



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI RAVENNA

Il Collegio, composto dai seguenti magistrati:

Dott. B. GILOTTA

Presidente

Dott. M. VICINI

Giudice

Dott. A. FAROLFI

Giudice rel.

ha emesso la seguente

SENTENZA
nella causa civile iscritta al N. 334/2008 R.G. promossa

DA

*BR. MASSIMO, F. ELENA, N. PATRIZIA, P. DOMENICO, PS.
ALESSIO, R. SIMONA, RS. BRUNO, RI. PAOLO, SG. MASSIMO,*
con l'Avv.to F. Capucci

ATTORI

CONTRO

BC. BP s.p.a.,
con l'Avv.to R. Fatano c/o Avv. A. Gamberini

CONVENUTA

CONCLUSIONI

Come da verbale di causa in data _____ da intendersi in questa sede richiamate.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ex art. 2 D.Lgs.vo n. 5/2003; a) i sigg.ri F. Elena, N. Patrizia, P. Domenico, Ri. Paolo, R. Simona e Sg. Massimo hanno richiesto pronunciarsi la nullità dei piani finanziari denominati “My Way” rispettivamente conclusi, per mancanza di indicazione della facoltà di recesso di cui all’art. 30 D.Lgs.vo 58/98 nonché, in subordine, per l’assoluta oscurità del testo negoziale – diversamente da quanto percepibile e comunicato implicante in realtà la sottoscrizione di strumenti finanziari complessi altamente rischiosi – e per la violazione di molteplici prescrizioni sui doveri dell’intermediario, qui operante anche in conflitto di interessi; b) i sigg.ri Br. Massimo e Rs. Bruno hanno svolto analoghe contestazioni rispetto ad un diverso piano finanziario denominato “4 you”; c) il solo Ps. Alessio ha mosso molteplici censure avverso il piano finanziario “121 performance”. Tutti gli attori hanno rispettivamente richiesto la pronuncia di nullità e/o l’annullamento dei contratti di cui sopra, ovvero in subordine la loro risoluzione per inadempimento, con condanna della banca convenuta MPS BP s.p.a. alla restituzione delle somme versate.

La convenuta ha contestato sotto più profili le domande attoree chiedendone il rigetto.

Dopo scambio di memorie, gli attori hanno presentato istanza di fissazione di udienza cui ha fatto seguito decreto ex art. 12 D.Lgs.vo n. 5/2003.

Il Collegio ha confermato detto decreto riguardante l’ammissione di CTU che è stata affidata alla Dott.ssa Silvia Benelli, la quale ha depositato il proprio elaborato in data 29/09/2011.

Infine la causa è stata trattenuta in decisione previa discussione delle parti, avvenuta all’udienza del _____, davanti al Collegio giudicante indicato in epigrafe.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.

L'attività di intermediazione mobiliare costituisce l'oggetto specifico della disciplina contenuta nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria o T.U.F.) di cui costituisce attuazione il Regolamento Consob 1 luglio 1998, n. 11522, sui c.d. "intermediari". Al tema erano peraltro già state dedicate, in precedenza, talune normative, come il d.lgs. n. 416/96 e, ancor prima, la legge n. 1/1991 in tema di S.I.M. Il TUF è stato recentemente novellato dando attuazione alla Direttiva 2004/39/CE, le cui disposizioni sono entrate in vigore il 1° novembre 2007. In materia riveste elevata importanza anche il Regolamento CONSOB n. 16190 del 29/10/2007, c.d. Intermediari, che contiene le disposizioni regolamentari di dettaglio, volte ad integrare e dare attuazione al TUF.

Centrale nella disciplina in esame è l'individuazione dei doveri di informazione attiva e passiva gravanti sull'intermediario. Trattasi, in effetti, di una serie di obblighi di acquisizione di informazioni e conoscenze (obbligo di informarsi) e di comunicazione dei dati così acquisiti all'investitore (obbligo di informazione) la cui previsione normativa lascia trasparire la chiara volontà del legislatore di porre limiti all'operatore e riequilibrare in qualche modo la contrattazione in un settore connotato dall'asimmetria informativa del cliente rispetto all'intermediario.

