

1

CANC. CIVILE
SENT. n. 085/12
A. C. n. 1372/09
Gronal. 186/12
Repert. 790/12

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI CATANZARO
SEZIONE PRIMA CIVILE

riunito in camera di consiglio con la partecipazione dei Sigg. Magistrati:
dott.ssa Anna Maria Raschellà Presidente - rel.
dott. Francesco Agnino Giudice
dott.ssa Maria Pia De Lorenzo Giudice
ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa di primo grado iscritta al n. 1372 del ruolo generale degli affari contenziosi civili dell'anno 2009, trattenuta in decisione all'udienza del 16.10.2011, con riserva di deposito della sentenza nei termini di legge, promossa da N. Schipani, 168, presso e nello studio degli Avvocati Fabio e Vincenzo Iiritano che li rappresentano e difendono giusta procura a margine dell'atto di citazione

IL CASO.it

CONTRO

UNICREDIT BANCA DI ROMA S.p.A. con sede in Roma, Via U. Tupini n. 180, in persona del suo Direttore Generale e legale rappresentante dott. Alessandro Cataldo, con domicilio eletto in Catanzaro alla Via Buccarelli, 49, presso e nello studio dell'Avvocato Zimatore che rappresenta e difende giusta procura generale alle liti a rogito del dott. Gennaro Mariconda del 17 marzo 2009, rep. 48231 e racc. 13158;

CONVENUTO

E

THE McGRAW-HILL COMPANIES S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, giusta procura in calce all'atto di citazione notificato in data 3 aprile 2009, dagli Avvocati Fabio Guastadisegni, Paola Ciabotti e Lia Campionè del Foro di Milano e dall'Avv. Pasquale Barbieri del Foro di Catanzaro ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Catanzaro alla Via L. Pascali, 6;

CONVENUTO

OGGETTO: intermediazione finanziaria.

CONCLUSIONI:

Per a: "1) In via principale, accertare e dichiarare la nullità/annullabilità del contratto di investimento sottoscritto dai sig.ri Luisa Rosetta a mezzo Unicredit, per l'acquisto di obbligazioni Lehman & Brothner per € 44.000,00,

Def

per i motivi di cui in narrativa, e per l'effetto condannare la Unicredit S.p.A. alla restituzione della predetta somma; 2) In ogni caso, accertare e dichiarare in capo alla Unicredit S.p.a. e alla Standard & Poor's, in solido tra esse (...) la responsabilità nella collocazione delle obbligazioni L.&B. nei confronti degli attori e, per l'effetto condannarle in solido al risarcimento del danno nella misura di € 44.000,00 oltre interessi e rivalutazione dalla data del contratto e fino all'effettivo soddisfo; 3) Sempre per effetto della declaratoria di cui al punto che precede, condannare le convenute in solido al risarcimento del danno patito dagli attori nella misura dell'interesse che avrebbero maturato con investimenti nei titoli di stato; 4) Con vittoria di spese del presente giudizio".

Per Unicredit Banca di Roma S.p.A.: "In via pregiudiziale di rito 1) accertare e dichiarare l'inesistenza della notificazione dell'atto di citazione a Unicredit Banca di Roma S.p.A. (...); 2) accertare e dichiarare la nullità insanabile/inesistenza dell'atto di citazione per impossibilità di esplicitare la sua funzione nei confronti di Unicredit Banca di Roma S.p.A., stante la mancanza di qualsiasi richiesta nei confronti di tale soggetto, dichiarando quest'ultima estranea al presente giudizio in quanto mera destinataria della notificazione dell'atto di citazione e non anche parte evocata in giudizio; 3) in ogni caso dichiarare l'improcedibilità del presente giudizio nei confronti di UniCredit Banca di Roma spa per mancanza di iscrizione della causa a ruolo degli affari contenziosi civili del Tribunale di Catanzaro; Nel merito 4) Rigettare integralmente tutte le domande contenute nell'atto di citazione perché infondate ed inammissibili per tutte le ragioni ed i motivi sin qui indicati; 5) in via del tutto subordinata, limitare a più equa misura l'obbligo risarcitorio, tenendo conto di quanto specificato al punto 3) della presente comparsa; 6) sempre in via gradata, accertare che gli eventuali danni subiti dall'attore sono conseguenza diretta ed immediata dello sfavorevole andamento del mercato e, in ogni caso, valutare l'entità del pregiudizio sofferto dagli attori tenendo conto dell'eventuale concorso di colpa dei signori Mastria. Con condanna degli attori al pagamento delle spese del presente giudizio".

Per The McGraw-Hill Companies S.r.l.: "Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, previo ogni e più opportuno accertamento: In via preliminare: (1) accertare e dichiarare la carenza di legittimazione passiva dalla convenuta The McGraw-Hill Companies s.r.l. (...) e conseguentemente dichiarare l'inammissibilità della domanda attorea; Nel merito: (2) rigettare integralmente, per i motivi evidenziati in atti, tutte le domande degli attori perché infondate in fatto ed in diritto; In via istruttoria: (3) rigettare la richiesta di esibizione ex art. 210 c.p.c. poiché la McGraw Hill (...) non ha attribuito il rating ai titoli Lehman; (4) con vittoria di spese, diritti ed onorari".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione in data 12 marzo 2009, gli attori Mas
convenivano in giudizio la Unicredit S.p.A., con sede in Bologna alla Via Zamboni n. 20, in persona
del legale rappresentante *pro tempore*, e The McGraw Hill Companies S.r.l.-Standard & Poor's

Italia
pro
nell'
A tal

Italia, con sede in Milano al Vicolo S. Giovanni sul muro, 1, in persona del legale rappresentante pro tempore, dinanzi all'intestato Tribunale per ivi sentire accogliere le conclusioni riportate nell'epigrafe della presente sentenza.

A tal fine, premettevano:

- che in data 19 aprile 2007, essi attori, già clienti della Unicredit Banca, sottoscrivevano, presso la filiale di Catanzaro ed a seguito di espressa sollecitazione da parte del responsabile ufficio titoli, ordine per l'acquisto, per contante, fuori dai mercati regolamentati della U.E., di obbligazioni Lehman & Brothers Fr 08 Tlx del Gruppo Lehman & Brothers Holding Inc., per un ammontare di € 44.000,00 con scadenza al 3 novembre 2008;
- che essi attori si determinavano all'acquisto dei predetti titoli ritenendoli sicuri perché inclusi nell'elenco titoli a basso rischio del Consorzio Patti Chiari, a cui la banca aderiva, ed attesa la attribuzione da parte dell'Agenzia Standard & Poor's di un rating stimato in A+;
- che al momento dell'ordine, ricevevano dalla banca solo copia dell'ordine di acquisto delle obbligazioni in cui venivano esplicitati unicamente il settore di emissione - vale a dire il sistema bancario, la natura estera delle obbligazioni ed il rating di emissione pari ad A+ - senza però che ad esso fosse allegato il prospetto informativo sul gruppo estero Lehman & Brother e, quindi, sulla consistenza del capitale e del patrimonio del gruppo emittente contrariamente a quanto richiesto dal T.U.F. per la tipologia di investimento;
- che in data 9 gennaio 2008, la banca inviava agli attori un prospetto, denominato "intervista", in cui, asseritamente, gli investitori indicavano il proprio grado di conoscenza del mercato, nonché l'ammontare delle operazioni finanziarie compiute in passato;
- che nell'effettuare l' "intervista", l'intermediario finanziario incaricato dalla banca incorreva in un grave inadempimento, poiché, oltre a non rilevare correttamente il profilo professionale dell'intervistato Mastria, al quale attribuiva erroneamente una conoscenza alta in materia di prodotti finanziari, delegava lo stesso cliente a far sottoscrivere alla moglie, sig.ra Rocca Luisa Rosetta, la predetta intervista;
- che l'"intervista" ai clienti si risolveva, pertanto, in una mera formalità espletata dalla banca per premunirsi dei documenti imposti dal T.u.f. e da Rocca Luisa Rosetta più che per la cura degli effettivi interessi degli investitori;
- che in data 15 settembre 2008, essi attori apprendevano da notizie di stampa che la Lehman Brothers Holding Inc. aveva richiesto l'ammissione al *Chapter 11*, con conseguente sospensione dalle negoziazioni dei relativi strumenti finanziari e grave riduzione del loro valore;
- che, allarmati dal pericolo di non vedere soddisfatto alla scadenza del successivo 3 novembre il loro credito obbligazionario, essi attori vanamente diffidavano la banca ad inviare idonea relazione in merito alle modalità di prestazione del servizio di negoziazione oltre alla documentazione inerente il loro investimento in titoli Lehman Brothers;

