

Sent. 3632/2019

Con. 1312/19

REP. 3765/19



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
SEZIONE VIII

Il Tribunale in composizione monocratica, nella persona del Giudice Unico, dott.ssa Massimiliana Battagliese, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al N. del Ruolo Generale
Affari contenziosi per l'anno 2014

FRA

FONDAZIONE

,in persona del rappresentante legale p.t., domiciliata in Roma, via

ufficiata

come da procura in calce all'atto di citazione

ATTRICE

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by a vertical stroke and a small flourish at the bottom.

E

in persona
del rappresentante legale p.t., domiciliata in Roma , n.
ufficiata come da procura
in calce alla comparsa di costituzione e risposta

CONVENUTA

Oggetto: azione di nullità, di risoluzione e di responsabilità contrattuale (o precontrattuale) in materia di operazioni in strumenti finanziari e risarcimento del danno

Conclusioni: come meglio spiegate di seguito

Riservata per la decisione: all'udienza del 19 settembre 2018, con i termini di legge per lo scambio delle memorie conclusive e delle memorie di replica

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

La Fondazione in epigrafe indicata, con atto di citazione ritualmente notificato, introduceva il presente giudizio, con la seguente esposizione:

- Deduceva di essere erede testamentaria di
deceduto in data 13 febbraio 2011 e che, nelle more della sua costituzione, l'esecutore che aveva accettato l'incarico provvedeva a richiedere la documentazione attestante i rapporti di cui il *de cuius* era titolare e da cui emergeva, oltre il conto corrente, una serie cospicua di deposito titoli per investimenti in strumenti finanziari, il tutto per una somma complessiva di 966.569,24 euro (doc. c fascicolo di parte attrice);

- Precisava di aver richiesto tutti gli atti sottoscritti dal *de cuius* in merito agli investimenti, ai mandati, dunque, conferiti all'uopo alla banca, e al rapporto di deposito amministrato, con una serie di raccomandate o posta elettronica (in atti documentata);
- Esponeva che alla data dello svincolo delle somme, nell'ottobre 2012, residuava un importo di soli 564.000,58 euro, con perdite per la differenza di quanto risultante alla data del decesso, e ciò a causa della prosecuzione nella gestione dei titoli in assoluta autonomia da parte della banca ed in violazione della normativa bancaria e finanziaria e così lamentando che la banca era incorsa in comportamenti scorretti ed in spregio anche della disciplina Consob (artt. 26 e ss. Reg. Consob 11522) incorrendo, per tal via, in varie forme di responsabilità per danni;
- lamentava, ancora, che non erano consegnati i contratti (la cui mancanza, precisa il giudice, può dar luogo a nullità per difetto di forma scritta ex art. 23 T.U.F.) previsti dall'art. 30 Reg. Consob, (si precisa che trattasi del contratto "quadro" che autorizzi la conclusione dei singoli contratti);

CHIEDEVA, pertanto, alla luce delle illustrazioni rese:

- condannare la banca al risarcimento del danno emergente per la somma di euro 315.370,34, oltre interessi moratori dalla data del decesso al 31 dicembre 2014 pari ad euro 100.940,17, calcolati nella tabella allegata "S", e rivalutazione monetaria; nonché condannare la medesima banca a risarcire il lucro cessante pari ad euro 118.924,69, calcolato nella tabella "U2, oltre rivalutazione monetaria, determinato sulla scorta del ricavato dall'investimento sicuro a tasso fisso sino al 31 dicembre 2014 , pari al 3% con capitalizzazione trimestrale
- chiedeva, in sostanza, accertare la responsabilità della banca medesima per violazione degli obblighi informativi, almeno nella

fase successiva alla stipulazione, come previsti negli artt. e 23 T.U.F. e 28 e 29 Reg. Consob e la condanna ai danni conseguenti.

Si costituiva la ██████████ s.p.a., contestando tutte le avverse deduzioni e chiedendo il rigetto della domanda, in particolare deducendo che le domande risarcitorie potevano, se del caso, essere calcolate dalla data di costituzione della Fondazione e comunque della richiesta di disinvestimento alla data 25 luglio 2012; inoltre eccepiva l'inesistenza di un onere in capo all'intermediario di dare avviso dell'andamento dei titoli successivo agli acquisti.

