



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Verona

Sezione III Civile

Il Tribunale, in persona del Giudice Unico Massimo Vaccari
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al N. 12203/2013 R.G. promossa da:

C A (C.F.) rappresentato/a e
difeso/a dall'avv. BALESTRERI CONSUELO, presso il cui studio sito in Verona,
via della Valverde 32 è elettivamente domiciliata ;

ATTRICE

contro

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A., (C.F. 00884060526)
rappresentata e difesa dagli avv.ti FERRARINI GUIDO e CISANI ROBERTO
MARIA (CSNRRT63S05D969Z) del foro di Genova, ed elettivamente domiciliata
in Verona, Stradone Maffei 8, presso lo studio dell'avv. GIOVANNI AVESANI;

CONVENUTA

ZZZ FL AG rappresentata e difesa dagli avv.ti ALBERTO
M.FORNARI e GAETANO IOERIO FIORELLI del foro di Milano ed EMILIO
PINALI del foro di Verona ed elettivamente domiciliata presso lo studio di
quest'ultimo sito in Bussolengo, via Roma 48;

CONCLUSIONI

PARTE ATTRICE

Come da verbale di udienza del 5 maggio 2016



PARTE CONVENUTA MONTE DEI PASCHI

Come da comparsa di costituzione e risposta

PARTE CONVENUTA ZZZ

Come da verbale di udienza del 5 maggio 2016

MOTIVI DELLA DECISIONE

A C ha convenuto in giudizio avanti a questo Tribunale Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. e ZZZ Ag per far dichiarare la nullità della polizza vita denominata “Axa Innovation Sim” che aveva sottoscritto presso la propria abitazione il 21 febbraio 2007 su proposta di un promotore finanziario di Monte dei Paschi e che era stata emessa dalla seconda delle predette società.

In via alternativa o subordinata l’attrice ha avanzato domanda di condanna delle convenute al pagamento in proprio favore della somma di euro 34.744,72, pari alla differenza tra la somma che aveva versato in esecuzione del predetto contratto e quella ottenuta a seguito di riscatto della polizza oltre interessi e rivalutazione monetaria oltre al risarcimento del danno da mancato guadagno.

Sia Monte dei Paschi che ZZZ si sono costituite in giudizio e hanno resistito alle domande avversarie con diffuse argomentazioni sia in punto di fatto che in punto di diritto.

A migliore illustrazione delle proprie ragioni l’attrice, dopo aver descritto dettagliatamente le circostanze in cui aveva sottoscritto il contratto, ha assunto che solo dopo che con lettera del 9 gennaio 2009 ZZZ le aveva comunicato il default della società Madoff, nella quale avevano investito prevalentemente i fondi ai quale era collegata la polizza, le erano stati consegnati, dietro sue pressanti richieste, il fascicolo informativo, contenente la scheda sintetica, la nota informativa, le condizioni contrattuali e il glossario

Sul presupposto che la polizza in questione avesse natura di prodotto finanziario, e ricadesse quindi nell’ambito di applicazione del T.U.F e del regolamento Consob 11522/98, l’attrice ne ha prospettato la nullità sotto i seguenti profili:

- Per violazione dell’art. 30 T.U.F. perché in essa non era stata prevista la facoltà di recesso;



- Per essere stata omessa la redazione del contratto quadro;
- Per violazione dell'art. 100 bis .t.u.f

La C [redacted] ha anche lamentato che l'intermediario era venuto meno agli obblighi derivanti a suo carico dagli artt. 21 e 23 del d. lgs. 58/1998 e dagli artt. 26-29 regolamento Consob n.11522/1998.

In particolare, a detta dell'attrice, aveva violato quello informativo e quello di adeguatezza. atteso che non l'aveva informata del fatto che la somma che aveva versato in esecuzione del contratto sarebbe stata investita nell'acquisto di quote di fondi comuni di investimento ad elevato rischio per la notevole componente azionaria e non aveva valutato l'adeguatezza dell'investimento sotto nessuno dei profili rilevanti e tantomeno rispetto alle proprie esigenze e capacità economiche.

Sia Monte dei Paschi che ZZZ si sono costituiti in giudizio.

La prima, in via preliminare di rito, ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva rispetto alla domanda di nullità e di condanna alla restituzione di quanto versato dalla attrice, sulla base dell'assunto che la porzione di premio oggetto di essa era stata incassata dall'altra convenuta e in via preliminare di merito ha eccepito l'estinzione per prescrizione del diritto al risarcimento del danno di controparte.

Entrambe le convenute hanno assunto l'infondatezza nel merito della pretesa di controparte con diffuse argomentazioni sia in punto di fatto che in punto di diritto.

1.La normativa applicabile alla polizza per cui è causa

Occorre innanzitutto affrontare la problematica di ordine generale della individuazione della disciplina applicabile alla polizza sottoscritta dalla attrice pacificamente appartenente alla tipologia di quelle denominate unit linked.

