



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Sent. N. 20/07
Cron. N. 12
Rep. N. 27
R. Gen. N. 902/2004
Carr. Civ. N. =

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione seconda civile, composta
da Sigg.:

CUSIMANO	Dott.	Giuseppe	Presidente
BITONTE	Dott.	Augusto	Consigliere
RAGO	Dott.	Geppino	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa in grado d'appello con citazione notificata
il 7/6/2004 e trattenuta in decisione, senza termini, all'udienza di
precisazione delle conclusioni del 25/10/2006

da

~~.....~~
rappresentati e difesi dall'Avv.to Roberto Vassalle di Mantova e
dall'Avv.to Antonella Lava di Brescia, quest'ultimo domiciliario
giusta delega a margine dell'atto di appello

APPELLANTI

contro

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A. -- BANCA
AGRICOLA MANTOVANA S.P.A., in persona dei legali
rappresentanti, rappresentate e difese dall'Avv.to Stefano Sarzi
Sartori di Mantova ed elettivamente domiciliate presso lo studio
dell'avv. Luigi Ferri di Brescia giusta delega a margine della
comparsa di risposta in appello (per BAM) e in calce alla copia

OGGETTO: risarcimen-
danni

Il Cons. di Est.
Dott. G. Rago

notificata dell'atto di appello (per MPS)

APPELLATE - APPELLANTI INCIDENTALI

In punto: appello sentenza n. 453/2004 del Tribunale di Mantova.

CONCLUSIONI

Degli appellanti :

1) annullarsi ai sensi dell'art. 1439 c.c. entrambi gli ordini di acquisto di obbligazioni argentine conferiti da Gambuti Pier Giorgio alla cessata Banca Agricola Mantovana il 5 settembre 2001 e il 21 settembre 2001; 2) dichiararsi comunque nulli o annullarsi, ovvero risolti per fatto e colpa della stessa Banca Agricola Mantovana i medesimi ordini di acquisto di cui sopra in conseguenza della violazione da parte della banca degli obblighi comportamentali di cui all'art. 21 1° e 2° comma; D. Lgs. n. 58/98 con riferimento agli art. 28 (*obblighi informativi) e 27 conflitti di interesse) del regolamento Consob n° 11522/98. 3)- per l'effetto di quanto sopra, dato atto del pagamento già effettuato dalla appellata in esecuzione della impugnata sentenza, condannarsi il Monte dei Paschi di Siena s.p.a., in persona del suo legale rappresentante e quale successore universale della cessata Banca Agricola Mantovana s.p.a., alla restituzione, ovvero al risarcimento, della ulteriore somma di € 259.627,09 ricevuta a fronte dell'ordine di acquisto di n° 400.000 obbligazioni argentine del 21 settembre 2001, oltre a rivalutazione monetaria e interessi legali dalla stessa data al pagamento, nonché al risarcimento del danno da svalutazione monetaria anche sulla somma di € 258.729,90 già restituita in relazione all'ordine del 5 settembre

Come est
it. Pago

2001

inter

Lucia

illegi

conto

dispo

dei Pa

addeb.

addebi

rivalut

e comp

mancat

revisio

impugna

primo g

comple

verificar

cessata

Paschi, e

Procurat

« Prelimi

l'estromis.

Siena s.p.

Accertare

2001, per il periodo 5 settembre 2001 -27 maggio 2004, oltre ad interessi legali. 4) Subordinatamente dichiararsi estranea ~~Monte dei Paschi di Siena~~ a entrambi i contratti di investimento per i quali è causa e illegittimi gli addebiti effettuati dalla Banca Agricola Mantova sul conto corrente n° 160/32/123080, alla stessa cointestato, su disposizione del solo ~~Dott. Giorgio Cambi~~, condannandosi il Monte dei Paschi di Siena alla restituzione delle somme di € 258.729,90 addebitata sul conto il 10 settembre 2001 e di € 259.627,09 addebitata il 24 settembre 2001, oltre a interessi legali e rivalutazione dalle stesse date al pagamento; 5) con il favore di spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio e, in denegata ipotesi di mancato accoglimento dei sopra esposti motivi di appello, con revisione e correlativo aumento delle spese riconosciute dalla impugnata sentenza agli attori, attuali appellanti, in relazione al primo grado di giudizio. in istruttoria: disporsi, ad integrazione e completamento della CTU già disposta in primo grado, CTU per verificare la natura del rapporti esistenti, nel settembre 2001, tra la cessata Banca Agricola Mantovana s.p.a., ovvero tra il gruppo Monte Paschi, e la società Arcadia Securities presso la quale la BAM si è procurata i titoli di cui all'ordine 21 settembre 2001»

Delle appellate – appellanti incidentali:

« Preliminarmente, salvo opposizione delle parti costituite, disporre l'estromissione dal presente giudizio della Banca Monte dei paschi di Siena s.p.a. per i motivi sopra dedotti. Nel merito: In via principale 1) Accertare e dichiarare l'adempimento da parte di Banca Agricola

Il Cons. rel. est.
Dott. G. Rago

Mantovana s.p.a. degli obblighi imposti dall'art. 28 e dall'art. 29 del Regolamento Consob 11522 del 01/07/1998, nonché delle altre disposizioni di legge (T.U.F.) e di regolamento (11522 della Consob del 01/07/1998), in relazione all'operazione di investimento effettuata dal sig. ~~Cambini Dino Giorgio~~ in data 05/09/2001 di obbligazioni argentine Argent. 00/07 10% EU e per l'effetto, in riforma parziale dell'impugnata sentenza, respingere le domande dei signori ~~Manni~~ e ~~Cambini~~, condannandoli alla restituzione in favore dell'appellante incidentale della somma percepita in ottemperanza alla sentenza di primo grado di € 258.729,90 oltre alle spese di primo grado pari a € 11.363,35, oltre a spese generali e accessori tutti, con gli interessi dal momento del pagamento sino all'effettiva restituzione; 2) Respingere l'appello proposto dei signori ~~Cambini Dino Giorgio~~ e ~~Manni Luciano~~ in ogni suo punto e motivo, confermando l'impugnata sentenza nei punti favorevoli all'appellante incidentale.

In via Subordinata: Nella denegata ipotesi di reiezione delle domande principali dell'appello incidentale e in riforma parziale dell'impugnata sentenza, escludere o comunque ridurre congruamente l'ammontare del risarcimento del danno in applicazione dell'art. 1227, comma 20 c.c. o, in ulteriore subordine, dell'art. 1227, comma 10 c.c. In ogni caso, Con vittoria di spese, diritti ed onorari di entrambi i gradi di giudizio. In Via istruttoria, Ammettere le prove per testi già tempestivamente capitolate dalla Banca Agricola Mantovana s.p.a. e non ammesse dal Giudice di primo grado. Ci si oppone si d'ora all'estensione della C.T.U. ex

033 est
t. Rago

adve
risu
elem
Che
coin
corre
indir
che,
avev
press
corre
acqu
che,
sotto
- il
ar
- il
- il
ris
ri
ch

Il fatt
grado 8
all. 4
all. 5

adverso richiesta manifestamente esplorativa ed inutile alla luce dei risultati delle indagini svolte in primo grado dal C.T. U. e degli elementi risultanti dai documenti di causa»

IL CASO.it

RITENUTO IN FATTO

Che, ~~Carlo~~ ~~Giorgio~~ e la moglie ~~Maria~~ ~~Luciana~~ erano cointestatari, presso la B.a.m. s.p.a. filiale di Cerese, di un conto corrente a firma disgiunta in base al quale, quindi, ognuno, indipendentemente dall'altro, poteva operare sul medesimo;

che, in data 5/9/2001, dopo che, verso la fine di agosto, il ~~Gambini~~ aveva avuto un colloquio con il sig. ~~Antonio~~ ~~Maffei~~, operatore titoli presso la B.a.m. s.p.a. filiale di Cerese¹, il ~~Gambini~~ versava sul conto corrente la somma di £. 440.000.000 ed ordinava alla BAM di acquistare obbligazioni argentine;

che, in tale occasione, prima di procedere all'operazione, la BAM sottoponeva alla lettura e alla firma del ~~Gambini~~ e della ~~Maffei~~