Tanto emerge in modo evidente dalla molteplicità delle prescrizioni contenute all'art. 21 T.U.F., che sotto la rubrica «criteri generali», disciplina in modo puntiglioso la condotta dell'intermediario finanziario, stabilendo che:

«nella prestazione dei 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...;

c) 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;

d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi;

e) svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati».

La corretta individuazione dei doveri di informazione, oltre ad avere riflessi organizzativi e sullo svolgimento dell'attività contrattuale, acquista poi particolare rilevanza ai fini dell'individuazione dell'oggetto della prova liberatoria gravante sull'intermediario. Ai sensi dell'art. 23 c. 6° T.U.F., infatti, «nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta » (in termini analoghi si esprimeva l'art. 18 c. 5° d.lgs. n. 416/96 in vigore dal 1° settembre 1996 al 30 giugno 1998). Tale disposizione non è stata modificata dall'adeguamento alla Direttiva MIFID, peraltro nella specie non applicabile *ratione temporis*.

Tale disposizione non può essere ritenuta di natura eccezionale ma, anzi, costituisce l'esplicazione nel settore specifico dell'intermediazione finanziaria, di una regola generale applicabile nei casi di inadempimento contrattuale. Si è infatti da tempo affermato che *“In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione”)* (Cass. S.U. 30 ottobre 2001, n. 13533).

In materia di responsabilità nei contratti di intermediazione mobiliare, non si tratta di decidere aprioristicamente dove collocare il rischio insito nelle operazioni di investimento in strumenti finanziari, posto che il rischio è

ovviamente assunto dall'investitore. Si tratta, invece, di accertare se l'intermediario finanziario abbia diligentemente adempiuto alle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione (accostabile al mandato: Sez. un., sent. n. 26725 del 2007) e, in ogni caso, che abbia adempiuto a tutte quelle obbligazioni specificamente poste a suo carico dal T.U.F. e dalla normativa secondaria. Ciò tenendo conto che tale normativa disciplina il comportamento che specifica - nella particolare materia dell'intermediazione mobiliare - il contenuto del contratto di negoziazione, genericamente indicato nell'art. 1708 c.c., "negli atti per i quali è stato conferito" il mandato e in "quelli che sono necessari al loro compimento".

Secondo Cass. 17 febbraio 2009, n. 3773, "applicando il principio sull'onere della prova nella materia contrattuale enunciato dalle Sezioni unite (Sentenza n. 13533 del 30/10/2001 cit.) l'investitore dovrà allegare l'inadempimento di quelle obbligazioni disciplinate dal T.U.F. e dalla normativa regolamentare e dovrà fornire la prova del danno e del nesso di causalità (quest'ultimo anche sulla base di presunzioni: cfr. Sez. 3^a, n. 2305 del 02/02/2007) tra questo e l'inadempimento. L'intermediario, a sua volta, dovrà provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico e allegare come inadempite e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito "con la specifica diligenza richiesta" (art. 23 cit. T.U.F. e, prima ancora D.Lgs. n. 415 del 1996, art. 18) e, in particolare, in relazione alle operazioni compiute nel vigore del D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, di avere osservato le obbligazioni poste a carico dell'intermediario dall'art. 17, secondo cui, nello svolgimento dei servizi di investimento del settore dei valori mobiliari, "le imprese d'investimento e le banche 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; c) organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse....".

2.

Sulla scorta della premessa che precede, occorre affrontare, in ordine logico pregiudiziale, la domanda di nullità avanzata dagli attori, e relativa per i soli contratti relativi alle operazioni denominate "My way" nella pregiudiziale eccezione di mancanza di informativa circa il diritto di recesso dalle operazioni

concluse “fuori sede” di cui all’art. 30 co. 7 TUF e, per tutti i contratti, sul meccanismo intrinseco di funzionamento dello strumento complesso ed atipico realizzato, sull’oscurità del testo negoziale impiegato e sulla violazione di molteplici doveri informativi e di astensione gravanti sull’intermediario in posizione di conflitto di interessi con l’investitore.