Le convenute infatti hanno sostenuto che il presupposti giuridici della prospettazione attorea siano errati poiché occorrerebbe aver riguardo alla disciplina del codice delle assicurazioni private e, per quanto riguarda la normativa secondaria, alla circolare Isvap del 1 marzo 2005.

Tale assunto va però decisamente disatteso poiché il contratto in esame è stato concluso dopo l'entrata in vigore di alcune disposizioni normative che hanno



riconosciuto espressamente ai prodotti come quello in esame la natura di prodotto finanziario.

Ci si riferisce in particolare all'inserimento nel D.Lgs. 58/1998, ad opera dell'art. 11 comma 3° L.262/2005, dell'art. 25 bis, che al suo primo comma ha esteso l'applicazione degli artt. 21 e 23 "alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da banche nonché, in quanto compatibili, da imprese di assicurazione" nonché ulteriori disposizioni riguardanti tali fattispecie (art. 30 ultimo comma e 100 e 100 bis).

Successivamente l'art. 3 del d.lgs. 303/2006 ha introdotto all'art. 1 comma 1, del t.u.f. una lett. w-bis che contiene la nozione di "prodotto finanziario emesso da imprese di assicurazione" (si intendono per *"prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione: le polizze e le operazioni di cui ai rami vita III e V di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, con esclusione delle forme pensionistiche individuali di cui all'articolo 13, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252"*).

Orbene, non vi è dubbio, e nemmeno è stato contestato, che a questa categoria appartengano le polizze unit linked,

Infatti, sebbene esse assumano la veste formale di un contratto di assicurazione sulla vita e presentino anche alcuni elementi propri di tale tipo contrattuale, in quanto prevedono il pagamento di un premio da parte del contraente e la corresponsione da parte della assicurazione di un capitale o di una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana o ad una determinata scadenza, hanno una indubbia componente finanziaria, poiché la prestazione prevista a carico dell'assicurazione è direttamente collegata "al valore di attivi contenuti in un fondo interno oppure al valore delle quote di OICR (cfr. art. 30, comma 1, decreto legislativo n. 174 del 17 marzo 1995).

Più in particolare, come si può evincere anche dalla contrattualistica rilevante nel caso di specie che è stata dimessa da parte convenuta, il premio che viene corrisposto dal sottoscrittore, detratte le commissioni di negoziazione, viene investito in quote di fondi comuni di investimento anche di tipologia diversa, cosicché è il loro controvalore, fatta salva l'applicazione di clausole di



moltiplicazione, che viene riconosciuto in caso di morte del sottoscrittore o di riscatto anticipato.

E' evidente, allora, che, attraverso tale meccanismo operativo il sottoscrittore della polizza acquista, tramite la compagnia di assicurazione, le quote dei suddetti fondi comuni e proprio per questo solitamente sono poste a suo carico delle commissioni di gestione annuale che vengono scomutate dal valore delle quote dei fondi (in tal senso cfr. quanto previsto in proposito alle pag. 27 e 28 delle condizioni generali di polizza presenti in atti).

L'obbligo di pagamento di tali somme presuppone infatti che la titolarità delle quote sia in capo all'investitore.

E' altrettanto indubbio poi che l'entità del capitale, o della rendita, dipende dalla maggiore o minore redditività dell'investimento e ben può accadere pertanto, come nel caso di specie, che l'uno o l'altra siano inferiori, anche di molto, al premio versato ed investito (la circostanza della perdita indicata dall'attrice non è mai stata posta in discussione dalle convenute).

E' proprio questo il profilo che vale maggiormente a differenziare questa tipologia di rapporti dalla l'assicurazione sulla vita come era stata intesa dal legislatore del 1942. Questa infatti si caratterizzava per il fatto che il quantum della prestazione dell'assicuratore era predefinito in contratto; al contrario nelle polizze unit linked manca qualsiasi forma di garanzia da parte della compagnia ed il quantum delle prestazioni è determinato solo a posteriori sulla base dei risultati degli investimenti dei premi: in questo senso, per l'appunto, la prestazione è "linked".

Da ciò consegue che il sinallagma contrattuale può risultare sbilanciato a favore dell'assicuratore e dell'intermediario, potendo essi trarre comunque un vantaggio sicuro dal rapporto, consistente nelle provvigioni percepite (si tratta delle commissioni di negoziazione, nel caso di specie, come dette, definite, "spese di emissione del contratto" o di gestione dei fondi).

Da tempo la dottrina ha anche sottolineato che queste operazioni, nelle quali l'intero rischio dell'investimento dei capitali formati con i premi è a carico dell'assicurato, possono anche non assolvere di fatto a quella che è funzione propria delle polizze sulle vita, ossia quella di soddisfare i "bisogni dell'età postlaborativa" e sono "sul piano finanziario più simili ad un vero e proprio fondo



comune di investimento che non ad una assicurazione sulla vita”, rispetto alla quale hanno in comune, anche se non sempre, il fatto che la compagnia assicuratrice è assoggettata al rischio demografico.

