



Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 6467 del 4 aprile 2023

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio

composto dai signori

Dott. G.E. Barbuzzi – Presidente

Prof.ssa M. D. Braga – Membro

Prof. Avv. M. de Mari – Membro

Prof. Avv. F. De Santis – Membro

Prof. Dott. P. Esposito – Membro

Relatore: Prof. Avv. M. de Mari

nella seduta del 30 marzo 2023, in relazione al ricorso n. 8421, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La presente controversia concerne il tema della responsabilità solidale dell'intermediario preponente ex art. 31, comma 3, TUF, per i danni arrecati a terzi dal promotore finanziario abilitato all'offerta fuori sede (ora "consulente abilitato all'offerta fuori sede"), nonché la responsabilità diretta dell'intermediario stesso nella prestazione di servizi d'investimento per nullità delle operazioni d'investimento e violazione delle regole di adeguatezza.

Parte Ricorrente, dopo aver presentato reclamo all'Intermediario, al quale quest'ultimo non ha dato riscontro a suo avviso soddisfacente, si è rivolta all'Arbitro per le Controversie Finanziarie.

Questi i fatti essenziali oggetto del procedimento.

2. I Ricorrenti - che si dichiarano soggetti privi di competenza finanziaria - espongono che nel novembre 1998 avviavano, per il tramite dell'allora consulente della Banca, un rapporto di intermediazione finanziaria e di conto corrente. I Ricorrenti, che riponevano estrema fiducia nell'operato del promotore, data anche la carica di sindaco da questi in passato ricoperta nel luogo di residenza e confortati dai periodici rendiconti loro presentati, dai quali risultavano ottime *performance*, consegnavano ripetutamente a quest'ultimo assegni bancari (propri o emessi da terzi) e denaro contante, affinché fossero impiegati in investimenti finanziari suggeriti dallo stesso consulente. A seguito di varie segnalazioni e malumori provenienti anche da loro concittadini, in data 28 aprile 2009 la Banca incontrava Parte Ricorrente che, nell'occasione, riceveva evidenza dei reali investimenti effettuati a suo nome, prendeva in allora consapevolezza che solo una minima parte del denaro consegnato al promotore era stato effettivamente investito in prodotti finanziari, peraltro con significative minusvalenze, mentre le residue somme non erano mai state accreditate sul conto corrente dei due coniugi. In seguito a tale incontro, la Banca inviava loro una comunicazione in cui produceva un resoconto degli assegni mai versati sul conto, poiché negoziati su conti di terzi o mai incassati: si trattava, nello specifico, di n. 37 assegni bancari, emessi fra il 2002 e il 2008, per l'importo totale di € 133.908,01 che i Ricorrenti avevano consegnato al promotore affinché le relative disponibilità fossero impiegate in investimenti finanziari e risultati, poi, invece riscossi direttamente dal promotore stesso o girati ad altri clienti e, comunque, distratti. I Ricorrenti precisano che le medesime modalità sottrattive interessavano anche somme di denaro contante consegnate nelle mani del promotore, affinché fossero versate sul loro conto (*“complessivamente, tra assegni e contante, circa € 450.000,00”*). Ciò stante, in data 11 luglio 2009, Parte Ricorrente sporgeva formale denuncia-querela nei confronti del promotore. Quest'ultimo veniva successivamente radiato dall'Albo unico dei promotori

finanziari, avendo egli ammesso, nel corso di un incontro con l'Ufficio ispettorato Rete della Banca, di aver posto in essere, a partire dall'anno 2000, numerose condotte illecite nei confronti dei propri clienti, tra cui l'aver utilizzato denaro di clienti per coprire le perdite di altri, distraendo complessivamente circa 1 milione di euro riconducibili ad un centinaio di clienti. Tengono a precisare i Ricorrenti che il 22 maggio 2012 aveva inizio, in sede penale, il procedimento di primo grado che vedeva il promotore imputato per reati di appropriazione indebita aggravata, accesso abusivo a sistema informatico, falso in scrittura privata e in titoli di credito. Al processo partecipavano, inoltre, la Banca nella veste di responsabile civile e l'odierna parte Ricorrente costituitasi parte civile insieme ad altri numerosi clienti del promotore stesso. Il Tribunale, con sentenza del 2015, condannava il promotore, anche nei confronti del Ricorrente, per i reati a lui ascritti nel capo d'imputazione 'A' della sentenza commessi dopo il gennaio 2008, essendo intervenuta la prescrizione del reato per le condotte delittuose antecedenti. All'esito del giudizio di impugnazione, la Corte d'Appello riformava la sentenza di primo grado nella parte in cui non aveva riconosciuto la responsabilità dell'Intermediario ex art. 31, comma 3, del TUF, condannandolo, in solido con il promotore: 1) al risarcimento dei danni nei confronti delle parti civili appellanti, compreso il Ricorrente, da liquidarsi in sede civile (ciò – precisa la Corte d'Appello – *“a ragione della pluralità delle voci di danno ipotizzabili, non limitate al mero esborso economico e della eterogeneità delle situazioni e vicende, personali e patrimoniali, delle persone offese”*); 2) a corrispondere alle stesse le provvisoriamente già assegnate dal Tribunale, nonché le spese di costituzione e di difesa. Il promotore proponeva ricorso per Cassazione, che veniva dichiarato inammissibile con sentenza n. 30660 del 14/06/2019. In merito agli esiti processuali appena richiamati, i Ricorrenti rilevano che è orientamento della Corte di Cassazione, che *“la pronuncia che, accogliendo le domande delle parti civili, dispone la condanna generica al risarcimento dei danni, pur se adottata nelle forme del processo penale, implica sempre l'accertamento della responsabilità civile dell'imputato e del responsabile civile”*. Ne consegue che *“divenuto irrevocabile il capo della sentenza penale relativo all'accertamento della responsabilità per il danno, rimane precluso al*

