificazioni ed integrazioni) dell'8 marzo 2010

tra

XXXX, elettivamente domiciliato in Terni, presso lo studio dell'Avv. OOOO, che lo rappresenta e difende per procura apposta a margine dell'atto di citazione;

-attore-

e

BANCA YYYY S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, Avv. PPPP, elettivamente domiciliata in Terni, presso lo studio dell'Avv. VVVV, che la rappresenta e difende per procura apposta in calce alla copia notificata dell'atto di citazione;

-convenuta-

OGGETTO: contratto di intermediazione finanziaria.

CONCLUSIONI DELLE PARTI

L'attore ha concluso come da istanza di fissazione di udienza notificata in data ----- e depositata in Cancelleria in data -----.

La convenuta ha concluso come da nota ex art. 10 d.lgs. n. 5/2003 depositata in data -----.

OSSERVATO

che, preliminarmente, si rileva come alla motivazione della presente sentenza trovino applicazione gli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., come modificati rispettivamente dall'ari. 45, co. 17, e dall'art. 52, co. 5, della legge 18.6.2009, n. 69: infatti, l'art. 58 di tale legge prevede che le suddette disposizioni processuali, come dalla stessa modificate, si applichino ai "giudizi pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della presente legge";

che al momento dell'entrata in vigore della citata legge n. 69/2009, vale a dire il 4.7.2009 (ai sensi dell'art. 58, co. 1), il presente giudizio era ancora pendente: infatti, nei giudizi disciplinati dal rito di cognizione di cui al Titolo II del d.lgs. n. 5/2003 la causa si deve ritenere pendente fino al momento del deposito della sentenza (ovvero di lettura della stessa in udienza laddove la stessa venga emessa ai sensi

dell'art. 281-sexies c.p.c.), ai sensi dell'art. 16, co. 5, d.lgs. n. 5/2003;

che la domanda di nullità del piano finanziario denominato "4 You" fondata da XXXX sull'asserita violazione da parte dell'intermediario delle norme imperative di condotta previste dal T.U.F. e dal Regolamento Consob Intermediari (reg. n. 11522 del 1998 applicabile *ratione temporis* sebbene abrogato dal reg. n. 16190 del 29 ottobre 2007) deve essere disattesa;

che, infatti, sebbene si debba convenire che le norme dettate dal citato T.U.F. e dal Regolamento Consob Intermediari abbiano carattere imperativo, perché dettate non soltanto nell'interesse del singolo investitore di volta in volta coinvolto, ma anche nell'interesse dell'integrità dei mercati (art. 21 lett. a T.U.F.), tuttavia tale rilievo non è sufficiente a far concludere nel senso che la violazione di una o più delle predette norme comporta la nullità del contratto: è evidente, infatti, che il legislatore non ha espressamente stabilito che il mancato rispetto delle citate disposizioni interferisce con la fase genetica del contratto e produce il radicale effetto della nullità;

che non si rientra, pertanto, in uno dei casi tipici di nullità di cui all'art. 1418, co. 3, c.c.; soluzione negativa deve inoltre fornirsi all'interrogativo se nel caso in esame la nullità possa dipendere dall'applicazione della norma di cui al primo comma dell'art. 1418 c.c., cioè se si possa predicare la nullità virtuale del contratto perché contrario alle norme imperative di cui al T.U.F. e al Regolamento Intermediari;

che le ragioni della risposta negativa a tale quesito sono quelle esposte prima da Cass. n. 19024 del 2005 e, successivamente, fatte proprie Cass. SS.UU. n. 26724 del 2007; con le citate sentenze il Giudice di legittimità, dopo aver premesso che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, ha escluso che l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative prenegoziali ovvero nella fase di esecuzione del contratto finanziario, possa costituire causa di nullità, a prescindere dalla natura delle norme con le quali siffatta condotta contrasti, salvo che questa sanzione di invalidità non sia espressamente

prevista;

che il perno concettuale intorno al quale ruota la riportata conclusione della Suprema Corte è quello della netta distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto nella fase esecutiva del rapporto, genera - salva espressa diversa previsione legislativa - responsabilità e può costituire causa di risoluzione del contratto, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale; tale distinzione viene fondata, sul piano sistematico, anche sulle conseguenze in termini di responsabilità e non di invalidità dell'atto connesse dalle disposizioni codicistiche alla violazione degli obblighi di correttezza e buona fede da parte di uno dei contraenti;

