

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI ANCONA
SECONDA CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Maria Letizia Mantovani ha pronunciato la seguente
SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. omissis/2012 promossa da:

INVESTITORE

attore

CONTRO

BANCA

convenuto

CONCLUSIONI

CONCLUSIONI PER PARTE ATTRICE: «Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, respinta e disattesa ogni contraria domanda, istanza, deduzione ed eccezione, siccome inammissibile, infondata e comunque non provata, sulla scorta di tutte le motivazioni e causali addotte:

nel merito, in via principale: accertare e/o la nullità del contratto-quadro per la negoziazione in strumenti finanziari, originaria o sopravvenuta, con declaratoria di nullità, in ogni caso, dei moduli d'ordine e/o delle operazioni di acquisto di titoli Lehman Brothers, e per l'effetto condannare la Banca convenuta all'integrale restituzione, in favore dell'INVESTITORE del capitale da lui investito, per l'ammontare complessivo di euro 104.243,72 (centoquattromiladuecentoquarantatre//72), oltre al danno da lucro cessante da quantificarsi come segue:

media ponderata tra gli interessi pagati da BOT, CCT ed obbligazioni sulla somma di euro 99.166,84 dal 14/01/2005 sino al saldo integrale ed effettivo e sulla somma di euro 5.076,88 dal 27/10/2005 sino al saldo integrale ed effettivo, o nella maggiore o minor somma che sarà eventualmente ritenuta di giustizia, tutto ciò oltre a rivalutazione monetaria ed interessi al tasso legale dalla maturazione al saldo;

nel merito, in via subordinata: accertata e dichiarata la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale della Banca convenuta nei confronti dell'INVESTITORE, per l'effetto condannare la Banca stessa alla restituzione, in favore dell'odierno attore, del capitale da lui investito, ed in ogni caso al risarcimento integrale del danno in suo favore, nella misura di euro 104.243,72 (centoquattromiladuecentoquarantatre//72), o nella maggiore o minor somma che sarà ritenuta di giustizia, oltre al danno da lucro cessante da quantificarsi come segue: media ponderata tra gli interessi pagati da BOT, CCT ed obbligazioni sulla somma di euro 99.166,84 dal 14/01/2005 sino al saldo integrale ed effettivo e sulla somma di euro 5.076,88 dal 27/10/2005 sino al saldo integrale ed effettivo, o nella maggiore o minor somma che sarà eventualmente ritenuta di giustizia, tutto ciò oltre a rivalutazione monetaria ed interessi al tasso legale dalla maturazione al saldo;

nel merito, in via subordinata alternativamente: accertato e dichiarato, da parte della Banca, l'intervenuto superamento dei limiti del mandato, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1711 c.c., condannare la medesima alla restituzione, in favore dell'INVESTITORE, del capitale dal medesimo investito ed in ogni caso al risarcimento integrale del danno in favore dell'odierno attore, nella misura di euro 104.243,72 (centoquattromiladuecentoquarantatre//72), o nella maggiore o minor somma che sarà ritenuta di giustizia, oltre al danno da lucro cessante da quantificarsi come segue:

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

media ponderata tra gli interessi pagati da BOT, CCT ed obbligazioni, sulla somma di euro 99.166,84 dal 14/01/2005 sino al saldo integrale ed effettivo e sulla somma di euro 5.076,88 dal 27/10/2005 sino al saldo integrale ed effettivo, o nella maggiore o minor somma che sarà eventualmente ritenuta di giustizia, tutto ciò oltre a rivalutazione monetaria ed interessi al tasso legale dalla maturazione al saldo;

nel merito, in via ancor più subordinata: accertata e dichiarata la responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. della Banca odierna convenuta, per l'effetto condannarla alla restituzione, in favore dell'INVESTITORE, del capitale dal medesimo investito ed in ogni caso al risarcimento integrale del danno in favore dell'odierno attore, nella misura di euro 104.243,72 (centoquattromiladuecentoquarantatre/72), o nella maggiore o minor somma che sarà ritenuta di giustizia, oltre a danno da lucro cessante da quantificarsi come segue: media ponderata tra gli interessi pagati da BOT, CCT ed obbligazioni, sulla somma di euro 99.166,84 dal 14/01/2005 sino al saldo integrale ed effettivo e sulla somma di euro 5.076,88 dal 27/10/2005 sino al saldo integrale ed effettivo, o nella maggiore o minor somma che sarà eventualmente ritenuta di giustizia, tutto ciò oltre a rivalutazione monetaria ed interessi al tasso legale dalla maturazione al saldo;

