

CONTRIBUTO UNIFICATO

CONTRIBUTO UNIFICATO



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE**

Oggetto

[Empty box]

R.G.N. 10105/2004

Cron. 3473

Rep. 1168

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. UGO VITRONE - Presidente - Ud. 29/01/2009
- Dott. UGO RICCARDO PANEBIANCO - Consigliere - PU
- Dott. RENATO BERNABAI - Consigliere -
- Dott. MARIA CRISTINA GIANCOLA - Consigliere -
- Dott. ANTONIO DIDONE - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

03773/09

sul ricorso 10105-2004 proposto da:

(c.f.), elettivamente

domiciliato in

presso l'avvocato , che lo rappresenta

e difende unitamente agli avvocati

, giusta procura in calce al ricorso;

- **ricorrente** -

contro

(P.I.), in persona del

Vice Presidente del Consiglio di Amministrazione pro

tempore, elettivamente domiciliata in
, presso l'avvocato , che la
rappresenta e difende unitamente agli avvocati
, giusta procura speciale
per Notaio

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 251/2003 della CORTE D'APPELLO
di TORINO, depositata il 04/03/2003;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 29/01/2009

udito, per il ricorrente,
che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
udito, per la controricorrente,

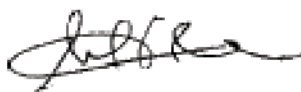
che ha chiesto la declaratoria di manifesta
infondatezza del primo motivo e del quinto motivo,
l'inammissibilità o manifesta infondatezza degli altri
motivi.

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale che ha concluso per
il rigetto del ricorso.

A large, stylized handwritten signature or flourish, possibly reading 'S. P. M.', is written in black ink at the bottom of the page.

considerazione; 3) non aveva tempestivamente evaso gli ordini di investimento, anche per la mancanza di specifica preparazione professionale degli addetti e di controlli da parte degli uffici a ciò preposti; 4) versava in conflitto di interessi con il cliente, disponendo la BANCA SELLA S.p.A. di patrimoni azionari e di fondi di investimento; 5) aveva preteso un compenso eccessivo per le commissioni e aveva procurato al perdite finanziarie superiori alla metà dei mezzi costituiti a provvista; 6) non aveva infine osservato i margini di copertura, altresì addebitando le perdite in conto corrente "allo scoperto".

La Corte di appello ha condiviso la decisione del Tribunale secondo cui la responsabilità dell'intermediario finanziario, in base ai principi generali in materia di responsabilità contrattuale, ex art. 1218 c.c. non può derivare, automaticamente, dall'esito infruttuoso di rischiose operazioni su un mercato di borsa oggettivamente aleatorio ma deve essere provata quanto ai fatti costituenti asserito inadempimento ed al loro nesso eziologico con il lamentato danno. Sulla base della normativa contrattuale disciplinante il rapporto, correttamente il primo Giudice aveva rilevato che il ruolo avuto

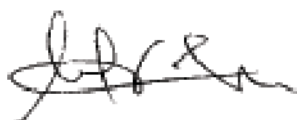


dalla banca nelle operazioni dedotte in lite era quello di mero esecutore materiale, onde il non avrebbe potuto che imputare a sé stesso l'infruttuoso esito degli investimenti da lui liberamente ed autonomamente decisi, non potendo fare ricadere sulla banca intermediatrice la richiesta di ristoro dello svantaggioso risultato conseguito.

Secondo il giudice di appello l'art. 23, ult. comma, d. Lgs. 24.2.1998, n. 58 mira a sollevare l'investitore da un grave onere probatorio prettamente tecnico, ma non esonera il danneggiato dal provare: a) il preteso inadempimento contrattuale; b) la sussistenza del danno; c) il nesso eziologico tra a) e b), non consentendo certo la norma all'investitore di poter lamentare il (mero) cattivo risultato dell'investimento derivante da operazioni che si sapevano rischiose per chiederne il ristoro alla banca, atteso:

a)- che non trattasi di rischio coperto da rapporto assicurativo ex artt. 1882 e segg. c.c. e che nella specie la banca ha in proposito assunto la qualità di intermediario e non quella di assicuratore.

b) che l'alea non può essere confusa con il danno in senso giuridico (quale pregiudizio patrimoniale conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento).



