



N. 1057/06 Sent.

CONTENZ. N.	<u>3388/06</u>
CRONOL. N.	<u>13003</u>
REPERT. N.	<u>1791</u>
COMUNICAZ. N.	<u>2</u>
DEP. MINUTA	<u>8.5.06</u>
P.M.	

Esente da bollo L.488 del 23.12.1999

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Civile e Penale di Parma - Sez. I - riunito in Camera di Consiglio e composto dai Magistrati:

Oggetto:
Deposito bancario

- | | |
|-----------------------|--------------|
| DOTT. STELLARIO BRUNO | PRESIDENTE |
| DOTT. NICOLA SINISI | GIUDICE REL. |
| DOTT. LUISA POPPI | GIUDICE |

SENTENZA

Nella causa civile promossa da:

[REDACTED] rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Franchi ed elettivamente domiciliato nello studio dello stesso in Parma, Via Cantelli n.9

- ATTORE -

CONTRO

BANCA [REDACTED], quale incorporante **[REDACTED]** in forza di atto pubblico n. 86 di repertorio e n. 54 di raccolta, redatto in data 27 dicembre 2004 dal Dott. **[REDACTED]**, Notaio in Rho (MI), a mezzo della propria procuratrice **[REDACTED]**, in forza di procura a rogito notaio Dott. **[REDACTED]** in data 12 aprile 2005 **[REDACTED]** (docc. 12 e 13), in persona dell'Amministratore Delegato di quest'ultima, **[REDACTED]**, con sede in Lodi (LO), via **[REDACTED]**, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Silvano Enne (Studio Legale Gianni,

ESATTI DIRITTI DI
 COPIA
 O CERTIFICATO
 CON MARCHE DA
 BOLLO € 10,33
 PARMA 21.9.2006
 FIRMA

Origoni, Grippo & Partners) e Alberto Scotti ed elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio presso lo studio di quest'ultimo in Parma, via Farini, 37,

- CONVENUTA -

Causa Civile iscritta al n.3388/04 del Ruolo Generale e assegnata a sentenza sulle seguenti conclusioni:

Per l'attore:

"Piaccia al Tribunale:

- IN VIA PRINCIPALE, dichiarare la nullità per violazione degli artt. 21 d.lgs. n. 58/98, 26, 28 e 29 del Regolamento CONSOB n. 11522 del 1988, o art. 30, comma 7, d.lgs. cit. dell'incarico ad acquistare obbligazioni Carrier1 per complessivi € 53.000,00 conferito dal [REDACTED] ad [REDACTED];
- IN SUBORDINE, pronunciare l'annullamento dello stesso ai sensi degli artt. 1394 e 1395 c.c., stante il contratto con se stesso o comunque il conflitto d'interesse meglio specificato nelle premesse dell'atto di citazione;
- IN OGNI CASO, dichiarare tenuta e condannare [REDACTED] in persona del suo legale rappresentante pro tempore alla restituzione in favore degli attori di quanto da loro versato per l'acquisto delle obbligazioni Carrier1 per cui è causa, cioè € 53.000,00 oltre agli interessi legali maturati dal dì del dovuto al saldo;
- IN ULTERIORE SUBORDINE, dichiarare tenuta e condannare [REDACTED]

s.p.a. in persona del suo legale rappresentante pro tempore al risarcimento di tutti i danni patiti e *patiendi* dal signor [REDACTED] a causa della violazione delle norme del T.U.F. e del menzionato Regolamento Consob. Danni tutti ammontanti a € 53.000,00, salvo quella maggiore o minore somma che verrà ritenuta di giustizia, oltre agli interessi legali maturati dal dì del dovuto al saldo. Sempre col favore delle spese, dei diritti e degli onorari del giudizio, oltre maggiorazione 10% ex art. 15 Tar. Prof., IVA e CPA come per legge.”

