

N. 1291/2011 R.G.



REP. 2618 | 12

Tribunale di Como
Sezione 2a Civile

Il Giudice dott. Paolo Negri della Torre
a scioglimento della riserva di cui al verbale udienza 14/2/2012;
letti gli atti della causa n. 1291/2011 R.G.

promossa

dai sig.ri **Francesco Colombo** e **Maria Teresa Masciadri**, entrambi rappresentati e difesi, anche disgiuntamente, dagli avvocati Alessandro Mogavero e Mario Minella e presso lo studio dei medesimi, in Como - via Parini n. 7, elettivamente domiciliati, come da procura a margine del ricorso ex art. 702 *bis* c.p.c.

ricorrenti

nei confronti di

Intesa Sappalo s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Valerio Tavormina e Claudio Lorenzani, anche in via tra loro disgiunta, e presso lo studio del secondo in Como - via Carloni n. 38 elettivamente domiciliata, come da procura a margine della memoria di costituzione

resistente

ha pronunciato la seguente

o r d i n a n z a

I ricorrenti affermano, in primo luogo, la nullità del "contratto quadro", e conseguentemente dell'ordine di acquisto di obbligazioni Lehman disposto in data 11/2/2008, sotto una pluralità di concorrenti profili: (a) perché il contratto "quadro" non era stato adeguato alla successive modifiche introdotte sul tema dalla normativa di settore; (b) perché privo della sottoscrizione della cointestatario dei rapporti, signora Maria Teresa Masciadri, e (c) privo altresì della sottoscrizione del funzionario della Banca a ciò abilitato; (d) perché concluso in violazione di norme imperative di legge e di regolamento, volte a tutelare l'esigenza (di ordine pubblico) di trasparenza dei servizi e dei mercati finanziari; (e) per violazione dell'art. 94 TUF, avendo le modalità di negoziazione dei titoli in oggetto comportato, nella realtà, un collocamento elusivo della norma suddetta.

Nessuno dei suddetti profili può essere accolto.

Quanto alla nullità derivante dal mancato adeguamento del "contratto quadro" alla normativa di settore (a), si rileva che, in data 25/5/2008, il Colombo ha ricevuto "il nuovo testo del contratto di negoziazione,

ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari", comprensivo anche del *Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari*, così come previsto dal Regolamento Consob n. 11522/1998 (doc. 3/d resistente).

Si osserva, inoltre, che il termine per adeguare i contratti in essere al nuovo regime MiFID (*Market in Financial Instruments Directives*) non era ancora scaduto al tempo dell'operazione di investimento per cui è causa, potendo i soggetti abilitati provvedere al suddetto adeguamento "entro il 30 giugno 2008" (art. 19, comma 13, del decreto legislativo 17 ottobre 2007, n. 164).

In assenza di ulteriori specificazioni contenute nella norma richiamata, è peraltro da ritenere che l'adeguamento investisse esclusivamente il profilo del "contratto quadro" e dei suoi requisiti contenutistici, ma non anche i diversi aspetti della configurazione del "profilo" della clientela, delle valutazioni concernenti l'adeguatezza e/o l'appropriatezza del tipo di investimento richiesto, degli obblighi di *best execution* e delle regole di gestione degli ordini, quali oggetto di nuova regolamentazione con il citato d. l.vo n. 164/2007 (entrato in vigore l'1 novembre 2007) e con il Regolamento Intermediari approvato con delibera Consob 29 ottobre 2007 n. 16190 (pubblicato il 2 novembre 2007): erano, pertanto, queste, già dal novembre 2007, essendo abrogato - con l'entrata in vigore del Reg. Consob n. 16190/2007 (art. 113, comma 7) - il precedente Regolamento n. 11522 del 1998 e successive modificazioni, le disposizioni da applicarsi in tema di trasparenza e correttezza nella prestazione dei servizi di investimento (e ad esse la fattispecie in oggetto dovrà necessariamente ed esclusivamente essere rapportata), e ciò in relazione a tutti i contratti già in essere, indipendentemente dal fatto che questi non avessero ancora ricevuto l'adeguamento richiesto dalla nuova disciplina.

Quanto ai profili di nullità (b) e (c), si osserva preliminarmente come gli stessi, implicando l'esame e la risoluzione di identiche questioni, siano suscettibili di un esame congiunto.

Al riguardo, giova premettere che - secondo le previsioni di cui all'art. 23 d. l.vo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza) - i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso quello di consulenza, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori *sono redatti per iscritto* e un esemplare è consegnato ai clienti; che *nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo* (comma 1); che in tali casi *la nullità può essere fatta valere solo dal cliente* (comma 3).