Quanto al profilo di responsabilità discendente dalla mancata rappresentazione dei rischi che le operazioni comportavano per l'investitore, la Corte di appello ha condiviso il rilievo del primo giudice secondo cui, alla luce della documentazione in atti, l'assoluta aleatorietà dei contratti espressamente e specificamente sottoscritti dall'appellante era risultata ampiamente provata dalle produzioni documentali, da cui risulta senza margine di dubbio che il cliente era stato messo a conoscenza, con specifica approvazione da parte sua, delle clausole nn. 8 e 9 delle condizioni generali riguardanti la negoziazione dei valori mobiliari, delle clausole nn. 8 e 9 dei contratti futures e options. Dalle dette clausole, sottoscritte dal ex art. 1341 e 1342 c.c., risulta che era stato espressamente convenuto che il valore di mercato dei contratti in esame era "soggetto a notevoli variazioni"; che "l'investimento effettuato su contratti del genere comporta l'assunzione di un elevato rischio di perdite di dimensioni anche eccedenti l'originario esborso e comunque non quantificabili"; che "poiché la natura di tali operazioni può richiedere, anche in tempi successivi, ulteriori versamenti, al fine di adeguare i margini di

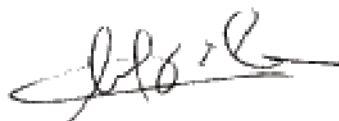


garanzia ai valori richiesti, il Cliente è obbligato a farvi tempestivamente fronte".

In ordine alla pretesa negligenza della Banca in ordine alle perdite sofferte, la Corte di appello ha condiviso il rilievo del primo Giudice secondo cui lo stesso investitore aveva espressamente rinunciato a fornire alla Banca le informazioni relative alla propria situazione finanziaria.

In sede di accordo "quadro" del 2.7.1997, il sig. Davico aveva dichiarato: "non abbiamo ritenuto fornirvi le informazioni richieste sulla nostra situazione finanziaria e sui nostri obiettivi di investimento, nonostante che sia stato chiarito da parte Vostra che tale accertamento è compiuto nel nostro esclusivo interesse".

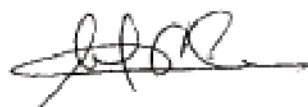
La Corte territoriale ha altresì escluso l'automatismo sostenuto dall'appellante, secondo cui la perdita dell'investitore comporterebbe la negligenza dell'intermediario, evidenziando che non era stato allegato alcun significativo profilo di colpa, mentre non deponava a favore della tesi del la lettera di reclamo pervenuta alla Banca Sella in data 26.1.2000, dal medesimo sottoscritta unitamente ad altri titolari di c.c., con cui si chiedeva il potenziamento delle linee telefoniche e l'ampliamento



delle risorse umane per poter con tempestività 'trasmettere i propri ordini di vendita o di acquisto". Nella citata lettera, avente tenore confessorio (ex art. 2735 c.c.) quanto alla paternità della scelta degli investimenti, si leggeva - testualmente - i sottoscritti "intendono, nel contempo, ringraziare e complimentarsi con i dipendenti della filiale di Savigliano che, nonostante le sopra evidenziate difficoltà e l'evidente carenza di personale, si prodigano comunque anche oltre l'orario di lavoro, per offrirci il miglior servizio possibile".

La Corte di appello ha rilevato che la Banca non aveva altro compito che quello di eseguire materialmente gli ordini ricevuti; pertanto le scelte da questi operate sono risultate, conformemente a quanto concordato (ex art. 1372 c.c.), frutto di autonome ed unilaterali determinazioni dell'investitore stesso, essendosi la banca limitata all'adempimento delle obbligazioni che da tali altrui determinazioni scaturivano.

In relazione alla dedotta negligenza della banca nel comportamento omissivo tenuto, per la mancata comunicazione della crisi di borsa, la Corte territoriale ha rilevato che l'andamento della borsa è notoriamente imprevedibile e rientra nel gioco delle operazioni finanziarie di cui si tratta. Inoltre, nella

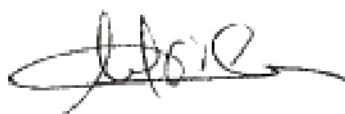


concreta fattispecie il cliente aveva dichiarato alla Banca di avere esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari e di vantare propensione al rischio.