- che il 3 novembre 2008, la banca comunicava la impossibilità di restituire sia il capitale investito che i relativi interessi;
- che nel caso di specie la banca era incorsa nella violazione dell'obbligo desumibile da una corretta lettura del TUF 58 del 1998 e del regolamento Consob 11522 del 2008, di informare l'investitore in relazione all'andamento dei titoli in epoca successiva all'operazione di acquisto degli stessi;
- che pertanto essi attori avrebbero dovuto essere informati circa il progressivo aumento del rischio di *default* in capo all'emittente Lehman;
- che nel caso di specie era ipotizzabile la responsabilità anche in capo all'agenzia di rating Standard & Poor's, che manteneva una valutazione del rating elevata in ordine ai titoli Lehman Brothers fino a pochi giorni antecedenti la richiesta di ammissione al *Charter 11*;
- che nel caso in esame l'agenzia di *rating* era responsabile in base a quanto previsto dagli artt. 164 TUF e 2409 *sexies* cod. civ. nonché in base a quanto disposto dalla direttiva 2003/6/Ce per avere diffuso e rilasciato informazioni inesatte ovvero false e fuorvianti;
- che, infatti, era ipotizzabile un conflitto di interessi, nel senso che l'agenzia di rating pagata dall'emittente Lehman, pur conoscendo i retroscena del Gruppo e malgrado le notizie di stampa, non provvedeva alla revisione del rating A+, al fine di non incidere negativamente sulle sorti del Gruppo Lehman.

Si costituiva in giudizio la UniCredit Banca di Roma S.p.A., eccependo pregiudizialmente l'inesistenza della notificazione dell'atto di citazione perché avvenuta mediante la consegna di copia fotostatica, nonché la nullità insanabile dell'atto di citazione, essendo stata citata in giudizio Unicredit S.p.A. anziché correttamente Unicredit Banca di Roma S.p.A., e la omessa iscrizione della causa a ruolo nei termini di legge. Nel merito, contestava le allegazioni avversarie, precisando che l'ordine di acquisto *de quo*, sottoscritto dal Mastria, contiene la dichiarazione con cui l'investitore dà atto di aver preventivamente ricevuto il modulo attinente agli "Ordini relativi a strumenti finanziari. Avvertenze della Banca. Dichiarazioni del cliente", nonché di aver preventivamente ricevuto specifiche avvertenze ed informazioni in tema di conflitto di interessi e circa lo strumento finanziario oggetto dell'ordine, e di avere confermato, sempre nell'ordine, la sua "espressa autorizzazione, preso atto delle avvertenze e delle informazioni ricevute, a dare comunque esecuzione all'ordine stesso". Precisava che il Gruppo Lehman Brothers era storicamente considerato una delle realtà finanziarie più importanti e solide al mondo, cui le società specializzate avevano sempre assegnato notevole affidabilità (ancora al 12 settembre 2008 il *rating* di Lehman Brothers Holding inc era "A" per Standard & Poor's, "A2" per Moody's e "A+" per Fitch); che il gruppo Lehman era soggetto al normale regime di controlli amministrativi e contabili, da parte degli organi sociali, della società esterna incaricata della revisione del bilancio e delle Autorità di Vigilanza statunitensi, mentre le banche, UniCredit compresa, non hanno alcun potere di verifica e di ispezione in ordine ai documenti economici e finanziari delle aziende italiane

ed estere, dovendo, dunque, far affidamento sulla veridicità dei documenti e sul corretto funzionamento del sistema dei controlli; che, in ogni caso, la responsabilità dell'istituto di credito era da escludersi atteso che l'inserimento di un prodotto finanziario nell'elenco "Patti Chiari" esula dalla volontà e dalla autonoma valutazione di UniCredit ed al contempo ne attesta la convenienza e la adeguatezza a qualsiasi profilo investitore; che la ricostruzione proposta da controparte relativamente al prospetto denominato "intervista" era smentita dal dato documentale costituito dalle sottoscrizioni apposte dagli investitori sul prospetto, dalla elevata propensione e dimestichezza dei sigg.ri Mastria agli investimenti in prodotti obbligazionari, dalla quantità delle operazioni pregresse commesse dagli stessi sul mercato finanziario, dall'inserimento dei titoli nell'elenco "Patti Chiari"; che UniCredit aveva adempiuto agli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza di cui al T.U.F. (ed alle circolari Consob), la cui violazione, in ogni caso, non è punita dall'ordinamento con la sanzione della nullità dei contratti di acquisto per violazione dell'art. 1418 c.c.; che, comunque, gli obblighi di informazione posti a carico degli intermediari finanziari devono essere coordinati con il principio di autoreponsabilità dell'investitore.

Si costituiva in giudizio altresì The McGraw Hill Companies S.r.l. (di seguito The McGraw Hill), eccependo preliminarmente il proprio difetto di legittimazione passiva per non avere parte convenuta non aveva mai formulato alcun rating relativo a Lehman Brothers, rientrando tra i compiti istituzionali di The McGraw Hill l'attribuzione del rating soltanto a società italiane. Nel merito, dopo un'articolata digressione in ordine al ruolo delle agenzie di rating ed al significato del rating ed al fallimento di Lehman Brothers, la convenuta deduceva la non applicabilità alle agenzie di rating delle norme di legge richiamate dagli attori e, comunque, la infondatezza della domanda di condanna nei confronti di The McGraw Hill per non avere gli attori dimostrato quale sarebbe stato il comportamento doloso o colposo tenuto da Standard & Poor's nonché il nesso di causalità che legherebbe l'asserito danno subito dagli attori al comportamento di Standard & Poor's. Precisava, ancora, che l'agenzia si era mossa correttamente e diligentemente nello svolgimento della sua attività di valutazione del merito del credito; che non era configurabile alcun conflitto di interessi, posto che il rating relativo a Lehman era stato più volte rivisto in concomitanza con l'aggravarsi della criticità in cui versava il gruppo Lehman e tenuto conto della circostanza che Standard & Poor's gestisce con efficacia i potenziali conflitti di interessi in relazione al modello "l'emittente paga" da essa impiegato, tramite l'adozione di varie misure.

Formulata istanza di fissazione dell'udienza di discussione e rigettata l'eccezione di estinzione del processo, le parti precisavano le proprie conclusioni con la memoria ex art. 10 del d. lgs. 5/2003. All'udienza del 19 ottobre 2011 la causa veniva trattenuta in decisione, con riserva di deposito della sentenza nei termini di legge.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Le eccezioni pregiudiziali formulate da UniCredit Banca di Roma S.p.A.

La UniCredit Banca di Roma S.p.A., costituendosi in giudizio, ha eccepito pregiudizialmente l'inesistenza della notificazione dell'atto di citazione perché avvenuta mediante la consegna di copia fotostatica priva di attestazione di conformità all'originale, nonché la nullità insanabile dell'atto di citazione, essendo stata citata in giudizio Unicredit S.p.A. anziché correttamente Unicredit Banca di Roma S.p.A., e la omessa iscrizione della causa a ruolo nei termini di legge.

Orbene, reputa il Collegio che le eccezioni *de quibus* non meritino accoglimento.

Invero, quanto alla eccepita inesistenza della notificazione dell'atto di citazione perché avvenuta mediante la consegna di copia fotostatica, è sufficiente osservare che la mancanza, nella copia dell'atto di citazione, della certificazione attestante la conformità di tale copia all'originale, atteso il disposto dell'art. 160 cod. proc. civ. che individua i casi di nullità della notificazione, non incide sulla validità della notificazione. In ogni caso, si osserva che parte convenuta non ha addotto nessuna difformità fra il contenuto della copia dell'atto di citazione e quello dell'originale, né ha dimostrato che gli sia stata preclusa la compiuta conoscenza dell'atto e che ciò abbia inciso sul pieno esercizio del diritto di difesa.

