



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Prima civile, composta dai Sigg.:

Dott. Donato Pianta

Presidente

Dott. Giuseppe Magnoli

Consigliere rel.

Dott. Maria Tulumello

Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile n. 705/2015 R.G. promossa con atto di citazione notificato in data
5/06/2015

d a

FONTANA PIA e BAZZINOTTI RINO, con il patrocinio dell'avv. FRANCO MARIA GRASSELLI, dell'avv. RITA BOGGIANI e dell'avv. FRANCESCA ACCORSI, quest'ultima procuratrice domiciliataria

PARTE APPELLANTE

c o n t r o

BANCA POPOLARE COMMERCIO E INDUSTRIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, con il patrocinio dell'avv. MARCO PESENTI e dell'avv. ANTONIO CHRISTIAN FAGGELLA PELLEGRINO (con elezione di domicilio presso lo studio dell'avv. DANILO COTRONEI

E c o n t r o

MASON ROBERTO

Sent. N.

Cron. N.

Rep. N.

R. Gen. N. 705/2015

Camp. Civ. N.

OGGETTO:

Bancari (deposito

bancario, cassetta di

sicurezza, apertura di

credito bancario)

con il patrocinio dell'avv. ALBERTO SCOTTI, dell'avv. ANDREA MONTI e dell'avv. ROBERTO GORIO, quest'ultimo procuratore domiciliatario,

PARTE APPELLATA

giudizio interrotto a seguito del decesso dell'appellato MASON ROBERTO e quindi
riassunto da

FONTANA PIA e BAZZINOTTI RINO, con il patrocinio dell'avv. FRANCO MARIA GRASSELLI, dell'avv. RITA BOGGIANI e dell'avv. FRANCESCA ACCORSI, quest'ultima procuratrice domiciliataria

Nei confronti di

BONI FEDERICA e MASON GIANLUIGI quali eredi di MASON ROBERTO, con il patrocinio dell'avv. ALBERTO SCOTTI, dell'avv. ANDREA MONTI e dell'avv. ROBERTO GORIO, quest'ultimo procuratore domiciliatario

E di

UNIONE DI BANCHE ITALIANE - UBI BANCA S.P.A., incorporante BANCA POPOLARE COMMERCIO E INDUSTRIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, con il patrocinio dell'avv. MARCO PESENTI e dell'avv. ANTONIO CHRISTIAN FAGGELLA PELLEGRINO (con elezione di domicilio presso lo studio dell'avv. DANILO COTRONEI

Causa posta in decisione all'udienza collegiale del **04/07/2018**

In punto: appello a sentenza del Tribunale di Mantova pubblicata in data 5/03/2015 n..251/2015

CONCLUSIONI

Per parte appellante (Fontana Pia e Bazzinotti Rino)

La difesa di parte attrice insiste per l'integrale accoglimento delle domande, anche istruttorie, formulate e il rigetto di quelle ex adverso avanzate e dichiara di precisare le conclusioni come segue:

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello adita, in accoglimento dell'appello, dichiarare la riforma integrale della sentenza n. 251/2015 del Tribunale Mantova (giudice monocratico Dott. Marco Benatti) del 2 marzo 2015, pubblicata il 5 marzo 2015, in quanto:

- *assolutamente omissiva in termini di motivazione o comunque carente, contraddittoria ed inidonea ad esprimere le ragioni della decisione;*
- *incongrua;*
- *omissiva nel prendere posizione su punti fondamentali della controversia nonché nell'esame degli atti e/o dei documenti/fatti di causa e/o delle difese delle parti ;*
- *priva di fondamento logico giuridico;*
- *del tutto generica;*
- *basata sostanzialmente su illazioni ed affermazioni apodittiche, in quanto non trae le dovute conseguenze dagli atti e documenti di causa, nonchè dalle difese svolte dalle parti, stravolgendo la realtà documentale;*
- *erronea, anche nell' apprezzamento delle prove nel giudizio di primo grado;*
- *profondamente ingiusta ;*

- per taluni aspetti incomprensibile;
- radicalmente viziata in fatto e in diritto;
- è erronea nell'interpretazione e nell'applicazione dei principi che regolano l'onere della prova, nonché le presunzioni;
- nulla;

in violazione e/o falsa e/o erronea applicazione delle norme di diritto riportate nelle conclusioni

nonché accogliere tutte le conclusioni come formulate in atti nel giudizio di primo grado, di seguito riportate integralmente, con vittoria di spese, competenze ed onorari dei due gradi del giudizio e con condanna delle convenute ai sensi dell'art. 96 c.p.c. :

CONCLUSIONI PRIMO GRADO DI GIUDIZIO

“Voglia l'Ill.mo Giudice adito, accertati i fatti di causa, ogni contraria istanza respinta, in accoglimento dei motivi suesposti, che devono intendersi tutti qui richiamati, accogliere, alternativamente e/o cumulativamente, e comunque senza duplicazione degli importi, le seguenti domande:

IN VIA PRINCIPALE ACCERTARE E DICHIARARE QUANTO SEGUE

A) la NULLITA' o l'ANNULLAMENTO o l'INEFFICACIA o l'INOPPONIBILITA' o comunque l'INVALIDITA' di: c.d. contratto quadro, tutti i negozi / contratti / operazioni in derivati, linee di credito concesse nel tempo, gestioni di portafogli di investimento, conti correnti, tutti i rimanenti contratti, così come specificati in atti , compresi i contratti eventualmente ancora in essere .

A titolo esemplificativo e non esaustivo: rapporti relativi ai documenti contrattuali sub. doc. 59, A1, A2, A3, A4, A5, A6, B1, B2, B3, B4, C1, C2, C3, C4; linee di credito risultanti dalla Centrale Rischi (cfr. docc. 49 e 51) ; nonché i seguenti: omissis

Quanto precede per effetto della violazione delle norme di seguito specificate:

1. Articoli: 2043 e 2059 C. C. ; 640 , 485 , 61 (n. 2, n. 8 e n. 11), 43, 644 C.P. ; 18, 20, 166, 167, 168 TUF; art. 1418 c.c. (responsabilità extracontrattuale, truffa semplice o aggravata, esercizio abusivo di intermediazione finanziaria/ gestione surrettizia e abusiva, gestione infedele, confusione di patrimoni, conseguenze in sede civilistica);

2. Articoli: 1325, 1418, 2043, 1343, 1344, 1322 C.C.; 21 TUF ; 56 e 57 Del. Consob 11522/98 (carenze organizzative della banca/ carenze procedurali/ carenze nei controlli interni, mancanza di causa, illiceità della causa, negozio in frode alla legge, violazione del sinallagma contrattuale, mancanza di meritevolezza in termini di tutela giuridica dei contratti) ;

3. Articoli: 1321 , 1325, 1346 C.C. (mancanza della volontà, indeterminatezza dell'oggetto del contratto);

4. Articoli: 1439, 1440 C.C. (dolo contrattuale); 1428, 1429 (n. 1 e n. 2), 1431 C.C. (errore essenziale – in via subordinata);

5. Vendita di “ aliud pro alio “;

6. Articoli: 1375 C.C. (inesigibilità della prestazione);

7. Articoli: 1710, 1176 C.C. (normativa in materia di mandato);

8. Articoli: 21, 23 TUF; 1175, 1176, 1337, 1338, 1375, 1218 C.C. (principi di correttezza, buona fede, trasparenza e diligenza professionale, gravissimo inadempimento, responsabilità precontrattuale / contrattuale, mancata informativa su cause di invalidità)

9. Articoli: 26, 29, 31, 32 (Del. Consob 11522/98); 21 TUF ; 1375 C.C. (best execution, c.d. churning / churring , normativa in materia di operatori qualificati);
10. Articoli: 21 TUF ; 27, 28, 29, 32, 60, 61, 62, 63 (Del. Consob 11522/98) (conflitti di interesse, obblighi informativi, inadeguatezza delle operazioni) ;
11. Articoli: 1418 C.C. (violazione di norme imperative, violazione TUF, violazione Del Consob 11522/98, Direttiva 2004/39/CE – c.d. MIFID, Del. Consob 16190/07, violazione della normativa in materia di tutela dell'interesse dei clienti e della integrità dei mercati);
12. Articoli: 23, 24 TUF; 30, 37 , 47 Del Consob 11522/98; 119 TUB (D. Lgs. 385/1993); 1325, 1326, 1346, 1352, 2702, 2704 C.C. (obblighi di forma);
13. Articoli: 23 TUF; 117 TUB (obblighi di consegna documentazione ai clienti);
14. Articoli: 2050 c.c. (attività pericolose).

E conseguentemente condannare la banca (anche ex artt. 2049 e 1228 c.c.) e/o il dipendente, in via solidale e/o concorrente e/o alternativa fra loro a:

restituire agli attori ex artt. 2033 e 1815 C.C., tutte le prestazioni dai medesimi effettuate in favore della banca, intendendosi per tali : tutte le somme versate nel tempo alla banca a qualsivoglia titolo a fronte delle operazioni e/o contratti oggetto della presente controversia, ivi compresi interessi, commissioni, spese e quant'altro, senza eccezione alcuna, nonché risarcire agli attori tutti i danni, sia di natura contrattuale che extracontrattuale, patrimoniali e non patrimoniali, prevedibili e non prevedibili, spettanti ai medesimi a fronte delle violazioni come sopra specificate, oltre al maggior danno di cui all'art. 1224 c.c. . Allo stato, ed in via del tutto prudenziale si quantificano detti importi in un importo non inferiore ad euro 612.320,50, salva miglior determinazione in corso di causa. Si quantifica il danno di natura non patrimoniale, salva miglior determinazione del Giudice (anche in via equitativa), in 1/3 (un terzo) del danno patrimoniale.

B) IN VIA SUBORDINATA ACCERTARE E DICHIARARE QUANTO SEGUE, per effetto della violazione delle norme come sopra specificate per la domanda in via principale, che devono intendersi tutte qui richiamate e trascritte:

1) *La risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. dei negozi, contratti, operazioni predetti;*

2) *l'inadempimento della banca e/o del dipendente e la responsabilità della banca stessa e/o del dipendente, di natura precontrattuale e/o contrattuale e/o extracontrattuale ;*

3) *l'obbligo della banca e/o del dipendente di risarcire i danni subiti dagli attori; e conseguentemente condannare la banca (anche ex artt. 2049 e 1228 c.c.) e/o il dipendente, in via solidale e/o concorrente e/o alternativa fra loro, in tutti i casi di accoglimento (anche di una sola) delle domande come sopra formulate in via subordinata , a:*

restituire agli attori ex artt. 2033 e 1815 C.C., tutte le prestazioni dai medesimi effettuate in favore della banca, intendendosi per tali : tutte le somme versate nel tempo alla banca a qualsivoglia titolo a fronte delle operazioni e/o contratti oggetto della presente controversia, ivi compresi interessi, commissioni, spese e quant'altro, senza eccezione alcuna, nonché risarcire agli attori tutti i danni, sia di natura contrattuale che extracontrattuale, patrimoniali e non patrimoniali, prevedibili e non prevedibili, spettanti ai medesimi a fronte delle violazioni come sopra specificate, oltre al maggior danno di cui all'art. 1224 c.c. . Allo stato, ed in via del tutto

prudenziale si quantificano detti importi in un importo non inferiore ad euro 612.320,50, salva miglior determinazione in corso di causa. Si quantifica il danno di natura non patrimoniale, salva miglior determinazione del Giudice (anche in via equitativa), in 1/3 (un terzo) del danno patrimoniale.

Per tutte le conclusioni come sopra formulate, con maggiorazione di interessi e rivalutazione monetaria e con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa, IVA e CPA come stabiliti per legge.

IN VIA ISTRUTTORIA SI CHIEDE CHE VENGA DISPOSTA CTU TECNICO/CONTABILE/ECONOMETRICA FINALIZZATA A QUANTO SEGUE:

1) accertare se nel corso dei rapporti intercorsi fra le parti, specificati ai punti A) e B) delle predette conclusioni, la banca abbia richiesto ed addebitato o comunque percepito somme superiori a quanto dovuto, calcolandone l'importo complessivo, da maggiorarsi dell'interesse legale sino alla data della perizia; quantificare l'entità delle somme da restituire agli attori in caso di accoglimento delle domande indicate ai punti A) e B) delle predette conclusioni; quantificare l'esatto dare/avere fra le parti, applicando su tutti i rapporti bancari intercorsi l'interesse legale tempo per tempo vigente (oltre ad un ulteriore conteggio, applicando però il tasso sostitutivo di cui al precedente punto 12, ai sensi dell'art. 117 TUB) senza alcuna capitalizzazione, eliminando dai movimenti di conto corrente gli addebiti a titolo di spese, commissioni di massimo scoperto, commissioni di altra natura, nonché l'effetto valuta; verificare altresì se è stato superato il c.d. "tasso soglia" di cui alla legge n. 108/96 quantificando le somme da restituire alla società ai sensi degli artt. 1815 e 2033 C.C.; verificare se la banca abbia rispettato le disposizioni di legge e del CICR in materia di capitalizzazione trimestrale degli interessi; operare la compensazione giudiziale fra le somme dovute dalla banca e le somme che risultassero eventualmente dovute dalla società, a titolo di restituzione del capitale e di eventuali interessi semplici al tasso legale tempo per tempo vigente;

2) ricostruire le operazioni in strumenti finanziari derivati oggetto del presente giudizio (di seguito "derivati"), partendo da quella iniziale e nella loro successione temporale, analizzandoli e descrivendoli, precisando i meccanismi di funzionamento ed i parametri di calcolo delle somme "differenziali" da liquidarsi periodicamente; accertare: se i derivati avevano natura e funzione speculativa ed in quale misura, indicando la leva finanziaria, il grado di asimmetria e l'indice di rischiosità degli stessi; accertare: se il derivato iniziale aveva valore nullo, qual'era il suo reale valore di mercato; accertare: se gli addebiti/accrediti periodici dei "differenziali" effettuati nel tempo sono stati correttamente calcolati in relazione alle clausole contrattuali; se sono state percepite "commissioni occulte" e/o contrattualmente non previste e/o aggravii economici privi di causa dalla banca ed in quale misura, con la quantificazione quindi delle predette somme e di quelle comunque percepite in più dalla banca stessa rispetto ai valori correnti; tutti i costi posti a carico degli attori a fronte delle operazioni in derivati; accertare: se le operazioni in derivati erano adeguate e rispondenti alle reali esigenze degli attori, in relazione alla loro situazione economica/patrimoniale/finanziaria, come risultante dagli atti di causa; accertare: chi fosse la controparte formale e quella sostanziale degli attori nelle operazioni in derivati; se esistevano operazioni di copertura effettuate dalla banca più o meno speculari, a fronte delle singole operazioni in derivati oggetto della presente causa e se tali eventuali operazioni fossero precedenti o successive;

ACCERTARE SE LE OPERAZIONI IN DERIVATI SONO STATE REALMENTE ESEGUITE DALLA BANCA; *accertare: se i valori dei “MARK TO MARKET” e degli “UP-FRONT” calcolati ed attribuiti nel tempo dalla banca a tutti i derivati di causa, alla loro apertura ed alla chiusura, nonché ai contratti ancora in essere siano congrui/corretti, determinando, in caso negativo i valori corretti; accertare: a quale logica erano improntati i derivati, sul piano tecnico, di mercato, soggettivo, oggettivo; se le rinegoziazioni/rimodulazioni effettuate nel tempo corrispondessero alla situazione di mercato ed alle previsioni dell’epoca; ogni ulteriore elemento utile al Tribunale per valutare il rispetto da parte della banca dei requisiti/criteri di cui all’art. 21 TUF e normativa di attuazione emanata dalla CONSOB; accertare: se gli eventuali costi occulti applicati dalla banca abbiano determinato il superamento del c.d. “tasso soglia” di cui all’art. 644 c.p. e l. 108/96 effettuando il calcolo con le seguenti modalità e criteri: a) rapportandoli ai valori dei singoli up-front e tenendo conto anche dell’estinzione anticipata dei derivati; b) sommandoli agli interessi/oneri/costi addebitati all’opponente a fronte delle linee di credito collegate ai derivati; c) determinando il “tasso di remunerazione” del rischio di credito/controparte applicato dalla banca, verificando anche la sua coerenza rispetto al rating assegnato dalla banca all’opponente; accertare: a) le perdite complessivamente subite dagli attori a fronte dei derivati; b) il danno subito dagli attori a fronte delle operazioni in derivati; c) gli obblighi restitutori a carico della banca e/ del dipendente nel caso in cui la restituzione riguardasse quanto indicato al precedente punto a) e/o al precedente punto b), maggiorati degli interessi nella misura di legge e/o della rivalutazione monetaria; d) gli obblighi restitutori in caso di superamento del “tasso soglia” (art. 644 c.p. e legge 108/96), con l’applicazione dei criteri di cui agli artt. 2033 e 1815 c.c..*

Tutto quanto precede, con facoltà per il CTU nominato di: sentire le parti ed i loro consulenti tecnici di parte; esaminare ed acquisire: tutti gli atti e i documenti di causa; i documenti che verranno prodotti dai consulenti tecnici di parte nel corso delle operazioni di C.T.U.; tutta la documentazione e/o informazioni che riterrà utile e/o opportune e/o necessarie, sia presso le parti, che presso la Banca d’Italia, la Consob od ogni altro ente pubblico o privato, terzi in genere; espletare ogni ulteriore accertamento e/o indagine che riterrà utili e/o opportuni e/o necessari; avvalersi di collaboratori specialisti di sua fiducia, dandone notizia ai consulenti tecnici di parte; riferire ogni altro elemento utile ai fini della causa; esperire il tentativo di conciliazione fra le parti e, in caso di esito positivo, redigere verbale di conciliazione.

SI CHIEDE ALL’ILL.MO GIUDICE ADITO CHE VOGLIA ORDINARE ALLA BANCA L’ESIBIZIONE, ai sensi degli artt. 119 TUB, 21 TUF (e normativa di attuazione della Banca d’Italia e della Consob), 7 D.Lgs. 196/2003, nonché dell’art. 210 c.p.c. :

1) in originale, di tutti i contratti e documenti indicati al punto A) delle predette conclusioni, ivi compresi gli “ordini” relativi a tutte le operazioni in derivati effettuate a nome degli attori;

2) in copia: degli estratti conto e dei rendiconti relativi ai rapporti indicati al punto A) delle predette conclusioni, dalla loro apertura alla loro estinzione.

3) di copia delle scritture contabili nonché l’ispezione contabile delle stesse , relativamente al periodo oggetto del presente contenzioso (2000 - 2011) , anche al

fine di determinare l'ammontare delle somme percepite dalla banca nel tempo a fronte delle operazioni in derivati in contestazione.

Per parte appellata (UBI Banca spa)

Tutto ciò premesso, Unione di Banche Italiane - UBI Banca S.p.A., richiamate tutte le difese ed eccezioni svolte, senza rinuncia alcuna, insiste affinché, disattesa ogni avversa domanda e istanza, l'adita Corte d'Appello di Brescia voglia giudicare in accoglimento delle seguenti

conclusioni

piaccia all'Ecc.ma Corte d'Appello adita così giudicare:

a. nel merito: dichiarare inammissibili e/o respingere l'appello proposto dai Sigg.ri Pia Fontana e Rino Bazzinotti, confermando, sui capi impugnati, la sentenza n. 251 dell'anno 2015 resa dal Tribunale di Mantova in data 2.3.2015 e depositata ai sensi dell'art. 133 cod. proc. civ. in data 5.3.2015, per tutti i motivi esposti in atti, assolvendo dunque Unione di Banche Italiane - UBI Banca S.p.A. (già Banca Popolare Commercio e Industria S.p.A.) da ogni pretesa restitutoria e/o risarcitoria;

b. in via subordinata: nella non creduta e denegata ipotesi in cui l'adita Corte d'Appello dovesse ritenere fondato ed ammissibile qualche motivo di gravame proposto dai Sigg.ri Pia Fontana e Rino Bazzinotti, l'odierna appellata insiste per l'accoglimento delle proprie conclusioni già formulate in primo grado e qui di seguito integralmente riportate:

- in via preliminare: accertare l'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno azionato dal Dott. Rino Bazzinotti e dalla Dott.ssa Pia Fontana nei confronti della Banca Popolare Commercio e Industria S.p.A., nonché dell'azione di annullamento dei contratti ex adverso proposta e, per l'effetto, respingere la domanda attorea;

- in via principale: respingere le domande formulate dal Dott. Rino Bazzinotti e dalla Dott.ssa Pia Fontana, in quanto infondate in fatto e in diritto per le ragioni esposte in narrativa, assolvendo la Banca Popolare Commercio e Industria S.p.A. da ogni avversaria pretesa;

- in via subordinata: nella denegata ipotesi di accoglimento, in tutto o in parte, delle avverse pretese, rideterminare e quantificare il danno risarcibile alla luce delle considerazioni svolte in atti dalla scrivente difesa, escludendo il risarcimento dei danni o limitarlo, in applicazione dell'art. 1227, primo e secondo comma, cod. civ., determinando altresì, anche ai sensi degli artt. 1292 e ss cod. civ. ed art. 2055 cod. civ., la diversa misura di responsabilità tra le parti convenute;

- sempre in via subordinata: nella denegata ipotesi di accoglimento, in tutto o in parte, delle avverse pretese, condannare il Sig. Roberto Mason a manlevare la Banca Popolare Commercio e Industria S.p.A. di tutte le somme che quest'ultima eventualmente sarà condannata a pagare in favore del Dott. Rino Bazzinotti e della Dott.ssa Pia Fontana.

- in via istruttoria: si chiede di rigettare, siccome inammissibili ed irrilevanti, tutte le istanze istruttorie articolate da parte attrice e convenuta, per i motivi e le ragioni esposte in atti, nonché disporre per l'ammissione della prova per testi sui seguenti capitoli:

1. "vero che il Dott. Rino Bazzinotti e la Dott.ssa Pia Fontana sono stati titolari,

presso la filiale di Parma della Banca Popolare Commercio e Industria S.p.A. di rapporti contrattuali prodromici alla negoziazione di strumenti finanziari derivati, come si evince dai contratti prodotti quali docc. nn. 3, 4, 8, 12, 13, 13a, 16, 16a, 16b, 18, 19, 20, 21, 21a, 21c, 21d, 22, 22b e 23 ?”;

2. “vero che la corrispondenza relativa ai rapporti in essere tra il Dott. Rino Bazzinotti e la Dott.ssa Pia Fontana con la Banca Popolare Commercio e Industria S.p.A. era domiciliata presso la filiale della Banca ed i soli clienti avevano accesso alla corrispondenza ivi domiciliata, come si evince dal doc. n. 7 che si rammostra al teste ?”;

3. “vero che il Dott. Rino Bazzinotti e la Dott.ssa Pia Fontana hanno posto in essere dal 2000 in avanti una importante operatività su strumenti finanziari derivati, negoziando principalmente opzioni su azioni, come si evince dagli ordini di investimento prodotti quali docc. nn. 25 ?”;

4. “vero che il Dott. Rino Bazzinotti e la Dott.ssa Pia Fontana sono persone consapevoli dei rischi derivanti dalla negoziazione di strumenti finanziari derivati, avendo una consolidata esperienza in materia di investimenti su strumenti finanziari, nonché un elevato standing culturale?”;

5. “vero che il Dott. Rino Bazzinotti e la Dott.ssa Pia Fontana erano quotidianamente presso la filiale di Parma della Banca Popolare Commercio e Industria S.p.A. presso la quale disponevano l’operatività inerente la gestione della società agli stessi facenti capo, nonché la negoziazione di strumenti finanziari, provvedendo altresì al ritiro della corrispondenza domiciliata presso la Banca?”;

6. “vero che il Dott. Rino Bazzinotti e la Dott.ssa Pia Fontana erano titolari di un comodo di cassa di circa 2 miliardi di lire, accordato anche per l’operatività in strumenti finanziari derivati dagli stessi disposti nel corso degli anni per il tramite della Banca Popolare Commercio e Industria S.p.A., come si evince dai docc. nn. 9, 10 e 34 che si rammostrano al teste ?”;

7. “vero che il Dott. Rino Bazzinotti e la Dott.ssa Pia Fontana, nell’ambito dei rapporti negoziali intrattenuti con la Banca Popolare Commercio e Industria S.p.A., erano titolari di affidamenti concessi da parte della Banca per la ristrutturazione di un importante immobile di proprietà degli stessi di Euro 600.000,00, come si evince dal doc. n. 35 che si rammostra al teste ?”.

Si indicano quali testimoni, sui precedenti capitoli di prova, i Sigg.ri Giorgio Prassoli (presso Banca Popolare Commercio e Industria S.p.A.) e Giuliano Mattioli (presso Banco di Brescia San Paolo Cab S.p.A.).

c. in ogni caso: previa condanna anche ai sensi dell’art. 96 cod. proc. civ. degli appellanti, si chiede la liquidazione delle competenze di causa, rimborso forfetario ed oneri di legge.

Si richiamano le produzioni già offerte nel corso del giudizio e si depositano - proseguendo nella numerazione progressiva del foliaro di parte - i seguenti documenti: procura alle liti, ricorso ex art. 303 cod. proc. civ. notificato, con allegati; copia dell’atto di fusione tra Unione di Banche Italiane S.p.A. e Banca Popolare Commercio e Industria S.p.A..

Per parte appellata (eredi Mason Roberto)

Voglia la Corte d'Appello di Brescia Ecc.ma, contrariis reiectis, previe le declaratorie tutte del caso e di legge:

in via preliminare: accertare e dichiarare, per tutte le causali dedotte in premesse, la improponibilità o inammissibilità dell'appello per violazione dell'art. 342 cpc ovvero dell'art. 348 bis cpc in quanto non ha ragionevole probabilità di essere accolto;

nel merito: ove occorra, rigettare l'appello proposto dalla Dr.ssa Fontana Pia e dall'Ing. Bazzinotti Rino come in atti avverso la sentenza resa inter partes dal Tribunale di Mantova n. 251/2015 oggetto di impugnazione, quanto meno per quanto riguarda la posizione del defunto Dott. Mason, perché inammissibile, irricevibile, improponibile, improcedibile per carenza di legittimazione o interesse, per intervenuta prescrizione, infondato o comunque come meglio ritenuto ed in ogni miglior modo e per l'effetto confermare la sentenza medesima dando ogni altro connesso provvedimento del caso e di legge anche ai sensi dell'art. 96 cpc comma

In via subordinata: nella denegata e non creduta ipotesi di accoglimento dell'appello proposto dai Sigg.ri Fontana e Bazzinotti e/o della sia pure infondata domanda di manleva formulata dalla Banca Popolare Commercio e Industria Spa ora Unione di Banche Italiane – Ubi Banca Spa, accertare e dichiarare la responsabilità degli esponenti come in atti e quali eredi beneficiati di Roberto Mason, nei limiti dei beni loro pervenuti in forza della richiamata eredità beneficiata.