2.a.

Fondata appare la domanda di nullità svolta per motivi formali dagli attori che hanno sottoscritto il piano finanziario di investimento denominato “My Way”, che deve essere trattata, per ragioni di ordine logico giuridiche, in via pregiudiziale rispetto ad ogni altra. Trattasi per esattezza dei sigg.ri:

- F. Elena, piano trentennale dal 18/08/2000;
- N. Patrizia, piano trentennale dal 23/06/2000;
- P. Domenico, piano trentennale dal 09/05/2000;
- Ri. Paolo, piano trentennale dal 22/05/2000;
- Sg. Massimo, piano trentennale dal 04/08/2000;
- R. Simona, piano trent.le dal 7/12/2000.

Prima di procedere occorre, per completezza, ricordare quali fossero la natura ed i meccanismi di funzionamento reali del piano “My Way”, così come accertato dal CTU nominato in corso di causa. Tale descrizione ha elementi di comunanza con gli altri piani di finanziamento oggetto di causa, come in seguito si vedrà

La dott.ssa Benelli, utilizzando una corretta metodologia e con chiarezza espositiva scevra da vizi logici, ha accertato che l’operazione contrattuale detta “My Way” era chiaramente complessa consistente da un lato in un finanziamento bancario a titolo oneroso finalizzato in modo esclusivo ed imposto ad un investimento in due diversi strumenti finanziari ideati, forniti e gestiti completamente dalla stessa banca finanziatrice: dall’altro una quota variabile fra il 55% ed il 60% delle somme mutate venivano reinvestite automaticamente senza che il cliente ne avesse mai avuto la materiali disponibilità in un’obbligazione zero coupon emessa dalla BEI (si ricorda che è così definito il titolo obbligazionario privo di cedole periodiche per interessi a favore dell’obbligazionario) ed il resto in un fondo comune di investimento detto “spazio finanza concentrato” - in seguito divenuto parte dei fondi Ducato gestioni – rivolto alla sottoscrizione di titoli azionari quotati nei paesi OCSE.

La banca, come accertato dalla consulente, finiva attraverso la negoziazione di questo strumento complesso ad ottenere un *surplus* di remunerazione, rappresentato contemporaneamente da:

- a) lo spread fra il tasso concesso al cliente e quello sull'indebitamento nel mercato interbancario;
- b) l'anatocismo operato in danno al cliente attraverso al capitalizzazione mensile degli interessi sul finanziamento;
- c) una penale indiretta in caso di cessazione anticipata dei versamenti, derivante dall'applicazione di tassi di sconto superiori e diversi da quelli fisiologici del finanziamento;

- d) la differenza fra il prezzo di acquisto dell'obbligazione zero coupon che la banca operò dalla Goldman Sachs International (di 19,89 centesimi per la allora Banca 121) ed il prezzo praticato agli attori, oscillante fra i 22,3245 ed i 23,2073 centesimi, differenza tale da dare luogo ad un vero e proprio sovrapprezzo in danno dell'investitore, di molto superiore rispetto alle commissioni usualmente praticate per il collocamento obbligazionario dalle banche, pari ad appena lo 0,5%;

- e) commissioni di entrata nel fondo comune di investimento discrezionalmente fissate e praticate dalla stessa banca finanziatrice.

2.b.

Al di là della posizione di evidente conflitto di interessi in cui si trovava la banca che promuoveva l'investimento e raccoglieva gli ordini con i propri operatori (all'epoca Banca 121), dei costi impliciti e non evidenziati dal regolamento contrattuale, comunque superiori a quelli usualmente praticati dagli operatori sui singoli strumenti finanziari costituenti il "pacchetto complessivo "My Way", in questa sede ci si deve arrestare, quanto a tali posizioni contrattuali, alla domanda di nullità per violazione della disciplina sul recesso di cui all'art. 30 TUF.