Rigettate le istanze istruttorie, e prospettandosi la causa di puro diritto il giudice la tratteneva in decisione all'udienza del 19 settembre 2018.

Sulla decorrenza dei danni

Deve subito essere osservato che, ove emergano danni arrecati dalla condotta del soggetto agente, la quantificazione di essi va effettuata con riferimento al tempo in cui emerge lo stesso danno conseguenza, salva la imputazione nella sfera giuridica del danneggiato alla data in cui esso venga ad esistenza.

Invero, non può negarsi che l'evento dannoso, inteso propriamente come danno-evento sia il dato giuridico che deve essere valutato per la determinazione causale del pregiudizio; pertanto, essendo deceduto il cliente e subentrando nella continuità dei rapporti complessivi l'erede, è chiaro che, pur se formalmente esso assume la capacità giuridica per l'ordinamento ad un momento successivo, le conseguenze dannose cominciano a prodursi nel mondo fenomenico con connotati di concretezza nei confronti dell'erede nascituro, esattamente nei termini di una fattispecie a formazione progressiva, durante la quale il nascituro (*id*



est: la costituenda fondazione) vanta una posizione di aspettativa giuridicamente tutelata e tutelabile.

Ne consegue, che ove il danno si sia consumato in data antecedente la nascita, ciò non incide sulla modalità di valutazione degli elementi della fattispecie aquiliana, compresa la sua liquidazione.

Nel caso in esame le condotte lamentate dall'attrice appaiono consumate sin dalla prima richiesta con la quale l'intermediario era stato messo a conoscenza dell'avvenuto decesso del proprio cliente e del subentro nella gestione temporanea del suo esecutore testamentario che, per tal via, assumeva la titolarità dell'amministrazione dei titoli.

Sulla caratteristica degli investimenti

Ciò posto, v'è da rilevare, in ordine al rapporto in essere per gli investimenti in prodotti finanziari, quanto di seguito.

Non vi è dubbio che i titoli che erano in proprietà del *de cuius* riguardassero l'ambito di una negoziazione incanalata in una logica speculativa; ciò si può affermare pure in assenza di specifiche indicazioni delle parti relative al peculiare contratto intercorso con la Banca, poiché ne risulta consentita la valutazione in detti termini secondo lo stesso giudizio postumo sulla base degli esiti negativi, da cui emerge un intento di rischio non connesso ad un ben specifico negozio di collegamento. In tal guisa vengono in esame non solo i profili comuni delle pronunce giurisprudenziali già note e di significativa guida in ordine alla portata degli obblighi informativi e alle conseguenze dell'inosservanza degli stessi ma ogni profilo della contrattazione su strumenti derivati, dalla natura del contratto alla causa, al profilo della meritevolezza, al significato e all'incidenza della ricorrenza di un operatore qualificato e della dichiarazione resa dall'investitore ex art. 31 Reg. Consob.

E così, dunque, che appare pertinente tracciare un solco giuridico specifico per segnalare le linee dei principi in cui scorre la negoziazione dei derivati, in modo che più agevole risulti la comprensione degli effetti applicativi.

Ebbene, questa categoria contrattuale rientra indubbiamente nel genere dei c.d. contratti asimmetrici, in cui si obiettivizza la minor forza conoscitiva di una parte contrattuale rispetto all'altra ma dal punto di vista delle operazioni che verranno poste in essere; solo questo è l'elemento che rende "debole" il soggetto "cliente" o "investitore" rispetto all'intermediario e non per la posizione in cui versa la parte, necessitata a subire la contrattazione unilateralmente predisposta come accade nei veri e propri contratti dei consumatori, perciò solo in questo senso, cioè per una posizione di debolezza, qui solo conoscitiva, solo in parte, quindi, assimilabile alla categoria "protetta" dei consumatori.