nel merito, in via ancor più subordinata, alternativamente: accertata e dichiarata la responsabilità della fatto dei suoi addetti e/o dipendenti e/o promotori finanziari ex art. 2049 c.c., per l'effetto condannarla alla restituzione, in favore del Sig., del capitale dal medesimo investito ed in ogni caso al risarcimento integrale del danno in favore dell'odierno attore, nella misura di euro 104.243,72 (centoquattromiladuecentoquarantatre/72), o nella maggiore o minor somma che sarà ritenuta di giustizia, oltre al danno da lucro cessante da quantificarsi come segue: media ponderata tra gli interessi pagati da BOT, CCT ed obbligazioni, sulla somma di euro 99.166,84 dal 14/01/2005 sino al saldo integrale ed effettivo e sulla somma di euro 5.076,88 dal 27/10/2005 sino al saldo integrale ed effettivo, o nella maggiore o minor somma che sarà eventualmente ritenuta di giustizia, tutto ciò oltre a rivalutazione monetaria ed interessi al tasso legale dalla maturazione al saldo.

Con ogni altra conseguente e/o accessoria statuizione.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa».”

CONCLUSIONI PER PARTE CONVENUTA: “Voglia codesto Ill.mo Tribunale, previa ogni necessario accertamento e declaratoria, anche in ordine alla legittimazione e all'interesse ad agire, nonché all'inammissibilità delle pretese restitutorie avversarie, rigettata ogni contraria istanza, eccezione e deduzione:

In via preliminare

LI dichiarare l'intervenuta prescrizione di tutte le domande dell'Attore fondate sulla pretesa responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale della Banca; dichiarare l'intervenuta prescrizione di tutte le domande dell'Attore fondate sulla pretesa responsabilità della Banca ai sensi dell'art.2049 c.c.;

Nel merito In via principale respingere tutte le domande proposte dall'attore perché infondate e comunque indimostrate, nell'an come nel quantum.

In via subordinata proposte dall'attore, determinare l'importo dovuto dalla Banca tenendo conto: del controvalore aggiornato di mercato dei Titoli LB tuttora posseduti dall'Attore; degli importi percepiti dall'Attore a titolo di cedole sui Titoli; degli importi percepiti dall'Attore a titolo di rimborso sui titoli LB;

In via subordinata riconvenzionale nella denegata ipotesi di accoglimento, anche parziale, delle domande di nullità avanzate dall'Attore, dichiarare tenuto e condannare lo stesso Attore al trasferimento in favore della Banca dei Titoli LB, oltre che degli importi da esso percepiti a titolo di cedole e rimborsi sugli stessi Titoli LB;

In via istruttoria

disporre l'interrogatorio formale del dipendente della banca ai sensi dell'art.230 c.p.c., sui seguenti capitoli:

1) "Vero che nel gennaio 2005 Lei riferì al signor omissis ovvero al signor omissis di essere cliente della Banca, e di avere in precedenza acquistato presso la stessa obbligazioni emesse dalla Repubblica Argentina, connotate da rating speculativo";

2) "Vero che Lei riferì al signor omissis ovvero al signor omissis che, viste le perdite subite a seguito del default dei bond argentini acquistati presso la Banca di Ancona, era interessato a un investimento con un basso livello di rischio e in particolare a obbligazioni societarie connotate da un rating elevato";

ammettere i seguenti capitoli di prova testimoniale:

3) "Vero che nel 1998 e negli anni successivi fino al 2013 ha disposto di un sistema informatico che verifica che gli estratti conto relativi a tutti i clienti della Banca siano predisposti e inviati tramite servizi di recapito postale, fra cui Poste Italiane, in forza di appositi contratti";

4) "Vero che qualora il destinatario dell'estratto conto risulti trasferito o sconosciuto all'indirizzo da questi indicato per il recapito della corrispondenza, ovvero deceduto, il servizio di recapito postale provvede alla restituzione al mittente dei plichi non recapitati";

5) "Vero che in tal caso, omissis verifica l'esattezza dell'indirizzo apposto sul plico restituito dal servizio di recapito postale rispetto alla posizione anagrafica del cliente e, stabilito che non vi sono stati errori e che a tale indirizzo risulta non possibile il recapito, invia il plico al Regional Manager competente perché provveda a farlo consegnare direttamente a mani, tramite il promotore assegnatario del nominativo, unitamente ad una lettera accompagnatoria in cui si richiede l'inoltro della scheda di modifica anagrafica per il relativo aggiornamento degli archivi da far sottoscrivere al cliente stesso";

6) "Vero che escludo che nel corso e per tutto il periodo ricompreso tra il novembre 1993 ed il marzo 2013 siano emersi problemi di ritorno degli estratti conto integrati e della corrispondenza relativi al conto corrente n. omissis indirizzati al signor omissis;

