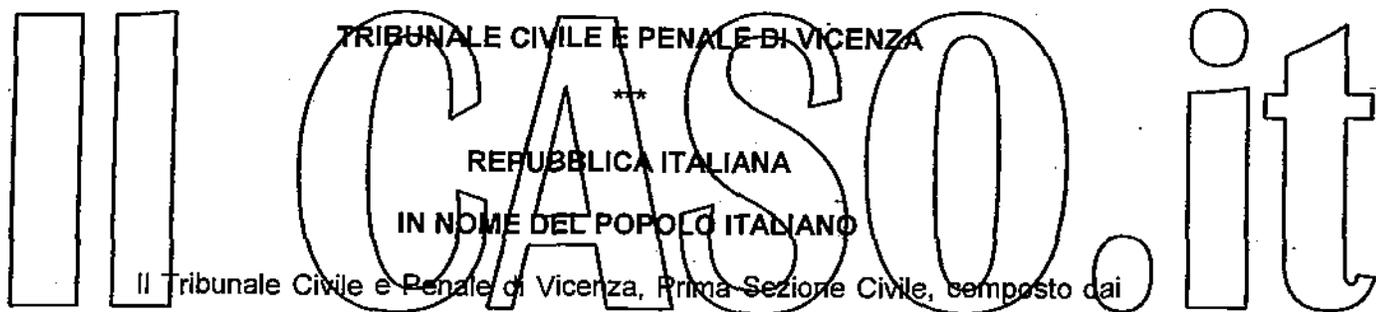


Tribunale di Vicenza, sentenza 15 febbraio 2011 n.
187; Presidente: COLASANTO; Estensore: COLASANTO;



Il Tribunale Civile e Penale di Vicenza, Prima Sezione Civile, composto dai

magistrati:

dott. Marcello	Colasanto	PRESIDENTE REL.
dott. Giuseppe	Limitone	GIUDICE
dott. Paola	Cazzola	GIUDICE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta a ruolo il 21.12.2007, al n. 9302 / 2007 R. G., e
promossa con atto di citazione

DA

Bezzan Eugenio, residente in Montecchio Maggiore – Via Manzoni n. 19,
cod. fisc. BZZ GNE 40S24 C890L, e Benin Francesca, residente in
Montecchio Maggiore – Via Manzoni n. 19, cod. fisc. BNN FNC 47B64

M178Z, entrambi rappresentati e difesi dall'Avv. Riccardo Rocca di Padova e dall'Avv. Monica Spada di Vicenza ed elettivamente domiciliati presso lo studio dell'Avv. Spada sito in Vicenza – Via dei Mille n. 59, come da mandato in calce all'atto di citazione,

ATTORI

CONTRO

Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a., con sede in Vicenza – Via Battaglione Framarin n. 18, Partita I. V. A. 00204010243, in persona del Presidente dott. Giovanni Zonin, rappresentata e difesa dall'Avv. Andrea Paganini di Vicenza ed elettivamente domiciliata presso lo studio del Difensore sito in Vicenza – Viale Giuseppe Verdi n. 24, come da mandato in calce alla copia notificata dell'atto di citazione,

CONVENUTA

In punto: dichiarazione di nullità o annullamento o inefficacia di ordine di investimento, con conseguenti restituzioni; accertamento di inadempimento contrattuale e risarcimento del danno; risoluzione per inadempimento di contratto di investimento, con conseguenti restituzioni e risarcimento del danno.

CONCLUSIONI DEGLI ATTORI:

Respinta ogni diversa e contraria istanza, e richiesta avversaria,

1) **NEL MERITO**

A) In principalità

A. Accertarsi e dichiararsi la nullità e/o annullabilità e/o l'inesistenza per difetto di forma e/o comunque per violazione di norme imperative di cui all'art. 21 e ss D.lgvo 58/98, e dei regolamenti CONSOB ad essi collegati, del contratto normativo – c.d. contratto quadro- e dell'ordine d'acquisto delle obbligazioni 1215530 Cirio 00/05 EUR di nominali di € 25.000,00 (pari ad un esborso effettivo di € 27.537,52) (meglio descritto in atti), per le motivazioni in fatto e in diritto esposte in atto di citazione e nel presente atto;

B. Accertato e dichiarato quanto al punto precedente condannarsi parte convenuta, alla restituzione della somma impiegata per il predetto ordine di acquisto assommante complessivamente ad Euro 27.537,52 ovvero in quella diversa maggiore o minore somma che si riterrà di giustizia, oltre ad interessi e a rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo, a favore degli attori per le motivazioni di fatto e di diritto esposte in narrativa, ovvero quella maggiore o minore somma che sarà ritenuta di giustizia;