Non risultava provata, poi, alla luce delle risultanze processuali e dell'intenzione delle parti desumibile dai sopra richiamati accordi (ex art. 1362 c.c.), la attribuzione alla Banca di funzioni di consulenza nel ramo degli investimenti in esame, risultando invece che le parti attribuirono alla Banca la sola funzione di mera esecutrice degli ordini ricevuti dal cliente: alla stessa fu, infatti, conferito, con l'accordo "quadro", l'incarico "di negoziare i valori mobiliari di cui agli ordini di compravendita che Vi saranno impartiti".

Quanto all'asserito difetto di adeguata professionalità da parte degli addetti alla banca, era mancata la prova da parte dell'opponente - che aveva rinunciato alle prove orali - e, inoltre, era stato smentito dai testi escussi, i quali avevano precisato che le persone con cui il aveva trattato si limitavano ad eseguire gli ordini da lui impartiti ed erano comunque in possesso dei requisiti professionali richiesti dalla legge.

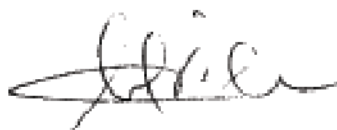
L'asserita esosità delle commissioni (lire 45.000 per contratto) liberamente concordate, è stata esclusa in



relazione <<ai livelli standard di operazioni di questo tipo>>.

Quanto alla dedotta responsabilità per conflitto di interessi, la Corte di merito ha ritenuto <<assorbente il rilievo che l'intermediario, nel caso in esame, non era controparte negoziale del cliente né aveva margini di discrezionalità tali da consentire la sia pure astratta configurabilità di un conflitto di interessi ex art. 1394 c.c., essendosi ... limitato ad eseguire, trasmettendoli in borsa, gli ordini impartiti dal cliente.

Quanto alla pretesa responsabilità per negligenza in ordine alle perdite sofferte, la Corte di appello ha rilevato che la Banca ha correttamente informato il cliente in ordine ai rischi degli investimenti e che era pacifico che gli avesse tempestivamente consegnato il "documento sui rischi generali " degli investimenti in differenziali, conformemente a quanto previsto dall'art. 5 Reg. Consob 10943; mentre le informazioni relative alle operazioni di investimento venivano trasmesse in automatico al cliente tramite le note informative indicanti l'incidenza percentuale delle perdite sulla provvista, come emergeva dalle deposizioni dei testi escussi.



Quanto, poi, alla pretesa responsabilità per violazione dell'art. 6 Reg. Consob, correttamente il primo Giudice aveva ritenuto che la Banca avesse compiutamente informato il del carattere non adeguato e dell'elevato rischio dei contratti denominati future FIB30 (future su indice di Borsa MIB30) e nonostante ciò l'appellante aveva dato corso alle operazioni.

Quanto alle asserite responsabilità per addebito delle perdite allo scoperto, la Corte ha osservato che non era addebitabile alla banca di avere onorato assegni del cliente anche quando la provvista non era sufficiente.

Non provata, infine, era rimasta la responsabilità per asserita mancanza di controlli interni e, comunque, gli intermediari avevano solo il compito di eseguire gli ordini ricevuti.

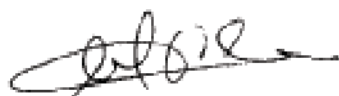
Contro la sentenza di appello il ha proposto ricorso per cassazione affidato a cinque motivi.

Resiste con controricorso la banca intimata.

Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c.

Motivi della decisione

§ 2.1. - Con il primo motivo il ricorrente denuncia «violazione e falsa applicazione di norme di diritto: art. 18 u.c. d.lgs. 415/1996 e art. 23 u.c. d.lgs.



58/1998 - contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, in riferimento all'onere della prova>>. Deduce che la Corte di appello avrebbe erroneamente interpretato l'art. 23 d.lgs. citato, addossando al ricorrente l'onere di provare il preteso inadempimento contrattuale, la sussistenza del danno e il nesso eziologico tra inadempimento e danno. Precisa che il rapporto era regolato (perché sorto nel luglio 1997) dall'art. 18 u.c. del d.lgs. n. 415 del 1996 e non, come erroneamente indicato, dal solo art. 23 T.U.F.