7) "Vero che parimenti escludo che il signor omissis abbia mai segnalato alla Banca la mancata ricezione degli estratti conto e/o della corrispondenza inviatigli nei 20 anni di durata del conto corrente n. omissis";

8) "Vero che dalla documentazione nella disponibilità di e di quella repertoriata nella banca dati 'filenet', concernente i reclami e le segnalazioni della clientela, non risultano doglianze del signor omissis circa il mancato recapito degli estratti conto integrati, ovvero della corrispondenza relativi al conto corrente n. omissis";

9) "Vero che unitamente all'estratto conto integrato al 31 dicembre 1998 fu inviato alla clientela di ivi compreso il signor omissis il Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'Allegato 3 del Regolamento Intermediari n.11522/1998";

10) "Vero che unitamente all'estratto conto integrato al 31 dicembre 2003 fu inviato alla clientela di Banca, ivi compreso il signor omissis, il Documento di Sintesi, che si mostra al teste Condizioni Contrattuali vigenti relative ai servizi bancari e di investimento prestati dalla stessa Banca";

11) "Vero che unitamente all'estratto conto integrato al 31 dicembre 2004 fu inviato alla clientela di, ivi compreso il signor omissis, il Documento di Sintesi, che si mostra al teste (doc.19.27), recante le condizioni economiche e le Principali Condizioni Contrattuali vigenti relative ai servizi bancari e di investimento prestati dalla stessa Banca";

12) "Vero che unitamente all'estratto conto integrato al 31 marzo 2004 fu inviato alla clientela di banca, ivi compreso il signor omissis, una comunicazione datata 15 marzo 2004, che si mostra al teste (doc.19.23), relativa alla rischiosità degli strumenti finanziari di natura obbligazionaria, quali i corporale bond".

Si indica quale teste, sui capitoli da 3) a 12), il signor omissis dipendente di e domiciliato presso la stessa Società.

In ogni caso con il favore delle spese e del corrispettivo dovuto ai difensori a titolo di compenso professionale, oltre IVA, CPA e accessori come per legge."

MOTIVI DELLA DECISIONE

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

L'INVESTITORE ha convenuto in giudizio la BANCA premettendo:

- di essere un "piccolo risparmiatore con scarsissima propensione al rischio e pressoché nulla esperienza in materia di finanziaria";
- di avere perseguito una finalità di "conservazione dei propri risparmi, correlata al desiderio di azzerare ogni rischio";
- di avere disposto, rispettivamente in data 14 gennaio e 27 ottobre 2005, "dietro piena ed integrale consulenza dei funzionari della Banca", due operazioni di acquisto titoli obbligazionari "Lehman BR." per un valore nominale complessivo di € 100.000,00 e un controvalore di 104.243,72, impegnando così "tutto il monte risparmi" in "un solo prodotto", vieppiù a rischio, ed in "unica soluzione";
- che nel settembre 2008 tale investimento sarebbe stato "totalmente azzerato" a causa del default della Lehman Brothers.

In tale prospettiva l'attore ha evidenziato una serie di profili di nullità del contratto quadro (per mancanza di forma scritta consistita nella omessa sottoscrizione della banca) e degli ordini di acquisto (per inadeguatezza degli stessi ordini rispetto al profilo del cliente risparmiatore, per violazione dei doveri informativi in capo all'intermediario, per omessa indicazione dello *ius poenitendi* trattandosi di offerta/ negoziazione di titoli fuori sede).

Sulla scorta delle esposte premesse l'attore ha chiesto, previa declaratoria di nullità e/o annullamento degli ordini di acquisto dei titoli LB, la condanna della BANCA alla restituzione dell'importo originariamente investito oltre interessi e rivalutazione monetaria.

La banca convenuta si è costituita chiedendo il rigetto della domanda attorea tanto in relazione ai profili di nullità evidenziati, quanto agli ulteriori asseriti inadempimenti contrattuali dell'intermediario e con specifico riferimento al profilo quantificatorio del lamentato danno la banca ha precisato come fin dalla fase precedente all'introduzione del presente giudizio ed anche nelle more del giudizio L'INVESTITORE avesse ricevuto una serie di rimborsi da parte della procedura concorsuale della Lehman Brothers Treasury Co. B.V. ("LBT"), emittente delle obbligazioni LEHMAN BROTHERS TSY TV% 14LG14 che sta gradualmente ripartendo somme a titolo di rimborso agli investitori, con evidenti conseguenze in punto di quantum nonché ancor prima con riguardo al difetto di concreto interesse ad agire.

La causa è stata istruita oltre che documentalmente a mezzo di istruttoria orale.

La domanda è risultata infondata.

Si è giunti a tale conclusione in forza delle considerazioni di seguito evidenziate.