Per la convenuta:

“Voglia l’Ill.mo Tribunale adito, ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione reietta, così giudicare:

In via preliminare

1. Dichiarare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale degli artt. da 2 a 17 del d. lgs. 5/2003 con riferimento agli artt. 3, 76, 97 e 111 Cost., e, per l’effetto, rimettere gli atti alla Corte Costituzionale per la risoluzione della questione e sospendere il presente giudizio fino alla definizione della questione medesima da parte della Corte Costituzionale;
2. Dichiarare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale della legge n. 366/2001, limitatamente all’art. 12, comma 2, lett a), in relazione all’art. 76 della cost., e, per l’effetto, rimettere gli atti alla Corte Costituzionale per la risoluzione

della questione e sospendere il presente giudizio, fino alla definizione della questione medesima da parte della Corte Costituzionale;

Dichiarare, in via di ulteriore subordine, l'incompetenza territoriale del Tribunale di Parma, essendo competente il Tribunale di Milano;

4. In via ulteriormente subordinata, dichiarare la carenza di legittimazione passiva della [REDACTED], in relazione alle domande azionate dal signor [REDACTED] nel presente giudizio;

Nel merito

Rigettare tutte le domande *ex adverso* formulate nei confronti della [REDACTED], in quanto del tutto infondate in fatto e in diritto;

In ogni caso

Condannare il Sig. [REDACTED] al pagamento delle spese, competenze ed onorari del presente giudizio, di sentenza e successive occorrenze;

Emettere ogni altra statuizione e/o provvidenza e/o declaratoria del caso."

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 11 maggio 2004, a mezzo servizio postale, [REDACTED] evocò in giudizio [REDACTED] chiedendo di dichiarare la nullità e/o l'annullamento dell'incarico ad acquistare obbligazioni Carrier per un importo di Euro 53.000,00 conferito alla convenuta, con sua condanna alla restituzione di quanto dal medesimo versato per l'acquisto delle obbligazioni; in subordine, condanna di [REDACTED] al risarcimento dei danni patiti dall'attore ammontanti ad Euro 53.000,00.

La convenuta si costituiva in giudizio con comparsa di risposta in data 14 luglio 2004, eccependo, in via preliminare, l'incompetenza territoriale del Giudice adito e la carenza di sua legittimazione passiva e, nel merito, contestando integralmente il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio e la documentazione *ex adverso* prodotta, in quanto infondati in fatto e in diritto.

Successivamente, le parti si scambiavano le memorie di replica previste dagli artt. 6 e 7 del d. lgs. 5/2003.

A seguito dell'istanza di fissazione dell'udienza ex art. 8, comma 2, del d. lgs. 5/2003 in data 21 ottobre 2004 depositata dell'attore, il Giudice Relatore, con decreto in data 24 dicembre 2004, fissava l'udienza di discussione al 2 marzo 2005.

Nelle more del giudizio, con effetto a partire dal 31 dicembre 2004, [redacted] si fondeva per incorporazione con Banca [redacted]. (di seguito, "[redacted]").

In data 12 febbraio 2005, i procuratori di [redacted] [redacted], dato atto dell'intervenuta fusione per incorporazione, notificavano l'evento interruttivo all'attore e, con ordinanza in data 24 gennaio 2005, il Collegio dichiarava l'interruzione della causa.

Con ricorso depositato in data 23 marzo 2005, l'attore riassumeva la causa, chiedendo al Giudice Relatore, la fissazione di un'udienza.

Il Giudice Relatore, con decreto depositato in data 31 marzo 2005 e notificato a [REDACTED], unitamente al ricorso, in data 4 aprile 2005, fissava l'udienza per la comparizione personale delle parti al 15 giugno 2005.

A mezzo della propria procuratrice [REDACTED] S.p.A., [REDACTED], quale incorporante [REDACTED] si costituiva, reiterando le argomentazioni a suo tempo prospettate da [REDACTED].

il Giudice Relatore manteneva ferme le statuizioni contenute nel suo precedente decreto, con ammissione della prova per testimoni ed ordine di allegazione della *offering circular* inerente ai titoli per cui è causa.

Espletata la prova orale, veniva fissata la nuova udienza Collegiale dell'11 marzo 2005, con termine fino al 15 febbraio 2006 per note conclusive; all'indicata udienza la causa è stata trattenuta a sentenza con termine.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va, in primo luogo, affrontata la questione in rito.