- il contratto (n° 1131849) di deposito titoli a custodia e amministrazione²;
- il contratto di negoziazione e raccolta ordini³;
- il questionario per l'investitore in strumenti finanziari dal quale risultava che l'obiettivo dell'investimento era la «prevalenza della rivalutabilità rapportata al rischio dell'oscillazione dei corsi» e che l'esperienza in materia di strumenti finanziari era *media*, così

Il Cons. rel. est.
Dott. G. Rago

¹ Il fatto è pacifico fra le stesse parti, come desumibile sia dall'atto di citazione di primo grado sia dalla stessa comparsa di risposta (pag. 4)

² all. 4 doc. appellata;

³ all. 5 doc. appellata;

come *media* veniva indicata la propensione al rischio⁴;

- il documento sui rischi generati degli investimenti in strumenti finanziari nel quale, alla parte A, par. 1.3 è scritto «con riferimento ai titoli di debito, il rischio che le società o gli enti finanziari emittenti non siano in grado di pagare gli interessi o di

rimborsare il capitale prestato si riflette nella misura degli interessi che tali obbligazioni garantiscono all'investitore. Quanto maggiore è la rischiosità percepita dell'emittente tanto maggiore è il tasso d'interesse che l'emittente dovrà corrispondere all'investitore. Per valutare la congruità del tasso d'interesse pagato da un titolo si devono tenere presenti i tassi d'interessi corrisposti dagli emittenti il cui rischio è considerato più basso, ed in particolare il rendimento offerto dai titoli di Stato, con riferimento a emissioni con pari scadenza»⁵;

- l'ordine di acquisto, per € 315.000,00 veniva sottoscritto dal solo ~~_____~~⁶, e veniva regolarmente eseguito dalla BAM;

che, in data 18/9/2001, il ~~_____~~ effettuava presso la B.a.m. filiale di Cerese, versamenti di assegni per £. 500.000.000;

che, in data 19/9/2001:

- il solo ~~_____~~ conferiva alla Bam l'ordine di acquisto di Obbligazioni della Repubblica Argentina con scadenza 2010 al tasso annuo del 11,375%, prezzo 59,5, per un totale di 400.000 dollari Usa: nel suddetto ordine di acquisto si legge che «ai sensi e

⁴ all. 6 doc. appellata;
⁵ all. 7 doc. appellata;
⁶ all. 8 doc. appellata;

Comp. est
 M. Rego

P
 B
 e
 il
 e.
 - la
 l'
 che,
 - il
 T.
 ri
 vi
 e
 ar
 re
 de
 - in
 da
 no
 au
 co
 re.
 in
 che, a

⁷ All. 1

per gli effetti dell'art. 29 delibera Consob 1/7/1998 n° 11522, la Banca segnala che la presente operazione NON APPARE ADEGUATA e per tale ragione non intende dar seguito all'ordine»; sennonché il ~~Giudice~~ «preso atto della segnalazione, conferma espressamente la volontà di effettuare l'operazione»⁷;

la Bam, provvedeva, così, ad acquistare i suddetti titoli presso l'intermediario Arcadia Securities;

che, a seguito del default della Repubblica argentina:

il ~~Giudice~~ e la ~~Bank~~ convenivano in giudizio, avanti il Tribunale di Mantova, la B.a.m. spa e, premessi i fatti di cui sopra, ritenendo che la medesima si fosse resa responsabile della violazione delle regole poste dalla Consob (artt. 26 - 27 - 28 - 29) e comunque dell'art. 21 L. 58/1998, chiedevano che, previo annullamento dei contratti in questione, fosse condannata alla restituzione della somma di £. 1.004.040.658 «oltre interessi dal di dei singoli contratti e sulle rispettive somme»;

in particolare, la ~~Bank~~, sostenendo che le firme apparentemente da essa apposte sui documenti, in realtà, erano di suo marito e che, nonostante ciò il funzionario di banca aveva provveduto ad autenticarle, concludeva chiedendo che, nei suoi confronti, i contratti fossero dichiarati nulli con condanna della Banca alla restituzione delle somme di sua spettanza «oltre rivalutazione e interessi legali dal 5 e dal 19 settembre 2001»;

che, all'esito della svolta istruttoria, l'adito Tribunale, con sentenza

Il Cons. rel/est.
Don. G. Esposito



⁷ All. 10 doc. appellata;

D° 453/2004:

- dichiarava la nullità dell'ordine d'acquisto di 315.000 obbligazioni Argentine impartito il 5/9/2001;
- condannava la BAM spa a corrispondere agli attori la somma di € 258.729,00 oltre interessi legali dal 5/9/2001 al saldo, oltre la metà delle spese di lite;
- respingeva la domanda diretta ad ottenere anche la nullità dell'ordine di acquisto del 19/9/2001;

che, il primo giudice perveniva alla suddetta decisione rilevando:

- quanto al PRIMO ORDINE del 5/9/2001: la domanda attorea doveva ritenersi «fondata essendo stata dimostrata la violazione, da parte della banca, delle prescrizioni contenute negli artt. 21 t.u.l.f., 28 e 29 reg. Consob da considerarsi come norme imperative ex art. 1418 c.c. in considerazione degli interessi tutelati (diligenza degli intermediari nonché tutela del risparmio) e della natura generale di siffatti interessi (per l'affermazione di tale principio in termini generali vedasi Cass. 7-3-2001 n. 3272) nonché il danno subito dai clienti concretatosi nella perdita dell'intero investimento posto che, nel dicembre del 2001, è stato sospeso il rimborso delle obbligazioni (c.d. default) e che, ad oltre due anni di distanza da tale fatto, nessuna concreta assicurazione è stata fornita circa un rimborso anche solo parziale dell'investimento»;
- quanto al SECONDO ORDINE del 19/9/2001: la domanda doveva ritenersi infondata perché, pur avendo la banca segnalato l'inadeguatezza dell'operazione, il ~~Cassabini~~ aveva confermato per

Il Cons. est
Dott. Rego

is
che,
ritua
esch
Mier
per
spa
—
Qu
segr
dare
con
chi
rele
pat
res
int
ris
der
ess
ne
ia
pr
d'
Ca
de
se
or
ga
te
3
c
d
r
i
c
t
i

iscritto l'ordine di acquisto⁵;

IL CASO.it

che, avverso la suddetta sentenza, hanno interposto tempestivo e rituale gravame (relativamente al capo della sentenza che aveva escluso la nullità dell'operazione del 19/9/2001), il Gambuti e la Menani, citando la Banca per l'udienza del 4/10/2004 spostata, peraltro, ex art. 168/4 bis c.p.c. al 6/10/2004: la B.a.m. s.p.a. e il MPS spa si costituivano con comparse depositate rispettivamente il 13 e