B) In subordine

A. Accertato che l'acquisto delle obbligazioni di cui in narrativa è avvenuto in violazione della normativa di cui agli art. 21 e ss. D.lgvo 58/98, e dei regolamenti CONSOB ad essi collegati, condannarsi parte convenuta, per tutte le motivazioni indicate in atto di citazione e nel presente atto, alla rifusione del danno subito da parte attrice, che si determina in Euro 27.537,52 o in quella diversa somma maggiore o minore somma che

risulterà in corso di causa o che si riterrà di giustizia, oltre interessi dal dovuto al saldo.

C) In via ulteriormente gradata

Nella denegata ipotesi in cui non dovessero essere accolte le domande di cui sopra, accertarsi e dichiararsi la risoluzione dei contratti relativi alle operazioni di acquisto delle obbligazioni 1215530 Cirio 00/05 EUR di nominali di € 25.000,00 (meglio descritto in atti), ai sensi e per gli effetti degli artt. 1453 e ss. c.c., atteso il gravissimo e rilevante inadempimento contrattuale della banca convenuta consistente nella reiterata violazione degli artt. 21 e ss del d.lgvo. 58/98, della e dei regolamenti CONSOB ad essi collegati, per le motivazioni in fatto e in diritto esposte in atto di citazione e nel presente atto.

A. Accertato e dichiarato quanto al punto precedente, condannarsi la banca convenuta alla corresponsione a favore degli odierni attori delle somme oggetto della predetta negoziazione finanziaria, ammontanti ad euro 27.537,52, o a quella maggiore o minore somma che risulterà in corso di causa o che sarà ritenuta di giustizia, oltre ad interessi dal dovuto al saldo, nonché al risarcimento dei danni patiti e patienti dai Sig.ri Bezza-Benin in conseguenza del grave inadempimento contrattuale perpetrato dalla medesima convenuta, nella misura che emergerà in corso di causa o che si riterrà di giustizia.

D) In ogni caso

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di lite.

IN VIA ISTRUTTORIA

• Senza volere invertire l'onere della prova, si chiede ammettersi prova per interpellato e testi sulle seguenti circostanze:

1) Vero che in data 4.12.2001 alle ore 20,00, circa i Sig.ri Bezzan venivano contattati telefonicamente a casa dalla Banca,

2) Vero che nell'occasione il dipendente della Banca li invitava a recarsi all'indomani alla filiale di Montecchio Maggiore, ove essi sono clienti, in quanto aveva da proporre loro un "buon affare";

3) Vero che, in particolare, egli annunciava di avere un investimento obbligazionario da suggerire loro;

4) Vero che sempre a sua detta l'investimento avrebbe dovuto effettuarsi con il ricavato della vendita dei BTP esistenti nel loro dossier titoli;

5) Vero che i coniugi Bezzan-Benin in passato avevano sempre investito in titoli dello Stato italiano, o in fondi della stessa Banca Popolare.

6) Vero che in occasione dell'acquisto di cui è causa il Sig. Marchetti garantiva al cliente che il titolo era sicuro quanto quelli fino ad allora detenuti dai Sig.ri Bezzan;

7) Dica il teste se in occasione dell'acquisto di cui è causa il Sig. Marchetti riferiva al Sig. Bezzan che il bond Cirio era titolo a rischio e difficilmente rimborsabile;

8) Vero che il Sig. Marchetti ammetteva che i titoli venduti erano già detenuti nel portafoglio dell'Istituto;

9) Vero che il Sig. Marchetti persuadeva il Sig. Bezzan ad acquistare le obbligazioni Cirio di cui è causa;

10) Vero che i Sig.ri Bezzan si decidevano all'investimento in obbligazioni Cirio avute le rassicurazioni positive fatte dal funzionario della Banca.

11) Dica il teste (e l'interrogando) se successivamente alla sottoscrizione del cd. contratto quadro veniva rilasciato un esemplare ai clienti.

Si indica a teste su tutti i capitoli il Sig. Simone Bezzan di Montecchio Maggiore (VI).