Sostiene la difesa convenuta l'incompetenza territoriale dell'Autorità Giudiziaria adita, posto che competente a conoscere della controversia in questione sarebbe esclusivamente l'Autorità Giudiziaria territorialmente stabilita dall'espressa volontà delle parti, come manifestata nel contratto, ovvero il Tribunale di Milano (*forum contractus*).

Il contratto di ricezione e trasmissione ordini sottoscritto in data 9 febbraio 2001 dal [REDACTED], infatti, essendo collegato a quello di conto corrente, è integrato dalle previsioni pattizie di quest'ultimo, laddove prevede

espressamente che: *"per ogni controversia che potesse sorgere tra il Correntista e la Banca in dipendenza dei rapporti di conto corrente e di ogni altro rapporto di qualunque natura il Foro competente è esclusivamente quello nella cui giurisdizione trovasi la dipendenza/sede centrale della banca presso la quale si è costituito il rapporto"* (vedi doc. 2c), quindi presso la sede di ██████████ che si trovava a Segrate, in provincia di Milano, non avendo la convenuta altra sede e/o dipendenza, come risulta dalla visura prodotta agli atti (doc. n. 8: visura storica ██████████).

La clausola *de qua* è stata espressamente approvata per iscritto dal correntista e pertanto dovrebbe ritenersi pienamente operativa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1341 c.c. (vedi doc. 2c).

La difesa dell'attore si oppone all'eccezione sotto un duplice profilo.

La clausola richiamata non sarebbe, in primo luogo, applicabile al caso, non sussistendo alcun collegamento tra il contratto d'intermediazione finanziaria per cui è causa con quello di conto corrente.

Osserva il Collegio che, pur trattandosi di due negozi distinti, aventi diverse finalità e ragioni, afferendo il primo all'acquisto di obbligazioni, il secondo invece, come testualmente recita l'art. 1823 c.c., diretto all'annotazione delle rimesse e al deposito del denaro presso un istituto di credito, la clausola è oltremodo ampia, in quanto, come visto si estende oltre il rapporto di conto corrente, giungendo ad abbracciare *"ogni altro rapporto di qualunque natura"*.

Sotto altro profilo, evidenzia la difesa [REDACTED] che si è al cospetto di un contratto tra professionista e consumatore secondo la previsione dell'art. 1469 *bis* c.c.

Com'è noto la disciplina in materia è stata di recente rivisitata, con il *D.LGS. 6 settembre 2005, n.206*.

Occorre, pertanto, fare riferimento, nella fattispecie al testo vigente all'epoca, in particolare dell'art.1469-*quinquies* c.c.: «I. Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 1469 *bis* e 1469 *ter* sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto ... III. L'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice ..”.

Invero, mentre è incontestabile il [REDACTED] abbia stipulato il contratto per uno scopo estraneo alla sua attività professionale di "pensionato", è altrettanto incontestabile che [REDACTED] andava qualificata come un professionista.

Ne discende, in considerazione della circostanza che l'attore, come risulta dalla copia del certificato in atti, risiede a Collecchio (PR) in [REDACTED] [REDACTED] l'inefficacia rilevabile d'ufficio ex art. 1469 *quinquies* cit. della menzionata previsione contrattuale, stante il disposto dell'art. 1469 *bis*, comma 3 n. 19, c.c. – testo vigente all'epoca - ai sensi del quale "*Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diverse da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore*".

Una volta superato il *forum contractus*, la competenza di questo Tribunale diventa incontestabile, non solo a norma dell'art. 20 c.p.c. in quanto Parma è il luogo dove è sorta l'obbligazione inerente all'acquisto dei titoli per cui è causa, ma anche e soprattutto alla luce della sentenza n. 14669/03 con la quale le Sezioni Unite del S.C. hanno stabilito che "La disposizione dettata dall'art. 1469 bis, comma 3, n. 19 c.c. si interpreta nel senso che il legislatore nelle controversie tra consumatore e professionista abbia stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo della sede o del domicilio elettivo del consumatore, presumendo vessatoria la clausola che individui come sede del foro competente una diversa località...".

(conff. Cass.n.19594/04 e n. 16336/04).