Il Cons. rel. est.
Dott. G. Rago

⁵ Questa, nei suoi esatti termini, la motivazione adottata dal primo giudice: «a fronte della segnalazione dell'inadeguatezza dell'operazione, la normativa non prevede un divieto di dare esecuzione all'operazione ma si limita ad imporre una più rigorosa formalità e cioè la conferma scritta dell'ordine che, nel caso di specie, è stata data. Il funzionario di banca ha chiarito, nel corso dell'escussione, che l'inadeguatezza era stata segnalata all'investitore in relazione al fatto che, con tale seconda operazione, costui avrebbe investito l'intero patrimonio (secondo quanto era a conoscenza della banca alla stregua delle dichiarazioni rese dal G. in occasione dei vari incontri, atteso che lo stesso aveva rifiutato di dare informazioni sulla propria situazione finanziaria ex art. 28 reg. Consob) e che il titolo, già rischioso ed in forte perdita anche in considerazione degli eventi del 11-9-2001, era inoltre denominato in dollari e quindi in valuta suscettibile di oscillazioni. In proposito va osservato che siffatte dichiarazioni appaiono pienamente attendibili trovando riscontro nella documentazione in atti mentre non può accedersi alla tesi difensiva secondo la quale la norma di cui all'art. 29 reg. Consob sarebbe comunque stata violata non avendo la banca predisposto documentazione scritta delle avvertenze date e figurando sulla conferma d'ordine unicamente la dicitura "operazione non adeguata" atteso che l'art. 29 co. III reg. Consob prescrive agli intermediari l'obbligo di informare l'investitore dell'inadeguatezza dell'operazione e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione, senza peraltro imporre una specifica forma dovendosi notare che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, dall'art. 1350 c.c. si desume sussistere il principio generale della libertà delle forme di manifestazione della volontà negoziale in mancanza di fonti legali o contrattuali che prevedano la forma scritta (cfr. Cass. 17-1-2001 n. 577; Cass. 3-3-1994 n. 2088). Pur apparendo assorbenti le considerazioni sopra formulate va aggiunto che deve escludersi che tale secondo acquisto sia stato effettuato in violazione del disposto di cui all'art. 27 reg. Consob atteso che la B.A.M. aveva comperato i titoli dalla società (di diritto svizzero) Arcadia Securities in relazione alla quale non è emersa l'esistenza di rapporti rilevanti ai fini dell'applicazione della norma sopra richiamata. Parimenti infondata risulta la deduzione difensiva attorea (peraltro svolta solamente in comparsa conclusionale) circa la pretesa nullità dell'acquisto in relazione al disposto di cui all'art. 30 del regolamento Consob atteso che il documento contrattuale contiene tutti gli elementi essenziali per lo svolgimento dell'attività di raccolta ordini e negoziazione (durata, modifiche del contratto, modalità di conferimento degli ordini, misura di commissioni e spese sia pure indicata con rinvio ai fogli informativi analitici). Né, con riguardo all'acquisto dei titoli effettuato il 19-9-2001, può trovare accoglienza la domanda, proposta in via subordinata, diretta ad ottenere la restituzione della metà del capitale investito sul presupposto che la sottoscrizione di Menani Luciana sui vari documenti contrattuali sarebbe stata apposta dal marito: premesso che la banca si è limitata a prendere atto delle affermazioni di controparte senza riconoscere alcunché, occorre infatti rilevare che incombeva sugli attori ex art. 2697 c.c. l'onere, dai medesimi non assolto, di provare il proprio assunto laddove l'acquisto deve ritenersi formalmente regolare posto che il contratto prevedeva un'operatività con firma disgiunta e che l'ordine è stato impartito dal Gambuti»

15/9/2004 preponendo appello incidentale;

CONSIDERATO IN DIRITTO

che, in via preliminare:

- richiamata la vicenda successoria di cui alla comparsa di costituzione 13/9/2004 e doc. prodotta⁹, va disattesa la richiesta del MPS spa di essere estromesso dal presente giudizio, ex art.

Cons. Est
Iott. R. go

⁹ «Con atto di fusione per incorporazione a Ministero Notaio Mario Zanchi di Siena del 25/03/2003, Rep. 19951, Racc. 7123, la Banca Monte dei Paschi ha incorporato la Banca Agricola Mantovana s.p.a. (Doc. All. n° 2 -*copia atto di fusione per incorporazione*). In conseguenza della fusione la Banca Agricola Mantovana s.p.a. si è estinta con subentro di pieno diritto della Banca Monte Dei Paschi di Siena s.p.a. in tutto il patrimonio attivo e passivo delle incorporate. Ai sensi dell'art. 4 dell'atto sopra richiamato, la fusione è divenuta operativa a partire dalle ore 00.00 del 31/03/2003. Con atto di conferimento di ramo di azienda bancaria a Ministero Notaio Zanchi di Siena, n° 19953 di Rep. e n° 7125 di Racc., la Banca Monte dei paschi di Siena s.p.a. ha conferito alla Nuova Banca Agricola Mantovana s.p.a. il ramo di azienda bancaria già appartenente alla Banca Agricola Mantovana s.p.a. con decorrenza 31/03/2003 (data di operatività della fusione per incorporazione) (Doc. All. n° 3 -*copia conferimento ramo di azienda bancaria*). Per effetto del suddetto conferimento, nei rapporti con i Sig.ri Gambuti Pier Giorgio e Menani Lucina è succeduta la Nuova Banca Agricola Mantovana s.p.a. che, far tempo dal 31/03/2003, ha mutato la propria denominazione (ragione sociale), in Banca Agricola Mantovana s.p.a.. Tutti gli effetti attivi e passivi derivanti dai rapporti contrattuali già accessi dai Sig.ri Gambuti Pier Giorgio e Menani Lucina con la (vecchia) Banca Agricola Mantovana s.p.a. sono ora riconducibili e giuridicamente opponibili alla (Nuova) Banca Agricola Mantovana s.p.a.. In particolare, l'art. 2 dell'atto di conferimento, nel disciplinare l'oggetto, dispone che la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. conferisce alla Banca Agricola Mantovana s.p.a. (all'epoca Nuova Banca Agricola Mantovana s.p.a.) "il ramo aziendale relativo all' esercizio dell' attività bancaria appartenente all'incorporata Banca Agricola Mantovana s.p.a., quale individuato nella relazione estimativa e suo successivo aggiornamento con riferimento alla data del 31 dicembre 2002 effettuati dal Rag. Mario Cecchi, composto dai beni mobili ed immobili, diritti, rapporti contrattuali, crediti e debiti, azioni e ragioni, cause relative a giudizi attivi e passivi (azioni giudiziali ed azioni revocatorie ed altre passiva), incrementi e correlati all'esercizio delle attività proprie del ramo aziendale conferito ed a tutti gli elementi, sia di attivo che di passivo, dalle garanzie di ogni tipo e dagli impegni -riconducibili all'incorporata Banca Agricola Mantovana s.p.a. -elencati, descritti, e valutati nella relazione di stima, suo aggiornamento e relativi allegati...". La (Nuova) Banca Agricola Mantovana s.p.a. è quindi subentrata anche nelle cause relative a giudizi attivi e passivi quale è senza dubbio il rapporto controverso tanto che, in data 27/05/2004, detto Istituto di Credito ha effettuato il pagamento delle somme portate dalla sentenza impugnata a favore dei signori Menani Luciana e Gambuti Pier Giorgio, a mezzo di assegno circolare n°, 869 6030975552-04 consegnato dall'Aw. Stefano Sarzi Sartori all'Aw. Roberto Vassalle (Doc. All. n° 4 -*copia lettera Aw. Stefano Sarzi Sartori ed assegno circolare BAM n° 869 6030975552-04*). La (Nuova) Banca Agricola Mantovana s.p.a. si è costituita nel presente giudizio ed ha proposto altresì appello incidentale avverso alla sentenza impugnata, dichiarando di "essere titolare di un autonomo interesse a costituirsi in appello ed a proporre appello incidentale, essendo la destinataria finale degli effetti della sentenza appellata". Con la costituzione del successore a titolo particolare il successore universale può essere estromesso, con il consenso delle parti, ai sensi degli artt. 111 e 108 c.p.c.; Per tali motivi la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. chiede di essere estromessa dal presente giudizio»

che
con
am
col
effe
che
con
-
(
10 Cas
11 Ex
propo
decad
propo
propo
data f
giudic
c.p.c.
data d
compr
cinqu
differi
cui al
referir