Per quanto riguarda i contratti "My Way" infatti, l'asserzione di parte attrice secondo la quale gli stessi vennero tutti sottoscritti al di fuori degli uffici ove operavano i singoli promotori finanziari della banca convenuta, in

particolare presso una concessionaria di automobili del faentino o presso l'abitazione del solo sig. Sg., non è mai stata specificamente contestata dall'istituto di credito convenuto, che ha invece preferito unicamente difendersi ritenendo la non applicabilità dell'art. 30 c. 7 TUF ai servizi accessori di finanziamento.

Tale assenza di contestazione è tale da rendere pacifico il fatto costitutivo allegato da parte attrice e rendere superflua l'istruttoria orale che pure era stata proposta.

In estrema sintesi si può ricordare che storicamente ai temi delle "ammissioni" od alle conseguenze derivanti dalla "non contestazione" si è guardato in termini assai restrittivi. Principio tralatizio in materia era quello secondo cui *"i fatti allegati dall'attore a fondamento della sua pretesa possono considerarsi provati solo quando siano stati esplicitamente ammessi dal convenuto, oppure quando quest'ultimo abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi, non esistendo nel vigente ordinamento processuale l'onere della parte di contestazione specifica di ogni situazione di fatto dedotta ex adverso"* (Cass. 23 maggio 1995, n. 5643).

Pur mantenendo detto principio una sua validità in astratto, in concreto il S.C., con la decisione a S.U. 23 gennaio 2002, n. 761, ha di molto ampliato l'ambito di operatività della "non contestazione".

Il S.C. ha ribadito siffatti principi per il giudizio ordinario con la decisione Cass. 25 maggio 2004, n. 10031, secondo cui *"l'art. 167 c.p.c., imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto preteso dalla controparte, considera la non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetto vincolante per il giudice, che dovrà astenersi da ogni controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto steso dall'ambito degli accertamenti richiesti"*.

Tale orientamento, dopo alcune prese di posizioni difformi, è stato infine ribadito per il giudizio ordinario da Cass. 21 maggio 2008, n. 13079 e Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191, nonché da Cass. 15 novembre 2007, n. 23638, dovendo ritenersi uno dei principi fondanti l'attuale processo civile ed il sistema di preclusioni progressive sul quale lo stesso si fonda, da leggersi in combinato

disposto con il principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 cost.

Va altresì ricordato che l'attuale art. 115 c. 1 c.p.c. ha elevato il detto principio a norma fondamentale in materia di cognizione e valutazione probatoria del giudice, affermando che questi pone a fondamento della decisione, oltre alle prove proposte dalle parti anche "i fatti non specificamente contestati", con ciò chiarendo come non osti all'operatività del detto principio una contestazione meramente generica. Peraltro, la modifica normativa in parola riveste carattere ricognitivo di un principio largamente affermato anche nella giurisprudenza precedente (come già si è rimarcato), ragion per cui detto principio ben può applicarsi a controversie introdotte prima della recente modifica dell'art. 115 c.p.c. cit., così come operata dalla nota legge di riforma n. 69/2009 (sul punto specifica si rimanda a Trib. Piacenza, 2 febbraio 2010).

Nel caso di specie, peraltro, l'invocazione di tale modifica legislativa neppure è necessaria, stante la diretta applicabilità alla controversia in decisione dell'art. 10 co. 2 bis D.Lgs. vo 17/01/2003, n. 5 che prevede che "la notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza rende pacifici i fatti allegati dalle parti ed in precedenza non specificamente contestati" (nel testo introdotto dall'art. 4 D.Lgs. vo 28/12/2004, n. 310).

