



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

26 APR. 2007

18

IL TRIBUNALE CIVILE DI MILANO
VI^A sezione

Composto da:

Dott.ssa A. Vanoni	Presidente
Dott. G.M. Blumetti	Giudice
Dott.ssa A. Simonetti	Giudice rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta al Numero di Ruolo Generale 19345/2006 promossa da:

[REDACTED], rappresentata e difesa in giudizio, in virtù di mandato speciale alle liti in calce dell'atto di citazione, dall'avv. Fabio Cesare di Milano presso lo studio del quale in via V. Monti n. 3 ha eletto domicilio,

ATTRICE

Contro

. BANCA [REDACTED], con sede [REDACTED] persona [REDACTED] rappresentata e difesa in giudizio, in virtù di procura speciale in calce alla copia notificata dell'atto di citazione, congiuntamente e disgiuntamente dagli avv. [REDACTED] [REDACTED] domiciliata in Milano presso lo studio [REDACTED]

CONVENUTA

OGGETTO: azione di nullità o di risoluzione di ordini di acquisto di strumenti finanziari aventi ad oggetto obbligazioni dello Stato argentino con condanna alle restituzioni; azione di responsabilità contrattuale o extracontrattuale con condanna al risarcimento dei danni.

IL CASO.it

Le parti hanno così concluso come da fogli che si allegano:

OMISSIS


2

Con atto di citazione ex art. 2 D.Lgs5/2003 notificato il 20.3.2006 [redacted] ha convenuto in giudizio Banca [redacted] spa e ha chiesto, in principalità, la nullità, con condanna alle restituzioni, di due operazioni di investimento eseguite rispettivamente il 13 gennaio 1997 e il 12 giugno 1998 dalla banca con prelevamento della provvista dal suo conto corrente n. [redacted], la prima avente ad oggetto 140.000 DEM di Obbligazioni Argentina 8,5% 2005 codice 65091600DEM per il controvalore di euro 71.010,62 e la seconda di obbligazioni 8% tv 2010 per euro 132.935,89; in via subordinata ha chiesto la risoluzione dei negozi per inadempimento della banca con condanna alla restituzione del prezzo di acquisto delle obbligazioni, oltre al risarcimento del danno da lucro cessante corrispondente al guadagno che l'attrice avrebbe potuto conseguire impiegando il capitale così investito con operazioni adeguate fino alla scadenza dei titoli argentini (2005 e 2010); in via di ulteriore subordine ha chiesto l'accertamento della responsabilità precontrattuale della banca con condanna al risarcimento dei danni dando atto di aver percepito cedole per euro 33.000. La difesa dell'attrice ha dedotto, a sostegno della domanda di nullità, di non aver mai impartito gli ordini di acquisto alla banca la quale aveva proceduto "senza alcuna richiesta"; ha dedotto che la parte aveva stipulato con la banca il 9 maggio 1994 il contratto quadro n. [redacted] per la prestazione del servizio di investimento di negoziazione, sottoscrizione, raccolta ordini concernenti valori mobiliari e che nell'ambito di tale rapporto aveva depositato e amministrato la gran parte dei titoli e del patrimonio ereditato dal defunto marito; ha rilevato che gli investimenti in obbligazioni argentine, proprio in quanto la banca si era attivata in via autonoma, erano stati disposti senza che la cliente investitrice si fosse resa conto dell'elevato rischio di perdita del capitale stante la natura speculativa dei titoli, rischio che non si conciliava con i suoi obiettivi di investimento dichiaratamente conservativi. Ha, inoltre, denunciato l'inadeguatezza delle due operazioni di investimento e la violazione delle disposizioni di cui all'art. 21 Tuf e 29 Reg. Consob 11522/98; l'omessa informazione sulle caratteristiche degli investimenti, in violazione dell'art. 28, e del downrating delle obbligazioni nel tempo intercorso tra i due acquisti e il default dello Stato Argentino. Ha dedotto la rilevanza del comportamento della banca in relazione alla regola generale di buona fede e correttezza ex artt. 1338 1337 1176 1175 c.c..

In atto di citazione la difesa dell'attrice ha dichiarato di accettare la notifica degli atti di controparte al numero di fax 0248021684.