Non coglie nel segno neppure l'eccezione di nullità insanabile dell'atto di citazione per essere stata citata in giudizio Unicredit S.p.A. anziché correttamente Unicredit Banca di Roma S.p.A., giacché la costituzione in giudizio del soggetto legittimato (in specie, Unicredit Banca di Roma S.p.A.) sana, sotto questo profilo, ogni possibile invalidità dell'atto di citazione che ha, comunque, raggiunto lo scopo di instaurare un regolare contraddittorio (cfr. Cass. civ., 3 maggio 1984, n. 2681).

In ordine, alla omessa iscrizione della causa a ruolo nei termini di legge, si osserva quanto segue. La costituzione dell'attore è disciplinata dall'art. 3 del D. Lgs. n. 5 del 2003, il cui comma 2 dispone che <<Se la citazione è notificata a più persone, la costituzione dell'attore deve avvenire entro dieci giorni dall'ultima notificazione. In tal caso il termine di cui all'articolo 2, comma 1, lett. c), è prolungato, per ciascun convenuto, fino al sessantesimo giorno successivo all'iscrizione a ruolo>>.

Se l'attore non si costituisce, o si costituisce oltre il decimo giorno successivo alla notifica della citazione, si produce *de iure* un'estinzione del processo, la quale però deve essere eccepita nella comparsa di risposta dal convenuto tempestivamente costituito (ossia nel termine di 10 giorni dalla notifica della comparsa medesima), che dovrà a quel punto contestualmente depositare l'istanza per la fissazione d'udienza; qualora invece sia interessato alla pronuncia della sentenza di merito, il convenuto costituendosi e rinunciando a far dichiarare l'estinzione del giudizio potrà far proseguire la fase preparatoria assegnando all'attore il termine per la memoria di replica.

Ora, nel caso di specie Unicredit Banca di Roma S.p.A. costituendosi in giudizio con comparsa di costituzione del 16 luglio 2009, regolarmente notificata alle controparti, non ha eccepito l'estinzione del processo, assegnando a parte attorea il termine di quaranta giorni per la memoria di replica.

2. La legittimazione di The McGraw Hill.

The McGraw Hill ha eccepito la propria carenza di legittimazione passiva sull'assunto che essa non avrebbe mai formulato alcun rating relativo a Lehman Brothers, rientrando tra i compiti istituzionali di The McGraw Hill l'attribuzione del rating soltanto a società italiane.

Orbene, non è superfluo rammentare che la legittimazione attiva e passiva, quale condizione dell'azione, si concreta nel diritto potestativo di ottenere non già una sentenza favorevole, ma una decisione di merito e si risolve, pertanto, nella titolarità del potere di promuovere, per l'attore, e nel correlativo dovere di subire, per il convenuto, un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, indipendentemente dalla questione dell'effettiva titolarità, dal lato attivo o passivo, del rapporto controverso, la quale attiene, invece, al merito.

La legittimazione ad agire ed a contraddire, pertanto, si valuta dalla domanda, nel senso che essa è integrata dall'affermazione, effettuata da chi la propone, che egli è il titolare del diritto dedotto in giudizio e la controparte è titolare del correlato dovere.

Conseguentemente, ove il giudice nel verificare la sussistenza della *legittimatio ad causam*, accerti che già secondo la prospettazione dell'attore, questi ovvero il convenuto non possano identificarsi con il soggetto, rispettivamente, avente il diritto ovvero tenuto a subire la pronuncia giurisdizionale, il giudice deve rigettare la domanda rispettivamente per difetto di legittimazione attiva o passiva.

Al contrario, ogni eccezione del convenuto attinente alla titolarità attiva o passiva del diritto fatto valere non può dare luogo ad una pronuncia sulla legittimazione, ma ad una decisione sul merito del rapporto controverso (Cass. civ., 4 marzo 1993, n. 1375; Cass. civ., 18 dicembre 1987, n. 9427).

Ora, precisato che l'eccezione proposta dalla convenuta, attiene non già alla legittimazione, quanto piuttosto al merito della controversia, si osserva quanto segue.

L'eccezione proposta da The McGraw Hill con riferimento alle domande di nullità e di annullamento dei contratti stipulati dagli attori con la banca convenuta ed a quelle connesse di restituzione e di risarcimento del danno, è indubbiamente fondata. In effetti, è del tutto pacifico che The McGraw Hill non è parte dei rapporti negoziali, la cui invalidità si chiede di pronunciare attraverso la dichiarazione di nullità o l'annullamento; essa pertanto non può essere condannata a restituire ciò che non ricevette ovvero a risarcire un danno derivante dalla invalidità di contratti da essa mai stipulati. La legittimazione, nel senso sopradetto, della agenzia di rating, invece, sussiste con riferimento alla domanda di risarcimento qualificabile a titolo di responsabilità extracontrattuale a nulla rilevando la circostanza dedotta dalla convenuta secondo cui essa non avrebbe in nessun caso effettuato alcun rating relativamente a qualsiasi società o titolo del Gruppo Lehman. L'assunto è infatti smentito dalla produzione documentale di parte attorea e in particolare dalla missiva in data 16 ottobre 2008 (doc. 6) a firma di Uiz Jones dell'ufficio legale di Standard & Poor's società acquistata nel 1966 da The McGraw-Hill Companies, nonché dallo stralcio rating relativo ai titoli Lehman Brothers (doc. 8).

3. - *L'individuazione dei "contratti inter-partes" cui si riferisce la domanda attorea.*

Gli attori hanno chiesto, in citazione, la declaratoria di nullità del contratto di investimento sottoscritto con UniCredit Banca di Roma S.p.A. in data 19 aprile 2007 – avente ad oggetto l'ordine per l'acquisto, per contante, fuori dai mercati regolamentati della U.E., di obbligazioni Lehman & Brothers Fr 08 Tlx del Gruppo Lehman & Brothers Holding Inc., per un ammontare di € 44.000,00 con scadenza al 3 novembre 2008 – per violazione di norme imperative (art. 1418 c.c.), quali sarebbero quelle previste dall'art. 21 del d. lgs. n. 58 del 1998 (Testo Unico della Finanza – TUF), che addossa alla banca l'obbligo di "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati", di "acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati", di "organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento", nonché dagli artt. 27, 28 e 29 (che disciplinano gli obblighi informativi nei confronti dei clienti in generale e nelle situazioni di conflitto di interessi degli intermediari) del regolamento Consob di attuazione, c.d. regolamento Intermediari (adottato con delibera n. 11522 del 1.7.1998 e successive modifiche ed integrazioni). Hanno prospettato, in via gradata, l'annullabilità del contratto *inter partes* per errore ai sensi dell'art. 1427 cod. civ., e comunque il mancato adempimento, da parte dell'intermediario Unicredit Banca di Roma S.p.A., degli obblighi di informazione sullo stesso gravanti.

3.1. – *Gli obblighi di informazione.*

Come sopra detto, l'oggetto del contendere tra gli attori e la UniCredit Banca di Roma S.p.A. è costituito dal mancato adempimento o meno, da parte della banca convenuta, agli obblighi informativi sulla stessa gravanti, e nello specifico, all'obbligo di informazione in merito all'investimento, nonché all'obbligo di informazione c.d. continuativa in ordine all'andamento dei titoli Lehman Brothers Fr 08 Tlx a suo tempo acquistati dai coniugi Mastria e Rocca.

Gli attori hanno dedotto, in primo luogo, l'inadempimento della banca alla c.d. *suitability rule*, in base alla quale essa avrebbe dovuto informarli della non-adequatezza dell'investimento, con la conseguenza che deve ritenersi responsabile del danno cagionato, ai sensi dell'art. 21, lett. a (che impone ai soggetti abilitati, ai sensi dell'art. 1 lett. r, di "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati") e lett. b (di "acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati") del T.U.F.. La domanda sul punto è fondata.