Nell'eccepire la tardività, inammissibilità ed inconferenza della istanza di rimessione in termini formulata in data 22/11/2017 e della documentazione con essa prodotta, relativamente alle istanze istruttorie avversarie si ribadisce quanto già eccepito.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

I signori Fontana Pia e Bazzinotti Rino hanno convenuto innanzi al tribunale di Bergamo la Banca Popolare Commercio ed industria S.p.A. ed il signor Mason Roberto, esponendo:

- che agli **inizi del 2001** erano stati **contattati** da quest'ultimo, dipendente della Banca Popolare Commercio Industria S.p.A., dipendenza di Parma, via della Repubblica 6, il quale aveva promesso loro che, **se avessero trasferito presso la predetta banca il loro patrimonio immobiliare, si sarebbe incaricato personalmente della sua gestione;**
- che nell'occasione il Mason **assicurò che detto patrimonio sarebbe stato adeguatamente valorizzato e che il capitale non avrebbe mai subito perdite,** proprio perché gli investimenti avrebbero sempre avuto caratteristiche molto prudenziali;
- che il Mason era a conoscenza del fatto che gli attori avevano una propensione al

rischio molto bassa e che **venivano da una esperienza deludente presso la Banca del Monte di Parma S.p.A.**, dove avevano già subito significative perdite a fronte degli investimenti proposti da tale banca;

- che gli attori riponevano molta fiducia nel signor Mason, in quanto lo conoscevano da anni come professionista serio e preparato;

- che per tale motivo decisero di aderire alla proposta dello stesso e **trasferirono quindi il loro patrimonio immobiliare, ammontante allora a 2.190.000.000 di vecchie lire**, presso la predetta banca;

- che il signor Mason si assunse l'incarico di gestirlo con la finalità di valorizzarlo, con investimenti a basso profilo di rischio;

- che da quel momento il **rapporto con la banca avveniva mediante incontri con il signor Mason, ogni tre-quattro mesi**, per fare il punto della situazione;

- che il signor Mason **non entrava nel merito dei singoli investimenti** effettuati e **si limitava a disporre di rendiconti sintetici effettuati da lui stesso**, che evidenziavano ottimi rendimenti e, comunque, l'integrità del capitale iniziale conferito in gestione;

- che **periodicamente** gli attori venivano **contattati** dal signor Mason **anche per firmare grandi quantità di moduli della banca**, non ancora compilati;

- che in tali occasioni il signor Mason **precisava trattarsi di pura formalità e di semplici adempimenti burocratici**, in quanto le operazioni sottostanti erano già state precedentemente disposte da lui ed eseguite dalla banca;

- che all'**inizio del 2005** il signor Mason contattò gli attori per riferire loro che da quel momento egli avrebbe operato **part-time** con la banca e che non sarebbe sempre stato presente presso i locali della banca stessa;

- che egli pertanto **suggerì di rivolgersi per gli adempimenti burocratici al suo collega signor Fabrizio Borelli**, il quale operava presso la medesima dipendenza, che li avrebbe contattati periodicamente per sottoscrivere la modulistica relativa alle operazioni effettuate dal signor Mason a fronte dell'incarico di gestione;

- che gli attori, attenendosi alle indicazioni ricevute, **si rapportavano con il predetto signor Fabrizio Borelli** per gli adempimenti citati;

- che gli attori **ogni tanto incontravano il signor Mason** o presso la loro abitazione o più raramente presso i locali della dipendenza della banca;

- che in tali occasioni **il signor Mason consegnava loro i soliti rendiconti** da lui predisposti, che evidenziavano sempre un andamento più che positivo;

- che nel corso del **2007** il signor **Fabrizio Borelli passò alle dipendenze della Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza S.p.A.** e fu sostituito da un certo signor **Mattioli**;

- che l'operatività proseguì con le modalità sopra descritte;

- che **il signor Mattioli li contattava ogni 20/30 giorni per far loro sottoscrivere (in bianco) la modulistica relativa alle operazioni effettuate nel periodo**;

- che in alcune occasioni il predetto signor Mattioli evidenziò come vi fossero **molte operazioni** che necessitavano di **una regolarizzazione formale determinata dalla sottoscrizione della modulistica** citata;
- che in quel periodo **era soprattutto il signor Mason a recarsi, ogni 15/20 giorni, presso l'abitazione degli attori, al fine di consegnare loro i rendiconti** da lui stesso predisposti;
- che in quegli anni gli attori **effettuarono anche alcuni prelievi di capitale, per esigenze familiari, nonché alcuni versamenti;**
- che, **sulla base dei rendiconti** del signor Mason, il **patrimonio mobiliare** degli attori, al **3 giugno 2008**, risultava pari ad **€. 1.061.017,00;**
- che in quell'occasione gli attori parlarono con il signor Mason della trasmissione televisiva Report (Rai 3), che aveva informato il pubblico della grave situazione determinata dalle operazioni in derivati;
- che a tale osservazione il signor Mason replicò affermando che si trattava di operazioni pericolosissime, da non fare mai, e che lui non aveva mai fatte, o suggerite alla clientela;
- che il giorno **7 novembre 2008** il signor Mason **dichiarò** agli attori che si erano verificate un po' di **perdite** aggiungendo, tuttavia, che **la maggior parte degli investimenti erano sicuri** in quanto effettuati in titoli di Stato (più precisamente CCT);
- che in tal modo li tranquillizzò sul fatto che non vi erano comunque particolari problemi;
- che a **fine 2008** gli attori, avendo **necessità di prelevare €100.000,00**, per effettuare un piccolo investimento immobiliare, **si rivolsero al signor Mason**, il quale, **in un primo momento**, affermò **non essere allora possibile procedere all'immediato prelievo** della somma, e, **quindi, rettificò la sua dichiarazione affermando che il denaro era già a disposizione dei clienti** sul loro conto corrente;
- che il giorno **26 gennaio 2009** gli attori, a ciò indotti dalla stranezza dell'episodio testè riferito, si recarono presso la dipendenza della banca al fine di **verificare la situazione** dei loro investimenti;
- che in tale occasione **il signor Mattioli**, da loro interpellato, adducendo scuse di varia natura, **affermò di non essere in grado di fornire spiegazioni esaustive circa l'effettiva consistenza** del patrimonio mobiliare dei clienti;
- che gli attori, preoccupati, **presero contatto** in data **28 gennaio 2009** col signor **Mason, chiedendogli chiarimenti** sulla effettiva situazione del loro patrimonio mobiliare;
- che in tale occasione il Mason lasciò loro un **rendiconto** che evidenziava un **controvalore di euro 436.000,00;**
- che ne nacque un'animata discussione nel corso della quale gli attori chiesero spiegazioni delle perdite subite;
- che l'incontro si concluse con la **rottura dei rapporti** col Mason;

- che, dopo pochi giorni, gli attori vennero **contattati dal signor Mattioli**, il quale **chiese** loro, secondo prassi, la **sottoscrizione** della **modulistica** relative alle operazioni effettuate dal Mason;
- che gli attori a ciò opposero un **fermo rifiuto**, pretendendo di aver prima dalla banca spiegazioni dell'accaduto;
- che pochi minuti dopo vennero **contattati telefonicamente dal Mason**, il quale, agitatissimo, li invitò a sottoscrivere una delega in suo favore per consentirgli di acquistare e vendere strumenti finanziari per loro conto, aggiungendo che la delega richiesta non lo avrebbe abilitato ad effettuare prelievi;
- che gli attori si rifiutarono di aderire a tale richiesta e da quel momento non ebbero più contatti col Mason;
- che a quel punto, non potendo più fare affidamento sulla banca, si posero **alla ricerca di un professionista** che potesse assisterli nella vicenda;
- che il **consulente finanziario** officiato dell'incarico di procedere alla ricostruzione delle operazioni effettuate, a ciò procedette **con grande difficoltà**, a causa delle **gravi carenze documentali**;
- che quindi gli attori si rivolsero ad uno **studio legale** perché venissero analizzati gli aspetti relativi alla complessa normativa di settore, ed ancora perché venissero formalizzate le contestazioni alla banca e ad essa richiesta l'acquisizione della documentazione mancante;
- che a seguito di ciò gli attori **esercitarono il recesso da tutti i rapporti con la banca**, e ciò anche al fine di far finalmente chiarezza sull'entità effettiva del loro patrimonio immobiliare;
- che, **infine, individuarono un altro professionista** per tentare nuovamente una ricostruzione contabile delle operazioni effettuate e della reale situazione;
- che all'esito della **ricostruzione contabile** emerse la seguente situazione:
 - 1) **rapporto 00140.00000119920.00900, deposito titoli**, collegato al conto di regolamento 00140.001.0000542, intestato a Fontana Pia, via Farini 9, 43100 Parma, aperto prima del maggio 2001, chiuso prima del 21/11/2002;
 - 2) **rapporto 00153.00000150577.00900 (dal 2004 ricodificato 2153-00150577-900), deposito titoli**, collegato al conto di regolamento 00140.001.0000542, intestato a Fontana Pia, via Veronese 7, 43100 Parma, aperto prima del 25/11/2002, chiuso prima del 08/06/2009;
 - 3) **rapporto 00153.00000150577.00001 (dal 2004 ricodificato 2153-00150577-001), deposito titoli**, collegato al conto di regolamento 00140.001.0000542, intestato a Fontana Pia, via Repubblica 6 c/o BPCI CP31 99153 Parma (dal 2005 l'intestazione diventa: Bazzinotti Rino e Fontana Pia Dip.2153), aperto prima del 23/06/2003, chiuso nel 2005;
 - 4) **rapporto 00153.00000150578.00000, deposito titoli**, collegato al conto di regolamento 00153.003.0040025, intestato a Bazzinotti Ing. Rino e Fontana Dr.ssa Pia, via Repubblica 6 c/o BPCI CP31 99153 Parma, aperto prima del 31/12/2002,

chiuso nel 2005;

5) **rapporto 00153.00000150578.00001, deposito titoli**, collegato al conto di regolamento 00153.003.0040025, intestato a Fontana Pia, via Repubblica 6 c/o BPCI CP31 99153 Parma, aperto prima del 12/02/2003, chiuso nel 2005;

6) **rapporto 00548/01/140 IBAN IT33U0504812700000000000548, conto corrente di garanzia**, collegato al conto di regolamento 00140.001.0000542, intestato a Bazzinotti Ing. Rino e Fontana Dr.ssa Pia, S. da Farini 9 43100 Parma, aperto prima del 31/01/2001, chiuso prima del 21/11/2002;

7) **rapporto 00548/01/153 IBAN IT33U0504812700000000000548, conto marginazione derivati**, collegato al conto di regolamento 00140.001.0000542, intestato a Bazzinotti Ing. Rino e Fontana Dr.ssa Pia, S. da Farini 9 43100 Parma, dal maggio 2008 Bazzinotti Rino e Fontana Pia c/o BPCI S.da Repubblica 6 43100 Parma PR CP n.215300007, aperto in data 21/11/2002, chiuso in data 10/06/2009;

8) **rapporto 00542/01/140 IBAN IT62N0504812700000000000542, conto corrente ordinario**, intestato a Bazzinotti Ing. Rino e Fontana Dr.ssa Pia, via S. Leonardo 4, c/o BPCI Cas.31 43100 Parma, aperto prima del maggio 2001, chiuso nel dicembre 2002;

9) **rapporto 00542/01/153 IBAN IT74O0504812701000000000542, conto corrente ordinario**, intestato a Bazzinotti Ing. Rino e Fontana Dr.ssa Pia, c/o Dipendenza 153 – Casella 0031 99153, dal 03/2008 Bazzinotti Rino e Fontana Pia c/o BPCI S.da Repubblica 6 43100 Parma PR CP n.215300007, dal 12/2009 Bazzinotti Ing. Rino e Fontana Dr.ssa Pia, S. da Farini 9 43100 Parma;

- che il **Mason** ebbe nel tempo a comunicare agli attori le seguenti **rendicontazioni**:

- 1) in data 02/11/2000, valore totale riportato:1.007.090,95,
- 2) in data 16/01/2001, valore totale riportato:1.031.373,87,
- 3) in data 23/03/2001, valore totale riportato:1.025.166,94,
- 4) in data 03/05/2001, valore totale riportato:1.048.407,51,
- 5) in data 28/06/2001, valore totale riportato:1.448.028,94,
- 6) in data 31/07/2001, valore totale riportato:1.459.507,20,
- 7) in data 13/09/2001, valore totale riportato:1.375.324,72,
- 8) in data 15/10/2001, valore totale riportato:1.371.761,17,
- 9) in data 03/11/2001, valore totale riportato:1.396.292,87,
- 10) in data 17/12/2001, valore totale riportato:1.405.434,16,
- 11) in data 04/02/2002, valore totale riportato:1.426.110,00,
- 12) in data 11/03/2002, valore totale riportato:1.450.037,00,
- 13) in data 18/04/2002, valore totale riportato:1.464.414,00,
- 14) in data 03/06/2002, valore totale riportato:1.453.454,00,

15) in data 28/06/2002, valore totale riportato:1.439.311,00,
16) in data 05/08/2002, valore totale riportato:1.449.894,00,
17) in data 05/09/2002, valore totale riportato:1.454.163,00,
18) in data 04/10/2002, valore totale riportato:1.433.259,00,
19) in data 02/12/2002, valore totale riportato:1.483.484,00,
20) in data 31/12/2002, valore totale riportato:1.479.830,00,
21) in data 27/01/2003, valore totale riportato:1.470.468,00,
22) in data 24/02/2003, valore totale riportato:1.481.341,00,
23) in data 31/08/2004, valore totale riportato:1.604.018,00,
24) in data 03/02/2005, valore totale riportato: 882.483,00,
25) in data 07/07/2005, valore totale riportato: 813.615,00,
26) in data 31/08/2005, valore totale riportato: 784.103,00,
27) in data 16/09/2005, valore totale riportato: 799.580,00,
28) in data 16/12/2005, valore totale riportato: 813.024,00,
29) in data 14/04/2006, valore totale riportato:1.054.315,00,
30) in data 17/07/2006, valore totale riportato:1.032.186,00,
31) in data 09/10/2006, valore totale riportato: 976.170,00,
32) in data 08/01/2007, valore totale riportato: 916.595,00,
33) in data 12/04/2007, valore totale riportato: 915.103,00,
34) in data 06/08/2007, valore totale riportato: 934.339,00,
35) in data 02/11/2007, valore totale riportato: 953.092,00,
36) in data 29/02/2008, valore totale riportato: 970.609,00,
37) in data 03/06/2008, valore totale riportato: 1.061.017,00,
38) in data 07/11/2008, valore totale riportato: 703.233,00,
38) in data 28/01/2009, valore totale riportato: 289.000,00;

- che **solo dalla rendicontazione del 29 febbraio 2008 comparve per la prima volta un richiamo alle operazioni su derivati**, da tempo svolte ad insaputa degli attori;

- che **il richiamo è dato dalla voce “Opz.Acq.”**, inserita nello scarno rendiconto insieme alle voci relative ad azioni, obbligazioni e conto corrente;

- che tale descrizione, criptica per qualunque investitore consumatore, non poteva essere compresa nella sua reale portata e nell’impatto che avrebbe potuto avere sul patrimonio degli attori;

- che in ogni caso, contrariamente a quanto alla loro assicurato, **erano state fatte**

operazioni in derivati, presumibilmente fin dal novembre 2002, data di apertura del conto emarginazione derivati nr 00548/01/153;

- che gli attori avevano **versato negli anni** somme per equivalenti **€.2.406.212,47**, secondo il seguente dettaglio:

a) in data 03/11/2000 £.1.950.000.000	=€.1.007.090,95
b) in data 28/06/2001 £. 800.000.000	= €.413.165,52
c) in data 26/06/2003	= €. 180.000,00
d) in data 02/07/2003	= €. 77.468,00
e) in data 03/03/2003	= €. 154.938,00
f) in data 22/12/2004	= €. 164.350,00
g) in data 02/02/2006	= €. 109.200,00
h) in data 02/02/2006	= €. 300.000,00
e perciò in totale	= €.2.406.212,47

- che gli attori avevano nel corso del rapporto con la banca effettuato **prelievi a titolo personale**, cioè diversi dalle operazioni di compravendita dei titoli mobiliari, per un importo equivalente ad **€.1.622.934,07**, così dettagliato:

anno 2001	£.300.000.000	€.154.937,07
anno 2002		€.336.502,71
anno 2003		€.210.517,71
anno 2004		€.433.981,84
anno 2005		€.110.110,00
anno 2006		€.275.594,43
anno 2007		€. 93,46
anno 2008		€. 218,26
anno 2009		€.100.979,30
totale		€.1.622.934,07;

- che la **differenza algebrica** tra somme versate e somme prelevate è pari ad **€.783.278,40;**

- che alla data del **02/03/2010**, poco tempo prima della chiusura del deposito titoli n.2153-00150577-01 era presente sul **dossier** un controvalore di **€.74.887,20;**

- che il **conto corrente ordinario 00542/01/153** è stato estinto in data **28/04/2010** con saldo positivo di **€.100.802,06;**

- che dai predetti dati risulta una **perdita complessiva pari ad €.607.589,14**, come da seguente prospetto:

versamenti	€.2.406.212,47 -
------------	------------------

prelievi	€.1.662.934,07 =
primo saldo	€. 783.278,40 -
consistenza dossier titoli	€. 74.887,20 -
saldo c/c ad estinzione	€. 100.802,06 =
perdita subita:	€. 607.589,14;

- che il **calcolo della perdita subita** risulta anche **nei due documenti trasmessi dalla banca** in data 27/04/2010, ove vengono **certificate minusvalenze** subite ai sensi dell'art.6, comma 5, del d.lgs 461/97:

- quanto a Bazzinotti Rino, per gli anni 2006, 2007 e 2008, per un totale di €.480,50;

- quanto a Fontana Pia, per gli anni 2008 e 2009, per un totale di €.611.840,00,
e così complessivamente per gli attori **di €.612.320,50;**

- che lo **sviluppo degli accadimenti**, come sopra delineato, era stato **reso possibile, o, quanto meno, agevolato dalla domiciliazione degli attori presso una casella postale della banca;**

- che, infatti, in ragione di ciò **le comunicazioni obbligatorie per legge** (estratti conto, rendiconti, informativa periodica in genere, variazione delle condizioni economiche, comunicazioni di perdite superiore al 30% etc) **non venivano recapitate presso l'abitazione degli attori ma venivano trattenute in una "fantomatica casella postale" presso la filiale della banca stessa;**

- che, in tal modo, le **informazioni effettive** venivano ad essere **di fatto sostituite da quelle non veritiere esposte nei rendiconti predisposti dal signor Mason;**

- che gli attori, previa acquisizione (tramite professionisti di fiducia) di informazioni presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia, erano venuti altresì a conoscenza dell'**intervenuta apertura a loro favore di linee di credito per importi elevati, senza aver mai in precedenza formulato richiesta alcuna** in tal senso;

- che tale circostanza **faceva presumere che il Mason e la banca avessero fatto indebitare gli attori (ed in particolare la signora Fontana) per effettuare in loro nome operazioni in strumenti finanziari**, moltiplicando ulteriormente la rischiosità degli investimenti effettuati;

- che, in particolare:

in vari mesi del 2002 risultavano linee di credito, concesse ed utilizzate per centinaia di migliaia di euro (es.:gennaio 2002; accordato €.774.686,00 – utilizzo = €.616.252.00;

lo stesso era avvenuto per quasi tutto il 2001 (con accordati superiori ad €.770.000,00, utilizzati per il 70% circa, con un picco di accordato di €.1.032.914 nel mese di giugno 2001);

nel mese di settembre 2001 risultava segnalazione per l'importo in accordato di €.400.091.413,00, contro un importo utilizzato di 325.930.268;

- che, essendo notorio che le **segnalazioni alla CR** sono **gestite dalle banche a livello accentrato**, doveva con ciò **presumersi la piena consapevolezza della vicenda da parte della Banca**;

- che, in seguito alla ricostruzione effettuata dal consulente finanziario, **era stato possibile individuare operazioni in derivati (opzioni) in essere a loro nome presso la banca**;

- che, a quel punto, gli attori, ausiliati da professionisti, in data **30/04/2009** inviarono alla banca **comunicazione di recesso dai rapporti precedentemente in essere**, con riserva di ogni diritto e/o azione, e con diffida alla controparte dall'addebitare somme a qualsivoglia titolo a fronte delle operazioni contestate;

- che la banca riscontrò la predetta comunicazione con **lettera** datata **05/05/2009**, da cui emergeva:

a) che il **costo complessivo dell'estinzione delle operazioni in derivati** era stato pari ad **€.67.600,00**;

b) che **in pochi giorni il costo di estinzione dei derivati era variato di ben €.2.300,00**;

c) che **esisteva un fantomatico conto corrente n.548, definito "costo margini"**, a fronte delle operazioni in derivati;

d) che, evidentemente, **l'operatività in derivati (a nome degli attori) presso la banca era stata abituale** nel tempo;

e) che **l'operatività predetta era relativa a strumenti finanziari molto rischiosi**, se si rendeva necessario un conto margini a garanzia delle eventuali perdite subite;

- che, dopo aver studiato il caso, i legali degli attori inviarono in data **30/06/2009** alla banca un'**articolata diffida**, tramite raccomandata ar, anticipata via telefax, con la quale venivano evidenziate innumerevoli e gravissime violazioni, e veniva interrotta la prescrizione nei confronti della banca e del signor Mason, relativamente ad ogni azione spettante agli attori nei confronti dei predetti soggetti, per responsabilità contrattuale o extra-contrattuale e per nullità dei contratti stipulati;

- che ne seguì uno **scambio di comunicazioni interlocutorie fra i legali** degli attori e la banca, all'esito delle quali pervenne la **comunicazione 14/10/2009**, di risposta al reclamo, con la quale l'avv. Ilaria Federica Rizzuto, per conto della banca, nel trasmettere parte della documentazione richiesta, dando altresì atto del rifiuto da parte degli attori – soggetti ben conosciuti dalla banca - di fornire indicazioni in ordine alla propria situazione finanziaria, ebbe a respingere gli addebiti e le richieste risarcitorie e restitutorie, pur dando atto dell'operatività in strumenti finanziari derivati e del pregresso rapporto di lavoro subordinato con il signor Mason, dipendente della banca sino al pensionamento, nel 2004;

- che la **documentazione ricevuta** dalla banca risultava **incompleta** e comunque inidonea a sorreggere i rapporti contrattuali sopra indicati;

- che, infatti, già nella **comunicazione del 30/06/2009**, gli attori, tramite i loro legali, avevano rilevato:

- a) che la **contrattualistica** era **spesso priva di sottoscrizione**;
- b) che nei rari casi in cui vi fosse stata presenza di sottoscrizione, il **contratto non** era stato **perfezionato ai sensi dell'art.1326 cc**;
- c) che erano stati **violati gli obblighi di forma anche sotto il profilo relativo alle pattuizioni contrattuali** (posto che la contrattazione collettiva stabiliva obblighi di forma per i singoli contratti di derivati, che sarebbero stati ugualmente violati);
- d) che la **modulistica** era **quasi sempre incompleta e priva di elementi essenziali**, necessari per renderne determinato l'oggetto o per assolvere al cosiddetto “contenuto minimo” richiesto dalla normativa di settore;
- e) che **non vi era certezza di data**;
- g) che nei documenti si appalesavano **elementi di contraddittorietà**;
- che, per tali motivi, gli attori, quali persone fisiche, dichiaravano con tale atto di revocare, ad ogni effetto di legge, ogni proposta contrattuale, da essi formulata e non accettata dalla banca, relativa alle operazioni aventi ad oggetto: derivati contratti di negoziazione e/o raccolta d'ordini, pegni, mandati irrevocabili a vendere strumenti finanziari, conti correnti, depositi a custodia ed amministrazione, contratti relativi a linee di credito concesse nel tempo dalla banca alle persone fisiche, altre garanzie di qualsivoglia natura;
 - che, contestualmente, facevano alla banca **richiesta di acquisizione** della seguente ulteriore documentazione:
- I) **contratti** relativi a tutti i **rapporti contrattuali** intrattenuti dai clienti (persone fisiche) con la banca dall'inizio dei rapporti in poi, con particolare riferimento ai contratti di conto corrente;
- II) **contratti e modulistica** sottoscritti nel tempo a fronte di **operazioni in cosiddetti “derivati”**, ivi compresi quelli relativi alle cosiddette “rimodulazioni” ed ai singoli “ordini”;
- III) **contratti** relativi ad **operazioni in strumenti finanziari e/o servizi di investimento** (cosiddetto contratto di negoziazione o raccolta d'ordini);
- IV) la **modulistica** comunque **connessa e/o accessoria e/o collegata** alle operazioni testè indicate, **ivi compresa quella relativa alla prestazione di garanzie**, personali e/o reali, tipiche e/o atipiche di qualsivoglia natura (ad es. fideiussioni, pegni, mandati irrevocabili etc);
- V) **contratti** relativi a **linee di credito** concesse nel tempo dalla banca ai clienti, ivi compresa la modulistica relativa alla pattuizione delle condizioni economiche;
- che la **documentazione** acquisita appariva **incompleta ed inidonea**;
 - che, in particolare,:
- A) quanto al **contratto per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari con data apparente 2/11/2000**, lo stesso, in forma di lettera commerciale, sarebbe risultato **sprovvisto di tempestiva accettazione per iscritto della banca**, avendo questa manifestato all'altra parte la propria accettazione soltanto

dopo aver ricevuto contestazione dalla controparte per difetto di forma *ad substantiam*; il contratto sarebbe inoltre stato **sprovvisto di timbro postale, atto ad attribuirgli data certa**; le **sottoscrizioni dei correntisti** sarebbero **sprovviste di indicazione circa luogo e data della loro formazione**; il documento reca la **dicitura “copia per la banca”**, elemento quest’ultimo atto a far supporre la relativa predisposizione in epoca successiva al reclamo degli attori in sede stragiudiziale;

B) quanto al **deposito titoli a custodia ed amministrazione n.119920** con data apparente **2/11/2000**, valendo le **medesime considerazioni** di cui al punto A), vi si aggiungerebbe la **palese anomalia di firme e sigle**, ed ancora **l'inconferenza dell'adozione del regime impositivo “amministrato”**, l'**assenza di indicazione di data e luogo della sottoscrizione** tanto per l'estratto del regolamento della Monte Titoli spa quanto del dettaglio delle condizioni economiche;

C) quanto alle **informazioni sulla situazione finanziaria, esperienza, propensione al rischio ed obiettivi di investimento** con data apparente **2/11/2000**, valendo le **medesime considerazioni** di cui alla lettera A), vi si rileverebbe **l'incongruenza del richiamo, ivi espresso, al Regolamento Consob n.10493/97, già in allora abrogato e sostituito dalla Delibera Consob n.11522/1998**, ed inoltre la **non congrua conseguenza tratta dal rifiuto opposto dagli attori a fornire informazioni sulla loro situazione finanziaria, rifiuto che avrebbe dovuto indurre la banca ad optare per investimenti al minimo rischio** (nel mentre le dichiarazioni degli interessati quanto alla loro propensione al rischio non avrebbe comunque legittimato l'esecuzione di operazioni rischiosissime in derivati);