111 c.p.c. atteso che gli appellanti ~~_____~~ e ~~_____~~ non hanno esplicitamente espresso il loro consenso¹⁰; **IL CASO.it**

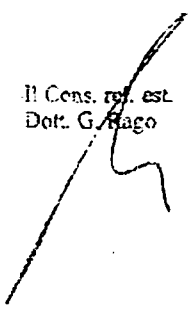
va dichiarato inammissibile l'appello incidentale atteso che, essendo stata fissata la prima udienza al 4/10/2004, l'appellata, al fine di proporre tempestivo appello incidentale avrebbe dovuto costituirsi entro il 31/7/2004, essendo del tutto ininfluyente la circostanza che la data della prima udienza fu spostata ex art. 168 bis¹¹;

che, con un PRIMO MOTIVO, gli appellanti ~~_____~~/~~_____~~, hanno censurato l'impugnata sentenza nella parte in cui ha ritenuto ammissibile la testimonianza del funzionario ~~_____~~ e cioè colui che, secondo l'assunto degli appellanti, li aveva indotti ad effettuare le operazioni per cui è processo;

che, tale prima doglianza deve ritenersi infondata laddove si consideri:

- l'art. 246 c.p.c., dalla giurisprudenza della S.c., alla quale questa Corte ritiene di adeguarsi, è sempre stato interpretato nel senso che l'interesse a partecipare al giudizio si identifica con l'interesse

Il Cons. rel. est.
Dot. G. Rago



¹⁰ Cass. 6031/2000 - 744/2000

¹¹ *Ex plurimis* Cass. 9351/2003 «È inammissibile, siccome tardivo, l'appello incidentale proposto assumendo a parametro temporale di riferimento per il rispetto del termine decadenziale dei "20 giorni prima" (termine il quale, indicato dall'art. 166 c.p.c. per la proposizione della domanda riconvenzionale di I grado, viene poi richiamato, per la proposizione dell'appello incidentale nel giudizio di II grado, dall'art. 343 c.p.c.) non già la data fissata nell'atto di appello, ma quella alla quale (non tenendo in quel giorno udienza il giudice designato) la causa sia stata rinviata d'ufficio ai sensi dell'art. 168 bis, comma 4, c.p.c. Ed infatti l'unica fattispecie che giustifica la mancata considerazione dell'originaria data dell'udienza fissata nell'atto di citazione è quella - del tutto distinta - contemplata dal comma 5 dell'art. 168 bis c.p.c., la quale ricorre allorché il giudice istruttore designato, nei cinque giorni dalla presentazione del fascicolo, ritenga, con proprio decreto motivato, di differire la data della prima udienza; fattispecie nella quale - giusta espressa previsione di cui allo stesso art. 166 c.p.c. - il termine di "20 giorni prima" va appunto computato in riferimento alla data fissata nel decreto del giudice istruttore designato» - 13746/2002

a proporre la domanda e a contraddirvi ex art. 100 dello stesso codice, sicché deve ritenersi colpito da detta incapacità chi potrebbe, o avrebbe potuto, essere chiamato dall'attore, in linea alternativa o solidale, quale soggetto passivo della stessa pretesa fatta valere contro il convenuto originario, nonché il soggetto da

cui il convenuto originario potrebbe, o avrebbe potuto, pretendere di essere garantito, senza che possa distinguersi tra legittimazione attiva e legittimazione passiva, tra legittimazione principale e secondaria (intervento adesivo dipendente), tra intervento volontario e intervento su istanza di parte¹²;

- si verte in un'ipotesi di stessa pretesa quando la causa petendi sottesa ad una domanda sia uguale a quella proposta o proponibile in astratto contro il teste il quale, quindi, per ciò solo avrebbe interesse ad intervenire, ex art. 105 c.p.c., nel processo nel quale è chiamato come teste;

- nella fattispecie per cui è processo, è evidente che la causa petendi sottesa alla chiamata in giudizio della BAM consiste in una responsabilità contrattuale, laddove invece, quella nei confronti del [redacted] potrebbe, in ipotesi, configurarsi come responsabilità extracontrattuale;

- si tratta, quindi, di una connessione impropria atteso che la causa petendi sulla quale si basa l'azione proposta nei confronti della Banca, è del tutto diversa da quella ipotetica nei confronti del dipendente sicché sarebbe anche irrilevante che esse siano

Il Cons. est.
Dott. Rago

pre
di
di
che
l'e

alc
che, c
senten
inform
della

reato
artificio
recare
la sus.
vizio

consic
dell'in
rischi
appell
che, i

segue
- DI
de

¹² Ex plurimis Cass. 10382/2002 - 14963/2002

¹³ In te
causa p

IL CASO.it

proposte nello stesso giudizio o in giudizio separato;

di conseguenza, il Marani avrebbe un interesse solo riflesso, e cioè di mero fatto, ad una determinata soluzione della causa principale, che non lo legittimerebbe a partecipare al giudizio, in quanto l'esito dello stesso, di per sé, non sarebbe idoneo ad arrecargli alcun pregiudizio¹³;

che, con un SECONDO MOTIVO, gli appellanti censurano l'impugnata sentenza perché, *«pur riconoscendo l'inadempimento agli obblighi informativi in relazione a circostanze certamente rilevante ai fini della conclusione del contratto, oltre ad escludere la sussistenza del reato assumendo che non risulta provato che la banca abbia artificiosamente indotto i clienti ad acquistare i titoli "con il fine di recare ad essi un danno", ha parimenti ed immotivatamente escluso la sussistenza della causa di annullamento di cui all'art. 1439 c.c. per vizio della volontà»*: in altri termini, il Tribunale non avrebbe considerato che il Marani aveva sottaciuto la grave rischiosità dell'investimento e che, con la stessa operazione, la banca trasferiva il rischio dell'investimento dal proprio gruppo (MPS Finance) ad essi appellanti;

che, i principi di diritto, in tema di dolo, ai quali attenersi sono i seguenti:

- DEFINIZIONE: il dolo determinante (cd. *causam dans*) è un vizio della volontà consistente in un determinato ed oggettivo fatto

¹³ *In terminis*, Cass. 2641/1993, quanto alla testimonianza del dipendente di banca in una causa promossa contro l'istituto di credito.

Il Cons. di. est.
Don. G. Rago

esterno concretizzatesi in una condotta maliziosa posta in essere dal *deceptor* ed idonea, in concreto, ad ingannare la controparte inducendola a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe stipulato¹⁴;

ELEMENTO SOGGETTIVO: Il dolo determinante richiede, quale elemento soggettivo, la volontarietà dell'inganno (*animus decipiendi*), consistente nella conoscenza, da parte dell'agente, della falsa rappresentazione della realtà indotta nella vittima, unitamente al convincimento che sia possibile determinare la volontà altrui alla conclusione del contratto¹⁵;

ELEMENTO OGGETTIVO: gli estremi essenziali del dolo, ai fini dell'annullamento del contratto, si concretano non in mere induzioni o in una qualunque influenza psicologica esercitata sulla volontà del contraente bensì in raggiri¹⁶ o artifici¹⁷, o anche semplici menzogne¹⁸ e reticenze, che riguardino circostanze determinative della volontà del contraente medesimo,

Il Cons. est
Dott. Rago

¹⁴ SSUU n° 1955/1996 - Cass. 5166/2003

¹⁵ Cass. 2104/2003 «Il dolo che vizia la volontà e causa l'annullamento del contratto implica la conoscenza da parte dell'agente delle false rappresentazioni che si producono nella vittima ed il convincimento che sia possibile determinare con artifici, menzogne e raggiri, inducendola specificamente in inganno, la volontà altrui; pertanto la reticenza e il silenzio non bastano a costituire il dolo se non in rapporto alle circostanze e al complesso del contegno che determina l'errore del *deceptus*, che devono essere tali da configurarsi quale malizia o astuzia volta a realizzare l'inganno perseguito»

¹⁶ Il raggio consiste in ogni avvolgimento subdolo dell'altrui psiche (intelligenza e sentimento) tale da cagionare un errore mediante una falsa apparenza logica o sentimentale.