Dovendosi pertanto ritenere pacifica la conclusione dei contratti "My Way" al di fuori dei locali commerciali, è proprio la natura mista e complessa, inscindibile, dell'operazione ad imporre l'applicazione della sanzione di nullità di cui all'art. 30 co 7 TUF: "l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti che può essere fatta valere solo dal cliente". Infatti, l'operazione, come già si è visto analiticamente, non può essere "atomizzata" e ritenuta un mero finanziamento, proprio perché attraverso la sottoscrizione del modulo o formulario attinente al piano "MY Way" si procedeva contestualmente al collocamento di strumenti finanziari (obbligazionari e fondi comuni) alla clientela *retail* ed alla loro negoziazione, mentre l'eventuale previsione di recesso contenuto nel solo prospetto dei fondi comuni di investimento (così come eccepito dalla convenuta) appare insufficiente (non essendo relativa all'operazione nel suo complesso) e comunque di fatto irrealizzabile (posto che il finanziamento era finalizzato in via esclusiva e necessaria all'investimento sia nel predetto fondo comune, sia in

altre obbligazioni zero coupon per una quota considerevole dell'impegno economico complessivo).

L'operatività della causa di nullità invocata dagli attori con riguardo a questa tipologia contrattuale ove conclusa "fuori sede", infine, è ormai sostenuta dalla prevalente giurisprudenza:

"Al contratto "My Way" stipulato fuori sede trova applicazione l'art. 30, comma 7, TUF, il quale prevede la nullità dei contratti per l'omessa indicazione della facoltà di recesso. La garanzia dello ius poenitendi deve intendersi espressamente estesa sia alla promozione che al collocamento di strumenti e prodotti finanziari, sicché la distinzione che interessa è ormai solo quella tra promozione e ciò che non ha ancora le caratteristiche minime per essere qualificata tale quale ad esempio la pubblicità" (Tribunale Isernia 21 ottobre 2009).

"Al contratto relativo al piano finanziario "My Way" stipulato fuori sede trova applicazione l'art. 30, comma 7, TUF, il quale prevede la nullità dei contratti per l'omessa indicazione della facoltà di recesso" (Tribunale Forlì 18 maggio 2009).

Ancora, pienamente condivisibile appare la seguente decisione: "L'espressione "collocamento presso il pubblico", contenuta nell'art. 30 del TUF, deve essere interpretata in senso ampio come comprensiva di tutti i servizi di investimento e non solo all'attività propriamente detta di collocamento; quest'ultima soluzione sarebbe, infatti, in contrasto con la definizione di offerta fuori sede data dal primo comma di tale norma nonché con l'esclusione dalla tutela del collocamento effettuato nei confronti di investitori professionali" (Tribunale di Padova, 29 maggio 2009).

In termini simili *"Il piano finanziario 4you, benché analiticamente scindibile in distinte operazioni, costituisce un contratto unico sotto il profilo genetico e funzionale, in quanto composto da varie operazioni legate l'una all'altra e fra loro coordinate per essere volte al conseguimento di un organico risultato economico; ne discende che la menzione del diritto di recesso di cui all'art. 30 del TUF per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali, deve essere contenuta nel contratto stesso, non potendo soddisfare il dettato normativo la sua previsione nel prospetto informativo dei fondi il cui acquisto è contemplato nel piano" (Tribunale Rovigo 02 ottobre 2009; in questo senso anche App. Milano, 22 gennaio 2010).*

La pronuncia di nullità (che comunque coinvolge tutte le singole operazioni inscindibilmente collegate) comporta la restituzione delle somme versate dagli attori che risultano aver aderito al piano "My Way" secondo il seguente schema riepilogativo:

- F. Elena, piano trentennale dal 18/08/2000, Euro 12.240,26;
- N. Patrizia, piano trentennale dal 23/06/2000, Euro 10.458,45;
- P. Domenico, piano trentennale dal 09/05/2000, Euro 25.409,34;
- Ri. Paolo, piano trentennale dal 22/05/2000, Euro 17.641,93;
- Sg. Massimo, piano trentennale dal 04/08/2000, Euro 13.789,66;
- R. Simona, piano trentennale dal 7/12/2000, Euro 5.345,43.