Giudice civile, adito successivamente per la liquidazione del quantum debeatur, di procedere ad una nuova valutazione dell'andamento della responsabilità civile, potendo invece tale giudice accertare solo il nesso di causalità del fatto dannoso con i danni lamentati dai danneggiati” (Sentenza n. 5660 del 9 marzo 2018). I fatti lamentati devono pertanto ritenersi, secondo i Ricorrenti, già più che provati, sottolineandosi inoltre che la corrispondenza tra i fatti rappresentati nel ricorso e i dati riportati nella delibera di radiazione consente di ritenere che si tratti della medesima vicenda oggetto della presente controversia. Infatti, si può evincere dalla Delibera l'attuazione, da parte del promotore, del medesimo *modus operandi* lamentato nel ricorso in parola. Coincidenza di elementi di fatto che - rilevano i Ricorrenti - è già stata ritenuta idonea dal Collegio ACF (*cfr.* Decisione n. 1921 del 16 ottobre 2019) a *“ritenere comprovati i fatti, con conseguente accertamento della responsabilità del promotore finanziario e, quindi, dell'intermediario preponente ai sensi dell'art. 31, comma 3, TUF* (che stabilisce, espressamente, la responsabilità oggettiva dell'impresa che ha conferito l'incarico per i danni arrecati dal promotore a terzi, anche laddove i danni siano stati accertati in sede penale), *attesa la diretta riferibilità all'intermediario della condotta del promotore, per la quale l'intermediario risponde in solido nei confronti dei terzi dei danni arrecati”*. Ciò stante, i Ricorrenti affermano che le risultanze istruttorie emergenti dal provvedimento sanzionatorio possono essere apprezzate come *“elementi di prova del deficit di correttezza e di diligenza nella prestazione dei servizi di investimento da parte del promotore”*.

I Ricorrenti osservano inoltre che, poiché i fatti sono occorsi nell'ambito dell'attività del promotore e delle mansioni a lui affidate dall'Intermediario preponente, deve ritenersi integrato il rapporto di *“necessaria occasionalità”* tra fatto illecito e mansioni affidate. Aggiungono, inoltre che l'Arbitro (*cfr.* Decisione ACF n. 1921 cit.) si è già espresso nel senso di ritenere irrilevante il fatto che il danneggiato abbia consegnato denaro al promotore in forme difformi da quello con cui quest'ultimo sarebbe legittimato a riceverlo (bonifici, assegni bancari intestati o girati all'Intermediario), poiché ciò, in caso di indebita appropriazione di somme da parte del promotore, non vale ad interrompere in nesso di necessaria

occasionalità tra fatto illecito e mansioni affidate o la corresponsabilità solidale dell'intermediario proponente. I Ricorrenti, in secondo luogo, rilevano che, al di là delle condotte criminose accertate in sede penale, la Banca è tenuta a rispondere, a titolo di responsabilità contrattuale diretta, delle violazioni di natura civilistica perpetrate dal promotore.

Tutto ciò rilevato ed osservato, i coniugi contestano: a) l'inadeguatezza di tutti gli investimenti realmente effettuati dal promotore, *“troppo rischiosi rispetto alla propensione al rischio manifestata dagli stessi ed alla loro pregressa attività finanziaria, pressoché inesistente”*; b) il conflitto d'interessi in capo alla Banca, trattandosi di *“prodotti emessi dalla medesima banca collocatrice o da società facenti parte del medesimo gruppo della stessa”*; c) la nullità degli investimenti effettuati per difetto di forma scritta ex art. 23 del TUF e per omesso avviso della facoltà di recesso ex art. 30, comma 6 e 7, del TUF. Essi, pertanto, concludono chiedendo di accertare e dichiarare in questa sede: A) in via principale: i) la distrazione e sottrazione di assegni bancari per complessivi € 133.908,01, e per l'effetto, la responsabilità solidale dell'Intermediario (art. 31, comma 3, del TUF), condannandolo alla restituzione di € 133.908,01, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria; ii) la *“nullità del contratto quadro”* e di *tutti gli investimenti effettuati* dal consulente per difetto di forma scritta (art. 23 del TUF) e per omesso avviso della facoltà di recesso (art. 30 del TUF), nonché per violazione di norme imperative (art. 21 del TUF e artt. 27, 28 e 29 del Reg. Consob n. 11522/1998), e per l'effetto condannare la Resistente alla restituzione delle somme perdute negli investimenti, per complessivi € 300.000,00; B) in via subordinata, di risolvere il contratto e le operazioni per grave inadempimento con conseguente restituzione della predetta somma di € 300.000. Il tutto con condanna al rimborso delle spese della presente procedura e al pagamento dei compensi professionali da stabilirsi equitativamente.