La banca convenuta ha depositato comparsa di costituzione e risposta in data 19 maggio 2006 dando atto di averla comunicata all'avvocato difensore dell'attrice al numero di fax indicato in citazione in data 19.5.2006. La banca si è così difesa: ha, preliminarmente, eccepito l'inammissibilità delle azioni avendo l'attrice aderito all'Offerta di Pubblico Scambio proveniente dalla Repubblica Argentina ed essendosi spogliata del possesso delle obbligazioni argentine. Sul punto la difesa della banca ha rilevato che le azioni sarebbero inammissibili perché l'investitrice aderendo all'OPS ha trasferito all'offerente, come da contenuto dell'offerta che aveva

accettato "ogni interesse relativo alle obbligazioni esistenti validamente conferite, così come ad ogni pretesa ad esse relativa o da esse derivanti." Ha contestato in diritto la dedotta nullità dei negozi per difetto degli ordini rilevando l'infondatezza della tesi della controparte circa la necessità della forma scritta per la validità degli ordini anche in considerazione del fatto che essi potevano essere impartiti anche telefonicamente sia per legge che per contratto; la banca ha affermato che gli ordini in questione erano stati dati effettivamente per telefono dalla cliente e che però non era più in possesso delle relative trascrizioni e annotazioni sui suoi registri in considerazione del tempo trascorso dalle operazioni, l'una del 1997 e l'altra del 1998 e della tardività con cui la cliente le aveva contestate (prima contestazione del 2005). Sul punto ha osservato che il regolamento Consob all'epoca in vigore, il n. 8850/1994, espressamente all'art. 19 consentiva gli ordini telefonici e non ne prevedeva l'obbligo di registrazione introdotto solo con il successivo Reg. n. 10943/1997 entrato in vigore il 31.12.1998. Inoltre ha rilevato che l'assunto di controparte, secondo cui le operazioni erano state decise in via autonoma dalla banca e non erano state precedute da ordini impartiti dalla cliente, trovava smentita nella dichiarazione della sig.ra Travaini contenuta nella raccomandata inviata alla banca il 23.3.2005 (doc.2 banca) nella quale ammetteva di aver acquistato tramite "loro rispettabile Banca" i titoli di cui è causa. Ha contestato ogni profilo di inadempimento addebitato dall'attrice sia in relazione alle omesse informazioni, rilevando che all'epoca dei due investimenti il default dello Stato Argentino era al di fuori di ogni ragionevole previsione economico-finanziaria, sia con riferimento all'adeguatezza degli investimenti in linea con l'ingente patrimonio mobiliare all'epoca investito dalla cliente, ammontante a circa due miliardi di lire e contenuti nella misura del 20% del medesimo. Ha eccepito la prescrizione dell'azione di responsabilità extracontrattuale per il decorso del termine di cinque anni dall'acquisto dei titoli argentina per cui è causa. La difesa della convenuta ha concluso per il rigetto di tutte le domande in subordine chiedendo la riduzione della condanna della banca a titolo restitutorio o di risarcimento danni in considerazione di quanto già percepito dalla cliente a titolo di cedole e del valore attuale dei titoli detenuti con condanna alla restituzione degli stessi in ipotesi di dichiarazione di nullità o risoluzione.

Con istanza ex art.8 notificata alla banca l'8.6.2006 la difesa dell'attrice ha chiesto di fissarsi udienza di discussione collegiale e ha eccepito, in via preliminare, la nullità della notificazione-trasmissione della comparsa di costituzione e risposta perché effettuata a mezzo fax direttamente dal legale della convenuta e non l'intervento dell'Ufficiale Giudiziario con richiesta di dichiarazione della contumacia della convenuta con le conseguenze di cui all'art. 13 co 2 d.Lgs 5/2003. Nel merito ha riproposto le conclusioni di merito e istruttorie (prova per testimoni e richiesta di Ctu per la quantificazione del danno e la descrizione delle caratteristiche delle obbligazioni Argentina) di cui all'atto di citazione.

La banca ha depositato nei termini nota ex art. 10 D.Lgs 5/2003 e ha contestato l'asserita nullità della trasmissione della sua comparsa di costituzione e risposta rilevando che la difesa dell'attrice aveva ammesso, anche nel suo atto ex art.8, di aver ricevuto via fax la comparsa di costituzione e risposta, nulla obiettando

sulla conformità della copia teletrasmessa all'originale tempestivamente depositato in cancelleria; in diritto ha sostenuto la validità della notificazione ex art. 17 D.Lgs 5/2003 o in subordine l'irrelevanza del vizio avendo l'atto comunque raggiunto il suo scopo ex art. 156 c.p.c... La convenuta ha confermato le sue conclusioni esposte in comparsa di costituzione.

