



COPIA

SENTENZA

N. 700/2004

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE DI SIRACUSA

SEZIONE CIVILE

R.G. 2644/2004

Composto dai Sigg.ri Magistrati:

Cron. 7323

Dott. Vincenzo DIDOMENICO Presidente rel.

Rep. 1050

Dott. Veronica MILONE Giudice

Dott. Viviana URSO Giudice

ha pronunciato la seguente:

S E N T E N Z A

nella causa avente ad oggetto: nullità contratto, promossa da:

DA

[redacted], nato a Siracusa il [redacted] (C.F. [redacted]) e [redacted]

[redacted], nato a Siracusa il [redacted] [redacted] rappresentati e difesi per procura a margine dell'atto di citazione dall'avv. [redacted], disgiuntamente con l'avv. [redacted] entrambi con studio in Siracusa;

-attori-

CONTRO

-BANCA [redacted] con sede in [redacted] [redacted] n. [redacted] (C.F. [redacted]) in persona del rap-



presentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. prof. [REDACTED], dall'avv. [REDACTED] [REDACTED] e dall'avv. [REDACTED];

-convenuta-

All'udienza di precisazione delle conclusioni i procuratori delle parti concludevano come da verbale di udienza del 5 Febbraio 2008, che qui si intende integralmente richiamato e trascritto.

#### Svolgimento del processo

Con atto notificato il 7.8.2004 [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] esponevano che il 25.5.2001 avevano sottoscritto con la Banca [REDACTED] s.p.a., una proposta di adesione al piano finanziario denominato "4 You";

che con tale piano la Banca concedeva ai clienti un finanziamento finalizzato all'acquisto di un 40%-60% di obbligazioni, c.d. zero coupon, emesse dalla stessa banca o da Banche del gruppo e la rimanente quota di fondi comuni di investimento analogamente emessi;

che a garanzia della restituzione del finanziamento la Banca costituiva pegno su tali titoli;

che tale prodotto comportava un incredibile aggravio di costi e di rischi, che si specificavano ampiamente a carico del cliente in relazione alle finalità del prodotto,



ossia la costituzione di un capitale a lunga scadenza;  
che si violavano, altresì, le disposizioni del Testo Unico della Finanza ed in particolare gli artt. 21 e 23 del T.U.F. e 26, 27, 28 e 29 del Regolamento Consob 11522/98; che, altresì, era nulla per violazioni degli artt. 1341, 1342 Cod. Civ. la clausola di cui all'art. 8, sez. II che nella sostanza era una clausola penale non bilanciata; ciò premesso chiedevano accogliersi le conclusioni trascritte nella prossima parte della sentenza.

Si costituiva la convenuta contestando la domanda; deduceva la correttezza e la congruità del piano proposto; rilevava che il piano aveva passato favorevolmente l'esame dei tavoli conciliativi, istituiti dalla Banca, della giurisprudenza e dottrina; chiedeva, pertanto, rigettarsi la domanda.

Mutato il rito, chiesta la fissazione dell'udienza, il collegio si riservava di decidere ex art. 16, 5° co. D.Lgs. 17.1.2003 n. 5.

#### **Motivi della decisione**

Sebbene gli attori chiedano "in via preliminare" dichiararsi la inadeguatezza dell'investimento al profilo di rischio degli attori e l'inosservanza dei principi generali di comportamento degli intermediari bancari e condannare la Banca al risarcimento del danno e "nel merito" dichia-



rare la nullità dei contratti per violazione degli artt. 21 e 23 del D.lgs. 58/98 e 26,27 28 e 29 Reg. Consob 11522/98 (e poi in via gradata dichiarare la inefficacia della clausola di cui all'art. 8 sez. II), è evidente che i concetti di preliminarietà e merito sono invocati impropriamente, non potendosi ravvisare un tal rapporto tra le due prime domande come sopra proposte.