D) quanto all'**attestazione dei clienti di aver ricevuto il documento sui rischi generali** degli investimenti, che **trattasi di foglio bianco, senza intestazione della banca, né sottoscrizione**, da ritenersi perciò insufficiente per poterne inferire prova certa dell'intervenuta consegna del documento previsto dall'art.28 delib. Consob 11522/1998;

E) quanto all'**allegato al contratto di negoziazione** ad apparente data **6/11/2000**, valendo le **medesime considerazioni** di cui al punto A), vi si aggiunge che il **modulo appare una sorta di “collage”, non predisposto su carta intestata alla banca** (come avviene normalmente); che **l'accettazione da parte della banca sarebbe un'evidente forzatura** (essendo costituita da un **timbro posto nel residuo spazio del modulo con firma illeggibile, senza la dicitura “per accettazione”**);

F) quanto alle **norme integrative della raccolta d'ordini per la stipula di contratti uniformi a termine ed altri prodotti derivati**, valendo le **medesime considerazioni** di cui al punto A), vi si aggiunge che solo **alcuni fogli risultano sottoscritti dagli attori e dalla banca**;

G) quanto al **contratto per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari** ad apparente data **17/07/2001**, si fa **richiamo alle considerazioni** di cui al punto A);

H) quanto al **contratto deposito titoli a custodia ed amministrazione n.131759** ad apparente data **28/06/2001**, si fa **richiamo alle considerazioni** di cui al punto A) ed a quelle di cui al punto B);

I) quanto alle **informazioni sulla situazione finanziaria, esperienza, propensione al rischio ed obiettivi di investimento** con data apparente **28/06/2001**, si fa **richiamo alle considerazioni** di cui al punto A) ed a quelle di cui al punto B);

L) quanto all'**attestazione dei clienti di aver ricevuto** il documento sui rischi generali degli investimenti, si fa **richiamo alle considerazioni** di cui al punto D);

M) quanto al **contratto per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari** ad apparente data **20/05/2003**, si fa **richiamo alle considerazioni** di cui al punto A);

N) quanto al **contratto deposito titoli a custodia ed amministrazione n.150577** ad apparente data **05/11/2002**, si fa **richiamo alle considerazioni** di cui al punto A) ed a quelle di cui al punto B);

O) quanto all'**allegato al contratto di negoziazione** ad apparente data **20/05/2003**, si fa **richiamo alle considerazioni** di cui al punto A) ed a quelle di cui al punto E);

P) quanto alle **norme integrative della raccolta d'ordini per la stipula di contratti uniformi a termine ed altri prodotti derivati**, si fa **richiamo alle considerazioni** di cui al punto A); vi si aggiunge poi che **solo alcuni fogli risultano sottoscritti dagli attori** mentre **manca qualsiasi sottoscrizione per approvazione da parte della banca**; si manifesta inoltre perplessità in relazione al fatto che in un modulo che dovrebbe essere datato 5/11/2002 a pagina 10 vengano indicate ancora commissioni ed oneri in lire (essendosi introdotto l'euro il 1/01/2002);

- che, in ogni caso, **gli attori dichiaravano di disconoscere tutti i documenti la cui sottoscrizione era stata loro attribuita;**

- che, **sul piano sostanziale, il Mason avrebbe gestito il patrimonio mobiliare** conferito nel tempo dagli attori **con carattere di autonomia**, dando luogo ad un'**abusiva attività di "gestione" del portafoglio**, da lui effettuata come dipendente della banca dal 2000 al 2004 e negli anni successivi come suo collaboratore (pur facendo credere agli attori di esserne ancora dipendente); l'attività sarebbe stata **svolta sistematicamente "fuori sede"**;

- che, sempre sul piano sostanziale, **i numerosi contratti derivati** posti in essere, inscindibilmente legati tra loro, **non avrebbero dovuto essere considerati atomisticamente bensì come segmenti di una fattispecie unitaria risultante dalla rimodulazione continua** dei contratti stessi, rimodulazione **la cui finalità sarebbe stata quella di consentire alla banca di percepire somme rilevanti a vario titolo a fronte delle innumerevoli rinegoziazioni;**

- che l'operatività in concreto in contratti derivati avrebbe **generato uno squilibrio di base** fra le parti e le prestazioni convenzionalmente poste a carico dell'una e dell'altra e che detto squilibrio **non risulterebbe determinato dall'alea economica insita in tale tipologia di operazioni**, bensì dall'assetto e dai meccanismi si sviluppa l'operazione negoziale;

tanto premesso in fatto, in diritto **gli attori hanno sostenuto:**

- la **violazione degli stringenti obblighi di forma** imposti dalla normativa di settore, in quanto **i contratti non contenevano la corretta indicazione del diritto di**

recesso (art.30 TUF) e la documentazione ottenuta appare dubbia se non manipolata;

- la **violazione dei doveri di condotta** posti a carico dell'intermediario e dei suoi operatori, per l'evidente responsabilità, sotto diversi profili, del Mason;
- la **conseguente nullità di tutte le operazioni effettuate**, con obbligo di restituzione di quanto indebitamente percepito e di risarcimento del danno.

Hanno, più in particolare, **sostenuto ricorrere gli estremi della truffa**, ex art.640 cp, con le aggravanti di cui all'articolo 61 n.2), n.8) e n.11) cpc e dell'esercizio abusivo di intermediazione finanziaria (d.lgs 24/02/1998 n.58 – TUF) con gestione infedele (art.167 TUF).

Quanto alla truffa, hanno fatto riferimento all'**evidente asimmetria informativa**, e soprattutto al **rilascio di rendicontazioni false**, costituenti artificio o raggiro, affermando tale doversi ritenere pure il **silenzio serbato dall'intermediario e dai suoi operatori su circostanze che, se conosciute, avrebbero certamente dissuaso gli attori dall'intraprendere o dal proseguire l'attività di investimento** all'origine del relevantissimo danno lamentato.

L'**impoverimento** conseguente alle operazioni risulterebbe manifesto. In ogni caso si sarebbe determinato a carico degli attori un **rilevante danno, non solo per il pregiudizio economico subito ma anche per la lesione sofferta al bene giuridico tutelato dalla norma, cioè alla libertà del consenso.**

L'**ingiusto profitto** sarebbe costituito dall'**acquisizione di ricchezza, da parte della banca, mediante le operazioni in discorso.**

Il **dolo** si ricollegerebbe all'**evidente consapevolezza, in capo agli operatori, della violazione della disciplina di protezione del risparmiatore nonché dell'omessa attuazione dei doveri di informazione.**

Gli attori hanno inoltre **lamentato l'inosservanza del documento di consultazione emanato dalla CONSOB** (livello 3 – regolamento intermediari del 26/05/2008 e comunicazione Consob n.9019104 del 2/3/2009), che ha trovato definitiva consacrazione nella comunicazione Consob n. 9019104 del 2/03/2009; **i predetti interventi avrebbero - con riferimento agli obblighi per le banche in termini di correttezza, trasparenza e informazione - natura interpretativa (quanto ai doveri delle banche), trattandosi di obblighi già precedentemente presenti nella normativa primaria (art.21 TUF) e secondaria (delib.Consob n.11522/08).** In tale prospettiva **la banca avrebbe infatti dovuto rendere edotto l'interlocutore del valore del contratto – che si andava a proporre - depurato dei costi aggiuntivi (cosiddetto “far value”) o dei rischi connessi all'operazione, o comunque di tutti gli oneri che il cliente avrebbe incontrato o che gli sarebbero stati applicati in conseguenza dell'operazione. In assenza di informazione su aspetti dell'operazione destinati ad incidere “pesantemente” sull'economia del rapporto il processo volitivo risulterebbe radicalmente viziato ab origine.**

Hanno poi lamentato la **violazione dell'articolo 26 della delibera Consob n.11522/98** (la cosiddetta “best execution”), rilevando che il predetto articolo 26, rubricato sotto il titolo “*regole generali di comportamento*” (in vigore al tempo dei

fatti oggetto di causa), prevede e descrive una serie di **obblighi comportamentali che l'intermediario deve rispettare** *“nell'interesse degli investitori e dell'integrità del mercato”*: il Mason e la banca avrebbero reiteratamente violato la norma, facendo concludere agli attori operazioni assolutamente incongruenti rispetto alle loro esigenze, inadeguate rispetto al loro profilo di rischio, con applicazione di costi, oneri e commissioni, in totale spregio dei principi espressi in materia dalla normativa primaria e secondaria.

Gli attori hanno poi sostenuto ricorrere nella fattispecie **un'ipotesi di “churning/churring”**, tale definendosi la *“condotta dell'intermediario che, non curante degli interessi del cliente, effettua operazioni al solo scopo di moltiplicare proporzionalmente le proprie commissioni, ma senza che questo comporti un concreto guadagno/vantaggio per il cliente stesso”*. L'anzidetta condotta si pone in **contrasto** non solo con la regola di cui all'**art.29 delib.consob 11522/98** ma anche con quella di cui all'**art.26, la cui lettera f)** afferma che *“gli intermediari ... f) operano al fine di contenere i costi a carico degli investitori e di ottenere da ogni servizio di investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall'investitore”*.

Soprattutto hanno lamentato l'**inosservanza da parte dell'intermediario degli obblighi informativi** specificatamente con riferimento ai temi dell'informativa precontrattuale, dell'adeguatezza delle operazioni e del conflitto di interessi, a tal fine **sottolineando di non poter essere ritenuti “operatori qualificati” sul piano “formale e sostanziale”**, ai sensi dell'articolo 31 della **delib. consob n.15122/98**, con conseguente riconoscimento in loro favore del diritto al pieno rispetto della disciplina di cui agli articoli 27, 28 e 29 della predetta delibera, attuativa dell'art.21 del TUF, il quale prevede il dovere dell'intermediario di comportarsi secondo diligenza, correttezza e trasparenza, di acquisire tutte le informazioni necessarie e utili dai clienti (*“know your customer rule”*) e di acquisire tutte le informazioni sui prodotti offerti al cliente (*“know your merchandise rule”*).

Con riferimento ai doveri informativi di cui all'**art.28 delib.consob 15122/98** (*“know your customer rule”*) gli attori hanno posto in evidenza come secondo la Consob l'attuazione degli obblighi informativi debba essere attuata **prima** che siano prestati i servizi di investimento; come, poi, secondo tale autorità indipendente, le informazioni acquisite debbano essere **costantemente aggiornate** dall'intermediario-abilitato; come, infine, **nel caso in cui il cliente si fosse rifiutato di fornire le informazioni richieste, se ne debba presumere una propensione al rischio minimo**.

Con riferimento al tema dell'**adeguatezza**, di cui all'**art.29 delib. consob 15122/98**, richiamate le considerazioni già svolte a proposito dell'art.28, gli attori hanno affermato che la valutazione dell'adeguatezza delle operazioni di investimento non può essere lasciata alla discrezionalità dell'intermediario abilitato, risultando invece **necessario seguire procedure interne idonee ad una corretta valutazione del profilo soggettivo del cliente e di quello oggettivo dell'operazione**. La norma prevede **quattro cause di inadeguatezza**: per **oggetto**; per **tipologia**; per **frequenza**; per **dimensione**.

L'esecuzione di operazioni non adeguate da parte della banca realizza anche **violazione del dovere di agire nell'esclusivo interesse dei clienti e del mercato e di assicurare ad essi un equo trattamento (art.21 TUF)**, perché in tal modo la banca fa prevalere il suo specifico interesse a lucrare un compenso non giustificato; essa, inoltre, espone il cliente ad un rischio irrazionale e non conforme a quello che egli è ordinariamente disposto a sopportare. L'intermediario ha pertanto **l'obbligo di segnalare comunque al cliente le operazioni inadeguate**, nonché quello di non consigliare, offrire o proporre al cliente le operazioni medesime. Ciò al fine di assicurare una adeguata ponderazione delle decisioni di investimento. **La segnalazione deve essere completa e deve comprendere le specifiche ragioni per le quali si è ritenuta inadeguata l'operazione avuta di mira.** In caso di ordine per iscritto o di registrazione telefonica dell'ordine, gli stessi **devono comprendere anche l'eventuale segnalazione di inadeguatezza.**

Gli attori hanno inoltre sostenuto esservi stata violazione della disciplina di cui all'**articolo 27** della delib. consob 11522/98 in tela di **conflitto di interessi**, affermando che **il Mason e la banca si sarebbero, nei loro diversi ruoli, comportati contemporaneamente da consulente, gestore, venditrice di derivati, partner delle rinegoziazioni, controparte e finanziatrice.** Hanno sottolineato che mentre l'art.1394 cc guarda al *fatto* conflitto di interessi **come risultato dell'azione**, invece l'art.21 TUF (come la disciplina regolamentare, delib.consob 11522/98, in vigore all'epoca dei fatti) guarda al *fatto* conflitto di interessi **come situazione, che precede non solo il risultato dell'azione ma la stessa azione.** L'art.21 TUF detta un modello di tutela dell'interesse che si articola **sia nella prevenzione dell'insorgenza di situazioni di conflitto di interessi, sia – per il caso che un interesse in conflitto sussista – nell'obbligo di informazione del cliente, sia – per il caso che all'informazione segua l'autorizzazione del cliente – nell'obbligo di agire nell'interesse del cliente.**

Gli attori hanno quindi sostenuto esservi stata **“gestione surrettizia o abusiva”** (art.166 TUF) e **“gestione infedele”** (art.167 TUF).

Non essendo loro in alcun modo in possesso della conoscenza e della esperienza necessarie per gestire direttamente il rapporto derivante dai contratti derivati, **tutte le decisioni relative all'operatività in derivati non risulterebbero attribuibili a loro ma al Mason e comunque alla banca tramite i suoi incaricati.** Situazione, questa, che realizza la cosiddetta **“gestione surrettizia”**. La gestione surrettizia si distingue dall'attività di consulenza e negoziazione perché, **diversamente dalla seconda, comporta la paternità della decisione in capo al consulente** (cfr Cass. 12/04/2005 n.7546). La gestione surrettizia può integrare la fattispecie di reato prevista dall'art.166 del TUF. Così come attuata essa realizza altresì contratto in frode alla legge, ai sensi degli articoli 1343, 1344 e 1418 cc.

Gli attori hanno ancora affermato che nella condotta attribuita al signor Mason potrebbero rinvenirsi gli estremi del reato di **“gestione infedele”** (art.167 TUF): il Mason e gli altri dipendenti della banca **avrebbero gestito (abusivamente) le operazioni in derivati a nome dei clienti (gli attori), consentendo alla banca di reiteratamente percepire commissioni ed altre utilità a vario titolo ed a danno dei clienti.**

Hanno inoltre affermato che, **laddove, invece, si ritenesse di escludere la gestione surrettizia**, si sarebbe in presenza di **attività di consulenza** da valutarsi come **nulla in quanto attuata senza copertura di contratto scritto**; l'**obbligazione assunta con la consulenza** sarebbe in ogni caso rimasta **inadempita, non essendosi attuati i connessi obblighi informativi**, in vista del miglior conseguimento dell'interesse del cliente.

Gli attori hanno sottolineato che, **una volta accolta la loro prospettazione** nel senso della **gestione surrettizia**, ne deriverebbe **nullità** non solo di siffatto rapporto contrattuale, ma pure **di tutti i sottostanti contratti stipulati con la banca a nome degli attori**.

Hanno inoltre **sostenuto** comunque **ricorrere gli estremi per la declaratoria di nullità del contratto quadro e dei singoli contratti**. Ciò per **mancanza di causa** (art.1325 e 1418, comma 2. cc), **in relazione alle carenze organizzative della banca**. La **mancanza di quell'organizzazione** determina un **vizio genetico del sinallagma**, cioè il **difetto di causa e quindi la nullità del contratto di investimento** (venendo meno la richiesta mediazione da parte di soggetto abilitato, in quanto idoneo ad operare come intermediario).

Hanno poi **invocato** la **responsabilità** sul piano **extracontrattuale** della banca per il pregiudizio da loro direttamente sofferto in conseguenza delle sue carenze organizzative.

Gli attori hanno poi affermato **l'incompatibilità dei contratti derivati con la disciplina vigente**, per **contrastare** essi, negozi atipici, con **la regola della meritevolezza secondo l'ordinamento giuridico**, di cui all'art.1322 cpv cc. Ciò in quanto **tali contratti**, analogamente al patto commissorio, di cui all'art.2744 cc, **realizzano un eccessivo squilibrio** tra le posizioni delle parti. Col risultato che la **causa in concreto con essi realizzata** dovrebbe ritenersi **illecita**.

Hanno, poi, **addebitato alla banca di esser stata con loro "reticente"**. Da ciò la **richiesta di annullamento del contratto per dolo** (art.1439 cc) **o per errore essenziale** (artt.1428, 1429 nn. 1 e 2, 1431 cc).

Hanno, ancora, affermato **l'inesigibilità della prestazione** contrattualmente posta a loro carico, in ragione dell'**abusività della corrispondente pretesa**.

Hanno quindi **invocato la disciplina del mandato, lamentando violazione dell'art.1710 cc**.

Hanno poi **eccepito la violazione** da parte della banca **dei principi di correttezza, buona fede, trasparenza e diligenza professionale**, di cui agli articoli 21 e 23 TUF, 1175 cc, 1176 cc e 1375 cc, attribuendo alla controparte un inadempimento gravissimo, ex art.1218 cc.

Hanno **lamentato l'inadempienza** della banca anche **per mancata consegna, in data antecedente quella dell'operazione contestata, del documento rischi generali** (art.28, comma 1, lettera b, delibera consob 15122/98; art.21, lettere a) e b) TUF), **nonché per mancato invio dei rendiconti**, ex art.21, comma 1, lett. b), TUF ed art.62 delib.consob 15122/98.

Gli attori hanno ancora **sostenuto che la promozione/collocamento/sollecitazione all'investimento sarebbe avvenuta “fuori sede”**, con conseguente applicazione della disciplina di cui all'articolo 30 TUF e della normativa di attuazione della CONSOB; **da ciò deriverebbe la nullità del contratto per omessa previsione della facoltà di recesso, ex art.30, comma 6, TUF.**

Sulla base delle anzidette premesse, gli attori hanno chiesto **in principalità** dichiararsi la nullità o annullarsi, o dichiararsi l'inefficacia o l'invalidità dei predetti contratti; **in subordine** accertarsi e dichiararsi il grave inadempimento dei convenuti, pronunciarsi la risoluzione per inadempimento ed in ogni caso emettersi i provvedimenti conseguenti.

BPCI spa, costituendosi in giudizio, ha contestato in fatto ed in diritto la fondatezza delle pretese attore.

In linea di fatto ha esposto:

- che gli attori, il Dott. Rino Bazzinotti e la Dott.ssa Pia Fontana, al fine di poter investire il proprio cospicuo patrimonio mobiliare in strumenti finanziari, ebbero a stipulare, in data **2/11/2000**, con la banca convenuta, un contratto di **conto corrente ordinario di corrispondenza**, contraddistinto dal **n.542**, nonché un **“contratto per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari”**, contraddistinto dal **n.119920**, cui accedeva anche l'accessorio **contratto di “deposito titoli a custodia e amministrazione”**;

- di aver **provveduto**, nel pieno rispetto della disciplina regolamentare di settore, ed in particolare dell'art.28, comma 1, lett. a) e b) del regolamento Consob n.11522/1998, **a far consegna** ai clienti del **“documento sui rischi generali degli investimenti”** in strumenti finanziari;

- di aver altresì **richiesto ai clienti** le opportune **“informazioni sulla situazione finanziaria, sulla esperienza in materia finanziaria, sulla propensione al rischio e sugli obiettivi d'investimento dell'investitore”**;

- che a tale richiesta **gli attori risposero dichiarando di non voler rilasciare alcuna informazione** in merito alla propria situazione finanziaria né sui propri obiettivi di investimento, e di essere in possesso di una **“alta esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari”**, ed inoltre di avere una **“propensione al rischio alta”** ed **“obiettivi di investimento” finalizzati alla ricerca di “rivalutabilità” dei capitali** investiti;

- che **all'accensione dei predetti rapporti negoziali** gli attori chiesero che la **corrispondenza informativa** venisse **domiciliata presso la dipendenza della banca, con assegnazione di specifica casella (la n.31)**;

- che successivamente, in data **6/11/2000**, vennero **sottoscritti** presso la filiale della banca convenuta **rapporti prodromici alla negoziazione e raccolta di ordini** relativi a **“Future: Fib 30, Btp-future”**; **“Opzioni: Mibo 30, Isoa, Btp-future ed altri prodotti derivati, trattati su mercati regolamentati”**, e venne **contestualmente acceso un conto corrente “speciale”**, denominato **“margini iniziali su contratti**

derivati”, contratto quest'ultimo necessario per consentire l'operatività in opzioni e derivati, richiesta dagli attori; nel contempo venne richiesto e concesso un “comodo di cassa” di £.500.000.000 e di £.1.500.000.000;

- che all'atto della stipulazione di tali rapporti gli attori davano espressamente atto che i “*capitali di riferimento*” connessi alla negoziazione di “*warrant e covered warrant*” e “*derivati*” erano **rispettivamente** pari ad €50.000,00 e ad €400.000,00;

- che gli attori, persone di elevata istruzione, e tutt'altro che sprovveduti investitori, erano **ben a conoscenza della negoziazione in strumenti finanziari** che si accingevano ad intraprendere;

- che **i precedenti contratti vennero poi aggiornati**, anche mediante l'**accensione di nuovi rapporti**, con la sottoscrizione di “*contratto(i) per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari*”, cui seguiva, ai sensi dell'art.28, comma I, lett. a) e b) del regolamento consob n.15122/1998, la **compilazione della scheda informativa dei clienti e la consegna del documento sui rischi generali** degli investimenti in strumenti finanziari, nonché l'**apertura di contratti di deposito titoli in custodia ed amministrazione.**;

- che vennero **registrate anche le richieste di trasferimento delle consistente in giacenza presso la banca, procedendosi altresì alla rinnovazione del contratto relativo alla negoziazione e raccolta di ordini** relativi a “*Future: Fib 30, Btp-future*”; “*Opzioni: Mibo 30, Isoa, Btp-future ed altri prodotti derivati, trattati su mercati regolamentati*”;

- che **tutte le anzidette operazioni vennero effettuate nel periodo durante il quale presso la BPCI prestava la propria attività lavorativa il funzionario sig. Mason**, soggetto regolarmente iscritto all'albo dei promotori finanziari, che in data 30/12/2004 diede le **dimissioni e non intrattenne più alcun rapporto di collaborazione** con la banca convenuta, neppure a livello di “consulenza” o di collaborazione estemporanea;

- che nel **periodo successivo** ogni attività di negoziazione in strumenti finanziari proseguì mediante l'**asserita attività di consulenza personalmente prestata dall'ex promotore finanziario**, ma **in concreto si attuò mediante operatività posta in essere da parte del Dott. Bazzinotti e della Dott.ssa Fontana**;

- che negli **anni 2006, 2007, 2008 e 2009** i **rapporti contrattuali** relativi alla negoziazione di strumenti finanziari furono **ulteriormente aggiornati** da parte dei funzionari della banca;

- che **in data 23/11/2006** il dott. Bazzinotti e la dott.ssa Fontana sottoscrissero presso la banca un “*contratto per la negoziazione, il collocamento, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari*”, al quale accedeva il **contratto relativo alla negoziazione di strumenti finanziari derivati**;

- che **all'atto della sottoscrizione del contratto del 2006** i clienti dichiararono di avere una “*esperienza in materia di investimenti su strumenti finanziari*” ed una “*propensione al rischio*” alta, e ricevettero copia del “*documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari*”;

- che i predetti **rapporti** furono **aggiornati nell'anno 2007**, attraverso la **richiesta di innalzamento della provvista** necessaria alla negoziazione di strumenti finanziari derivati, **da €.400.000,00 ad €.500.000,00**, e la costituzione a garanzia della operatività in derivati titoli di stato italiani, per un controvalore complessivo di €.450.000,00, ed in obbligazioni emessi dalla ABN Ambro, per un controvalore di €.20.000,00;
- che successivamente, e cioè nell'anno 2008, la predetta **soglia** venne **innalzata ad €.600.000,00**;
- che nel corso degli **anni 2008 e 2009** vennero **aggiornati i rapporti** mediante la sottoscrizione di un **“contratto per la negoziazione, il collocamento e la trasmissione di ordini”** al quale accedeva anche un **contratto di consulenza finanziaria**;
- che, contrariamente a quanto sostenuto da parte attrice, **nessun “collage”, nessuna manipolazione, nessuna mancanza di accettazione o carenza documentale può evincersi dalla documentazione** contrattuale prodotta in originale (con richiesta di custodia in cassaforte);
- che, diversamente da quanto sostenuto dagli attori, **BPCI ha sempre adempiuto correttamente agli obblighi** nascenti dai contratti in essere, **sia nella fase “genetica”** del rapporto (e cioè nella fase di negoziazione e stipulazione dei contratti di negoziazione, sottoscrizione e raccolta ordini, nonché di negoziazione di strumenti finanziari derivati su mercati regolamentati), **sia in quella più propriamente “esecutiva”** dello stesso (e cioè nella fase di esecuzione degli ordini);
- che, nell'ambito dei rapporti regolarmente contrattualizzati, sopra indicati, è stata disposta da parte degli attori una **complessa e consistente operatività in strumenti finanziari**, che ha interessato la **negoziazione di quote di fondi**, ed ancora **titoli azionari, obbligazionari e di Stato**, ma soprattutto la negoziazione di **opzioni su azioni (put/call)**, nonché **contratti futures**;
- che **la predetta operatività è stata regolarmente eseguita a fronte di specifiche disposizioni ricevute da parte dei clienti via filo e per iscritto**, come da ordini di acquisto/vendita regolarmente ricevuti da parte della banca;
- che **le predette operazioni di investimento furono poi regolarmente rendicontate** da parte della banca, la quale ha provveduto ad inviare ai clienti i dettagli delle operazioni disposte ed eseguite regolarmente;
- che **gli odierni attori si recavano presso la filiale della banca per raccogliere la corrispondenza ivi domiciliata**, relativa anche all'operatività in strumenti finanziari;
- che **nessuna contestazione per nullità contrattuale o per omessa attuazione dell'attività informativa era mai stata sollevata dai clienti**, i quali, infatti, procedettero all'acquisto di strumenti finanziari derivati in perfetta autonomia e consapevolezza, tanto da aver sottoscritto documentazione contrattuale prodromica alla relativa negoziazione, oltretché ordini di acquisto/vendita;
- che tuttavia **gli investimenti effettuati nel periodo dal 2007**, in conseguenza anche della grave crisi dei mercati finanziari, **non si sono rivelati favorevoli** rispetto agli

altri numerosi effettuati in costanza di rapporto.