che con la sentenza n. 26274 del 2007 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, svolta tale premessa generale, hanno quindi escluso che nel settore dell'intermediazione finanziaria possa riscontrarsi un principio di segno diverso da quello rinvenibile nel sistema codicistico, rilevando che ad una disamina delle norme dettate per disciplinare l'attività e i contratti delle società di intermediazione mobiliare è dato constatare come il legislatore abbia espressamente ipotizzato alcune ipotesi di nullità, afferenti alla forma e al contenuto pattizio dell'atto (art. 23 e 24, ult. co., T.U.F.), nessuna delle quali è però riconducibile alla violazione delle regole di comportamento gravanti sull'intermediario in tema di informazione del cliente e di divieto di operazioni inadeguate al profilo patrimoniale dello stesso o in conflitto di interessi; costituendo queste ultime situazioni che il legislatore ha preso in considerazione esclusivamente per i loro eventuali risvolti in tema di responsabilità, atteso che è stato posto espressamente a carico dell'intermediario l'onere della prova di aver agito con la necessaria diligenza (art. 23, ult. co., T.U.F.);

che non è stato ritenuto argomento idoneo a fondare una conclusione di segno opposto quello volto a valorizzare la natura generale dell'interesse alla correttezza del comportamento degli intermediari finanziari, alla luce dei riflessi propagabili sul buon funzionamento dei mercati; ciò sulla base della considerazione che alla tutela di un siffatto interesse generale sono preordinati il sistema di

controlli facenti capo all'Autorità pubblica di vigilanza ed il regime delle sanzioni che ad esso accede;

che, naturalmente, una volta escluso che la violazione dei doveri comportamentali dell'intermediario nella fase prenegoziale o in quella di esecuzione del rapporto sia idonea a riflettersi sulla validità genetica del contratto di intermediazione, ciò non significa che costituirà una condotta priva di conseguenze ma, semplicemente, che si tratterà di causa generante ipotesi di responsabilità ed episodi di inadempimento; richiamata la distinzione tra obblighi che precedono ed accompagnano la conclusione del contratto e quelli che hanno riguardo alla successiva fase esecutiva, il giudice di legittimità del 2007 ha rilevato che la violazione dei primi dà luogo ad una responsabilità di natura precontrattuale, dalla quale discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni, senza che a ciò osti l'avvenuta stipulazione del contratto (come riteneva invece la giurisprudenza più risalente), dal momento che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stato concluso un contratto invalido o inefficace (ex art. 1338 c.c.), ma anche se il contratto perfezionatosi sia valido e comunque produca effetti pregiudizievoli per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; in tal caso il risarcimento del danno sarà da commisurare al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento in mala fede; diversamente, la violazione da parte dell'intermediario dei doveri attinenti alla fase successiva alla stipulazione del contratto di intermediazione integra un inadempimento (o inesatto adempimento) contrattuale, dal momento che, attesa la natura imperativa delle norme legislative che li prevedono, tali doveri di condotta integrano, ex art. 1374 c.c., il contenuto del regolamento contrattuale convenuto: ben potendo pertanto la loro eventuale violazione, oltre che fondare obblighi risarcitori a carico dell'intermediario anche condurre, ove ricorrano gli estremi di gravità di cui all'art. 1455 c.c., alla risoluzione del contratto di intermediazione finanziaria in corso

che, ciò posto, occorre tentare di delineare l'ambito degli obblighi

legali di comportamento degli intermediari finanziari, tracciando preliminarmente le peculiarità del contratto in esame;