In attuazione delle sopra citate disposizioni del T.U.F., il regolamento Consob n. 11522/1998 e successive modifiche ed integrazioni (c.d. regolamento intermediari) ha previsto l'obbligo dei soggetti abilitati di "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 ai rischi", precisando che "l'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve

ris
da
Pa
Gi
ric
Di
inf
tul
ott
20
fin
ba
Q
qu
pu
og
In
all
sp
sc
gli
a
ge
ge
as
cc
26
Si
cl
(c
ra
cc
cc
S
pi
ci
di

risultare dal contratto di cui al successivo art. 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore" (art. 28, comma 1 e All. n. 3).

Parte convenuta ha eccepito, sul punto, che l'ordine di acquisto dei titoli *de quibus*, sottoscritto da Giuseppe Mastria, contiene la dichiarazione con cui l'investitore dà atto di aver preventivamente ricevuto il modulo attinente agli "Ordini relativi a strumenti finanziari. Avvertenze della Banca - Dichiarazioni del Cliente", nonché di aver preventivamente ricevuto specifiche avvertenze ed informazioni in tema di conflitto di interessi e circa lo strumento finanziario oggetto dell'ordine. E, tuttavia, la convenuta ha ommesso di produrre in giudizio la predetta documentazione, non ottemperando all'ordine di esibizione impartito dal giudice relatore con ordinanza del 29-30 marzo 2011, con la quale si ordinava alla banca di depositare la documentazione inerente l'operazione finanziaria *de qua*, con ciò precludendo al Collegio di accertare l'adempimento, da parte della banca, agli obblighi di informazione.

Quanto alla scheda relativa al profilo dei clienti Mastria Giuseppe e Rocca Luisa Rosetta, dalla quale risulta, a firma degli stessi, la classificazione della clientela come "cliente di dettaglio", non può tenersene conto, in quanto datata 09/01/2008, e quindi successiva all'acquisto dei titoli oggetto della presente controversia.

In ogni caso la banca convenuta non ha dimostrato di avere fornito all'investitore, in relazione all'operazione effettuata, "informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento" (art. 28, co. 2, del reg. Consob). E' costante, infatti, in giurisprudenza l'affermazione che non vale ad assicurare l'adempimento degli obblighi informativi a carico della banca "la circostanza che agli investitori sia stato consegnato il documento sui rischi generali degli investimenti finanziari, trattandosi di informativa del tutto generica che non garantisce quella conoscenza concreta ed effettiva del titolo negoziato che l'intermediario deve assicurare in modo da rendere il cliente capace di tutelare il proprio interesse e di assumersi consapevolmente i rischi dell'investimento compiuto" (v., in tal senso, Trib. Roma, 8/27.10.2004 n. 29207, citata).

Si deve considerare che la banca non è mero e passivo esecutore degli ordini di acquisto del cliente ma ha il preciso obbligo di informarlo delle caratteristiche specifiche dell'operazione (comunicandogli e spiegandogli, tra l'altro, il grado di affidabilità del titolo secondo le agenzie di rating) e della eventuale non-adequatezza dell'investimento richiesto, come previsto dall'art. 29, co. 1, del reg. Consob, che pone a carico degli intermediari l'obbligo di astenersi "dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, frequenza o dimensione". Se è vero che, a tal fine, gli intermediari "tengono conto delle informazioni" ricevute preventivamente sui rischi generali del cliente "e di ogni altra informazione disponibile" (v. art. 29, co. 2), è anche vero che la non-adequatezza dell'operazione deve essere comunque segnalata dagli intermediari, i quali devono fornire a qualsiasi investitore chiare informazioni anche delle

"ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione" e solo "qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione ... possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto" (art. 29, co. 3). Ciò che può mutare è soltanto il *quomodo* dell'assolvimento dei suddetti obblighi informativi: le modalità di acquisizione dal cliente delle informazioni relative alla sua situazione finanziaria od ai suoi obiettivi di investimento, nonché le modalità di esplicitazione delle informazioni sull'esistenza di interessi in conflitto, sulle caratteristiche e sull'adeguatezza della specifica operazione richiesta, ben possono variare a seconda che l'intermediario abbia a che fare con un investitore occasionale ovvero con un risparmiatore aduso all'impiego del denaro in valori mobiliari oppure ancora con un esperto speculatore. E' significativo che l'obbligo degli intermediari di valutare l'adeguatezza dell'operazione non viene meno nemmeno nel caso in cui il cliente abbia rifiutato di fornire le informazioni sulla propria situazione patrimoniale o finanziaria, sugli obiettivi di investimento e sulla propensione al rischio (v. Comunicazione Consob n. DI/30396 del 21.4.2000).

Inoltre, nessuna rilevanza (ai fini dell'assolvimento degli obblighi informativi) può essere attribuita all'opinione della banca circa la buona esperienza finanziaria degli attori e la "elevata propensione e dimestichezza dei signori Mastria agli investimenti in prodotti obbligazionari", unilateralmente desunta dalla "quantità di operazioni pregresse commesse dagli stessi sul mercato finanziario" (pag. 10 comparsa di risposta).

L'inadempimento della banca ha concorso in modo determinante alla perdita del capitale investito, che gli attori avrebbero potuto evitare qualora fossero stati adeguatamente informati delle caratteristiche specifiche e di conseguenza della non adeguatezza dell'investimento nei titoli Lehman Brothers. La possibile obiezione secondo cui non vi sarebbe certezza che, gli attori avrebbero evitato quegli investimenti, qualora fossero stati adeguatamente informati, non coglie nel segno. Infatti, il comportamento della banca deve essere qui valutato *in executivis*, cioè sotto il profilo dell'inadempimento alle obbligazioni ormai assunte con il contratto, sebbene (quello di acquisto del titolo) sia stipulato nella forma (che, a prima vista, potrebbe ricordare la fattispecie di cui all'art. 1327 c.c.) dell'accettazione implicita mediante l'esecuzione dell'ordine del cliente da parte della banca (come si desume dall'art. 4 n. 5 della direttiva 2004/39/CE, che individua nella "esecuzione di ordini per conto dei clienti" il momento della "conclusione di accordi di acquisto o di vendita di uno o più strumenti finanziari per conto dei clienti"). Ciò, infatti, non impedisce di distinguere teoricamente la fase formativa del consenso negoziale da quella di adempimento del contratto, come nel caso della violazione degli obblighi informativi veicolati ex art. 1374 c.c. nel negozio (sia esso quello c.d. generale o quello di acquisto del singolo titolo). Non bisogna chiedersi se gli attori avrebbero o meno contrattato, come se dovessimo valutare l'esistenza di un vizio nella formazione del consenso negoziale. L'esistenza di un tale vizio è stata già esclusa secondo i severi parametri codicistici. E tuttavia ciò non esclude affatto la rilevanza causale dell'accertato inadempimento della banca nella produzione del danno lamentato. Da un lato, per

illegittima compressione della libertà di autodeterminazione negoziale subita dagli attori nella scelta dell'investimento adeguato (anche sotto il profilo della sua mera convenienza economica). Dall'altro lato, per la lesione del loro interesse (creditorio) alla conservazione dell'integrità patrimoniale, cui deve essere ragguagliata la valutazione economica (ex art. 1174 c.c.) della prestazione inadempita dalla banca avente ad oggetto gli obblighi informativi nei confronti degli investitori. Il nesso causale tra inadempimento contrattuale e danno è accertato, non avendo, del resto, la Unicredit Banca S.p.A. - sulla quale (nell'interpretazione data da una dottrina all'art. 23, co. 6, del t.u.i.f.) ricadeva l'onere - offerto alcuna concreta e specifica allegazione (e prova) contraria.

Parte attrice sostiene, ancora, che l'obbligo di informazione continuativa della banca in ordine all'andamento dei titoli scaturirebbe sia da fonte legale sia da fonte convenzionale: la prima sarebbe costituita dal disposto dell'art. 21 TUF 58/1998, la seconda sarebbe direttamente costituita dall'ordine di investimento (v. doc. 2 produzioni attore).