A fronte di siffatte caratteristiche in tali contratti può, tutt'al più, intravedersi una causa mista con prevalenza di quella finanziaria e la veste della polizza sulla vita in essi serve solo per individuare il momento in cui l'assicuratore dovrà effettuare la prestazione alla quale è obbligato.

Proprio alla luce di tali considerazioni questo Tribunale in altra pronuncia, che è stata citata opportunamente dalla difesa dell'attrice e che nel frattempo confermata in appello (sentenza App. Venezia 6 aprile 2016 n.783), aveva affermato che anche prima delle succitate modifiche legislative le polizze unit linked ben potevano essere ricondotte alla nozione di strumento finanziario di cui all'art. 1 comma 2 lett. e) (*“qualsiasi altro titolo normalmente negoziato che permetta di acquisire gli strumenti indicati nelle precedenti lettere e nei relativi indici”*), atteso che tra gli strumenti indicati alla lett c) di tale norma, vi sono le quote di fondi comuni di investimento, o a quella di cui all'art. 1 comma 2 lett. h che menziona tra gli altri *“i contratti a termine collegati a strumenti finanziari”*.

Si noti come negli stessi termini si siano espresse in seguito dapprima la Suprema Corte (Cass. sez. III, 18 aprile 2012, n. 6061) e recentemente la Corte di Appello di Milano (sentenza n. 1800 dell'11 maggio 2016) e quella di Bologna (sentenza n. 1396 del 28 luglio 2016) oltre che vari giudici di merito.

Pertanto le modifiche normative di cui si è detto non hanno fatto altro che esplicitare più chiaramente quanto poteva evincersi in via interpretativa dal sistema ed in particolare il concetto di prodotto finanziario emesso da imprese di assicurazione.

Non osta poi in nessun modo a tale conclusione la nota pronuncia della Corte di Giustizia Ue 1 marzo 2012, nella causa 166-11, da alcuni invocata al riguardo, che, avendo ritenuto corretta la qualificazione come contratto di assicurazione di quello, concluso fuori dei locali commerciali, che offra un'assicurazione sulla vita in cambio del versamento mensile di un premio destinato a essere investito, in proporzioni diverse, in titoli a reddito fisso, in titoli a reddito variabile e in prodotti di investimento finanziario della società controparte contraente, ha escluso che esso



rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali che escludeva dal proprio ambito di applicazione i contratti assicurativi.

L'organo comunitario infatti in quella occasione non ha esaminato la diversa questione, qui rilevante, se il contratto in esame abbia natura di contratto finanziario (in termini analoghi anche App. Venezia cit.).

Pertanto se si ha riguardo alla disciplina comunitaria ci si avvede come in essa i contratti assicurativi siano equiparati a quelli finanziari. Infatti la direttiva 2011/83 Ue, recepita in Italia con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, che ha sostituito la predetta al suo art. 3, comma 3, lett. d), esclude dal proprio ambito di applicazione i "servizi finanziari", definiti dal precedente art. 2, n. 12), come "qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento"

In ogni caso, anche a voler seguire la tesi delle convenute, secondo cui la fonte degli obblighi di forma e di condotta invocati dalla attrice andrebbe rinvenuta nelle nuove norme da loro richiamate, contrariamente a quanto da loro sostenuto, esse sono applicabili al caso di specie.

Va infatti disatteso il loro assunto secondo cui l'art. 25 bis, primo comma succitato è entrato in vigore il primo luglio 2007, data in cui è entrata in vigore la delibera Consob n. 15961 del 30 maggio 2007 contenente le disposizioni di attuazione delle modifiche normative succitate alla cui emanazione l'art. 34 quater del d. l. 10 gennaio 2006 n. 4 aveva subordinato l'applicazione degli artt. 8, lettere b e comma 3, limitatamente, in quest'ultimo caso, ai prodotti assicurativi della legge 28 dicembre 2005 n. 262.

Quest'ultima previsione si riferiva chiaramente alle norme che necessitassero di disposizioni di attuazione ma tra esse non rientra il primo comma dell'art. 25 bis del t.u.f. che aveva esteso alla stipulazione dei prodotti con causa mista assicurativa-finanziaria obblighi che potevano essere adempiuti immediatamente dagli intermediari.

Del resto la delibera Consob sopra citata, come è possibile evincere dalle sue premesse, è stata adottata in attuazione dei doveri di vigilanza su soggetti abilitati e imprese di assicurazione e di quello, conseguente, di specifica



regolamentazione della loro attività che il comma 2 dell'art. 25 bis succitato attribuisce alla Consob.

La conferma di tale interpretazione si rinviene nella relazione illustrativa delle modifiche al regolamento 11522/1998 della stessa Consob.

Nella parte dedicata alle considerazioni di ordine generale di tale documento si legge infatti che: "le proposte di modifica al predetto regolamento trovano la propria "fonte" nell'art. 25 bis del d. lgs. 58/1998 che ha attribuito alla Consob la potestà di vigilanza, anche regolamentare, in relazione alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione e "el perseguimento delle finalità di cui all'art. 5, comma, 3 del TuF.