Si deve altresì rilevare come il contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento sia analiticamente regolato, nei suoi contenuti, dalla normativa secondaria (ora dall'art. 37 Regolamento n. 16190 del 2007), la quale, in particolare, stabilisce che esso debba prevedere le modalità e le condizioni, alle quali il soggetto intermediario sarà tenuto a prestare la propria attività, in caso di ricezione, da parte del cliente, di eventuali e futuri ordini di investimento (o disinvestimento).

Al di là delle definizioni che si vogliono adottare per ricondurne il tipo a figure già indagate (come quella ormai ampiamente in uso di contratto "normativo"), è certo che lo strumento contrattuale in esame assolve alla funzione di veicolo, per il cliente, di tutte le informazioni occorrenti a delineare l'*ambiente giuridico* in cui si collocheranno i suoi rapporti

con l'intermediario e le sue scelte di futuro investitore: ciò che realizza una prima e preliminare esigenza di chiarezza e trasparenza fra i due soggetti, definendo il "come" (ed i limiti) della prestazione del servizio, esigenza che è rilevante per l'intermediario, il quale deve essere posto in grado di organizzare la propria attività secondo parametri uniformi per rapporti di natura seriale e senza il rischio (o con un rischio molto contenuto) di trovarsi assoggettato a contestazioni da parte del proprio cliente; ma che è tanto più rilevante per quest'ultimo, la cui posizione, prima ancora di caratterizzarsi per asimmetria informativa nei confronti dei mercati e dei prodotti finanziari, è di debolezza economica rispetto alla controparte contrattuale.

Si comprende, pertanto, come la "nullità" prevista dalla disposizione di cui al comma 3 dell'art. 23 TUF (che è una delle diverse ricadute della disaggregazione, soprattutto conseguente alla normativa comunitaria, della categoria della nullità di diritto comune) sia stata modellata come "relativa", essendovi legittimato il solo cliente, posto che, con essa, non sono stati tutelati interessi di rilievo generale, ma principalmente (se non esclusivamente) interessi di parte: di quella parte che, già al suo primo affacciarsi allo *status* di investitore, ha bisogno di una certa e incisiva protezione.

Tanto premesso, è plausibile che - come può scegliere se far valere o meno una nullità, alla quale egli soltanto è legittimato - così il cliente abbia la facoltà di realizzare atti volti alla conservazione del contratto, sia espliciti e formali, sia coerentemente desumibili da comportamenti concludenti.

Ed è quanto precisamente accaduto nel caso di specie, avendo - sulla base dei contratti che si sono succeduti nel tempo - il signor Colombo acquistato e negoziato titoli per anni mediante la Cariplo, prima, e la Banca resistente, poi, e la moglie, sig.ra Masciadri, avendo beneficiato, quale cointestatario dei rapporti, delle cedole e di ogni altro provento conseguente alle operazioni di investimento effettuate.

Tale comportamento, che - si ripete - non solo non appare isolato, ma è andato sistematicamente ripetendosi nel tempo, tanto da costituire una costante dei rapporti tra gli odierni ricorrenti e la Banca, può essere riguardato come convalida *per facta concludentia* del contratto, o come rinuncia a far valere una invalidità, che potrebbe astrattamente inficiarlo, in ogni caso rivelandosi, per l'uno e per l'altro ricorrente, un atteggiamento chiaramente abdicativo nei confronti del rimedio offerto dalla legge.

Al di là, e forse prima ancora delle osservazioni che precedono, non può sfuggire come la deduzione di una nullità "di protezione", in un contesto in cui è da ritenere che il veicolo informativo, rappresentato dal contratto "quadro", abbia raggiunto la sua meta e che le esigenze di tutela dell'investitore, espresse dalla previsione di detta nullità, siano state ampiamente risolte, venga a costituire un sicuro episodio di abuso del diritto, non meritevole, in quanto tale, di considerazione da parte dell'ordinamento.

E' chiaro, infatti, che la possibilità di far valere la nullità (relativa) prevista dall'art. 23 TUF è stata nel caso di specie piegata a finalità, che non sono assolutamente in linea con i bisogni che ne giustificano la presenza, così da integrare, nei fatti, un'opportunistica e inammissibile deviazione dallo schema del raccordo necessario (e solo meritevole

della reazione positiva dell'ordinamento) fra schema formale del diritto e interesse al medesimo sotteso.

E', inoltre, certamente singolare, costituendo di per sé un autonomo, quanto radicale, motivo di rigetto della domanda, il fatto che la nullità del contratto, anziché privare di causa e travolgere ogni successiva operazione di investimento (o disinvestimento), sia dai ricorrenti limitata ad un unico ordine di acquisto (quello, economicamente svantaggioso, in data 11/2/2008).