- In caso di circostanziata contestazione, ammettersi C.T.U volta ad accertare, determinare e quantificare i danni patiti e patienti dagli odierni attori a seguito delle gravissime irregolarità gestorie poste in essere dalla banca convenuta sul deposito titoli agli stessi intestato, con formulazione del seguente quesito: "Esaminata la documentazione prodotta in causa dalle parti nonché quella ulteriore o diversa che si renda necessaria per l'espletamento dell'incarico ricevuto, effettuati tutti gli accertamenti, le verifiche, gli accessi e quant'altro si renda necessario, voglia il Consulente Tecnico, previa analisi ed esame dei titoli oggetto di causa alla luce anche delle valutazioni date agli stessi dagli analisti primari di settore nei periodi di cui è causa, accertare e quantificare il valore corrente dei titoli di cui è causa, al fine di quantificare il danno subito dagli odierni attori sul loro portafoglio a

seguito dell'operazione di compravendita delle obbligazioni di cui è causa posta in essere dalla banca convenuta, oltre ad interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo; determini inoltre il grado di rischiosità dell'investimento all'atto della sottoscrizione degli acquisti e la prevedibilità del default alla medesima epoca"

Nella denegata ipotesi di ammissione delle prove testimoniali avversarie, cui ci si è già opposti, si chiede di essere abilitati a prova contraria con lo stesso teste Simone Bezzan.

Non ci si oppone all'istanza avversaria di verifica delle sottoscrizioni relative al doc. 3 di parte convenuta stante l'intervenuto riconoscimento delle stesse, che qui si ribadisce.

Ci si riporta alla documentazione già ritualmente depositata in giudizio.

CONCLUSIONI DELLA CONVENUTA:

contrariis rejectis, voglia l'III.mo Tribunale adito, previa ogni più ampia ed opportuna declaratoria, così giudicare:

In via preliminare: accertare e dichiarare l'intervenuta prescrizione dell'azione di annullamento promossa dagli attori, per i motivi di cui in narrativa;

Nel merito: respingere tutte le domande formulate dai sigg.ri Bezzan e Benin perché infondate, sia in fatto che in diritto, per le ragioni esposte in narrativa;

in subordine: nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda di nullità e/o annullamento e/o risoluzione delle operazioni di acquisto delle Obbligazioni Cirio 00/05 eseguite in data 05 dicembre 2001, e di

conseguente condanna della Banca alla restituzione delle somme versate dagli attori per l'acquisto dei predetti titoli, dichiarare l'obbligo dei clienti e per l'effetto condannare i medesimi alla restituzione, a favore della Banca, dei suddetti titoli, nonché delle cedole incassate, oltre interessi, quale effetto naturale della pronuncia di nullità e/o annullamento e/o risoluzione; nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda di risarcimento, escludere il risarcimento o limitarlo per le ragioni esposte in narrativa;

in ogni caso con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa.

In via istruttoria: si chiede il rigetto delle prove per testi (n.ro 11 capitoli) formulate dagli attori in quanto inammissibili per la loro estrema genericità, l'assoluta mancanza di concreti riferimenti temporali, nonché valutativi e tendenti a far esprimere giudizi ai testi, ed alcuni negativi.

In caso di ammissione anche parziale di detti capitoli, si chiede di essere ammessi a prova contraria indicando come teste il sig. Marchetti Nicola.

Si insiste per la già formulata istanza di verifica ex art. 216 cpc: le sottoscrizioni potranno essere verificate comparandole con le altre poste in calce ai contratti prodotti, e con la sottoscrizione conferente la procura alle liti in calce all'atto di citazione introduttivo del presente giudizio.

Si chiede infine che il Tribunale voglia ordinare ex art. 210 cpc agli attori nonché a Banca Mediolanum spa l'esibizione in giudizio di tutti i movimenti relativi alle Obbligazioni Cirio 00/05 8% di cui è causa, trasferite il 28.02.2003 a Banca Mediolanum spa.

Si chiede infine l'ammissione di interpellato formale degli attori e per testi sui seguenti capitoli:

1. Vero che nei primi giorni del mese di dicembre 2001 il sig. Bezzan si presentava presso l'Agenzia n.61 della Banca Popolare di Vicenza sita in Alte di Montecchio Maggiore, esprimendo la volontà di investire parte del proprio patrimonio in prodotti finanziari più remunerativi rispetto a quelli posseduti;
2. Vero che nell'occasione il sig. Marchetti Nicola, consulente della filiale, provvedeva ad illustrare al sig. Bezzan le caratteristiche e la rischiosità dell'Obbligazioni Cirio 00/05, precisando che si trattava di un titolo obbligazionario e che il potenziale elevato rendimento dello stesso era da ricondursi al rischio e che l'investimento era da considerarsi non adeguato al profilo di rischio dei clienti medesimi;
3. Vero che il sig. Bezzan dichiarava al sig. Marchetti di volere procedere con l'acquisto delle Obbligazioni Cirio 00/05.