Si tratta, in realtà di operazioni connotate non dal comune operare dei noti traffici commerciali, non, quindi, nell'ambito dei classici contratti del commercio, ma di categorie negoziali contraddistinte dal convergere di una pluralità di fattori di tipo economico-matematico che risentono dell'andamento del mondo finanziario e, dunque, anche, della politica internazionale. Sotto tale aspetto in nulla risalta se si tratta di operazione di copertura o speculativa poiché questo rappresenta solo lo scopo in virtù del quale l'investitore si determina alla scelta contrattuale, scopo che incide solo per la minore tenacia tecnica dell'investimento, connotato, quando non sia puramente speculativo, dalla cautela che si obiettivizza nel contenimento dei tipi merceologici alla fonte e dei titoli su cui l'intermediario dovrà indirizzare la ricerca delle operazioni per il conseguimento dei risultati. Su questo criterio sembra proprio essersi espressa la Corte d'Appello di Milano nella sentenza N. 3459 del 18 settembre 2013, in cui si legge dello swap come di *"un contratto rientrante*

nella categoria della scommessa legalmente autorizzata la cui causa, ritenuta meritevole dal legislatore dell'intermediazione finanziaria (per via dell'espresso richiamo operato dall'art. 1, comma 3, TUF, n.d.r.), risiede nella consapevole e razionale creazione di alee ... reciproche e bilaterali", dunque, "a prescindere dall'intento che ha determinato la conclusione del contratto. Sia esso di mera copertura, ovvero speculativo".

La stessa alea può definirsi razionale soltanto quando "gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi devono, invero, essere definiti e conosciuti ex ante, con certezza".

Certamente uguale è la natura asimmetrica del contratto, uguale è altresì la causa connotata dall'alea; diversamente, invece, entra in gioco il profilo della meritevolezza degli interessi allorchè si tratta di verificare quale era stata la scelta del cliente e come l'intermediario abbia gestito l'operazione.

In questa scia di fondo, il processo normativo, in pari modo per entrambi gli scopi perseguiti, ha condotto verso una progressiva intensificazione degli obblighi informativi e verso una più marcata positivizzazione di talune regole comportamentali; ciò in quanto, in questa logica, l'investitore riceve piena tutela quando è messo nella condizione, sul piano informativo, di aderire con consapevolezza allo scopo verso cui tende.

E' chiaro che a tale stregua, l'elemento di particolare incisività che il giudice deve tenere a base della valutazione decisionale è, appunto, il carattere aleatorio del contratto che ci occupa; infatti, l'alea contrattuale connota questo tipo di negoziazione in cui lo strumento finanziario è geneticamente connotato da alea, non essendo possibile che il mercato sia popolato esclusivamente da soggetti vincenti; per questo è di particolare rilevanza la conoscenza esauriente e tempestiva di tutti gli



elementi informativi per consentire al cliente di effettuare tale scelta, in modo che un corretto processo informativo, nel mercato caratterizzato comunque da un forte elemento speculativo, faccia ricadere sulle spalle dell'investitore esclusivamente gli esiti delle proprie scelte di investimento, eliminando quanto più possibile arbitrarietà o frode in guisa che, rispettato questo, non possa, poi, all'esito dell'investimento dolersi il cliente che riceva un risultato negativo.

Fermo restando che gli eventi possono muoversi in un universo probabilistico e che la "probabilità" del verificarsi degli eventi costituisce un dato conosciuto dalla banca che, proprio sulla base di esso, costruisce il prodotto, e ritenuto, non di meno, che l'alea non debba essere necessariamente simmetrica sul piano quali-quantitativo (l'investitore, purché consapevole, è sempre libero di accettare scommesse strutturate nel senso di produrre vantaggi elevati solo nelle ipotesi di accadimenti molto infrequenti) gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi devono, invero, essere definiti e conosciuti *ex ante*, con certezza. In quest'ottica, infatti, si è tracciato in giurisprudenza il concetto di "alea razionale", come bene definita dalla Corte d'Appello sopra richiamata; ciò che è fondamentale è la razionalità e misurabilità dell'alea, ovvero la consapevolezza che le parti abbiano del diverso livello di rischio cui sono esposte.