Sulla base della predetta ricostruzione può pertanto affermarsi che l'art. 25 bis, primo comma, t.u.f nella sua portata precettiva generale, che consente comunque di valutare il comportamento delle convenute, è entrato in vigore il 17 maggio 2006, secondo quanto stabilito dall'art. 34 quater del d. l. 10 gennaio 2006 n. 4 e quindi ben prima della conclusione del contratto per cui è causa.

2. L'infondatezza dei rilievi di nullità del contratto

Venendo ad esaminare le doglianze attoree, è senz'altro fondata l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata da Monte dei Paschi in relazione alla domanda di condanna conseguente a quella di accertamento della nullità del contratto avanzata dall'attrice atteso che pacificamente i premi da esse versati sono andati a beneficio di ZZZ.

Peraltro la succitata domanda di accertamento è infondata con riguardo a tutti i profili dedotti a sostegno di essa, con la conseguenza che, poiché solo quelli erano stati addebitati a ZZZ, le domande nei confronti di quest'ultima vanno rigettate.

Per quanto attiene alla lamentata mancanza della stipulazione del contratto quadro merita di essere condiviso l'orientamento espresso da altro tribunale secondo cui la prescrizione dell'articolo 23 t.u.f., per quanto riguarda i contratti che, pur avendo ad oggetto prodotti finanziari in senso lato, non si sostanziano in servizi di investimento risulta osservata già solo con il rispetto della forma scritta.



Nel caso di specie tale requisito è stato osservato atteso che l'attrice ha sottoscritto la proposta di assicurazione che ha prodotto sub 1 ed essa venne poi accettata da ZZZ con comunicazione del 13 marzo 2007 a firma dei suoi legali rappresentanti (doc. 6 di parte ZZZ).

A tale conclusione consegue quella ulteriore che, poiché è al sopra citato tipo di contratto che fa riferimento, per indicarne il contenuto, l'articolo 30 del regolamento Consob nemmeno quest'ultima previsione è applicabile alle polizze unit linked, con la conseguenza che va disatteso anche il rilievo attoreo circa la mancanza in esso dell'avvertimento sulla facoltà di recesso

A ben vedere peraltro tale previsione è stata osservata atteso che le polizze di questo tipo prevedono una facoltà di riscatto nel corso del rapporto che altro non è per l'appunto che un recesso e ne disciplinano nel dettaglio le conseguenze e tale disciplina è contenuta anche nelle condizioni generali della polizza per cui è causa. a contratto prodotto sub dalle convenute.

A ciò aggiungasi che, come evidenziato dalla difesa delle convenute, nelle condizioni generali di polizza (art. 14) era prevista la facoltà dell'investitore di revocare la proposta di assicurazione.

Quanto infine alla deduzione attorea relativa all'inosservanza del disposto dell'articolo 100 bis t.u.f. deve osservarsi che, poiché le condizioni generali di contratto contenevano varie informazioni sulle caratteristiche della polizza e sugli oneri economici conseguenti esse avevano di fatto una funzione praticamente identica a quella che, rispetto ad altri prodotti finanziari, assolve il prospetto informativo.

In tale prospettiva allora la doglianza attorea va più propriamente ricondotta a quella relativa all'inadempimento degli obblighi informativi che si esaminerà di qui a breve.

A nulla poi rileva a favore dell'assunto attoreo la condotta tenuta dalla ZZZ nella fase di mediazione e di cui si dirà nella parte dedicata alla regolamentazione delle spese.



3. Le doglianze dell'attrice circa il comportamento di Axa Sim (ora Monte dei Paschi)

E' opportuno innanzitutto chiarire che gli obblighi comportamentali che, secondo l'attrice, sono stati violati nel caso di specie ai suoi danni gravavano su Axa Sim Spa, dal momento che essa aveva svolto, per sua stessa ammissione, un ruolo di intermediario nella conclusione del contratto per cui è causa.

Sotto il profilo tecnico l'attività che la convenuta ha svolto nel caso di specie può essere qualificata come di negoziazione per conto di terzi ed essa, come è noto, costituisce una delle tipologie di servizi di investimento previste dall'art. 1 comma 5, del d. lgs. 58/1998.

Ciò premesso, va escluso che la convenuta abbia violato l'obbligo di fornire alla C. informazioni esaustive sulle caratteristiche del prodotto acquistato ai sensi dell'art. 21 T.U.F.