Riguardo agli evidenziati profili di illegittimità costituzionale degli artt. da 2 a 17 del d. lgs. 5/2003 con riferimento agli artt. 3, 76, 97 e 111 della Costituzione dell'art. 12, comma 2, lett. a) della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, per la violazione dell'art. 76 Cost., il Collegio li ritiene irrilevanti ai fini della decisione del presente giudizio, giunto ormai a conclusione.

Come già illustrato in comparsa di costituzione e risposta, nelle operazioni di compravendita di strumenti finanziari poste in essere dall'odierno attore, l'██████████ (ora ██████████) sostiene di essere intervenuta quale *mera intermediaria*, non avendo incassato il corrispettivo a fronte della vendita dei prodotti finanziari medesimi, invece incassato dal venditore dei titoli *de quibus*. i.e. la società negoziatrice.

In proposito richiama una pronuncia di merito, in un caso analogo in cui gli attori avevano sottoscritto le quote di un Fondo di investimento e chiesto la declaratoria di nullità dell'investimento nei confronti della banca intermediaria, il Tribunale di Monza ha infatti stabilito che *"una simile richiesta non può legittimamente esperirsi che nei confronti del venditore, [e la Banca n.d.r.] era solo l'intermediario che ha posto in relazione i contraenti"* (sentenza del 16 dicembre 2004, doc. 16).

Osserva il Collegio che a sostegno della domanda di nullità e/o annullabilità dell'incarico ad acquistare obbligazioni Carrier1, sono richiamate le norme che disciplinano, appunto, l'attività d'intermediazione finanziaria esercitata dall'allora ██████████, cui si addebitano una serie di violazioni alle norme di comportamento non senza mancare di evidenziare, altresì, una responsabilità risarcitoria connessa.

Venendo al merito, com'è noto, ██████████ era primario istituto di credito, parte di un gruppo di società operanti nel settore bancario, finanziario ed assicurativo, autorizzata a esercitare l'attività creditizia e d'intermediazione mobiliare e ad offrire tutti i prodotti ed i servizi propri di un'azienda bancaria, operando inoltre come banca interamente telematica, ovvero senza sportelli al pubblico; per la prestazione dei servizi d'investimento, si avvaleva di una rete capillare di promotori finanziari, estesa su tutto il territorio nazionale.

La caratteristica che la distingueva dalle altre banche telematiche era proprio il fatto che i rapporti con la clientela avvenivano normalmente per

tramite dei propri promotori finanziari, anche in virtù della centralità della prestazione di servizi di investimento rispetto alle altre attività bancarie pur esercitate.

Risulta dalla documentazione, che in data 9 febbraio 2001, l'odierno attore sottoscriveva:

- la scheda_anagrafica n. 195568, diretta al censimento presso [REDACTED] (nella quale venivano riportate le generalità del [REDACTED]), unitamente al consenso *privacy* e alla dichiarazione informativa di cui all'art. 28, comma I, lett. A del Regolamento Consob n. 11522/1998 (doc. 2a);
- un contratto di conto corrente n. 5374189 (doc. 2b);
- un contratto per la ricezione e trasmissione ordini su strumenti finanziari.

Al momento della sottoscrizione di quest'ultimo contratto, il [REDACTED] dichiarava *espressamente di non avere informazioni da fornire relativamente alla propria situazione finanziaria, ai propri obiettivi di investimento, nonché circa la propria propensione al rischio (doc. 2c).*

In data 8 marzo 2001, l'attore conferiva all'[REDACTED] l'incarico di acquistare il titolo Carrier 1 per un valore complessivo di (vecchie)£. 92.682.855 (pari ad € 47.866,70), incluse le spese di commissione, così come risulta dal *dossier* titoli (doc. 3), dall'ordine di compravendita titoli (doc. 4), dalla nota informativa n. 102708 (doc. n. 5), dalle informative ai clienti sulla consistenza titoli (doc. 6).

L'importo dell'acquisto indicato in atto di citazione (€ 53.000,00) corrisponde al valore nominale dei titoli, non a quello effettivamente pagato (appunto € 47.866,70)..

Sulle modalità del conferimento dell'ordine sono stati escussi due testimoni.