¹⁷ E' la cd *machinatio* e cioè l'ipotesi più classica e sulla quale non è mai sorta alcuna disputa né in dottrina né in giurisprudenza, e consistente cioè nell'astuta finzione o in un abile celamento atto a dare ad altri la percezione di una falsa apparenza materiale, positiva o negativa.

¹⁸ La menzogna (e la stessa reticenza) consiste in un comportamento che si pone agli antipodi della *mise en scène* tipica della *machinatio*: di conseguenza, per assumere rilievo, ai fini del dolo, occorre la prova che, avute riguardo all'atto impugnato e alle condizioni soggettive del *deceptus*, la medesima sia stata tale da indurre costui in errore: Cass. 7472/1983

ra
ve
- Oc
ci
il
in
ir
a
D
fi
e
- N
le
a
- P
P
C
S
C
19 Cas
20 Cas
21 C.
neces
il dol
22 SS
suffic
artifi
causi
quest
23 Ca
non
contr

rappresentando come veri dei fatti falsi o occultando dei fatti veri¹⁹;

- OGGETTO DEL DOLO: l'ellittica formulazione dell'art. 1439/1 c.c. che richiede solo la prova che il contraente non avrebbe stipulato il contratto senza i raggiri, consente di affermare che il dolo deve

incidere sulla fase formativa del negozio impugnato, rimanendo irrilevante ogni condotta successiva alla stipula²⁰, sicché può avere ad oggetto i presupposti, gli elementi, gli effetti, l'esecuzione nonché i motivi di fatto del contratto, non essendo necessario, ai fini dell'annullamento, che l'errore ricada su un elemento essenziale (ex art. 1429)²¹;

- NESSO CAUSALE: deve sussistere un nesso causale fra i raggiri (o le menzogne) messi in atto dal *deceptor* ed il consenso prestato dal *deceptus*²²;

- PREGIUDIZIO PATRIMONIALE: la normativa sul dolo non include il pregiudizio patrimoniale del *deceptus* come elemento strutturale della fattispecie: da ciò consegue che, ai fini dell'annullamento, è sufficiente la prova della lesione della libertà contrattuale perché è questa che la norma tutela²³;

Il Cons. del. est.
Dott. G. Rago

¹⁹ Cass. 5358/1982

²⁰ Cass. 4409/1999

²¹ Cass. 975/1995 L'azione di annullamento del contratto per dolo non richiede necessariamente che i raggiri posti in essere ricadano sulla causa del contratto, ben potendo il dolo incidere sui motivi che hanno indotto il "deceptus" alla conclusione dell'accordo

²² SSUU n° 1955/1996 - Cass. 20792/2004 «a produrre l'annullamento del contratto non è sufficiente una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente, ma sono necessari artifici o raggiri, o anche semplici menzogne che abbiano avuto comunque un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest'ultima»

²³ Cass. 140/1980 «Per la proposizione dell'azione di annullamento del contratto per dolo non occorre un nocumento patrimoniale del "deceptus", anche se il danno arrecato alla controparte può essere un elemento rivelatore dell'"animus decipiendi"»; Cass. 1717/1975

- CONDOTTA DELLA VITTIMA: sia nella ipotesi di dolo commissivo che in quella di dolo omissivo, gli artifici o i raggiri, la reticenza o il silenzio devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte, onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di

normale diligenza, giacché l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza²⁴;

che, sulla base della svolta istruttoria e della documentazione in atti, si può affermare che gli appellanti non sono gli sprovveduti investitori che vogliono far credere laddove si consideri:

- il ~~██████████~~, funzionario del Ministero delle Finanze, era perfettamente a conoscenza dei meccanismi e degli strumenti finanziari che offre in genere il mercato per gli investimenti²⁵;

- prima di effettuare l'ordine per cui è ora processo, aveva sottoscritto il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari nel quale, alla parte A, par. 1.3 (cfr *supra*) era espressamente indicato una regola che qualsiasi investitore ben conosce e cioè che più è elevato il rendimento che l'emittente offre più è elevato il rischio;

- nel caso di specie, come bene stigmatizza l'appellata «il ~~██████████~~,

ha ritenuto annullabile il contratto anche in un'ipotesi in cui il *deceptus* aveva tratto un vantaggio dalla conclusione del medesimo;

²⁴ Cass. 20792/2004 -

²⁵ La Bam ha provato che gli appellanti ~~██████████~~, negli anni '90, un contratto di gestione «del tipo C3 (secondo le classificazioni interne di Bam), ossia aperta all'investimento in titoli esteri sino al 25% del capitale investito e dell'investimento in titoli azionari italiani sino al 50% del patrimonio»: cfr pag 3 comparsa di risposta di primo grado, mai contestata dagli appellanti.

E' provato, inoltre, che gli appellanti avevano investito una notevole somma presso una SICAV, tramite la Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza (cfr pag. 4 ss comparsa di risposta Bam primo grado).

Il Cons. est.
Dott. Rago

con
401
sul
ca
all
- la
rite
ch
svi
Ri
ug
che,
consi
effett
deter
della
fatis;
sia l'
quar
ad ef
solo
parti
dell'
che,
erroi

con un investimento di circa 239.000 dollari americani si assicura 400.000 dollari di obbligazioni con rendimento elevato (11,37% sul nominale di 400.000 \$). Il Gambuti avrebbe così incassato una cedola annuale di oltre 40.000 \$ e ottenuto a scadenza il rimborso alla pari della somma investita (plusvalenza di circa 160.000 \$)»;

la Banca, si rifiutò espressamente di effettuare l'operazione ritenendola inadeguata ma il Gambuti, credendo evidentemente che l'Argentina fosse il paese della cuccagna per gli investitori, svincolò la somma che aveva investito presso la Cassa di Risparmio, perdendoci anche £. 120.000.000, ed ordinò ugualmente di procedere all'acquisto;

che, pertanto, sulla base di tali fatti, non si capisce in cosa sarebbe consistito il dolo perpetrato dal Gambuti il quale, più che rifiutarsi di effettuare l'operazione, non poteva di certo fare di fronte alla determinazione del Gambuti di investire ugualmente in obbligazioni della Repubblica Argentina: mancano, in altri termini, nella fattispecie in esame, tutti gli elementi della struttura del dolo, ossia sia l'elemento soggettivo che oggettivo (il Gambuti, contrariamente a quanto sostenuto dagli appellanti, non li indusse, con artifici o raggiri, ad effettuare l'investimento, ma lo effettuò dopo che si era rifiutato e solo dopo il preciso ordine del Gambuti), valutati alla luce delle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell'appellante;

che, con un TERZO MOTIVO, gli appellanti sostengono che, erroneamente, il Tribunale non ha dichiarato la nullità dell'ordine del

Il Cons. rel. est.
Dott. G. Rago

19/9/2001 per violazione degli obblighi informativi di cui all'art. 28 e 29 regolamento Consob: sostengono, infatti, gli appellanti che «l'autorizzazione rilasciata non fosse affatto rispondente alla prescrizione di legge in quanto nella stessa manca "l'espresso riferimento alle avvertenze ricevute" e, quindi, sulla base del relativo documento, non è possibile stabilire quali effettive "avvertenze" l'investitore abbia ricevuto. Un'operazione di investimento ben può essere, infatti, inadeguata in relazione ad una molteplicità di cause, ognuna delle quali dev'essere opportunamente sottoposta all'attenzione dell'investitore»; in altri termini, gli appellanti si lamentano che il ~~M...~~ non li mise in guardia sulla probabile insolvenza della Repubblica Argentina; che, sul punto, gli obblighi previsti dall'art. 28 reg. Consob²⁶,

Cons. est
Rago

²⁶ Art. 28 «1. Prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono:

a) chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio. L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore;

b) consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'Allegato n. 3.

2. Gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento.

3. Gli intermediari autorizzati informano prontamente e per iscritto l'investitore appena le operazioni in strumenti derivati e in warrant da lui disposte per finalità diverse da quelle di copertura abbiano generato una perdita, effettiva o potenziale, pari o superiore al 50% del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista e garanzia per l'esecuzione delle operazioni. Il valore di riferimento di tali mezzi si ridetermina in occasione della comunicazione all'investitore della perdita, nonché in caso di versamenti o prelievi. Il nuovo valore di riferimento è prontamente comunicato all'investitore. In caso di versamenti o prelievi è comunque comunicato all'investitore il risultato fino ad allora conseguito.

4. Gli intermediari autorizzati informano prontamente e per iscritto l'investitore ove il patrimonio affidato nell'ambito di una gestione si sia ridotto per effetto di perdite, effettive o potenziali, in misura pari o superiore al 30% del controvalore totale del patrimonio a disposizione alla data di inizio di ciascun anno, ovvero, se successiva, a quella di inizio del rapporto, tenuto conto di eventuali conferimenti o prelievi. Analoga informativa dovrà

risultar
Gambu
- fur
inv.
suo
risc
evi
ricl
- fu
- fu
inte
che, q
profilo

essere c
controva
5. Gli in
faccia ri
rimbors
²⁷ Il MA
analizza
Gambuc
congiun
capitolo
sul cap.
sopratt
che il p
emittent
rischio
titoli ad
²⁸ Art. 2
investite
2. Ai fi
di cui al
3. Gli in
una ope
opportu
corso al
sulla ba
su nast
alle avv

risultano regolarmente adempiuti laddove si consideri che al Gambuti:

- furono chieste le «notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio», come risulta dal doc. 6 nel quale, peraltro, viene evidenziato che il Gambuti si rifiutò di fornire le informazioni richieste in ordine alla sua situazione finanziaria;
- fu consegnato il documento sui rischi;
- fu perfettamente informato dal Gambuti che l'investimento che intendeva effettuare era altamente rischioso²⁷;

che, quanto alla pretesa violazione dell'art. 29 reg. Consob²⁸, sotto il profilo che l'oggetto dell'avvertimento dovrebbe risultare per iscritto,

il Cons. reg. est.
Dott. G. Fago

essere effettuata in occasione di ogni ulteriore riduzione pari o superiore al 10% di tale controvalore.

5. Gli intermediari autorizzati mettono sollecitamente a disposizione dell'investitore che ne faccia richiesta i documenti e le registrazioni in loro possesso che lo riguardano, contro rimborso delle spese effettivamente sostenute»

²⁷ Il MARANI, interrogato come teste all'udienza del 24/10/2003, sul cap. 15 ("vero che analizzano i pro e i contro dell'investimento obbligazionario argentino, il Marani e il Gambuti discussero anche di argomenti quali il rating del titolo, il rischio paese, la congiuntura internazionale), ha risposto «E' vero affrontammo gli argomenti indicati nel capitolo, con riguardo alle obbligazioni argentine, a quelle brasiliane e a quelle ucraine», sul cap. 16 ("vero che il Marani evidenziò al Gambuti che il tasso di interesse elevato e, soprattutto, la relativamente bassa quotazione dei titoli argentini, erano connesse al fatto che il mercato valutava tali titoli maggiormente rischiosi rispetto a quelli offerti da altri emittenti internazionali"), ha risposto: «E' vero, evidenziai adeguatamente il fattore di rischio connesso al rischio delle obbligazioni argentine. Feci presente che si trattava di titoli ad alto rischio»

²⁸ Art. 29 «1. Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione.

2. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati.

3. Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute».

rileva questa Corte che il suddetto articolo non prevede tale formalità laddove si consideri:

IL CASO.it

- l'art. 29 va letto in uno con l'art. 28 (esplicitamente richiamato) che stabilisce che gli intermediari possono effettuare o consigliare operazioni solo dopo aver fornito all'investitore «informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento»: l'informazione può essere scritta ma nulla esclude che possa essere anche orale perché nel nostro ordinamento vige la regola della libertà di forme *tranne* nei casi in cui la legge preveda espressamente una determinata forma;
- lo stesso principio si trova ripetuto nell'art. 29/3 il quale richiede solo che, per iscritto, risulti «l'esplicito riferimento alle avvertenze ricevute» nel caso in cui l'investitore intenda comunque dare corso ad un'operazione che l'intermediario giudica non adeguata;
- l'avvertimento quindi, è l'unico elemento che si richiede per iscritto, perché, per la sua solennità, è tale da poter mettere in guardia l'investitore, di farlo riflettere e porlo di fronte alle proprie responsabilità: in altri termini, la *ratio* sottesa a tale disposizione consiste nel fatto che, quando si passa dalle parole (*rectius*: informazioni) ai fatti (*rectius*: investimento vero e proprio), l'avvertimento diventa l'unico elemento che, anche a livello psicologico, è in grado di svegliare dalla *trance* speculativa l'investitore ingolosito da strabilianti opportunità finanziarie,

Il Cons. est
Dott. Rago

av
to
m
e:
ne
pe
de
ac
av
pr
de
che,
sente
esclu.
art. 2
29 Non
violazi
sorgen
inform
30 Art.
interes
2. Gli
proprie
deriva
rappor
inform
nell'op
all'effe
l'assol
parte
suppor
3. Ov
preced
l'indie
E' opp
lett. e
access

avvisandolo che, una volta compiuto l'investimento, non può più tornare sulla decisione presa: da qui un invito a riflettere e a meglio ponderare sulla azzardata scelta che si accinge a compiere e sulla quale è stato precedentemente edotto;

- nel caso di specie, è provato che il ~~Sambati~~ persona già di per sé perfettamente in grado di valutare l'alta rischiosità dell'investimento sulle obbligazioni argentine, venne prima adeguatamente informato dei rischi cui andava incontro e, poi, avvertito per iscritto: di conseguenza, essendo stata tutta la procedura rispettata, la doglianza di nullità dell'ordine²⁹ dev'essere respinta;

che, con un QUARTO MOTIVO, gli appellanti censurano l'impugnata sentenza sostenendo che il primo giudice avrebbe «erroneamente escluso la violazione delle norme regolanti i conflitti di interesse ex art. 27 regolamento Consob³⁰»: sostengono, infatti, gli appellanti che

Il Cons. est. est.
Dott. G. Rego

²⁹ Non è inopportuno rilevare, peraltro, che, come ha statuito Cass. 19024/2005, la violazione degli obblighi informativi incombenti sugli intermediari finanziari determina il sorgere di una responsabilità precontrattuale, attesa la riconducibilità di tali obblighi informativi alla clausola generale di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.

³⁰ Art. 27: «1. Gli intermediari autorizzati vigilano per l'individuazione dei conflitti di interessi.

2. Gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o da altri rapporti di affari propri e di società del gruppo, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione. Ove l'operazione sia conclusa telefonicamente, l'assolvimento dei citati obblighi informativi e il rilascio della relativa autorizzazione da parte dell'investitore devono risultare da registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente.

3. Ove gli intermediari autorizzati, al fine dell'assolvimento degli obblighi di cui al precedente comma 2, utilizzino moduli o formulari prestampati, questi devono recare l'indicazione, graficamente evidenziata, che l'operazione è in conflitto di interessi».