Anzi è logicamente preliminare la domanda di nullità, anche perché la parte che risente pregiudizio da un contratto ha più interesse a fare valere la nullità del contratto (e pertanto a sciogliersene) che a tenerlo valido, pur ottenendo taluni effetti risarcitori.

La domanda di nullità nei termini sopra proposta è inammissibile (o comunque infondata) attesochè il SC (Cass. SSUU 6725/07) ha ritenuto che la violazione dei doveri dell'intermediario finanziario in fase antecedente la conclusione del contratto (violazione del dovere di informativa, di comportarsi in buona fede ecc, lamentati nel caso in esame) non comporta la invalidità del contratto ma genera solo responsabilità (legittima solo la richiesta risarcitoria), laddove la violazione di tali doveri in corso di contratto (ma la questione non è oggetto della presente causa) può condurre anche alla risoluzione del contratto. Confermano le SSUU l'indirizzo seguito con la sentenza



19204 del 2005, richiamando la distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: solo la violazione della seconda dà luogo a invalidità del contratto.

Né può questo collegio rilevare, d'ufficio, la nullità del contratto per diverse ragioni, essendo giurisprudenza costante del S.C. (Cass. 2004/18062; 2004/15561; 2003/2637) che "il potere del giudice di rilevare d'ufficio l'eventuale nullità (o inesistenza) di un atto negoziale va coordinato con il principio della domanda, fissato negli artt. 99 e 112 cod. proc. civ.: soltanto quando la nullità si ponga come ragione di rigetto della pretesa attorea per essere l'atto elemento costitutivo della domanda, essa può essere rilevata dal giudice in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'iniziativa delle parti (anche attraverso il mutamento delle difese); qualora, invece, sia la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa pregiudizievole, la pronuncia del giudice deve essere circoscritta alle ragioni di legittimità enunciate dall'interessato e non può fondarsi su elementi rilevati di ufficio o tardivamente indicati" (Cass. 18062/2004).

### **IL CASO.it**

Invero, nell'ampio panorama della giurisprudenza di merito che si sta formando sul contratto 4 You (o analoghi tipi



di contratti), parte notevole della più recente giurisprudenza (Tribunale Civitavecchia del 20.4.2007, Tribunale Salerno 2007/921, Tribunale di Lodi 2006/154, Tribunale di brindisi 2005/1417), particolarmente attenta agli aspetti sostanziali del fenomeno, ha individuato profili di carenza di causa, non trattandosi di negozio volto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c. e, pertanto, ha rilevato d'ufficio la nullità del contratto, con ciò ponendosi in contrasto con diversa giurisprudenza (Tribunale Parma 481/2005, Tribunale Catania (causa n. 1787/2004) che appare orientata nel senso di ritenere che la conoscenza (incontestata, presumibile o dimostrata) del contenuto formale del documento sottoscritto dal cliente generi un fenomeno di auto responsabilità del medesimo.

Ma, pur condividendo il primo orientamento che appare in linea con il sistema "protezionistico" del consumatore quale rinvenibile nelle disposizioni in tema di prodotti e servizi bancari - anticipando l'iter logico che seguirà la presente sentenza - il rilievo d'ufficio della nullità è inammissibile anche in relazione alla domanda risarcitoria come sopra evidenziata, in quanto questa domanda è relativa a violazione di doveri precontrattuali (responsabilità aquiliana) e, pertanto logicamente e cronologicamente an-



teriore alla stipulazione del contratto, laddove il rilievo d'ufficio della nullità riguarderebbe il contratto (fatto successivo e non oggetto della domanda).

Va ora esaminata tale domanda risarcitoria fondata sulla dedotta inadeguatezza dell'investimento al profilo di rischio e inosservanza dei principi generali di comportamento degli operatori finanziari.

A tal fine sia gli attori sia la Banca esaminano il contenuto strutturale, funzionale ed economico del prodotto finanziario venduto agli attori per dedurre - ciascuno - opposte conseguenze.

In fatto, non appare contestata la circostanza che gli attori conoscessero il contenuto del documento quale sottoscritto dai medesimi.