██████████ era promotore finanziario di ██████████, ora ██████████ ha sostenuto che conosceva il ██████████ da tempo, "dissi al cliente che si trattava di titoli presentati da Morgan Stanley che aveva una partecipazione nella nostra società; Morgan Stanley diceva di non preoccuparsi perché aveva essa stessa dei titoli di dette società e se fossero andate male ce lo avrebbe comunicato. Quando il prezzo è calato alcuna comunicazione era stata fatta. .. Morgan Stanley aveva una partecipazione del 15% in ██████████ .. nonostante la partecipazione non avevamo "spinte" particolari a venderle, del resto il guadagno era minimo, lo consigliavamo al cliente perché, a sua volta, consigliato da Morgan Stanley come investimento buono e sicuro ..".

██████████ a conoscenza dei fatti avendo, a sua volta investito in Carrier, tant'è che è in causa, ha riferito: ".. non fu detto né a me, né al ██████████ che si trattava di titoli senza *rating*, dei quali mancava prospetto informativo e che diverse banche avevano prestato assistenza alla Carrier, inducendola ad emettere obbligazioni... venne detto che si trattava di titoli sicurissimi con ottimo rendimento, *fu detto a me prima che al ██████████.. avevo suggerito io al ██████████ di fare l'investimento*".

Infine, ██████████ attualmente in quiescenza, all'epoca responsabile dell'ispettorato di ██████████ ha rammentato "posso dire che le Carrier erano titoli inseriti nella vetrina titoli (assortimento di titoli eterogenei con diverso rendimento e rischio), si lasciava al cliente la possibilità di scegliere a seconda della propensione al rischio ed al futuro rendimento; le Carrier erano a cedola-tasso, quindi il rendimento era sulla carta certo.

a.d.r. I promotori finanziari avevano una percentuale estremamente ridotta per la collocazione, quindi non avevano una "spinta" particolare, né a quanto so ██████████ ha dato inviti particolari in tal senso ..".

Successivamente all'avvenuta operazione di acquisto delle obbligazioni Carrier 1, la Banca provvedeva regolarmente a versare le relative cedole sul conto corrente dell'attore, evento relativamente al quale quest'ultimo non aveva e non ha mai avuto nulla da obiettare (doc. 7).

Dalla documentazione prodotta dall'odierna convenuta, risulta che l'attore ha stipulato con l'██████████ un contratto di conto corrente bancario, un contratto per la prestazione del servizio di ricezione e trasmissione ordini e che, in seguito a ciò, ha acquistato i titoli Carrier 1.

In particolare - come noto - per mezzo del contratto di ricezione e trasmissione ordini, l'intermediario, dietro pagamento di una commissione, procura all'investitore l'acquisto dello strumento finanziario di volta in volta richiesto, trasmettendo ad altro intermediario - che svolge il ruolo di negoziatore - l'ordine di acquisto da eseguire sul mercato.

Tale contratto consiste in un servizio che si colloca a monte dell'attività di negoziazione: l'investitore cioè trasmette un ordine che l'intermediario non esegue direttamente, ma ritrasmette ad un soggetto negoziatore, per la successiva esecuzione sul mercato. La rilevanza concreta di questo servizio è essenzialmente legata ai casi in cui l'intermediario intenda eseguire operazioni di titoli negoziati su mercati nei quali egli non è autorizzato ad operare: storicamente e prima che fosse loro consentito di svolgere direttamente l'attività di negoziazione nei mercati regolamentati, i principali prestatori di questo servizio erano le banche e soggetti operanti per conto o nell'interesse degli agenti di cambio.

Il servizio costituisce, dunque, un'attività *preliminare* alla negoziazione vera e propria, nell'ambito della quale l'intermediario funge da tramite tra l'investitore ed il negoziatore.

Tale è stato, nel caso di specie, il ruolo di ██████████, che si è limitata a svolgere, per conto dell'attore, attività di intermediazione nell'acquisto, ricercando per l'attore stesso i titoli sul mercato secondario, nell'ambito del quale l'intermediario negoziatore di volta in volta offriva il prezzo più conveniente.

