

12705

2005

21

SENTENZA N° 12705/2005
REPERTORIO: 10179/05

TRIBUNALE DI MILANO
IL CANCELLIERE
MASERAI
12 DIC. 2005
RICHIESTA N. 12705
COPIA CONFORME
COM-SEN. URGENZA
APPLICAZIONE PER DIRITTI
Euro 12.620



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI MILANO
SEZ. VI^A CIVILE

24 NOV. 2005

Composto da:
Dott.ssa A. Vanoni
Dott.ssa C.R. Raineri
Dott.ssa Amina Simonetti

Presidente
Giudice
Giudice rel.

DIRITTI DI CANCELLERIA
Cir. n° 319/2005 del 10/4/2005
Milano, 12 DIC.

TRIBUNALE DI MILANO
IL CANCELLIERE
C.S.
RICHIESTA N. 12705
COPIA CONFORME
COM-SEN. URGENZA
APPLICAZIONE PER DIRITTI
Euro 12.620

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta al Numero di Ruolo Generale 30981/2004 promossa da:

(c.f.) residente a , rappresentato e difeso in giudizio, in virtù di procura speciale in calce all'atto di citazione dall'avv. Marzia Martinoli presso lo studio della quale ha eletto domicilio in Milano n. 7 email: fax:

ATTORE

Contro

BANCA SPA (p.iva:00174560158), con sede in Milano, in persona del , rappresentata e difesa in giudizio, in virtù di procura generale alle liti notaio , rep. , dall'avv. di Milano presso il cui studio ha eletto domicilio in via , n. , email: fax:

CONVENUTA

Contro

S.P.A. (c.f.) con sede in Milano, in persona del legali rappresentanti in carica p.t. dott. e dott.ssa , rappresentata e difesa in giudizio, in virtù di procura speciale in calce alla copia dell'atto di chiamata in giudizio, dall'avv. di Milano presso il cui studio in via n. ha eletto domicilio, email: fax:

— OMISSIS —

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

... ha citato in giudizio, nelle forme di cui al D.Lgs 5/2003, la Banca ... spa e ha chiesto l'accertamento della nullità e/o invalidità e/o inefficacia di alcune operazioni di investimento eseguite in relazione al contratto di negoziazione stipulato in data 30.11.1999 con condanna al risarcimento del danno emergente subito corrispondente alle perdite consolidate per la perdita di valore degli strumenti finanziari, oltre a lucro cessante, da liquidarsi in via equitativa, con interessi legali dalle perdite sino al soddisfo, nonché alla restituzione di quanto illegittimamente percepito a titolo di commissioni, spese, competenze per il servizio di investimento; in subordine ha chiesto la condanna della banca al risarcimento intergale dei danni subiti in conseguenza del comportamento illecito del promotore finanziario sig. ... con vittoria di spese. A sostegno della domanda ha dedotto di aver stipulato con Banca ... di Milano tramite il promotore finanziario ... un contratto di deposito titoli a custodia ed amministrazione in data 30.11.1999, un contratto di negoziazione in data 30.11.1999 e un contratto di conto corrente il 3.12.1999, di aver sempre operato per il tramite del promotore finanziario senza avere mai avuto contatti diretti con la banca, di essere venuto a conoscenza nel 2002 che il promotore aveva eseguito una serie di operazioni finanziarie di investimento e disinvestimento a sua insaputa anche provvedendo a prelevare la relativa provvista dal suo c/c e che in relazione ad un'operazione di sottoscrizione di fondi comuni di investimento, consigliata dal promotore, erano state violate le norme dettate dal TUF e dal Reg. Consob 11522/98. Con riferimento al contratto quadro ha dedotto che la banca non aveva raccolto informazioni di cui all'art.21 lett b) 28 co 1 lett. a), 29 Reg. Consob; nell'ambito dell'attività di investimento posta in essere sulla base del contratto quadro ha contestato le seguenti singole operazioni:

- 1) la sottoscrizione il 30.11.1999 di quote del Fondo Gestnord Far East per il controvalore di € 50.000,00 e la sottoscrizione il 6.4.2000 di azioni Sicav Sella Global Strategy Sicav controvalore € 100.000,00 deducendo di non essere stato informato dal promotore delle caratteristiche e dei rischi dell'investimento nonché dell'esistenza del conflitto di interesse sussistente in quanto all'epoca la Banca ... aveva rapporti d'affari con le società Gestnord Far East e Sella Global Strategy; la difesa dell'attore ha dedotto che l'investimento era ad alto rischio posto che in un breve periodo il valore nominale delle quote aveva subito un tracollo del 30% e ad oggi la perdita ammonterebbe a circa € 44.523,00;
- 2) acquisto, in data 1.12.1999, al prezzo, comprensivo di commissioni, di € 128.395,17 di titoli obbligazionari emessi dallo Stato Argentino 9.75% 2027; la parte ha dedotto che la provvista fu prelevata illegittimamente dal suo c/c e ciò in assenza di un suo ordine impartito al promotore;



- 3) acquisto da parte della banca in data 5.9.2000 di 72.000 obbligazioni Crediop per un importo di € 66.568 convertite alla scadenza in data 12.2.2001 in 6.000 azioni Tim ord. valore nominale di € 11,09, la vendita di 4.000 azioni Tim in data 18.7.2002 ad un prezzo di € 4,4 cadauna; la difesa ha rilevato che successivamente il sig. _____, avendo bisogno di liquidità, in data 24.9.2003, aveva venduto le altre azioni al prezzo di € 4,126 e che a causa di tale comportamento aveva subito un danno complessivo di € 40.706;
- 4) Acquisto, in data 17.11.2000, di titoli Ericsson B Sek al costo complessivo di € 116.470,18;
- 5) Acquisto, in data 17.5.2002, di azioni Fineco al prezzo di € 10.505,00.

La difesa ha dedotto che il promotore aveva eseguito di fatto una gestione patrimoniale del suo patrimonio in difetto assoluto di contratto scritto; ha altresì fatto presente che il cliente era stato più volte invitato dal promotore _____, dopo che gli erano state contestate le suddette operazioni, ad apporre la firma su moduli di ordine al fine dell'apparente regolarizzazione del suo operato e che il cliente si era sempre rifiutato. In diritto ha dedotto la nullità/ inesistenza degli ordini per le operazioni sub 2),3) e la nullità dell'operazione sub 1) per difetto di informazione e la responsabilità della banca ex art. 31 co 3 TUF.

Si è costituita in giudizio Banca _____ spa per contestare la domanda nei suoi confronti formulata rilevando la genericità dell'esposizione dei fatti contenuta in atto di citazione avendo la controparte omissivo ogni riferimento preciso e puntuale al dato temporale di ogni operazione contestata. Ha dedotto che il sig. _____ non è un inesperto investitore bensì un avveduto ed oculato speculatore avvezzo ai meccanismi bancari come desumibile dai complessi investimenti nel tempo posti in essere dal cliente presso Banca _____ tra cui l'investimento Crediop Knock-in riverse convertible in azioni Telecom Italia Mobile spa; che il cliente era stato adeguatamente informato, come risulta dalla nota informativa dal medesimo sottoscritta (doc.5.1 fasc. conv.), delle caratteristiche del prodotto finanziario Fondo comune di investimento sottoscritto il 30.11.1999 e il 6.4.2000; che il rapporto effettivamente era stato da sempre gestito in via fiduciaria dal dipendente _____ il quale non è un promotore finanziario ma solo un dipendente addetto alle relazioni con la clientela, dipendente infedele, dimissionario stante l'affair finanziario che lo vede coinvolto risultando autore di numerosi illeciti in danno di clienti della banca; ha dedotto che le operazioni erano state eseguite sulla base di ordini scritti o telefonici registrati su supporto magnetico, di cui si riservava la produzione in giudizio; ha contestato che la banca avesse compiuto attività di gestione su base individuale del patrimonio del cliente rilevando inoltre che dalle operazioni di investimento e disinvestimento il cliente aveva tratto utili percependo dividendi anche dopo aver ricevuto la documentazione attestante gli ordini dalla banca. La difesa ha inoltre rilevato che la banca aveva sempre trasmesso al

 4

cliente la documentazione attestante le operazioni eseguite, la rendicontazione periodica del c/c e del conto deposito titoli senza mai ricevere alcuna richiesta di chiarimenti e che pertanto doveva ritenersi che il cliente fosse stato al corrente delle operazioni, non essendosene mai lamentato. La banca ha dedotto che il [redacted] e l'attore avevano intrattenuto un rapporto di tipo personale *intuitu personae* che esulava dai compiti di consulenza propri della banca, che aveva operato come consulente personale e su richiesta del sig. [redacted] dando luogo a un rapporto al quale essa era rimasta totalmente estranea. Ha contestato la sua responsabilità deducendo che [redacted] era stato all'epoca un dipendente addetto alle relazioni con la clientela e non un promotore.