In diritto la banca convenuta ha contestato la fondatezza della pretesa di parte attrice secondo cui i rapporti negoziali stipulati avrebbero dovuto ritenersi nulli per carenza della richiesta forma scritta, al contrario essa risultando integrata dalla consegna all'investitore del documento contrattuale predisposto dall'intermediario. La banca in ogni caso ha sollevato, in subordine, *exceptio doli generalis* in relazione alla condotta degli attori, per avere essi pacificamente dato attuazione ai contratti dei quali hanno affermato in sede giudiziale la nullità per difetto di forma. La convenuta ha inoltre sottolineato l'inapplicabilità alla fattispecie della disposizione di cui all'art. 2104 del codice civile, che riguarda soltanto la sottoscrizione di un documento nei confronti dei terzi, e pertanto non trova applicazione tra le parti del contratto. Totalmente irrilevante è inoltre, per la convenuta, il richiamo al regolamento Consob n.10.943/1997, in luogo di quello n.11.522/1998, non avendo quest'ultimo apportato modifiche sostanziali in merito alla disciplina applicabile al caso; allo stesso modo irrilevante risulterebbe il richiamo alle lire anziché agli euro riferito all'anno 2002. Infine assolutamente generico risulterebbe il disconoscimento operato da parte attrice, *“ con riserva di rinunciare all'disconoscimento a fronte della produzione, da parte della banca, degli originali degli stessi (documenti contrattuali...) ed all'eventuale constatazione della loro genuinità”*; ad ogni modo la banca convenuta ha esibito in originale i documenti contrattuali, al fine di sottolineare, per gli effetti di cui all'articolo 116 c.p.c., la contrarietà a buona fede e correttezza della condotta processuale degli attori.. La banca convenuta ha inoltre posto in evidenza la contraddittorietà tra le due affermazioni espresse in atto di citazione, costituite la prima dall'assunto secondo cui *“sistematicamente fuori sede”* sarebbe stata intrattenuta da parte del signor Mason una presunta attività di gestione dei rapporti con il cliente, e la seconda per la quale, sempre *“ fuori sede”*, l'operatività in strumenti finanziari sarebbe avvenuta tramite conferimento di ordini . In ogni caso la disciplina di cui all'art. 30, commi 6 e 7 del TUF, in base alla quale l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei contratti - che può essere fatta valere solo dal cliente - si riferisce unicamente ai contratti di collocamento e di gestione individuale, non a qualsiasi altra forma di servizio di investimento, come, per quanto riguarda il caso di specie, il servizio di negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini. Nella fattispecie, infatti, non si è in presenza di collocamento di strumenti finanziari - accordo tra emittente ed intermediario finanziario (collocatore) finalizzato all'offerta ed alla distribuzione al pubblico di strumenti finanziari emessi a condizioni di prezzo e di tempo predeterminate (comunicazione Consob n. 97006042 del 9 luglio 1997), e quindi con offerta a condizioni standardizzate nell'ambito di un'operazione di massa - bensì di un contratto di negoziazione, che consiste, invece, unicamente nell'esecuzione di ordini ricevuti dal cliente a condizioni diverse a seconda dell'acquirente e del momento della singola operazione: con l'attività di negoziazione l'intermediario acquista e rivende strumenti finanziari ricercando, di volta in volta, gli acquirenti attraverso una successione di singole transazioni perfezionate a condizioni di prezzo e di quantità non necessariamente coincidenti. In ulteriore subordine la banca convenuta ha opposto eccezione di prescrizione del diritto ad ottenere risarcimento del danno da responsabilità pre-contrattuale e/o extra-contrattuale, ai sensi

dell'art.2947 del codice civile, non avendo gli attori provveduto ad interrompere il decorso del periodo di prescrizione quinquennale; nel contempo ha contestato l'ammissibilità del cumulo di domande volte alla declaratoria della pretesa "responsabilità contrattuale" ed "extra contrattuale". Essa ha inoltre invocato il precedente della Cassazione a Sezioni Unite (sentenze nn. 26.724 e 26.725 del 19 dicembre 2007), secondo cui la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni, che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione di servizi di investimento finanziario, può sì dar luogo a responsabilità civile, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni - pre-contrattuale, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; contrattuale, anche, ricorrendone i presupposti, con risoluzione per inadempimento, ove si tratti di violazioni riguardanti operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto di intermediazione finanziaria, ma non anche - in difetto di previsione normativa in tal senso - determinare la nullità del contratto di intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1°, del codice civile. La banca convenuta ha inoltre contestato la fondatezza della domanda di nullità fatta valere da parte attrice sul presupposto del carattere truffaldino (art.640 cp) delle pattuizioni intervenute: a tale proposito ha anzitutto affermato la propria estraneità alle condotte attribuite al signor Roberto Mason per il periodo successivo alla cessazione del rapporto con quest'ultimo, nell'anno 2004; ha comunque nel merito contestato trattarsi di "contratto enormemente sbilanciato in favore della banca ed a danno degli attori"; dalla negoziazione dei contratti di opzione e di futures non è derivato alcun vantaggio alla banca, posto che le operazioni sono state eseguite sul mercato IDEM, gestito dalla Borsa Italiana S.p.A., nel quale controparte e garante diviene la Cassa di Compensazione e Garanzia S.p.A. Ancor più infondata è la pretesa di parte attrice secondo cui i clienti si sarebbero affidati alla gestione della banca convenuta, mancando qualsiasi riferimento a contratti di gestione o di consulenza. Il profilo di rischio noto alla convenuta era certamente in linea con l'esecuzione di operazioni in strumenti finanziari derivati: in più occasioni i clienti ebbero a dichiarare di avere un'esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari "alta", anche in ragione della pregressa esperienza maturata presso altro intermediario finanziario, che li rendeva quindi consapevoli della rischiosità in tema di negoziazione di strumenti finanziari, nonché una propensione al rischio "alta"; i clienti avevano un elevato *standing* culturale, tale per cui la conoscenza dei mercati e la comprensione dei contratti negoziati dovevano ritenersi effettive, mentre l'eventualità di essere "raggirati" era assai remota. La segnalazione nella Centrale dei Rischi della Banca d'Italia, frutto delle richieste di concessione di due "comodi di cassa", utilizzati per finalità estranee a quelle in esame, e comunque indicati anche nella rendicontazione "non ufficiale" riportata dal signor Mason, era estranea al tema degli investimenti in contratti derivati. A fornire prova della consapevolezza dei clienti circa la rischiosità degli strumenti negoziati in costanza di rapporto stava poi la sottoscrizione degli *addenda* relativi ai contratti, dai quali compariva l'indicazione dei capitali di riferimento per l'esecuzione di operazioni in *warrant* e *covered warrant* e derivati nonché la costituzione di margini di garanzia di strumenti finanziari per euro 470.000 di valore nominale. La banca ha poi evidenziato di aver regolarmente rendicontato ai

clienti le operazioni da essi disposte, trasmettendo via posta le comunicazioni periodiche, il cui recapito, per scelta degli attori, era stato domiciliato presso la filiale della Banca. La rendicontazione trasmessa da parte del signor Mason, che nulla aveva a che vedere con quella ufficiale della banca, sebbene in parte, sino 2004, apparentemente riportata su carta intestata della stessa, era frutto di una rielaborazione personale dei dati contabili. Di essa l'istituto di credito convenuto non avrebbe dovuto ad alcun titolo rispondere. In ogni caso nessun artificio e/o raggirò era mai stato posto in essere da parte della banca in danno dei propri clienti, avendo invece essa operato secondo canoni di correttezza e buona fede, in conformità alle previsioni normative contrattuali vigenti. Il richiamo da parte attrice della disciplina post Mifid (ed alla comunicazione Consob n.9019104 del 2 marzo 2009) in ordine all'operatività in strumenti finanziari derivati costituirebbe riferimento ultroneo ed erroneo, atteso che detta disciplina, non avente carattere interpretativo ma innovativo, è relativa all'operatività in strumenti finanziari derivati illiquidi, perciò diversi da quelli di cui si è parlato (opzioni e *futures*), per i quali certamente non sussiste un problema di *fair value* o *up front*. La banca ha sul punto ribadito che **il mercato delle opzioni su azioni e su futures è un mercato regolamentato** e il suo incedere è relegato a soggetti terzi estranei all'intermediario, il quale non può avere avuto alcun ingiusto profitto dalle perdite maturate sul mercato dagli investitori; la banca convenuta ha semmai ottenuto la commissione (fissa) di negoziazione contrattualmente pattuita per le attività di intermediazione svolta con riguardo alla fase di negoziazione dei titoli. Con riferimento alla presunta violazione degli artt. 26, 27,28 e 29 del regolamento Consob n.11522/1998, la convenuta ha replicato premettendo che a norma dell'**art. 21 lett. a) e b) del TUF** gli intermediari finanziari, nella prestazione dei servizi di investimento e accessori, devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati. La Consob ha definito, con i primi due commi dell'articolo 28 del regolamento 11522/1998 ("*informazioni tra gli intermediari e gli investitori*"), la fase di informazione "*necessaria*" e quella "*adeguata*" in **due momenti distinti**, benché funzionalmente collegati: 1) il primo, definito di **informazione "passiva"** (cosiddetto "*know your customer rule*"), consistente sostanzialmente nell'**obbligo di acquisizione dal cliente di tutte le informazioni necessarie per una corretta valutazione del profilo** di investitore in termini di esperienza/propensione al rischio/obiettivi perseguiti; 2) il secondo, detto di **informazione "attiva"** (cosiddetto "*know your merchandise rule*"), consistente nell'**adeguata illustrazione della natura, dei rischi e delle implicazioni della specifica operazione**; tale informativa, come espressamente previsto dalla normativa, deve risultare adatta in relazione alla specifica operazione, in quanto finalizzata a garantire al cliente l'assunzione di scelte consapevoli. La banca convenuta **ha affermato di aver regolarmente ottemperato ad entrambi gli oneri informativi**, avendo essa: a) **richiesto ai clienti le informazioni "passive" all'atto di ogni formalizzazione del contratto di negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini**, ed avendo sempre ricevuto conferma da parte degli investitori in merito al loro **profilo di rischio alto** ed alla loro **conoscenza dei funzionamenti del mercato**, tanto da confermare, poi, un profilo "*aggressivo*" di investimento; b) **fornito ai clienti le informazioni "attive"** avendo **illustrato** loro: 1) **la natura specifica delle**

operazioni in strumenti finanziari che si accingevano a compiere, avendo consegnato loro il “**documento sui rischi generali dell’investimento in strumenti finanziari**”, nel quale era esplicitata la **caratterizzazione della tipologia di investimento prescelto**; 2) **i rischi e le implicazioni che ne sarebbero derivate**, con specifica **indicazione del fatto che si trattava di negoziazione di opzioni su azioni e futures, ovverosia di strumenti finanziari derivati comportanti un elevato livello di rischio** per l’investitore, e con la precisazione **che le predette operazioni avrebbero potuto garantire quindi importanti perdite o guadagni**. In nessun caso vi era stata poi violazione dell’art.26 regol.consob 11522/1998, rubricato “*regole generali di comportamento*”, ciò risultando dalla documentazione acquisita agli atti, non smentita dalle generiche affermazioni in contrario rese da parte attrice. Parimenti infondata sarebbe risultata l'accusa di aver violato le disposizioni di cui agli articoli 28 e 29 del regolamento; dalla documentazione agli atti risultava infatti che la banca convenuta aveva provveduto ad acquisire dai clienti le “*notizie circa la loro esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la loro situazione finanziaria, i loro obiettivi di investimento, nonché circa la loro propensione al rischio*”, ricevendo univoche conferme riguardo al profilo speculativo di investitori; la banca aveva inoltre provveduto a consegnare “agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'allegato n.3”. Ugualmente infondata era l'accusa di aver operato in “*conflitto di interessi*” nei confronti del cliente, tanto da avere applicato commissioni con riguardo alla imponente negoziazione di strumenti finanziari; l'onere di fornir prova dell'ipotizzato conflitto di interessi sarebbe risultato particolarmente grave, non avendo operato essa società BPCI quale “*controparte*” nelle operazioni oggetto di contestazione. L'accusa di non aver adempiuto all’*“obbligo di contenimento dei costi”* così come quello di non aver conseguito il “*miglior risultato*” - peraltro costituenti obbligazioni di mezzi e non di risultato - sarebbe risultata del tutto generica; altrettanto generico l'assunto secondo cui la condotta tenuta dal Mason e dalla banca sarebbe stata in “*conflitto di interessi*” in relazione alla pluralità dei ruoli asseritamente assunti nella vicenda dal Mason e dalla banca; parimenti contestata l'accusa mossa alla banca convenuta di aver esercitato nei confronti degli attori un'attività di “*consulenza*” e di “*gestione*” nell'ambito dei rapporti negoziali tra le parti. Infine erronea e non rispondente al vero sarebbe stata l'affermazione di parte attrice secondo cui la banca sarebbe stata “*venditrice di derivati, partner delle rinegoziazioni, controparte e finanziatrice*”. La banca non aveva fatto sollecitazione agli acquisti, né assunto ruolo di venditrice, partner o controparte dei contratti derivati, né aveva per questi ultimi effettuato alcun finanziamento; le operazioni di tale tipo (“*comodo di cassa*”) erano dirette ad un'operatività (supporto finanziario a iniziative imprenditoriali private) del tutto differente rispetto a quella in considerazione, che si fondava, invece, sulla costituzione di garanzie reali, al fine di consentirne l'operatività. Generica ed infondata sarebbe poi stata l'accusa di omessa segnalazione delle operazioni non adeguate, in assenza di qualsiasi precisazione in ordine a quali, tra quelle effettuate, sarebbero risultate tali, così come di qualsiasi indicazione in ordine alle procedure che avrebbero dovuto seguirsi allo scopo. Nè dell'asserito ruolo di gestione da parte del signor Mason, e delle correlate malversazioni ad esso attribuite, avrebbe dovuto rispondere la banca convenuta, posto che: 1) gli ordini di acquisto erano stati tutti conferiti e sottoscritti da parte dei clienti; 2) l'arco temporale in discussione è stato di

circa 8 anni di investimenti; 3) i clienti non hanno mai contestato alcunché in merito ai rapporti negoziali né in merito alla loro sottoscrizione da parte di funzionari. Totalmente generica ed indimostrata sarebbe poi l'accusa di anomalie nel rapporto intrattenuto con i clienti. Ancor più infondata sarebbe l'accusa di abusivismo (art.166 TUF), non essendovi stata alcuna attività di “offerta fuori sede”, “promozione” o “collocamento” degli strumenti finanziari, ed invece avendo avuto luogo un'operatività costituita da prestazione di servizi di investimento contrattualizzato tra le parti. In ogni caso il Roberto Mason era “promotore finanziario”, regolarmente iscritto all'albo. L'accusa di “gestione infedele” sarebbe anch'essa del tutto priva di fondamento, avendo la banca effettuato servizio di negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari, e non di gestione, nemmeno “surrettizia”. Quanto all'attività consulenziale svolta, si sarebbe trattato di mera “consulenza incidentale”, consistente in indicazioni e pareri offerti dal soggetto abilitato al singolo risparmiatore in occasione ed in ragione del servizio di investimento. L'accusa di carenze organizzative risulterebbe priva di fondamento, attesa l'esistenza di una procedura interna atta a verificare ex ante l'operatività in strumenti finanziari. Con riguardo, poi, all'azione di annullamento dei contratti per dolo, la convenuta, nel contestarne la fondatezza, ha parimenti sollevato in via preliminare eccezione di prescrizione ex art.1442 cc. Nessun atteggiamento reticente sarebbe stato assunto dalla banca. Ingiustificata risulterebbe la pretesa di inesigibilità della prestazione per causa di forza maggiore o per impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta, trattandosi di inadempimento agli obblighi contrattualmente assunti. Nè la parte attrice avrebbe potuto invocare la presunzione di responsabilità di cui all'art.2050 cc, non rientrando quella finanziaria tra le attività pericolose. Nè a fondare l'affermazione della responsabilità dei convenuti potrebbe valere il richiamo alla disciplina in tema di riparto dell'onere probatorio di cui all'art.23 TUF, incombando sull'intermediario, in forza di tale disposizione, l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta, onere che la convenuta riteneva di poter agevolmente soddisfare sulla base della diligente attuazione delle operazioni di investimento ad essa richieste dagli attori e dei doveri informativi ad esse correlati. Per il resto sarebbe spettata alla controparte la prova in ordine agli ulteriori profili di contestazione sollevati (per sollecitazione alle operazioni di investimento, per conoscenza della falsa rendicontazione ad opera del Mason, per condotta decettiva tale da indurre gli attori all'effettuazione di investimenti - opzioni su azioni e futures – che altrimenti non sarebbe stata da loro disposta, per condotte giuridiche di carattere extra-contrattuale, per previsione e predeterminazione delle perdite che sarebbero derivate dagli investimenti, per carenze organizzative e per le relative conseguenze dannose, per l'esercizio, da parte della banca, di attività gestoria o di consulenza in luogo di quella, formalmente pattuita, della mera ricezione di ordini di investimento, per eventuali situazioni di conflitto di interesse, per la sussistenza del danno lamentato e per il nesso causale tra quest'ultimo ed il mancato assolvimento dei doveri di informativa). La parte attrice non aveva infatti fornito prova del danno lamentato, né del nesso eziologico tra la relativa insorgenza e le accuse mosse all'appellata. Comunque del danno riscontrato risulterebbero correlativamente responsabili gli attori, per aver essi prestato fede a documenti non provenienti dal sistema informatico della banca, e per aver trascurato qualsiasi controllo; l'omessa contestazione di quanto nel tempo attuato verrebbe in ogni caso a costituire implicita

approvazione, ai sensi dell'art.1712 cc, dell'operato del mandatario.

Concluso quindi per il rigetto delle pretese attoree, la banca convenuta ha chiesto ed ottenuto differimento d'udienza ex art-269 cpc per la chiamata in manleva, ex art.2049 cc, del dipendente-promotore finanziario sig. Mason (peraltro con essa solidalmente responsabile, ex art.31, comma 3, TUF.)

Tanto premesso, la banca BPCI spa ha concluso chiedendo in via preliminare accertarsi l'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno azionato dagli attori nei suoi confronti nonché dell'azione di annullamento dei contratti, con conseguente rigetto delle domande attoree; in via principale respingersi le domande di parte attrice; in linea subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento, in tutto o in parte, delle pretese attoree, ha chiesto rideterminarsi e quantificarsi il danno risarcibile, in applicazione del disposto di cui all'art.1227, 1° e 2°, comma, cc, previa determinazione ex artt.1292 e 2055 cc della diversa misura di responsabilità tra le parti convenute; sempre in via subordinata, ha chiesto disporsi la condanna del terzo chiamato Mason Roberto a manlevarla di tutte le somme eventualmente dovute agli attori.

Costituendosi in giudizio, il convenuto Mason Roberto ha anzitutto sottolineato la **genericità delle contestazioni** mosse da parte attrice, per aver quest'ultima omesso di specificare quali operazioni erano state contestate e con quale periodo di riferimento. Ha inoltre sottolineato l'**inammissibilità di qualsiasi pretesa restitutoria nei suoi confronti**, non avendo egli ricevuto in proprio alcunchè non essendo stato controparte contrattuale degli attori. Ha poi evidenziato che, col passaggio suo da Banca Monte Parma (ove operava come responsabile del servizio finanziario) a BPCI spa, ove avrebbe operato come responsabile di private banking, gli attori, intendendo seguirlo presso la nuova banca, ivi trasferendo il proprio patrimonio mobiliare, manifestarono espressamente il loro intendimento di non aprire più rapporti di gestione, ma di voler puntare su investimenti mobiliare più dinamici e basati sul trading. Gli attori conoscevano l'operatività su strumenti derivati. La loro scelta di trasferire parte dei loro fondi alla banca era collegata alla riconosciuta validità della struttura della banca medesima ad operazioni di trading ed in particolare sulle opzioni di borsa, operatività, quest'ultima, consapevolmente da loro posta in essere. Il convenuto acquisì quindi la documentazione di rito e ne fece consegna ai clienti i quali esplicitarono nel questionario informativo di aver elevata propensione al rischio. Sulla base della richiesta degli attori di operare fin da subito in opzioni, il convenuto spiegò ad essi i concreti rischi collegati a tale attività, sottolineandone la volatilità e precisando che l'operatività in opzioni sarebbe risultata molto pericolosa in caso di "crollo" dei mercati. Gli attori iniziarono così autonomamente e consapevolmente a compravendere opzioni, optando principalmente per operazioni di vendita di opzioni put e call, e quindi incassando subito il premio dell'operazione. **I riepiloghi prediposti dal convenuto non erano affatto falsi, ed anzi rispecchiavano la sostanziale consistenza del patrimonio allora in essere.** Nel contempo gli attori provvedevano a ritirare la documentazione periodica della banca. Il conto veniva utilizzato dagli interessati per spese e versamenti vari. Sul rendimento incidevano anche gli interessi passivi del

finanziamento espressamente richiesto dagli attori (al fine di non diminuire il portafoglio titoli in un momento in cui si erano impegnati in un importante intervento di ristrutturazione di un edificio storico nel centro di Parma). L'operatività in opzioni era dunque autonomamente e consapevolmente posta in essere dagli attori, i quali decidevano, con l'ausilio delle competenze e la supervisione operativa del Dr.Mason, le tipologie di titoli da acquistare, sempre e comunque indirizzate alla massima redditività. **Quando il convenuto decise di andare in pensione** (non di lavorare a part time), **gli attori insistettero perché egli continuasse ad affiancarli nella attività di investimento nonché per avere la sua opinione relativa agli investimenti in opzioni e per fare il punto, periodicamente, sulla loro posizione.** L'attività svolta dal Mason dopo il suo pensionamento era dunque quella di **consigliere e mandatario per l'operatività in opzioni** degli attori, i quali decidevano di intesa con lui le operazioni di investimento da eseguire, che quindi venivano convalidate. **Gli attori non hanno mai sollevato contestazione alcuna in ordine all'esecuzione del mandato** da parte del convenuto Dr Mason; al contrario, **l'intervenuta ratifica delle operazioni eseguite costituisce conferma che le operazioni in parola erano concordate, con piena approvazione dell'operato del mandatario.** La presunta rendicontazione non veritiera si sostanzava nell'ausilio apportato dal Mason alla ricostruzione sintetica degli esiti dell'operatività degli attori, **ricostruzione** che veniva **effettuata sulla base della documentazione bancaria che gli stessi interessati sottoponevano al Mason**, e che si aggiungeva, e non si sostituiva, a quella che la banca inviava ai clienti e che loro stessi ritiravano. La **perdita di valore del portafoglio** si era originata repentinamente ed improvvisamente **a seguito del crollo dei mercati che gli attori, seppure avvertiti, non avevano ritenuto possibile.** Tra il 2008 ed il 2009 titoli di primaria importanza, e sui quali operavano gli attori, persero il 70/80% del loro valore di borsa. **Gli investitori come gli attori erano essenzialmente venditori di opzioni put, ed avevano perciò assunto impegni di acquisto a termine con prezzi impostati su cifre che a scadenza – pur se originariamente decurtati del 15/20% rispetto a quelli di mercato) – risultavano più elevati di circa il 50%;** in altre parole, gli attori si trovarono **costretti**, sulla base dell'esercizio delle opzioni, **ad acquistare titoli ad un prezzo doppio rispetto a quello corrente.** Nel frattempo **la banca – a quanto noto al convenuto sulla base delle parole degli attori – aveva chiesto l'integrazione delle garanzie** prestate per l'operatività; quindi, a partire dal febbraio 2008, gli attori avevano cercato di porre un freno alla richiesta di integrazione delle garanzie, mediante la operatività in acquisto di opzioni put. In buona sostanza, gli attori, i quali nulla avevano da contestare o censurare nel momento in cui l'operatività generava profitti, avrebbero con ciò cercato di socializzare le perdite attraverso l'iniziativa processuale assunta. Nessuna fantomatica “scoperta” dell'operatività vi sarebbe stata, bensì la pura e semplice presa d'atto delle intervenute perdite.

In diritto il convenuto Roberto Mason ha sollevato **eccezione di prescrizione** ed ha sottolineato **l'inapplicabilità nei suoi confronti dell'inversione dell'onere probatorio di cui all'art.23 TUF** (non essendo egli stato controparte contrattuale degli attori). Ha aggiunto essere **inapplicabile nei suoi confronti il disposto di cui all'art.26 regol.consob 11522/1998** (disposizione peraltro abrogata dall'art.113 regol.consob n.16190/2007, con decorrenza dal 13/11/2007), **relativo ai soli**

“intermediari autorizzati”.

In fatto ha contestato la rispondenza al vero pressoché di tutte le allegazioni attoree che lo riguardano, ribadendo, quanto alla ricostruzione della vicenda, quanto sopra riferito. In particolare **non corrispondente al vero sarebbe l'affermazione secondo cui il Mason avrebbe assunto una “gestione” surrettizia**: le operazioni di investimento erano infatti state poste in essere in forza di autonome e consapevoli scelte di investimento maturate dagli attori sulla base di una loro propria valutazione. **La presenza di specifici ordini di negoziazione scritti e sottoscritti dagli attori costituisce smentita documentale delle unilaterali asserzioni di parte attrice.** Parimenti **non rispondente al vero è l'assunto circa l'intervenuta instaurazione di un rapporto di consulenza**, ritenuto invalido in quanto non sorretto da forma scritta. Al contrario, la presenza documentata di rapporti contrattuali di deposito ed amministrazione stipulati con la banca impediscono di considerare la concorrente esistenza di un diverso rapporto contrattuale costituito dalla consulenza, e cioè di un servizio accessorio autonomo e disciplinato dall'art.1, comma 5, lett. f) del TUF. **Il rapporto intercorso tra il convenuto e gli attori a seguito della cessazione del contratto di lavoro con la banca era costituito da un semplice mandato.**

Sulla base delle predette considerazioni, il convenuto Mason Roberto ha concluso per il rigetto di ogni domanda nei suoi confronti.

Con la memoria ex art.183, 6° comma, n.1, cpc, il dr. Roberto Mason ha preso posizione sulla richiesta subordinata di manleva rivolta nei suoi confronti dall'altra convenuta BPCI spa, per confutarne il fondamento, **non avendo egli operato nei confronti degli attori come promotore finanziario, e cioè mediante promozione “fuori sede”**, il che esclude di per sé l'applicabilità alla fattispecie del disposto di cui all'art.31 TUF in tema di responsabilità solidale dell'intermediario e del promotore, **e non potendogli essere addebitato alcunché**, con riferimento al rapporto di lavoro subordinato, **ai sensi dell'art.2104 cc**, in assenza di qualsiasi richiesta e/o contestazione da parte del datore di lavoro.

Come rilevato dal giudice istruttore, con ordinanza 3-4/07/2013, **la parte attrice, a fronte del deposito degli originali documentali, ha revocato il disconoscimento delle sottoscrizioni formulato in atto di citazione.** Essa ha invece proposto istanza di CTU contabile e richiesta di esibizione di documentazione bancaria. Non accolte in quanto superflue alla luce delle intervenute produzioni.

La causa è stata istruita con acquisizione documentale e con parziale ammissione dei mezzi di prova orale dedotti e relativa assunzione.

Con sentenza n.251/2015 il tribunale di Mantova ha respinto le domande di parte attrice disponendone la condanna alla rifusione in favore dei convenuti delle spese di lite.