L'art. 23 TUF consente, infatti, al cliente di scegliere se far valere la nullità derivante dal difetto di forma del contratto "quadro", ma non gli attribuisce anche la facoltà di determinarne gli effetti a seconda della natura (favorevole o meno) dell'operazione di investimento successiva alla stipula del contratto e cioè, in concreto, di salvare gli ordini di acquisto rivelatisi economicamente vantaggiosi e di rimuovere, invece, quelli rivelatisi pregiudizievoli.

E' contraddittorio, infatti, ritenere che possa esservi stata un'adeguata acquisizione informativa, idonea a compensare la strutturale debolezza del contraente, per gli ordini di acquisto del primo gruppo e che, al contrario, essa non vi sia stata per quelli del secondo; mentre è logico ritenere che l'eliminazione di una disciplina convenzionale considerata pregiudizievole si riverberi su tutti gli atti ed i rapporti che, in seguito e nell'ambito di essa, sono sorti.

Quanto alla nullità per violazione delle norme che stabiliscono regole di condotta a carico degli intermediari finanziari (d), pare sufficiente il richiamo alla giurisprudenza a Sezioni Unite della Suprema Corte, la quale ha statuito come la violazione delle suddette regole non possa in alcun caso, in difetto di un'espressa previsione normativa in tal senso, determinare la nullità, ai sensi dell'art. 1418, comma 1°, c.c., del contratto di intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, potendo dar luogo unicamente (a seconda del momento in cui si collochi l'inosservanza dei doveri di comportamento) a responsabilità precontrattuale o contrattuale (Cass. n. 26725/2007).

Quanto, infine, alla nullità per elusione delle disposizioni di cui all'art. 94 TUF e, in particolare, per violazione della norma che fa obbligo di consegnare il prospetto informativo all'investitore (e), non è dato comprendere, non essendone neppure allegati gli elementi e le circostanze di fatto, per quale ragione il caso in esame dovrebbe essere ricondotto alla fattispecie dell'offerta al pubblico di strumenti finanziari.

Dalla documentazione prodotta e, in particolare, dalla scheda del titolo e dall'ordine in data 11/2/2008 risulta invece che le obbligazioni, oggetto di causa, sono state emesse nel 2004 e acquistate dalla Banca sul mercato di negoziazione TLX, a seguito di disposizioni ricevute dal cliente e nell'interesse di quest'ultimo.

L'operazione non è, quindi, inquadrabile, per quanto si deve desumere dai documenti prodotti, né nello schema di cui alle norme richiamate, né in quello di cui all'art. 100 bis, comma 2, TUF e, d'altra parte, come già notato, i ricorrenti non allegano le ragioni di fatto per cui una qualche forma di offerta al pubblico sarebbe configurabile nella specie, arrestandosi a meri rilievi e osservazioni di portata generale.

Analoghe censure possono e debbono muoversi nei confronti della domanda di annullamento, ove riferita al contratto di negoziazione,

ricezione e trasmissione di ordini (contratto "quadro"), non essendo allegati gli elementi necessari a chiarire in quali termini il processo di formazione della volontà - rispetto al contratto in oggetto (di cui si sono precisati sopra oggetto, natura e funzione) - possa dirsi viziato da errore essenziale o dolo.

Se, invece, i vizi dedotti dai ricorrenti riguardano la singola operazione di investimento per cui è causa (come, al di là del titolo, sembra indicare il tenore complessivo del paragrafo a p. 15 del ricorso), allora è da rilevare come essa non abbia, al pari di tutti gli altri ordini di acquisto, natura negoziale, configurandosi come un atto di esecuzione del programma, eventuale e futuro, di cui, con il contratto "quadro", sono state precisate e concordate le condizioni.

E rispetto a tale atto la violazione delle norme di comportamento poste a carico degli intermediari rileva non già come causa di errore, o altro vizio della volontà, ma come fonte di responsabilità per inadempimento e di risarcimento del danno.

Ciò posto, e ribadito che la normativa da applicarsi *ratione temporis* all'operazione per cui è causa è quella (e unicamente quella) di cui al Regolamento n. 16190 del 2007, risultano anzitutto inconferenti tutti i (numerosi) richiami fatti dai ricorrenti al precedente Reg. Consob (n. 11522/1998) e alle disposizioni di questo in materia di obblighi di informazione e di valutazione dell'adeguatezza dell'investimento.

Precisato, quindi, che la diligenza dell'intermediario deve, nella specie, essere misurata alla stregua della nuova e diversa disciplina introdotta a seguito delle direttive e dei regolamenti comunitari (2004/39/CE; 2006/73/CE; 1287/2006) sintetizzabili come MiFID, non pare dubbio che anche le ulteriori domande svolte dai ricorrenti, siccome infondate nel merito, debbano essere respinte.