PRELIMINARMENTE va disattesa l'eccezione attorea di nullità del contratto quadro per carenza di forma scritta ex art. 23 TUF per le ragioni di seguito evidenziate.

L'art. 23 del D.Lgs. n. 5/2003 stabilisce che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento debbano essere redatti per iscritto a pena di nullità. La forma scritta, quando è richiesta *ad substantiam*, è elemento costitutivo del contratto, nel senso che il documento deve essere l'estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto.

Se è vero che dalle esposte premesse discende che il contratto quadro portante la firma del solo cliente sarebbe nullo in ragione dell'inammissibilità della convalida del contratto nullo ex 1423 c.c. non valendo a convalidarlo i documenti esecutivi dello stesso (contabili, conferme di eseguito ecc.), indipendentemente dalla verifica dello specifico contenuto e della sottoscrizione di dette scritture, né la dicitura firmata dal cliente, nella quale quest'ultimo dichiara che "un esemplare del presente contratto sottoscritto dalla banca ci è stata consegnato" (o altra analoga) sarebbe da ritenere

sufficiente a provare l'effettiva sottoscrizione del contratto ad opera della banca stessa, va osservato quanto segue.

Il documento oggetto di disamina (*id est* modulo lettera di Mandato per la sottoscrizione di quote Fideuram Moneta del 10 novembre 1993) sottoscritto dal cliente (odierno attore) e non dalla banca è redatto su un modulo della banca, ed è formulato - secondo quella che era la prassi bancaria all'epoca vigente - sotto forma di dichiarazione resa dal cliente ed alle condizioni riportate a tergo; si tratta, dunque, dell'accettazione esplicita della proposta contrattuale contenuta nel modulo prestampato, che indica i sottoscrittore di quote *Fideuram Moneta* e le relative regole contrattuali specificamente approvate.

La *quaestio iuris* è allora quella di individuare il valore da attribuire al documento in oggetto non recante la sottoscrizione del funzionario della banca.

Il Tribunale è ben consapevole dell'orientamento della Suprema Corte secondo cui "*in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta "ad substantiam", la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione "con effetti "ex nunc" e non "ex tunc", essendo necessaria la formalizzazione delle dichiarazioni di volontà che lo creano"; con la conseguenza "che tale meccanismo non opera se l'altra parte abbia "medio tempore" revocato la proposta"* (così Sez. I, Sentenza n. 5919 del 24 marzo 2016), rendendo del tutto privo di "copertura contrattuale" il rapporto medio tempore sviluppatosi.

Ciò posto ritiene il Tribunale, in linea con una parte della giurisprudenza di merito, ritiene di dover precisare quale sia il valore della sottoscrizione del documento, che non può essere assunto ad elemento essenziale dell'atto scritto *tout court*.

In proposito giova precisare che l'art. 2702 c.c. non stabilisce che la scrittura privata è quella redatta per iscritto e sottoscritta dalle parti, statuendo che la scrittura privata fa piena prova, sino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.

Ne discende che solo il firmatario dell'atto può togliere la piena efficacia alla scrittura, disconoscendola.

Del pari l'art. 214 c.p.c. stabilisce che colui contro il quale è prodotta una scrittura privata, se intende disconoscerla, è tenuto a negare formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione, da cui discende ulteriormente che una scrittura privata priva di sottoscrizione potrebbe in ipotesi valere fino al suo disconoscimento.

Ulteriore prova della non essenzialità della sottoscrizione al fine di conferire valore alla scrittura privata è offerta dallo stesso orientamento della Suprema Corte che a fronte del contratto sottoscritto dal cliente e non dall'Istituto di credito ne riconosce piena efficacia, seppure con effetti *ex nunc*.

Dalle esposte premesse discende ulteriormente che se la produzione in giudizio determina la prova della conclusione del contratto, del pari determinati comportamenti concludenti possono sopperire alla mancata sottoscrizione del testo negoziale, scritto, da parte di uno dei contraenti (nella specie la banca) ferma restando la necessità di un testo contrattuale scritto. E nella fattispecie l'avvenuta e reiterata esecuzione del contratto, unita alla sua mancata contestazione ed al suo mancato disconoscimento, possono ben essere identificati alla stregua di comportamenti concludenti rispetto alla volontà di dare esecuzione a quel contratto scritto.

Comunque sotto parziale diverso profilo ritiene il Tribunale che l'esecuzione del rapporto che si sia protratta per diversi anni, come nella specie in cui parte convenuta ha offerto di provare come L'INVESTITORE dal 1993 al 2005 abbia acquistato diversi prodotti derivati di varia natura, determini in radice l'infondatezza dell'eccezione di nullità del contratto per mancanza di forma scritta anche in ossequio al principio, ribadito anche di recente dalla Suprema Corte nelle pronunce 8395 del 2016 e 5919 del 2016, secondo cui detta ipotesi di nullità c.d. di protezione è posta a tutela del parte nel cui favore è prevista.