IL CASO.it

La banca ha contestato l'esistenza del conflitto di interesse con i fondi Gest. Nord ammettendo di detenerne una quota dello 0,93% perché prodotto conveniente e una quota del 5% dei fondi Sella. Sulle specifiche contestazioni ha rilevato che :1) l'ordine sul titolo emesso dall'Argentina era stato dato telefonicamente e la registrazione mancava perché era stata conservata solo nell'ambito dei due anni dall'operazione come da regolamento Consob art.69; 2) l'ordine Crediop era stato pure impartito per telefono il 5.9.2000, si trattava di uno strumento molto specialistico conosciuto dal cliente e la conversione in obbligazioni. Tim ord era prevista come automatica; 3) anche le azioni Ericsson erano state acquistate dalla banca su ordine telefonico del 16.9.2000 di cui mancava però la conservazione della registrazione; 4) infine anche le azioni Fineco/Bipop erano state ordinate tramite telefono il 17.5.2002, ordine di cui mancava la registrazione, in relazione a tale titolo ha rilevato che il cliente aveva riscosso i dividendi. La convenuta ha pertanto concluso per il rigetto della domanda e, in subordine, ha chiesto di riconoscere un concorso di colpa dell'attore; ha chiamato in causa [redacted] per essere manlevata sulla base di contratto di assicurazione.

Si è costituita in giudizio [redacted] e ha dedotto la nullità dell'atto di chiamata in giudizio per carente individuazione della polizza su cui la domanda era stata fondata e per omessa indicazione della data del sinistro necessaria per permetterle di accertare se esso era stato tempestivamente denunciato. Nel merito e in subordine ha dedotto la non indennizzabilità dei danni relativi all'attività di intermediazione e amministrazione mobiliare perché rischio escluso dalla sez. I "Infedeltà" contenuta nelle polizze con decorrenza 30.6.2002 30.6.2003. ha rilevato inoltre che la banca non aveva dimostrato la sussistenza delle condizioni di cui all'art.1 delle Condizioni Particolari di polizza "Infedeltà", la predisposizione di procedure di sicurezza relative ai dipendenti e di verifica. Si è poi associata alla difesa della banca quanto all'infondatezza della domanda dell'attore.



Con memoria ex art. 6 la difesa dell'attore ha rilevato che . . . si era comportato come promotore e che quindi la banca sarebbe tenuta a rispondere o ex art. 31 TUF o in applicazione dei principi codicistici ex artt.1228 e 2049 c.c..

Successivamente la difesa dell'attore ha depositato istanza ex art. 8, la banca e la convenuta note ex art. 10.

Con decreto sono state ammesse solo alcune istanze ex art.210 c.p.c.. All'esito della udienza di discussione ex art. 16 la causa viene come di seguito esposto decisa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente il Collegio revoca il decreto ex art.12 del giudice relatore nella parte in cui ha ammesso l'istanza ex art. 210 c.p.c. di esibizione da parte della banca convenuta degli ordini di acquisto impartiti dall'attore aventi ad oggetto i titoli Argentina, Crediop convertibili, Ericsson, Fineco: il mezzo probatorio è superato dall'ammissione da parte della banca che tali ordini cartacei non esistono avendo il cliente, secondo la difesa della banca, conferito dato per questi titoli sempre ordini telefonici di cui non ha ad oggi conservato registrazione. Il decreto in ogni altra parte è confermato poiché la causa è decidibile sulla base dei documenti agli atti.