Deduce che tale ultimo articolo deroga ai principi generali di cui all'art. 1218 c.c. spostando sull'operatore abilitato l'onere della prova e anche l'onere di allegazione dell'adempimento diligente dell'obbligazione di cui è mandatario e che nei servizi di investimento la diligenza assurge al rango di obbligazione contrattuale primaria dell'intermediario. A fronte della detta presunzione sfavorevole l'intermediario dovrebbe dimostrare che <<il cliente ha volontariamente assunto un elevato grado di rischio, che l'assunzione di tale grado di rischio è adeguata al patrimonio dell'investitore, che comunque di fronte ad oscillazioni anomale del mercato si sono attivati per ridurre la perdita o abbiano informato il cliente per



consentirgli il disinvestimento>>. L'art. 23 T.U.F. esonererebbe il cliente dall'onere di provare il nesso di causalità tra violazione e danno ponendo a carico dell'intermediario la prova positiva di avere agito con la diligenza dovuta. Richiama la dottrina formatasi sull'art. 13, ult. comma, della l. n. 1 del 1991 secondo la quale <<il cliente, il quale ritenga di avere subito un danno, può limitarsi a dimostrare - oltre l'esistenza del danno in senso economico (ad es. che l'attività di gestione si è chiusa in perdita) - che l'intermediario ha violato una disposizione posta dalla legge in esame o in sua attuazione. Una volta che tale dimostrazione sia data, risulta invertito l'onere della prova circa la sussistenza del nesso di causalità fra il danno subito dal cliente e la violazione commessa dall'intermediario, in quanto spetterà a quest'ultimo provare che malgrado l'avvenuta violazione, egli ha curato l'interesse del cliente con la diligenza dovuta e che pertanto il danno non gli può essere imputato>>.

Deduce che l'erronea applicazione della norma richiamata contrasterebbe anche con la giurisprudenza delle Sezioni unite secondo cui <<il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte




negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento»».

Sarebbe contraddittoria la motivazione allorquando fa riferimento al rapporto assicurativo, posto che il ricorrente non si è limitato a lamentare la perdita ma ha allegato precisi inadempimenti di obblighi legali e contrattuali. La Corte di appello ha fatto riferimento a norme codicistiche mentre l'attività di intermediazione mobiliare «è permeata dalla normativa pubblicistica speciale a carattere imperativo, volta a tutelare i mercati mobiliari, la correttezza e trasparenza nella operatività e soprattutto a tutelare le parti più deboli del gioco che sono gli investitori»».


L'erronea applicazione dei principi in ordine all'onere della prova avrebbe determinato un'erronea valutazione delle doglianze formulate dall'investitore-appellante.

§ 2.2.- Con il secondo motivo il ricorrente denuncia «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, travisamento dei fatti, violazione di norme di diritto: art. 6 l. n. 1/1991, art. 17 d.lgs. 415/96, delib. CONSOB 10943/97; d.lgs. 58/1998 e reg. Consob 11522/98,



nonché artt. 1710, 1175, 1375 c.c., in relazione alla diligenza dell'intermediario nella operatività sui derivati>>.

In sintesi deduce che la diligenza <<come prevista dalle norme in epigrafe, della normativa regolante la materia, oltre a quelle più generali in riferimento alla buona esecuzione del mandato, si esprime in materia di investimenti finanziari attraverso canoni comportamentali individuati dalle predette norme e dalla loro interpretazione, quali, nella pratica, la preposizione di soggetti professionalmente qualificati, la preventiva informativa sui rischi delle operazioni, la tempestiva esecuzione degli ordini e l'esatta e puntuale comunicazione dello stato degli stessi, la costante informativa sul mercato di riferimento e sulla congruità dell'investimento, il controllo capillare dell'attività svolta dall'intermediario finanziario, l'osservanza rigida delle norme di legge, di regolamento, e di contratto con speciale riferimento ai margini di copertura ed ai conflitti di interesse, alla pronta adozione di misure a salvaguardia dell'investitore. La Corte d'Appello è viceversa incorsa nell'errore di definire meramente tecnica tale complessa attività, come se fosse avulsa dalle