Acclarato che la tutela *de qua* sia posta a tutela della parte che non avendolo sottoscritto potrebbe non conoscerne adeguatamente il contenuto e quindi potrebbe non aver manifestato un consapevole consenso alla sua conclusione atteso che il cliente ha ricevuto copia del testo negoziale che ha sottoscritto non vi è ragione che si dolga della mancata sottoscrizione della banca che al contrario non disconosce il documento contrattuale non sottoscritto al quale, peraltro ha dato pacifica esecuzione negli anni anche mediante invio di documentazione al cliente (ad es. estratti conto relativi all'andamento dei singoli acquisti di derivati da parte del cliente).

Ulteriore profilo di infondatezza/inammissibilità della dedotta nullità va rinvenuto nelle considerazioni che seguono.

Il vincolo di forma scritta previsto dall'art. 23 TUF, cui conseguono i profili di disciplina generale sopra descritti, è finalizzato - come testè evidenziato - a tutelare la parte debole del rapporto (*id est* l'investitore) al fine di consentire l'acquisizione di adeguata consapevolezza dell'operatività e dei rischi in ambito finanziario rispetto all'intermediario, operatore professionale del settore.

Viepiù la natura unitaria dell'intero rapporto (in termini Cass. civ, Sez. Un. 19.12.2007 n. 26724, in cui la Corte ha infatti ritenuto che il contratto quadro possa essere accostato per alcuni aspetti alla figura del mandato e che le singole operazioni di investimento non siano qualificabili tout court come autonomi contratti, avendo in sé natura meramente esecutiva di un ordine emesse nell'ambito di esso) da cui ulteriormente discende l'irrilevanza della circostanza che l'operazione compiuta dall'intermediario sia consistita nel procurarsi da terzi i valori o gli strumenti finanziari ordinatigli dal cliente oppure nel fornirli egli stesso, trattandosi di varianti esecutive che non incidono sull'obbligo di diligenza cui l'intermediario è tenuto.

Orbene se a fronte delle esposte premesse la domanda restitutoria del cliente investitore discende direttamente dalla nullità originaria del contratto quadro le cui conseguenze incidono anche sulle singole operazioni di investimento da esso originate va censurata la condotta dell'investitore che deduca la nullità *ab origine* di un rapporto per assenza di un contratto quadro, nelle ipotesi, come quella di specie, in cui si abbia la prova che il testo negoziale di cui viene eccepita la nullità abbia avuto pacifica esecuzione per svariati anni (nella specie dal 1993 al 2005).

In particolare l'INVESTITORE a fronte dell'effettuazione di numerose operazioni aventi ad oggetto investimenti mobiliari ha richiesto la restituzione del capitale investito solo in quelle aventi ad oggetto le obbligazioni LB andate in *default* soprattutto in forza di un contratto quadro (*rectius* lettera di mandato nel rispetto dei principi normativi vigenti all'epoca della sua sottoscrizione - *id est* 1993) sottoscritto dallo stesso cliente e carente della sottoscrizione della banca.

Sulla scorta delle esposte premesse un orientamento di merito ha individuato in detta situazione un'ipotesi di nullità relativa assimilabile alla disciplina dell'annullamento dei contratti a cui consegue l'eventuale convalida (in termini Tribunale Verona 23.3.2010), ovvero un'ipotesi di *exceptio doli generalis* idonea ad escludere in radice la dedotta invalidità; un ulteriore orientamento ha ritenuto di escludere la sussistenza dell'interesse ad agire ove lo scopo informativo sia stato comunque raggiunto con contestuale mancata violazione dell'interesse protetto (adeguata e consapevole informazione) posto a presidio del contraente più debole (in termini Tribunale Torino 20.1.2011).

In proposito infatti l'eccezione di nullità del contratto quadro per mancanza di forma scritta dovrebbe a rigore estendersi a tutti i negozi derivati dal rapporto geneticamente viziato ove, al contrario, l'investitore può liberamente orientare l'eccezione di nullità ed i conseguenti effetti caducatori agli investimenti che abbiano determinato delle perdite, non estendendo gli effetti della dedotta nullità al complessivo rapporto negoziale che sovente ha avuto esecuzione per anni (come nel caso che occupa) ed ha riguardato anche investimenti che sono risultati proficui.