L'attore ha dedotto che il dipendente della banca sig.) aveva investito in strumenti finanziari senza chiedergli il consenso, con esclusione della sottoscrizione delle quote del fondo e delle azioni Sicav, le somme che egli deteneva sul suo c/c, con ciò compiendo una vera gestione patrimoniale su base individuale in mancanza di contratto e di alcun accordo in tal senso; sulla base di tale denuncia ha chiesto di accertare la nullità e/o invalidità delle operazioni finanziarie sub 1)-5). In particolare la difesa dell'attore ha dedotto che l'attività di gestione era stata posta in essere con le modalità dell'offerta fuori sede (art.30TUF) degli strumenti e dei servizi finanziari poiché ogni contatto e rapporto tra il sig. e il sig. , il quale era stato sempre convinto di trattare con un promotore finanziario, era avvenuto fuori dei locali della banca.

1. In primo luogo si rileva la validità del contratto quadro che è stato stipulato in forma scritta come dispone l'art.23 TUF (doc.5); all'investitore è stato consegnato il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (doc.6) ex art.28 lett.b) reg. Consob 11522/98. La difesa dell'attore ha dedotto la violazione, da parte della banca, della disposizione di cui all'art.28 col lett.a): effettivamente dal documento contrattuale depositato in copia dalla difesa della banca non risulta barrata né la casella in corrispondenza dell'attestazione che la banca ha ricevuto dal cliente le informazioni sulla sua situazione finanziaria, sulla sua esperienza in strumenti finanziari, sulla sua propensione al rischio come prevista dalla citata lettera a) dell'art.28 Reg., né risulta barrata la casella con cui si dà atto che le suddette informazioni, richieste dalla banca, non sono state fornite



dal cliente nonostante l'avvertimento che ciò gli veniva richiesto nel suo interesse. Da tale lacuna del contenuto del contratto risulta, con tutta evidenza, che la banca è stata inadempiente all'obbligazione impostale dall'art. 21 TUF e dall'art. 28 lett.a) Reg. Consob, inadempimento da cui può discendere un suo obbligo risarcitorio. Per altro, nel caso in esame non risulta sussistente un nesso di causalità tra tale inadempimento della banca e i danni che l'attore ha sostenuto di aver subito. L'investitore attore ha l'onere di dimostrare la sussistenza di tale nesso di causalità e quindi deve allegare quali informazioni avrebbe dato alla banca se essa adempiendo ai suoi doveri gliel'avesse richieste e dimostrare, sostanzialmente, il suo profilo di rischio all'epoca del contratto in modo da rendere evidente che l'investimento eseguito in assenza di informazione, se le informazioni fossero state date, non sarebbe stato ordinato o eseguito dalla banca se non dopo l'avvertimento di inadeguatezza. Nel caso in esame l'attore non ha allegato nulla di sé in relazione ai punti di cui all'art.28 lett.a) Reg. Consob e ha ommesso, conseguentemente, di adempiere all'onere della prova su di lui incombente; va rilevato che la difesa dell'attore non ha dedotto prove orali né ha prodotto documentazione bancaria relativa alla sua situazione patrimoniale e finanziaria da cui si potesse desumere una sua definita propensione al rischio.

IL CASO.it

2. Considerando la natura del contratto in essere tra la banca e il cliente investitore, contratto per la negoziazione di strumenti finanziari e non contratto di gestione di patrimonio su base individuale, inoltre considerando che l'attore non ha contestato la validità di tutte le operazioni di investimento che risultano a lui riferibili dalla data di costituzione del rapporto (novembre 1999) ma, come emerge dai doc. dal n.6 al n.9 prodotti dalla banca, solo alcune operazioni si ritiene che l'attività di investimento e disinvestimento compiuta dalla banca per conto del sig. [redacted] vada riferita e valutata come attività di esecuzione del contratto quadro di negoziazione in strumenti finanziari e non vada riferita ad una supposta attività di gestione di portafoglio su base individuale.

