

22/5/2014

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Cronologico n. 14314
Repertorio n. 5290

Il Tribunale di Perugia, III Sezione Civile, in composizione collegiale, composto dai Sigg. Magistrati:

DOTT.SSA MARIA L. LUPO
DOTT. UMBERTO RANA
DOTT.SSA ARIANNA DE MARTINO
ha pronunciato la seguente

Presidente
Giudice
Giudice est.
AVVISO TELEMATICO
IL 29-12-14
Avv. A. Pottini
[Redacted]

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al N. 3324/2009 R.G.

TRA

[Redacted], rappresentate e difese giusta procura in calce all'atto di citazione dall'avv. Alessio Pottini ed elettivamente domiciliate presso il suo studio in Perugia, via G.B.Pontani n. 3

ATTRICI

CONTRO

[Redacted], in persona del Presidente del CDA, rappresentata e difesa giusta delega in calce all'atto di citazione notificato dall'avv. [Redacted] ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. [Redacted]

CONVENUTA

NONCHE'

[Redacted]

CONVENUTA CONTUMACE

Avente ad oggetto: intermediazione finanziaria
sulle seguenti conclusioni:

DIRITTO DI REPERTORIO
ASSOLTO MEDIANTE VERSAMENTI
DI CONTRIBUTO UNIFICATO

M

all'udienza del 23/5/2014 le parti concludono riportandosi a tutti i precedenti scritti difensivi e in particolare alle note conclusionali depositate.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Le attrici hanno convenuto in giudizio [REDACTED] esponendo di essere eredi del portafoglio finanziario del dott. [REDACTED] che a partire dal 1992 il patrimonio mobiliare della famiglia era stato seguito dalla [REDACTED], all'epoca addetta alla filiale di [REDACTED]; che nel 1998 la [REDACTED] si era iscritta all'albo dei promotori finanziari ed era transitata nei ruoli di [REDACTED], che in virtù del rapporto di fiducia venutosi ad instaurare la [REDACTED] aveva persuaso il dott. [REDACTED] a trasferire tutti gli investimenti in essere presso l'Istituto [REDACTED], man mano che venivano a scadenza, presso la banca [REDACTED], che anche dopo la morte del dott. [REDACTED] era proseguito il rapporto fiduciario con la [REDACTED], la quale aveva piena autonomia di gestione dell'ereditato portafoglio finanziario; che sul finire del 2003 le attrici, che avevano sempre raccomandato alla promotrice prudenza e cautela ebbero l'impressione che i bollettini rassicuranti di quest'ultima non trovassero riscontro nella documentazione ufficiale della Banca (nel frattempo i rapporti in essere con [REDACTED] erano stati trasferiti a [REDACTED]); che solo nel 2005, cessato ogni rapporto della [REDACTED] con l'Istituto avevano appreso che il loro portafoglio finanziario, inizialmente pari a circa un milione di euro, si era ridotto a meno di 200.000 euro e che in particolare non vi era traccia delle obbligazioni cartolarizzate MPS il cui acquisto era stato caldeggiato dalla [REDACTED], che a seguito di indagini svolte da perito di parte era emerso che già a partire dal 2001 la CONSOB aveva irrogato alla [REDACTED], su denunce della stessa [REDACTED], sanzioni per aver contraffatto la firma degli investitori, non aver consegnato copia dei contratti, non aver regolarmente compilato i moduli di negoziazione e compiuto altre violazioni, tra cui anche l'appropriazione e distrazione di somme di denaro che

la clientela le aveva consegnato a scopo di investimento. Ciò premesso le attrici, nell'impossibilità di ricostruire compiutamente ed analiticamente tutti gli investimenti gestiti per loro conto dalla ██████████ contestano alcune singole operazioni: 1) l'acquisto di opzioni PUT, tramite il prodotto BTP Tel o BTP Index, in tre tranches negli anni 99 e 2000, in relazione al quale si lamentano diverse violazioni: inesistenza di accordo scritto, inesistenza di contratto quadro, violazione degli obblighi di informazione passiva ex artt. 21 TUF e 28 reg. Consob 11522/98, mancata consegna del documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, violazione dell'obbligo informativo dell'investitore e di valutazione dell'adeguatezza dell'operazione, violazione del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interesse, violazione del divieto di eseguire operazioni fuori dei mercati regolamentati in assenza delle condizioni previste dall'art. 8 reg. Consob 11768/98; 2) acquisto delle cosiddette obbligazioni cartolarizzate MPS. Le attrici assumono che nel 2003 la promotrice ██████████ avrebbe caldeggiato l'acquisto di uno strumento finanziario denominato "obbligazione cartolarizzata" emessa da MPS che avrebbe garantito un flusso cedolare più alto dei BOT, senza presentare i rischi di uno strumento azionario. Per l'acquisto era però necessario conferire alla Banca denaro fresco, ossia proveniente da altri istituti. Pertanto la ██████████ avrebbe consigliato un escamotage: trasferire via via denaro contante da ██████████ ██████████ presso i cui sportelli le attrici avevano ancora conti correnti, e poi di nuovo all'istituto salentino tramite consegna diretta del contante alla ██████████, che ne rilasciava ricevuta su moduli di ██████████. In particolare la signora ██████████ rimetteva alla ██████████ perché ne acquistasse obbligazioni cartolarizzate MPS euro 370.000, di cui 250mila documentati da ricevute rilasciate su moduli dell'istituto, 30mila in base a dichiarazione autografa dell'accipicns, i restanti 90 mila provati tramite indizi gravi, precisi e concordanti. La signora ██████████ ██████████ avrebbe invece consegnato alla promotrice denaro di sua esclusiva pertinenza per euro 26.700.