Orbene è da ritenere del tutto condivisibile l'orientamento che stigmatizza "l'uso selettivo dell'azione di nullità" in luogo dell'azione risarcitoria prevista dall'ultimo comma dell' art 23 TUF in relazione alle omesse informazioni specifiche dovute per singole operazioni, in assenza della necessaria correlazione tra situazione giuridica sostanziale ed oggetto del processo, nonché in relazione al principio di concentrazione della tutela derivante dal medesimo rapporto negoziale (nella specie contratto quadro di cui viene eccepita la nullità).

Giova osservare che anche i giudici di legittimità hanno censurato la condotta di chi, sfruttando una posizione di vantaggio conferita *ex lege*, anche in violazione del disposto di cui all'art. 88 c.p.c., abbia abusato degli strumenti processuali e dei poteri connessi all'azione (Cass. S.U. 15.11.2007 n. 23726; conf. Cass. 11.6.2008 n. 15476) con ulteriore evoluzione del canone di buona fede (Caso. S.U. 15.11.2007 n. 23726; ex multis Cass. 7.6.2006 n. 13345 e Caso. S.U. 13.9.2005 n. 18128).

Le esposte premesse impongono il rigetto della domanda attorea di nullità (sotto tutti i profili prospettati) e la conseguente domanda restitutoria finalizzata ad ottenere la ripetizione degli importi versati per l'acquisto delle obbligazioni LB.

La domanda attorea va disattesa anche con riguardo agli ulteriori profili di inadempimento lamentati dall'attore.

Non è contestato e comunque è provato *per tabulas* che nel 2005 (in particolare nel mese di gennaio e nel mese di ottobre) l'INVESTITORE ha proceduto all'acquisto di due panieri di azioni Lehman Brothers, nell'alveo del rapporto intercorrente con la BANCA con cui era in essere il conto deposito titoli a custodia ed amministrazione n' (doc. di parte convenuta).

Inoltre è stata offerta adeguata prova documentale che l'acquisto di dette obbligazioni è avvenuto da parte dell'Istituto di credito convenuto mediante c.d. acquisto fuori mercato ove la banca convenuta ha assunto la veste di intermediario e non di negoziatore diretto dei titolo obbligazionari (v. documentazione allegata dalla convenuta).

Altrettanto accertata documentalmente è la circostanza della sottoscrizione specifica dell'ordine di acquisto dopo l'avvertimento della banca convenuta della rischiosità insita dell'investimento per eccessiva concentrazione delle risorse su un unico titolo obbligazionario.

Ciò debitamente premesso va disattesa l'eccezione di nullità degli ordini di acquisto oggetto di causa per mancata specificazione dello *ius poenitendi* (art. 30 tuf) posto che "La nozione di offerta fuori sede di strumenti finanziari è costituita dalla promozione e dal collocamento presso il pubblico e di servizi di attività di investimento. Il diritto di recesso deve intendersi delimitato a peculiari ipotesi e non con riferimento ad una generica attività di collocamento fuori sede. Laddove l'acquisto di titoli non sia avvenuto per iniziativa dell'offerente ma in dipendenza di un precedente accordo di carattere generale deve ritenersi sussistente un'ipotesi di negoziazione e non un collocamento." da cui discende che "L'indicazione, a pena di nullità, nei moduli relativi al collocamento di strumenti finanziari circa la facoltà di recesso esercitabile dall'investitore non è estensibile a tutti i contratti relativi a servizi di investimento, compresa la diversa attività di negoziazione di titoli". (in termini Cass. civ. Sez. I, 22-03-2012, n. 4564).

Né si palesa ostativo alla spiegata conclusione il principio espresso dalla Suprema Corte a Sezioni unite nel 2013 (Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 03/06/2013, n. 13905) secondo cui il diritto di recesso accordato all'investitore dal D.lgs n. 58 del 1998, art. 30, comma 6 e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo comma 7, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio di investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela.

In proposito giova precisare come l'orientamento della Suprema Corte sia da ritenere in parte superato dal chiaro tenore letterale della novella normativa dell'art. 30 TUF, di poco successiva alla citata pronuncia a Sezioni Unite.

In particolare l'art. 56-quater D.L. 23 giugno 2013 n. 69 che ha aggiunto un nuovo periodo all'articolo 30, comma 6, D.L. 24 febbraio 1998, n. 58, prevedendo che: «*Ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'articolo 1, comma 5, lettera a)*», così espressamente statuendo l'irretroattività degli effetti della novella normativa in questione ai contratti sottoscritti prima del 1 settembre 2013 come evincibile dalla stessa *ratio legis* finalizzata all'estensione dell'efficacia della disciplina dello *ius poenitendi* per l'offerta fuori sede di cui al comma 6 dell'art.30 TUF applicabile ai servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5 lettere e), c bis) e d) dello stesso TUF anche ai servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5 lettera con specifico riferimento ai contratti sottoscritti successivamente al 1° settembre 2013.