Leggendo la contrattualistica dimessa dalla convenuta si può riscontrare che essa contiene i seguenti avvertimenti:

- che il contratto comportava rischi finanziari per il contraente senza offrire alcuna garanzia di capitale o di rendimento minimo, che avrebbe potuto essere anche inferiore ai premi versati (scheda sintetica e condizioni generali) ;
- che la copertura assicurativa veniva proposto unicamente in un investimento finanziario in un portafoglio di fondi e che, considerata la variabilità del valore della quota (nota informativa);
- che i criteri di calcolo del valore delle quote e le date disinvestimento, anche per il caso di riscatto, erano quelli indicati nella tabella riepilogativa nei fondi allegati alla nota informativa;
- che il contratto presentava profili di rischio finanziario e orizzonti minimi consigliati di investimento diversi in funzione di fondi contenuti nel portafoglio prescelto dal contraente (scheda sintetica);

che la volatilità indicava la rischiosità di mercato di un investimento e, quanto più uno strumento finanziario e volatile, tanto maggiore aspettativa di guadagni elevati ma anche il rischio di perdite (condizioni generali di contratto).



Le condizioni generali di contratto contengono poi una completa e minuziosa disciplina, ed in particolare i presupposti di cui avrebbe potuto essere esercitato il riscatto e la determinazione dei costi gravanti sul fondo soprattutto i rischi connessi all'investimento.

L'attrice ha sostenuto che tali documenti non le erano stati consegnati al momento della sottoscrizione della proposta di polizza ma a distanza di tempo e solo a seguito di sua specifica richiesta.

Tale allegazione confligge però con le risultanze documentali: nel testo della proposta di polizza è contenuta una dichiarazione sottoscritta dalla C [redacted], e recante la stessa data di sottoscrizione della polizza, con la quale ella dichiarò di aver ricevuto l'intera completa documentazione riguardante il contratto, ed in particolare il fascicolo informativo contenente la scheda sintetica, nota informativa, le condizioni contrattuali.

Orbene, poiché l'attrice non ha disconosciuto la sottoscrizione in calce alla suddetta dichiarazione e non ha contestato che i documenti prodotti dalle convenute esistevano già al momento della sottoscrizione della proposta di polizza deve ritenersi dimostrato che si tratti degli stessi che sono menzionati nella dichiarazione autografa.

In proposito non può poi sottacersi che l'attrice, al fine di evidenziare l'inadeguatezza del contratto, nei suoi atti difensivi ha richiamato alcune parti sia delle condizioni generali di polizza che della nota informativa (cfr. pagg. 6 e 7 dell'atto di citazione) che coincidono esattamente con quelle contenute nei documenti prodotti dalla convenuta con ciò dimostrando di non aver dubbi in ordine alla corrispondenza di questi con quelli menzionati nella polizza.

Ciò chiarito, giova rilevare che le informazioni contenute nei succitati documenti sono indubbiamente dettagliate e nei loro elementi essenziali risultano comprensibili anche ad un soggetto di media cultura ed esperienza negli investimenti finanziari quale ha dichiarato di essere la C [redacted]

Vanno parimenti disattesi, in quanto generici, gli ulteriori rilievi attorei circa la situazione di conflitto di interessi in cui avrebbe operato Axa Sim e la violazione dell'art. 26, comma 1, lett. e) reg. Consob 11522/1998.



L'attrice infatti non ha precisato in che cosa sarebbe consistita la prima nè quali erano le informazioni in ordine all'investimento prescelto ulteriori a quelle esplicitate nella documentazione contrattuale che la convenuta avrebbe dovuto comunicarle.

E' invece fondata la doglianza attorea di inadeguatezza dell'investimento per tipologia ed oggetto.

E' infatti innanzitutto indubbio che la polizza per cui è causa presentava una serie di fattori di intrinseca rischiosità, a cominciare da quello connesso alle caratteristiche dei quattro fondi in cui era stata investito il 94 % dei premi versati dalla C

Dalle rispettive schede informative, allegate alla condizioni generali di contratto, è infatti possibile desumere che:

- Il fondo Herald fund investiva in azioni statunitensi ed era destinato a privati con un elevato patrimonio (così deve tradursi l'espressione in lingua inglese utilizzata nella nota informativa: "high net worth individuals"),
- Il fondo denominato 3A Windrider, al quale era stata destinata la percentuale maggiore dell'investimento pari al 50 % investiva "in uno o più derivati over the counter emessi da un'unica controparte, particolare questo che lo rendeva estremamente volatile (proprio la perdita realizzata da tale fondo ha determinato la riduzione maggiore del capitale investito);
- Gli altri due fondi, ovvero quello denominato "Jp global Growth" e quello denominato OPM Alfa, erano fondi di fondi, destinati, rispettivamente, a "privati esperti" e a "high net worth individuals".

Si noti poi che il versamento in un'unica soluzione dei premi richiesta dalla tipologia di contratto utilizzata rendeva impossibile ridurre la volatilità dei predetti strumenti attraverso investimenti frazionati in un arco temporale più o meno ampio.

Alla luce di tali caratteristiche può senz'altro affermarsi che l'investimento in esame era nettamente più rischioso di quelli che la C aveva effettuato fino a quel momento e che era consistito, come da essa riferito a pag. 6 dell'atto di citazione, senza che la convenuta abbia mai contestato tale deduzione, in



“strumenti finanziari per lo più obbligazionari e comunque privi di indici di alta propensione al rischio”.