Successivamente le attrici erano state insospettite dal fatto di non aver ricevuto formale comunicazione dalla banca sulle operazioni effettuate; in seguito avevano ricevuto per posta una serie di missive che avevano l'aspetto ufficiale di documenti ufficiali della Banca intermediaria. A seguito di ulteriori approfondimenti la ~~banca~~ aveva rilasciato una dichiarazione autografa di impegno a sistemare la posizione delle attrici, tuttavia era emerso che presso l'istituto convenuto non vi era traccia né delle citate obbligazioni né dei risparmi delle attrici; che anche tale investimento sarebbe affetto dalle molteplici violazioni indicate per le opzioni PUT; 3) con ordine di negoziazione del 10/4/2003 le attrici acquistavano obbligazioni Parmalat per nominali euro 30.000, rivendute il 18/12/2003, pochi giorni prima del crack, al prezzo di euro 16.745,77, con una perdita di euro 13.254,23; che anche tale operazione sarebbe nulla per difetto di accordo quadro, ed affetta da violazione degli obblighi informativi e degli ulteriori previsti dalla normativa di settore. Chiedevano pertanto in via principale, accertata e dichiarata la nullità dei contratti relativi al prodotto finanziario BPT Tel o Index o Online, limitatamente alla parte con cui vengono cedute le opzioni Put, condannare ~~la banca~~ restituire alle attrici la somma di euro 174.053,58 pari alle somme trattenute e contabilizzate a titolo di differenziale o perdita per l'esercizio delle opzioni suddette, oltre interessi dai singoli prelievi al soddisfo e maggior danno ex art. 1224 c.c.; in via alternativa a quanto sopra esposto dichiarare la nullità parziale del contratto e per l'effetto dichiarare l'inefficacia dei negozi di investimento sopra menzionati, condannando ~~la banca~~ a restituire alle attrici a titolo di indebito la somma di euro 174.053,58 pari alle somme trattenute e contabilizzate a titolo di differenziale o perdita per l'esercizio delle opzioni suddette, oltre interessi dai singoli prelievi al soddisfo e maggior danno ex art. 1224 c.c.; in via subordinata rispetto alle domande 1 e 2 condannare ~~la banca~~ a pagare alle attrici in solido a titolo di risarcimento del danno la predetta somma di euro 174.053,58 oltre rivalutazione, o quella ritenuta di giustizia;

condannare altresì ~~MBB~~ e ~~F...~~ in solido a restituire alle attrici la somma di euro 370.000 oltre rivalutazione e danno morale e a ~~Donatella Costantini~~ l'ulteriore somma di euro 26.700, sempre maggiorata di rivalutazione e danno morale; ancora, condannare la Banca convenuta alla restituzione della somma di euro 13.254,23, pari al prezzo corrisposto per l'acquisto dei bond Parmalat al netto della somma ricavata dalla loro cessione, oltre interessi dalla domanda al soddisfo e maggior danno, sul presupposto della nullità o risoluzione del contratto, o comunque la medesima somma rivalutata a titolo risarcitorio.

La Banca si è costituita eccependo preliminarmente il difetto di legittimazione attiva di ~~Donatella Costantini~~, nel merito ha chiesto il rigetto di tutte le avverse domande ed in subordine la riduzione del risarcimento ai sensi dell'art. 1227 c.c.; in via riconvenzionale condizionata alla declaratoria di nullità o di risoluzione dei contratti BTP Tel e BTP Index condannare le attrici alla restituzione del flusso cedolare derivante dai BTP inclusi nei prodotti in parola; in ogni ipotesi di accertamento di responsabilità della Banca dichiarare la signora ~~F...~~ tenuta a manlevare la banca. Ha esposto che le pretese avanzate dalle attrici ed illustrate sotto la voce opzioni PUT sono totalmente infondate ed insuffragate sia nell'an che nel quantum; che per quanto emerge dagli atti tra la ~~B...~~ e la ~~F...~~ vi era un vero e proprio rapporto di mandato nel senso che la prima aveva conferito alla seconda una sorta di procura generale a gestire i propri affari finanziari, e che comunque non era una risparmiatrice inesperta e inconsapevole; che non vi è la minima prova circa il fatto che le somme prelevate fossero destinate alla sottoscrizione di un investimento presso la banca convenuta; che la responsabilità della banca ex art. 31 TUF non vale ad esonerare il cliente dall'osservare una condotta improntata a diligenza, correttezza e buona fede, nella fattispecie infatti la signora ~~F...~~ avrebbe effettuato queste erogazioni per oltre un anno senza mai pretendere raggugli dalla banca pur in presenza di anomalie riscontrate in