3. **IL CASO.it**
Fondata, sia pure per altro concorrente motivo dedotto, appare altresì la domanda di nullità dei restanti contratti finanziari (per i quali peraltro non è stata eccepita la carenza di informazione circa le possibilità di recesso di cui sopra si è trattato per i contratti "My way").

In ordine al piano finanziario "4 you", sottoscritto dai sigg.ri Br. Massimo e Rs. Bruno, il CTU ha messo in evidenza come l'operazione nel suo complesso ricalcasse quasi pedissequamente il piano "My Way", di cui anzi per certi versi si proponeva la sostituzione, con l'ulteriore vantaggio per la banca di lucrare altresì sullo spread dei tassi passivi praticati al cliente secondo un piano di ammortamento alla francese (vds. tab. a p. 15 dell'elaborato).

Vantaggio che si andava ad aggiungere ai costi impliciti ed alle forme di remunerazione plurime e concorrenti ad esclusivo favore della banca che si sono dianzi ricapitolate sub parag. 2.a.

Lo stesso CTU ha anche quantificato la penale implicita in caso di estinzione anticipata ponendo in luce come la stessa fosse praticamente raddoppiata rispetto a quella contenuta nell'operazione "My Way". Infatti nel nuovo strumento finanziario la penale raggiunge l'elevato tasso (non percepibile dal cliente se non a patto di simulazioni matematiche particolarmente complesse) che va dal 10,74 al 10,79%.

Inoltre, la parte obbligazionaria dell'investimento, derivava – come esattamente descritto dalla dott.ssa Benelli – da un'operazione di *stripping* di un preesistente titolo "Republic of Italy", in modo da dar luogo ad un valore

mobiliare non presente nei mercati regolamentati ed oggetto di quotazione da parte della stessa banca finanziatrice, con un evidente aggravamento della posizione di conflitto di interessi in cui la stessa si trova nell'ambito dell'operazione in esame, testimoniato altresì dal differenziale fra prezzo di carico delle obbligazioni e costo praticato al cliente (tabella a p. 19 ove si nota un incremento percentuale abnorme e ben superiore a qualunque commissione usualmente praticata sul mercato per investimenti obbligazionari).

Il CTU ha evidenziato come il *break even point* si collochi esclusivamente dopo il venticinquesimo anno di durata dell'investimento (su uno spazio temporale complessivo previsto di 30 anni), ma che tale osservazione – pur già di per sé pesantemente sfavorevole al cliente che anche nella più ottimistica delle previsioni è destinato a dover attendere almeno 25 anni pur di iniziare ad ottenere una minima remunerazione finanziaria dall'investimento – sia meramente teorica, poggiandosi su di una esemplificatrice ed irrealizzata ipotesi di costanza del tasso di riferimento e su di una (non verificabile) diligente e corretto andamento della quotazione del titolo da parte della stessa banca, arbitra come si è visto della sua creazione (mediante stripping da altra obbligazione al fine di separarne le originarie cedole) e della successiva gestione e possibilità di ricollocazione. La valutazione sconta altresì la mancata applicazione (invece del tutto prevedibile) di commissioni di gestione pari ad almeno il 2% annuo del valore delle quote sottoscritte per la parte in fondi di investimento.

Ciò è tanto vero che, passando da un piano di verifica finanziaria astratta ad un'ottica di concreta osservazione del rendimento offerto dal piano "4 you", si evince che la sola parte investita in quote del fondo comune di investimento Prima strategia Europa alto potenziale aveva già dato luogo ad un andamento negativo fra un minimo di – 6,65% ad un massimo di – 23,57%.