Fontana Pia e Bazzinotti Rino hanno proposto tempestiva impugnazione; si sono

costituiti BPCI spa e Mason Roberto, chiedendone il rigetto, ed *in limine* eccependone l'inammissibilità; con atto del 21/11/2017 gli appellanti hanno depositato istanza di rimessione in termini ex art.345 cpc chiedendo di essere autorizzati alla produzione degli atti e documenti contenuti nel fascicolo relativo al procedimento penale n.6537/12 RGNR innanzi la Procura della Repubblica di Mantova; all'udienza del 22/11/2017 la difesa dell'appellato Dr. Roberto Mason ne comunicava l'intervenuto decesso e la corte dichiarava l'interruzione del giudizio. Che veniva riassunto su richiesta di parte appellante, con conseguente costituzione in giudizio di Unione Banche Italiane – UBI BANCA spa, incorporante BPCI spa, e dei signori BONI FEDERICA e MASON GIANLUIGI, eredi di Mason Roberto a seguito di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario.

La causa veniva assegnata a sentenza all'udienza di precisazione delle conclusioni del 4 luglio 2018, con termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1

Il **tribunale di Mantova**, ribadita la già affermata ammissibilità della testimonianza dei dipendenti bancari, sulla scorta della giurisprudenza che nega al dipendente l'incapacità ex art.246 cpc in assenza di un interesse attuale e concreto a partecipare al giudizio, **è pervenuto al rigetto delle domande di parte attrice sulla base delle seguenti considerazioni.**

Gli attori non hanno provato né chiesto di provare la pressoché totalità delle censure formulate nell'atto introduttivo del giudizio e ribadita nelle fasi successive, nè hanno formulato contestazioni sulla sottoscrizione di tutti i documenti in atti, atteso che, dopo il disconoscimento operato in citazione e nella fase iniziale, hanno ritirato il loro disconoscimento.

Solo con le conclusioni istruttorie dell'atto introduttivo gli attori hanno formulato censure in ordine alla legittima operatività del conto corrente sul quale erano appoggiate le somme coinvolte nella movimentazione dei titoli, sotto il profilo della pattuizione di interesse ultra legale, dell'anatocismo vietato, della commissione di massimo scoperto e dell'usura, senza farne alcun cenno nella parte motiva.

Tutti i fatti affermati dagli attori e contestati dai convenuti, riguardanti condotte abusive della banca e del Mason, falsità, truffe, eccetera, rendiconti falsi, mancata informazione sull'acquisto dei derivati, sono rimaste del tutto prive di prova: gli

attori non hanno infatti provato né chiesto di provare alcunché in tal senso; non è in ogni caso possibile affidare ad una CTU, del tutto esplorativa, la ricerca di qualche ragione per addebitare a terzi l'esito negativo del proprio investimento.

Deve **ritenersi inammissibile il deposito in sede di comparsa conclusionale di atti del procedimento penale instaurato parallelamente** a mezzo di querela da parte degli attori. Ciò anzitutto per la tardività della produzione, atteso che, come risulta dalla richiesta di archiviazione e dall'opposizione ex art. 410 c.p.p. presentata dagli attori, le indagini erano per loro disponibili, in qualità di presunte parti offese, sin dal maggio 2013. Ed in secondo luogo in quanto trattasi di produzione irrilevante, atteso che si limita a richiamare una serie di sommarie informazioni, tra cui quella del signor Barone, consulente di fiducia degli attori, da questi ritenuta significativa, il quale tuttavia ha premesso di svolgere valutazioni personali. Dalle predette sommarie informazioni del signor Barone risulta comunque che gli attori hanno sempre sottoscritto gli ordini loro proposti dal convenuto signor Mason. Con ciò non è provato in alcun modo, né è stato chiesto di provare, come il Mason avesse potuto indurre gli attori in errore sul contenuto dell'atto che andavano a firmare. Il fatto che il gip di Parma, con decreto 11 ottobre 2013, abbia archiviato la posizione del Mason per gli stessi reati che oggi vengono contestati ai convenuti (truffa e appropriazione indebita) è elemento di giudizio significativo. A ciò si aggiunge il fatto che entrambi gli attori sono laureati, dato quest'ultimo che rende ancor più inverosimile l'assunto secondo cui gli stessi avrebbero sottoscritto ordini di prodotti finanziari per importi di centinaia di migliaia di euro senza comprenderne il significato, e senza avvertire il rischio che con la relativa sottoscrizione essi andavano ad assumersi.

2

Tanto premesso, **occorre affrontare le questioni principali** riguardanti la forma dei contratti e la condotta delle parti, così come risultante dai documenti e dalle testimonianze, riservando all'esito alla valutazione delle residue censure.

Le **censure di assenza di forma scritta ex articolo 23 TUF** (d.lgs 24/2/98 n. 58) sono prive di giuridico fondamento.

È pacifico ed incontestato che gli attori sono stati clienti del Banco sin dal 2000 e che

hanno stipulato con esso un contratto di **conto corrente ordinario** (doc. 2) e un contratto per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari (cosiddetto **contratto quadro**: doc. 3, 59A1 di parte attrice). Il contratto per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari (contratto quadro), a documento 3, appare **compilato in ogni sua parte e sottoscritto sia dagli attori e da un funzionario bancario** (penultima e ultima pagina). Sono pertanto infondate le censure e vorrebbero rilevare nullità del mancato deposito di un' accettazione della banca.

Sono **altrettanto infondate le censure sulla data**, atteso che il documento proviene dalla parte e non è stato disconosciuto, neppure sotto il profilo della presunta difformità dall'originale, con il che è del tutto sfornita di prova la circostanza secondo cui sarebbe stato formato successivamente.

È del tutto **infondata ogni richiesta di prova certa della data** del documento ed ancor più quella di un timbro postale atto ad accertarlo: trattasi infatti di requisito non previsto da alcuna norma, così come non prevista da disposizione di legge è la pretesa di nullificare la firma della banca perché illeggibile, ancorché posta su un timbro dell'istituto di credito.

Con riferimento al **contratto di deposito titoli**, avente pari data, devono ritenersi parimenti infondate le analoghe censure, per le medesime ragioni sopra esposte. A cui si aggiunge la considerazione che mentre é pacifica la nullità degli investimenti in assenza di contratto quadro, non altrettanto può dirsi per i singoli investimenti, con la conseguenza che, anche ove, per assurdo, dovesse ritenersi nullo il contratto di deposito titoli citato, ciò non nuocerebbe in nulla alla validità degli investimenti ordinati dagli attori ed eseguiti dall'istituto di credito.

Con riferimento infine al **contratto di conto corrente**, richiamato quanto testé esposto, si riporta la giurisprudenza sempre più diffusa secondo la quale **per la relativa validità deve ritenersi sufficiente la firma del cliente**.

L'infondatezza di tutte le censure relative ai contratti precedenti testé considerati **si estende a tutti quelli elencati alle pagine 15 – 17 della citazione**, le cui censure sono dagli attori riferite ai precedenti documenti.

Quanto agli **obblighi informativi**, devono ritenersi totalmente infondate, con riferimento alle informazioni richieste ai sensi dell'articolo 28 del regolamento Consob, le questioni inerenti la presunta non compatibilità con il regolamento Consob allora in vigore (11.522/98) con quello richiamato nel modulo (10.943/97), da cui gli attori pretenderebbero di far derivare la nullità dello stesso e l'inadempimento di tutti gli obblighi informativi, conseguenza non prevista da alcuna norma. La violazione degli obblighi informativi, anche ove sussistente, non produrrebbe peraltro la nullità dei contratti ma tutt'al più rilevarebbe quale inadempimento sotto il profilo della responsabilità precontrattuale (Cass. Civile, Sezioni Unite, sent. 19 dicembre 2007 n. 26.724).

È pacifico **che gli attori, richiesti di fornire informazioni ai sensi dell'art. 28 del regolamento Consob citato, hanno legittimamente opposto un rifiuto** (vedi documenti 59A3 e 59B3 di parte attrice in date 2/11/2028/6/2001) a comunicare la propria situazione finanziaria; è altrettanto pacifico che gli stessi hanno **dichiarato** contestualmente **un'esperienza in materia di investimenti "alta"** (la massima possibile) ed ancora **una propensione al rischio "alta"** (5° livello, sotto al 6°, che è il massimo), ed infine **obiettivi di rendimento in termini di "rivalutabilità"** (il massimo possibile).

Non si è quindi verificata quella situazione che, in assenza di informazioni conseguenti al rifiuto (Cass. Civ., sez. 1ª, sent. n. 18.039 del 19/10/2012), **costringerebbe la banca ad assumere ulteriori informazioni prima di consentire agli investimenti richiesti. È quindi del tutto infondata la pretesa di costringere la banca a rifiutare richieste di investimento che andassero oltre il rischio minimo**, a fronte di clienti investitori che dichiaravano e dimostravano - come si evince dalle centinaia di ordini dà Loro sottoscritti (docc. 25 e segg. di parte convenuta) e dagli importi interessati, per oltre 2.000.000 di euro (il rapporto iniziò con il versamento di lire 1.950.000.000 in data 3 novembre 2000: doc. 1 di parte attrice) – un'alta esperienza, propensione al rischio e ambiziosi obiettivi di investimento. Ciò appare sufficiente **per ritenere che l'intermediario abbia adempiuto ai suoi obblighi in**

materia e rende ancor più **inverosimile l'affermazione, più volte ripetuta, secondo cui gli attori non avevano né le conoscenze né l'esperienza per gestire attivamente il rapporto derivante dai contratti derivati**, tenuto conto che, per applicare la norma, **l'intermediario deve far riferimento ad "ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati"**.

Quand'anche poi – contrariamente alle motivazioni suindicate – dovesse ipotizzarsi l'omissione da parte dell'intermediario dell'adempimento agli obblighi informativi, né conseguirebbe una responsabilità di natura aquiliana (Cass. sezione 3^a, sent. numero 21.255 del 17/09/2013). Con conseguente **accertamento della fondatezza dell'eccezione di prescrizione** tempestivamente formulata dai convenuti, essendo trascorsi più di 5 anni (art. 2947 c.c.) tra la sottoscrizione del contratto quadro e la raccomandata interruzione della prescrizione, del 30/6/2009 (doc. 54 di parte attrice).

Altrettanto **prescritta sarebbe la prospettata azione di annullamento**.

Priva di fondamento è la censura per non aver ricevuto copia dei contratti e dei documenti informativi. Il contrario è dimostrato sulla base del **riconoscimento espresso nei documenti che ne attestano la ricezione** e, in particolare, con le dichiarazioni in essi contenute di averne ricevuto copia.

Nessuna violazione emerge di conseguenza e con riferimento all'art. 29 del regolamento Consob 11.522/98, **in termini di adeguatezza**. Nel caso specifico deve aversi riguardo **alla dichiarazione degli attori** nei docc. 2/11/2000 e 28/6/2001, sopra richiamati. Gli investimenti ordinati dagli attori non possono ritenersi inadeguati ai sensi della norma suindicata che, in merito alla valutazione, **fa espresso riferimento all'art. 28 dello stesso regolamento, e, quindi, alla profilatura e alle circostanze già richiamate**. Non appare di particolare rilevanza il fatto che, nella successiva fase e nel 2008, l'istituto di credito abbia inquadrato gli attori come clienti "al dettaglio": tale inquadramento serve infatti soltanto a distinguere gli attori dagli investitori "professionali", nei confronti dei quali gli intermediari non hanno obblighi normativi.

Nel caso specifico risulta invece che gli obblighi sussistessero, ma anche che gli stessi siano stati adempiuti.

Altrettanto **priva di fondamento**, in quanto sprovvista di prova, è **l'eccezione riguardante diritto di recesso ai sensi dell'articolo 30 del TUF**. Gli attori non hanno provato né chiesto di provare che i contratti fossero stati sottoscritti fuori dei locali della filiale, mentre le testimonianze, indotte da parte convenuta, hanno fornito conferma della circostanza della relativa “ offerta in sede”.

Con riguardo alla **tesi sostenuta da parte attrice secondo cui le comunicazioni ufficiali della banca sarebbero risultate sconosciute agli attori, in quanto trasmesse presso la casella postale, collocata nella filiale, ove aveva avuto luogo la domiciliazione**, l'istruttoria testimoniale ne ha dimostrato l'infondatezza, essendo risultato che **gli attori, unici soggetti in possesso delle chiavi della casella, frequentavano la filiale quasi giornalmente e passavano sistematicamente a ritirare la posta relativa ai loro investimenti**. L'affermazione degli attori secondo cui gli stessi ricevevano informazioni sui propri investimenti solamente dal Mason è pertanto destituito di fondamento.

4

Con riferimento alle **altre censure**, il giudice di prime cure ha rilevato che le stesse erano state formulate genericamente, e postulavano fatti non provati ovvero si riferivano a circostanze del tutto estranee alla fattispecie.

Anzitutto non vi è alcuna prova che l'istituto di credito o il suo collaboratore Mason avessero agito in **conflitto di interessi**. Tale censura onera il cliente investitore che intenda farla valere della corrispondente prova specifica. È totalmente inconsistente la pretesa di ravvisare un “ evidente” conflitto di interessi nel fatto che la banca avesse gestito gli ordini vendendo i derivati e finanziando gli attori per il loro acquisto. Né tale prova potrebbe essere limitata a una mera affermazione di cointeressenza tra l'istituto di credito e la pretesa (ma neppure dedotta) necessità di “ liberarsi” di titoli asseritamente scomodi, richiedendosi invece la prova: a) che la corretta spiegazione circa conflitto di interesse avrebbe dissuaso l'investitore dall'operazione; b) che l'operazione, comunque effettuata in conflitto di interesse, abbia procurato all'investitore un danno che si possa ritenere collegato alla specifica condizione della banca. Di entrambi gli elementi manca qualsiasi prova.

Le censure relative a una presunta “ **gestione surrettizia**” ad opera del Mason con il concorso dell’istituto di credito sono, come le altre, prive di prova e contraddette dalle deposizioni testimoniali assunte.

L’affermazione, più volte ripetuta, secondo **cui la banca non si sarebbe limitata a eseguire le disposizioni dei clienti** è risultata del tutto sfornita di prova.

Tanto meno ha trovato riscontro probatorio l’assunto secondo cui tale gestione sarebbe stata finalizzata a procurare la banca un ingiusto profitto ai sensi dell’art. 640 c.p.

Le stesse ragioni si attagliano le censure formulata nei confronti del Mason con riferimento ai **reati di cui agli articoli 166 e 167 TUF**. Pur non conoscendosi l’esito delle ulteriori indagini in merito ordinate dal GIP con l’ordinanza sopra indicata, con la quale aveva accolto la richiesta di archiviazione sulle rimanenti imputazioni, la mancata produzione di un qualsivoglia atto di esercizio dell’azione penale impedisce, alla luce delle considerazioni già svolte sulla tardività irrilevanza degli atti dell’indagine, di valutare le risultanze investigative come rilevanti anche in questa sede.

Con riferimento alle censure di assenza di forma scritta per la mancanza di un **contratto di consulenza**, totalmente priva di fondatezza risulta la pretesa di applicarvi il dettato dall’articolo 23 TUF, atteso che tale norma si riferisce ai contratti di investimento e al contratto quadro, e non certo ai contratti di consulenza. La conseguenza sarebbe in ogni caso irrilevante quanto alla validità dei rapporti impugnati in questa sede.

L’infondatezza di tutte le censure assorbe anche quella di **nullità derivata di tutti gli ordini** di investimento.

Quanto alle **ulteriori questioni** relative alla **causa** del contratto, alla presunta **illiceità** di quest’ultima, al fatto che si tratterebbe di **contratti atipici in violazione di legge**, si tratta di censure formulate in modo del tutto generico, con l’obiettivo di dimostrare che la scelta di investire in contratti derivati sarebbe illogica ed in violazione del sinallagma. Non è tuttavia sufficientemente chiarita la ragione di tale conclusione. La **causa concreta** degli investimenti ordinati sottoscritti dagli attori è

stata **espressamente indicata** dagli stessi e i documenti sopra richiamati, laddove si parla di “ **rivalutabilità**” del **proprio capitale**, locuzione che potrebbe tradursi con “speculazione”, e quindi con riferimento ad un’attività, certamente lecita, ma anche implicante il rischio di perdita del proprio capitale. Il tentativo di attribuire ad altri le perdite riportate in investimenti rivelatisi sbagliati non può essere ritenuto fondato.

Per quanto concerne la presunta “ **reticenza**” della **banca a fornire le informazioni** richieste, non può essere condivisa la tesi di parte attrice volta a stabilire una specie di obbligo generale della banca a produrre tutti i documenti atti a provare i fatti contro se stessa. L’art. 119 del TUB ha precisi limiti e non può costituire il presupposto per ottenere copia di contratti che i clienti hanno dichiarato per iscritto di aver ricevuto in copia e che avevano l’onere di conservare. Analogamente non può ricavarsi dal complesso delle norme sugli investimenti parziali (nelle conclusioni sono richiamati l’art. 21 TUF e l’art. 7 d.lgs 196/2003, codice protezione dati personali, che nulla dicono in merito al presunto obbligo della convenuta di produrre i documenti richiesti) un generale obbligo dell’intermediario di fornire tutta la documentazione richiesta.

Nel caso specifico, poi, **la documentazione è stata fornita** e tuttavia gli attori non hanno desistito, insistendo su eccezioni prive di fondamento giuridico.

5

Devono ritenersi **superate le questioni relative alla decadenza per mancata impugnazione degli estratti conto**, essendo pacifico in giurisprudenza che detta decadenza incide solo sull’aspetto meramente contabile e non impedisce di formulare **censure sulla legittimità degli addebiti**.

Tali censure sono tuttavia **nel caso specifico comunque infondate**.

Con riferimento al **conto corrente**, le censure sono state formulate da parte attrice soltanto in sede di conclusioni istruttorie dell’atto di citazione: trattasi comunque di **censure del tutto generiche**, che **rimandano, ancora una volta, ad una CTU l’accertamento di violazioni che vengono prospettate senza alcun riferimento alla realtà concreta per cui è causa**: non viene infatti indicata, né con riferimento al conto corrente, né con riferimento a qualsiasi altro rapporto tra le parti, alcune ipotesi

in cui risulti un **tasso** o una **commissione di massimo scoperto** non pattuita per iscritto tra le parti, ovvero una **capitalizzazione** non consentita; si rileva peraltro che il conto (doc.31) risulta perlopiù aver avuto saldo positivo, e, nei casi di saldo negativo, la commissione applicata è risultata pari a 0. L'anzidetta considerazione vale anche per le censure di **usura**, ulteriormente infondata ove si tenga conto che parte attrice non ha depositato i decreti ministeriali di fissazione del cosiddetto "tasso soglia", pacificamente ritenuti dalla giurisprudenza atti esclusivamente amministrativi e quindi non appartenenti alla scienza ufficiale del giudice, ai sensi dell'art. 113 c.p.c. Anche tale censura, svincolata dalle motivazioni dell'atto, appare meramente tralattizia da altre cause e totalmente priva di riferimento con la realtà documentale in atti.

Sulla base di tali premesse, che hanno condotto al rigetto integrale della domanda di parte attrice, il giudice di prime cure è pervenuto alla condanna di quest'ultima alla rifusione in favore delle due parti convenute delle spese di lite, ed al pagamento dell'indennizzo di cui al 3° comma dell'art. 96 c.p.c., introdotto dall'art. 45, comma 12, della legge 18 giugno 2009 n. 69 (*"in ogni caso, quando pronuncia sulle spese sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata"*), liquidata nella specie in euro 15.000 per ciascun convenuto.

1

L'appellante lamenta l'omessa considerazione in sentenza di una serie di circostanze in linea di fatto, ritenute di particolare rilevanza sul piano istruttorio:

a) il fatto che un elevatissimo numero di operazioni siano state disposte "via filo" (cfr doc. 25/1 banca), senza che per dette operazioni sia stata effettuata dalla banca produzione delle corrispondenti registrazioni telefoniche, sebbene richiesta da parte

attrice;

b) il fatto che su molteplici documenti prodotti dalla banca comparisse la dicitura:

“OP: MASON ROBERTO” (cfr docc. 25/1,25/2,25/3,25/4 banca, C.D. Inquiry);

c) il fatto che la documentazione prodotta dalla banca si riferisse in realtà a note informative e/o attestazioni degli ordini eseguiti ai sensi dell’articolo 60/1 del regol.

Consob 11.522/98 e non di ordini;

d) il fatto che l’avvertenza relativa alla sussistenza del conflitto di interessi in capo alla banca e all’inadeguatezza dell’operazione non risulti essere mai stata sottoscritta dai clienti (cfr doc.25/1 banca);

e) il fatto che la descrizione delle operazioni che compare sulle centinaia di moduli risulti del tutto incomprensibile (se non per persone operanti all’interno della banca e dei mercati finanziari);

f) il fatto che l’unico documento sui rischi generali presenti la data apparente del 22/11/2006, di ben 6 anni successiva rispetto all’inizio dei rapporti con gli attori, il che starebbe a dimostrazione della violazione, per tardività, degli obblighi informativi di cui all’art. 28 del regolamento Consob 11.522/98;

g) il fatto che detta produzione fornirebbe dimostrazione della giuridica configurazione degli attori, da parte della banca, come di operatori non qualificati;

h) il fatto che tale circostanza comproverebbe l’intento della banca di regolarizzare la posizione degli attori 2 anni dopo l’apparente uscita di scena del Mason;

i) il fatto che detto documento dovesse ritenersi insufficiente a rendere edotto l’investitore di tutti i rischi di un investimento finanziario, come attestato dal

documento stesso, ove si legge: “ *questo documento non descrive i rischi ed altri aspetti significativi riguardanti gli investimenti in strumenti finanziari e i servizi di gestione patrimoniale personalizzata ma ha finalità di fornire alcune informazioni di base sui rischi connessi a tali investimenti e servizi*”;

l) l’assoluta irrilevanza sul piano istruttorio della richiesta di archiviazione del PM, quale elemento probante l’infondatezza delle domande attore, atteso il rigetto della richiesta da parte del GIP e considerate le motivazioni di tale rigetto;

m) l’errore di fatto del tribunale per aver ritenuto che ambedue gli attori erano laureati e per ciò stesso esperti traders del mercato mobiliare.

In linea di diritto gli appellanti censurano l’affermazione del giudice di prime cure con riferimento alla presunta prova ed assenza di richiesta di prova delle domande attoree. Il giudice di 1° grado sarebbe incorso in errore nell’affermare che gli attori “ *non hanno provato né chiesto di provare la pressoché totalità delle censure formulate nell’atto introduttivo e poi ribadite nelle fasi successive*”; al contrario le censure sollevate dagli attori troverebbero una prima conferma nella documentazione depositata in atti, dalla quale emergerebbero i profili di nullità denunciati, in particolare per mancanza di forma scritta ai sensi dell’art. 23 TUF per quanto concerne i rapporti in derivati (con particolare riferimento al contratto di negoziazione e di deposito titoli), nonché ai sensi dell’art. 117 TUB per quanto concerne il rapporto di natura bancaria (contratto di conto corrente, concessione di linee di credito, eccetera). Con riferimento ai derivati, gli attori avevano indicato specificamente i rapporti (pagine 4 – 7 atto di citazione), avevano inoltre indicato i versamenti e i prelievi, al fine di fornir prova dell’entità della somma richiesta in

restituzione; erano state minuziosamente riportate le circostanze di fatto che avevano connotato i rapporti fra gli attori, da un lato, e la banca e il Mason, dall'altro (pagine 2 – 9 atto di citazione); gli attori avevano addotto di avere ricevuto rendiconti non veritieri, ed avevano prodotto la relativa documentazione (pagina 9 atto di citazione e relativi documenti dal n. 9 al n. 47), e tale circostanza non era stata contestata in corso di causa; gli attori avevano prodotto la documentazione ricevuta dalla banca a seguito di espressa richiesta scritta; ne conseguiva che le relative domande dovevano ritenersi sorrette da idonea prova anche da un punto di vista documentale; ulteriori censure e irregolarità del rapporto erano state evidenziate a seguito dell'analisi della Centrale Rischi, essa pure prodotta unitamente all'atto di citazione; gli appellanti a ciò hanno aggiunto che gran parte delle censure da loro esposte attengono ad eccezioni rilevabili anche d'ufficio, ed inoltre che gran parte delle circostanze esposte – ed in particolare quelle relative all'estrema rischiosità dei contratti, alle perdite subite, al fatto che i contratti erano stati posti in essere dal Mason, alle rendicontazioni false, alla mancata informativa precontrattuale - non erano state specificamente contestate dalle controparti, e pertanto dovevano ritenersi pacifiche secondo il disposto di cui agli artt. 115 e 116 c.p.c.; non del tutto rispondente al vero doveva ritenersi poi, secondo gli appellanti, l'affermazione del giudice di prime cure per la quale gli stessi non avrebbero formulato contestazioni sulla sottoscrizione di tutti i documenti in atti; del tutto irrilevante avrebbe dovuto peraltro ritenersi la rinuncia al disconoscimento, tenuto conto dei profili di nullità della documentazione contrattuale sollevati, cui gli attori non avevano certo rinunciato; quanto alle affermazioni del giudice di prime cure secondo cui gli attori “ *solo con le conclusioni istruttorie dell'atto introduttivo avrebbero formulato censure in ordine alla legittima*

operatività del conto corrente, sotto il profilo della pattuizione degli interessi ultralegali, dell'anatocismo, della commissione di massimo scoperto e dell'usura", gli appellanti hanno censurato le conclusioni al riguardo assunte in sentenza rilevando come dalla predetta affermazione null'altro avrebbe potuto evincersi se non che le predette domande erano state formulate; hanno inoltre osservato che le violazioni sottese alle stesse attengono ad eccezioni rilevabili anche d'ufficio (*"è rilevabile d'ufficio anche in appello la nullità della clausola anatocistica inserita dalla banca nel contratto di conto corrente per il quale un terzo ha prestato una fideiussione in favore della banca stessa a garanzia dell'esposizione debitoria del correntista"*): Cass. Civ., sez. 1^a, 13/10/2005 n.19.882). Peraltro, hanno sottolineato gli appellanti, la domanda giudiziale deve essere interpretata con riferimento alla reale volontà della parte avuto riguardo alla finalità perseguita, quale emergente non solo in modo formale dalla formulazione letterale delle conclusioni assunte nell'atto introduttivo, ma anche implicitamente ed indirettamente dall'intero contenuto dell'atto che la contiene e dallo scopo pratico perseguito dall'istante nel ricorrere all'autorità giudiziaria (Cass. SS.UU. n.10.840/2003, ed ancora Cass. 5743/2008, 3041/2007, 8107/2006, 11.861/1999).