precedenti investimenti; che le stesse considerazioni valgono per la signora ~~Donatella Santillo~~, che è palese la non genuinità del documento 78 di parte attrice, che per formattazione e stile non poteva dirsi proveniente da istituto di credito; che nessun contratto di amministrazione e custodia titoli era mai stato sottoscritto tra la banca e le odierne attrici; che le operazioni relative alle opzioni PUT sono state effettuate sulla base di contratti quadro del 14/5/99 e del 7/6/99 e che pure hanno forma scritta i tre ordini di acquisto; che le attrici sono state profilate dichiarando alta esperienza e propensione al rischio nonché obiettivi di investimento legati a rivalutabilità rapportata al rischio di oscillazione corsi; che è stato loro consegnato il documento sui rischi generali, sono state adeguatamente informate dei rischi dello strumento e che esso di presentava più che adeguato in relazione al loro profilo personale; che gli ordini di negoziazione recano l'avvertimento dell'operazione in conflitto di interessi; che la banca aveva acquisito la autorizzazione scritta delle clienti ad operare fuori dei mercati regolamentati.

Non si costituiva ~~Carla Esposito~~, ad onta della regolare notifica dell'atto introduttivo: ne va pertanto dichiarata la contumacia.

Dopo lo scambio delle memorie ex D Lgs 5/03 veniva ammessa ed espletata l'istruttoria, indi la causa veniva riservata per la decisione all'udienza del 23/5/2014.

Ciò premesso, in via preliminare l'eccezione di difetto di legittimazione attiva di ~~Donatella Santillo~~ va disattesa in quanto la stessa era cointestataria di un dossier titoli 22502 (doc. 6) non prodotto, collegato al c/c 185976 estinto, nonché del deposito titoli n. 42 (doc. 7 Banca), a firme disgiunte e del conto corrente sul quale confluivano gli investimenti per cui è causa. Sebbene quindi le operazioni per cui è causa siano state effettuate sempre dalla madre ~~Donatella Santillo~~ è evidente che, trattandosi di depositi cointestati sui quali le perdite subite sono state

contabilizzate, la legittimazione alla presente azione è sussistente per ciascuna delle attrici.

Sempre in via preliminare si osserva che la Banca in nessuno dei suoi scritti difensivi ha preso posizione in ordine all'acquisto delle obbligazioni Parlamat del 10/4/2003 per nominali euro 30.000,00. Le investitrici lamentano in proposito che i titoli in questione siano stati rivenduti pochi giorni prima del crack al prezzo di euro 16.745,77 con una perdita di euro 13.254,23. La mancata contestazione ai sensi dell'art. 10 comma 2 bis D Lgs 5/03 costituisce una relevatio ab onere probandi e consente di ritenere pacifici i fatti allegati dalle attrici e fondata la loro domanda. Oltretutto, ex art. 23 tuf è a carico dei soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di intermediazione mobiliare l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta e la banca, nulla argomentando o chiedendo di provare, non ha assolto tale onere.

La banca va dunque condannata al pagamento in favore delle attrici della somma di euro 13.254,23 oltre interessi dalla domanda al saldo, escluso il maggior danno ex art. 1224 comma secondo c.c. perché non provato.

Per quanto riguarda le opzioni PUT, le attrici sostengono che sarebbero stati effettuati, tra il 1999 e il 2000, cinque ordini di tali strumenti finanziari, che si caratterizzavano per la correlazione tra l'acquisto di buoni poliennali del tesoro e la vendita alla banca di un certo quantitativo di opzioni PUT collegate all'andamento dei corsi su titoli azionari. Lamentano che i contratti di cessione delle opzioni put sarebbero viziati per mancanza della forma scritta e mancata informazione su tipologia e quantità dei prodotti acquistati del loro prezzo base e sul premio di opzione, mancanza del contratto quadro, violazione degli obblighi di informazione passiva, mancata consegna documento sui rischi generali negli investimenti, violazione dell'obbligo di informazione anzi ingannevole, mancato avviso

inadeguatezza, conflitto interesse e di vieto di eseguire operazioni fuori dei mercati regolamentati .

La Banca replica producendo due contratti quadro e tre ordini di acquisto, ritenendo non provato l'acquisto della prima tranche di BTP e comunque non provate le perdite, poiché i conti correnti segnalano una serie di operazioni in derivati non ricollegabili con certezza ai contratti in oggetto. Hanno chiesto comunque la condanna delle attrici in via riconvenzionale a restituire alla banca le cedole percepite dai BTP inclusi nei prodotti in parola.