3. Quanto alla circostanza che l'offerta dei servizi sia stata effettuata fuori dalla sede della banca, circostanza non contestata dalla convenuta, si rileva che essa è irrilevante al fine della configurazione della responsabilità della banca. Può considerarsi pacifica, perché dedotta dall'attore e non contestata dalla banca, la circostanza che le operazioni di investimento effettuate per conto dell'attore sono state disposte dal dipendente [redacted] che, circostanza questa pure da considerarsi pacifica, era all'epoca dei fatti dipendente della banca ma non promotore finanziario. Dei fatti dedotti dall'attore la banca risponde non in applicazione dell'art. 31 comma 3 TUF, perché difetta, per la configurazione della fattispecie prevista dalla citata norma, il presupposto che i danni siano stati cagionati dal promotore finanziario, bensì in applicazione dell'art.1228 c.c.. L'operato del dipendente della banca sig. [redacted] è operato della banca, la banca ha agito tramite il suo dipendente e non esonera il debitore dalla sua responsabilità il fatto che il dipendente abbia

 7

ecceduto i limiti delle sue mansioni. L'attività dannosa posta in essere da _____ è stata resa possibile grazie alla sua posizione lavorativa di dipendente della banca. La banca per altro avrebbe dovuto porre in essere nell'ambito della sua organizzazione, forme di controllo interno tali da evitare il verificarsi di episodi come quelli denunciati dall'attore, evitare che al suo interno fosse possibile porre in essere operazioni in strumenti finanziari senza ordini scritti o sicure registrazioni di ordini impartiti oralmente.

4. Sono state contestate dall'attore l'operazione di sottoscrizione in data 30.11.1999 di quote del Fondo Gestnord Far East per il controvalore di € 50.000,00 e l'operazione di sottoscrizione, il 6.4.2000, di azioni Sicav Sella Global Strategy Sicav, controvalore € 100.000,00; il sig. _____ assume di non essere stato informato dal sig. _____ delle caratteristiche e dei rischi dell'investimento, nonché dell'esistenza del conflitto di interesse sussistente in quanto all'epoca la Banca _____ aveva rapporti d'affari con le società Gestnord Far East e Sella Global Strategy. La domanda, sul punto, non può essere accolta. La doglianza relativa all'omessa informazione sulle caratteristiche e sulla rischiosità dei suddetti investimenti è infondata perché dall'esame dei moduli di sottoscrizione di tali strumenti finanziari (doc.12 e13 fasc. banca) risulta che all'investitore era stato consegnato il prospetto informativo e che ne aveva preso visione (per le azioni Sicav): la suddetta documentazione consegnata all'investitore al momento della sottoscrizione degli strumenti finanziari dimostra che la banca ha adempiuto ai suoi obblighi informativi; ritiene il collegio che la consegna del prospetto informativo costituisca nel caso in esame, considerando anche la personalità dell'investitore, comportamento sufficiente per l'adempimento da parte della banca dell'obbligo di informazione. Quanto alla personalità dell'investitore si rileva che l'attore è persona di giovane età, che all'epoca aveva a disposizione un rilevante patrimonio per gli investimenti mobiliari finanziari, soggetto, quindi, che si ritiene avesse nozioni almeno di base sulle forme di investimento del capitale per il suo rendimento (risulta dai documenti agli atti (doc.11 banca) che l'attore, il giorno successivo all'apertura del contratto di c/c, 30.11.1999, alla sottoscrizione del contratto per la negoziazione in strumenti finanziari, depositava sul suo conto una somma di circa L. 850.000.000, evidentemente perché fosse, almeno in parte, investita perché altrimenti non avrebbe sottoscritto, contestualmente al deposito, un contratto per la negoziazione in strumenti finanziari; l'attore, inoltre, aveva la consapevolezza delle caratteristiche degli investimenti in strumenti finanziari posto che, come deve ritenersi provato non avendo la sua difesa contestato tale circostanza dedotta dalla convenuta, era da tempo "seguito" e consigliato, quanto agli investimenti, dal sig. _____ i, anche quando questi era dipendente di altra banca convenuta). Sul conflitto di interesse la doglianza da parte della difesa dell'attore è assolutamente generica in quanto si limita a dedurre che all'epoca "Banca _____ intratteneva rapporti d'affari con le società GestNord Far East e Sella Global

"Strategy" omettendo di indicare elementi idonei e sufficienti a dimostrare in concreto il tipo di conflitto di interesse denunciato e la sussistenza del nesso di causalità tra il danno conseguente all'acquisto di tali strumenti finanziari e l'omessa comunicazione da parte del soggetto abilitato del conflitto di interesse. La banca ha ammesso che all'epoca deteneva quote del fondo Gest Nord nella misura dello 0,93% e fondi Banca Sella nella misura del 5% acquistati il 30.11.99., si tratta di partecipazione che avrebbe giustificato la comunicazione del conflitto ex art. 27 Reg. Consob, ma anche con riferimento a tale inadempimento ritiene il Collegio che l'attore non abbia dedotto alcun elemento concreto circa il nesso di causalità tra la violazione e il danno lamentato.