Ciò premesso, nell'ambito del rapporto sopra descritto, l'aderenza dell'intermediario al complesso del dettato normativo si concretizza sostanzialmente nell'assicurare all'investitore l'acquisto dall'intermediario negoziatore dei titoli richiesti dall'investitore al miglior prezzo possibile (c.d. *best execution rule*).

██████████ alla luce della documentazione e dell'istruttoria svolta, appare aver adempiuto alle obbligazioni previste dalla normativa in materia di ricezione e trasmissione di ordini.

Dall'analisi del rapporto contrattuale per cui è giudizio, emerge l'ottemperanza della convenuta alle disposizioni dettate in materia dal D.lgs. n. 58 del 23 febbraio 1998 e dai regolamenti attuativi della Consob.

Al riguardo, l'attore ha operato una ricostruzione del tutto strumentale dei fatti specie laddove lamenta che ██████████ non avrebbe fornito al cliente le informazioni sulla natura ed i rischi dell'operazione di investimento, in particolare l'assenza di *rating*.

In verità, il promotore finanziario a ciò autorizzato ha consegnato all'attore il "documento sui rischi generali degli investimenti" (doc. 2c), ha, poi, provveduto a chiedergli notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché la sua propensione al rischio, ricevendo però, *per ben due volte*, un rifiuto, così come risulta *per tabulas* dalla scheda anagrafica sottoscritta dall'attore (doc.2a) e dal contratto per la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari (doc. 2c).

Va ribadito che la sopportazione di un determinato livello di rischio – nella misura scelta dall'investitore – costituisce il tratto determinante della disciplina stessa del mercato mobiliare, l'attore, inoltre, è emerso dall'istruttoria, non essere uno sprovvisto, quanto un soggetto che aveva deliberatamente scelto, su *indirizzo del suo conoscente* ██████████, di optare per

investimenti particolarmente speculativi e questo, naturalmente, al fine di ottenere profitti più alti della media.

E' bene specificato nel Documento sui rischi generali, che elevate aspettative collegate ad una certa tipologia di titoli non possono certo accompagnarsi ad una totale assenza di rischio.

E', del pari, principio di comune esperienza il fatto che ad un maggiore rendimento si accompagna un maggiore livello di rischio del capitale investito, in base a valutazioni non esclusivamente riferibili al titolo in oggetto, ma di carattere generale, legate proprio alla tipologia di investimento.

Infine, posto che nell'ambito del contratto di ricezione e trasmissione ordini il ruolo dell'intermediario è limitato alla trasmissione dell'ordine al negoziatore per l'esecuzione sul mercato, una volta procurato l'acquisto, nessuna norma pone in capo all'intermediario il dovere di un'attività di controllo o monitoraggio del titolo intermediato, di cui l'investitore può comunque disporre.

Siffatto dovere di informazione sull'andamento dell'investimento - erroneamente invocato nella fattispecie dalla difesa attrice - sussiste, invece, nel caso di investimento in strumenti derivati o nell'ambito di un *servizio di gestione*, all'evidente scopo di allertare l'investitore in costanza di rapporto e di consentirgli di assumere le iniziative che ritenga più opportune.

Ogni contestazione deve ritenersi, in ogni caso, ormai superata proprio in considerazione dei ripetuti comportamenti di ratifica e/o convalida posti in essere, anche tacitamente, dal ██████████

Nell'ambito dell'articolato rapporto contrattuale, infatti, ██████████ aveva informato il proprio cliente dell'intervenuto acquisto del titolo Carrier 1 in diversi modi.

In primo luogo, mediante la trasmissione della nota informativa relativa all'operazione effettuata, in conformità con le previsioni contrattuali di cui al seguente art. 11 delle condizioni generali del contratto di ricezione e trasmissione ordini, specificamente approvate per iscritto dall'odierno attore: *"Per ogni operazione eseguita la Banca invierà al Cliente, entro il settimo giorno lavorativo da quello in cui si è avuta conferma dell'esecuzione dell'ordine trasmesso, apposita documentazione contenente le informazioni di cui all'art. 30 primo comma, del Regolamento approvato dalla CONSOB con delibera n. 10943 del 30 settembre 1997 e successive modifiche ed integrazioni. 2. La documentazione si intenderà tacitamente approvata dal Cliente in mancanza di reclamo scritto motivato, che dovrà essere trasmesso alla banca mediante lettera raccomandata entro 20 giorni dalla data di spedizione della documentazione stessa"* (doc. 5);