Esaminati i documenti prodotti, risultano infondate le seguenti domande delle attrici:

- nullità per mancanza di contratto quadro: la banca ha prodotto due contratti datati 14/5/1999 e 7/6/99 nonché contratto di negoziazione e ricezione /trasmissione di ordini su strumenti finanziari del gennaio 1999 sicché sotto questo aspetto tutte le operazioni si iscrivono in un quadro di regolarità documentale;
- mancata consegna del documento sui rischi generali negli investimenti; la banca ha provato di averlo consegnato agli attori che hanno firmato per ricevuta (doc. 6);
- violazione art. 27 reg. consob: gli ordini di acquisto prodotti dalla banca recano in grassetto l'avvertimento dell'operazione in conflitto di interessi.

Al contrario, la banca non ha provato di aver ottenuto l'autorizzazione del cliente alla esecuzione della negoziazione al di fuori dei mercati regolamentati ed il fatto che tale esecuzione consentisse di realizzare un miglior prezzo per il cliente.

Tra l'altro l'art. 8 reg. consob 11768/98 espressamente prevedeva che l'autorizzazione prevista dal comma 1, lettera a), deve essere conferita con riguardo a singole operazioni, per cui la banca non potrebbe certo giovare della generica previsione (che neppure rappresenta un'autorizzazione preventiva) del documento generale sui rischi negli investimenti.

Per quanto riguarda poi l'inosservanza dell'obbligo di forma scritta e l'indeterminatezza dell'oggetto, la banca ha prodotto 3 contratti di acquisto di opzioni PUT. L'ulteriore ordine del 25/5/1999, di cui è stata chiesta l'esibizione ex art. 210 c.p.c. non è stato prodotto dalla banca con la giustificazione che trascorsi dieci anni non vi è più l'obbligo di conservare la suddetta documentazione.

In realtà i doc. 23 e 26 delle attrici rappresentano prova adeguata dell'avvenuto acquisto di BTP per euro 116.000 ed euro 24.000, entrambi in portafoglio al 30/6/1999. Anche infatti a voler considerare privo di valenza probatoria ed inopponibile alla banca il prospetto doc. 24 attori, probabilmente compilato dalla Funaro, il doc. 26 rappresenta estratto conto titoli direttamente riferibile a Banca del ~~Salento~~. Oltretutto è pacifico il successivo acquisto di BTP per euro 24.000, 44.000 e 140.000, che la stessa banca documenta; considerato però che il conferimento d'ordine del 16/12/1999, doc. 29 attori, reca la dicitura "BTP Tel II tranche", così come il doc. 31 reca il riferimento "III tranche", appare più che verosimile che sia avvenuto in precedenza l'acquisto di una prima tranche di tale prodotto, anche se non ve ne è prova documentale diretta.

Quanto alle conseguenze della mancata produzione dell'ordine scritto, si osserva da un lato che solo il contratto quadro deve rivestire forma scritta a pena di nullità e non anche il singolo ordine di acquisto; nel caso di specie, oltretutto, difetterebbe la forma scritta solo per l'acquisto della prima tranche e, in tutti i casi, per il correlato acquisto del BTP, cioè del titolo correlato all'opzione put. Considerato però che parte attrice non ha censurato l'acquisto sotto tale aspetto e che trattasi di nullità relativa, essa non può essere dichiarata in mancanza di domanda.

Inoltre si evidenzia che i tre contratti prodotti recano l'indicazione sia dei titoli azionari di riferimento, che il corso strike e l'importo del premio, nonché, a pagina 2, il titolo di riferimento (BTP 1.1.2004 C.N.), sicché è infondata l'eccezione di indeterminatezza dell'oggetto.

Per quanto riguarda la violazione degli obblighi di informazione passiva, la banca ha prodotto sub 5 alcune schede per l'individuazione del profilo cliente a firma delle odierne attrici. Si evidenzia però che alcune di esse sono prive di data e che quelle recanti data del 30/3/2000 e 14/5/2001, nelle quali vengono indicati come obiettivi di investimento "prevalenza rivalutabilità rapportata al rischio di oscillazione corsi", esperienza finanziaria "alta" e propensione al rischio "alta" sono successive a parte degli acquisti delle opzioni PUT.

In particolare, gli acquisti successivi a tali dichiarazioni sono solo quelli del 31/10/2000 per euro 71.000 (doc. 44) e del 16/11/2000 per euro 10.000 (doc. 46).

Ciò premesso, si osserva che in materia vige la regola per cui (art. 23 TUF) è a carico dei soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di intermediazione mobiliare l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta; la natura della diligenza richiesta non può però che essere modulata in base al caso concreto, ed in particolare alle caratteristiche soggettive del cliente.

In ogni caso è pacifico che l'intermediario può desumere le informazioni di cui all'art. 28 del reg. Consob 11522 del 1998 da "*ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati*" (v. art. 29, co. 2, del regolamento citato) e, quindi, anche dalla documentazione in suo possesso rivelatrice in capo al cliente di una particolare esperienza in materia finanziaria, di obiettivi di investimento di tipo speculativo e di una spiccata propensione al rischio.