5. E' contestata l'operazione di acquisto in data 5.9.2000 di 72.000 obbligazioni Crediop per un importo di € 66.568 convertite alla scadenza, in data 12.2.2001, in 6.000 azioni Tim ord., del valore nominale di € 11,09, contesta la vendita di 4.000 azioni Tim in data 18.7.2002 ad un prezzo di € 4,4 ciascuna; la difesa ha dedotto che manca l'ordine di acquisto dello strumento finanziario e che l'operazione era inadeguata ed era stata disposta dall'operatore della banca sig. ? omettendo ogni avvertimento sulle caratteristiche dell'operazione. Risulta agli atti, la circostanza è stata dedotta dalla medesima difesa del sig. ?, che egli successivamente all'acquisto, avendo bisogno di liquidità, in data 24.9.2003 vendette le azioni Tim convertite al prezzo di € 4,126 e che nell'operazione, avendo prelevato la provvista dal suo conto corrente, aveva subito un danno complessivo di € 40.706. Si rileva che la mancanza di forma scritta dell'ordine o la mancanza della sua registrazione, se impartito telefonicamente, non incide sulla validità dell'atto negoziale e del conseguente atto di acquisto dello strumento finanziario, perché la forma scritta in questione, trattandosi di ordine e non di contratto quadro solo al quale va riferita la disposizione di cui all'art. 23 TUF, è forma *ad probationem* e non *ad substantiam*; nel caso in esame la prova che il sig. ? ha voluto acquistare le obbligazioni Crediop discende dalla circostanza che egli dopo aver detenuto per tre anni i titoli li ha venduti nel mese di settembre 2003. La vendita convalida l'acquisto dimostrando la piena volontà al medesimo. L'attore ha sostenuto che l'operazione era anche inadeguata e che nonostante ciò è stata effettuata dal ? a suo nome, a sua insaputa e quindi anche senza lo specifico avvertimento di cui all'art. 29 Reg. Consob. Deve ritenersi infondata la censura: si trattava effettivamente di un titolo molto particolare considerando che la stessa banca ha affermato (a pagina 16 della sua comparsa di costituzione) che si trattava di "investimento altamente specialistico, proprio dei meccanismi di investimento bancari". Considerando ciò ritiene il Collegio che l'ordine di investimento doveva essere accompagnato dall'adozione di specifiche informazioni e valutazioni di adeguatezza che la banca non ha in alcun modo dimostrato di aver posto in essere. Per altro l'inadempimento della banca non può essere fonte di responsabilità verso il cliente poiché egli non ha dimostrato il nesso di causalità tra l'omesso avvertimento di

 9

inadeguatezza, anche ad ammettere che l'operazione fosse veramente inadeguata per C, e il danno subito consistito nella perdita per effetto del deprezzamento del valore dello strumento. Per altro ritiene il Collegio che l'investimento in esame era adeguato al profilo del sig. e comunque un investimento che era sua volontà di porre in essere. Risulta infatti dal doc. 9 prodotto dalla banca che il sig. aveva acquistato nel mese di aprile dell'anno 2000, prima dell'investimento per L. 128.902.176 di obbl. Crediop 01 Reverse convertible 18% Tim effettuato nel mese di settembre 2000, le obbligazioni Olivetti Reverse Convertible 30% 7/2000 al prezzo di L. 140.284.733 che sono strumento del tutto simile, quanto a caratteristiche e speculatività, di quello contestato. Quanto dedotto dalla banca con il suddetto doc.9 non è stato contestato dall'attore e pertanto costituisce documento che rappresenta situazioni di fatto da ritenersi dimostrate, vere. La circostanza del precedente acquisto da parte di di un prodotto del tutto simile a quello oggetto di contestazione porta il collegio a ritenere l'insussistenza del profilo di inadeguatezza e del nesso di causalità tra le omissioni della banca e il lamentato danno.