Dallo stesso risultava che il prodotto che essi acquistavano era costituito da un mutuo da rimborsare con rate fisse mensili, gravate d'interessi, in quindici anni, per l'ammontare del divisato investimento, utilizzato per l'intero ammontare per la sottoscrizione di titoli (parte obbligazioni, parte fondi comuni di investimento), facenti capo a società collegate con la medesima Banca, e vincolati in pegno, a garanzia del pagamento delle rate.

Si è sopra evidenziato che gli attori deducono la inidoneità al loro profilo di rischio dell'investimento, che



viene qualificato anche "strumento dannoso e gravemente lesivo degli interessi dei consumatori".

L'indagine, nel senso chiesto dagli attori (e su cui in relazione alle difese della Banca si è costituito il più ampio contraddittorio ) è resa possibile dalla considerazione che il legislatore in talune attività commerciali che tradizionalmente comportavano l'effettuazione di servizi (bancario, assicurativo, turistico) ha individuato un "prodotto" finale, cioè un bene (che appare conseguenza del servizio) in ordine al quale non appare rilevante - per richiamare una antica distinzione - solo l'obbligazione di mezzi, bensì rileva il risultato.

Al cliente di una Banca, di una società assicuratrice di una agenzia di viaggi ecc., non interessano solo buone accoglienze, ampie spiegazioni ecc., ma interessa che le stesse siano funzionali ad un buon investimento, una buona assicurazione, un buon pacchetto viaggio. **IL CASO.it**

Questo è il chiaro significato dell'art. 26, comma 1, lett. p reg. Consob, laddove si prevede che gli investitori devono operare al fine di contenere i costi dell'investitore e di ottenere da ogni servizio d'investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall'investitore, ovvero l'art. 21 che prevede che "nella





prestazione di servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono

- a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati;
- b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati.

Al fine di precisare i principi suddetti, il regolamento di attuazione concernente la disciplina degli intermediari (adottato dalla Consob con delibera n. 11522 del 1.7.1998 e succ. modd.) ha precisato, quanto ai doveri di informazione, che gli intermediari autorizzati

- a) debbono chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché, circa la sua propensione al rischio. L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore;
- b) gli intermediari autorizzati inoltre non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo avere fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura,



sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte d'investimento.

L'art. 23 VI comma del TUF inoltre prevede una inversione della prova in favore del cliente statuendo che " nei giudizi di risarcimento danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi d'investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta".

Ora, dall'esame del contratto non emerge che gli attori abbiano indicato alcun profilo a rischio, né tanto meno che la banca abbia fatto particolari accertamenti sulla loro propensione al rischio.

Invero, nel modulo sottoscritto dagli attori si legge:

"Dichiaro preliminarmente a tal fine:

- di aver ricevuto la richiesta di fornire notizie circa la mia esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la mia situazione finanziaria, i miei obiettivi di investimento, nonché circa la propensione al rischio. Al riguardo:
- ho rifiutato di fornire le informazioni sopradescritte, nonostante mi sia stato chiarito che tali



informazioni mi sono state richieste nel mio interesse;

- ho fornito le seguenti notizie:

Sotto tali diciture vi sono due righe in bianco e una sigla o sottoscrizione.

È evidente che dall'esame di tale clausola, non è dato sapere se il cliente abbia rifiutato di fornire le notizie o se le abbia fornite (ma quali?): la clausola appare di stile, frettolosamente sottoscritta dal cliente.

Orbene se unico profilo di rischio rilevante è quello dichiarato (cioè volontariamente scelto, non potendosi escludere che persona di grande esperienza finanziaria possa scegliere un profilo basso, ovvero verificarsi il contrario), appare meramente suggestiva l'osservazione della Banca che quanto meno uno degli investitori era persona esperimente, perché commercialista, in quanto, in ogni caso, di tale qualità non appare essere stato tenuto in conto nella negoziazione (o almeno non è provato), e appare invece circostanza difensiva dedotta ex post.