Nel caso di specie occorre quindi differenziare il contenuto degli obblighi a carico della banca. Nel caso degli acquisti effettuati nel corso del 1999 (doc. 23-26-29-30-31-32 attori e doc. 3 convenuta) la banca non ha provato di aver fornito informazione adeguate "sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione e del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento" (così l'art. 28 reg. 11522/98), dal momento che la sua difesa si è genericamente fondata sulla caratteristica dell'operazione (di

negoziazione), sull'esperienza delle clienti e sulla corretta informazione tramite i documenti che le investitrici hanno sottoscritto. Da un lato però la banca non poteva trarre alcuna informazione rilevante dalla profilazione, effettuata successivamente ai contratti in esame; dall'altro la sottoscrizione di clausole prestampate sugli ordini di negoziazione che abbiano contenuto generico e, come tali, non siano idonee ad informare l'investitore sulla natura e rischiosità dello strumento finanziario trattato, non valgono ad assolvere ai doveri informativi previsti dagli articoli 21 e 28 del TUF (cfr. Tribunale Cuneo 31 maggio 2012).

Oltretutto va considerato che il prodotto in questione è un derivato, le cui caratteristiche consistono nel fatto che l'acquirente dell'opzione, cioè la banca, acquistava il diritto di vendere un titolo (il BTP) a un prezzo prefissato (strike price), dietro un corrispettivo denominato premio. Trattasi di uno strumento la cui redditività non è di immediata comprensione e la cui stessa denominazione (BTP Tel o Index o Online) è ingannevole poiché ingloba la sigla dei titoli di Stato, facendo dunque intendere all'operatore inesperto che si tratti di titoli garantiti e sicuri quali appunto i titoli dello Stato italiano. In presenza di tale prodotto nuovo e particolarmente rischioso (poiché, in sostanza, il cliente che cede il diritto di opzione si espone a rischi illimitati, nel momento in cui la banca esercita l'opzione) la banca avrebbe dovuto provare di aver assolto agli obblighi informativi con particolare attenzione e pregnanza di contenuti e di aver fornito tutti gli avvertimenti del caso. In particolare, l'inesistente (all'epoca) profilazione avrebbe dovuto indurre l'intermediario a considerare che la controparte avesse una minima propensione al rischio ed una esperienza finanziaria molto limitata, dal che scaturiva l'obbligo di agire con particolare cautela, fornire tutte le informazioni utili ad attuare un investimento consapevole e valutare l'inadeguatezza, sia per natura che per frequenza e dimensioni dell'acquisto del derivato, operando gli avvertimenti



prescritti dalla normativa di settore, tanto più attesa la reiterazione degli ordini per cifre piuttosto consistenti a cadenza ravvicinata.

Diverso discorso vale per gli acquisti per complessivi euro 81.000 effettuati a ottobre e novembre 2000; la banca all'epoca disponeva infatti del questionario compilato nel quale le attrici avevano dichiarato di avere grande esperienza in materia finanziaria e di avere massima propensione al rischio nell'obiettivo di massimizzare i rendimenti, pur in presenza di rischi di oscillazione dei corsi finanziari. Inoltre, considerato che a quell'epoca le perdite dei primi put erano già state contabilizzate non si può dire che le attrici, che avevano avuto modo di verificare i meccanismi di operatività del prodotto, nel reiterare l'acquisto non fossero sufficientemente avvertite della natura e della rischiosità degli stessi. In relazione a tali contratti non possono quindi ritenersi sussistenti le violazioni riscontrate per i precedenti acquisti.

Escluso poi che le violazioni di cui sopra determinino la nullità dei contratti, esse concretizzano a carico della banca convenuta un inadempimento precontrattuale per non avere la stessa, nella conclusione delle operazioni, adeguatamente informato la cliente della natura rischiosa e speculativa dei titoli in oggetto, né acquisito informazioni circa gli obiettivi di investimento delle medesime, né dato gli avvertimenti circa l'inadeguatezza delle operazioni. Compete quindi alle attrici il risarcimento del danno, parametrato alle perdite che le stesse non avrebbero subito se non avessero concluso gli investimenti in discorso.

La banca sostiene che le attrici non abbiano provato adeguatamente le perdite subite, in particolare perché gli estratti conto attesterebbero una serie di operazioni su derivati non riconducibili con certezza agli investimenti oggetto di causa.

Si osserva però che la Banca, trattandosi di documentazione nella sua disponibilità, ben avrebbe potuto confutare i dati emergenti dai documenti di produzione attorea, dimostrando che le annotazioni in c/c non si riferissero ai prodotti per cui è causa.