Peraltro la convenuta non ha dimostrato di aver acquisito, come avrebbe dovuto fare per adempiere al meglio il suo incarico, quel corredo di informazioni circa l'esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari dell'attrice, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento e la sua propensione al rischio. Infatti non ha formulato capitoli di prova orale al riguardo.

Si noti che tale indagine era vieppiù indispensabile nel caso di specie se si considera che l'attrice non aveva avuto precedenti rapporti con la convenuta dai quali quest'ultima avrebbe potuto desumere quelle informazioni.

Dalla proposta di assicurazione si desume per contro che il promotore Axa, al momento della sottoscrizione della proposta di polizza, si limitò ad effettuare una verifica molto sommaria sulle sole condizioni reddituali della attrice.

Egli infatti barrò o fece barrare la casella che indicava il livello reddituale che le corrispondeva (inferiore ad euro 500 mila annue) e la provenienza di esso.

Palese risulta quindi la violazione da parte della convenuta della regola del “know customer rule”, che, come è noto, è direttamente funzionale a garantire la scelta di investimenti adeguati per l'investitore e che è consacrata nell'art. 28, comma 1, lett. a) del Regolamento n. 11522/98 (si noti che analoga previsione è contenuta nel comma 3 dell'art. 120 del codice delle assicurazioni che disciplina gli obblighi degli intermediari di assicurazione)ma che trova il suo fondamento normativo primario nell'art. 21 comma 1 lett. a) T.U.f. pacificamente applicabile al caso di specie per le ragioni meglio esposte sopra.

Quest'ultima norma prevede infatti l'obbligo per l'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse dei clienti” ed è evidente che tale finalità può essere realizzata se all'investitore viene indirizzato verso investimenti adeguati alla sua personale situazione finanziaria e di esperienza.

Orbene, il sopra descritto comportamento dell'intermediario, seppur tenuto nella fase immediatamente precedente la sottoscrizione del contratto di investimento, integrò un inadempimento dello stesso, secondo l'insegnamento espresso dalla



Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n.6725 del 2007) e va qualificato sicuramente come grave.

Esso pertanto giustifica il riconoscimento del richiesto ristoro economico in favore della attrice.

Sul punto va disattesa la difesa di parte convenuta secondo cui difetterebbe il nesso di causalità tra inadempimento e danno.

L'osservanza delle regole comportamentali sopra menzionate infatti avrebbe dovuto indurre l'intermediario a non proporre all'attrice l'investimento per cui è causa e imponeva quindi un vero e proprio dovere legale di agire.

Ciò che, infatti, unicamente rileva è che l'intermediario pose l'investitore in una situazione di pericolo che il legislatore intendeva prevenire per scongiurare il rischio di un pregiudizio ritenuto insito in quella condotta.

Il danno subito dalla C [] va determinato nella differenza tra la somma versata al momento della sottoscrizione della polizza e quella retrocessale al momento del suo riscatto e pari ad euro 34.744,72.

Deve infatti disattendersi l'assunto di parte convenuta secondo il quale la liquidazione delle quote dei due fondi entrati in crisi (Herald Usa e 3A Windrider) è stata solo sospesa e sarebbe ancora possibile qualora gli organi di amministrazione dovessero reperire liquidità.

La convenuta non ha infatti fornito prova alcuna della concretezza di una simile prospettiva che è invece contraddetta dal lungo lasso temporale (sette anni) trascorso dal momento in cui l'attività di disinvestimento o investimento nei fondi venne interrotta senza che siano sopravvenuti dei cambiamenti.

Tale circostanza è anche sufficientemente indicativa della totale perdita di valore delle loro quote.

Va disattesa anche l'eccezione di prescrizione sollevata dalla convenuta, atteso che, vertendosi in ipotesi di responsabilità contrattuale, il termine di prescrizione è quello decennale ed esso ha iniziato a decorrere, al più tardi, dal momento in cui si è verificato il danno, ossia da quando vi fu la sospensione dei valori patrimoniali netti dei due fondi succitati (2009).

Sul predetto importo, trattandosi di credito di valore, spettano gli interessi al tasso legale e la rivalutazione monetaria dalla data in cui si è verificato il danno,



come sopra individuata, a quella di pubblicazione della presente sentenza e gli interessi ulteriori.

Non coglie nel segno la difesa svolta sul punto da Mps, atteso che essa si fonda su un indirizzo giurisprudenziale formatosi con riguardo ai crediti originariamente pecuniari, mentre in questo caso il credito dell'attrice ha carattere risarcitorio.

All'attrice non può invece riconoscersi un maggior danno, per la dedotta impossibilità di investire la somma predetta in maniera remunerativa, in difetto della precisazione da parte sua di quale sarebbe stato lo specifico investimento alternativo a quello per cui è causa che ella avrebbe effettuato. In mancanza di tale allegazione non è possibile stabilire se e quale redditività esso avrebbe prodotto.