IL CASO.it

Con decreto ex art. 12 sono state rigettate le istanze istruttorie e si è fissata udienza collegiale.

Nei termini le difese hanno depositato note conclusionali. In particolare la difesa dell'attrice ha insistito per la richiesta di declaratoria di contumacia della convenuta, rilevando che tutto quanto dedotto in citazione doveva considerarsi non contestato; ha ampiamente argomentato a sostegno della domanda di nullità degli ordini anche per difetto di forma scritta ad substantiam. La difesa della banca convenuta ha, invece, contestato l'eccezione di nullità della sua costituzione in giudizio, ha rilevato che, avendo la difesa dell'attrice deciso di non replicare alla sua comparsa di costituzione e risposta, dovevano ritenersi pacifiche le circostanze ivi dedotte ex art. 10 co 2 D.Lgs 5/2003, prima tra tutte quella dell'esistenza degli ordini telefonici. La difesa della banca in conclusionale ha precisato che l'entità delle cedole incassate dall'attrice ammontavano ad euro 49.211,96 di cui euro 21.295,40 per le obbligazioni Arg. 8,5% ed euro 27.916,56 per le Obbl. Arg. 8%.

All'udienza collegiale le difese hanno discusso oralmente la causa; in particolare la difesa dell'attrice ha rilevato che la banca non avrebbe potuto allegare in conclusionale il fatto nuovo rispetto a quello indicato in citazione e non contestato in comparsa di costituzione del valore di euro 49.211,96 delle cedole incassate, misura nuova rispetto a quella di euro 33.000 indicata in citazione e non tempestivamente contestata in comparsa di costituzione e risposta.

Il Collegio dopo la discussione delle parti si è riservato di decidere nel termine di giorni 30.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Collegio conferma il decreto ex art. 12 del giudice relatore e, all'esito della camera di consiglio, ritenuta la causa matura per la decisione, decide come segue.

1 Sull'eccezione di nullità della trasmissione via fax della comparsa di costituzione e risposta e sulla costituzione in giudizio della convenuta

Va decisa preliminarmente l'eccezione, sollevata dalla difesa dell'attrice nell'istanza ex art.8, di nullità della trasmissione via fax della comparsa di costituzione e risposta *"in quanto priva dei requisiti di certezza in merito alla data di perfezionamento, sia in quanto non effettuata con l'intervento dell'ufficiale giudiziario"* con la conseguenza che *"la Banca dovrà essere dichiarata contumace con gli effetti di cui all'art. 13 secondo comma d.lgs 5/2003"*.

L'eccezione è infondata: la difesa dell'attrice ha dato atto di aver ricevuto via fax la comparsa di costituzione e risposta della banca convenuta; dal rapporto di trasmissione della comunicazione via fax, depositato dalla difesa della banca convenuta al momento della sua costituzione in giudizio il 29 maggio 2006, risulta che il fax



è stato inviato al numero indicato dall'avvocato difensore dell'attrice in citazione ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett.b) d.lgs 5/2003, il 19 maggio 2006 alle ore 14:09:43, risulta che le pagine inviate sono state 35 a fronte della comparsa di costituzione della banca, atto trasmesso, composta da 34 pagine. La trasmissione in data 19 maggio 2006 è dato certo, desumibile dal rapporto di trasmissione in uno con l'ammissione della difesa dell'attrice di aver ricevuto via fax l'atto in questione. Nessun dubbio può, inoltre, nel caso di specie, sussistere sulla conformità dell'atto trasmesso via fax dalla convenuta all'attrice e l'originale della comparsa di costituzione e risposta depositata dalla banca il 29 maggio 2006 atteso che la difesa dell'attrice non ne ha rilevato alcuna difformità piuttosto dimostrando con le sue difese, -ci si riferisce, per esempio, al fatto che l'attrice ha rilevato che la banca non ha contestato in comparsa di costituzione l'importo, riportato in citazione, delle cedole riscosse per euro 33.000,00, -di averne preso piena e completa conoscenza. Dunque, anche ad ammettere l'invalidità della notificazione perché non eseguita dall'ufficiale giudiziario, deve ritenersi, in applicazione del principio generale di cui agli artt156 e 160 c.p.c., che l'atto notificatorio ha comunque raggiunto il suo scopo, non sussistendo dubbio sulla circostanza che la comparsa trasmessa è stata ricevuta nella sua completezza dalla destinataria difesa dell'attrice in data 19 maggio 2006, entro il termine per la costituzione della convenuta: ne consegue che la banca è regolarmente e tempestivamente costituita in giudizio.