E' opportuno rilevare che l'art. 27 costituisce un'applicazione del disposto dell'art. 21/1 lett. c dlgs 58/1998 a norma del quale «Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono [...] organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il

i rapporti fra la BAM e la Arcadia Securities (ossia la società di diritto svizzero dalla quale l'appellata acquistò i titoli per cui è processo), «non sono stati chiariti a causa di un errore del Ctu che, contrariamente al vero, ha ritenuto cessata detta società senza effettuare alcuna indagine al riguardo»³¹;

che, la questione preliminare consiste, ovviamente, nella prova del rapporto di conflitto di interessi che, secondo gli appellanti, legherebbe l'appellata con la Arcadia Securities, prova che, contrariamente a quanto ritenuto dagli appellanti, non spetta fornire

rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento».

³¹ La censura degli appellanti, nei suoi esatti termini, è così articolata: «il giudice di primo grado ha conferito incarico al CTU di accertare, anche mediante informazioni assunte presso la Consob, quali fossero, alla data 21 settembre 2001, i rapporti intercorrenti tra la Banca Agricola Mantovana e la società Arcadia Securities. Il CTU ha del tutto omesso il relativo accertamento limitandosi ad affermare che la suddetta società Arcadia Securities, di diritto svizzero, non risultava più operativa (pag. 15 della relazione peritale) e, sulla base di tale affermazione, non ha effettuato alcuna indagine. La predetta affermazione del CTU è stata, però, documentalmente smentita dalla produzione (CTP di parte attrice) di certificazione del Registro di Commercio del Distretto di Lugano, che in ogni caso qui nuovamente si allega (doc. n° 3) comprovante come detta società sia, invece, tutt'ora attiva ed operante. Il Tribunale, quindi, avrebbe quantomeno dovuto disporre un effettivo supplemento di perizia per ottenere risposta all'accertamento da esso stesso già disposto e sciogliere l'importante questione relativa alla natura dei rapporti (non solo di gruppo, ma anche, come recita l'art. 27 del regolamento, "di affari") intercorrenti, al settembre 2001, tra la predetta Arcadia Securities e la BAM. Oltre a quanto sopra gli attori hanno evidenziato come l'esistenza di rapporti di gruppo i affari tra la BAM e la predetta Arcadia Securities, fosse comunque desumibile dai seguenti elementi: 1) la società Arcadia Securities ha sede all'estero; 2) la transazione è avvenuta al di fuori dai mercati regolamentati e, come riferito dal CTU, anche al di fuori dei circuiti di norma utilizzati dalla stessa BAM (vedasi circuito Bloomberg utilizzato nella transazione con MPS Finance), e, anzi, mediante una semplice telefonata; 3) in un momento in cui già da due mesi era "scattato l'allarme rosso sui titoli argentini e nel quale sul mercato non poteva non esservi un eccesso di offerta, solo l'esistenza di un particolare interesse possono avere determinato BAM a rivolgersi per l'acquisto e con le predette modalità (per telefono) ad una società straniera; 4) anche in questo caso il prezzo praticato da Arcadia Securities è stato superiore al prezzo di mercato come riportato dal "Sole 24 Ore" (59,50 richieste da Arcadia contro 57,85 del "Sole 24 Ore"); 5) la stessa BAM, non ostante gli oneri probatori su di lei incombenti ex art. 23 ultimo comma D. Lgs. n° 58/98, nulla ha prodotto o allegato, né ha indotto testimoni per chiarire la natura dei rapporti intrattenuti con la Arcadia Securities e dimostrare l'insussistenza di rapporti rilevanti ai fini di cui all'art. 27 Regolamento Consob e, per l'effetto, dimostrare, anche relativamente a tale rilevante questione, di avere agito con la specifica diligenza richiesta dalla legge.

Trattasi di elementi univoci e concordanti idonei a costituire prova presuntiva circa la sussistenza di rapporti di gruppo o a di affari tra BAM e Arcadia Securities»

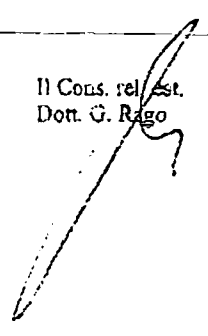
Il Con. est
Dott. Rago

all'app
un far
d'inte
l'art.
d'inte
due n
non p
dann
per i
sintol
strutt
aven
sono
risar
a tut
quin

³² La
invoc
6584
³³ Ar
die s
prov
il
nell'
speci
³⁴ E'
per
rapp
la g
Cass
rapp
la D
dau
cost
(Cas
rapp

all'appellata (la quale non può essere gravata della prova negativa di un fatto) ma a chi invoca la violazione della norma sul conflitto d'interessi e, quindi, nella fattispecie, agli stessi appellanti³²: infatti, l'art. 23 u.c. dlgs 58/1998³³ non è invocabile perché il conflitto d'interessi non ha nulla a che vedere con la diligenza, atteso che le due norme tutelano due distinti interessi giuridici³⁴ tant'è che l'art. 27 non prevede fra i requisiti della fattispecie (ossia l'annullamento) il danno in ciò allineandosi alla norma generale di cui all'art. 1394 c.c. per il quale il danno (anche solo potenziale) è solo un elemento sintomatico del conflitto di interessi e non un requisito della struttura³⁵, laddove l'art. 23 prende in considerazione il giudizio avente ad oggetto l'azione risarcitoria. In altri termini, gli artt. 23 e 27 sono due norme che riguardano due diverse azioni (l'una, l'azione di risarcimento dei danni, l'altra, l'azione di annullamento) e sono poste a tutela di diversi interessi giuridici (artt. 1175 - 1176 c.c.): non è, quindi, corretto invocare per l'azione di annullamento di cui all'art.

Il Cons. rel./est.
Dot. G. Rago



³² La norma ha la stessa struttura dell'art. 1394 c.c. in quanto l'annullabilità può essere invocata solo dal rappresentato al quale, quindi, spetta il relativo onere probatorio: Cass. 6534/1984

³³ Art. 23 u.c. «nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta»

³⁴ Il divieto del conflitto di interessi è posto a presidio dell'obbligo di correttezza nell'attuazione del rapporto giuridico (art. 1175 c.c.), laddove la diligenza costituisce uno specifico e distinto obbligo previsto dall'art. 1176 c.c.

³⁵ È noto che, sia in dottrina che in giurisprudenza, si discute se la situazione di conflitto, per essere giuridicamente rilevante, debba produrre un danno patrimoniale effettivo al rappresentato o, viceversa, se sia sufficiente un danno meramente potenziale. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti (Cass. 16708/2002 - Cass. 8879/2000 - Cass. 4505/2000 - Cass. 13708/1999) ritengono non necessaria la prova di un danno effettivamente patito dal rappresentato (la legge, infatti, intende proteggere costui per il solo fatto che è stata violata la norma di correttezza gravante sul rappresentante), essendo sufficiente anche un mero danno potenziale che, quindi, diventa il sintomo del conflitto d'interessi ma non elemento costitutivo della fattispecie. Altra parte della dottrina, seguita da giurisprudenza minoritaria (Cass. 1852/1970 - Cass. 285/1962), ritiene, invece, che occorre la prova che il rappresentato ha subito un danno concreto ed effettivo.