Ne discende che con riguardo al regime transitorio il legislatore ha scelto quale momento di riferimento la sottoscrizione del contratto da cui discende che sono soggetti alla nuova disciplina tutti i contratti di negoziazione per conto proprio sottoscritti dopo il 1 settembre 2013.

Detto limite temporale ragionevolmente dovrebbe esser esteso non solo ai contratti "quadro" sottoscritti per la prima volta dopo il 1 settembre 2013 ma anche ai singoli ordini impartiti in forza degli stessi contratti "quadro".

Dalle esposte premesse discende quindi che gli investitori potranno beneficiare dell'estensione del diritto di ripensamento non soltanto in relazione agli ordini disposti a valere su un contratto sottoscritto successivamente a tale data ma anche in relazione agli ordini (impartiti da questa data) disciplinati da un contratto quadro sottoscritto in precedenza.

Restano esclusi certamente dagli effetti estensivi dello *ius poenitendi* gli ordini disciplinati da un contratto quadro sottoscritto in precedenza ma impartiti in data antecedente rispetto al 1 settembre 2013, come quelli oggetto di causa.

Infine vanno disattese le ulteriori doglianze attoree finalizzate a stigmatizzare la violazione del dovere informativo incombente sull'intermediario.

In tema di risoluzione dei singoli ordini di acquisto in prodotti derivati (nella specie obbligazioni Lehman Brothers) la Suprema Corte ha infatti chiarito che *"la violazione dei doveri di informazione del cliente e del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interesse con il cliente o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente stesso, posti dalla legge a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, non danno luogo ad una nullità del contratto di intermediazione finanziaria per violazione di norme imperative; se tali infrazioni avvengono nella fase precedente o coincidente con la stipula del contratto d'intermediazione destinato a regolare i*

Sentenza, Tribunale Ancona, dott. Maria Letizia Mantovani, 25 gennaio 2017, n. 119

successivi rapporti fra le parti, ricorre una ipotesi di responsabilità precontrattuale con il conseguente obbligo di risarcimento; quando, invece, le violazioni riguardano operazioni di investimento (o disinvestimento) compiute in esecuzione del contratto, si configura una responsabilità contrattuale che può eventualmente condurre alla risoluzione dello strumento negoziale.”(Cass. civ. Sez. Unite Sent., 19-12-2007, n. 26724).

Con riguardo alla domanda di risarcimento del danno per violazione degli obblighi informativi, nonché per inadeguatezza delle operazioni di investimento oggetto di causa rispetto al profilo di rischio ed agli obiettivi di investimento dichiarati dalla stesso attore, va osservato come detti acquisti appaiano del tutto adeguati rispetto alle caratteristiche del deposito titoli (anteriore alle operazioni in questione) dell'attore ed alla pregressa operatività, anche in considerazione dell'estrema affidabilità e dell'eccellente rating dei titoli Lehman all'epoca del loro acquisto.

Ciò premesso e tenuto conto delle informazioni che al momento dell'acquisto dei titoli la banca avrebbe potuto fornire all'attore, atteso che al momento delle operazioni la futura insolvenza della Lehman Brothers non era in alcun modo immaginabile, non sussistono elementi dai quali desumere l'inadeguatezza dell'acquisto dei titoli Lehman da parte dell'attore, come non ravvisabile si palesa l'asserito nesso di causalità fra preteso inadempimento e violazione degli obblighi informativi in capo alla banca (si veda in proposito l'art. 29 reg. Consob 11522/98).

Al riguardo basti osservare come gli intermediari finanziari siano tenuti a segnalare specificamente l'inadeguatezza delle operazioni di investimento foriere di un rischio diverso ed ulteriore rispetto agli obiettivi di investimento ed al profilo di rischio dichiarato (anche tenendo in considerazione l'operatività pregressa del portafoglio titoli del singolo cliente) esigendo in ipotesi di diverso e più intenso rischio apposito ordine scritto (come avvenuto nella specie).

Orbene l'attore aveva già acquistato in passato titoli obbligazionari ed azioni, circostanza che consente di escludere in radice l'inadeguatezza per tipologia dell'acquisto di obbligazioni Lehman.

Del pari non ravvisabile, nella fattispecie in esame, è l'inadeguatezza per oggetto e/o per dimensione o frequenza e ciò il compendio documentale legato dalle parti consente di evidenziare come il profilo di rischio appartenente all'attore non sia meramente conservativo bensì rivolto ad incrementare la redditività del capitale, come evincibile dalla scelta di non diversificare gli investimenti proprio per la miglior convenienza economica dell'acquisto di tali titoli, che giova ribadire al momento della disposizione dei due ordini erano ritenute del tutto sicuri ed avevano un rating elevato.