Osserva il Tribunale che: 1) l'interpretazione dell'art. 21 TUF 58/1998 data da parte attrice contrasta con l'espresso disposto della citata norma: l'art. 21 TUF in correlazione all'art. 28 reg. Consob n. 11522/1998, prevede infatti, in riferimento alla attività di negoziazione, quale è quella in esame, un obbligo di informativa sulla natura e sulle caratteristiche del titolo unicamente al momento dell'investimento (in termini, Trib. Parma, 9 gennaio 2008: "L'attività di consulenza finanziaria che si accompagna implicitamente al contratto di negoziazione trova un limite invalicabile nella negoziazione finalizzata all'acquisto o al disinvestimento dovendosi escludere che gravi sull'intermediario un obbligo specifico di monitorare l'andamento del titolo al fine di suggerire all'investitore di intervenire sul mercato per ridurre eventuali conseguenze negative collegate a probabili default"; Trib. Milano, 18 ottobre 2006: "L'intermediario non è tenuto ad informare l'investitore della perdita di valore dei titoli verificatasi in data successiva all'acquisto, a meno che non si versi nell'ipotesi prevista dall'art. 28 reg. Consob n. 11522/1998 con riferimento al rapporto di gestione patrimoniale").

Va allora verificato se un preciso obbligo informativo sull'andamento dei titoli da parte della banca derivi da fonte convenzionale.

In merito è opportuno osservare che nel caso di specie l'ordine di acquisto impartito dagli attori alla banca intermediaria contiene nella sezione denominata "Avvertenze della Banca" la seguente segnalazione: "Iniziativa Patti Chiari - Obbligazioni a basso rischio - rendimento". Vi informiamo che il titolo fa parte dell'elenco di obbligazioni Basso Rischio - Rendimento "Patti Chiari" emesso alla data dell'ordine. In base agli andamenti di mercato il titolo potrà uscire dall'elenco successivamente alla data dell'ordine. Il cliente sarà tempestivamente informato di una variazione significativa del livello di rischio".

Ora, detta clausola costituisce una vera e propria pattuizione contrattuale ed integra dunque una fonte di obblighi di natura convenzionale specificamente assunti dalla banca nei confronti del suo cliente investitore.

Non va sottaciuto, poi, che i titoli Lehman erano un prodotto finanziario inserito nell'elenco predisposto dal "Consorzio Patti Chiari", al quale per sua esplicita ammissione ha aderito la UniCredit Banca di Roma S.p.A.

Orbene, come si evince dalla copia del Regolamento o c.d. Guida Pratica del Consorzio (v. doc. 12 produzione documentale di The Mc Graw-Hill Companies S.r.l), nell'intento di chi lo ha costituito e di chi vi aderisce "Patti Chiari è un grande progetto di cambiamento dei rapporti tra banche e clienti con un obiettivo preciso: fornire strumenti concreti per capire di più e scegliere meglio i prodotti finanziari" e "la prima iniziativa di Patti Chiari sul risparmio" si è concretizzata nell' "Elenco delle obbligazioni a basso rischio e a bassa rendimento", vale a dire nel predisporre "una lista di titoli di Stato e di obbligazioni a basso rischio ...e quindi a basso rendimento...". A pag. 23 del Regolamento o Guida Pratica del Consorzio viene specificamente previsto che "... le banche che aderiscono a questa iniziativa Patti Chiari si impegnano a fornire ai propri clienti una chiara informativa prima, durante e dopo le scelte di investimento. Prima, perché gli operatori spiegano l'iniziativa allo sportello a tutti i clienti; durante, perché negli ordini di acquisto di titoli obbligazionari è indicato esplicitamente se il titolo fa parte dell'Elenco; dopo, perché verrai informato su eventuali variazioni" e viene inoltre stabilito che, siccome il rischio di un titolo può variare nel tempo, il titolo stesso può uscire dall'elenco, nel qual caso (v. pag. 25 Regolamento o Guida Pratica del Consorzio) "Se l'aumento del rischio che causa l'uscita dall'Elenco è modesto, sarai informato al primo estratto conto successivo o comunicazione periodica della tua banca. Se invece l'aumento del rischio è rilevante cioè il titolo passa direttamente dall'area del basso rischio ad un livello di rischio significativo, verrai informato entro 2 giorni".

Ebbene, rileva il Tribunale come, per effetto in sé dell'adesione al Consorzio Patti Chiari, gli istituti di credito abbiano assunto nei confronti dei propri clienti specifici obblighi informativi, obblighi diversi ed ulteriori da quelli contenuti dalla normativa in materia di intermediazione finanziaria, e fra questi proprio quello di informare i clienti prima, durante e dopo le scelte di investimento.

Accertata l'esistenza di un obbligo informativo, di fonte convenzionale, particolarmente incisivo per la banca intermediaria, deve a questo punto essere accertato se nel caso di specie si siano effettivamente verificate le condizioni previste per fare scattare gli obblighi di informazione a carico della banca.

Ora, è sufficiente osservare che già nel mese di maggio 2008 la stampa specializzata nel settore dell'economia e della finanza (v. articolo de "Il Sole 24 Ore" - doc. n. 9 della produzione attorea), segnalava le gravissime difficoltà in cui versava Lehman Brothers a causa della forte crisi scoppiata sui mercati finanziari a cagione dei mutui subprime. Il successivo 3 giugno, Finance & Money, (doc. 9 della produzione attorea) sottolineava che " ... Stando alle previsioni del mercato,

Lehman Brothers dovrebbe archiviare una perdita tra i 50 e i 75 cent per azione (...). Solo ieri Standard & Poor's ha abbassato il rating sulla banca (...) per il rischio di nuove svalutazioni, mentre Merrill Lynch ha tagliato il giudizio su Lehman Brothers a "underperform" da "neutral" ...". Il 17 agosto 2008 la Repubblica, it (v. produzione documentale Mastría - Rocca) a proposito del titolo Lehman Brothers segnalava che "... dal 15 maggio il titolo è crollato del 63% in Borsa ..." e che la banca d'affari americana era stata "bocciata anche da Merrill Lynch con il declassamento del rating qualche giorno fa". Ed ancora, l'11 settembre 2008 sempre sul sito la Repubblica. it viene pubblicato l'articolo "Perdite record alla Lehman Brothers vendita di asset per salvare la banca", nel quale, tra l'altro, si evidenzia che "... gli investitori hanno preferito stare alla larga vendendo anche ieri azioni Lehman che in appena due sedute hanno già perso circa metà del loro valore".

In un contesto siffatto, le oscillazioni del titolo Lehman Brothers - che, si noti, è sempre stato a basso rischio - indubbiamente costituiscono indici di aumento del rischio con conseguente passaggio del titolo dall'area del basso rischio ad un livello di rischio significativo, e correlativo obbligo della banca intermediaria di informare la propria clientela di tale oscillazione, onde consentirle di disinvestire e di vendere "al meglio" i titoli. Deve ritenersi dunque che la banca abbia violato l'obbligo di informativa "continuativa" sull'andamento del titolo, e che la predetta violazione ha impedito agli odierni attori di disinvestire e di vendere "al meglio" i titoli prima che si verificasse il default dell'emittente (in specie, Lehman Brothers).

Di conseguenza, deve essere dichiarata la responsabilità della banca convenuta per violazione dello specifico obbligo di informazione continuativa sull'andamento del titolo assunto nei confronti degli investitori Mastría e Rocca.

In ordine alle conseguenze della violazione dei predetti obblighi, reputa il Tribunale che la predetta violazione non cagioni comunque né la nullità, né la annullabilità del contratto per le ragioni che si vanno di seguito ad enunciare.

4. - La domanda di nullità.