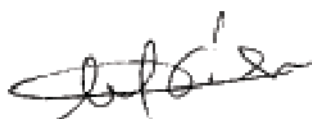
conseguenze giuridiche previste dalla legge, così da mandare esente il professionista dall'obbligo legale di fornire la prova liberatoria e di aver diligentemente operato, limitandosi inoltre a considerare l'eventuale diligenza dell'intermediario, sostanzialmente in riferimento alla fase negoziale, nonostante le espresse contestazioni dell'investitore in riferimento all'intero svolgimento dei servizi di investimento. Tale interpretazione risulta pertanto errata e non conforme alle norme di diritto che disciplinano la complessa materia degli investimenti mobiliari. La normativa in materia prevede infatti espressamente l'osservazione da parte dell'intermediario di obblighi generali di correttezza, diligenza professionalità..., obblighi informativi, regole in materia di conflitto di interessi, norme attinenti l'organizzazione interna>>. In particolare, il ricorrente richiama il dovere di fornire informazioni complete, correlato all'obbligo di acquisire informazioni dal cliente circa la situazione finanziaria e gli obiettivi di investimento con riferimento al grado di rischio che il cliente deve sopportare e alla qualifica professionale; il divieto di consigliare o effettuare operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza, dimensioni; nel rifiuto



di eseguire un ordine e nell'obbligo di informare per iscritto l'investitore ove il patrimonio affidato sia ridotto per effetto di perdite effettive o potenziali in misura pari o maggiore del 50% del controvalore del patrimonio di inizio periodo. Richiama Cass. 426/2000.

§ 2.3.- Con il terzo motivo il ricorrente denuncia <<falsa applicazione di legge: art. 6 l. 1/1991, artt. 17 e 18 d.lgs. 415/96, art. 5 reg. 10943/97, art. 21 d.lgs. 58/1998, artt. 28 e 29 reg. Consob 11522/98 nonché artt. 1469 bis e ss., artt. 1341 e 1342 c.c.; insufficiente e contraddittoria motivazione, travisamento dei fatti, in riferimento alla mancata rappresentazione dei rischi delle operazioni sui derivati>>.

Deduce, in sintesi, che la Corte di merito avrebbe erroneamente ritenuto provata la rappresentazione dei rischi con la sottoscrizione di formulari-contratti quadro per adesione del 2.7.1997 e del 5.8.1997, anche ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., ove era indicato che l'investimento sui derivati "era soggetto a notevoli variazioni"; che "comporta l'assunzione di un elevato rischio di perdite di dimensioni anche eccedenti l'originario esborso e comunque non quantificabili" (doc. 6, 8, 14, prodotti da banca Sella in primo grado). La Corte aveva collegato, altresì, la



disposizione contenuta all'art. 9 di cui alle "Condizioni e Norme che regolano la negoziazione . . . dei valori mobiliari" (doc. 6 di banca Sella in primo grado) che prevedeva "poiché la natura di tali operazioni può richiedere, anche in tempi successivi, ulteriori versamenti, al fine di adeguare i margini di garanzia ai valori richiesti, il Cliente è obbligato a farvi tempestivamente fronte", senza però tener conto del disposto del comma successivo di detto articolo ove era indicato che "Qualora il Cliente non provveda, nei termini del precedente comma, al versamento iniziale e ai successivi adeguamenti dei margini di garanzia, la Banca non darà corso all'operazione ovvero procederà alla chiusura parziale o totale dell'operazione stessa".

Sarebbe contraddittoria la motivazione perché il mero richiamo alla modulistica fatta sottoscrivere all'investitore è incompatibile con la normativa a tutela del consumatore discendente dalla legislazione comunitaria e recepita nel nostro ordinamento attraverso le clausole di cui agli artt. 1469 bis e seguenti c.c., attesa la sproporzione di condizione esistente tra intermediario e consumatore (il Davico aveva infatti denunciato l'invalidità delle clausole in oggetto ai sensi degli artt. 1469bis e seg. c.c. sulle



cui doglianze la Corte non si è neppure pronunciata). La Corte torinese ha dunque fondato il proprio convincimento sulla base di dichiarazioni contenute in clausole vessatorie inserite all'interno di formulari sottoscritti dall'investitore per adesione senza valutarne l'efficacia ai sensi di tale ultima norma ritenendo osservato il dovere di informativa con la mera sottoscrizione dei moduli per adesione, aventi carattere solo formale e privi di richiamo all'effetto leva (parametro di moltiplicatore delle perdite) tipico delle negoziazioni di contratti "futures" (richiama, in proposito, il contenuto dell'art. 5 reg. 10943/97 e degli artt. 28 e 29 reg. Consob 11522/98 e la comunicazione Consob del 6.11.1998 e quella del 6.8.1998).