27, l'onere probatorio gravante sull'intermediario per le azioni risarcitorie ex art. 23;

che, nella fattispecie, al di là di quanto (non) accertato dal Ctu, resta il fatto che lo stesso Ctp null'altro ha potuto appurare, in ordine alla Arcadia Securities, che si tratta di «una società anonima con azioni al

portatore e un capitale sociale di un milione di franchi svizzeri. Rappresentanti e procuratori risulterebbero, con facoltà diverse, i signori ~~Maria Monica~~, ~~Ruggi Fabrizio~~ (presidente) e ~~Nicola~~ ~~Mariano~~»³⁶;

che, infine, gli elementi indiziari indicati dagli appellanti e dai quali si dovrebbe desumere il conflitto d'interessi, sono del tutto neutri e poco significativi;

che, con un QUINTO MOTIVO, gli appellanti sostengono che il Tribunale avrebbe, da una parte, errato nel ritenere opponibili i contratti di investimento alla ~~Menani~~ e, dall'altra, nulla avrebbe statuito sulla questione attinente la illegittimità degli addebiti sul conto corrente per i quali, era invece, necessaria la firma congiunta;

che, in fatto, può affermarsi che:

- nell'atto di citazione di primo grado, la Menani (pag. 14 - 15) si limitava a *rilevare* che la propria firma era stata apposta dal marito il quale, però, era «sprovvisto di procura scritta sia per stipulare i contatti, sia per sottoscrivere le ulteriori autorizzazioni»: da qui l'inopponibilità nei suoi confronti dei contratti e delle correlative autorizzazioni e, quindi, l'obbligo della banca di restituirle

³⁶ cfr lettera del Ctp allegata all'integrazione alla Ctu depositata il 12/9/2003

Il Consulente
Dott. Rago

qu
ne
di
de
o:
p
ti
c
c
c
ch

quantomeno la metà delle somme investite;

- nel costituirsi in giudizio, la BAM «prende(va) atto delle dichiarazioni di controparte in ordine alla mancata apposizione delle firme su alcuni contratti da parte della sola Menani» ed osservava che la ~~Menani~~ non aveva mai contestato l'addebito del proprio conto corrente effettuato in conseguenza dell'acquisto dei titoli in forza di ordine regolarmente conferito alla Bam da parte del sign. ~~Gambati~~: pertanto «l'unica conseguenza giuridica derivante dall'eventuale nullità del contratto di deposito titoli o del contratto di negoziazione apparentemente sottoscritti dalla ~~Menani~~ è la perdita per quest'ultima della cointestazione dei titoli caricati in deposito»;

il primo giudice, ha ritenuto, infine, che «la banca si è limitata a prendere atto delle affermazioni di controparte senza riconoscere alcunché, occorre infatti rilevare che incombeva sugli attori ex art. 2697 c.c. l'onere, dai medesimi non assolto, di provare il proprio assunto laddove l'acquisto deve ritenersi formalmente regolare posto che il contratto prevedeva un'operatività con firma disgiunta e che l'ordine è stato imparuto dal ~~Gambati~~»

che, sulla base di quanto sopra, deve ritenersi:

- la ~~Menani~~, a ben vedere, non ha mai formalmente disconosciuto la propria scrittura, così come prevede espressamente l'art. 215 c.p.c., sicché la BAM non aveva alcuna necessità di proporre istanza di verificaione: sotto questo primo profilo, quindi, la decisione del primo giudice non appare affatto censurabile;

Il Cons. rel. est.
Dott. G. Pigo



IL CASO.it

- a ciò aggiungasi che neppure l'appellante ~~M...~~ sa ben dire quali delle firme apposte sui vari documenti non sarebbero di suo pugno, essendosi limitata a richiamare (pag. 14 atto di citazione di primo grado) i «vari documenti»: il che rende, anche sotto questo ulteriore profilo, del tutto inammissibile la pretesa della Menani di disconoscimento formale della propria sottoscrizione non avvenuta né nell'atto di citazione né tantomeno dopo che la B.a.m., nel costituirsi in giudizio, aveva prodotto una serie di documenti firmati sia dal ~~C...~~ che dalla ~~M...~~;

- infine, quanto alla necessità delle firme congiunte, in ordine agli addebiti sul conto corrente, è sufficiente rilevare che, contrariamente a quanto ritenuto dagli appellanti, sul suddetto conto, come provato documentalmente dalla Banca, potevano operare disgiuntamente entrambi, sicché nessuna colpa può essere ravvisabile nel comportamento tenuto dalla Banca la quale non era tenuta ad indagare se il ~~C...~~ agisse d'accordo o contro la volontà della moglie, la quale, quindi, se ha qualcosa di cui dolersi, non può che rivolgersi al marito;

che, con un SESTO MOTIVO, gli appellanti censurano l'impugnata sentenza nella parte in cui il primo giudice, ha negato la rivalutazione monetaria concedendo i soli interessi legali;

che, la doglianza va disattesa non solo perché la domanda non era stata mai proposta³⁷, ma anche sulla base dell'assorbente considerazione che il tasso di interessi legali, per il periodo

³⁷ Cfr conclusioni riportate in epigrafe dell'impugnata sentenza

cons
tass
spet
che
«Tr
infe
mis
che
-
-
-
-
che
inc
gra
La
ist
L'
Lu
M:

Cons est
Dott. Rago



IL CASO.it

considerato, è stato addirittura superiore (o comunque, uguale) al tasso inflattivo, sicché, trattandosi di danno di valuta, nulla può spettare, a tale titolo, agli appellanti;

che, infine, con un SETTIMO MOTIVO, gli appellanti sostengono che il «Tribunale ha quantificato le spese di lite in misura notevolmente inferiore al reale e, per di più, ha compensato le spese liquidate nella misura della metà sul presupposto di una reciproca soccombenza»;

che, anche tale doglianza, va disattesa laddove si consideri:

- gli appellanti nulla hanno addotto di specifico in ordine al fatto che il primo giudice ha decurtato le spese esposte, limitandosi ad una generica censura che, per ciò solo, la rende inammissibile;
- la compensazione, poi, è ineccepibile in quanto non vi è alcun dubbio sul fatto che gli appellanti sono rimasti soccombenti su una parte della domanda;

che, atteso l'esito del presente giudizio (inammissibilità appello incidentale e reiezione appello principale) anche le spese del presente grado vanno interamente compensate;

P.Q.M.

La Corte d'appello di Brescia seconda sezione civile ogni contraria istanza disattesa

RESPINGE

L'appello principale proposto da ~~_____~~ ~~_____~~ e ~~_____~~ contro la sentenza n° 453 pronunciata dal Tribunale di Mantova in data 18/3 – 27/4/2004

DICHIARA

Il Cons. rel. est.
Dott. G. Pigo

Inammissibile l'appello incidentale proposto da Monte dei Paschi di Siena e Banca Agricola Mantovana s.p.a., in persona dei suoi legali rappresentanti

COMPENSA

Integralmente fra le parti le spese del presente grado di giudizio

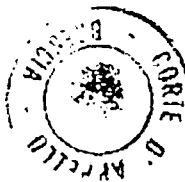
Brescia 8/11/2006

IL PRESIDENTE

(Dott. G. Cusimano)

IL CONSIGLIERE EST.

(Dott. G. Rago)



IL CANCELLIERE C1
Giuseppe Pasquarella

DEPOSITATO NELLA CANCELLERIA
DELLA CORTE D'APPELLO DI BRESCIA

OGGI 10 GEN 2007

IL CANCELLIERE C1
Giuseppe Pasquarella

N° *uno* Copia autentica urgente per
Rilasciate all'Avv. *Luigi Ferraro*
Diritti copia e urg. Lit. *---*
Diritti conformità Lit. *€ 30,98 (urg)*
Diritto registr.ne Lit. *---*
Brescia, il **26 GEN. 2007**

IL CANCELLIERE C1
Giuseppe Pasquarella

1011 Copie
Rilasciate all'Avv. *Luigi Ferraro* Lit. *---*
V. *---* Lit. *---*
V. *---* Lit. *---*
Brescia, il **26 GEN. 2007**
IL CANCELLIERE C1