3. L'Intermediario si è costituito nel presente giudizio resistendo al ricorso e chiedendone il rigetto.

In merito alla sua qualità di responsabile civile, l'Intermediario osserva che quanto stabilito dall'art. 31 del TUF non configura una ipotesi di responsabilità oggettiva

(Cass., 24 marzo 2011, n. 6889), pur imponendo a carico del soggetto abilitato preponente un *“dovere di vigilanza assai stringente”*. Pertanto, la Banca - nel precisare di non avere intenzione di giustificare in alcun modo le condotte illecite del consulente delle quali è stata essa stessa vittima, come dimostrato dal fatto che all’esito del processo penale il consulente è stato condannato a corrispondere alla Banca quale parte civile la somma, a titolo di provvisionale, di € 300.000,00 - ritiene che, tuttavia, sarebbe *“paradossale estendere la responsabilità solidale dell’intermediario fino al punto da dover l’istituto bancario rispondere anche per asseriti danni subiti esclusivamente per colpa dei clienti e/o con il concorso, quanto meno colposo, degli stessi”*. In particolare, la *“consegna di ingenti somme al consulente finanziario con modalità anomale”* (nel caso di specie, denaro contante), la *“mancata consultazione degli estratti conto regolarmente e sempre inviati dalla Banca”* e *“la mancata contestazione delle conferme degli investimenti richiesti (sempre regolarmente spedite dalla Banca) senza eccepire alcunché”*, costituirebbero mancanze di cautela di cui dovrebbero farsi carico i risparmiatori. La Resistente rileva che, nel caso di specie, debba ritenersi provato che si sia realizzata *“una consapevole e fattiva acquiescenza del cliente alla violazione, da parte del promotore, di regole di condotta su quest’ultimo gravanti”*, che escluderebbe la responsabilità della Banca e/o comporterebbe, sotto il profilo della responsabilità civile, un concorso di colpa di parte Ricorrente, sicché il risarcimento in tali casi andrebbe ridotto o addirittura escluso (art. 1227, 1° e 2° comma c.c.).

In merito al processo penale a carico del promotore, la Resistente osserva che la pronuncia della Corte d’Appello, se ha riformato la sentenza di primo grado, riconoscendo la responsabilità solidale dell’Intermediario ex art. 31, comma 3, del TUF, ha anche dichiarato *“non doversi procedere relativamente ai residui reati ascritti all’imputato sub a) per essere gli stessi estinti per intervenuta prescrizione”*. Pertanto, all’esito del processo di primo e secondo grado, sono state dichiarate, sempre nel limite della prescrizione già maturata in primo grado (30 gennaio 2008), *“interamente prescritte le condotte di cui al sub a) del capo di imputazione, tra le quali rientrano tutte quelle che hanno generato il danno patrimoniale in capo [ai Ricorrenti]”*. Nel caso di specie, secondo la Resistente,

sarebbe dunque evidente che il Giudice abbia ritenuto provato il danno patrimoniale patito dai Ricorrenti nell'ammontare di € 5.000,00 (corrispondente alla provvisionale disposta in primo grado). Pertanto, secondo la Banca, a differenza di quanto sostenuto da controparte, i fatti lamentati potrebbero ritenersi provati, al più, entro questo limite.

In merito alle risultanze dell'istruttoria svolta in sede penale, la Resistente rileva che il Ricorrente, nel corso della sua deposizione, ha riferito “*di non aver mai consegnato denaro contante*” al consulente finanziario, ma, esclusivamente, assegni che riceveva in pagamento per le sue prestazioni lavorative da parte di clienti. In merito a tali assegni la Resistente osserva che i Ricorrenti – al fine di provare il danno lamentato – hanno consegnato alla Banca n. 37 distinte di versamento assegni bancari relativi al periodo 1999/2008. Per quanto riguarda tali distinte di versamento la Banca dichiara: *a)* di aver recuperato ed inviato ai Ricorrenti copia di n. 9 assegni bancari tratti tutti su banche terze e risultati incassati sulla Banca resistente per un importo complessivo di € 38.600,00; *b)* di n. 23 di queste distinte – per un importo complessivo di € 82.908,01 – non essendo la Banca in possesso della copia del titolo (né avendola fornita i Ricorrenti), non è stato possibile accertare se i titoli siano stati mai effettivamente negoziati; *c)* le rimanenti n. 5 – per un importo complessivo di € 12.400,00 – sono, invece, relative a titoli tratti sulla Banca resistente ed emessi da soggetti terzi e non posti all'incasso. In ragione di quanto esposto, pertanto, il danno lamentato dai Ricorrenti è in ogni caso da stimarsi nel minore importo di € 38.600,00. Gli odierni Ricorrenti non avrebbero, del resto, fornito alcuna prova con riguardo alle somme richieste di € 133.908,01 e € 300.000,00. E comunque, l'Intermediario rileva che la domanda di risarcimento del danno per responsabilità della Banca ai sensi dell'art. 31 del TUF, risulta prescritta, in quanto, attesa la sua natura “*extracontrattuale*”, deve ritenersi applicabile, ai fini del decorso della prescrizione, il termine quinquennale di cui all'art. 2947 c.c. La Resistente rileva poi che ai fini del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione, occorre verificare il momento in cui si è prodotto nella sfera patrimoniale del creditore il danno causato dal colpevole inadempimento del debitore (Cass. 5 aprile 2012, n. 5504), assumendo dunque che la prescrizione non