Non risulta poi dirimente la circostanza che ad una sola opzione put corrispondono cinque annotazioni in conto corrente: i contratti prodotti dalla banca evidenziano infatti che detta opzione era collegata a cinque diversi titoli azionari con cinque diversi corsi strike e cinque premi diversi, sicché è ragionevole che le annotazioni si riferiscano tutte ad un medesimo prodotto. Come si accennava poi, anche per la vicinanza e riferibilità della prova, sarebbe stata la banca a dover provare che l'investimento non ha causato perdite o non le ha causate nella misura ex adverso richiesta.

Riassuntivamente, la banca va condannata a risarcire le attrici delle seguenti somme: euro 19.392,81 ed euro 4.529,02 (doc. 27), euro 111.811,55 (docc. 33-42) per un totale di euro 135.733,38.

Su tale somma possono essere riconosciuti gli interessi nella misura legale dalla domanda giudiziale al soddisfo, escluso il maggior danno ex art. 1224 comma secondo c.c. perché non provato.

Non può essere accolta la richiesta "riconvenzionale" di ridurre tale importo delle cedole percepite per i BTP: considerato infatti che i contratti prodotti attengono alle sole opzioni put e che solo in relazione a questi si sono verificati gli inadempimenti rilevanti, il collegamento tra BTP e opzioni put non è negoziale ma solo fattuale (poiché il derivato è ancorato al valore del BTP), e non può ritenersi che essi "simul stabunt simul cadent".

Per quanto riguarda l'acquisto delle "obbligazioni cartolarizzate MPS" dagli elementi offerti all'attenzione del Collegio emerge che sia la signora Pascucci che la figlia Donatella in più occasioni consegnarono al promotore finanziario Funaro somme in contanti allo scopo di investirele in un sedicente prodotto finanziario emesso dalla banca convenuta, presso cui la ██████████ prestava la propria attività. La prova della consegna del denaro emerge da una serie di indizi gravi, precisi e concordanti quali: la lettera dattiloscritta (doc. 52 attrici) firmata "Emanuela" e



trasmessa via fax dalla filiale di Perugia della ~~banca 121~~ presso cui lavorava la Funaro nel dicembre 2003, nelle quali viene fatto riferimento ad un nuovo titolo a capitale garantito con il tasso netto del 4,75% emesso da MPS e riservato in piccola percentuale ai già clienti ed in misura più vasta ai clienti in grado di portare denaro "fresco" da altri istituti. Per tale ragione l'autrice della lettera consigliava a "Stefania" di spostare denaro dal conto corrente presso ~~MPS - Banca di Spoleto~~, poi di lì il denaro sarebbe stato consegnato alla promotrice per versare i soldi nuovamente alla Banca MPS per poter sottoscrivere l'operazione, caldeggiata come un ottimo affare.

Che tale missiva sia riferibile alla Funaro si desume dalla provenienza del fax da un ufficio di Perugia della banca convenuta, dalla firma con il nome proprio Emanuela, dalla conoscenza del patrimonio e degli investimenti dell'attrice, dal tono confidenziale utilizzato.

I documenti successivi (53-72) dimostrano una serie di trasferimenti di fondi dal conto ~~MPS~~ tramite bonifico a nome proprio della ~~Funaro~~ presso il conto ~~MPS~~ e prelevamenti, a distanza di pochi giorni e per importi pressoché corrispondenti, come risultano dai docc. 55- 57- 60- 63- 66, documenti intestati alla banca 121, recanti la stessa data del prelevamento e firmati dalla promotrice, consegnati alla cliente come promemoria delle somme consegnate, per complessivi euro 230.000.

Con le stesse modalità risultano poi prelevati euro 40.000 in data 10/5/2004 (doc. 67), euro 30.000 in data 15/4/2005, per la quale la ~~Funaro~~ rilascia ricevuta come da doc. 73. Il documento 79 ed il doc. 81, intestati ~~MPS Banca Personale~~, falsi rendiconti verosimilmente predisposti dalla stessa promotrice infedele, affermano essere stati prelevati per cassa complessivi euro 378.000 per l'acquisto di obbligazione MPS 03-09 asseritamente inserite in un dossier custodia n. 65678 acceso sulla filiale caveau 16009 a titolo gratuito.

Con le medesime modalità risultano consegnati euro 26.700,00 in contanti da ~~Castiglioni Daniela~~ alla ~~Finmare~~ (doc. 74-77).

Si aggiunga che dalla delibera CONSOB prodotta dalle attrici come doc. 15 con la quale la ~~Finmare~~ è stata radiata dall'albo dei promotori finanziari emerge come il *modus operandi* della ~~Finmare~~ fosse proprio quello descritto in atto di citazione: l'autorità di vigilanza ha infatti accertato che ella soleva farsi consegnare dai clienti delle somme in contanti, che asseriva essere destinate ad operazioni finanziarie in realtà mai effettuate, rilasciando alle clienti documentazione non corrispondente al vero.

Oltretutto la ~~Finmare~~ stessa non si è presentata a rendere l'interrogatorio formale deferitole, il che a norma dell'art. 116 c.p.c. consente di ritenere ammessi i fatti dedotti nei capitoli di prova.