2. Sull'eccezione di inammissibilità delle domande per aver l'attrice aderito all'OPS della Repubblica Argentina.

E' dato pacifico che l'attrice ha ceduto il pacchetto di titoli acquistati con i due negozi di investimento per cui è causa aderendo all'OPS della Repubblica Argentina; si tratta del titolo DE0002483203 REPUBLIC ARGENTINA 98/10 STEP COUPON (EURO) valore nominale 132.936 euro e del titolo DE0001354751 REPUBLIC OF ARGENTINA 8,50% 96/05 VALORE NOMINALE DI 140.000 DEM. La banca ha sostenuto l'inammissibilità delle domande proposte in giudizio (ma forse più correttamente dovrebbe qualificarsi l'eccezione come di carenza di legittimazione attiva) - azione di nullità per difetto di ordini scritti, di risoluzione per inadempimento della banca alle obbligazioni cui è tenuta quale soggetto che rende il servizio di investimento nella forma della negoziazione in strumenti finanziari, di cui all'art. 21 Tuf, 26, 28, 29,30 Reg. Consob 11522/98, di responsabilità extracontrattuale anche per violazione del generale dovere di buona fede e correttezza - in quanto l'investitrice, accettando l'offerta di scambio dei titoli detenuti ha trasferito all'offerente, come si legge nell'OPS (doc. 3 banca), *"con efficacia alla data di scambio, la proprietà, la titolarità e ogni altro diritto, titolo e interesse relativo alle obbligazioni esistenti validamente conferite e scambiate nell'Offerta di Scambio, così come pretesa ad esse relativa o da esse derivante, e contemporaneamente rinuncia irrevocabilmente nei confronti dell'Argentina, del trustee o del fiscal agent di tali obbligazioni esistenti a qualsiasi diritto ed azione relativi alle obbligazioni esistenti conferite, fatta eccezione al diritto al pagamento del corrispettivo ai sensi dell'Offerta di scambio, nonché garantisce che non vi sono nei*



confronti dell'Argentina, del trustee o del fiscal agent di tali obbligazioni giudizi proposti o decisioni giudiziali ottenute sulla base degli stessi e relativi alle obbligazioni esistenti conferite o, ove ve ne siano rinuncia a tali giudizi proposti e al diritto di dare esecuzione a tali decisioni giudiziali ...". Osserva il collegio che il trasferimento dei diritti e la rinuncia che dell'investitore ha accettato con l'OPS della Repubblica Argentina ha ad oggetto i diritti incorporati nel titolo obbligazionario, scambiato e restituito, con esclusione del diritto al pagamento del corrispettivo, nei termini rinnovati con l'Offerta; la rinuncia è efficace, come espressamente indicato nell'OPS, solo nei confronti della Repubblica Argentina che ha emesso i titoli, o del trustee e del fiscal agent; essa non ha ad oggetto, in alcun modo, le azioni contrattuali od extracontrattuali, come sono quelle dedotte nel presente giudizio, proposte dal cliente investitore verso la banca quale soggetto abilitato alla prestazione del servizio di investimento, azioni fondate sull'inadempimento contrattuale (risoluzione, responsabilità dei conseguenti danni) o sulla dedotta violazione di norme di legge e regolamentari inerenti a tale specifica attività resa dalla banca ex art. 21 Tuf (quanto alle azioni di nullità e annullamento). Le azioni di nullità o di responsabilità proposte contro la banca si fondano, infatti, sul contratto di negoziazione di strumenti finanziari in essere tra la banca e la cliente e sulla condotta tenuta dalla banca nello svolgimento di questa sua tipica attività, la banca è chiamata a rispondere per comportamenti suoi propri e non in relazione ai diritti di credito fondati sugli strumenti finanziari, titoli obbligazionari, che hanno costituito oggetto del negozio di investimento. Né l'adesione all'OPS da parte della cliente potrebbe mai pregiudicare azioni di rivalsa della banca verso la Repubblica Argentina perché rispetto alle azioni di responsabilità contrattuale od extracontrattuale proposte verso la banca, dove questa è chiamata a rispondere di comportamenti suoi propri, nessuna azione di rivalsa potrebbe ipotizzarsi da parte della banca nei confronti della Repubblica Argentina. In ipotesi di accoglimento delle domande proposte con condanna alle restituzioni la banca farebbe salvo il diritto al pagamento del corrispettivo del titolo, che riceverebbe dalla cliente, nei termini dell'OPS.