La domanda attorea volta alla declaratoria di nullità dei contratti di acquisto dei titoli obbligazionari Lehman Brothers è infondata per le seguenti ragioni:

Il riferimento da parte degli attori al carattere imperativo delle citate disposizioni del TUF e del reg. Consob (a sua volta desunto dalla natura pubblicistica degli interessi protetti, ai sensi dell'art. 47 Cost.) non è di certo sufficiente ad integrare l'ipotesi della nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c. Non solo perché occorrerebbe dimostrare che tale causa di nullità riguardi la fase genetica di formazione e non, come invece sembra preferibile, quella (successiva) di esecuzione del c.d. contratto-quadro o generale di investimento ovvero dei singoli negozi o "accordi di acquisto o di vendita" di strumenti finanziari, ma perché le citate disposizioni sono prescrittive o impositive di

obblighi di comportamento (cioè di informazione attiva e passiva) cui la banca è tenuta in forza di un vincolo negoziale già sorto, non rilevando, di regola, ai fini della validità del contratto, il carattere più o meno doveroso (ovvero l'esistenza di un interesse pubblico al corretto adempimento) di quegli obblighi, i quali rappresentano una specificazione del generale dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto (v., in generale, Cass. n. 108/1997), la cui violazione, com'è noto, non si traduce in causa di invalidità dello stesso.

Tale conclusione è ora avvalorata dalla Corte di Cassazione che con la nota sentenza del 29 settembre 2005, n. 19024, ha affermato che *"La nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi, come accade nel caso disciplinato dal combinato disposto degli art. 1469 ter, comma 4, e 1469 quinquies, comma 1, c.c., in tema di clausole vessatorie contenute nei c.d. contratti del consumatore, oggetto di trattativa individuale"*. Ancor più incisivamente le Sezioni Unite della Cassazione con le sentenze nr. 26724 e 26725 del 2007 hanno statuito che *"la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto di intermediazione finanziaria. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto di intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'articolo 1418, comma 1 Codice Civile"*.

Alla luce di tale autorevolissimo arresto giurisprudenziale, si può ritenere che, escluse le ipotesi di nullità del contratto espressamente previste dal legislatore (v. art. 23, comma 1 e 2 T.U.F. che sanziona con la nullità i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori per inosservanza della forma scritta ovvero per la presenza di pattuizioni di rinvio agli usi), la declaratoria di nullità è in concreto preclusa.

5. - La domanda di annullamento del contratto per errore.

di
e
di
e
n
g
e
y

Gli attori hanno chiesto, in subordine, l'annullamento dei "contratti *inter partes*" per vizio del consenso e, in particolare, per errore essenziale e riconoscibile dalla banca (che avrebbe dovuto informarli dei rischi dell'investimento) sull'oggetto ovvero su una qualità essenziale dei titoli Lehman Brothers (art. 1429, n. 1 e 2, c.c.). La domanda è infondata per mancanza dei requisiti della essenzialità e riconoscibilità dell'errore (art. 1428 c.c.). Il dedotto errore in cui sarebbero caduti gli attori non è essenziale in quanto, già secondo la prospettazione, non cade né sull'identità dell'oggetto della prestazione – che manifestamente riguarda la negoziazione di un ben preciso strumento finanziario – né su una qualità dello stesso determinante del consenso (art. 1429 n. 2 c.c.). Ciò di cui gli attori si dolgono, infatti, non è di avere acquistato titoli diversi da altri ma di avere acquistato titoli che non hanno avuto comunque il positivo andamento sperato. È così dimostrato che l'errore ha riguardato, semmai, la valutazione economica errata delle operazioni economiche compiute, che è concetto estraneo alle norme in materia di vizi del consenso, senza possibilità di invocare l'annullamento dei contratti ai sensi dell'art. 1427 ss. cc.. E comunque, trattandosi (in tesi) di vizio determinante la formazione della volontà negoziale, gli attori avrebbero dovuto dimostrare che, qualora avessero ricevuto le informazioni dovute al momento dell'acquisto, non avrebbero certamente acquistato titoli, essendo quindi irrilevante (ai fini dell'errore richiesto per l'annullamento del contratto) il successivo andamento (e peggioramento) dei titoli stessi. Una tale ipotesi, tuttavia, non può essere formulata anche perché, al momento della sottoscrizione degli ordini, aprile 2007, non si può sostenere che i titoli Lehman Brothers fossero totalmente privi di valore.

6. - Il risarcimento dei danni.

Disattese le domande di nullità e di annullamento del negozio giuridico, deve convenirsi che domanda in esame, con la quale, in buona sostanza, gli attori lamentano la violazione delle norme di condotta dell'intermediario, deve essere qualificata come di responsabilità contrattuale da inadempimento alle obbligazioni cui la banca è tenuta *ex lege* nei confronti del cliente "nella prestazione dei servizi di investimento e accessori" (art. 21, co. 1, T.U.F.) già per effetto del contratto generale di investimento e, comunque, dei contratti di acquisto dei titoli Lehman Brothers. Essa va accolta per le ragioni dettagliatamente illustrate sub 3) e 3.1.) con conseguente condanna della banca al risarcimento per inadempimento della banca agli obblighi informativi sulla stessa gravante.

Relativamente al risarcimento dei danni, è necessario preliminarmente osservare che non osta all'accoglimento della domanda la circostanza della ammissione di Lehman Brothers alla procedura concorsuale Chapter 11 dell'U.S. Bankruptcy Code con conseguente possibilità del rimborso agli investitori. Come osservato da altra giurisprudenza di merito (Trib. Torino, 22 dicembre 2010, n. 7674), l'evenienza del rimborso da parte della procedura concorsuale è del tutto ipotetica, laddove il danno patito dagli odierni attori è attuale e concreto.

Gli attori hanno chiesto, in ragione dell'inadempimento degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza gravanti sulla Banca, la restituzione delle somme investite pari complessivamente ad euro 44.000,00, oltre al risarcimento dei danni costituiti dalla mancata percezione degli interessi sulla sorte capitale e dal mancato guadagno per non avere diversamente impiegato le relative cifre in altri investimenti remunerativi (BOT, BTP) o comunque oltre interessi legali maturati sulla sorte capitale a far data dalla sottoscrizione dei titoli.

Il danno da risarcire corrisponde alla perdita del capitale investito nell'operazione del 19 aprile 2007, pari complessivamente ad euro 44.000,00.

Trattandosi di obbligazione di valore, il predetto importo deve essere rivalutata, secondo gli indici Istat per le famiglie di operai ed impiegati, dalla data del default, cioè dal 15 settembre 2008 sino alla data di pronuncia della presente sentenza (16 ottobre 2011), in seguito riconoscendo solo gli interessi legali sino al saldo effettivo.

Non può essere riconosciuta, invece, la voce di danno relativa agli interessi non percepiti sino alle scadenze naturali dei titoli, non solo perché la perdita della sorte capitale ha determinato l'estinzione dell'obbligazione accessoria relativa agli interessi, ma anche per mancanza di prova in ordine alla periodicità ed alle caratteristiche del tasso degli interessi pattuito. Nulla è dovuto a titolo di risarcimento del danno (c.d. da lucro cessante) per il ritardo nel pagamento del dovuto da parte della banca e per non avere gli attori potuto impiegare diversamente le somme in altri investimenti remunerativi. Gli attori, infatti, avrebbero dovuto allegare e provare che *"la somma rivalutata (o liquidata in moneta attuale) è inferiore a quella di cui avrebbe disposto, alla stessa data della sentenza, se il pagamento della somma originariamente dovuta fosse stato tempestivo"*: infatti, è *"chiaro come, per un verso, gli interessi c.d. compensativi costituiscono una mera modalità liquidatoria del danno da ritardo nei debiti di valore; e come, per altro verso, non sia configurabile alcun automatismo nel riconoscimento degli stessi: sia perché il danno da ritardo che con quella modalità liquidatoria si indennizza non necessariamente esiste, sia perché può essere comunque già ricompreso nella somma liquidata in termini monetari attuali"* (v. Cass. n. 20591/2004 in motiv.).

7. - La domanda di condanna risarcitoria nei confronti di Thea McGraw Hill.

Si è detto che la domanda attorea di condanna di The McGraw Hill va qualificata come di risarcimento del danno da illecito aquiliano (art. 2043 c.c.), posto che nessun rapporto contrattuale è intercorso fra le parti.