Si indica come teste il sig. Marchetti Nicola.

Si chiede, infine, la non ammissione della richiesta CTU in quanto assolutamente irrilevante e superflua alla luce delle produzioni documentali della BANCA, nonché immotivata, generica, esplorativa e tendente a sopperire le lacune probatorie degli attori.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In data 5.12.2001 Bezzan Eugenio, agendo nella qualità di contitolare del deposito titoli n. 61 493092, istituito presso l'Agenzia n. 61 di Alte di Montecchio Maggiore della Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a., ha ordinato alla stessa banca di effettuare, per suo conto e per conto della moglie Benin Francesca, altra contitolare del deposito titoli, la vendita di " BTP 01GE94 / 01GE04 ", aventi un valore nominale di € 23.000,00, e l'acquisto di obbligazioni " CIRIO 00 / 05 ", codice 121530, per un controvalore di euro 25.000,00 (vd. doc. n. 1 e 3 di parte attrice).

L'operazione di acquisto è stata eseguita dalla banca nella stessa giornata del 5.12.2001 ed ha comportato un esborso a carico dei titolari del deposito titoli pari ad euro 27.537,52 (vd. doc. n. 2 di parte attrice).

I titoli acquistati sono andati in default (il dato è pacifico) e Bezzan Eugenio e Benin Francesca hanno agito in giudizio per ottenere: 1) in principalità, la dichiarazione della nullità, dell'annullabilità o dell'inefficacia " dell'ordine d'acquisto attesa la grave violazione art.21 e ss. D. Igvo 58 / 98, e dei regolamenti CONSOB ad essi collegati, per le motivazioni in fatto e in diritto esposte in narrativa ", con conseguente restituzione della somma spesa per l'acquisto da rivalutarsi e da maggiorarsi di interessi, con decorrenza dal 5.12.2001 al saldo; 2) in subordine, la condanna della Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. al risarcimento dei danni cagionati attraverso la violazione degli obblighi che doveva assolvere sulla base, in particolare, delle previsioni normative " di cui agli art.21 e ss. D. Igvo 58 / 98, e dei regolamenti

CONSOB ad essi collegati "; 3) in ulteriore subordine la dichiarazione della risoluzione " dei contratti relativi alle operazioni di acquisto ... atteso il gravissimo e rilevante inadempimento contrattuale della banca convenuta consistente nella reiterata violazione degli art.21 e ss. D. lgvvo 58 / 98, e dei regolamenti CONSOB ad essi collegati ", con la conseguente restituzione

della somma spesa per l'acquisto e con il risarcimento dei danni cagionati attraverso l'integrato inadempimento.

La convenuta si è costituita in giudizio per negare la fondatezza di tutte le pretese rivolte nei suoi confronti.

Con la memoria scambiata ai sensi dell'art. 6 D. Lvo n. 5 / 2003 gli attori

hanno ulteriormente invocato la dichiarazione della nullità, dell'annullabilità o dell'inesistenza " del contratto normativo – c.d. contratto quadro – " siccome non stipulato con la necessaria forma scritta.

Siffatta domanda certamente è nuova rispetto alle domande formulate in atto di citazione e altrettanto certamente non può dirsi conseguente a domande riconvenzionali o a difese proposte dalla convenuta nella comparsa di costituzione e risposta.

Essa, quindi, è da riconoscere inammissibile proprio perché avanzata soltanto con detta comparsa, manifestamente al di fuori delle ipotesi in cui l'art. 6 del D. Lvo n. 5 / 2003 consente agli attori di proporre domande nuove, il che rende del tutto superflue le attività di verifica sollecitate dalla Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a..

La domanda di nullità viceversa tempestivamente proposta dagli attori già con l'atto introduttivo del giudizio, essendo concretamente rivolta soltanto contro l'operazione di investimento disposta in data 5.12.2001, come emerge manifestamente dal contenuto di tutti gli atti processuali ad essi attori facenti capo, è, a sua volta, da rigettare praticamente de plano, alla luce degli insegnamenti chiari e precisi contenuti nella sentenza n. 26724 / 2007 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che questo Tribunale ritiene di dover integralmente recepire.