possa iniziare a decorrere prima del verificarsi del pregiudizio di cui si chiede il risarcimento. Nell'ipotesi di azione risarcitoria per responsabilità professionale, si deve avere riguardo all'esistenza di un danno risarcibile ed al suo manifestarsi all'esterno, siccome percepibile dallo stesso danneggiato alla stregua della diligenza da questo esigibile. Nel caso di specie, i Ricorrenti, avendo sempre e regolarmente ricevuto gli estratti di conto corrente e le comunicazioni inerenti ai propri investimenti, avrebbero potuto rendersi conto dei fatti appropriativi contestati al promotore (di cui il primo indicato nel 24 settembre 1999 e l'ultimo nel 2008). La prescrizione, pertanto, è iniziata a decorrere – per ogni singolo evento appropriativo – a tanto voler considerare dalla data di invio del rispettivo estratto di conto corrente trimestrale. Considerando che la prima interruzione di tale termine si è avuta con la costituzione di parte civile dei Ricorrenti nel processo penale in data 28 giugno 2012, la domanda di controparte, risalendo - come detto - l'ultimo fenomeno appropriativo al 2008, sarebbe da ritenersi integralmente prescritta. Ugualmente prescritta dovrebbe ritenersi anche la domanda di controparte ex art. 2946 c.c., quanto meno sino ai lamentati episodi appropriativi avvenuti prima del giugno 2002. Con riguardo alla contestata responsabilità diretta della Banca, per violazione delle norme di condotta dettate dal TUF, la Banca rileva che le contestazioni concernenti l'asserita rischiosità non voluta e/o l'inadeguatezza degli investimenti appaiono *“infondate oltre che generiche”*. Gli investimenti in ogni tempo sottoscritti risulterebbero, infatti, conformi ed adeguati al profilo di rischio *“Intraprendente”* posseduto dal Ricorrente al momento dell'entrata in vigore della Direttiva Mifid e rimasto inalterato. La Resistente osserva, inoltre, che i Ricorrenti hanno realizzato, sia nel corso degli anni 1999-2009 che nel 2020, una *“intensa e cospicua serie di investimenti assicurativi, in fondi obbligazionari, in polizze assicurative”* e che gli investimenti in parola possiedono caratteristiche simili a quelli di cui il Ricorrente eccepisce l'inadeguatezza. La Resistente produce, poi, documentazione relativa agli investimenti sottoscritti, alimentati e/o disinvestiti nel periodo in contestazione e aggiunge che, in ogni caso, la richiesta pecuniaria formulata al riguardo dai Ricorrenti sarebbe del tutto sfornita di prova. Del pari, infondata, sarebbe la doglianza di nullità per difetto di forma scritta ex art. 23 del

Tuf rispetto alla quale l'Intermediario – nel ribadire l'indeterminatezza – osserva che, con riguardo alla documentazione prodotta, *“la maggioranza degli investimenti di cui si contesta il difetto di forma scritta sono stati espressamente disinvestiti e/o riscattati dai ricorrenti oltre 10 anni fa e, comunque, successivamente a quando [i Ricorrenti] riferiscono di essere venuti a conoscenza dei comportamenti illeciti posti in essere in loro danno [dal promotore]”*. Alla luce di quanto sopra, l'Intermediario chiede conclusivamente: i) di rigettare tutte le domande dei Ricorrenti, poiché prescritte e, comunque, infondate sia nell'*an* che nel *quantum*; ii) in subordine, di ridurre il risarcimento eventualmente dovuto escludendo i danni che gli stessi avrebbero potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (ex art 1227, comma 2, c.c.) e, comunque, in rapporto alla gravità della colpa e all'entità delle conseguenze che ne sono derivate (ex art 1227, comma 1, c.c.).

4. I Ricorrenti si sono avvalsi della facoltà di presentare deduzioni integrative ai sensi dell'art. 11, comma 5, del Regolamento ACF. Con riguardo all'eccezione di intervenuta prescrizione, essi ritengono che la responsabilità ex art. 31, comma 3, del TUF, poiché responsabilità da contratto, soggiaccia ai termini di prescrizione ordinaria decennale ai sensi dell'art. 2946 c.c. Aggiungono, inoltre, che l'art. 2947, comma 3, c.c., nel prescrivere che, se per il fatto costituente reato è stabilita una prescrizione più lunga si applica il termine di prescrizione previsto dalla legge per il reato, farebbe salve le ipotesi in cui, invece, il termine di prescrizione civile è più lungo di quello previsto per il reato (come nel caso di specie). Ne deriverebbe che laddove venga dichiarato estinto un reato per intervenuta prescrizione, ciò non vuol dire che siano prescritti anche i diritti di natura civilistica dei danneggiati al risarcimento del danno subito. Parte Ricorrente, inoltre, ribadisce che anche quando viene pronunciata sentenza di non doversi procedere per prescrizione, nel successivo giudizio civile per la liquidazione del danno non trovano applicazione gli art. 651 e 652 c.p.p. sui limiti dell'efficacia del giudicato relativo alla responsabilità penale nei giudizi civili. Di conseguenza, secondo Parte Ricorrente, *“laddove venga dichiarato estinto un reato per intervenuta prescrizione, ciò non vuol dire che siano prescritti anche i diritti di natura civilistica dei danneggiati al*