Gli attori sostanzialmente lamentano che parte convenuta avrebbe mantenuto un alto rating dei titoli Lehman Brothers fino a pochi giorni antecedenti la presentazione dell'istanza di fallimento dell'emittente, e tanto avrebbe fatto al fine di non incidere negativamente sulle sorti dell'emittente Lehman.

È opportuno osservare che il rating è l'opinione espressa da un'organizzazione indipendente, detta agenzia di rating, sulla capacità di un emittente o di un'emissione di far fronte ai propri impegni finanziari (pagamento di interessi e rimborso del capitale).

Con riguardo agli strumenti finanziari, i rating classificano gli emittenti in categorie che corrispondono a gradi più o meno elevati di rischio fallimento. A tali fini le agenzie utilizzano scale di valutazione nell'ambito delle quali il discrimine fondamentale è tra la categoria <<investment grade>> (rischio debole), alla quale appartengono i titoli che ottengono un rating di alto livello, superiore ad una data soglia della scale, e la categoria detta <<speculative grade>> (rischio elevato), nella quale sono collocati i titoli a basso livello di rating o not rated (junk bonds), solitamente caratterizzati da un alto rendimento.

Di regola, l'attribuzione del rating ad un'impresa viene effettuata dall'agenzia in esecuzione di un contratto intervenuto fra l'agenzia medesima e l'impresa, c.d. contratto di rating, che, pur non essendo soggetto ad una specifica disciplina contrattuale, è certamente riconducibile nell'ambito della prestazione professionale (cfr. Trib. Milano, 1 luglio 2011, n. 8790). Non vi è dubbio che il rating e, dunque, le informazioni fornite dalle agenzie influenzino i comportamenti delle imprese e degli investitori (non di rado, piccoli risparmiatori). Peraltro, le agenzie hanno, come detto, un rapporto contrattuale solo con le imprese che commissionano loro il rating, ma non sono legate da vincoli contrattuali con gli investitori che, di regola, stringono rapporti contrattuali solo con gli intermediari finanziari (di regola, banche, società di intermediazione finanziaria, compagnie di assicurazione).

De iure condendo, si osserva che il regolamento CE n. 1060/2009 del Parlamento europeo del 16 settembre 2009, nel sottolineare il ruolo fondamentale delle agenzie di rating sui mercati mobiliari e bancari mondiali, ha enucleato alcune regole metodologiche che, ancorché non applicabili al caso di specie, meritano comunque di essere menzionate. Tali regole riguardano i principi (rigore, sistematicità e continuità nelle metodologie di rating) ai quali le agenzie di rating dovrebbero conformare la loro attività, con la conseguenza che l'attribuzione del rating dovrebbe essere svolta in modo tale da evitare soluzioni di compromesso, frutto di ingerenze più o meno indebite da parte della committenza.

In tale ottica, il regolamento prevede che le agenzie di rating rendano pubbliche le informazioni relative alle metodologie, ai modelli ed alle ipotesi principali di rating utilizzati nella loro attività, in modo tale anche da consentire agli utilizzatori del rating un autonomo giudizio in merito all'attendibilità della valutazione de qua.

Lo stesso regolamento ha previsto possibili e periodiche revisioni della metodologia, in considerazione della normale variabilità dei mercati, invitando le agenzie a comunicare preventivamente qualsiasi modifica metodologica, salvo casi eccezionali che rendano necessaria un'immediata modifica del rating.

De iure condito, si osserva che fin dal 2003, a fronte della crescente importanza assunta dalle agenzie di rating, l'International Organization of Securities Commission (meglio nota come Organizzazione IOSCO) di cui fa parte anche la Consob, elaborava e pubblicava i suoi principi relativi alle attività delle agenzie di rating.

In considerazione di tali principi, il Parlamento europeo emanava la Risoluzione n. 2003/2081 "sul ruolo e i metodi delle agenzie di rating", cui è seguita la redazione del c.d. Codice Iosco, che è un codice di condotta che raccoglie un insieme di prescrizioni che ciascuna agenzia ha il dovere di rispettare.

In ordine alla efficacia del Codice Iosco, è opportuno osservare che la Commissione Europea, con la comunicazione n. 2006/C 59/02, ha affermato che *"le agenzie di rating sono tenute ad applicare pienamente le disposizioni del suddetto codice (...). A tal fine, le agenzie di rating devono incorporare i principi dello Iosco nelle loro procedure (...)"*.

L'esigenza di disciplinare l'attività delle agenzie di *rating* nasce dal fatto che esse, quali operatori professionali, esprimono valutazioni che inevitabilmente si riverberano anche su interessi riferibili alla generale tutela dei risparmiatori ed al regolare funzionamento del mercato. Il rilevante ruolo assunto dalle agenzie di *rating* nell'ambito delle operazioni di finanza strutturata ed i doveri di protezione sulle stesse incumbenti, pongono all'operatore del diritto il dovere di individuare, in difetto di norme che ne regolamentino l'attività e la responsabilità, gli eventuali rimedi azionabili dagli investitori per vedere riconosciuta la responsabilità dell'agenzia in ordine al *default* di un emittente del quale aveva inizialmente certificato un alto grado di profittabilità.

Il ruolo fondamentale del rating per il risparmiatore, ai fini della scelta di investimento, è del resto desumibile dall'orientamento giurisprudenziale che, afferma la responsabilità dell'intermediario allorché non comunichi all'investitore la valutazione operata dalle agenzie di rating e ciò sul presupposto che il rating è un elemento in grado di condizionare in modo significativo il processo decisionale dell'investitore, con la conseguenza che la mancata segnalazione rappresenta la violazione dei più elementari obblighi informativi (Trib. Pinerolo, 14 ottobre 2005; Trib. Catania, 5 maggio 2006; Trib. Cagliari, 2 gennaio 2006).

Non potendosi configurare, neppure astrattamente, un'ipotesi di responsabilità contrattuale, sia pure da c.d. contatto sociale – non ravvisandosi un rapporto contrattuale di fatto fra l'investitore e l'agenzia di rating – è necessario verificare se sussistano i presupposti per ritenere l'agenzia di rating responsabile per illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c. nei confronti dei terzi danneggiati, responsabilità dalla lesione dell'affidamento che questi hanno riposto nel giudizio elaborato dall'agenzia.

In tale ottica è necessario svolgere le seguenti indagini: a) in primo luogo, è necessario accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) occorre, poi, stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento; c) è necessario, ancora, verificare, sotto il profilo causale, se la lesione sia casualmente riferibile ad

una condotta (commissiva od omissiva); d) stabilire, infine, se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa.

Ora, nel caso in cui, nonostante la valutazione positiva, l'emittente divenga insolvente, con conseguente pregiudizio per gli investitori che hanno fatto affidamento sul rating positivo rilasciato dall'agenzia, l'evento dannoso è costituito dalla perdita patrimoniale subita dall'investitore.

Quanto alla ingiustizia del danno, si osserva che, di regola, nel caso in cui il terzo invochi la responsabilità dell'agenzia di rating per avere emanato un rating errato, lamenta la lesione della propria libertà contrattuale giacché l'agenzia, con l'emanazione di un rating errato, ha interferito nell'attività negoziale ed ha alterato la propria volontà, in quanto egli confidava nella correttezza del giudizio emesso dall'agenzia e di conseguenza nella solvibilità dell'emittente. Si tratta, pertanto di accertare se l'affidamento dell'investitore sulla solvibilità dell'emittente, generato dalla valutazione dell'agenzia, sia meritevole di tutela. In altri termini, è necessario verificare se il danno patito dall'investitore e cagionato dall'affidamento riposto nel rating sia o meno ingiusto.

La dottrina che si è occupata della tematica *de qua*, sottolinea che anche se è incerto che nel nostro ordinamento sussista un diritto del singolo all'esattezza dell'informazione altrui, tuttavia, in caso di lesione della libertà contrattuale per false informazioni, si tende a tutelare l'affidamento del terzo, allorché l'informazione proviene da un soggetto particolarmente qualificato che riveste cioè uno status tale da ingenerare un particolare affidamento nella serietà e veridicità dell'informazione resa.