3. Sulla domanda principale di nullità delle operazioni di investimento.

La domanda principale proposta in citazione è di nullità dei due negozi di investimento perché effettuati dalla banca in assenza di alcun ordine della cliente. Non vi sono dubbi per il Collegio sulla contenuto della domanda e sulle ragioni addotte a fondamento atteso che in citazione è stato esposto in modo assolutamente chiaro che la cliente non ha mai dato alla banca gli ordini di acquisto delle obbligazioni Argentina regolate sul suo conto corrente e sul suo conto deposito titoli; questo fatto è stato dalla difesa espressamente allegato a sostegno della nullità; si legge infatti in citazione: *"In occasione della stipula del contratto quadro, la Banca trascurava di annotare ogni informazione in merito al profilo di rischio dell'attrice...Ciononostante, visti i rapporti di fiducia intercorrenti con l'agenzia di riferimento, la Banca si attivava autonomamente per comperare e vedere in assenza di qualsivoglia ordine della sig.ra Travaini. Inoltre, gli strumenti finanziari scelti dalla Banca in tale frangente rivestivano un profilo speculativo non desumibile dal tasso di interesse applicato...In particolare con l'operazione eseguita il 13 gennaio 1997, la Banca acquistava obbligazioni argentine codice 65091600DEM*

con rendimento 8,5% su base annua e scadenza 2005 per il controvalore di lire 137.495.735 inserendoli nel portafoglio della sig.ra Travaini senza alcuna richiesta della stessa. In seguito la Banca procedeva ad un secondo acquisto di c.d. tango Bond (codice 32356 argent. 8,5% con scadenza 2010) in data 12 giugno 1998 per un controvalore di euro 132.935,89 sempre senza alcuna richiesta della esponente".

La mancanza dell'ordine da parte della cliente è stata allegata anche come circostanza rilevante circa la validità delle operazioni per difetto di forma scritta ad substantiam ai sensi dell'art. 23 Tuf; dunque la difesa ha dedotto la mancanza dell'ordine sia come inesistenza della volontà della cliente di acquistare le obbligazioni argentina, sia come difetto di forma prevista a sanzione di nullità.

IL CASO.it

La difesa della banca ha contestato in fatto e in diritto la prospettazione attorea rilevando che gli ordini c'erano stati ed erano stati conferiti per telefono, che tale forma era valida per gli ordini, stante la previsione nel contratto quadro di negoziazione stipulato dalla cliente in data 9.5.1994 (doc.1 attrice) all'art.1 che: "Gli ordini sono conferiti di norma per iscritto. Qualora gli ordini vengano impartiti telefonicamente, ne fa piena prova la relativa annotazione sui registri dell'Azienda di credito". La banca ha ammesso di non essere più in possesso dei registri contenenti le annotazioni delle due operazioni contestate in considerazione del tempo trascorso dai negozi (anni 1997 e 1998) e la prima contestazione formulata dalla cliente nell'anno 2005 (doc.2 banca). Ha rilevato che la normativa all'epoca in vigore le imponeva la conservazione delle annotazioni e dei registri per cinque anni (art. 54 reg. Consob 5387/1991).

Inoltre la convenuta ha sostenuto che l'attrice aveva con la sua lettera del 23.3.2005 ammesso di aver acquistato le obbligazioni Argentina.