risarcimento del danno subito”. Sempre rispetto all’eccepita prescrizione, Parte Ricorrente sostiene che il *dies a quo* del decorso della stessa, coincide con “*il momento in cui il danneggiato ha percepito l’esistenza del danno nella sua sfera patrimoniale*”. Questo, di conseguenza, coinciderebbe con il 28 aprile 2009, data in cui i Ricorrenti, nel corso dell’incontro presso l’Intermediario, hanno per la prima volta appreso dei reali investimenti effettuati a loro nome e delle somme effettivamente investite. A nulla varrebbe sostenere che essi avrebbero dovuto avvedersi prima dei danni che stavano subendo leggendo i resoconti, di cui, per di più, non vi sarebbe prova che siano stati effettivamente recapitati alle parti e che comunque essi non potevano autonomamente comprendere. In ogni caso, la corrispondenza intercorsa tra le parti a partire dal 2009 e l’atto di costituzione di parte civile del Ricorrente avvenuto in data 28/06/2012 avrebbero “*efficacemente interrotto qualsivoglia termine prescrizione*”. Relativamente alla prova del danno subito, Parte Ricorrente osserva che la sottrazione di somme di denaro mediante appropriazione di assegni bancari debba “*ritenersi provata e comunque non contestata ex adverso*”. La Banca non ha infatti contestato la “*lettera del 04/06/2009*” con cui essa ha fornito resoconto dei n. 37 assegni bancari e, anzi, ha prodotto essa stessa copia del verbale di udienza dibattimentale del 17/05/2013 in cui il Ricorrente, in qualità di teste, chiariva dettagliatamente le “*modalità con cui il promotore gli ha sottratto le somme*” riferendo che, “*essendo lui idraulico, per l’attività prestata veniva pagato dai suoi clienti mediante consegna di assegni bancari intestati a lui o «a me medesimo» o privi di intestazione [...]*” che lui consegnava al consulente. Parte Ricorrente osserva poi che a nulla varrebbe sostenere il concorso di colpa della Parte Ricorrente sulla base della consegna al promotore finanziario di somme di denaro con modalità difformi da quelle previste dalla disciplina di settore, poiché ciò, in caso di indebita appropriazione di somme da parte del promotore, non vale ad interrompere il “*nesso di necessaria occasionalità*” e ad escludere la responsabilità solidale della Banca. Relativamente alle domande di invalidità degli investimenti effettuati e di accertamento della violazione degli obblighi informativi, i Ricorrenti osservano che i diritti restitutori e/o risarcitori che ne discendono sono soggetti al termine di prescrizione ordinaria

decennale, decorrente dalla data di pagamento delle somme investite. Sul versante dell'eccepita nullità per difetto di forma scritta, Parte Ricorrente rileva che la Resistente “*non ha prodotto contratti di investimento recanti firme dei ricorrenti, se non solo i moduli di apertura dei rapporti*”. Di conseguenza, andrebbero “*dichiarati nulli tutti gli acquisti di strumenti finanziari, di quote di fondi e le polizze accese per difetto di forma scritta del relativo contratto con conseguente obbligo per la banca di restituire le somme investite*”. Sul fronte delle omissioni informative e della omessa rilevazione della inadeguatezza degli investimenti, i Ricorrenti osservano che il profilo di rischio intraprendente richiamato dalla controparte atterrebbe al questionario di profilatura del 2007 che non rileverebbe per tutti gli investimenti, mentre il profilo di rischio risultante dal questionario sottoscritto da entrambi i Ricorrenti il 5 marzo 2001 sarebbe solo “*medio*” essendo stata ivi dichiarata una “*propensione al rischio solo media, inadeguata rispetto ad investimenti azionari*”. I Ricorrenti, infine, contestano di aver ricevuto le “*comunicazioni sugli investimenti effettuati dal promotore*”, per le quali non vi sarebbe prova né della spedizione né della consegna ai coniugi e concludono ribadendo che: “*la mancata formalizzazione scritta degli investimenti, oltre a decretarne la nullità, determina anche l'impossibilità per la resistente di provare di aver fornito informazioni sui rischi per iscritto sugli ordini/moduli di sottoscrizione*”. Da ultimo, quanto ai danni subiti, Parte Ricorrente, rifacendosi alle distinte di versamento prodotte in atti, ritiene di aver fornito la prova che questi ammontano a complessivi € 359.403,14.

5. L'Intermediario si è avvalso della facoltà di presentare memoria di replica ai sensi dell'art. 11, comma 6, del Regolamento ACF, con la quale, relativamente alla contestata responsabilità solidale ex art. 31, comma 3, del TUF, reitera nella sostanza tutte le argomentazioni svolte nelle prime deduzioni, ribadendo di aver inteso eccepire la prescrizione con riguardo all'intera domanda da essi svolta. Con riguardo ai profili di contestazioni afferenti alla responsabilità diretta della Banca, questa contesta l'affermazione di controparte di non aver prodotto “*contratti di investimento recanti firme dei Ricorrenti*”, ritenendola generica e priva di fondamento. La Resistente osserva infatti di aver prodotto in atti il c.d. “portafoglio

cliente” dal quale si evince che tutti i rapporti contrattuali e/o di investimento tra le parti sono stati disinvestiti senza, peraltro, che il Ricorrente abbia mai sollevato alcuna contestazione. In merito alla contestata nullità dei “contratti d’investimento”, la Resistente tiene, infine, a precisare che l’obbligo di forma scritta a pena di nullità del contratto stabilito all’art. 23 del Tuf riguarda solo il contratto quadro e non i singoli di ordini di investimento (salvo specifica pattuizione tra le parti in tal senso).