Tali considerazioni devono essere addirittura aggravate per la posizione del solo sig. Ps. Alessio, sottoscrittore del piano "121 performance", rispetto al quale la CTU ha addirittura accertato che anche in astratto l'operazione non raggiungerebbe mai il *break even point*, poiché in ipotesi di costanza del paniere di riferimento dei titoli complessi in cui in parte era investito il finanziamento ricevuto, l'operazione "chiuderebbe sempre in perdita per il cliente".

Appare a questo punto evidente che è la stessa natura mista e complessa dell'operazione, dante luogo ad un atipico contratto di finanziamento di scopo e contestuale investimento finanziario in valori mobiliari unilateralmente decisi e controllati dallo stesso soggetto finanziatore, con molteplici costi anche indiretti ed impliciti a carico dell'investitore e guadagni, al contrario, nettamente superiori a quelli ricavabili da ciascuna operazione in sé considerata se posta in essere sul mercato, a costituire un contratto atipico che persegue scopi non meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c. L'operazione non può essere oggetto di una atomizzazione delle sue singole porzioni negoziali (mutuo da un lato, negoziazione in strumenti finanziari dall'altro), proprio perchè in modo atipico ed innovativo il rapporto è stato costruito in modo tale da non consentire una autonomia funzionale delle sue singole componenti. Di detto contratto atipico e complesso va conseguentemente dichiarata la nullità.

Sul punto, per completezza, è altresì possibile richiamare la nota teorica circa la nullità del contratto aleatorio unilaterale, nel quale cioè ogni rischio ed alea del mercato è imposto ed addossato ad una sola delle parti, restando l'altra sovrana del rapporto ed al riparo da qualsiasi ipotesi sfavorevole derivante dallo stesso andamento dei medesimi indici di riferimento.

Condivisibile appare pertanto la seguente decisione, presa con riguardo al titolo "4 you" ma applicabile, *mutatis mutandis*, anche agli altri titoli censiti nel presente giudizio (in particolare per quanto qui rileva "121 performance"):

"Il contratto denominato 4you, di natura atipica e di notevole durata, si discosta dallo schema del contratto di mutuo, in quanto dirotta le somme messe a disposizione verso incontrollate forme di investimento e perché non consente all'investitore alcun intervento sui tipi di investimento esponendolo, ad onta del conclamato intervento previdenziale, a qualsivoglia pregiudizio economico. Tale contratto non è quindi meritevole di tutela giuridica ex art. 1322 cod. civ. in quanto eccessivamente squilibrato a vantaggio di un contraente, ben oltre la normale alea contrattuale, con detrimento elevato dell'investitore che merita tutela giuridica anche in considerazione della sua posizione di consumatore" (Appello Salerno 30 settembre 2009).

Ancora, con riferimento allo schema negoziale denominato "My Way" ma con valutazione estensibile anche agli affini piani finanziari "4you" e "121 performance": *"L'ordinamento giuridico non può ammettere la validità di contratti atipici (nella specie May way) che, lungi dal prevedere semplici*

modalità di differenziazione dei diversi profili di rischio, trasferisca piuttosto a carico di una sola parte tutta l'alea derivante dal contratto, attribuendo invece alla controparte profili certi quanto alla redditività futura del proprio investimento. In tale ipotesi, l'insanabile squilibrio iniziale tra le prestazioni oggetto del sinallagma contrattuale rende l'intero contratto radicalmente nullo in quanto contrario alle previsioni degli artt. 1322-1343 cod. civ.” (Tribunale Brindisi 08 luglio 2008).

In precedenza: “Non è meritevole di tutela, secondo quanto previsto dall’art. 1322 cod. civ., in quanto eccessivamente squilibrato in favore del predisponente, il contratto atipico (nella specie denominato 4 you) che si presenta come contratto di mutuo ma che non ha nulla del suo schema; che dirotta la somma mutuata verso incontrollate forme di investimento; che non consente all’investitore alcuna forma di intervento sul tipo di investimento; che non consente, in particolare al contraente, nell’ipotesi di ribasso dei mercati, di adottare a tutela del suo risparmio altro più prudente investimento” (Tribunale Salerno 26 settembre 2007).