Orbene, in tale situazione di colpevole comportamento della Banca di acquisire i dati sul rischio prescelto, la Banca stessa avrebbe dovuto agire con particolare



diligenza e, in applicazione dei principi di correttezza e buona fede, considerare il cliente in esame a bassa propensione di rischio e pertanto offrirgli investimenti quanto più sicuri possibili.

Orbene, il problema da affrontare in relazione al profilo basso di rischio del cliente, è se il prodotto offerto al medesimo era corrispondente a quello che la concreta applicazione dei succitati doveri imponeva di offrire a quel cliente.

### **IL CASO.it**

Ora, nella prospettiva del piano finanziario in esame, è evidente che la Banca - con il meccanismo negoziale sopradescritto - consente di accedere al prodotto a chi non ha alcuna disponibilità attuale immediata della notevole somma oggetto dello investimento stesso; appare pertanto evidente che la fattispecie negoziale prevalente (o comunque più appariscente, quanto meno nei confronti del cliente, nella dinamica comunicativa del marketing) è quella del mutuo o finanziamento.

E' lo stesso fornitore del bene che, per potere vendere il bene medesimo, fa il mutuo all'acquirente.

Sembra una soluzione geniale dal punto di vista economico.

Però la Banca avrebbe potuto parlare più semplicemente di pagamento rateale del prodotto invece di enfatizzare



un mutuo che risulterebbe snaturato nella sua natura perché nulla avrebbe della realtà propria di tale figura negoziale (richiesta ancora dalla giurisprudenza del S.C. SSUU 6725/07 citata), realtà che non si riscontra nemmeno in forma larvale (messa, comunque a disposizione), atteso il meccanismo creato di collocazione del relativo ammontare in titoli costituiti in pegno.

Il conto corrente creato serve invero a gestire i titoli e i pagamenti e non già a ricevere la somma, sì da realizzare quella disponibilità richiesta dalla giurisprudenza (Cass. 2003/7773; Cass. 2001/5966).

Anche a volere parlare di contratto di finanziamento (o mutuo di scopo) è pur sempre prevista una consegna anche se la stessa (Cass. 2003/7773 cit.) rappresenta non un elemento costitutivo del contratto, ma l'esecuzione dell'obbligazione a carico del finanziatore, tant'è vero che "la proprietà della somma oggetto del finanziamento si trasferisce al finanziatore solo con la consegna della somma stessa, in quanto solo da quel momento egli può disporre da solo, senza l'intermediazione del mutuante o anche contro la volontà di questi; ne consegue che solo dal momento della consegna si trasferiscono sul mutuatario anche i rischi derivanti



dall'acquisita proprietà del denaro, compreso quello conseguente alle oscillazioni del cambio."

Comunque, sia che si segua la artificiosa costruzione dei contratti-collegati, quale leggesi nel contratto, sia a esaminare la fattispecie come procedimento indiretto (vendita a rate), appare evidente, nell'un caso e nell'altro, lo sviamento economico-funzionale di tali fattispecie economiche-giuridiche, in quanto sia il mutuo sia la vendita a rate tendono, per loro natura, a fare realizzare ad un soggetto che non ha la liquidità attuale, un interesse attuale (acquistare un immobile, una macchina ecc.) laddove nel caso in esame l'interesse del mutuatario e acquirente si realizzerà (se si realizzerà) solo dopo il pagamento integrale del mutuo (o delle rate del prezzo, secondo l'altra costruzione) e ciò in virtù del pegno dei titoli (l'oggetto sostanziale della vendita) che opera lo spossessamento dell'acquirente sino a tutta la durata del contratto (15 anni), essendo il pegno costituito a garanzia del pagamento delle rate (del mutuo o del prezzo).