Rileva il collegio che è fondata la domanda nella parte in cui l'attrice ha dedotto di non aver mai dato gli ordini di investimento posti in essere dalla Banca; poiché è pacifico che le due operazioni sono state poste in essere e regolate sui rapporti della cliente, è onere della banca dimostrare di aver agito in presenza dell'ordine impartito dalla cliente, tale prova non è stata fornita in giudizio. Va detto che la forma scritta o orale, trasmessa telefonicamente degli ordini, concordata dalle parti all'art.1 delle condizioni generali del contratto quadro di investimento (doc.1 attrice), va qualificata come forma scritta ad probationem e non ad substantiam. Sul punto si richiama, in applicazione dell'art. 16 comma 5 D.Lgs 5/2003, il precedente di questo tribunale (sentenza n.6093/2005 Trib. Milano): "Nello svolgimento del rapporto relativo alla prestazione dei servizi di investimento occorre distinguere il contratto per il servizio di investimento prestato dalla banca (servizio di negoziazione), formalizzato mediante un contratto quadro in forma scritta, e il singolo negozio speculativo (di compravendita dei titoli) concluso nell'ambito ed in esecuzione del rapporto che trova fonte nel contratto quadro. Ritiene il tribunale che l'art. 23 TUF, che prevede la forma scritta ad substantiam dei contratti a sanzione di nullità, al cui rilievo è legittimato il solo cliente, vada riferito esclusivamente al contratto quadro, cioè quello regolato dall'art. 30 del Reg. Consob 11522/98, e non alle singole attività di intermediazione (i singoli ordini di acquisto e vendita sia nell'ipotesi in cui la banca svolga un servizio per conto proprio <in contropartita diretta> sia



nell'ipotesi in cui svolga il servizio di negoziazione per conto terzi). L'art. 23 TUF richiama i "contratti relativi ai servizi previsti dal presente decreto" con ciò riferendo l'obbligo formale solo al contratto con cui la banca si impegna a prestare per il cliente le attività di negoziazione per conto proprio, per conto terzi, di negoziazione di strumenti finanziari, di ricezione e trasmissione di ordini, di mediazione etc. (come indicato all'art. 1 comma 3 sulle "Definizioni"). Conferma di tale interpretazione può individuarsi nell'art. 30 del Reg. Consob 8850/94 che esplicitamente si riferisce al contratto base dei servizi di intermediazione fondante il rapporto e nell'art. 32 che regola l'attività di negoziazione. A ciò può aggiungersi che il medesimo regolamento CONSOB n.11522/98, individua il contenuto minimo del contratto prescrivendo, tra l'altro, che con esso il cliente preveda le modalità attraverso cui può impartire gli ordini e le istruzioni, disposizione che in tanto ha senso in quanto la forma scritta per i singoli negozi che si inseriscono nell'ambito del contratto quadro non è dalla legge prevista ad substantiam essendo rimessa all'autonomia delle parti l'individuazione della forma da adottare."

In tale contesto si colloca anche la disposizione contrattuale (contratto doc. 3 fasc. banca) sopra richiamata con cui le parti hanno stabilito ex art. 1352 c.c. che "gli ordini sono conferiti di norma per iscritto. Qualora gli ordini vengono impartiti telefonicamente ne fa piena prova la relativa annotazione sui registri dell'Azienda di credito."⁴ la clausola contrattuale, poiché la forma scritta dei singoli ordini è prevista come forma alternativa a quella orale, deve ritenersi che non sia stata voluta dalle parti per la validità degli ordini ma ad probationem. Pertanto i requisiti di forma e di contenuto (informazioni da assumere per iscritto sulla esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, sulla propensione al rischio, sugli obiettivi degli investimenti, informazioni da dare al cliente sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari) previsti per il contratto quadro non possono essere automaticamente estesi a pena di nullità anche ai singoli ordini impartiti dal cliente per l'investimento in strumenti finanziari.

Posto dunque che la forma degli ordini stabilita dall'art 1 delle condizioni generali di contratto e dal Reg. Consob (art. 29) è prescritta e pattuita *ad probationem*, la volontà contrattuale non può essere dimostrata, salva l'applicazione eccezionale dell'art. 2724 c.c. che, nel caso in esame, non rileva perché la banca non ha dedotto prove orali, né con testimoni, né con presunzioni ex art. 2725 e 2729 co 2 c.c. In particolare si osserva che non può ritenersi integrante la fattispecie di cui all'art. 2724 c.c. il fatto che la banca abbia distrutto i suoi registri, su cui avrebbe dovuto annotare le operazioni, necessari, ai sensi dell'art.1 del contratto quadro, per dare prova degli ordini; la banca ha sostenuto di non essere tenuta in applicazione dell'art. 54 Reg. Consob 5387/1991 alla conservazione oltre il termine di cinque anni decorso dagli ordini per cui è causa.