Con riferimento, poi, all'affermazione resa in sentenza secondo cui gli attori non avrebbero chiesto di provare le censure esposte, gli appellanti hanno evidenziato di aver già in primo grado offerto in realtà plurimi elementi di prova documentali e di aver chiesto la consulenza tecnica d'ufficio; se, infatti, è vero che la CTU generalmente non costituisce un mezzo di prova né può essere utilizzabile come strumento al fine di esonerare la parte che l'ha richiesta dall'onere probatorio sulla

stessa gravante, è pacifico tuttavia che nei casi che, per l'elevatissima complessità tecnica, possono essere risolti solo a mezzo di una consulenza, la CTU non solo è ammissibile, ma addirittura “ *può legittimamente risolversi in una fonte oggettiva di prova*”: Cass.07/12.695, 03/11.332, 00/10.916, 00/8395, 00/2802, 99/2957, 99/321, 98/11.190, 98/9584); in detti casi il giudice non può rifiutare l'ammissione della CTU adducendo il mancato assolvimento dell'onere della prova secondo l'art.2967 c.c. (Cass. 04/16.256, 99/121, 96/6166, 88/3064, 87/3105); tale eventualità si tradurrebbe infatti in un ingiustificato *non liquet* alla domanda della parte (Cass. Sez. Lav. 25/10/2000 n. 14.072). Gli appellanti hanno in proposito affermato di aver ampiamente soddisfatto l'onere di allegazione dei fatti rientranti nell'ambito della consulenza tecnica, avendo prodotto ampia documentazione a supporto della propria domanda, ed hanno invocato in proprio favore il principio, accolto in giurisprudenza, in forza del quale “ *in tema di consulenza tecnica d'ufficio, il giudice può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente) e, in tal caso, in cui la consulenza costituisca essa stessa fonte oggettiva di prova, è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche* “: Cass. civ., sez. 3^a, 23 febbraio 2006, n. 3990. Gli appellanti hanno inoltre sostenuto che soltanto per mezzo della richiesta CTU avrebbero potuto fornire prova delle circostanze esposte, e che peraltro doveva nel contempo restare fermo il principio relativo all'inversione dell'onere della prova, espresso dall'art. 23, comma 6, del TUF.

Per le medesime considerazioni gli appellanti hanno ritenuto meritevole di censura l'affermazione in sentenza secondo cui “ *tutti i fatti affermati dagli attori e contestati da controparte, riguardanti condotte abusive della banca e del Mason, falsità, truffe, ecc., rendiconti falsi, mancata informazione sull'acquisto dei derivati sono rimaste del tutto prive di prova*”: la sentenza risulterebbe sul punto erronea ed apodittica avendo considerato non provate le rendicontazioni false sebbene le stesse fossero state prodotte con l'atto di citazione e risultassero ammesse dallo stesso convenuto Mason e di fatto anche dalla banca. Ne verrebbe pertanto l'omessa analisi della documentazione prova prodotta, l'omessa presa di posizione sulle conseguenti violazioni denunciate dagli attori, l'omessa considerazione degli effetti derivanti dalla mancata specifica contestazione di tali affermazione da parte dei convenuti.

Sulla base delle predette premesse gli appellanti hanno sostenuto doversi ritenere provata la circostanza che le operazioni in derivati non erano state da loro ordinate e non erano a loro riferibili, in quanto: a) non tutte le operazioni erano state da loro sottoscritte; b) molte operazioni erano state disposte “ via filo “, senza produzione da parte della banca delle relative registrazioni telefoniche; c) su molteplici documenti prodotti dalla banca compariva la dicitura “OP: MASON ROBERTO”; d) la documentazione prodotta dalla banca si riferiva in realtà a note informative e/o attestazioni degli ordini eseguiti ai sensi dell'articolo 60/1 regol. Consob 11.522/98 e non ad ordini; e) l'avvertenza relativa alla sussistenza di un conflitto di interessi in capo alla banca e all'inadeguatezza dell'operazione, di cui al doc.25/1 della banca, non risultava essere stata sottoscritta dei clienti; f) la descrizione dell'operazione presente sulle centinaia di moduli era del tutto incomprensibile ai non addetti ai

lavori (con riferimento alla mancanza di prova del conferimento degli ordini la giurisprudenza di merito aveva affermato doversi ritenere nulle le operazioni di negoziazione di strumenti finanziari eseguite per conto del cliente dall'intermediario, laddove quest'ultimo non avesse fornito la prova del conferimento dei relativi ordini scritti o telefonici registrati su supporto magnetico: tribunale di Pavia 17 febbraio 2009).

Gli appellanti hanno ancora lamentato come erronea la ritenuta inammissibilità/irrelevanza degli atti del processo penale prodotti con la comparsa conclusionale (insistendo per la richiesta ex art.153 cpc di rimessione in termini per la relativa produzione). A tale proposito anzitutto hanno affermato non esservi stata tardività nella relativa produzione, trattandosi di documenti venuti a formazione in epoca successiva allo spirare dei termini preclusivi per la produzione documentale. In secondo luogo hanno sottolineato che nessuna inferenza logica avrebbe potuto trarsi della richiesta di archiviazione da parte del PM, atteso il rigetto di quest'ultima a seguito dell'opposizione spiegata dalle parti offese.

Infine totalmente erronea avrebbe dovuto ritenersi, a loro dire, l'affermazione del giudice di prime cure secondo cui sarebbe risultato inverosimile che gli attori, persone laureate, avrebbero sottoscritto ordini di prodotti finanziari per importi di centinaia di migliaia di euro senza rendersi conto del rischio in tal guisa assunto; l'affermazione sarebbe erronea in quanto se è vero che la signora Fontana è laureata in medicina, il signor Bazzinotti è invece legale rappresentante di una società, la CMC Colonnina Metano Crocetta srl, che si occupa di gestire una colonnina del gas (in pratica un punto di distribuzione di gas metano con annesso garage per

riparazione autoveicoli); gli appellanti hanno inoltre comunque sottolineato che, quand'anche detta circostanza dovesse risultare vera, la stessa risulterebbe comunque inconferente, in assenza di prova che il titolo di studio avrebbe permesso loro di avere un'approfondita esperienza del mercato mobiliare ed in particolare di quello dei derivati sui cambi.

Il primo motivo di gravame si presenta invero eterogeneo, involgendo plurimi aspetti della controversia, relativi a questioni di differente natura.

Si rende pertanto necessario procedere al relativo esame in una prospettiva di sintesi, volta ad enucleare i temi qui di rilievo, lasciando al prosieguo la valutazione in ordine a taluni singoli temi qui soltanto abbozzati, quali, soprattutto, quello della forma contrattuale, e quello dell'adempimento, da parte dell'intermediario, degli obblighi a suo carico, tra cui quelli: a) di assumere tutte le opportune informazioni in ordine alle caratteristiche degli investimenti che gli vengono richiesti e di fornirne un'adeguata, completa e comprensibile rappresentazione al cliente, b) di formarsi una compiuta valutazione in ordine alla situazione personale dell'investitore ed al suo profilo di rischio, in relazione ad essa ed alla pregressa esperienza nel campo, c) di valutare la adeguatezza del singolo investimento richiesto rispetto al profilo di rischio così come individuato, d) di astenersi dal dar attuazione ad investimenti richiesti non coerenti col predetto profilo di rischio ed, in caso di insistenza da parte del cliente, di dar conto dell'avvenuta segnalazione dell'inadeguatezza, e) di astenersi dal porre in essere operazioni che per i loro effetti possano risultare in conflitto con gli interessi dell'investitore, f) di fornire in ogni caso a quest'ultimo, se

non operatore qualificato ai sensi dell'art.31 regol.consob n.15122/1998, le informazioni opportune con riferimento ad ogni singola operazione richiesta, previa consegna al cliente del documento generale sui rischi di cui all'art.28, primo comma, lett. b) del medesimo regolamento....

Fatta tale premessa, occorre subito sottolineare l'assoluta inconferenza, nella prospettiva della verifica circa la sussistenza o meno dei presupposti per l'invocata declaratoria di nullità dei contratti sopra indicati per carenza del requisito di forma-contenuto, delle valutazioni espresse nel capo di sentenza oggetto del primo motivo di gravame: non si tratta qui infatti di onere della prova, bensì, più semplicemente, della sussistenza o meno dei requisiti formali richiesti dalla legge, giudizio questo da esprimersi sulla base della sola valutazione del materiale documentale ritualmente acquisito agli atti, sempre s'intende nel limite di quanto ha costituito oggetto di dibattito in giudizio.

A tale proposito, fermo restando il rinvio al prosieguo dell'esame circa la fondatezza o meno della contestazione in ordine alla validità o meno dei documenti contrattuali prodotti per (pretesa) carenza di forma scritta, richiesta sotto pena di nullità dall'art.23 TUF, è appena il caso di rilevare che, invece, la questione relativa alla validità o meno, sul piano formale, dei singoli ordini di investimento (per gli stessi richiedendosi l'ordine scritto da parte dell'investitore ovvero l'ordine, sempre da parte sua, espresso mediante telefonata registrata su supporto elettronico) è da ritenersi estranea al tema del contendere. La produzione agli atti dei predetti ordini è

stata infatti effettuata in funzione di replica e contestazione rispetto all'assunto di parte attrice secondo cui il rapporto contrattuale intercorso tra gli attori e l'intermediario convenuto sarebbe stato caratterizzato da una formale configurazione alla stregua del rapporto di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, di cui agli artt.32 e 33 del regol.15122/98, cui avrebbe tuttavia fatto seguito un'attuazione in concreto del rapporto sostanzialmente corrispondente a quella propria del contratto di gestione di portafoglio, di cui alla sezione V del medesimo regolamento (art.24 TUF), in tal modo asseritamente realizzandosi la fattispecie indicata come "gestione surrettizia", così dandosi origine e ad una situazione di abusivismo (art.166 TUF) e ad una situazione di gestione infedele (art.166).

La produzione degli ordini (doc.25 banca) è pertanto meramente strumentale alla dimostrazione dell'effettività del contratto di negoziazione, in quanto finalizzata a fornir prova della provenienza in concreto, di volta in volta, degli ordini dall'investitore, senza che vi fosse stata da parte della banca e, per essa, dei suoi collaboratori, alcuna autonoma gestione del portafoglio.

La questione relativa alla validità, sul piano formale, dei singoli ordini è pertanto estranea al *thema decidendum*.

La mancanza della sottoscrizione in calce all'avvertenza sull'inadeguatezza dell'operazione nel doc.25/1 della banca costituisce circostanza evidentemente inconferente sin tanto sin quando non possa affermarsi, con ragionevole certezza, che l'operazione in discorso doveva ritenersi inappropriata rispetto al profilo di rischio dell'investitore.

La presenza della dicitura “OP: Mason” su molteplici documenti è circostanza affatto neutra, pacifico essendo che, per lo meno fino alle sue dimissioni nel 2004, il signor Mason è stato dipendente della BPCI spa, adibito proprio al settore degli investimenti finanziari.

L’omessa configurazione degli attori come operatori qualificati, per gli effetti di cui all’art.31 del regolamento, è circostanza pacifica, ed accolta come tale in sentenza.

Già nel contratto per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari, sottoscritto dagli attori, del 2 novembre 2000 (doc. 3 banca appellata) si dava atto, nella premessa, dell’intervenuta consegna ai sottoscrittori del documento sui rischi generali degli investimenti. Tale circostanza è ulteriormente comprovata dalla dichiarazione 2/11/2000 (doc.5 banca) e dalla dichiarazione 28/06/2001 (doc.15 banca), prodotte in atti da parte convenuta (odierna appellata), recanti sottoscrizione da parte di entrambi gli attori (ed odierni appellanti).

Identica attestazione è presente nel contratto quadro 11/07/2011 sottoscritto dagli attori (doc.13) e così nell’analogo contratto sottoscritto il 22/05/2003 (doc. 13 A), con attestazione di ricevuta del documento rischi in data 28/06/2001 (doc15).

E così nel contratto quadro del 23/11/2006 (doc.19), cui si correla il documento in pari data sui rischi generali, di cui al doc.19 B.

La produzione di quest’ultimo e non anche degli analoghi documenti relativi ai

precedenti contratti quadro non può in alcun modo far presumere la non veridicità delle dichiarazioni, espresse nei precedenti contratti, ed anche in documenti separati, ricognitive dell'intervenuta consegna del documento sui rischi generali (per gli effetti di cui all'art.2735 cc).

L'assunto circa l'intervenuta consegna del documento sui rischi solo dopo sei anni dall'inizio del rapporto è pertanto certamente confutato da prova documentale.

Sono poi seguiti i successivi contratti-quadro, recanti analoghe dichiarazioni (quanto a consegna documento rischi), accompagnati da apposito questionario.

Il documento sui rischi in generale è ovviamente finalizzato a rendere consapevole il potenziale investitore dei rischi cui potrà andare incontro nel prosieguo del rapporto e descrive, tra l'altro, i rischi correlati all'investimento in strumenti finanziari. Con ogni evidenza da tale documento non può evincersi la caratterizzazione del rischio correlata ad ogni singolo ordine di investimento, perché la funzione del documento in questione, come da esso stesso chiarito, è soltanto quella di fornire informazioni di base sui rischi connessi agli investimenti e alle gestioni. La consegna del documento generale sui rischi non può quindi, da sé sola, fornir prova dell'intervenuto adempimento degli obblighi di informazione posti a carico dell'intermediario. Sul punto può senz'altro convenirsi con quanto sostenuto nel primo motivo di gravame, salvo s'intende l'esame più specifico del tema con riferimento al terzo motivo di gravame, che ad esso si riferisce.

La richiesta di archiviazione da parte del PM, così come il relativo rigetto da parte del GIP, non costituiscono elementi di rilievo ai fini del decidere, ben diverse essendo le prospettive di indagine proprie del procedimento penale e quelle correlate all'azione civile, così come in questa sede concretamente sviluppatasi.

Non vi è alcun errore di fatto nell'affermazione in sentenza del possesso da parte di entrambi gli attori, ed odierni appellanti, del titolo di laurea, ciò risultando dalle dichiarazioni da loro stessi rese nei questionari prodotti in atti dalla banca convenuta (da cui risulta, infatti, che il signor Rino Bazzinotti, imprenditore, ha il titolo di ingegnere). E' invece senz'altro condivisibile l'assunto secondo il quale a tale titolo accademico, così come del resto all'esercizio di attività imprenditoriale, non deve necessariamente associarsi un'adeguata conoscenza in materia di strumenti finanziari.

Va tuttavia rilevato che nel questionario loro sottoposto gli odierni appellanti hanno dichiarato:

A) di aver sino ad allora (19/06/2008) utilizzato: a) titoli di stato, enti sovranazionali in euro, certificati di deposito (semplici o assistiti da swap di copertura), pronti contro termine; b) obbligazioni non strutturate in euro emesse da banche; c) obbligazioni societarie, strutturate, convertibili, altre divise; d) titoli di stato di paesi emergenti; e) fondi comuni – sicav monetari-e obbligazionari-e breve termine; f) fondi comuni-sicav obbligazioni-e bilanciati-e; g) fondi comuni-sicav azionari-e; h) polizze vita a capitalizzazione; i) polizze vita index, unit linked; j) azioni, warrant, etf, certificates; k) derivati, e, soprattutto,

B): a) di conoscere la differenza tra prodotti azionari ed obbligazionari; b) di sapere che ci potrebbero essere delle perdite o dei guadagni sul capitale investito se il titolo obbligazionario venisse venduto prima della scadenza; c) di sapere che il capitale investito in titoli azionari, fondi azionari è soggetto a maggiori variazioni (positive o negative) rispetto all'investimento in obbligazioni-fondi obbligazionari; d) di conoscere le implicazioni in termini di rischio dell'investimento in strumenti finanziari derivati; e) di conoscere la differenza tra derivati di copertura e speculativi;

C) di aver nel tempo, con la banca o con altri intermediari, acquisito sufficiente esperienza in materia di investimenti finanziari;

D) di aver utilizzato fino ad ora il servizio di ricezione e trasmissione di ordini (acquisti in borsa di titoli azioni o obbligazionari) / negoziazione (sottoscrizione di PCT) / collocamento di strumenti finanziari (acquisto di P.O. della banca, fondi comuni di investimento o polizze vita index /unit linked) e quello di consulenza in materia di investimenti, e di non aver invece usufruito del servizio di gestione patrimoniale né quello di offshore banking (servizi bancari esteri e fiduciari);

E) di aver effettuato negli ultimi 12 mesi operazioni di investimento per un importo superiore a 100.000 euro, con una frequenza di oltre 10 operazioni a trimestre.

Quindi, ammessa l'irrelevanza della laurea, non può con ciò tuttavia presumersi un'inadeguata conoscenza della materia in capo agli appellanti, perché il contrario risulta dalle loro stesse dichiarazioni, documentalmente acquisite.

Dichiarazioni da ritenersi di particolare rilievo in quanto – coerentemente con quelle precedenti, correlate ai contratti quadro ed alle relative integrazioni, nelle quali essi

avevano affermato di avere un'alta esperienza in titoli, un'alta propensione al rischio e di voler conseguire obiettivi di rendimento in termini di rivalutabilità – atte a ricostruire una complessiva valutazione delle caratteristiche dell'investitore, in termini di profilo di rischio, fondata non già soltanto sulle intenzioni espresse per il futuro ma anche, e soprattutto, sulla base delle condotte sistematicamente e non occasionalmente tenute nel passato.

Sul tema dell'onere della prova si tornerà in risposta al terzo motivo di gravame. Qui basti dire che, contrariamente a quanto affermato da parte appellante, dalla analitica riproduzione delle prospettazioni in fatto così come articolata nell'atto di citazione di primo grado (sopra esposta) non emerge affatto alcuna specifica individuazione di quali, tra le numerose operazioni effettuate, avrebbero in concreto cagionato la perdita lamentata, ciò non potendosi desumere dalla semplice indicazione di versamenti e prelievi, riferiti ai singoli rapporti contrattuali.

Individuazione (mancata) che sarebbe risultata di grande importanza, non essendo l'intermediario – in rapporto di negoziazione-ricezione ordini - tenuto a rispondere sul piano oggettivo dell'esito infausto del singolo investimento, né ancor meno della perdita complessiva derivante dall'andamento complessivo degli investimenti, ma solo per responsabilità, su base soggettiva, conseguente al pregiudizio correlato all'omessa diligente attuazione degli obblighi posti a suo carico dalla legge e dal contratto.

Contrariamente a quanto sostenuto dagli appellanti, il convenuto Mason Roberto ha sì riconosciuto di aver egli stesso predisposto, nel periodo in cui era stato dipendente di BPCI spa, i resoconti prodotti da parte attrice ed ha altresì riconosciuto di aver predisposto egli stesso, per il periodo successivo, i “documenti di sintesi”, sempre prodotti da parte attrice, e ciò sulla base dei dati emergenti dalla documentazione bancaria postagli a disposizione dagli attori, odierni appellanti, ma nel contempo ha fieramente negato, per gli uni e per gli altri, che le rappresentazioni ivi contenute risultassero non corrispondenti al vero.

La relativa non corrispondenza al vero non è sul piano obiettivo comprovata da alcun elemento certo di riscontro, e resta pertanto mera affermazione di parte.

Non è vero, poi, che il Mason abbia mai riconosciuto la paternità delle operazioni di investimento: egli ha infatti affermato che queste ultime erano state di volta in volta disposte dagli investitori stessi, ai quali egli si era limitato ad offrire un contributo a carattere consulenziale. Per il periodo successivo alla cessazione del rapporto con la banca, egli ha affermato di non aver più operato per quest’ultima, bensì direttamente e personalmente per gli investitori, con i quali avrebbe contratto un rapporto non formalizzato assimilabile al mandato.

Tanto meno è vero che non vi sia stata contestazione in ordine all’assunto circa l’omessa informativa precontrattuale. La banca convenuta non soltanto ha contestato tale affermazione, ma ha anche prodotto documentazione comprovante il contrario:

ci si riferisce al documento sui rischi ed alle altre comunicazioni e dichiarazioni rese all'atto della stipula dei singoli contratti quadro e delle relative integrazioni, specie di quelle relative ai contratti derivati. Essa, inoltre, ha in prime cure riportato il contenuto del documento sui rischi generali, consegnato ai clienti, da cui si evince con estrema chiarezza la presenza della possibilità di perdita del capitale investito¹. Ha

¹ << I futures. 1.1) L'effetto "leva". Le operazioni su futures comportano un elevato grado di rischio. L'ammontare del margine iniziale è ridotto (pochi punti percentuali) rispetto al valore dei contratti e ciò produce il cosiddetto "effetto di leva". Questo significa che un movimento dei prezzi di mercato relativamente piccolo avrà un impatto proporzionalmente più elevato sui fondi depositati presso l'intermediario: tale effetto potrà risultare a favore o a sfavore dell'investitore. Il margine versato inizialmente, nonché gli ulteriori versamenti effettuati per mantenere la posizione, potranno di conseguenza andare perduti completamente. Nel caso i movimenti di mercato siano a sfavore dell'investitore, egli può essere chiamato a versare fondi ulteriori con breve preavviso al fine di mantenere aperta la propria posizione in futures. Se l'investitore non provvede ad effettuare i versamenti addizionali richiesti entro il termine comunicato, la posizione può essere liquidata in perdita e l'investitore debitore di ogni altra passività prodottasi. 1.2) Ordini e strategie finalizzate alla riduzione del rischio. Talune tipologie di ordini finalizzate a ridurre le perdite entro certi ammontari massimi predeterminati possono risultare inefficaci in quanto particolari condizioni di mercato potrebbero rendere impossibile l'esecuzione di tali ordini. Anche strategie di investimento che utilizzano combinazioni di posizioni, quali le "proposte combinate standard" potrebbero avere la stessa rischiosità di singole posizioni "lunghe" o "corte". 2) Opzioni – Le operazioni in opzioni comportano un elevato livello di rischio. L'investitore che intende negoziare opzioni deve preliminarmente comprendere il funzionamento delle tipologie di contratti che intende negoziare (put e call). 2.1) L'acquisto di un'opzione – L'acquisto di un'opzione è un investimento altamente volatile ed è molto elevata la probabilità che l'opzione giunga a scadenza senza un valore. In tal caso l'investitore avrà perso l'intera somma utilizzata per l'acquisto del premio più le commissioni. A seguito dell'acquisto di un'opzione, l'investitore può mantenere la posizione fino alla scadenza o effettuare un'operazione di segno inverso, oppure, per le opzioni di tipo "americano", esercitarla prima della scadenza. L'esercizio dell'opzione può comportare o il regolamento in denaro di un differenziale oppure l'acquisto o la consegna dell'attività sottostante. Se l'opzione ha per oggetto contratti futures, l'esercizio della medesima determinerà l'assunzione di una posizione in futures e le connesse obbligazioni concernenti l'adeguamento dei margini di garanzia. Un investitore che si accingesse ad acquistare un'opzione relativa ad un'attività il cui prezzo di mercato fosse molto distante dal prezzo a cui risulterebbe conveniente esercitare l'opzione (deep out of the money), deve considerare che la possibilità che l'esercizio dell'opzione diventi profittabile è remota. 2.2) La vendita di un'opzione – La vendita di un'opzione comporta in generale l'assunzione di un rischio molto più elevato di quello relativo al suo acquisto. Infatti, anche se il premio ricevuto per l'opzione venduta è fisso, le perdite che possono prodursi in capo al venditore dell'opzione possono essere potenzialmente illimitate. Se il prezzo di mercato dell'attività sottostante si muove in modo sfavorevole, il venditore dell'opzione sarà obbligato ad adeguare i margini di garanzia al fine di mantenere la posizione assunta. Se l'opzione venduta è di tipo "americano", il venditore potrà essere in qualsiasi momento chiamato a regolare l'operazione in denaro o ad acquistare o consegnare l'attività sottostante. Nel caso l'opzione venduta abbia ad oggetto contratti futures, il venditore assumerà una posizione in futures e le connesse obbligazioni concernenti l'adeguamento dei margini di garanzia. L'esposizione al rischio del venditore può essere ridotta detenendo una posizione sul sottostante (titoli, indici o altro) corrispondente a quella con riferimento alla quale l'opzione è stata venduta. 3) Gli altri fattori fonte di rischio comuni alle operazioni in futures e opzioni – Oltre ai fattori fonte di rischi generali già illustrati nella parte "A", l'investitore deve considerare i seguenti

inoltre prodotto documenti recanti indicazione del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista (dapprima in €.400.000, poi in €.500.000 e quindi in €.600.000), nonché del valore della soglia delle perdite, nella metà (€.200.000, €.250.000 ed infine €.300.000). A tale valore faceva riscontro la costituzione di margini iniziali di garanzia per l'operatività in strumenti finanziari derivati per totali €.470.000 (100.000 in CCT 1.6.2010, 350.000 in CCT 1.5.2010 e 20.000 in ABN AMRO 12 TRIO PLUS: doc.21 D banca).

Non è in discussione la formulazione di domande inerenti all'operatività del conto corrente, sotto il profilo della pattuizione degli interessi ultra-legali, dell'anatocismo, della commissione di massimo scoperto e dell'usura; è invece in discussione la ritualità della relativa introduzione in giudizio, in assenza di qualsiasi idonea allegazione, nel corpo motivazionale dell'atto introduttivo, con riferimento allo stesso andamento del conto corrente, in relazione al quale neppure è dato sapere se vi

ulteriori elementi. 3.1) Termini e condizioni contrattuali – L'investitore deve informarsi presso il proprio intermediario circa i termini e le condizioni dei contratti derivati su cui ha intenzione di operare. Particolare attenzione deve essere prestata alle condizioni per le quali l'investitore può essere obbligato a consegnare o a ricevere l'attività sottostante il contratto futures e, con riferimento alle opzioni, alle date di scadenza e alle modalità di esercizio. In talune particolari circostanze le condizioni contrattuali potrebbero essere modificate con decisione dell'organo di vigilanza del mercato o della clearing house al fine di incorporare gli effetti di cambiamenti riguardanti l'attività sottostanti. 3.2) Sospensione o limitazione degli scambi e della relazione tra prezzi – Condizioni particolari di liquidità del mercato nonché l'applicazione di talune regole vigenti su alcuni mercati (quali le sospensioni derivanti da movimenti di prezzo anomali: c.d. circuit breakers), possono accrescere il rischio di perdite rendendo impossibile effettuare operazioni o liquidare o neutralizzare le posizioni. Nel caso di posizioni derivanti dalla vendita di opzioni ciò potrebbe incrementare il rischio di subire delle perdite. Si aggiunga che le relazioni normalmente esistenti tra il prezzo dell'attività sottostante e lo strumento derivato potrebbero non tenere quando, ad esempio, un contratto futures sottostante ad un contratto di opzione fosse soggetto ai limiti di prezzo mentre l'opzione non lo fosse. L'assenza di un prezzo del sottostante potrebbe rendere difficoltoso il giudizio sulla significatività della valorizzazione del contratto derivato. 3.3) Rischio di cambio – I guadagni e le perdite relative a contratti denominati in divisa diversa da quella di riferimento per l'investitore (tipicamente la lira) potrebbero essere condizionati dalle variazioni dei tassi di cambio e di esercizio>>

sia stata oppure no applicazione di interessi debitori, e, con essi, della CMS; tanto meno è possibile effettuare qualsiasi sindacato in ordine all'eventuale ricorrenza del fenomeno usurario per superamento del tasso soglia, in relazione al quale neppure sono stati prodotti i DM costituenti *tertium comparationis*.