che il piano finanziario denominato "4 You" sottoscritto dal XXXX integra un meccanismo negoziale complesso, consistente: a) nella concessione di un finanziamento da parte della banca in favore del cliente, nel caso di specie dell'importo di € 35.315,32, al tasso annuo del 6,833%, da restituire in trent'anni in 360 rate mensili costanti di euro 232,41 ciascuna a decorrere dal 30 settembre 2001; b) nella necessaria utilizzazione del capitale finanziato per l'acquisto di quote del fondo comune di investimento KKKK S.p.A. per un controvalore di € 21.748,16 e di obbligazioni della Banca DDDD per un controvalore di € 16.476,00, da immettersi nel deposito a custodia e amministrazione da accendersi per l'occorrenza; e) nel contestuale conferimento da parte del cliente ed in favore dell'intermediario del mandato ad acquistare le obbligazioni e sottoscrivere le quote del fondo; d) nel fatto che gli strumenti finanziari da acquistare con il capitale mutuato erano espressamente vincolati a garanzia del finanziamento, con conferimento alla banca, per l'ipotesi di inadempimento del cliente ai pagamenti rateali, del mandato a prelevare dal deposito tutto o parte dei titoli, ad effettuarne la vendita e ad utilizzare il ricavato per l'estinzione o decurtazione del debito;

che veniva anche acceso un conto corrente ordinario finalizzato al regolamento delle partite di dare e di avere;

che questo Tribunale ritiene, pertanto, che si sia in presenza di una complessa operazione finanziaria, in cui alla negoziazione di titoli è collegato un contratto di finanziamento che rientra nei servizi accessori di investimento disciplinati dall'art. 1, co. 6, lett. e) del T.U.F. e 47 reg. n. 11522/1998, il quale prevede espressamente che per questi "si intendono [...] la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari, nella quale interviene il soggetto che concede il finanziamento";

che nella prestazione dei servizi di investimento ed accessori i soggetti abilitati devono "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati" (art. 21 lett. a) T.U.F.), ossia secondo criteri applicabili già in forza del diritto comune (art. 1176,

co. 2, e.e.) e con lo specifico dovere di operare per l'integrità dei mercati, che il regolamento n. 11522/1998 ha interpretato precisando che le imprese di investimento "rispettano le regole di funzionamento dei mercati in cui operano" (art. 26, co. 1); l'ampia portata delle clausole generali di diligenza, correttezza e trasparenza previste dal T.U.F. è stata precisata dal regolamento intermediari, che comunque non ne ha consumato la portata di norma di chiusura delle lacune contrattuali e normative riconoscibile all'art. 23 lett. a) T.U.F.; il solo canone di comportamento previsto dal predetto art. 21 privo di uno specifico referente lessicale nel codice civile è quello di trasparenza, che comporta l'obbligo di fornire al cliente "informazioni complete, obiettive ed intellegibili in ordine agli elementi rilevanti del rapporto, del servizio e degli strumenti finanziari" (così in dottrina);

che, in altri termini, assume particolare importanza la chiarezza e la comprensibilità delle informazioni fornite al cliente, posta l'elevata complessità dei profili tecnici connotanti gli strumenti e le operazioni finanziarie; il regolamento Intermediari ha specificato più analiticamente il contenuto del dovere di diligenza professionale degli operatori professionali, precisando che questi ultimi sono tenuti ad acquisire una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti che sia adeguata al tipo di prestazioni da fornire (art. 26, co. 1, lett. ej), nonché ad ottenere da ogni servizio di investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall'investitore (art. 26, co. 1, lett. f));

che gli intermediari, ai sensi dell'art 21 lett b) T.U.F., devono "acquisire le informazioni necessarie dai clienti ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati", regola che comporta l'obbligo dell'operatore di informarsi sul tipo di cliente e sulle sue disponibilità finanziaria; il regolamento predetto prevede che "prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento ed accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua

propensione al rischio; l'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto [...] ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore"(art. 28, co. 1, lett. a));

che tale disposizione recepisce la *know your customer rule* di derivazione anglosassone, e svolge una funzione strumentale al perseguimento del centrale principio della *suitability rule*; la Consob con comunicazione n. 30396 del 21 aprile 2000, dopo aver precisato che tale obbligo può essere assolto senza l'osservanza di specifiche modalità, ha raccomandato agli intermediari "di non sollecitare in alcun modo il rifiuto dell'investitore di fornire le informazioni richieste";