Ebbene, nella fattispecie non è dato rilevare se il *mark to market* era ben noto al cliente e perciò, alla luce di tutto quanto sopra, il dato che qui deve rilevare è se sia stato rispettato il diritto del cliente/risparmiatore di ricevere tutte le informazioni (anche quelle di tipo probabilistico) per farsi un'idea sulla meritevolezza in concreto dell'operazione.

E allora risulta evidente che, se l'investitore *-id est:* il suo successore a titolo universale e, nelle more, il suo gestore- ha avuto conoscenza del

tipo di investimento scelto attraverso un'informazione esauriente e tempestiva, risulta già rispettato il presupposto della scelta razionale; questa, infatti, lungi dall'implicare certezze di risultato si focalizza sulla correttezza delle regole del giuoco.

Alla luce di quanto sopra, invece, emerge che:

- nessun obbligo informativo è stato rispettato atteso che non si è data prova del contratto quadro e della sua adeguatezza a rendere consapevole il cliente dello strumento operativo che si apprestava ad utilizzare nonché il carattere aleatorio dei singoli contratti, la inapplicabilità dell'art. 1469 c.c., in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, e dell'art. 1933 c.c., che priva dell'azione la sola scommessa c.d. tollerata e non anche, come quelle analoghe al caso in esame, c.d. scommesse autorizzate, disciplina, peraltro, espressamente esclusa dall'art. 23 T.U.F, e precisa, detta clausola, per i singoli contratti *“l'assunzione di un elevato rischio di perdite, preventivamente non quantificabili, non sussistendo, dunque, alcuna garanzia di mantenere invariato il valore di detto investimento;*
- non si è data prova della stipula dei singoli contratti congegnati con modalità tecniche ed informative idonee a mettere al corrente il cliente del rischio contrattuale, unitamente ai prospetti informativi che periodicamente devono essere forniti al cliente;
- non si è specificata nemmeno se vi fosse la mancanza di una vera e propria asimmetria di esposizione al rischio, dal momento che nemmeno si è potuto esaminare se fosse ben evidenziato il criterio di calcolo, il parametro degli interessi e financo la formula matematica di utilizzazione; cioè elementi da escludere che l'intermediario incorresse in un'asimmetria tale da rendere certa la posizione di un contraente e incerta quella della controparte per

sottrarsi alle conseguenze della nullità per indeterminatezza dell'oggetto (lo stesso Tribunale di Milano ha precisato come *“nella determinazione dell'oggetto del contratto di swap, per l'indicazione del Market market non è sufficiente il richiamo alle quotidiane rilevazione dei tassi di interesse, ma è necessaria l'indicazione della formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in base allo scenario pronosticato; in mancanza di tale indicazione, in mancanza cioè della esplicitazione del criterio di calcolo dell'MtM, il valore negativo attribuito dall'intermediario costituisce un dato non verificabile e rimesso, pertanto, all'arbitrio di una delle parti del contratto....”* e solo una sua mancata esplicitazione può comportare la sanzione della voluta nullità *“l'esplicitazione della formula matematica di riferimento per l'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in base allo scenario pronosticato, comporta la nullità del contratto ai sensi dell'articolo 1418 c.c.”*: Trib Milano, N. 7398 del 16 giugno 2015);

- in sostanza, la banca convenuta avrebbe dovuto quanto meno dimostrare che i contratti stipulati erano meritevoli di tutela perché congegnati in modo da dislocare il rischio sia sull'investitore e sia sull'intermediario;
- nella fattispecie non risulta, ad esempio, che l'attrice sia stata ben messa nelle condizioni di conoscere il “calcolo probabilistico” che le ha consentito, dunque, di comprendere l'oggetto della negoziazione in vista della formazione di una corretta volontà contrattuale ma, pur superando questo dato -non essendo svolta domanda di nullità (evidentemente in modo corretto, attesa la mancanza dei contratti su cui svolgere la puntuale valutazione)- almeno la documentazione doveva essere nota all'esecutore e alla Fondazione che doveva esprimere la volontà di dare prosecuzione ai singoli contratti attuativi;

- la Banca avrebbe anche dovuto produrre il documento sulla dichiarazione resa dal cliente ai fini di valutare l'operatività per essa banca dell'esonero dall'osservanza delle pregnanti regole d'informazione, ai sensi del Reg Consob.