4. La sanzione per la mancata partecipazione al procedimento di mediazione e il regime delle spese.

In comparsa conclusionale l'attrice ha stigmatizzato il comportamento, refrattario ad una soluzione conciliativa della lite, che le convenute hanno tenuto nella fase di mediazione obbligatoria, così sollecitando implicitamente l'adozione nei loro confronti da parte di questo giudice delle sanzioni di cui all'art. 8, comma 4 bis, d. lgs. 28/2010.

Orbene, sul punto occorre differenziare la posizione delle due convenute atteso che Mps partecipò alla fase stragiudiziale tramite il proprio difensore, dichiarando che non intendeva proseguire nella procedura, mentre l'altra convenuta disertò il primo incontro, per come può evincersi dal verbale di del primo incontro di mediazione prodotto in causa (doc. 17 di parte ZZZ).

In giudizio tale parte ha sostenuto che la sua assenza all'incombente fu giustificata atteso che il proprio difensore, come dallo stesso comunicato per telefono al mediatore, non poté intervenire a causa di un improvviso impedimento e ha anche assunto che tali circostanze risultano dal predetto verbale.

Orbene, sul punto deve osservarsi come nel verbale in questione sia stato riportato solo quanto il difensore aveva riferito al mediatore cosicché la circostanza del suo non meglio precisato impedimento è del tutto indimostrata, al pari di quella che egli aveva richiesto un rinvio dell'incontro per poter intervenire.



Né può condividersi l'ulteriore assunto di ZZZ che il rifiuto del difensore di Mps di proseguire nella procedura aveva poi reso inutile quel differimento, atteso che le posizioni delle due convenute sono distinte e la definizione in via conciliativa dell'una non era indissolubilmente legata alla definizione dell'altra.

Il comportamento tenuto da Mps integra invece pienamente la partecipazione al procedimento di mediazione.

Prima di motivare tale conclusione è opportuno premettere che questo giudice non condivide l'orientamento giurisprudenziale, invero prevalente, che assume che ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità prevista dall'art. 5, comma 1 bis, d. lgs. 28/2010 è necessario che partecipino alla mediazione le parti partecipino personalmente (assistite dai difensori) e non solo i difensori (sul punto in esame, ex multis, Trib. Firenze 19/3/14 est. Breggia; Trib. Pavia 9/3/15 est. Marzocchi; Trib. Vasto 9/3/15 est. Pasquale; Trib. Roma sez. III 19/2/15; Trib. Roma, 14/12/15)

Tale indirizzo si fonda principalmente su un dato normativo letterale, ovvero i riferimenti che l'art. 8, comma 1, del d. lg. 28/2010, nel descrivere le modalità di svolgimento della mediazione, fa alla parte e al difensore quali soggetti che vi partecipano

In contrario deve però osservarsi che nè questa norma, nè altre del d. lgs. 28/2010, prescrivono la presenza obbligatoria della parte alla procedura, cosicchè ad essa deve riconoscersi natura semplicemente descrittiva di quello che il legislatore ha pensato poter essere lo sviluppo della procedura.

Al contempo nessuna disposizione vieta alla parte di delegare alla partecipazione alla procedura il proprio difensore cosicchè il fondamento normativo della possibilità di attribuire ad esso una procura a conciliare ben può essere rinvenuto nel disposto dell'art. 83 c.p.c.

E' proprio per questa ragione peraltro che quella facoltà viene solitamente inserita nella procura alle liti.

La valorizzazione della peculiare funzione del primo incontro, quale momento non solo informativo ma anche facilitativo della conciliazione (ulteriore argomento



addotto a sostegno della tesi qui criticata), poi non è da sola sufficiente a giustificare una deroga alla norma di carattere generale sopra citata.

Sono però le conseguenze alle quali conduce l'opinione in esame a palesarne più chiaramente la fragilità.

Essa infatti determina una disparità di trattamento tra la parte che ha interesse alla realizzazione della condizione di procedibilità (generalmente si tratta della parte che intende agire in giudizio) e le sue controparti perché sola la prima è esposta alla grave sanzione processuale ipotizzata.

A ben vedere, l'orientamento qui diviso favorisce addirittura l'atteggiamento dilatorio della parte convenuta poiché questa potrebbe continuare, per un periodo di tempo indefinito o non preventivamente definito, a farsi rappresentare in mediazione dal proprio difensore, impedendo la realizzazione del presupposto processuale e con essa l'accesso alla giustizia dell'attore.

Proprio quest'ultima considerazione induce poi ad escludere che, anche a voler ritenere che il legislatore abbia previsto come obbligatoria la presenza personale della parte al procedimento di mediazione, l'inosservanza di tale prescrizione possa determinare l'improcedibilità della domanda giudiziale, anche qualora fosse l'attore a partecipare alla mediazione tramite il suo difensore.

Del resto tale conseguenza non solo non è stata contemplata dal d. lgs. 28/2010 ma, a ben vedere, è stata da esso implicitamente ma chiaramente esclusa.