Come è noto, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con sentenza 12 dicembre 2014 n. 26.242, cui si è uniformata la giurisprudenza successiva, hanno preso innovativamente posizione sul tema della nullità contrattuale esprimendo al riguardo taluni principi, e cioè, in sintesi, i seguenti:

- a) il giudice, innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto, deve rilevarne d'ufficio la sua nullità solo parziale, e, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa, non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo;
- b) i poteri officiosi di rilevazione di una nullità negoziale non possono estendersi alla rilevazione di una possibile conversione del contratto, ostandovi il dettato dell'art. 1424 del cod.civ., secondo il quale il contratto nullo può, non deve, produrre gli effetti di un contratto diverso, atteso che, altrimenti, si determinerebbe un'inammissibile rilevazione di una diversa efficacia, seppur ridotta, di quella convenzione negoziale;
- c) il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità parziale del contratto deve rilevarne d'ufficio la nullità totale, e, qualora le parti, all'esito di tale

indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa, non potendo attribuire efficacia, neppure parziale (fatto salvo il diverso fenomeno della conversione sostanziale), ad un negozio radicalmente nullo;

d) nel giudizio di appello ed in quello di cassazione, il giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, della nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo;

e) il rilievo “*ex officio*” di una nullità negoziale – sotto qualsiasi profilo ed anche ove sia configurabile una nullità speciale o “*di protezione*” – deve ritenersi consentito, sempre che la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata “*ragione più liquida*”, in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione), senza, perciò solo, negarsi la diversità strutturale di queste ultime sul piano sostanziale, poiché tali azioni sono disciplinate da un complesso normativo autonomo ed omogeneo, affatto incompatibile, strutturalmente e funzionalmente, con la diversa dimensione della nullità contrattuale;

F) la “*rilevazione*” “*ex officio*” delle nullità negoziali (sotto qualsiasi profilo, anche diverso da quello allegato dalla parte, ed altresì per l'ipotesi di nullità speciali o “*di protezione*”) è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata “*ragione più liquida*”, e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio; la loro “*dichiarazione*” invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte pur all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa (salvo per le nullità speciali, che presuppongono una

manifestazione di interesse della parte) del medesimo vizio, previo suo accertamento, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia, peraltro, di giudicato in assenza di sua impugnazione;

g) la rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quella cosiddetta di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia, come una “*species*” del più ampio “*genus*” rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali – quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost. e l’uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) – che trascendono quelli del singolo;

h) il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare d’ufficio l’esistenza di una causa di quest’ultima diversa da quella allegata dall’istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto auto determinato, sicché è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio.

A tali principi, cui evidentemente intende far richiamo la parte appellante, la corte intende senz’altro uniformarsi; ne consegue, tuttavia, l’obbligo del rilievo anche officioso di una nullità contrattuale, totale o parziale, che emerga dagli atti, non anche l’indagine – anche se a mezzo CTU – in ordine alla sussistenza, o meno, di fatti che, se accertati, potrebbero condurre al rilievo d’ufficio della nullità stessa.

Non si nega che la CTU possa in taluni casi – di consulenza cd percipiente – essere assunta anche quale mezzo di prova; cionondimeno, nella fattispecie, in tanto potrà darsi corso alla richiesta consulenza in quanto, alternativamente, si possa pervenire o

all'accoglimento della richiesta di accertamento della nullità contrattuale per difetto di forma scritta, o a quello dei presupposti per la responsabilità civile, contrattuale e/o extracontrattuale, della banca BPCI spa (ora UBI spa) e/o del dott. Roberto Mason.

Esclusa, per la non superata genericità della domanda, la possibilità di qualsiasi indagine sul contratto di conto corrente, resta aperto infatti soltanto il versante relativo all'intermediazione finanziaria, con riguardo al quale non può concepirsi l'affermazione o la negazione, mediante indagine peritale, della validità dei rapporti contrattuali e della responsabilità dell'intermediario, tali dati dovendo emergere sulla base dei soli elementi probatori acquisiti al giudizio, ex art.115 cpc, su impulso delle parti (prova orale e documentale).

Quanto agli atti del processo penale prodotti con la comparsa conclusionale, va confermata la valutazione - in termini di irrilevanza - espressa al riguardo dal giudice di prime cure, in assenza di qualsiasi indicazione in ordine alle informazioni che se ne sarebbero potute trarre ed alla relativa utilità in questo giudizio; si rileva al riguardo che la parte appellante si è limitata ad affermare che ne deriverebbe prova dell'inattendibilità delle deposizioni testimoniali raccolte in primo grado dal tribunale civile di Mantova, per presunte divergenze rispetto a quanto asseritamente dai medesimi testi dichiarato in sede penale, senza tuttavia alcuna precisazione in ordine al contenuto di siffatta divergenza. Poiché il giudizio civile e quello penale, peraltro aventi ben diversa finalità, si sviluppano autonomamente, non vi è alcun motivo per integrare la prova raccolta in sede civile mediante acquisizione di quella

resa in sede penale. La parte gravata dall'onere della prova è tenuta a dare impulso per la relativa formazione nel giudizio in cui ha proposto la sua domanda. Alla carenza della prova in sede civile non può quindi supplirsi mediante acquisizione di quella asseritamente ottenuta in sede penale.

Per le medesime considerazioni non può accogliersi la richiesta di rimessione in termini, ex art.153 cpc, reiterata nel corso del presente giudizio.

2

Il secondo motivo di gravame è relativo al tema della forma scritta e della correlata validità degli atti negoziali.

A tale proposito giova premettere che la banca appellata ha prodotto in atti, per quanto qui rileva:

A) doc. 2: contratto di conto corrente di corrispondenza n.542/2001 del 2 novembre del 2000

B) doc. 3: contratto quadro del 2 novembre 2000, con relativa disciplina contrattuale: in particolare l'articolo 8, relativo alle operazioni aventi ad oggetto strumenti derivati: afferma quanto segue:<<1. *Con riguardo agli strumenti finanziari derivati di cui all'articolo 1, comma 1, lettere da F) ad J) decreto legislativo 23 luglio 1996 numero 415 e successive modifiche ed integrazioni, il cliente prende atto che: il valore di mercato di tali strumenti è soggetto a notevoli variazioni; l'investimento effettuato su tali strumenti comporta l'assunzione di un elevato rischio di perdite di dimensioni anche eccedenti l'esborso originario e comunque non preventivamente quantificabili; 2. Nel caso di compravendita di strumenti finanziari di cui al*

precedente comma, verrà stipulato apposito atto integrativo nel quale saranno, tra l'altro, specificamente individuati i mezzi da costituire per l'esecuzione delle operazioni. 3. La Banca Popolare Commercio Industria informa prontamente per iscritto il cliente nel caso in cui le operazioni aventi ad oggetto strumenti derivati da lui disposte per finalità diverse da quelle di copertura abbiano generato una perdita, effettiva o potenziale, superiore al 50% del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista a garanzia per l'esecuzione delle operazioni.>>, Il tutto con correlato deposito titoli con decorrenza 21 novembre 2001;

C) doc.4: deposito titoli a custodia e amministrazione del 2 novembre 2000 n. 119.920, appoggiato sul conto corrente 542, con relativa disciplina contrattuale;

D) doc. 6: informazioni sulla situazione finanziaria, sulla esperienza in materia finanziaria, sulla propensione al rischio e sugli obiettivi di investimento dell'investitore, del 2 novembre 2000: vi si dava risposta relativamente a tutti gli aspetti considerati, eccezion fatta per la sola situazione finanziaria; in particolare i sottoscrittori riconoscevano di avere un'alta esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari; dichiaravano alta propensione al rischio con obiettivi di investimento finalizzati alla rivalutabilità;

E) doc. 7 richiesta domiciliazione casellario-corrispondenza del 2 novembre 2000 con riferimento ai seguenti rapporti: conto corrente 542/1, 4025/3; dossier titoli 119.920/1;

F) doc. 8, contratto nuovo sottoscritto in data 6 novembre 2000: norme integrative della raccolta ordini per la stipula, attraverso intermediari autorizzati, di contratti uniformi a termine future: FIB 30, BRP-Future; opzioni: MIBO30, ISO@, BTP-

FUTURE ed altri prodotti derivati, trattati sui mercati regolamentati. Contratto di negoziazione, sottoscrizione, collocamento raccolta ordini concernente strumenti finanziari n. 119.920/900: vi si faceva riferimento all'apertura presso la Banca di conto corrente speciale n. 548/1, denominato “ *margini iniziali su contratti derivati* “ per la gestione dei margini iniziali versati a garanzia delle posizioni aperte;

G) doc. 9: contratto di conto corrente n. 548/01 del 6 novembre 2000: gruppo/convenzione 92.954 garanzia futures;

H) doc. 10: richiesta comodo di cassa lire 500.000.000 scadenza 15 marzo 2002;

I) doc. 11: richiesta comodo di cassa lire 1.500.000.000;

L) doc. 12: variazione contratto-quadro con riferimento all'articolo 8, operazioni aventi ad oggetto strumenti derivati, warrant e covered warrant: il nuovo articolo 8 risultava così configurato <<1. *Con riguardo agli strumenti finanziari derivati omissis il cliente prende atto che: il valore di mercato di tali strumenti è soggetto a notevoli variazioni; l'investimento effettuato su tali strumenti comporta l'assunzione di un elevato rischio di perdite di dimensioni anche eccedenti l'esborso originario e comunque non preventivamente quantificabili. 2. Nel caso di strumenti finanziari derivati, warrant e covered warrant, verrà stipulato apposito atto integrativo nel quale saranno tra l'altro individuati i mezzi da costituire per l'esecuzione di tali operazioni, nonché separatamente capitale di riferimento 3. La Banca Popolare Commercio Industria informa prontamente per iscritto il cliente nel caso in cui le operazioni aventi ad oggetto strumenti derivati, warrant e covered warrant da lui disposte per finalità diverse da quelle di copertura, abbiano generato una perdita effettiva o potenziale superiore al 50% del valore del “ capitale di riferimento ”>>;*

vi si precisava che il capitale di riferimento per l'esecuzione delle predette operazioni era per warrant e covered warrant di euro 50.000 e per i derivati di euro 400.000;

M) doc. 13: contratto-quadro 17 luglio 2001 n. 131.759, dossier n. 140/131.759/01;

N) doc. 13 A: contratto-quadro n. 150.577 del 20 maggio 2003;

O) doc. 14: informazioni sulla situazione finanziaria, sulla esperienza in materia finanziaria, sulla propensione al rischio e sugli obiettivi di investimento del 28 giugno 2001, con dati corrispondenti a quelli di cui alle informazioni precedenti;

P) doc. 16: deposito titoli a custodia e amministrazione n. 131.759 del 28 giugno 2001;

Q) doc. 16 A: deposito titoli a custodia ed amministrazione n. 150.577 del 5 novembre 2002, appoggiato sul conto corrente 342/1/153;

R.) documento 16 di: deposito titoli, appoggiato sul conto corrente 40.025/3/153;

S) doc. 17: richiesta in data 5 novembre 2002 di trasferimento titoli da dossier a n.140/119.920 a dossier n.153/150.577, nonché richiesta di trasferimento posizione su derivati da dossier 140/119.900/900 a dossier 153/150.577/900 con relativo trasferimento dei titoli a garanzia;

T) doc. 17 A: richiesta 5/11/2002 trasferimento titoli da dossier 140/131.751 a dossier 153/150.578;

U) doc. 18: norme integrative a contratto-quadro per raccolta ordini per stipula attraverso intermediari utilizzati di contratti uniformi a termine dei tipi già sopra considerati;

V) doc. 19: contratto-quadro 2153/150.577 del 23/11/2006;

Z) doc. 19 A del 23/11/2006: informazioni sul cliente, corrispondenti a quelle già in precedenza rilasciate;

AA) doc. 19 D: documento sui rischi generali 23/11/2006;

BB) doc. 20: integrazione al contratto-quadro del 23/11/2006 con relativo documento di sintesi;

CC) integrazione in data 23/11/2006 delle condizioni generali di contratto per i servizi di integrazione, collocamento, la ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari: contratto integrativo per l'operatività in strumenti finanziari derivati ammessi alle negoziazioni sul mercato degli strumenti derivati (idem) organizzato e gestito da Borsa Italiana S.p.A.: allegato A: indicazione del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista: <<*ai sensi dell'art.30, c. , lett. e) regolamento Consob n.11.522/98 e successive modifiche e integrazioni nonché delle condizioni generali del contratto, come integrate dal contratto derivati relative alla disciplina dell'operatività avente ad oggetto strumenti finanziari derivati, i sottoscritti Fontana Pia - Bazzinotti Rino dichiarano di indicare quale valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista, il seguente importo: euro 400.000*>>;

DD) doc. 21, contratto per il collocamento la ricezione e la trasmissione di ordini: deposito titoli a custodia e amministrazione n.2153/150.577 con scheda condizioni allegata;

EE) doc. 21 A: integrazione al contratto per operatività in derivati del 18/12/2007: vi si affermava che <<*il cliente dichiara di essere stato compiutamente informato dalla*

banca in ordine alle regole di funzionamento del mercato IDEM ed in particolare dei margini di garanzia dovuti in relazione alle operazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati negoziati su detto mercato nonché di conoscere le disposizioni concernenti gli organismi preposti alle attività di compensazione e garanzia relative al mercato IDEM, in particolare le disposizioni concernenti l'istituzione, l'organizzazione ed il funzionamento, anche con riguardo al sistema dei margini da versare, della Cassa di Compensazione e Garanzia S.p.A. ... e prende atto che le eventuali modificazioni di tali disposizioni potranno comportare automaticamente, ove necessario, modifiche a quanto stabilito nel presente contratto integrativo>>; dichiarava ivi inoltre il cliente di aver <<piena consapevolezza dei maggiori rischi, anche in termini di volatilità, collegati alle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, come meglio specificato nel "Documento sui rischi generali di investimento", parte B. intitolata " La rischiosità degli investimenti in strumenti finanziari derivati", consegnato al cliente sede di sottoscrizione del contratto>>;

FF) doc. 21 B: questionario 13 dicembre 2007;

GG) doc. 21 C: integrazione in data 18 dicembre 2007 delle indicazioni circa il valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista, portati ad euro 500.000;

HH) doc. 21 D: costituzione di garanzia con i titoli ivi indicati;

II) doc. 22: integrazione in data 29/06/08 alle condizioni generali di contratto per i servizi di negoziazione collocamento, ricezione e trasmissione di ordini, contratto integrativo per operatività in strumenti finanziari derivati ammessi alla negoziazione sul mercato di strumenti derivati (IDEM) organizzato e gestito da Borsa Italiana

S.p.A., con contratto di consulenza ;

LL) doc.. 22 A: questionario 19/6/2008, con informazioni relative alla classificazione dei clienti;

MM) doc. 22 B: integrazione in data 30/10/2008 del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista, portati ad euro 600.000;

NN): doc. 23 contratto quadro n. 983.616 in data 11/11/2008;

OO) doc. 24: questionario in data 5 gennaio 2009.

Nessun dubbio può sussistere, all'esame dei predetti atti negoziali, circa la relativa compiutezza, sul piano della forma-contenuto (con conseguente manifesta infondatezza delle censure in proposito esposte a pag.40 e seguenti dell'atto d'appello, mediante richiamo a quelle già formulate in primo grado e disattese nella sentenza impugnata).

La parte appellante sostiene inoltre, sempre con riferimento al tema della validità dei contratti, che il giudice di primo grado ne avrebbe omissso l'opportuna analisi, dalla quale sarebbe invece derivato, ove effettuata, l'accertamento della relativa nullità, per difetto di forma, in assenza di accettazione sottoscritta dalla banca e di prova certa della data ivi apparentemente opposta.

A tale proposito è appena il caso di ricordare che le Sezioni Unite della Cassazione con sent. n.898 del 16 gennaio 2018 hanno affermato che, in tema di intermediazione finanziaria, il requisito della forma scritta del contratto–quadro, posto, a pena di nullità (azionabile dal solo cliente) dall'art. 23 del d.lgs n. 58 del 1998, va inteso non

in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità di protezione dell'investitore assunta dalla norma, sicché tale requisito deve ritenersi rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente che vi sia la sottoscrizione di quest'ultimo, e non anche quella dell'intermediario, il cui consenso ben può desumersi alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti.

Lo stesso principio è stato affermato dalla Suprema Corte con ordinanze n. 16.070 del 18 giugno 2018, 14.646 del 6 giugno 2018 e 14.243 del 4 giugno 2018, con riferimento ai contratti bancari soggetti alla disciplina di cui all'art. 117 del d.lgs n. 385 del 1993.

Esso pertanto opera sia per i (numerosi) contratti-quadro susseguitisi nel tempo e per le relative integrazioni, riferite agli investimenti in contratti derivati, sia per il contratto di deposito titoli, sia infine per quelli di conto corrente e di apertura di credito in c/c.

Poiché tutti i predetti contratti sono stati sottoscritti personalmente dagli odierni appellanti e poiché degli stessi è stata fatta debitamente consegna a questi ultimi, non vi è spazio alcuno per l'accoglimento dell'eccezione di nullità degli stessi per difetto di forma.

Con riferimento, poi, alla data dei contratti in relazione a quella degli ordini prodotti in giudizio, è totalmente inconferente il richiamo all'art. 2704 del cod. civ., il quale prevede sì la necessità della data certa ma solo a favore del terzo.

Esclusa quindi l'applicabilità di tale disciplina, è appena il caso di rilevare in punto

di fatto che la parte attrice, ed odierna appellante, non ha offerto alcuna prova, neppure presuntiva, dell'eventuale anteriorità degli ordini rispetto ai contratti-quadro cui si riferiscono.

Pertanto, se è ben vero che l'ordine di investimento non preceduto da contratto quadro è per se stesso invalido, è altrettanto vero che nel caso di specie non sussiste dimostrazione alcuna della anteriorità di uno o più degli ordini in oggetto rispetto ai contratti-quadro prodotti in atti.

Totalmente inconferente è pure il rilievo della qualificazione degli attuali appellanti, ai sensi della normativa cosiddetta MIFID, come “ *clienti al dettaglio*”, posto che tale configurazione è alternativa rispetto a quella degli operatori qualificati, per i quali opera l'esenzione dei doveri di verifica ed informazione posti dalla normativa sull'intermediazione mobiliare.

3

Con riferimento al tema degli obblighi informativi, la prima censura mossa da parte appellante riguarda l'affermazione della ritenuta irrilevanza della presunta non compatibilità con il regolamento Consob allora in vigore (11.522/98) con quello richiamato nel modulo (10.943/97). Va sul punto confermato quanto ritenuto del giudice di prime cure, manifesta essendo la rilevanza soltanto del rispetto della disciplina normativa in vigore al momento della stipulazione del contratto, indipendentemente dall'eventuale erroneo richiamo in quest'ultimo alla precedente circolare.

La parte appellante fa ancora riferimento, sul tema degli obblighi informativi, alla

valutazione degli investitori come clienti al dettaglio, ma già si è ritenuta l'irrilevanza di tale qualificazione, contrapposta ed alternativa soltanto rispetto a quella di operatore qualificato, certamente e pacificamente esclusa nella fattispecie.

Nel merito la parte appellante censura la conclusione accolta dal giudice di prime cure il quale, rilevato che gli odierni appellanti avevano dichiarato un'esperienza in materia di investimenti "alta", una propensione al rischio alta, obiettivi di rendimento in termini di rivalutabilità, ne aveva tratto il convincimento per cui non si sarebbe verificata quella situazione che, in assenza di informazioni conseguenti al rifiuto, costringerebbe la banca ad assumere ulteriori informazioni prima di consentire l'investimento richiesto, con la conseguenza che risulterebbe del tutto infondata la pretesa di costringere la banca a rifiutare le richieste di investimento che andassero oltre il rischio minimo, a fronte di clienti investitori che dichiaravano e dimostravano, come si evince dalle centinaia di ordini da loro sottoscritti e degli importi interessati (oltre 2.000.000 di euro), un'alta esperienza, propensione al rischio e ambiziosi obiettivi di investimento. La parte appellante sostiene al riguardo che detta affermazione sarebbe incongrua e violerebbe plurime norme di diritto. In particolare errata sarebbe l'affermazione secondo cui, in assenza di informazioni rilasciate dal cliente, la banca sarebbe tenuta ad assumere ulteriori informazioni. Al contrario, in caso di rifiuto di fornire informazioni, la banca è tenuta ad attenersi ad un rischio minimo (conseguenza necessitata dal fatto di non avere informazioni). Si sarebbe inoltre in presenza di un ulteriore errore logico giuridico, avendo il giudice di prime cure dedotto la sussistenza di un'approfondita esperienza in capo agli attori dalla presunta sottoscrizione da parte loro di centinaia di ordini di rilevante importo,

nonostante questi ordini fossero stati semmai disposti dopo e non prima la conclusione dei contratti quadro, e dei relativi documenti integrativi, e perciò prima che risultasse possibile una valutazione circa la sussistenza o meno dell'esperienza e della competenza precedentemente acquisita.

Al riguardo pare tuttavia sufficiente richiamare quanto già precedentemente esposto sul primo motivo di gravame, laddove si era evidenziato, con riferimento soprattutto ai questionari (o informazioni sul cliente) sottoscritti dagli odierni appellanti, che gli stessi facevano tutti riferimento a situazioni pregresse.

Il pregiudizio lamentato, per perdita del patrimonio mobiliare – ammesso che debba riferirsi alle operazioni in contratti derivati, e non ad altre operazioni – deve infatti presumersi determinato in epoca successiva a quella della sottoscrizione del primo dei questionari (dicembre 2007), in concomitanza del quale veniva dichiarata una provvista di euro 500.000, con soglia perdite di euro 250.000, posto che in data successiva (ottobre 2008) la provvista era stata maggiorata di ben euro 100.000, con incremento della soglia perdite sino ad euro 300.000, il che non avrebbe avuto senso alcuno laddove l'investimento effettuato in precedenza avesse generato perdite anziché profitti.

Ne consegue che il pregiudizio stesso non può ricondursi sul piano causale ad un eventuale difetto di informazione e di valutazione, che si riferirebbe a contratti-quadro preesistenti, la cui attuazione, con i precedenti ordini, non può aver determinato, secondo la stessa prospettazione di parte attrice, odierna appellante, alcun danno economico.

Ciò posto, fatto richiamo alle considerazioni già espresse sul primo motivo di

gravame, appare evidente, già sul piano documentale, non soltanto la consapevolezza degli investitori sul rischio cui andavano incontro con gli investimenti in contratti derivati, ma anche l'appropriatezza di tale tipologia di investimento (opzioni e futures, nell'ambito di mercati regolamentati) rispetto al profilo di rischio ricavabile dai questionari stessi, nell'ambito dei quali gli odierni appellanti avevano espressamente dichiarato quanto segue: <<sono un investitore propenso al rischio; investo in prodotti che consentono di ottenere una crescita del capitale nel medio/lungo periodo, consapevole del rischio di poter subire perdite anche significative nel breve periodo>>.

Ciò posto, non si nega che possa in astratto configurarsi una responsabilità dell'intermediario in relazione all'esito infausto di alcuni specifici investimenti, laddove, in relazione agli stessi, egli non abbia fornito prova, sensi dell'art. 23, sesto comma, TUF², di aver dato adeguata informazione sui rischi e le opportunità ad essi correlate; tuttavia è appena il caso di rilevare – con ciò ribadendosi quanto già esposto sul primo motivo di gravame – che l'omessa individuazione da parte degli attori, odierni appellanti, delle singole operazioni che avrebbero generato le perdite, non rendendo possibile alla controparte alcuna idonea difesa al riguardo, non consente di pervenire ad un giudizio in termini di insufficienza della prova (a carico dell'intermediario) della diligente attuazione dell'incarico ricevuto, non potendosi dallo stesso pretendere la dimostrazione dell'avvenuta attuazione dei doveri di

² <<6. 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 aver agito con la specifica diligenza richiesta>>

informazione per ciascuna delle centinaia di operazioni effettuate, in assenza di qualsiasi specificazione, da parte degli interessati, in ordine a quelle che avrebbero in tesi generato il danno.

La parte appellante lamenta ancora da un lato un difetto di genuinità nella formazione della volontà, con riferimento agli ordini, per essere stata indotta la relativa formulazione da parte dell'intermediario e per esso dal dr Mason, dall'altro la violazione delle norme in materia di adeguatezza e di diritto di recesso ai sensi dell'art. 30 TUF; rileva ancora, quanto alla domiciliazione presso la banca, non potersi trarre alcuna utile conferma del ritiro pressoché quotidiano delle comunicazioni presso la casella, affermata dai testi, per l'incapacità a deporre ex art. 246 c.p.c. di questi ultimi, in quanto dipendenti della banca, e per la loro inattendibilità.

L'affermazione circa un presunto vizio di formazione della volontà è manifestamente generica, e non indica né gli strumenti né le modalità che sarebbero stati adottati a tale scopo, né infine individua i singoli ordini che in tal modo si sarebbero generati.

L'operatività in strumenti finanziari costituiti da contratti derivati - del tipo dell'opzione e dei futures in mercati regolamentati - è senz'altro da ritenersi consona alle caratteristiche, in termini di propensione al rischio, proprie degli odierni appellanti. Non vi è pertanto inadeguatezza.

L'eccezione di incapacità a deporre ex art. 246 c.p.c. è preclusa dall'omessa tempestiva formulazione dell'eccezione di nullità della deposizione testimoniale raccolta (Cass.19498/2018; in precedenza Cass.5454/2005, 23054/2009) e in ogni caso è infondata (Cass.10112/2018; in precedenza 19750/2017, 8462/2014).

Non vi è alcun motivo di dubitare della genuinità delle posizioni, essendo ben evidente che gli odierni appellanti erano assolutamente consapevoli della predetta domiciliazione, da loro stessi autorizzata con appositi atti scritti, prodotti in atti.

Il richiamo alla disciplina di cui all'art. 30 del TUF, e la connessa invocazione di nullità dei contratti – quadro per omessa previsione della facoltà di recesso, è certamente non pertinente, in assenza di qualsiasi prova circa la relativa pattuizione “*fuori sede*”, e cioè al di fuori dei locali della banca.