6. E' contestato l'acquisto, in data 1.12.1999, al prezzo comprensivo di commissioni di € 128.395,17 di titoli obbligazionari emessi dallo Stato Argentino 9.75% 2027; l'attore ha dedotto che la provvista fu prelevata illegittimamente dal suo c/c e ciò in assenza di un suo ordine impartito al promotore: in relazione a tale violazione da parte della banca la difesa dell'attore ha dedotto, in primo luogo, la nullità dell'ordine e dell'acquisto. La domanda è fondata atteso che la banca non ha prodotto la registrazione telefonica dell'ordine di acquisto che asserisce le fu impartito con tale modalità dal cliente, né in altro modo ha dimostrato che effettivamente il cliente investitore manifestò la suddetta volontà di acquisto dandole l'ordine che ha posto in essere. La forma scritta od orale con registrazione costituiscono forme *ad probationem* del negozio costituito dal conferimento dell'ordine all'intermediario da parte dell'investitore di procedere ad un'operazione di investimento o investimento mancando le quali l'esistenza del negozio non può essere di regola fornita con testimoni o in via presuntiva (artt. 2725, 2729 co 2 c.c.). Nel caso in esame, poiché la banca non ha fornito la prova che l'investitore ha conferito l'ordine di acquisto, manca la prova della sussistenza della volontà negoziale dell'investitore cui discende la nullità dell'ordine per difetto dell'elemento costitutivo della volontà ex art. 1325, 1418 co 2 c.c.. La domanda di nullità è stata proposta dalla difesa dell'attore, per altro rileva il collegio che nel caso in esame il giudice l'avrebbe potuta rilevare anche d'ufficio secondo il più recente orientamento della Corte di legittimità (Cass. 22.3.2005 n.6170). Dalla nullità consegue il diritto dell'attore alla restituzione della somma prelevata dal suo conto corrente il 3.12.1999, pari ad € 128.395,00 oltre interessi al tasso legale dal giorno della domanda giudiziale, ex art. 2033 c.c., ritenendosi la buona fede della banca, fino al saldo effettivo. La declaratoria di nullità dell'ordine e del conseguente atto esecutivo

MA

di acquisto in nome e per conto di _____ delle obbligazioni Argentina comporta anche che i titoli depositati sul conto deposito titoli di _____ in realtà non appartengono a _____ ma alla banca che ha effettuato un acquisto per sé non avendo ricevuto alcun mandato da parte del cliente. La Banca pertanto ha diritto, come effetto della nullità, a prelevare dal conto del sig. _____ le obbligazioni in esame che le appartengono (2040114 Obbl. Arg.9,75% 2027 qta/val. 150.000 (doc.8 banca). Gli effetti restitutori conseguenti alla declaratoria di nullità escludono la sussistenza in capo all'investitore del danno di cui ha chiesto il risarcimento consistito nella differenza di valore tra il prezzo di acquisto delle obbl. Argentina e la loro attuale valorizzazione. **IL CASO .it**

7. La difesa dell'attore contesta l'acquisto in data 17.11.2000 di titoli Ericsson B Sek al costo complessivo di € 116.470,18, deduce di non aver mai dato l'ordine di acquisto. La banca ha dedotto che l'ordine fu dato per telefono, ma non ne ha dato prova come era suo onere pertanto, per i medesimi motivi di cui al punto 4 che precede l'operazione va dichiarata nulla ex art. 1325 e 1418 co 2 c.c. con la conseguenza che la banca è condannata a restituire all'attore la somma corrispondente al prezzo di acquisto, dedotta la somma derivante dalla cessione dei diritti, pari ad € 1.567, come da doc. 9 fasc. banca, e quindi la somma di € 114.903,18 e l'attore è tenuto a trasferire alla banca n. 8.000 azioni 2108656 Ericsson B Sek (doc8 banca). Gli effetti restitutori conseguenti alla declaratoria di nullità escludono la sussistenza in capo all'investitore del danno di cui ha chiesto il risarcimento consistito nella differenza di valore tra il prezzo di acquisto delle azioni Ericsson e la loro attuale valorizzazione.