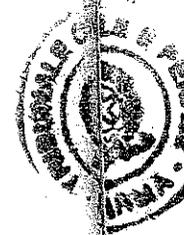
In secondo luogo, mediante la trasmissione dell'estratto conto relativo al contratto di deposito dei titoli Carrier 1, in conformità con le previsioni contrattuali di cui all'art. f.6 delle disposizioni generali del contratto di conto corrente con deposito titoli a custodia e amministrazione: *"la Banca invia al*

depositante almeno annualmente una posizione dei titoli in deposito. Trascorsi 60 giorni dalla data di ricevimento di tale posizione, senza che sia pervenuto alla banca per iscritto un reclamo specifico, la posizione stessa si intenderà senz'altro riconosciuta esatta ed approvata' (doc. 7).

In terzo luogo, con la trasmissione dell'estratto conto relativo al contratto di conto corrente bancario, le previsioni contrattuali e la norma di cui all'art. 119, comma III, del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, dispongono che *"in mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati ove non siano contestati per iscritto nei sessanta giorni successivi alla loro ricezione"*. Sotto questo profilo, una recente sentenza del Tribunale di Milano ha stabilito che *"non si può imputare alla banca la violazione degli obblighi che le incombevano dal momento che risulta... che ha regolarmente trasmesso ai clienti gli estratti conto periodici su cui non è stata sollevata alcuna contestazione"* (sentenza n. 3847 in data 6 aprile 2005, doc. 17).

Da ultimo, l'██████████ ha trasmesso all'attore la nota informativa scritta sull'avvenuta esecuzione dell'ordine (ai sensi dell'art. 62 del Regolamento CONSOB n. 11522 del 1998) (doc. 5).

Come è possibile vedere dalla documentazione allegata, le prime conferme ricevute dall'attore risalgono al marzo 2001 mentre il presente procedimento è stato introdotto ad oltre tre anni.



Più in generale, avendo l'██████ trasmesso al ██████ la nota informativa scritta sull'avvenuta esecuzione dell'ordine (ai sensi dell'art. 62 del Regolamento), l'attore aveva l'onere di contestare, a pena di decadenza, la conformità dell'operazione alla propria volontà, derivante anche dall'art. 1712, comma II, c.c., secondo il quale *"il ritardo del mandante a rispondere dopo aver ricevuto tale comunicazione [leggasi "dell'esecuzione del mandato" ndr.], per un tempo superiore a quello richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi, importa approvazione, anche se il mandatario si è discostato dalle istruzioni o ha ecceduto i limiti del mandato"*.

L'attore, pertanto, non solo aveva sottoscritto tutta la documentazione richiesta *ex lege* per le operazioni di cui ora contestano la nullità/annullabilità, ma ne aveva ampiamente verificato e accettato l'esecuzione.

Prive di pregio le questioni di annullamento, per violazione degli artt.1394 e 1395 c.c., per avere agito la convenuta in conflitto d'interessi, avendo già in portafoglio i titoli ceduti al ██████; le risultanze istruttorie non offrono riscontro a detta circostanza, né, a tal fine, rileva, il fatto, emerso dalle deposizioni, che a *presentare* le obbligazioni fosse stata "Morgan-Stanley", società con partecipazione in ██████.

Nel contratto di negoziazione, del resto, è contemplata una espressa autorizzazione del cliente ad effettuare operazioni in conflitto d'interesse, in relazione ai rapporti di gruppo (doc.3, art.3).

L'acquisto di obbligazioni Carrier rientra in dette operazioni, restando privo di rilievo che l'autorizzazione all'acquisto non fosse contenuta nel singolo ordine.

E' incontrovertito che il contratto di ricezione e trasmissione ordini costituisce la fonte del rapporto negoziale *inter partes* del quale i successivi negozi di investimento costituiscono atti esecutivi.