Dalle esposte considerazioni discende quindi l'infondatezza della domanda risarcitoria dell'attore fondata sull'asserita inadeguatezza delle operazioni censurate.

Immeritevole di accoglimento è anche l'ulteriore domanda risarcitoria derivata dalla lamentata violazione degli obblighi informativi, atteso che il profilo di rischio dell'attore, desunto dall'entità della composizione del suo portafoglio titoli dalla relativa operatività, consente di ritenere che l'attore, anche laddove avesse ricevuto più approfondite informazioni circa le caratteristiche dei titoli e la natura dell'emittente, avrebbe comunque proseguito nell'acquisto dei titoli in questione, da cui discende l'evidente insussistenza di collegamento eziologico tra l'allegato inadempimento dell'intermediario ed il danno lamentato.

Al riguardo infatti la Suprema Corte ha statuito che nelle azioni dirette ad ottenere il risarcimento dei danni da inadempimento conseguenti alla violazione dei doveri di condotta imposti agli intermediari, l'investitore è tenuto ad allegare l'inadempimento e deve fornire, anche sulla base di presunzioni, la prova del nesso di causalità tra il danno e l'inadempimento mentre l'intermediario deve provare l'avvenuto adempimento delle obbligazioni poste a suo carico e di aver comunque agito con la specifica diligenza richiesta. (in termini Cass. civ. Sez. I Sent., 17-02-2009, n. 3773).

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sulla scia degli esposti principi va inoltre osservato come se l'attore ha ommesso di offrire la prova del nesso di causalità tra il danno e l'inadempimento, di contro, parte convenuta ha offerto di provare di aver adempiuto diligentemente all'obbligo di informazione nei riguardi del cliente, il quale era stato edotto dal funzionario dell'istituto di credito convenuto atto del rischio insito nell'eccessiva concentrazione dei titoli acquistati.

In proposito giova infine osservare come l'obbligo normativo degli intermediari di informare i propri clienti delle variazioni delle informazioni fornite ai sensi degli artt. da 29 a 32 regolamento Consob applicabile *ratione temporis*, si riferisce alle caratteristiche generali dei servizi e delle attività di investimento svolte escludendo di contro ogni variazione dei livelli di rischio dei titoli acquistati in precedenza, presenti nel portafoglio dell'investitore. E' infatti circostanza pacifica che per tutte le varie obbligazioni Lehman, le agenzie di rating avevano mantenuto un rating superiore ad "A-" almeno fino al 15 settembre 2008.

Infine seppure quanto evidenziato sia assorbente rispetto ad ogni ulteriore argomentazione in punto di quantificazione del danno ed unicamente *ad colorandum*, atteso il rigetto della domanda principale, giova evidenziare come, risulti *per tabulas* che l'attore stia ottenendo il (seppur parziale) rimborso delle somme investite nell'alveo delle obbligazioni LB nell'alveo della procedura concorsuale della Lehman Brothers Treasury Co. B.V. ("LBT"), emittente delle obbligazioni LEHMAN BROTHERS TSY TV% 14LG14 che sta gradualmente ripartendo somme a titolo di rimborso agli investitori (ivi incluso l'odierno attore).

Dalle copie degli estratti conto del conto deposito intestato all'INVESTITORE allegate del tutto legittimamente dalla convenuta trattandosi di documentazione di formazione successiva allo spirare delle preclusioni istruttorie, si evince che l'Attore ha finora ricevuto da LBT, a titolo di rimborso dei Titoli LB, un ammontare complessivo di € 60.148,85 a fronte di un esborso iniziale per l'acquisto di detti titoli di € 104.243,72 e che detti rimborsi stanno proseguendo (circostanza non contestata fra le parti).

Tanto premesso le domande proposte da parte attrice in quanto risultati infondate sono immeritevoli di accoglimento.

Quanto alle spese di lite, in applicazione del principio della soccombenza, le stesse vengono poste a carico dell'attrice che deve essere condannata a rifondere alla banca convenuta, così come

P.Q.M.

Il Tribunale di Ancona, Sezione Seconda Civile, definitivamente pronunciando nel giudizio n. omissis/2012 R.G. promosso dall' INVESTITORE nei confronti Della BANCA disattesa, respinta o assorbita ogni ulteriore domanda, azione o eccezione, così provvede:

RESPINGE le domande proposte dall'attore;

DICHIARA TENUTO E CONDANNA L'INVESTITORE a rimborsare alla Banca convenuta le spese processuali che si liquidano in euro 13.500,00 per compensi, oltre rimborso forfettario il 15% sui compensi, Cpa ed Iva come per legge

Ancona, lì 25 gennaio 2017

Il Giudice
Maria Letizia Mantovani

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*