8. L'attore ha, infine, contestato l'acquisto di azioni Fineco al prezzo di € 10.505,00 deducendo di non aver mai dato l'ordine di acquisto: la domanda sul punto è risultata del tutto infondata avendo la banca prodotto (doc. 16) l'ordine di acquisto in data 17.5.2002 di 5.000 azioni Bipop codice titolo 64383 poi denominato Fineco; l'attore non ha disconosciuto la sua sottoscrizione e quindi il documento si ha per riconosciuto. L'operazione considerando il patrimonio dell'attore e i suoi investimenti, quelli validi, non risulta inadeguata, né la violazione di obblighi di informazione può essere stata causa del danno, deprezzamento del titolo, lamentato dall'attore.

Concludendo, rigettata ogni domanda risarcitoria, la banca va condannata a pagare all'attore la somma di € 243.298,18 oltre interessi legali dal giorno della domanda giudiziale, 27.4.2004, al saldo effettivo.

9. La domanda di garanzia proposta da Banca _____ spa contro la terza _____ è stata fondata sul contratto di assicurazione Polizza F/34923821.0 – INF/34923822.8 relativa al periodo di assicurazione dalle ore 24 del 30.4.1999 alle ore 24 del 30.4.2000 (doc.17 fasc. convenuta) e successivi rinnovi, in particolare va richiamata la polizza n.F/40813590.1 – INF/40813589.3 valida



dalle ore 24 del 30.4.2000 alle ore 24 del 30.4.2001: i sinistri sono avvenuti il 3.12.1999 (acquisto Obbl. Argentina) e il 17.11.2000 (acquisto titoli Ericsson).

L'atto contenente la domanda di manleva, contrariamente a quanto eccepito preliminarmente da ..., è valido ed efficace avendo la difesa della banca individuato, tramite il richiamo alla sua documentazione prodotta in causa, i contratti su cui ha fondato la domanda e nella narrativa esposto la condotta del dipendente in relazione alla quale ha invocato l'applicazione dell'assicurazione. La domanda nel merito è infondata in quanto il sinistro non rientra tra quelli oggetto dell'assicurazione prestata da ... In particolare la sezione I "Infedeltà Dei dipendenti" assicura la banca "delle perdite patrimoniali direttamente determinate da qualsiasi azione od omissione dolosa provocate dal qualunque dipendente dell'assicurato e riguardante valori, supporti fisici per la memorizzazione dei dati, arredamento ed attrezzature assicurati, dovunque e comunque commesse, con l'intenzione di procurare a se stesso o ad altri un ingiusto profitto;": nel caso dedotto in giudizio la banca non ha dimostrato e le prove dedotte sono assolutamente irrilevanti sul punto, che il suo dipendente ... ha agito, in relazione alla vicenda del cliente sig. ..., con l'intenzione di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, tanto basta per escludere l'applicazione della garanzia.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si pongono quelle dell'attore per ½ a carico della banca convenuta e per ½ si compensano tra le stesse parti; le spese di ... vengono per intero poste a carico di Banca ... Le spese dell'attore si liquidano, la metà, in € 338,50 per spese, € 892,00 per diritti ed € 2900,00 per onorari oltre al rimborso del 12,50% su diritti ed onorari, cpa e iva di legge. Le spese di ... si liquidano in € 15,08 per spese, € 1.714,00 per diritti, € 4.000,00 per onorari oltre al 12,50% su diritti ed onorari, Cpa e iva di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano sulle domande proposte così definitivamente provvede ogni altra istanza ed eccezione disattesa:

Accoglie in parte la domanda di ... dichiara la nullità delle operazioni di acquisto dei seguenti strumenti finanziari compiute dalla banca: a) in data 3.11.1999 2040114 Obbl. Arg.9,75% 2027 qta/val. 150.000; b) n. 8.000 azioni 2108656 Ericsson B Sek in data 17.11.2000 e per l'effetto condanna la Banca ... spa a pagare all'attore la somma di € € 243.298,18 oltre interessi legali dal 27.4.2004 al saldo effettivo.

Rigetta ogni altra domanda proposta dall'attore.

Rigetta la domanda di manleva proposta dalla convenuta nei confronti della terza

Condanna Banca ... spa alla rifusione in favore dell'attore della metà delle spese processuali liquidate in motivazione;



condanna Banca spa alla rifusione in favore della terza chiamata spa delle spese processuali liquidate in motivazione.

Milano 9.11.2005.

[IL CASO.it](http://ILCASO.it)

Il giudice relatore

Amina Simonetti



Il Presidente

Alda Vanoni

Alda U. Vanoni