“Non è meritevole di tutela il contratto atipico nel quale l’alea sia posta esclusivamente a carico di uno solo dei contraenti e ciò in quanto l’ordinamento non può ammettere la validità di contratti atipici che, lungi dal prevedere semplici modalità di differenziazione dei diversi profili di rischio, trasferisca piuttosto in capo ad una sola parte tutta l’alea derivante dal contratto, attribuendo invece alla controparte profili certi quanto alla redditività futura del proprio investimento. L’insanabile squilibrio iniziale tra le prestazioni oggetto del sinallagma contrattuale rende allora l’intero contratto - e non soltanto le singole clausole sopra indicate - radicalmente nullo, non solo per contrasto con gli art. 21 e ss. TUF, ma anche per sua contrarietà alla previsione di cui all’art. 1322 c.c, non essendo detto negozio volto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico” (Tribunale Brindisi 24 ottobre 2005).

Pertanto, in definitiva, va pronunciata la nullità dell’operazione di investimento compiuta attraverso la sottoscrizione dei piani “4you” e “121 performance” e va altresì accolta la domanda restitutoria collegata, secondo il seguente schema:

- Br. Massimo, piano trentennale dall’11/06/01, Euro 20.451,42;
- Rs. Bruno, piano trent.le dal 19/04/01, Euro 16.501,11;

- Ps. Alessio, piano quindicennale dal 19/12/01, Euro 4.886,28.

Sugli importi oggetto di condanna restitutoria vanno applicati gli interessi legali a decorrere dalla messa in mora al saldo. Messa in mora che, per semplicità, deve farsi coincidere con la data del _____ (doc. ____).

Tale importo, peraltro, in difetto di più specifica prova, appare tale da ristorare completamente il pregiudizio subito dagli attori tenuto altresì conto che in difetto di più specifica prova circa l'evoluzione successiva delle forme di investimento seguite e della particolare contrazione verificatasi per i tassi di svalutazione monetaria, pressoché costantemente inferiori negli ultimi anni al saggio di interesse legale, non è possibile presumere alcuna destinazione alternativa e più fruttuosa degli importi. Al contempo l'evoluzione del saggio di interesse legale già tiene conto della svalutazione monetaria, in virtù di quanto previsto dal meccanismo di adeguamento di cui all'art. 1284 c.c.

Quanto alle spese di lite, queste seguono la soccompenza e sono liquidate come in motivazione. Alla convenuta incombe altresì in via definitiva il rimborso delle spese di CTU liquidate in corso di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale di Ravenna, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando nella causa sub R.G. 334/2008, ogni diversa istanza domanda od eccezione respinta,

- **dichiara la nullità** per le singole e distinte causali enunciate in motivazione delle operazioni finanziarie di cui è causa; conseguentemente, **condanna** BC. BP s.p.a. a corrispondere agli attori i seguenti importi:
 - a F. Elena Euro 12.240,26;
 - a N. Patrizia Euro 10.458,45;
 - a P. Domenico Euro 25.409,34;
 - a Ri. Paolo Euro 17.641,93;
 - a Sg. Massimo Euro 13.789,66;
 - a R. Simona Euro 5.345,43;
 - a Br. Massimo Euro 20.451,42;
 - a Rs. Bruno Euro 16.501,11;
 - a Ps. Alessio Euro 4.886,28.

In ogni caso oltre interessi legali dal _____ al saldo effettivo.

- **condanna** infine la banca convenuta a rimborsare agli attori le spese di causa che liquida in **Euro 8.000** (di cui Euro 600 per spese, Euro 7.400 per competenze ed onorari) oltre a spese generali, ad IVA e CPA come per legge; oltre al rimborso delle spese di CTU secondo liquidazione in corso di causa.

Ravenna, 7 novembre 2011

Il Giudice rel.

Dott. Alessandro Farolfi

Il Presidente

Dott. Bruno Gilotta