Si ritiene che la citata disposizione regolamentare stabilisce il termine minimo di conservazione al fine dell'attività ispettiva e di controllo Consob, ma non autorizza la distruzione della documentazione (registrazione) che è forma *ad probationem* dell'ordine in forza della pattuizione contenuta nel contratto quadro, quando l'operazione non si è esaurita perché è ancora in essere il rapporto di mandato per la negoziazione in strumenti finanziari e il cliente non ha ancora disinvestito il titolo cui la registrazione si



...riferisce. Non è, invece, condivisibile l'applicazione, invocata dalla difesa dell'attrice nella discussione orale in udienza, dell'art.119 Tub alla documentazione relativa alle operazioni di investimento in strumenti finanziari in quanto testualmente l'art. 23 comma 4 tuf, nel testo in vigore all'epoca delle operazioni per cui è causa, esclude l'applicazione del Titolo VI° Capo I del Tub al servizio di investimento.

La banca ha dedotto che l'attrice avrebbe confessato, nella sua raccomandata 23.3.2005, di aver acquistato le obbligazioni argentina per cui è causa con ciò assorbendo ogni questione sulla prova degli ordini e sulla regolarità della loro forma di manifestazione e trasmissione. Il Tribunale ritiene che non si possa attribuire alla dichiarazione scritta della parte qui in esame (doc. 3 banca) il contenuto della confessione dell'acquisto delle obbligazioni nel senso dell'ammissione da parte della cliente di aver impartito gli ordini e quindi di aver voluto le operazioni. La lettera in questione è stata inviata il 17.3.2005 dalla sig.ra Travaini alla banca (che l'ha ricevuta il 23.3.2005) per avere informazioni sulle due operazioni di investimento in obbligazioni Argentina, chiedere la documentazione relativa ai due acquisti e contestarne la validità in relazione all'omessa informazione ai sensi dell'art. 21 Tuf e 28 Reg. Consob 11522/98. Vero è che nella lettera la cliente ha esordito scrivendo: "*In data 13/01/1997 ho acquistato tramite la Loro Spettabile Banca obbligazioni argentine...inoltre durante l'anno 1998 ho acquistato sempre tramite la Loro Spettabile Banca obbligazioni argentine...*", ma, considerando il contenuto complessivo della tale comunicazione scritta e, in particolare, il fatto che con essa la cliente ha richiesto alla banca "*tutta la documentazione relativa all'acquisto delle obbligazioni sopra specificate, ed in particolare: a) il contratto di acquisto (ovvero la registrazione telefonica dell'ordine)*", ritiene il collegio che non si possa attribuire con certezza alla dichiarazione iniziale della sig.ra Travaini ("*Ho acquistato tramite la Loro Spettabile Banca*") il significato di affermazione del compimento delle due operazioni come investimenti che ella ha voluto porre in essere, piuttosto che affermazione, quale conseguenza dell'esistenza sul suo conto deposito titoli delle obbligazioni argentina e della regolamentazione sul suo rapporto contrattuale degli acquisti, del fatto, obiettivo, che gli acquisti erano stati posti in essere.

Né può ritenersi, come sostenuto dalla banca, che la circostanza, allegata in comparsa di costituzione e risposta, che gli ordini vi furono e furono impartiti per telefono, sia pacifica in applicazione dell'art. 10 comma 2 bis d.lgs 5/2003 per effetto della notificazione a cura della difesa dell'attrice dell'istanza ex art. 8 subito dopo la comparsa di costituzione e risposta e ciò in quanto è il fatto allegato dalla banca (gli ordini furono telefonici) che costituisce contestazione delle circostanza dedotte dall'attrice a fondamento della sua domanda (non ho mai impartito quegli ordini), fatto che la banca aveva l'onere, rimasto non adempiuto, di dimostrare. Dunque sul punto l'attrice non aveva la necessità di contestare espressamente l'allegazione della banca contenuta in comparsa di costituzione perché quanto dedotto dalla banca trovava già radicale contestazione nel fondamento della domanda svolta in citazione.

Per tali considerazioni, poiché manca la prova che la cliente abbia impartito alla banca gli ordini di acquisto delle obbligazioni argentine per cui è causa, va dichiarata la nullità per mancanza della volontà (art. 1325 1418 c.c.) dell'ordine 13 gennaio 1997 e 12 giugno 1998.

IL CASO.it

Conseguono alla nullità gli effetti restitutori anche in considerazione della domanda della banca che ha chiesto che si tenga conto anche del valore delle cedole medio tempore incassate dalla cliente.