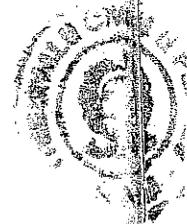
Ne consegue che le condizioni generali rappresentano regolamento dell'intero rapporto negoziale e dell'ordine di acquisto per cui è causa.

Resta da esaminare la questione legata al rispetto dell'art.30, comma settimo, D.lgs.58 in quanto l'ordine fu conferito presso l'abitazione di Collecchio.

La difesa convenuta a riscontro dell'ossequio alla norma cit. richiama le condizioni generali di contratto di ricezione e trasmissione ordini (doc.2c) al cui art.12 era contenuta la clausola che consente l'esercizio dell'*ius poenitendi* da parte del sottoscrittore.

Il diritto di recesso contrattuale, però, pur riconosciuto in termini ben più ampi, non avendo limitazioni temporali (il cliente, come la Banca può esercitarlo in qualsiasi momento) non soddisfa l'esigenza di tutela sottesa al cit.art.30.

Dispone, infatti, il comma sesto "l'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede ovvero collocati a distanza ai sensi dell'art. 32 è sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore.



Entro detto termine l'investitore può comunicare il proprio recesso senza spese nè corrispettivo al promotore finanziario o al soggetto abilitato; tale facoltà è indicata nei moduli o formulari consegnati all'investitore. La medesima disciplina si applica alle proposte contrattuali effettuate fuori sede ovvero a distanza ai sensi dell'art. 32."

Nel caso di esercizio dell'*ius poenitendi* l'operazione è posta nel nulla; al contrario la clausola 12 sancisce che "restano impregiudicati gli ordini impartiti anteriormente alla ricezione della comunicazione di recesso".

Va, pertanto, accolta la domanda atteso che, ai sensi del settimo comma del cit.art.30 "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".

La restituzione concernerà l'importo a suo tempo investito, pari ad € 47.866,70, senza poter tenere conto delle cedole asseritamente riscosse dal █████, atteso nulla di preciso si ricava in merito dal doc.7 (estratti conto) allegato dalla convenuta.

Le spese stante l'esito di numerose questioni sollevate dall'attore ma rivelatesi infondate, va compensato per la metà.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni diversa od ulteriore istanza, eccezione o deduzione disattesa, così provvede:

a)dichiara la nullità per violazione dell'art.30, sesto e settimo comma, D.lgs 24 febbraio 1998 n.58, dell'incarico ad acquistare obbligazioni Carrier1 per

complessivi € 53.000,00 conferito dal signor ██████████ ad ██████████
█████████;

b)dichiara tenuta e condanna A ██████████. (ora Banca ██████████
█████████) in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* alla
restituzione in favore dell'attori di quanto versato per l'acquisto delle
obbligazioni Carrier1 per cui è causa, cioè € 47.866,70 oltre agli interessi
legali maturati dalla domanda al soddisfo;

c)dichiara compensate, per la metà, le spese di causa e pone a carico della
convenuta la restante metà che liquida, in favore del ██████████ in complessivi €
4.320,00 di cui € 220,00, per esborsi, € 1.100,00 per diritti ed € 3.000,00
per onorario di avvocato, oltre rimb.forf., i.v.a. e c.p.a. come per legge.

Così deciso in Parma, il 1° marzo 2006.

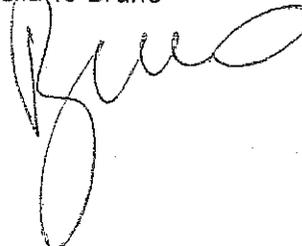
Il giudice est.

dr. Nicola Sinisi

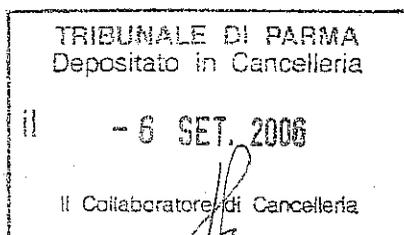


Il Presidente

dr. Stellario Bruno



IL CANCELLIERE CI
Annamaria Pecchini



PER COPIA CONFORME ALL'ORIGINALE

Perma 21 SET. 2006

Il Collaboratore
di Cancelleria



per uso appello