4

Con riferimento al tema posto dal quarto motivo di gravame (“*le altre censure*”), la parte appellante anzitutto afferma doversi ravvisare nella specie nullità dei rapporti contrattuali per difetto di causa; premettendo che l'art.21 TUF stabilisce i “*criteri generali*” che i “*soggetti abilitati*” devono osservare “*nella prestazione dei servizi di investimento*”, osserva che le regole dettate dall'art.21 TUF danno luogo ad un obbligo di diligenza specifico, che si pone prima e fuori dei contratti che gli intermediari stipulano e che impone ad essi di conseguire un obiettivo, il possesso di un'organizzazione idonea ad assumere, elaborare, e trasmettere informazioni tempestive ed adeguate, senza il quale gli intermediari non potrebbero svolgere la loro funzione socioeconomica, e cioè l'eliminazione o l'attenuazione della asimmetria informativa esistente tra il lato dell'offerta e quello della domanda; la “*utilità*” che la clientela si attende dagli intermediari è costituita dalla possibilità di effettuare scelte consapevoli, e cioè, in primo luogo, informate; in tale prospettiva l'esistenza di un'organizzazione idonea ad assumere, elaborare e trasmettere informazioni tempestive ed adeguate rileva, secondo l'appellante, sul piano della

causa del contratto di investimento; la meritevolezza socio economica del contratto di investimento, stipulato tra il risparmiatore e l'intermediario, riconosciuta e tutelata dalla legge in via generale, sta nel fatto che l'intermediario è soggetto che possiede, o, meglio, deve possedere, l'organizzazione imposta dall'art. 21 del TUF; infatti se il soggetto cui il cliente affida lo svolgimento di un servizio di investimento non fosse un intermediario autorizzato o, se, pur essendolo di nome, fosse sostanzialmente privo di quell'organizzazione, lo stesso non sarebbe in grado, almeno nell'ottica necessariamente generale della legge, di assicurare quella “ *utilità*”, vale a dire la possibilità di compiere scelte di investimento consapevoli, e non realizzerebbe la funzione socioeconomica (esclusione od attenuazione della asimmetria informativa) che l'ordinamento gli assegna. Pertanto la causa del contratto di investimento sta nel fatto che l'operatore professionale, che assume per contratto lo svolgimento del servizio di investimento, sia dotato di un'organizzazione astrattamente idonea ad eliminare o ridurre la asimmetria informativa sussistente nel mercato finanziario tra offerta e domanda. Con la conseguenza che la mancanza di quell'organizzazione determina un vizio genetico del sinallagma e, quindi, la nullità del contratto di investimento, sulla base del combinato disposto degli artt. 1325 e 1418, comma 2, c.c.

La parte appellante a ciò aggiunge che le norme di settore (art. 21 TUF ed artt. 56 e segg. delibera Consob 11.522/98) impongono agli intermediari abilitati anche l'adozione di idonee procedure interne finalizzate ad un corretto svolgimento dell'attività in strumenti finanziari e servizi di investimento. Se tutto ciò in punto di fatto manca, si determina un vizio funzionale del sinallagma, l'inadempimento

(totale o parziale, importante o meno, secondo la “ *logica*” dell’art. 1455 c.c.) di una delle parti e quindi la richiesta di risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.) da parte dell’altra.

Secondo la tesi di parte appellante tale ricostruzione sarebbe configurabile perfettamente al caso in esame, in quanto il convenuto, odierno appellato, Mason Roberto avrebbe gestito autonomamente le operazioni in strumenti finanziari derivati i cui effetti sarebbero ricaduti sugli attori, con disastrose conseguenze; in quanto, poi, la banca non sarebbe mai intervenuta per far cessare dette condotte illecite; in quanto, infine, anche volendo ipotizzare, per puro esercizio teorico, che la condotta della banca fosse stata di natura colposa e non dolosa, risulterebbero evidenti le carenze organizzative della banca stessa ed il gravissimo inadempimento contrattuale da parte sua.

A tale proposito è appena il caso di rilevare, quanto al tema della validità dei contratti-quadro e delle relative integrazioni inerenti le operazioni in strumenti finanziari derivati, che la stessa deve essere valutata sulla base del contenuto degli accordi così come risultanti nei contratti stessi, e non dell’attuazione, o meno, di quanto in essi stabilito ed in generale di quanto previsto a carico dell’intermediario come obbligazione di legge. L’eventuale inadempimento infatti attiene al profilo funzionale della causa non a quello genetico, e pertanto incide sul piano della responsabilità contrattuale e non su quello della validità del negozio giuridico. In ogni caso del tutto generica appare la contestazione mossa con riferimento all’adempimento dell’obbligazione di legge che pone a carico dell’intermediario abilitato l’obbligo di dotarsi di un’organizzazione idonea ad operare nel mercato con

modalità tali da garantire il rispetto delle ulteriori obbligazioni poste dalla legge stessa a suo carico. Non vi è infatti indicazione alcuna in ordine alle specifiche carenze organizzative che si assume essersi dimostrate nella fattispecie, né in ordine all'incidenza, sul piano causale, di ciascuna di esse con riferimento ai singoli investimenti all'origine del pregiudizio lamentato, per verità essi pure non individuati specificatamente. La medesima considerazione vale per quanto attiene alla predisposizione della procedura per la corretta esecuzione dell'attività in strumenti finanziari servizi di investimento.

Ne consegue il rigetto di tale prospettazione sia con riferimento al tema della validità sia con riferimento a quello della responsabilità contrattuale.

La parte appellante sottopone quindi a censura l'affermazione resa in sentenza, secondo cui, per quanto riguarda la presunta “*reticenza*” della banca a fornire le informazioni richieste, non potrebbero condividersi le tesi attoree volte stabilire una specie di obbligo generale della banca a produrre tutti i documenti atti a provare i fatti contro se stessa. Ciò in quanto – secondo il giudice di prime cure - l'art. 119 del TUB ha precisi limiti e non può costituire presupposto per ottenere copia di contratti che i clienti hanno dichiarato per iscritto di avere ricevuto in copia e avevano l'onere di conservare; analogamente, a detta del giudice, non può ricavarsi dal complesso delle norme sugli investimenti finanziari un generale obbligo dell'intermediario di fornire tutta la documentazione richiesta; nel caso specifico, poi, detta documentazione è stata fornita, ma ciò nondimeno <<*gli attori non hanno desistito, formulando una ridda di eccezioni del tutto fantasiose ed infondate*>>.

La parte appellante, premettendo che la reticenza può essere intesa soggettivamente, e cioè come causa di un vizio della volontà dell'investitore, oppure oggettivamente, come carenza di un elemento necessario, benché estrinseco, del contratto, ha affermato che nella prima prospettiva si renderebbe applicabile la disciplina dell'errore, ovvero quella del dolo determinante, di cui all'art.1439 c.c., ove si consideri che la reticenza costituisce inadempimento di un dovere legale di informare, e può quindi essere assimilata ad un raggiro o ad un comportamento sleale, con la conseguenza, in entrambi i casi, che ne conseguirebbe il diritto ad ottenere l'annullamento del contratto, salva ogni considerazione già svolta in merito all'ipotesi di nullità (virtuale) per violazione di norme imperative, ai sensi dell'art.1418 c.c. Tenuto conto di quanto precede sarebbe totalmente erronea l'affermazione del giudice di prime cure circa l'insussistenza di un obbligo della banca “ *di produrre tutti i documenti atti a dimostrare i fatti contro se stesso*”; al contrario la banca avrebbe l'obbligo di rendere edotto il cliente di tutte le informazioni necessarie, e, in prima battuta, delle perdite nel corso del rapporto.

Ribadito anche qui che il tema dell'adempimento delle obbligazioni di legge e di contratto non si coniuga con quello relativo alla validità dell'assetto negoziale pattuito, bensì a quello della responsabilità contrattuale, va precisato che tale conclusione opera anche con riferimento al profilo psicologico prospettato, che è inerente non già alla formazione del contratto bensì alla sua esecuzione.

Ma anche nella prospettiva della responsabilità contrattuale la doglianza appare priva di fondamento, avendo la banca provveduto a comunicare ai clienti gli estratti conto relativi ai vari rapporti ed ai dossier ad essi correlati (docc. banca dal 27 al 29: copia

estratto dossier titoli 150.577, 119.920, 131.759 e 150.578; docc. banca dal 31 33 copia estratto conti correnti 213, 542 e 548, ed avendo essa sistematicamente provveduto all'invio della nota di cui all'articolo 61 regolamento 11.522/98, a seguito degli ordini di investimento (documento 25). Senza che sussista dimostrazione in ordine al superamento della soglia di garanzia (metà della provvista) in assenza della relativa tempestiva comunicazione al cliente.

La parte appellante prende poi in considerazione la causa dei contratti derivati, affermando che occorre, con riferimento ad essi, avere riguardo alla loro particolare operatività; richiama a tale proposito precedenti di merito, relativi però a contratti derivati (swaps) di natura diversa rispetto a quelli qui in considerazione (opzioni e *futures*, oggetto di contrattazione in mercati regolamentati), posto che le sentenze citate sono relative a derivati *over the counter*, per i quali l'oggetto del contratto era costituito da scambio di differenziali a determinate scadenze, mentre la causa risiedeva in una scommessa che entrambe le parti avevano assunto, in relazione alla quale il tema in discussione era costituito dalla razionalità o meno dell'alea assunta da ciascuno degli scommettitori.

Così configurato, il motivo di gravame appare totalmente generico e pertanto inammissibile ai sensi dell'art. 342 c.p.c., non risultando in alcun modo comprensibile la censura che in ragione di esso s'intende formulare nei confronti della decisione impugnata.

La parte appellante ha quindi sottoposto a censura la decisione del giudice di prime cure nella parte in cui ha dichiarato non provata la sussistenza di un conflitto di interessi, ritenendo che detto conflitto avrebbe dovuto essere provato dagli investitori e che lo stesso non avrebbe potuto desumersi “ *nel fatto che la banca*” avesse “ *gestito gli ordini vendendo i derivati e finanziando gli attori per il loro acquisto*”, ed infine che il conflitto di interessi non avrebbe potuto ricondursi alla mera affermazione di una cointeressenza ma avrebbe dovuto sostanziarsi nella dimostrazione della necessità, da parte della banca, di liberarsi di titoli scomodi.

Gli appellanti hanno sottolineato di non aver mai eccepito la sussistenza di un conflitto di interessi nei termini indicati nella sentenza: trattandosi di contratti derivati e non di titoli (azionari e/o obbligazionari), essi non hanno mai affermato che la banca avrebbe avuto necessità di liberarsene, affermazione priva di senso rispetto al caso di specie; il conflitto di interessi si sarebbe invece sostanziato nella pluralità e contraddittorietà dei ruoli assunti dalla banca e dal signor Roberto Mason, per avere essi contestualmente operato come consulente, come gestore, come venditrice di derivati, come partner delle rinegoziazioni, come controparte e finanziatrice. I predetti assunti dovrebbero ritenersi provati in ragione del fatto che sarebbe difettata prova del fatto che gli ordini erano stati impartiti dal cliente e, a monte, che gli investitori avevano la competenza e l'esperienza per gestire attivamente un rapporto di derivati sui cambi; con ciò, infatti, sarebbe risultato provato che gli appellati avevano operato di fatto come gestori del patrimonio degli appellanti.

Va premesso che la pluralità dei ruoli assunti dall'intermediario, per la compresenza

di attività di consulenza, ricezione di ordini ed eventuale finanziamento per la formazione della relativa provvista, non fa di per sé presumere la sussistenza di interessi in conflitto rispetto a quelli dell'investitore.

In buona sostanza ciò è del resto riconosciuto dalla stessa parte appellante, la quale infatti riconduce l'ipotizzato conflitto di interessi alla premessa costituita dall'assoluta carenza di capacità decisionale in capo all'investitore che sostanzialmente si sarebbe posto nelle mani dell'intermediario, e per esso del funzionario addetto ai servizi di investimento, il quale sarebbe risultato il vero *dominus* delle operazioni di investimento attuate, da collocarsi pertanto nel quadro di un rapporto che, sebbene formato come negoziazione/ricezione ordini, si sarebbe in concreto sviluppato come vera e propria gestione di portafoglio finanziario.

Con il che si viene al successivo tema, costituito dalla cosiddetta “*gestione surrettizia*”, con riguardo alla quale la parte appellante sottopone a censura la decisione in senso negativo della sentenza impugnata, sul presupposto della carenza della relativa prova e della confutazione ad opera del testimoniale: il giudice di prime cure ha al riguardo dichiarato che *<<l'affermazione, anche questa più volte ripetuta, secondo cui la banca non si sarebbe limitata ad eseguire le disposizioni dei clienti, è rimasta del tutto sformata di prova, e men che meno che tale gestione fosse finalizzata a procurare la banca un ingiusto profitto ex art.640 c.p.. Le stesse ragioni si attagliano alle censure formulate nei confronti del Mason con riferimento ai reati di cui agli artt.166 e 167 tuf.>>*.

La parte appellante sostiene che le ragioni di tale decisione sarebbero infondate, non essendovi prove, né documentali né di altro tipo, che permettano di ricondurre il

rapporto alla consapevole volontà degli attori; essa richiama quanto esposto nell'atto di citazione, laddove - a suo dire - erano stati descritti gli elementi costitutivi in fatto e diritto della fattispecie di cui agli artt. 166 e 167 TUF, ribadendo che le risultanze del procedimento penale, la cui introduzione in questo giudizio dovrebbe ritenersi ammessa, conferirebbero ulteriore fondatezza alle censure attoree. A tale proposito la parte appellante ribadisce che gli attori non avevano né le conoscenze né l'esperienza per gestire attivamente il rapporto derivante dai contratti derivati; che pertanto tutte le operazioni erano state autonomamente e direttamente eseguite dal Mason e dai dipendenti incaricati della banca; che la struttura dei contratti derivati, che è andata complicandosi progressivamente, implicava conoscenze, e mezzi, altamente specializzate, delle quali gli attori non erano minimamente in possesso; che, pertanto, a prescindere dal dato formale emergente dalla documentazione, spesso regolarizzata a posteriori e sempre predisposta dalla banca, tutte le decisioni relative all'operatività in derivati dovevano ritenersi attribuibili non agli attori bensì al Mason ed alla banca stessa tramite i suoi incaricati, il che avrebbe condotto alla configurazione della fattispecie nei termini della cosiddetta " *gestione surrettizia*", sulla scorta dell'insegnamento della Suprema Corte, secondo il quale " *la differenza tra legittima attività di promozione presso il cliente e attività cosiddetta di gestione patrimoniale surrettizia (o impropria o abusiva) posta in essere da un promotore finanziario consiste nel fatto che, nel primo caso, il promotore finanziario esercita un'attività di consulenza e assistenza nelle attività decisionali del cliente stesso che, pur essendo diretta a incrementare il patrimonio di quest'ultimo, è priva di generico mandato preventivo e discrezionalità, laddove si ha gestione patrimoniale abusiva qualora ricorrano gli elementi descrittivi del mandato e della gestione individualizzata, cui è*

sotteso il profilo della discrezionalità” (Cass. 26 gennaio – 12 aprile 2005, sez. 1^a civ., n. 7546); ad identica conclusione si dovrebbe pervenire anche facendosi riferimento alla nozione accolta dalla Consob, in base alla quale il legislatore italiano, nel dare attuazione alla direttiva comunitaria, avrebbe privilegiato il concetto di “*gestione*” con riferimento alla sostanza di tale rapporto, a prescindere quindi da qualsiasi formalità nell’instaurazione e nello svolgimento di esso.

In ogni caso, infatti, l’attività di gestione si caratterizza rispetto quella di consulenza per l’attribuzione al gestore di un potere – dovere di rendere operative le valutazioni professionali relative agli investimenti o disinvestimenti; nel caso specifico, peraltro, la “*gestione*” sarebbe stata posta in essere dal Mason e dalla banca al fine di procurare a quest’ultima un ingiusto profitto, da cui potrebbe derivare anche la configurazione nella fattispecie della cosiddetta “*gestione infedele*” di cui all’art. 167 del TUF; con riferimento, ancora, al tema dell’esercizio abusivo di intermediazione finanziaria, di cui all’art. 166 TUF, la parte appellante ha inoltre sottolineato che la, “*inafferrabilità*” che caratterizza gli strumenti finanziari (cioè i beni scambiati nei mercati finanziari) rende potenzialmente molto insidiosa l’attività svolta all’interno dei mercati finanziari stessi; ciò è ancor più evidente nel mercato dei derivati cosiddetti OTC; l’economia globalizzata e la dematerializzazione della ricchezza aggravano ulteriormente i rischi, ed esistono quindi forti esigenze di tutela dell’integrità del mercato, che non consentono un indiscriminato accesso al ruolo di “*intermediario abilitato*” ad operare nei predetti mercati; l’art. 18 del TUF stabilisce infatti che i servizi di investimento possono essere svolti solo da categorie individuate di soggetti (gli “*intermediari abilitati*”), sottoposti a vigilanza “

pubblica” prudenziale, che abbiano ottenuto un’ apposita autorizzazione, rilasciata solo in presenza di particolari requisiti; l’ interesse protetto è quello di garantire l’ integrità del mercato finanziario, a tutela del risparmio e dei risparmiatori: l’ art.47 della Costituzione costituisce il fondamento costituzionale delle predette incriminazioni (artt. 166 – 167 TUF); parte appellante ha infine sottolineato che l’ art.166, configurando reato a consumazione istantanea, deve ritenersi sussistente anche in presenza di un solo atto di esercizio abusivo.

Anzitutto in proposito è appena il caso di rilevare che l’ intermediazione finanziaria, in questo caso, è stata effettuata dalla BPCI spa, vale a dire da una banca, e cioè da un soggetto che per legge (art.18, primo comma, TUF) è abilitato ad operare come intermediario finanziario. Con ciò escludendosi in radice la possibilità stessa della ipotizzata consumazione del reato di cui all’ articolo 166 TUF.

Con riferimento, poi, al tema della cosiddetta “ *gestione surrettizia*”, deve rilevarsi che, nei termini in cui la questione è stata proposta da parte appellante, tale situazione si verrebbe in buona sostanza a verificare ogni qual volta parte del rapporto contrattuale di negoziazione sia stata un soggetto diverso dall’ operatore qualificato, con una dilatazione della nozione in discorso assolutamente eccessiva.

In presenza di rapporti contrattuali ritualmente definiti con accordi scritti, nell’ ambito dei quali si affermi chiaramente la presenza non solo di una negoziazione specifica riservata ai contratti derivati, dell’ individuazione della provvista per essi conferita, e quindi della correlata soglia di rischio, ma anche la sussistenza di pregressa competenza in materia finanziaria, nonché di obiettivi di investimento nel senso dell’ incremento del capitale investito, con assunzione di elevata propensione al

rischio, incombe sull'investitore l'onere di una prova rigorosa e certa in ordine all'esclusione della provenienza da parte sua degli ordini di investimento, in quanto riconducibili tutti ad autonoma determinazione da parte dell'intermediario, così come sarebbe in presenza di un rapporto di gestione di portafoglio; la ricorrenza nella specie pure di un rapporto di consulenza, peraltro documentato anche con contratto scritto, pare, peraltro, giustificarsi soltanto nell'ottica della negoziazione, che attribuisce all'investitore il potere di decidere se e come investire, non risultando di alcuna utilità nel ben diverso quadro di un rapporto di gestione; ebbene, l'affermazione secondo cui il Mason non si sarebbe limitato a svolgere opera a carattere consulenziale, ma avrebbe egli stesso autonomamente determinato se e quali investimenti porre in essere, non trova riscontro in alcun elemento di prova documentale, né negli esiti dell'istruttoria orale, restando pertanto mera petizione di principio.

Non può quindi pervenirsi all'accoglimento dell'assunto circa l'affermata ricorrenza della situazione in esame di una fattispecie di “ *gestione surrettizia*”, con ciò pervenendosi alla conseguente negazione tanto del conflitto di interessi – che proprio sulla base di tale presupposto si era fondato – quanto del reato di cui all'art. 167 TUF, che appunto alla gestione si riferisce, per sanzionare quella che si caratterizza per essere “ *infedele*”.

La parte appellante, poi, per il caso di rigetto della prospettazione in ordine alla cosiddetta “*gestione surrettizia*”, sottopone a censura l'affermazione resa dal giudice di prime cure secondo cui infondata sarebbe la richiesta di declaratoria di nullità del

contratto di consulenza per difetto di forma, non richiedendosi per esso la forma scritta; a detta della parte appellante tale forma avrebbe invece dovuto ritenersi necessaria, ciò ricavandosi – si suppone a contrariis – per essere sul punto intervenuto il successivo regolamento Consob 16.190/07, il quale ha escluso per il servizio di consulenza la necessità della forma scritta. A tale considerazione la parte appellante ha aggiunto la censura alla sentenza di primo grado per non aver ravvisato la sussistenza nella specie dei presupposti per l'invocata responsabilità precontrattuale di cui agli artt.1337 e 1338 CC e comunque per la violazione dei doveri di correttezza, diligenza e buona fede che, rapportati alla particolare materia, si traducono nell'obbligo per il consulente (intermediario o promotore) di fornire tutte le informazioni e i consigli più adeguati alle caratteristiche ed alle esigenze espresse dal cliente, in quanto un'attività di consulenza che dovesse indirizzare il cliente a scelte che non solo mettono in concreto pericolo il suo interesse ma disattendono le esigenze espresse configurerebbe responsabilità dell'intermediario – consulente per inadempimento.

Come peraltro già rilevato dal giudice di prime cure, il tema relativo alla necessità o meno della forma scritta per il contratto di consulenza è da ritenersi inconferente con riferimento alla validità o meno degli ordini di investimento, per la quale deve ritenersi sufficiente la presenza, documentata, di apposito contratto quadro.

Con riferimento, invece, al tema dell'adempimento degli obblighi di informazione, comunque posti a carico dell'intermediario, ancor più in presenza di un contratto di consulenza, la relativa responsabilità è retta, quanto all'onere della prova, dal

disposto di cui all'art. 23, comma 6, del TUF, ma sempre – come si è sopra sottolineato – sul presupposto della pregressa allegazione ed individuazione dei singoli investimenti che avrebbero cagionato il danno patrimoniale lamentato e delle ragioni in relazione alle quali si ritiene che gli stessi dovessero essere considerati non coerenti rispetto alle caratteristiche dell'investitore o comunque non opportuni in relazione alla situazione finanziaria esistente nel momento in cui vennero ordinati. Come si è già sopra rilevato nessuna indicazione utile in tal senso risulta essere stata formulata da parte degli investitori stessi. Il che conduce alla conferma anche in questo punto della decisione del giudice di prime cure.

5

Con il quinto motivo di gravame la parte appellante sottopone a censura la decisione del tribunale con la quale erano state rigettate le censure relative all'applicazione di interessi illegittimi ed alla mancata pattuizione delle condizioni economiche con riferimento al rapporto di conto corrente, in ragione della genericità delle doglianze, sulla considerazione dell'omessa indicazione, con riferimento ad esse, di alcuna ipotesi in cui risultasse un tasso o una CMS non pattuita per iscritto tra le parti o una capitalizzazione non consentita, ed in ragione, quanto alla censura per usura, dell'omessa produzione dei DM di fissazione del cosiddetto “tasso soglia”.

La parte appellante si richiama a quanto esposto sul precedente motivo di gravame in materia di forma scritta precisando, con riferimento alle domande relative al conto corrente, che nella stessa sentenza di primo grado se n'era riconosciuta la sufficiente specificità con riferimento al tema della nullità degli interessi ultralegali e anatocistici nonché della CMS; quanto all'anatocismo la parte appellante ha

affermato che l'applicazione della capitalizzazione trimestrale a partire dall'anno 2000 deve ritenersi legittima solo in presenza dei presupposti previsti dalla delibera CICR 9 febbraio 2000 (artt. 2 e 6); pur riconosciuta la presenza di una clausola che prevedeva l'applicazione di interessi anatocistici con pari periodicità e la relativa specifica approvazione per iscritto, ciò risulterebbe comunque inconferente, trattandosi di clausole inserite in un contratto nullo ai sensi dell'art. 1326 c.c. per le ragioni sopra indicate in tema di forma contrattuale; identica considerazione andava fatta per la CMS; quanto, infine, alla mancata produzione dei DM concernenti la rilevazione del tasso effettivo globale medio, parimenti la decisione assunta sul punto dal giudice di primo grado dovrebbe ritenersi erronea, dovendosi invece collocare le corrispondenti informazioni nell'alveo del fatto notorio, la cui conoscenza è, ex art.115 cpv cpc, liberamente acquisibile da parte del giudice.

Con riferimento alla questione relativa alla forma scritta, è sufficiente richiamare quanto al riguardo è stato sopra esposto. Ne consegue la piena validità della pattuizione degli interessi ultra-legali, nonché di quella dell'anatocismo trimestrale, ed infine di quella della commissione di massimo scoperto.

Quanto al tema dell'usura, costituisca o meno la definizione nei DM periodici di rilevazione del TEGM fatto notorio, e non atto amministrativo, certo è che la parte appellante non ha neppure allegato quale sarebbe stato, a suo dire, il tasso soglia applicabile all'atto della formazione dei singoli contratti di conto corrente, nonché delle relative successive variazioni, in relazione al contenuto delle pattuizioni contrattuali ivi indicate. La richiesta di accertamento a mezzo CTU dell'eventuale superamento del tasso soglia assume pertanto manifesto carattere esplorativo e risulta

pertanto inammissibile.

6

Infine la parte appellante, con sesto ed ultimo motivo, chiede disporsi una diversa disciplina delle spese di lite, sul presupposto della ritenuta fondatezza, in tutto in parte, delle doglianze sollevate, ed inoltre riformarsi la decisione del giudice di prime cure con riguardo all'indennizzo ex art.96, 3° comma, cpc, per €.15.000,00, ritenuto ingiustificato, non potendosi qualificare in termini di mala fede o colpa grave la condotta processuale degli odierni appellanti, anche tenuto conto delle risultanze del processo penale.

Pur pervenendosi al rigetto di tutte le doglianze di parte appellante relative al merito ritiene il collegio di dover invece accogliere quella relativa al predetto indennizzo ex art.96, terzo comma, cpc, la cui applicazione alla fattispecie non appare giustificata, non ravvisandosi a carico degli attori, odierni appellanti, una condotta processuale contraddistinta da dolo o colpa grave.

Al rigetto dell'appello, per i capi relativi al merito, segue tuttavia da un lato la conferma delle statuizioni del giudice di prime cure relativamente alla disciplina sulle spese, eccezion fatta per quanto concerne il testè richiamato indennizzo, ex art.96, terzo comma, cpc, dall'altro lato la condanna della parte appellante a rimborsare ad entrambe le parti appellate anche le spese del presente grado, liquidate, per ciascuna di esse, in conformità ai criteri di cui alla tabella A approvata con decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55 (scaglione di valore da euro 520.000,01 sino ad euro 1.000.000,00), in euro 5.434,00 per la "fase di studio", euro 3.159,00 per la "fase introduttiva" ed euro 7.280,00 per la "fase decisionale", oltre rimborso

forfettario ed accessori di legge.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Brescia – Prima Sezione Civile, definitivamente pronunciando:

in parziale riforma della sentenza n.252/2015 del tribunale di Mantova, dichiara non competere alle parti odierne appellate l'indennizzo ex art.96, terzo comma, cpc, ivi loro riconosciuto nell'importo di €.15.000,00 per ciascuna di esse.

Condanna la parte appellante a rimborsare alle parti appellate le spese del grado, liquidate per ciascuna di esse come in parte motiva

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del 9 gennaio 2019

IL CONSIGLIERE EST.

Giuseppe Magnoli

IL PRESIDENTE

Donato Pianta