Deduce che sarebbe stato necessario un colloquio preciso relativo al rischio leva e dei derivati in genere e che la banca si sarebbe dovuta attivare per evitare che il patrimonio del ricorrente si azzerasse, soprattutto a fronte dei ribassi di borsa dall'agosto al novembre-dicembre 1997, pretendendo un ordine scritto qualora il cliente intendesse perfezionare l'ordine. L'autorizzazione non poteva essere conferita una tantum all'atto di sottoscrizione dei contratti.



Sotto il profilo della contraddittorietà della sentenza il ricorrente deduce che la Corte di merito non ha posto in correlazione il lamentato difetto di informazione con la mancanza di strutture adeguate e personale non qualificato (gli impiegati non erano in grado di spiegare l'effetto leva).

Il documento "Condizioni sui rischi generali" è stato consegnato solo il 14.4.1998 mentre il ricorrente ha iniziato ad operare dal luglio 1997.

Vizio di motivazione in ordine all'inadempimento dell'obbligo di comunicazione di perdite superiori al 50% (richiama art. 6 l. 1/1991, artt. 17 e 18 d.lgs. 415/96, art. 5 reg. 10943/97, art. 21 d.lgs. 58/1998, artt. 28 e 29 reg. Consob 11522/98).


La Corte di merito non si è espressa ritenendo la questione assorbita dalla comunicazione delle note informative che hanno natura e scopi differenti (invoca parere Consob del 19.9.2000, comunicazioni Consob del 14.10.1998 e dell'11.11.1998 nonché del 12.7.2001).

§ 2.4.- Con il quarto motivo il ricorrente denuncia <<insufficiente, contraddittoria motivazione, falsa applicazione di legge: art. 6 l. 1/1991, artt. 17 e 18 d.lgs. 415/96, art. 5 Reg. 10943/97, art. 21 d.lgs. 58/1998, artt. 26, 27, 28 e 29 Reg. Consob 11522/98, d.lgs. 385/1993 e artt. 1176, 1218, 1375, 1710, 1711

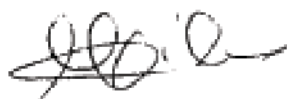


c.c.; travisamento dei fatti, relativamente alla diligenza specifica nella esecuzione della operatività sui derivati>>. In estrema sintesi il ricorrente deduce che la Corte di appello avrebbe erroneamente valutato la diligenza dell'intermediario nell'esecuzione delle operazioni, escludendo la negligenza sulla base di una dichiarazione dell'investitore di non aver voluto fornire informazioni e del rilievo che l'intermediario non avrebbe avuto altro compito che quello di eseguire materialmente gli ordini ricevuti.

Deduce che tale ultima valutazione compiuta dai giudici del merito contrasta con le pattuizioni contrattuali dalle quali si evince che la banca godeva di ampio margine di discrezionalità nell'esecuzione degli ordini <<(segnatamente, le "Condizioni e Norme che regolano la negoziazione e la raccolta ordini concernenti valori mobiliari" del 2/7/1997 (-doc. 6 prodotto da Banca Sella in primo grado-) all'art. 9 prescrive espressamente che "qualora il Cliente non provveda, nei termini di cui al precedente comma al versamento iniziale ed ai successivi adeguamenti dei margini di garanzia, la banca non darà corso all'operazione ovvero procederà alla chiusura parziale o totale dell'operazione stessa"; nel contratto quadro "Raccolta ordini contratto . . . Futures su indice di Borsa MIB30"



del 2/7/1997 (-doc. 6 di Banca Sella in primo grado-) e sul contratto "Raccolta ordini contratto Options su indice di borsa MIB30" del 5/8/1997 (-doc. 8 di Banca Sella in primo grado-) è espressamente indicato all'art. 2.3 in riferimento al preventivo versamento dei margini di garanzia: "i predetti importi costituiscono le condizioni per la prestazione del servizio oggetto del mandato"; all'art. 7.2 dei medesimi documenti, in riferimento alla disponibilità in conto corrente si legge: "in ogni caso la banca si riserva: - di non dare corso agli ordini impartiti in tutti i casi in cui essa per qualsiasi motivo, come ad esempio la mancanza sul conto corrente di disponibilità sufficienti ... non possa effettuare sul conto speciale Margini iniziali su contratti FIB30, il versamento degli importi dovuti a titolo di margini iniziali; - qualora per qualsiasi ragione non fosse possibile addebitare sul conto futures tutti gli importi dovuti dal Cliente a qualsiasi titolo compresi quelli da corrispondere per margini di variazione, di richiedere l'estinzione dei contratti FIB30 in essere ..."; inoltre all'art. 8 è indicato che il "il Cliente dichiara di conoscere ed accettare i regolamenti e le disposizioni di cui alle premesse (normativa e regolamenti Consob), e di aver preso conoscenza