Sulla omissione degli obblighi informativi

Alla luce di tutto quanto finora esaminato ed argomentato, deve affermarsi che l'operazione posta in essere tra le parti del presente giudizio appare risentire dall'assenza dei presupposti più sopra delineati per rendere meritevole la stipulazione svolta; ciò ai fini di individuare la validità della causa per interessi meritevoli, come già sopra anticipato, e così sottrarsi, già secondo questo parametro di giudizio alla nascita di un'obbligazione risarcitoria.

Orbene, dai dati acquisiti agli atti e sopra indicati il giudicante non può ritenere meritevole di tutela i negozi in esame, dai quali, è incontestabilmente emersa una perdita del patrimonio di quasi la metà del saldo iniziale avuto in visione dall'attrice (e per essa, nelle more, l'esecutore).

Ebbene, la giurisprudenza ha adottato un criterio probabilistico, di cui è particolarmente permeato il mercato delle transazioni finanziarie, per individuare il contemperamento delle due tutele, quella del cliente e quella dell'intermediario professionale: vi è da segnalare che il contenzioso in materia si è alimentato, in particolare nell'ultimo decennio, dal mancato risultato positivo in termini di probabilità e la tutela che può ricevere l'operatore finanziario passa in misura capillare proprio attraverso il nucleo delle informazioni fornite, di modo che siano rispettate le regole divulgative di base; circostanze non dimostrate dalla banca nel presente caso.



Su queste basi, pertanto, non risultando rispettati i doveri comportamentali di correttezza informativa, come delineati anche in campo sovranazionale (ed ora acquisiti in campo nazionale per effetto del MIFID nel nuovo Reg. Consob 2007 in termini non distanti dalle tutele precedentemente dettate nello stesso Regolamento), deve affermarsi che gli investimenti che la banca ha proseguito a porre in essere non fossero “meritevoli di tutela” e comunque, anche fuori dalle qualificazioni giuridiche più corrette, in ogni caso forieri di diritti risarcitori, sia come conseguenza della nullità sia come conseguenza dell’inadempimento.

Sulle conseguenze della violazione degli obblighi informativi

Deve essere osservato come -a differenza della tradizione codicistica, che si limita a far leva sugli artt. 1337 e 1338 cc. (in ordine alle trattative) ed all’art. 1375 c.c. (relativo alla fase esecutiva del contratto) in cui manca una previsione tassativa delle comunicazioni da fornire, dato che la premessa da cui muove il codice civile è la parità tra le parti- nella negoziazione di strumenti finanziari (ma più in generale nei contratti asimmetrici ed anche in quelli dei consumatori) si ribalta la logica paritaria: qui la scelta del legislatore (comunitario e nazionale) è stata quella di obbligare il contraente forte a trasferire le sue conoscenze all’altra parte nella convinzione che in tal modo si possano conciliare autodeterminazione della scelta e consapevolezza del volere. Dunque, in questo binario si deve individuare se la scelta sia stata di fatto consapevole.

Ciò posto, emergendo le gravi omissioni informative da parte della Banca, sussiste la responsabilità a suo carico per come tracciato nella giurisprudenza di legittimità (la Cassazione a SS.UU. del 2007 ha tracciato il noto binomio “regole di validità-nullità/regole di condotta-risoluzione),

ed emergendo, per quanto già detto, la violazione delle regole comportamentali (*id est*: informative) tali da poter riconoscere un'ipotesi di responsabilità contrattuale, per i casi più gravi previsti dall'art. 1455 c.c. della risoluzione per inadempimento secondo l'impostazione affermata che vede, nella struttura del rapporto di cui è causa, la negoziazione "contratto quadro/singole operazioni" che nella fattispecie non è stato dimostrato.