La restituzione dei titoli ha ad oggetto il tantumdem ovvero i titoli scambiati dall'attrice in seguito all'accettazione dell'OPS e, quindi, come risulta dal doc.5 della banca, quantità di 72.417 Argentina ISI/K50205545840 e quantità 214.887 di ARGENTINA ISI/K50209139244.

L'attrice ha diritto alla restituzione delle somme sborsate per i due acquisti di complessivi euro 203.946,51; dall'importo che la banca deve restituire vanno dedotte le cedole rimosse. In atto di citazione l'attrice ha affermato di aver percepito cedole per euro 33.000,00 e poiché questa somma non è stata espressamente contestata dalla banca in comparsa di costituzione e risposta la difesa dell'attrice sostiene che dovrebbe ritenersi come pacifica ex art. 10 comma 2 bis D.Lgs 5/2003 sebbene la banca in conclusionale abbia precisato che le cedole incassate sono state di importo complessivo di euro 49.211,96. Ritiene il Collegio che effettivamente la banca in comparsa di costituzione non ^{ha} espressamente contestato l'entità delle cedole rimosse quantificata in citazione e che, sebbene l'importo dichiarato in citazione non sia documentato e risulti incongruo rispetto alla quantità di titoli detenuti (200.000,00 all'8% (tv) e 140.000,00 all'8,5% annuo come da doc 2 banca) esso vada ritenuto come pacifico ^{ex} art. 10 comma 2 bis D.Lgs 5/2003 che in considerazione del fatto che banca, che ha effettuato il calcolo degli interessi in conclusionale, a pagina 18, non ha allegato documenti a dimostrazione della loro esattezza, sulla quale deve dubitarsi atteso che risulta che ha calcolato il tasso dell'8% sulla quantità di 260.000 e non di 200.000 detenuta invece dalla cliente.

Dunque la banca è condannata a restituire la somma di euro 170.946,51 oltre interessi al tasso legale dal giorno della notificazione della domanda introduttiva del giudizio (20 marzo 2006) al saldo effettivo ex art. 2033 c.c. non avendo l'attrice neanche allegato la mala fede della banca.

L'attrice è condannata a restituire alla banca la quantità di 72.417 Argentina ISI/K50205545840 e la quantità 214.887 di ARGENTINA ISI/K50209139244.

La domanda di risarcimento del danno da lucro cessante è stata formulata in citazione in via subordinata alla domanda principale di nullità accolta, l'accoglimento della domanda principale assorbe, pertanto, ogni ulteriore azione proposta in via subordinata, così come assorbe le eccezioni preliminari di prescrizione della responsabilità extracontrattuale sollevata dalla banca.

Le spese secondo il principio della soccombenza sono poste a carico della banca e si liquidano in € 388,00 per spese esenti, in € 1.006,00 per diritti, € 5.500,00 per onorari oltre al rimborso delle spese generali ex TPF, ed accessori di legge (Cpa e iva se dovuta).

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano in composizione collegiale sulle domande proposte da ██████████ contro Banca ██████████ così definitivamente provvede ogni altra istanza ed eccezione disattesa:

Accoglie la domanda principale e dichiara la nullità degli ordini 13 gennaio 1997 di acquisto di obbligazioni Argentina codice 65091600DEM e dell'ordine 12 giugno 1998 di acquisto di obbligazioni Argentina codice 32356 e per l'effetto condanna la banca a restituire all'attrice la somma di euro 170.946,51 oltre interessi al tasso legale dal 20 marzo 2006 al saldo effettivo e accogliendo sul punto la domanda della banca condanna l'attrice alla restituzione alla banca della quantità di n.72.417 Argentina ISI/K50205545840 e della quantità di n. 214.887 di ARGENTINA ISI/K50209139244.

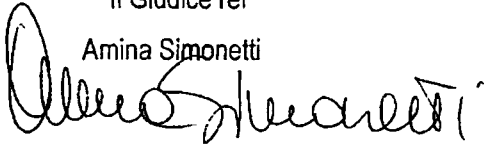
Rigetta ogni altra domanda subordinata.

Condanna la banca convenuta alla rifusione in favore dell'attrice delle spese processuali liquidate in motivazione.

Milano 4 aprile 2007

Il Giudice rel

Amina Simonetti



Q

Il Presidente

dott.ssa Alda Maria Vanoni