che per giurisprudenza costante, cui questo Tribunale presta adesione, l'eventuale rifiuto del cliente di fornire tali informazioni, anche se frutto della sua autodeterminazione, non vale ad esonerare l'intermediario dall'obbligo di informazione e dalla verifica del profilo di adeguatezza del prodotto finanziario oggetto di negoziazione: in tal caso l'intermediario dovrà attestare le modalità del proprio operare su livelli di tutela elevati, dovendo desumere da tale rifiuto una "propensione al rischio minima o ridotta, una scarsa conoscenza degli strumenti finanziari e, di conseguenza, obiettivi di investimento orientati alla conservazione del capitale investito, piuttosto che alla massimizzazione della redditività", ciò in quanto dalla interpretazione della disciplina regolamentare in argomento " non possono discendere conseguenze sfavorevoli al cliente" (così Trib. Monza, 16 dicembre 2004; Trib. Mantova, 1 dicembre 2004; Trib. Milano, 20 marzo 2006);

che nel caso in esame XXXX, se ha dichiarato quale obiettivo di investimento la "compresenza di redditività e rivalutabilità con il rischio dell'andamento dei corsi", si è rifiutato di fornire informazioni sulla sua situazione finanziaria (v. doc. n. 4 del fascicolo di parte convenuta); e tale circostanza assume particolare al fine di tracciare gli obblighi di comportamento dell'intermediario bancario convenuto laddove si consideri la rilevanza nell'ambito della complessiva operazione del finanziamento erogato;

che l'art. 28, co. 2, reg. n. 11522/1998 contiene la più rilevante specificazione dell'obbligo di informazione di cui all'art. 21, co. 1, lett. h), T.U.F. prevedendo che gli intermediari, prima di effettuare o

consigliare operazioni, ovvero prima di prestare il servizio di gestione, forniscano al cliente le informazioni sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle operazioni, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento;

che uno degli obblighi di comportamento centrali gravante sugli intermediari professionali è quello di cui all'art. 29 reg. n. 1522/1998, vale a dire di astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni "non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione", tenendo conto, ai fini della formulazione del giudizio di adeguatezza, delle informazioni ricevute dal cliente-investitore ex art. 28, co. 1, lett. a) del regolamento e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati (c.d. *suitability rule*); in termini positivi tale obbligo di comportamento dell'operatore professionale può essere tradotto nell'obbligo di raccomandare o porre in essere per conto del cliente soltanto operazioni compatibili con le caratteristiche personali e la situazione finanziaria di quest'ultimo (con la citata comunicazione n. 30396 la stessa Consob ha precisato che in ipotesi di rifiuto del cliente di fornire informazioni il giudizio di adeguatezza deve compiersi da parte dell'intermediario "in ossequio ai principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso, ad es. età, professione, presumibile propensione al rischio del cliente alla luce anche della pregressa ed abituale operatività, situazione del mercato);

che — come si è detto sopra — l'operazione in questione non si può certamente ritenere adeguata in considerazione del rifiuto dell'investitore di fornire informazioni sulla sua situazione finanziaria; diversamente da quanto deduce parte attrice (v. pag. 8 della memoria ex art. 6 d.lgs. n. 5/2003), invece, non risulta barrata la presa d'atto di inadeguatezza dell'operazione sul modulo a stampa di conferimento dell'ordine di acquisto delle obbligazioni della Banca DDDD (v. doc. n. 8 del fascicolo di parte convenuta);

che ove il cliente impartisca l'ordine di compimento di un'operazione inadeguata, è dovere dell'intermediario informare il cliente di tale circostanza e delle ragioni per le quali non è opportuno procedere alla sua esecuzione, "qualora l'investitore intenda comunque dar corso all'operatore, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un

ordine impartito per iscritto, ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o altro supporto equivalente, cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertente ricevute" (art. 29, co. 3, reg. n. 11522/1998); inoltre, la giurisprudenza di merito, che questo Tribunale condivide, precisa che la conferma di un'operazione inadeguata, per essere valida e sollevare l'intermediario da responsabilità, deve essere specifica e non già generica, potendo soltanto in tal modo la disposizione raggiungere il proprio scopo (cfr. Trib. Genova, 15 marzo 2005, n. 1230; Trib. Rimini, 6 giugno 2007, n. 564);