che, al verificarsi di certi avvenimenti, gli ordini dallo stesso disposti non possono essere immediatamente eseguiti o possono essere eseguiti solo parzialmente" >>.

Richiama Comunicazione Consob n. DIN/1054664 del 12/7/2001 e Comunicazione Consob n. DI/98065074 del 6/8/1998 e l'interpretazione dell'art. 29 del Reg. Consob 11522/98 (che riproduce in toto la disposizione della precedente normativa Dlgs 415/96 e Reg. Consob 10943/97) risultante dalla Comunicazione Consob DI/30096 del 21/4/2000).

Deduce che <<la regola negoziale e le direttive Consob sono chiare nell'obbligare l'intermediario a fermarsi tutte le volte in cui l'investitore non versi un'adeguata integrazione della garanzia>>.

Secondo il ricorrente, la Corte d'Appello ritenendo compiutamente informato il in base ad un documento che riferiva il carattere non adeguato delle operazioni - peraltro datato 2/7/1998 (doc. 7 di Banca Sella in primo grado) - ha totalmente confuso l'informativa dell'investitore sulla adeguatezza delle operazioni, con la valutazione dell'adeguatezza delle operazioni durante l'operatività stessa. I Giudici di merito non hanno, infatti, espresso alcuna motivazione circa la violazione del criterio di adeguatezza sulla



tipologia, frequenza e dimensione delle operazioni trattate da parte dell'intermediario (art. 6 comma I nn. c), d), e), f), g), h) L. 1/1991; art 17 comma 1 nn. c), d), e) DLgs. 415/96 - oggi art 21 Dlgs. 58/98 e art. 29 comma 1 Reg Consob 11522/98).

L'inadeguatezza delle operazioni <<emergeva con chiarezza dagli estratti conto prodotti dal Davico (allegati alla perizia del Dott.) e dalla perizia stessa, dai quali ad esempio risultava (per citare i più numerosi) che il giorno 4/8/1997 sono stati stipulati 18 contratti; il 6/8/97, n. 15 contratti; il 12/9/97, n. 41 contratti, il 15/9/97 n. 34 contratti; il 6/10/97 n. 30 contratti, il 5/1/98, n. 18, contratti, ecc., addebitando i margini di garanzia in scoperto di conto corrente, nonostante i Regolamenti interni di Banca Sella prescrivessero l'autorizzazione da parte della Filiale di non più di due contratti al giorno per investitore.

<<Le valutazioni sull'adeguatezza delle operazioni dovevano essere eseguite in riferimento alla situazione soggettiva del rapportata ai suoi obbiettivi di rischio e di investimento nei derivati - mai richiesti - nonché in relazione alla situazione oggettiva cioè al suo stesso patrimonio, alle perdite subite ed alle dimensioni delle operazioni poste in essere. Al



contrario, la Banca Sella ha consentito operazioni con un patrimonio negativo - in scoperto di conto corrente - , ha consentito operazioni inadeguate per quantità, modalità e dimensione (cfr. perizia Dott. a pag. 33 e gli estratti conto prodotti con la perizia - doc. 1 di primo grado), non ha mai bloccato l'operatività del Davico in tali situazioni, non ha mai informato il Davico al momento del conferimento degli ordini della inadeguatezza delle operazioni e delle sue conseguenze. Risulta pertanto con chiarezza l'omessa e contraddittoria motivazione della Corte torinese, la quale non ha applicato le norme contrattuali e di legge che disciplinavano ed imponevano precisi obblighi all'intermediario sul versamento dei margini di garanzia e sulla operatività in presenza di un patrimonio negativo dell'investitore; né ha valutato la sussistenza di una specifica diligenza da parte dell'intermediario sulla base dell'adempimento alle disposizioni pattizie e di legge sopra indicate>>.