DIRITTO

1. Il ricorso, stanti le evidenze in atti, è meritevole di parziale accoglimento, per le ragioni e nei termini di seguito rappresentati.

2. In merito alla contestata responsabilità solidale dell’Intermediario ex art. 31, comma 3, del TUF, occorre qui svolgere alcune preliminari considerazioni in ordine al rapporto tra la pronuncia penale di condanna generica al risarcimento dei danni in favore della costituita parte civile ed il successivo giudizio civile di risarcimento del danno. Ciò è necessario per chiarire come questa sia la sede per accertare la responsabilità dell’Intermediario e provvedere alla conseguente liquidazione del danno. Al riguardo, l’orientamento della Corte di Cassazione civile espresso nella sentenza n. 5560 del 9 marzo 2018 - richiamata dai Ricorrenti - risulta confermato dalla successiva giurisprudenza della medesima Corte e, in particolare, nell’ordinanza n. 8477 del 5 maggio 2020. In questa pronuncia la Suprema Corte è tornata a ribadire quale sia il corretto canone ermeneutico dell’art. 651 c.p.p. (*Efficacia della sentenza penale di condanna nel giudizio civile e amministrativo*) e in quali termini e con quali limiti il giudicato penale riverberi la propria efficacia nel successivo giudizio civile di danno. Consolidando il proprio orientamento, la Corte chiarisce che, nei reati di danno, la sentenza del Giudice Penale che *“accertando l’esistenza del reato e la sua estinzione per intervenuta prescrizione, abbia altresì pronunciato condanna definitiva dell’imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile, demandandone la liquidazione ad un successivo e separato giudizio, spiega, in sede civile, effetto vincolante in ordine alla «declaratoria iuris» di generica condanna al risarcimento, ferma restando la necessità dell’accertamento, in sede civile, dell’esistenza ed entità delle*

conseguenze pregiudizievoli derivate dal fatto individuato come «potenzialmente» dannoso e del nesso di derivazione causale tra questo e i pregiudizi lamentati dai danneggiati”. In sostanza, la condanna generica al risarcimento dei danni contenuta nella sentenza penale, pur presupponendo che il giudice abbia riconosciuto il relativo diritto alla costituita parte civile, non esige alcuna indagine in ordine alla concreta esistenza di un danno risarcibile, postulando soltanto l'accertamento della potenziale capacità lesiva del fatto dannoso e della probabile esistenza di un nesso di causalità tra questo ed il pregiudizio lamentato, salva restando nel giudizio di liquidazione del “quantum” la possibilità di esclusione della esistenza stessa di un danno collegato eziologicamente all'evento illecito. Inoltre, proprio perché la pronuncia di condanna generica emessa nel giudizio penale non richiede anche l'individuazione dei danni risarcibili (oltre all'accertamento della loro derivazione causale dall'illecito) (in tal senso anche Cass. Civ. n. 4318 del 14 febbraio 2019), si ritiene non possa riconoscersi rilevanza, al fine della determinazione del danno in sede civile, alla circostanza che il giudice penale abbia riconosciuto provvisoriamente solo entro un determinato ammontare, come invece affermato dall'Intermediario.

3. Sempre in via preliminare va, inoltre, rilevata l'infondatezza della eccezione di intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno svolta dalla Resistente. Sulla scorta della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, il Collegio ha affermato che alla responsabilità solidale ex art. 31, comma 3, del TUF va riconosciuta natura extracontrattuale, con la conseguenza che, trattandosi di responsabilità aquiliana, essa è soggetta al termine di prescrizione quinquennale (*cf.* Decisione ACF n. 2887 del 4 giugno 2020), che inizia a decorrere “*dalla data di rilevazione del danno, del nesso di causalità con il fatto illecito e dell'identità dell'autore dell'illecito*” (Decisione n. 2851 del 1° settembre 2020). Ebbene, nella fattispecie in esame tali elementi sono temporalmente collocabili al 28 aprile 2009, data in cui si svolgeva presso gli uffici dell'Intermediario l'incontro nel corso del quale i Ricorrenti prendevano finalmente contezza degli effettivi investimenti eseguiti e del mancato versamento sul loro conto di diversi assegni consegnati al promotore. Il decorso del termine prescrizione veniva, poi, interrotto nel 2012, con l'atto di costituzione di parte civile nel processo penale nei confronti del

promotore che, sulla base di quanto previsto dall'art. 2943 c.c., risulta idoneo atto interruttivo. Il processo penale si è definitivamente concluso con sentenza della Corte di Cassazione n. 30660 del 14 giugno 2019 e il presente ricorso è stato proposto nel settembre 2021. Peraltro, conviene osservare che in punto di prescrizione del diritto al risarcimento del danno riconosciuto dalla sentenza penale che ha pronunciato condanna generica al risarcimento del danno, è opinione della Suprema Corte che una volta che sia passata in giudicato la sentenza penale di condanna generica al risarcimento del danno cagionato da fatto illecito, l'azione diretta alla liquidazione del *quantum* resti assoggettata, non più alla prescrizione breve di cui all'art. 2947 c.c., ma a quella decennale di cui all'art. 2953 cod. civ., con decorrenza dalla data in cui la sentenza penale di condanna è divenuta irrevocabile e ciò con riguardo a tutte le pretese relative a danni che siano comunque conseguenti al reato, anche se non specificamente dedotti nell'atto di costituzione di parte civile (*cf.* Cass., 14 febbraio 2019, n. 4318).