che il piano finanziario "4 you" rappresentava un'operazione gravemente speculativa ed aleatoria, come tale priva di profili previdenziali o capacità di accumulo del capitale, come peraltro accertato in sede amministrativa ed in via generale, ma soprattutto - e per quanto di interesse nel presente giudizio - costituiva un'operazione inadeguata in considerazione non solo della natura gravemente speculativa, certo non riconducibile *sic et simpliciter* nell'accezione di investimento caratterizzato dalla "compresenza di redditività e rivalutabilità con il rischio dell'andamento dei corsi", ma anche in considerazione del rifiuto dell'attore di fornire elementi sulla sua situazione finanziaria e della prestazione accessoria resa dalla Banca convenuta, ossia un mutuo trentennale per € 35.315,32;

che da quanto rilevato ne consegue che nella specie la Banca convenuta avrebbe dovuto avvertire il cliente che l'operazione era contrassegnata da profili altamente speculativi e, di conseguenza, rifiutarsi di dar corso all'operazione per inadeguatezza della stessa ex art. 29 reg. n. 11522/1998 (in questo senso hanno concluso, in un caso simile a quello in questa sede in e-same, App. Lecce, n. 129 del 2009 e Trib. Parma, n. 860 del 2008); soltanto in ipotesi di espressa conferma da parte dei clienti della loro volontà di porre in essere l'operazione ritenuta inadeguata (con analitica indicazione da parte dell'intermediario delle ragioni dell'inadeguatezza), la Banca avrebbe potuto dar corso alla stessa, nel rispetto delle forme di cui al terzo comma del predetto art. 29;

che in considerazione del rilievo dell'inadeguatezza della complessiva operazione posta in essere dalla Banca convenuta resta assorbita ogni

altra questione posta da parte attrice, ed in particolare quella in ordine al conflitto di interessi (di cui, ad ogni buon conto, si è detto sopra); che in forza delle considerazioni che precedono deve trovare accoglimento la domanda di risoluzione per inadempimento dell'intermediario del piano finanziario in esame spiegata da XXXX in via subordinata rispetto a quella di nullità; conseguentemente, la **BANCA YYYY S.P.A.** deve essere condannata a restituire la somma di € 20.194,41 (di cui € 1.123,00 a titolo di spese), sulla quale devono essere riconosciuti interessi nella misura del tasso legale progressivamente vigente a decorrere dalla data di pagamento di ciascuna rata del finanziamento fino all'effettivo soddisfo; che, diversamente, poiché l'importo suddetto è oggetto di una condanna alla restituzione, e non costituisce dunque un'obbligazione di risarcimento dei danni da inadempimento contrattuale, si è in presenza di un debito di valuta, e non di valore; che, diversamente, la **BANCA YYYY S.P.A.** non ha chiesto la restituzione degli strumenti finanziari acquistati da XXXX con l'importo mutuato; che, infine, non può trovare accoglimento la domanda volta a conseguire la condanna della Banca convenuta a richiedere la cancellazione dalla CRIF del nominativo dell'attore; che, infatti, è la stessa parte attrice a dedurre come l'interruzione del pagamento delle rate sia avvenuta "in quanto diventate per lui troppo onerose", e dunque si deve ritenere la sussistenza dei presupposti sulla scorta dei quali è prevista da parte della Banca la segnalazione in parola; e nessuna ulteriore deduzione ed allegazione in relazione a tale domanda è stata svolta da parte attrice con le successive memorie; che le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano nella misura indicata in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale di Terni, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando sulla causa indicata in epigrafe, ogni altra difesa, eccezione ed istanza, anche istruttoria, disattesa:

- **risolve** il contratto denominato "4 YOU" stipulato da XXXX con la **BANCA**

YYYY S.P.A. in data 28 agosto 2001;

- per l'effetto di quanto sopra statuito, **condanna** la **BANCA YYYY S.P.A.** a restituire a **XXXX** la somma di € 20.194,41 (ventimilacentonovantaquattro/41), oltre interessi al tasso legale dalla data di pagamento di ciascuna rata del finanziamento all'effettivo soddisfo;
- **rigetta** le restanti domande attorce;
- **condanna** la **BANCA YYYY S.P.A.** a rimborsare a **XXXX** la spese di lite, che Liquidata in complessivi € 2.686,18 — di cui € 1.000,00 per diritti, € 1.500,00 per onorati ed € 186,18 per spese esenti – oltre spese generali (art. 14 T.F.), I.V.A. e C.A.P. nella misura di legge.

Terni, 8 marzo 2010

Il Giudice estensore

(-----)

Il Presidente

(-----)