In tale ottica la giurisprudenza ha affermato la sussistenza di un obbligo di fornire informazioni esatte per chi svolge professionalmente o istituzionalmente attività di raccolta e diffusione di informazioni di carattere economico (cfr. Cass. civ., 6 gennaio 1984, n. 94). Meritano, poi, di essere richiamati gli artt. 164, comma 2, T.U.F. e 2409 cod. civ., disposizioni con le quali il legislatore ha espressamente tipizzato l'illecito dei revisori contabili nei confronti dei terzi, così sostanzialmente, configurando la responsabilità di un soggetto particolarmente qualificato nei confronti dei terzi per i danni cagionati dalle informazioni inesatte rilasciate. Di recente, inoltre, l'art. 94 T.U.F., come sostituito dall'art. 3, d. lgs. n. 51 del 28 marzo 2007, ha tipizzato la fattispecie della c.d. <<responsabilità da prospetto>>, prevedendo una responsabilità parziaria tra i vari soggetti responsabili delle informazioni contenute nel prospetto. Che l'affidamento incolpevole nella veridicità delle risultanze provenienti dal rating sia meritevole di tutela, è desumibile anche dalla normativa comunitaria volta a tutelare la trasparenza del mercato finanziario, attraverso la predisposizione di regole che debbono garantire l'integrità delle informazioni sugli strumenti finanziari. In particolare, l'art. 1, punto 2, lett. c), della direttiva 2003/6/CE - sull'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato - prevede il divieto della diffusione di informazioni false o fuorvianti in merito agli strumenti finanziari, se la persona che le ha diffuse sapeva o avrebbe dovuto sapere che le informazioni erano false o fuorvianti. Da tale disposizione, secondo la Commissione sulle agenzie di rating del credito, si desume che <<nei casi in cui

un'agenzia di rating sapeva, o avrebbe dovuto sapere, che il rating era falso o fuorviante, il divieto di diffusione di informazioni false o fuorvianti, che costituisce manipolazione del mercato, potrebbe applicarsi al rating>>.

Alla luce di queste considerazioni, deve convenirsi che è indubbiamente meritevole di tutela l'affidamento generato da comunicazioni rese al mercato, allorché tali informazioni provengano da un soggetto particolarmente qualificato, come le agenzie di rating, che ragionevolmente ingenerano fiducia nella serietà e credibilità delle proprie valutazioni.

Naturalmente, perché possa essere prospettata la responsabilità extracontrattuale dell'agenzia di rating è necessario che sussista un rapporto di causalità tra la condotta dell'agenzia che ha emesso una valutazione (rating) errata ed il pregiudizio subito dall'investitore a causa dell'insolvenza dell'emittente. Detto in altri termini, l'investitore deve provare che, se la valutazione espressa dall'agenzia fosse stata corretta, sarebbe stato disincentivato e non avrebbe sottoscritto gli strumenti finanziari dell'emittente, ovvero non avrebbe mantenuto uno strumento finanziario poi risultato negativo.

Nell'ipotesi in cui l'iniziale rating positivo (errato) abbia influenzato la scelta di investimento, si pone il problema di accertare sia se l'investitore sia tenuto ad attivarsi per conoscere l'eventuale progressivo deterioramento del rating, sia se lo stesso, una volta appreso il mutamento del rating, abbia il dovere di limitare le conseguenze dannose, vendendo ad esempio i titoli.

Di regola, il dovere di autoinformazione viene in rilievo solo nell'ipotesi in cui l'intermediario si sia limitato a prestare il servizio di negoziazione, senza assumere l'obbligo di comunicare al cliente il progressivo peggioramento del rating. Quanto alla possibilità giuridica di ipotizzare un dovere, ex art. 1227, comma 2, cod. civ. di vendere il titolo al fine di ridurre o non aggravare le conseguenze dannose derivanti dall'illecito dell'agenzia, si osserva che il danneggiato ha l'onere di adoperare l'ordinaria diligenza senza attività gravose o straordinarie. In ogni caso, l'indagine sulla diligenza che avrebbe dovuto tenere il danneggiato al fine di limitare le conseguenze dannose, non può comunque prescindere dal riferimento al "tipo di investitore" che viene in rilievo, giacché è indubbio che ad un investitore professionale sia richiesto un grado di diligenza più elevato rispetto a quella richiesta ad un investitore inesperto.

Passando, infine, all'esame dell'elemento soggettivo di imputazione, vale a dire il dolo o la colpa, è necessario osservare che la responsabilità dell'agenzia di rating non può derivare dalla semplice valutazione errata ma è anche necessario che sussista il dolo o la colpa dell'agenzia stessa. Di conseguenza, non si può affermare la responsabilità dell'agenzia solo perché il rating non rispecchia la reale prospettiva di solvibilità dell'emittente, ma è necessario che la condotta dell'agenzia sia connotata da mala fede o colpa.

La colpa, in particolare, si concretizza nella negligenza professionale, ovvero sia nella inosservanza dei principi di diligenza professionale e degli standards di settore ribaditi anche nel regolamento Consob n. 12175 del 2 novembre 1999.

4

In relazione a ciò, ai terzi danneggiati spetterà il compito di dimostrare che la società di rating ha emesso (o omesso di rivedere) un giudizio che non rispecchia la situazione economico-patrimoniale-finanziaria dell'emittente e tale mancata corresponsione dipende dall'utilizzo di procedure di valutazione non conformi alle prassi internazionali e agli standards di settore. La società di rating dovrà, di contro, dimostrare che l'erronea valutazione fornita e l'inesatta rappresentazione dell'immagine economico-patrimoniale della società emittente non è dovuta alla violazione degli standards esistenti, ma a false informazioni fornite dall'emittente i titoli e non riscontrabili come tali all'atto della valutazione.

Ora, nel caso di specie gli attori imputano a The Mc Graw Hill di avere mantenuto un alto rating dei titoli Lehman Brothers fino a pochi giorni antecedenti la presentazione dell'istanza di fallimento dell'emittente al fine di non incidere negativamente sulle sorti dell'emittente Lehman, operando in palese conflitto di interesse <<nel senso che l'agenzia di rating pagata dall'emittente Lehman, pur conoscendo i retroscena del Gruppo (ed incurante delle notizie di stampa) non ha provveduto ad una revisione del rating da A+ delle relative obbligazioni, al fine di non incidere negativamente sulle sorti dello stesso>> (cfr. atto di citazione pag. 9).

Gli attori reputano, dunque, che la condotta di parte convenuta sia stata connotata da mancanza di buona fede.

Deve però osservarsi che la circostanza è rimasta a livello di mero assunto difensivo non supportato da qualsivoglia riscontro probatorio, sicché, in difetto di elementi istruttori sia pure indiziari, convenire con gli attori che parte convenuta fosse comunque a conoscenza dello stato di insolvenza di Lehman e che lo abbia taciuto ai mercati e agli investitori perché "pagata dall'emittente Lehman", significherebbe pervenire ad una pronuncia di condanna muovendo da un assunto affermato, ma non dimostrato.

La domanda di risarcimento formulata nei confronti di The McGraw Hill Companies S.r.l. va dunque rigettata, perché infondata.

9. - La novità e la complessità delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale di Catanzaro, Sezione Prima Civile, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa,

- condanna la Unicredit Banca S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a pagare agli attori, a titolo di risarcimento del danno, la somma di € 44.000,00, con rivalutazione dal 15/9/2008 sino alla data di pronuncia della presente sentenza e con gli interessi legali dalla pubblicazione della presente sentenza sino al saldo;
- rigetta la domanda nei confronti di The McGraw Hill Companies S.r.l.;
- compensa integralmente fra le parti le spese di lite.

Così deciso in Catanzaro, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile del Tribunale del
19 ottobre 2011.

Il Presidente estensore

Dott.ssa Anna Maria Raschella

Anna Maria Raschella

depositata in Cancelleria

oggi

23-12

IL CANCELLIERE

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dr.ssa Giuseppina Fabiano

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dr.ssa Giuseppina Fabiano

Giuseppina Fabiano