4. Fermo quanto sopra e passando ora alla domanda di danno nei confronti della Banca a titolo di responsabilità solidale per l'operato del consulente finanziario, conviene sottolineare che i Ricorrenti, nell'atto introduttivo del procedimento, invocano il risarcimento delle somme afferenti a “*n. 37 assegni bancari [da essi] emessi fra il 2002 e il 2008*” per un ammontare di € 133.908,01. Al riguardo, con riferimento a n. 9 assegni, emessi tra il marzo 2002 ed il settembre 2006, per un importo complessivo di € 38.600,00 - segnatamente quelli riportati nella “*Tabella 2*” della nota del 4 giugno 2009 - la condotta appropriativa, o comunque distrattiva, del consulente deve ritenersi provata, posto che è lo stesso Intermediario ad affermare che detti assegni “*risultano essere pervenuti presso [la] Banca [...] ma, a causa dell'assenza della clausola di non trasferibilità non sono stati versati sul Vostro conto corrente, bensì negoziati sui rapporti intestati ai soggetti che hanno recato sul titolo l'ultima firma di girata*”, e cioè incassati da terzi, presumibilmente clienti dello stesso promotore.

Allo stesso modo la condotta appropriativa, o comunque distrattiva del promotore, deve ritenersi comprovata con riguardo ai n. 2 assegni datati 23 maggio 2005 (nn. 80679089 e 104059599) per un importo complessivo di € 6.800,00, riportati ai nn.

36 e 37 della “*Tabella 3*” della richiamata nota della Banca del 4 giugno 2009. Infatti, come indicato nella nota, tali assegni (emessi da terzi, presumibilmente clienti del Ricorrente che, come dallo stesso dichiarato in sede di testimonianza penale, veniva spesso pagato dalla clientela tramite assegni) risultano incassati dallo stesso promotore. Relativamente ai restanti 27 assegni bancari, di importo complessivo pari ad € 88.508,01, riportati nella “*Tabella 1*”, *sub* nn. 1-23 e nella “*Tabella 3*” (*sub* nn. 33-35) della già menzionata nota della Banca del 4 giugno 2009, si ritiene che anche per essi siano ravvisabili le medesime condotte illecite del consulente, in quanto: a) i Ricorrenti hanno prodotto in atti i moduli di “*Versamento assegni*” che risultano riferibili ai predetti 27 assegni bancari in quanto riportano gli stessi numeri di serie degli assegni indicati nelle richiamate Tabelle 1 e 3 predisposte dalla Banca all’esito delle verifiche svolte; b) ciascun modulo di versamento, che reca logo e intestazione della Banca, contiene la richiesta del cliente di “*versare i seguenti assegni sul conto corrente n...*”, ossia sul conto dei Ricorrenti ed è firmato, oltre che dallo stesso cliente, dal consulente finanziario che con ciò attestava di aver ricevuto i titoli; c) l’Intermediario, con riguardo a tale gruppo di assegni e, in particolare, con riguardo agli assegni *sub* nn. 1-23 della “*Tabella 1*”, ha confermato che i relativi versamenti “*non risultano essere mai stati effettuati sul Vostro conto corrente o su prodotti [della Banca]*”; con riguardo a quelli *sub* nn. 33, 34 e 35 – pure questi, come detto, inclusi tra gli assegni consegnati al consulente per essere versati sul conto ed emessi da soggetti terzi anche in questo caso presumibilmente clienti del Ricorrente – l’Intermediario ha affermato per due di essi (nn. 33 e 35) che non risultano presentati all’incasso e per il terzo (n. 34) che è stato incassato dall’ultimo giratario (non identificato). In sostanza, dunque, dalle verifiche condotte dalla Banca deve ricavarsi che anche questi assegni, affidati nelle mani del consulente (firmatario delle distinte di versamento) per essere versati sul conto dei Ricorrenti, non risultano esservi mai pervenuti, in ciò trovando conferma che il consulente se ne è appropriato distraendoli dal patrimonio dei Ricorrenti. In tale prospettiva, pertanto, non assume rilievo il fatto – dedotto dalla Banca – per cui non sarebbero state rinvenute le copie

degli assegni, sicché non sarebbe stato possibile verificare se essi siano stati “negoziati” direttamente dal consulente.

Alla luce di quanto sopra, si rinvencono dunque in atti elementi idonei a far ritenere comprovato il danno, derivato ai Ricorrenti dalla condotta illecita del consulente, per l’intera somma da essi richiesta di € 133.908,01.