Sulla dichiarazione di operatore qualificato

Infine, la banca ha eccepito la dichiarazione resa dall'investitore di essere a conoscenza del contenuto delle operazioni, in sostanza del rischio ad esse connesso.

A questo punto deve farsi una precisazione sul significato e la incidenza della autodichiarazione del cliente che si definisce "operatore qualificato": al riguardo è di insegnamento la Corte d'Appello di Milano (sentenza N. 3459/2013, ricalcata dalla stessa Corte nella sentenza N. 4303 del 11 novembre 2015) che si è richiamata all'assioma a suo tempo fissato dall'unico precedente della Cassazione (n. 12138 del 2009), secondo cui la dichiarazione di possedere un'adeguata conoscenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari costituisce una mera presunzione semplice, ben superabile con l'allegazione di elementi di segno contrario e tali da privare di efficacia la medesima autocertificazione; precisamente la Corte, il cui principio anche qui integralmente si condivide, richiede la *"prova positiva della insussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi di professionalità in materia di strumenti finanziari e dalla prova della conoscenza ovvero conoscibilità in concreto, da parte dell'intermediario, delle circostanze dalle quali poter desumere la reale situazione in cui versi l'investitore nel momento in cui rende siffatta dichiarazione"*. Ebbene, risultando che il *de cuius* abbia posto in essere gli investimenti come

semplice persona fisica e consumatore, viene anche in questione la tutela del soggetto i cui interessi sono *ex lege* qualificati da un punto di vista della protezione da operazioni fortemente speculative.

In definitiva, deve concludersi per il riconoscimento dei danni come quantificati, atteso che sono stati dettagliatamente svolti i relativi calcoli e non contestati, ciò con esclusione, tuttavia, del lucro cessante, non essendo il danneggiato soggetto economico ed anzi restando escluso -per il ruolo stesso dell'esecutore, prima, e della Fondazione, poi- che il perseguimento del fine dell'Ente potesse giustificare l'immobilizzazione delle liquidità, seppure temporanea, in titoli di Stato.

Allo stesso modo deve essere disattesa la richiesta di condanna per danni morali il cui risarcimento, invece, si è evoluto nell'alveo dell'art. 2059 c.c. che ha consentito alla dottrina e alla giurisprudenza di elaborare tutta la tematica della risarcibilità dei diritti della persona, anche senza reato.

In ogni caso, per l'applicazione dell'art.2059 c.c. è richiesta una prova rigorosa del danno asseritamente subito, onere gravante sull'attrice e non assolto, essendosi limitata ad una generica deduzione di circostanze che avrebbero determinato il danno stesso, con la conseguenza che la domanda sul punto va respinta, con assorbimento di ogni altra valutazione, prima fra tutte la ricorrenza del nesso di causalità tra il danno lamentato e il fatto lesivo.

Per tutto quanto esposto deve concludersi come sopra indicato e, tuttavia, la lieve soccombenza dell'attrice, unitamente alle questioni che contraddistinguono la vicenda fattuale, ancora vivamente in elaborazione in diritto, giustificano la compensazione delle spese processuali

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, disattesa o assorbita ogni diversa e ulteriore domanda, istanza, eccezione e deduzione, così provvede:

- Accoglie la domanda per quanto di ragione e, per l'effetto:
- Condanna

S.P.A.,, in persona del rappresentante legale p.t. a pagare in favore della

ONLUS, in persona del rappresentante legale p.t., la somma a titolo risarcitorio pari ad euro 315.370,34 cui si aggiungono euro 100.940,97 per interessi moratoti, oltre interessi legali dalla data della domanda all'effettivo soddisfo;

- Compensa le spese processuali.

Roma, 5 febbraio 2019.

Il giudice

Dott.ssa Massimiliana Battagliese

FUNZIONARIO DI CANCELLERIA
Dott.ssa Isabella Corritore

Depositato in Cancelleria
Roma, il 16/2/2019
IL FUNZIONARIO DI CANCELLERIA
Dott.ssa Isabella Corritore