Le risultanze documentali, unitamente agli esiti dell'istruttoria orale, concretizzano quindi elementi gravi, precisi e concordanti che consentono di ritenere provati gli assunti attorei circa l'illecito comportamento tenuto dalla ~~Finmare~~ nello svolgimento della sua attività professionale di promotore finanziario, approfittando del rapporto fiduciario con la sig. ~~Donnuzi~~ e con la figlia ~~Castiglioni Daniela~~, consistente nell'indurre le stesse a prelevare diverse ed ingenti somme con la prospettiva di impiegarle in strumenti più redditizi, a consegnarle brevi manu il denaro in contanti con la prospettiva che fosse investito in prodotti della banca convenuta, denaro che non solo non è stato utilizzato conformemente alle aspettative delle clienti, ma neppure restituito.

Ciò premesso, per quanto riguarda la posizione della banca convenuta si osserva quanto segue.

L'art. 31 T.U.F. (D. Lgs 58/1998) - con formulazione analoga al previgente art. 5 L. 1/1991 - stabilisce che il soggetto abilitato che conferisce l'incarico è responsabile

in solido dei danni arrecati a terzi dal promotore finanziario, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale.

Detta norma, come da costante interpretazione della giurisprudenza di merito e di legittimità, configura una responsabilità oggettiva indiretta per fatto altrui che opera per il solo fatto che l'illecito del promotore abbia un nesso di occasionalità con lo svolgimento dell'attività per conto dell'intermediario - ravvisabile in tutte le ipotesi in cui il comportamento del promotore rientri nel quadro delle attività funzionali all'esercizio delle incombenze allo stesso affidate, con il solo limite del concorso doloso del cliente nella commissione del reato del promotore (cfr. *ex multis* Cass. civ., Sez. III, 19/07/2002, n. 10580, Trib. Piacenza 29/10/2010, Trib. Novara, 20/02/2006).

Orbene, in primo luogo si osserva che il doc. 52 non può essere interpretato, come vorrebbe la banca, come prova dell'esistenza di un vero e proprio mandato conferito dalla ██████ alla ██████ per la gestione dei propri rapporti finanziari o di una collusione tra le stesse. Il tono estremamente confidenziale e le espressioni utilizzate "ho venduto alcuni titoli che non andavano più bene per i tassi" attestano caso mai la estrema sicurezza e spregiudicatezza della promotrice, la quale, approfittando del legame fiduciario, induceva la cliente a porre in essere le strategie che di volta in volta ella suggeriva, rivelando quindi l'esatto contrario di quello che afferma la banca, cioè una totale dipendenza in materia finanziaria dell'investitrice rispetto ai consigli della ██████. In alcun modo infatti dal contenuto di quella lettera potrebbe desumersi che la ██████ abbia conferito alla ██████ l'incarico di gestire in piena autonomia il proprio patrimonio; peraltro la promotrice non avrebbe neppure potuto assumere un incarico del genere, stante il legame contrattuale in esclusiva con l'istituto convenuto.

Nell'ambito della sua illecita attività la ██████ ha infatti sempre speso il nome della preponente e non vi è dubbio che il comportamento del promotore, pur penalmente

illecito, sia avvenuto nell'ambito delle incombenze alla stessa affidate dalla banca convenuta, come dimostrano i seguenti molteplici elementi: la Funaro aveva ricevuto il denaro con lo scopo di gestirlo e farlo fruttare, dunque in virtù dell'attività professionale svolta; per legge (art. 31 TUF) l'attività di promotore finanziario è svolta esclusivamente nell'interesse di un solo soggetto, quindi la Funaro non avrebbe potuto proporre alla clientela strumenti finanziari di altri operatori; i falsi rendiconti consegnati a mezzo posta o tramite fax alla cliente, apparentemente provenienti dalla Banca convenuta, contengono espresso riferimento al fatto che il denaro prelevato e consegnato alla Funaro era stato utilizzato per l'acquisto di presunte obbligazioni cartolarizzate di MPS.

Né può ravvisarsi un concorso colposo del danneggiato, ai fini dell'interruzione del nesso di causalità tra fatto e danno o quanto meno della riduzione del risarcimento dovuto, per il fatto di aver imprudentemente consegnato al promotore il denaro in contanti.

In proposito la Corte di Cassazione ha più volte affermato che le disposizioni regolamentari che la Consob è stata chiamata a dettare in ordine alle regole che i promotori devono osservare nel ricevere somme di denaro dai loro clienti sono dirette a porre obblighi di comportamento in capo al promotore e traggono la propria fonte da prescrizioni di legge, espressamente volte a tutelare gli interessi del risparmiatore, e non è di conseguenza sostenibile che esse, viceversa, si traducano in un onere di diligenza a carico del risparmiatore, tale per cui l'eventuale violazione di detta prescrizione ad opera del promotore si risolva in un addebito di colpa - concorrente, se non addirittura esclusiva - a carico del cliente danneggiato dall'altrui atto illecito (ex multis Cassazione Civile, sez. I, 24-07-2009, n. 17393, Cass. 1741/2011).