5. Venendo all’esame della ulteriore domanda relativa alla “responsabilità diretta” dell’Intermediario, essa, ancora prima che infondata, risulta inammissibile per indeterminatezza, essendo fondata su contestazioni oltremodo generiche, non avendo Parte Ricorrente avuto cura di individuare neanche le specifiche operazioni oggetto di contestazione. Tale modalità di formulazione delle doglianze è stata già giudicata non idonea da questo Collegio, in quanto “è necessario che nei ricorsi siano individuate con sufficiente chiarezza le operazioni e le specifiche doglianze alle stesse riferite. Poiché l’ordinamento impone all’intermediario l’onere di provare di avere correttamente adempiuto ai propri obblighi di comportamento, l’investitore, a sua volta, è chiamato ad assolvere in maniera puntuale il proprio onere di allegazione delle circostanze di fatto, individuando in modo inequivoco quali siano le concrete operazioni di investimento cui si riferiscono quelle contestazioni” (cfr. Decisione ACF n. 6294 del 2 febbraio 2023 e in tal senso, altresì, Decisione ACF n. 1616 del 3 giugno 2019).

6. Per ciò che concerne, poi, gli eccepiti profili di nullità (art. 23 e 30, commi 6 e 7 del TUF), questi non trovano riscontro in atti, in quanto: i) l’Intermediario ha prodotto il contratto, datato 9 novembre 1998 e firmato da entrambi i Ricorrenti, relativo al conto corrente, al contratto di deposito titoli e alle annesse “*Norme contrattuali disciplinanti i servizi bancari e finanziari prestati* [dalla Banca]”; ii) il requisito di forma scritta richiesto a pena di nullità dall’art. 23 del TUF riguarda il contratto per la prestazione dei servizi di investimento e non anche le singole operazioni di investimento per cui la legge non contempla un’analogha previsione, e che, nella fattispecie, non risultano peraltro individuate sicché ad ogni modo non è dato comprendere a quali operazioni l’eccezione sia riferibile; iii) ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riguardo all’eccepito mancato riconoscimento della facoltà di recesso prevista dall’art. 30 del TUF che non riguarda il contratto quadro

ma le singole operazioni disposte in esecuzione dello stesso (SS. UU. Corte di Cassazione n. 13905 del 3 giugno 2013) che, tuttavia - come sopra detto - non risultano individuate dai Ricorrenti, con la conseguenza che anche in questo caso non risulta individuabile rispetto a quali investimenti i Ricorrenti svolgano tale doglianza.

Va rilevato, inoltre, che non viene fornita, neppure in punto di allegazione, giustificazione alla quantificazione della domanda restitutoria nella misura di € 300.00,00, che, pertanto, risulta carente di prova. Da ultimo, con riguardo alla circostanza per cui i Ricorrenti avrebbero consegnato al consulente, che se ne sarebbe appropriato, anche denaro contante per € 450.000,00, la doglianza risulta solo adombrata nel ricorso e non è stata oggetto di conclusiva domanda, con l'effetto che non può pertanto essere accolta.

7. Accertata, nei termini sopra specificati, la responsabilità solidale dell'Intermediario ex art. 31, comma 3, del TUF, il danno da liquidare a favore dei Ricorrenti va quantificato nella somma di € 133.908,01, al netto dell'importo di € 5.000,00 ad essi corrisposto dalla Banca a titolo di provvisoriale a mezzo assegno circolare, pervenendosi così al risarcimento finale di € 128.908,01. Atteso tuttavia che, ad avviso del Collegio, è da riconoscersi il concorso colposo dei Ricorrenti nella causazione degli eventi pregiudizievoli, in quanto gli stessi hanno mancato di verificare con il grado di diligenza esigibile la propria situazione patrimoniale attraverso la consultazione degli estratti conto periodici e hanno, in ogni caso, imprudentemente consegnato al consulente mezzi di pagamento difformi da quelli previsti dalla normativa di settore, il risarcimento va diminuito, in applicazione dell'art. 1227 comma 1, c.c., nella misura del 20% della perdita sofferta, così pervenendosi ad un importo finale pari a € 103.126,40 (quale differenza tra € 128.908,01 ed € 25.781,60 [20 % di € 128.908,01]), oltre a rivalutazione e interessi.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso per quanto e nei termini sopra specificati, dichiara l'Intermediario tenuto, per le ragioni indicate in motivazione, a corrispondere alla Parte Ricorrente, a titolo di risarcimento, la somma complessiva

rivalutata di € 133.342,44, oltre interessi legali dalla data della presente decisione sino al dì del soddisfo. Il Collegio fissa il termine per l'esecuzione in trenta giorni dalla ricezione della medesima decisione.

Entro lo stesso termine l'Intermediario comunica all'ACF, utilizzando esclusivamente l'apposito applicativo disponibile accedendo all'area riservata del sito istituzionale www.acf.consob.it, gli atti realizzati al fine di conformarsi alla decisione, ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento adottato dalla Consob con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016.

L'Intermediario è tenuto a versare alla Consob la somma di € 600,00 ai sensi dell'art. 18, comma 3, del citato Regolamento, adottato con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016, secondo le modalità indicate nel sito istituzionale www.acf.consob.it, sezione "Intermediari".

Il Presidente

Firmato digitalmente da:

Gianpaolo Eduardo Barbuzzi