Risulta, infatti, che la Banca abbia fornito le informazioni necessarie, ai sensi dell'art. 31 Reg. Consob n. 16190/2007, e ciò sia sul piano di una descrizione generale della natura e dei rischi degli strumenti finanziari trattati (come è reso palese dalla consegna del "Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari": doc. 3/g); sia sul piano della descrizione delle caratteristiche specifiche dello strumento finanziario interessato dalla singola operazione (come emerge dalla scheda titolo e contestuale ordine di acquisto: doc. 3/g resistente).

Inoltre, risulta che il cliente, rispondendo ad un apposito questionario (doc. 3/h resistente), avesse dato dimostrazione di possedere il livello di conoscenza e di esperienza necessario a comprendere i rischi che lo strumento finanziario avrebbe comportato; così che l'operazione, oltre che preceduta e accompagnata da un'idonea informazione, poteva dirsi anche "appropriata" al profilo dell'investitore (artt. 41, 42 Reg. citato), il quale, d'altra parte, indipendentemente dalle risposte fornite, poteva fondatamente considerarsi già sorretto da una concreta, tutt'altro che breve, esperienza in materia di investimenti finanziari.

Si deve conseguentemente ritenere che la Banca abbia, nella specie, agito con la specifica diligenza che le era richiesta e così raggiunta la prova di cui il soggetto intermediario è onerato ai sensi dell'art. 23, comma 6, TUF.

Si impongono comunque altre due considerazioni.

La prima è che il soggetto abilitato non è tenuto ad approfondimenti, analisi, previsioni, raccolta ed elaborazione di dati, che vadano al di là

del comune e diffuso patrimonio di conoscenze proprio degli operatori che agiscono professionalmente nel settore in cui anch'esso opera, competendogli essenzialmente un obbligo di diligente trasmissione al cliente delle notizie di cui, con diligenza e perizia professionali, si è dotato.

E poiché, alla data dell'investimento per cui è causa, non erano noti elementi che potessero far intuire un *default* di quella che era una delle maggiori banche d'affari su scala mondiale (la stessa cronologia dei ricorrenti muove da fatti ben posteriori all'11/2/2008 e le successive osservazioni sulla prevedibilità del fallimento sono del tutto generiche: cfr. ricorso, pag. 6), non pare dubbio che sul punto nessun rimprovero possa essere ragionevolmente rivolto all'odierna resistente.

La seconda considerazione è che, ove pure l'informazione fornita dalla Banca fosse stata estesa alle caratteristiche dell'emittente e del titolo indicate nel ricorso *sub A)-G)*, caratteristiche peraltro già in qualche misura desumibili dalla scheda o di per sé irrilevanti, come dimostrato dalla resistente; non per questo potrebbe fondatamente ritenersi che il cliente si sarebbe astenuto dall'operazione, in presenza delle molteplici assicurazioni, di cui la scheda dà conto, costituite dal *rating* elevato attribuito dalle principali e "storiche" agenzie all'emittente e al titolo e dall'inserimento di quest'ultimo nell'elenco delle obbligazioni a basso rischio e basso rendimento dell'iniziativa del Consorzio "Patti Chiari": elementi tutti che, dovendo la descrizione del prodotto essere tale da "consentire al cliente di adottare decisioni di investimento informate" (art. 31, comma 1, Reg. cit.), sarebbero risultati preminenti nel corso del processo decisionale che ha portato il Colombo all'investimento per cui è causa e comunque i ricorrenti non hanno provato, od offerto di provare, il contrario, consapevoli di avere nel passato deciso operazioni in titoli assai meno assistiti da valutazioni positive.

In definitiva, tutte le domande proposte devono essere respinte.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi euro 4.000,00 (euro 200,00 per spese; euro 800,00 per diritti; euro 3.000,00 per onorari), oltre rimborso spese generali e accessori di legge.

p.q.m.

visto l'art. 702 *ter* c.p.c.

r e s p i n g e

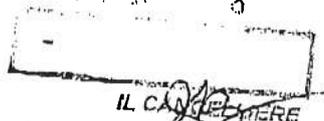
le domande tutte proposte dai ricorrenti;

c o n d a n n a

gli stessi, in solido fra loro, a rifondere a Intesa Sanpaolo s.p.a. le spese di lite, liquidate in complessivi euro 4.000,00 (quattromila), oltre rimborso spese generali, iva e cpa.

Como, 14 febbraio 2012

Depositato nella cancelleria
del Tribunale di



Il Giudice
(dott. Paolo Negri della Torre)

Paolo Negri della Torre

F.A. telematico
07/03/12

6

Per parte di S.p.A. e S.p.A. Minelli
14/3/2012