Né la produzione di interessi della quota obbligazionaria (fissati evidentemente in misura inferiore al costo del mutuo, perché altrimenti non si vedrebbe quale interesse avrebbe avuto la Banca) o di dividendi (delle



quote azionarie) potrebbe in qualche modo compensare la postergazione di eventuali effetti vantaggiosi alla estinzione del mutuo, atteso che a norma dell'art. 2791 C.C. "se è data in pegno una cosa fruttifera, il creditore, salvo patto contrario, ha la facoltà di fare suoi i frutti imputandoli prima alle stesse....." e nel caso in esame non risulta pattuito il contrario.

Un contratto di tal tipo non è nemmeno bilateralmente aleatorio (la Banca non rischia nulla, se non la generica insolvenza del debitore, cui comunque si premunisce con l'assicurazione, ben più efficace del pegno di titoli che potrebbero valere ben poco) e nemmeno è qualificabile di gioco o di scommessa (per la evidente mancanza di tale intento da parte di entrambi i contraenti (Cass. 2004/17689).

Non poteva pertanto la Banca, a clienti qualificabili di bassa propensione al rischio, proporre un prodotto che, al di là di appetibili apparenze (possibilità di investire senza avere alcuna disponibilità attuale) che galvanizzavano l'attenzione del cliente, era ad altissimo rischio per i fondi, con interessi inferiori al costo del finanziamento per le obbligazioni, e comunque senza alcun vantaggio attuale e futuro per tutta la durata di restituzione di un finanziamento.



Un contratto di tal tipo avrebbe imposto non certo la spiegazione letterale del contratto (come appare non contestata), bensì l'approfondimento e la spiegazione delle "implicazioni" del medesimo, e ciò anche in considerazione della circostanza che l'art. 29 Reg. predetto prevede addirittura che "gli intermediari autorizzati, inoltre, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad un'operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione.

Qualora l'investitore intenda comunque dar corso all'operazione gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione solo sulla base di un ordine impartito per iscritto... in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute". **IL CASO.it**

La Banca convenuta deve pertanto essere condannata al risarcimento del danno.

Il risarcimento del danno da violazione di obblighi precontrattuali, sotto la specie particolare qui esaminata dell'offerta di prodotto inadeguato, non può corrispondere o coincidere - per mancanza di omogeneità - con quello derivante da dichiarazione di nullità del contratto (che dovrebbe comportare una adeguata valutazione del dare e avere, della attualizzazione del valo-





re dei titoli): può invece essere liquidato equitativamente e, tenuto conto che, allo stato nessun vantaggio agli attori risultano avere avuto, il danno può commisurarsi alle rate già pagate, maggiorate dagli interessi legali dai singoli pagamenti.

Manca ogni prova di un danno maggiore della rivalutazione.

Infine, in ordine alla domanda intesa ad ottenere la dichiarazione di nullità della clausola di cui all'art. 8, sez. II, in riferimento alla facoltà di estinguere anticipatamente il finanziamento, per violazione degli artt. 1341 e 1342 Cod. Civ., deve essere osservato che tale domanda viene proposta "in via meramente gradata" rispetto alle due domande precedentemente esaminate (la risarcitoria e quella di nullità).

Orbene "in via gradata, non può che intendersi quale subordinata al rigetto delle precedenti domande.

Ma la domanda risarcitoria è stata accolta.

La domanda non è pertanto esaminabile.

Ricorrono equi motivi, a causa delle questioni trattate e dell'incertezza della giurisprudenza, per compensare per metà le spese del giudizio e condannare la Banca alla residua metà.

**P.Q.M.**



- a) Condanna la Banca Convenuta al risarcimento del danno che liquida nella misura dei ratei già corrisposti dagli attori, oltre interessi legali dai singoli pagamenti;
- b) Rigetta le altre domande;
- c) Compensa per metà le spese del giudizio e condanna la banca alla residua metà che liquida, in quanto a tale quota, in euro 2.000,00 per diritti ed onorari, euro 250,00 per spese vive, oltre spese forfettarie IVA e cpa.

Siracusa, 15 Marzo 2008

**IL CASO.it**

Il Presidente est.

*F.10*

dott. Vincenzo Didomenico

DEPOSITATO IN CANCELLERIA  
OGGI.....