Il ricorrente evidenzia come l'intermediario, autorizzando l'operatività in scoperto di conto corrente si è reso inadempiente alla norma contrattuale che gli imponeva l'obbligo di non dar corso alle operazioni ovvero di chiuderle sino a che il cliente non avesse provveduto ai necessari versamenti. In forza



della richiamata clausola contrattuale <<il
aveva il diritto di rifiutare la copertura delle
operazioni effettuate in un periodo successivo al venir
meno dei margini di garanzia. Ciò in quanto, la Banca
Sella, non avendo rispettato l'obbligo contrattuale di
fermare gli ordini, aveva ingenerato una perdita che
per contratto doveva ripercuotersi sul patrimonio
dell'intermediario e non su quello del cliente. Resasi
conto dell'illegittimità del suo operato, Banca Sella
non ha esitato a convincere l'investitore ad accendere
un fido, come puntualmente esposto nella perizia del
dott. Aceto. In tal modo l'intermediario è riuscito a
far fronte con denaro altrui ad un debito proprio,
lucrando altresì gli interessi convenzionali sugli
affidamenti e quelli moratori sullo scoperto di conto
ad attuando un'attività contra legem che la Corte
d'Appello non ha (incredibilmente) rilevato>>.

Lo scoperto di conto corrente, veniva oltretutto
"legittimato" da linee di credito con effetto
retroattivo concesse in assenza di qualsivoglia
garanzia (richiama Comunicazione Consob n. DI/99037128
dell'11/5/1999).

Deduce <<come non sia assolutamente consentito operare
mediante uno scoperto di conto corrente, né tanto meno
concepire ex post affidamenti con effetto retroattivo



e/o rilasciati in assenza di idonee garanzie, per cercare di "coprire" e ribaltare sull'investitore le conseguenze del "disinvolto" comportamento dell'intermediario>>. Sul tema la motivazione della Corte di appello è in contrasto con la normativa richiamata.

Deduce che la motivazione sul punto relativo al conflitto di interessi si discosta dalla <<normativa speciale di settore ponendo a base norme generali in materia di obbligazioni (art. 1394 c.c.), che nulla hanno a che vedere nel caso di specie, essendo tale istituto espressamente disciplinato dalla normativa speciale (art. 6 comma 1 rin. f), g) L. 1/1991; art. 17 comma 1 Dlgs. 415/96 - oggi art. 21 Dlgs 58/98) e dalle disposizioni contrattuali (documenti 6 e 12 prodotti da Banca Sella in primo grado). In particolare, la Corte ha erroneamente ritenuto che, non essendo l'intermediario controparte negoziale del cliente, non potrebbe configurarsi neppure in astratto un conflitto di interesse con quest'ultimo. Tale affermazione si pone in contrasto con precise disposizioni contrattuali che la Corte ha totalmente ignorato.

Sarebbe stato <<onere di Banca Sella provare che nelle giornate di operatività del Davico, non avesse compiuto



operazioni in conflitto di interessi con gli ordini di acquisto o vendita dei FIB30 dell'investitore>>.

Deduce che non è possibile <<negare che la Banca Sella in forza della sua posizione di gestore di portafogli e di Fondi Comuni d'Investimento non abbia operato a tutela dei suoi propri investimenti, come risulta ben evidenziato nella perizia del dott. . Tali operazioni in conflitto di interesse hanno sicuramente contribuito a determinare le perdite subite dal >>.

Infine, deduce che appare contraddittoria la motivazione della pronuncia impugnata relativamente alla eccessività delle commissioni pagate rispetto a quanto effettivamente pattuito. I Giudici di merito non hanno rilevato che le commissioni costituivano "la molla" per cui la Banca Sella aveva sollecitato il Davico ad operare sui derivati e ad eseguire anche operazioni non adeguate, con l'acquisto di numerosi contratti nello stesso giorno.

§ 2.5.- Con il quinto motivo il ricorrente denuncia <<violazione di legge: art. 116 cpc, art. 2697, 2730, 2735 c.c. - travisamento dei fatti - contraddittoria motivazione, in ordine al materiale probatorio acquisito al processo>> in riferimento ad ogni doglianza sollevata dall'investitore in merito alla