Il legislatore infatti ha previsto per la parte che non partecipa in nessun modo, senza giustificato motivo, alla mediazione obbligatoria ex lege, e tiene quindi un comportamento più grave di quello della parte che ci partecipa tramite il proprio difensore, la sanzione della condanna al pagamento del contributo unificato e la possibilità per il giudice di desumere dal suo comportamento argomenti di prova.

Tale impostazione viene però stravolta se si ricollega alla condotta meno grave una sanzione più severa della predetta quale l'improcedibilità della domanda.

Venendo alla regolamentazione delle spese di lite quelle relative al rapporto tra attrice e Monte dei Paschi vanno poste a carico di quest'ultima in applicazione del principio della soccombenza.

Infatti non può attribuirsi rilievo ai fini di tale valutazione all'adesione parziale che tale parte aveva manifestato alla proposta conciliativa formulata in corso di



causa da questo giudice, atteso che, anche a voler considerare la quota che avrebbe dovuto far carico all'altra convenuta, l'importo (euro 18.000,00) che, secondo quella proposta, avrebbe dovuto percepire l'attrice era di molto inferiore a quello che le viene riconosciuto con la presente sentenza.

Alla liquidazione delle somme spettanti a titolo di compenso si procede come in dispositivo sulla base del d.m. 55/2014.

In particolare il compenso per le fasi di studio, introduttiva e decisionale può essere determinato assumendo a riferimento i corrispondenti valori medi di liquidazione previsti dal succitato regolamento mentre quello per la fase istruttoria va quantificato in una somma pari ai corrispondenti valori medi di liquidazione, ridotti del 30 %, alla luce della considerazione che essa è consistita nel solo deposito delle memorie ex art. 183 VI comma c.p.c.. e nella partecipazione a quattro udienze.

All'importo così risultante di euro 6.738,00 va aggiunto quello del compenso per la partecipazione all'incontro di mediazione quantificabile in euro 600,00.

Alla attrice non può invece riconoscersi l'aumento di cui all'art. 4, comma 2, d.m. 55/2014 poiché come detto, è soccombente nei confronti di ZZZ.

All'attrice spetta anche il rimborso delle spese generali nella misura massima consentita del 15 % del compenso e di quelle vive come quantificate in sede di precisazione delle conclusioni ed ammontanti ad euro 1.749,75.

Le spese relative al rapporto tra attrice e l'altra convenuta vanno invece compensate atteso che la seconda, seppur vittoriosa, ha tenuto, a differenza dell'attrice e dell'altra convenuta, un comportamento reiteratamente e immotivatamente restio a qualsiasi soluzione conciliativa.

Infatti ZZZ, oltre a non partecipare al procedimento di mediazione, come detto, ha rifiutato di fatto la proposta conciliativa che questo giudice aveva formulato senza fornire alcuna spiegazione di tale sua scelta, non potendo interpretarsi altrimenti il suo silenzio a fronte di essa, e tale contegno non pare conforme al dovere di cui all'art. 88 c.p.c..

Infatti, in un contesto normativo nel quale il legislatore attribuisce particolare valenza all'atteggiamento conciliativo, il predetto dovere ricomprende anche quello



di prendere in considerazione ogni prospettiva conciliativa, ed in particolare quella proveniente dal giudice, e di motivare adeguatamente l'eventuale rifiuto di essa.

Sul punto la giurisprudenza di merito (Trib di Roma, Sez. XIII, 29 maggio 2014) ha affermato che: "il fatto stesso che la legge preveda la possibilità che il giudice formuli la proposta implica che non è consentito alle parti non prenderla in alcuna considerazione. Le parti hanno infatti l'obbligo di prendere in esame con attenzione e diligenza la proposta del giudice, e di fare quanto in loro potere per aprire e intraprendere su di essa un dialogo, una discussione fruttuosa, e, in caso di non raggiunto accordo, di fare emergere a verbale dell'udienza di verifica, lealmente, la rispettiva posizione al riguardo".

P.Q.M.

Il Giudice unico del Tribunale di Verona, definitivamente pronunciando ogni diversa ragione ed eccezione disattesa e respinta, così decide:

- rigetta le domande avanzate dall'attrice nei confronti di ZZZ e quella di declaratoria di nullità del contratto per cui è causa;
- in accoglimento della corrispondente domanda di parte attrice condanna la convenuta Monte dei Paschi a corrispondere all'attrice la somma di euro 34.744,72, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data del 26 gennaio 2009 a quella di pubblicazione della presente sentenza nonché agli interessi legali sull'importo complessivo così risultante dalla data predetta a quella del saldo effettivo;
- condanna altresì la convenuta predetta a rifondere all'attrice le spese del presente giudizio che liquida nella somma di euro 7.336,00, oltre rimborso spese generali nella misura del 15 % del compenso, Iva, se dovuta, e Cpa e al rimborso delle spese vive sostenute ammontanti ad euro 1.749,75;
- compensa tra attrice e convenuta ZZZ le spese processuali e condanna ZZZ al versamento all'entrata del bilancio dello Stato della somma di euro 450,00.

Verona 28/09/2016

il Giudice
Dott. Massimo Vaccari