L'art. 1227 c.c. è applicabile solo qualora l'intermediario provi che vi sia stata, se non addirittura collusione, quanto meno una consapevole e fattiva acquiescenza del

cliente alla violazione, da parte del promotore, di regole di condotta su quest'ultimo gravanti. In proposito il fatto che la ██████ nella sua missiva parli di "piccolo imbroglio" da compiere ai danni della banca non significa che esistesse un piano preordinato di cui la cliente era parte e che la stessa potesse in qualche modo prefigurarsi il rischio della mancata restituzione delle somme.

La sentenza n. 1741/2011 della Cassazione ha affermato che la circostanza che il cliente abbia consegnato al promotore finanziario somme di denaro con modalità difformi da quelle con cui quest'ultimo sarebbe stato legittimato a riceverle, non vale, in caso di indebita appropriazione di dette somme da parte del promotore, a interrompere il nesso di causalità esistente tra lo svolgimento dell'attività del promotore finanziario e la consumazione dell'illecito, e non preclude, pertanto, la possibilità di invocare la responsabilità solidale dell'intermediario preponente. Un tal fatto, in mancanza di altri elementi di giudizio, neppure può essere *tout court* individuato quale concausa del danno subito dall'investitore, in conseguenza dell'illecito consumato dal promotore, al fine di ridurre l'ammontare del risarcimento dovuto.

Neppure può ascriversi alle attrici una corresponsabilità per non aver controllato tempestivamente lo stato dei loro investimenti oppure per non aver compreso l'anomalia dei rendiconti, formulati con espressioni non consone alle caratteristiche usuali delle comunicazioni bancarie: tale comportamento non ha infatti in alcun modo contribuito al verificarsi dell'evento né ha aggravato le conseguenze dell'illecito, che all'epoca era già consumato.

Sussiste quindi il diritto dell'attore ad ottenere sia dal promotore che dalla banca preponente, in base all'art. 31 TUF, il risarcimento del danno derivante dalla condotta illecita del promotore, parametrato alla somma consegnata alla ██████ e mai reinvestita, come da richiesta. Va invece esclusa la rivalutazione monetaria poiché trattasi di obbligazione restitutoria derivante da indebito e sottoposta al

riconoscimento del danno morale, poiché, seppure il fatto contestato concretizza reato, il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, non costituisce un danno in re ipsa, ma un danno-conseguenza, che deve essere quindi allegato e provato (ex multis: Cassazione civile, sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972).

Accolta la domanda nei confronti della Banca, va dichiarata inammissibile la domanda di manleva formulata al punto f) delle conclusioni di MPS Banca Personale spa, dal momento che la comparsa contenente tale domanda avrebbe dovuto essere notificata alla ~~_____~~, convenuta contumace nel presente giudizio ex art. 292 c.p.c..

Il difetto di contraddittorio impedisce al Collegio di pronunciarsi, fermo restando che tale domanda potrà essere proposta in separato giudizio.

Riassuntivamente, ~~MPS~~ e ~~_____~~ in solido tra loro vanno condannate al pagamento di euro 370.000 in favore delle attrici e di euro 26.700 in favore della sola ~~Gentilucci Donatella~~; la sola ~~MPS~~ dell'ulteriore somma di euro 148.987,71 in favore delle attrici per le causali indicate in motivazione.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, applicato il DM 55/14.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione collegiale, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

- dichiara la contumacia di ~~_____~~;
- in accoglimento della domanda attrice condanna ~~_____~~ e ~~_____~~ ~~MPS Banca Personale spa~~, in solido tra loro, al pagamento in favore delle attrici della somma di euro 370.000,00;
- condanna ~~_____~~ e ~~_____~~ ~~MPS Banca Personale spa~~, in solido tra loro, al pagamento in favore di ~~Gentilucci Donatella~~ della somma di euro 26.700,00;

- condanna altresì ~~Emme MPS Banca Personale~~ spa al pagamento in favore delle attrici della somma di euro 148.987,61 oltre interessi legali dalla domanda giudiziale al soddisfo;

- condanna ~~Emme Emanuela~~ e ~~MPS Banca Personale~~ spa, in solido tra loro, al pagamento in favore dell'attrice delle spese processuali, liquidate in € 1.191,43 per spese, € 27.000,00 per compensi, oltre rimb. forf. spese generali, iva e cpa come per legge.

Perugia, 15/12/2014

Il Presidente

Dott. ssa Maria L. Lupo

Il Giudice rel. ed est.

Dott.ssa Arianna De Martino

Arianna De Martino

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
(Lea F. BENETTI)

Depositata in Cancelleria
Perugia, 22-12-2014
IL CANCELLIERE

DIRITTO DI REFERIRIO
ASSOLTO MEDIANTE VERSAMENTO
DI CONTRIBUTO UNIFICATO

ILCASO.it