Ugualmente da rigettare è la domanda di annullamento, difettando qualsivoglia riscontro dell'errore in cui sarebbe incorso Bezzan Eugenio, visto che il teste Bezzan Simone nulla di specifico ha potuto riferire in ordine al colloquio tra il padre ed il dipendente della Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. che precedette l'ordine di acquisto, e non sussistendo il profilato conflitto di interessi in una operazione che, come emerge dal documento n. 9 di parte convenuta, è stata eseguita dalla stessa convenuta in immediata e diretta evasione dell'incarico ricevuto dall'attore.

La domanda di inefficacia, infine, è da rigettare non esistendo un solo dato normativo che la conforti.

Ben diversamente è a dirsi per quanto attiene alla pretesa risarcitoria che è stata azionata dal Bezzan e dalla Benin in via subordinata rispetto alle inammissibili o infondate domande principali.

L'istanza deve essere esaminata partendo dagli addebiti che Bezzan Eugenio e Benin Francesca muovono quando lamentano che l'acquisto delle obbligazioni " CIRIO 00 / 05 ", codice 121530, fu indotto dalla Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. e fu disposto dal Bezzan senza essere preceduto da una adeguata informazione in ordine alla natura speculativa

dei titoli, di modo che il medesimo acquisto avvenne senza che esso Bezzan avesse consapevolezza della rischiosità dell'operazione effettuata che, tra l'altro, non era coerente con il profilo di investitori prudenti proprio di essi attori.

Il Bezzan e la Benin, quindi, allegando, in buona sostanza, l'induzione all'acquisto, la mancata informazione sull'investimento che essi si accingevano a compiere tramite la Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. e l'inadeguatezza dello stesso investimento, hanno chiesto (anche) l'accertamento dell'inadempimento integrato dalla convenuta rispetto agli obblighi discendenti dal contratto di negoziazione stipulato dalle parti e chiamato la stessa convenuta ad assolvere gli oneri probatori su di essa incombenti.

Si sono, peraltro, assunti l'onere probatorio di dimostrare l'induzione all'acquisto e lo hanno, invero, assolto attraverso la testimonianza di Bezzan Simone il quale ha confermato che uno dei dipendenti della Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a., nella serata del 4.12.2001, chiamò al telefono i suoi genitori per proporre loro un " buon affare " ed indusse, così, suo padre a

recarsi in banca, il giorno dopo, per disporre la vendita dei " BTP 01GE94 / 01GE04 " e l'acquisto delle obbligazioni " CIRIO 00 / 05 ", codice 121530.

Tale dichiarazione merita di essere considerata sufficientemente attendibile.

E' ben plausibile, difatti, che un accadimento così inconsueto come la ricezione di una telefonata, in ora serale, avente tale contenuto abbia particolarmente sollecitato l'attenzione ed il commento dei presenti alla conversazione e sia, quindi, rimasto particolarmente impresso nella memoria di chi ha vissuto il medesimo evento.

Né, d'altro canto, è possibile individuare nella testimonianza di Bezzan Simone incongruenze, contraddittorietà o indulgenze verso i suoi genitori che ne menomino l'affidabilità.

Vi è, piuttosto, da sottolineare come lo svolgimento delle operazioni del 5.12.2001 su impulso della Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. trovi un argomento logico di conferma anche nelle caratteristiche delle stesse operazioni che rendono assai scarsamente plausibile la diversa versione dell'accaduto che la convenuta propone quando sostiene, anche attraverso le istanze istruttorie formulate, che Bezzan Eugenio, il 5.12.2001, si presentò autonomamente in Agenzia " esprimendo la volontà di investire parte del proprio patrimonio in prodotti finanziari più remunerativi rispetto a quelli posseduti " e decidendo, poi, di acquistare le obbligazioni " CIRIO 00 / 05 ", codice 121530.

Si pone, invero, in stridente contrasto con la possibilità che i fatti si siano davvero svolti così come sostiene la convenuta la circostanza che, per assicurarsi l'acquisto delle obbligazioni " CIRIO 00 / 05 ", codice 121530, che promettevano un rendimento annuo dell'8% (il dato è incontroverso), il Bezzan ha dovuto disporre la vendita (anche questo dato è incontroverso),

dei " BTP 01GE94 / 01GE04 " che promettevano, ancora per due anni, un rendimento annuo dell'8,5% (ulteriore dato incontroverso).

L'attore, dunque, secondo la convenuta, sarebbe entrato in Banca con l'obiettivo di garantirsi " prodotti finanziari più remunerativi rispetto a quelli posseduti " e sarebbe uscito dalla Banca avendo conseguito un risultato

decisamente opposto, per giunta dopo essere stato espressamente sconsigliato allo svolgimento dell'operazione.

E' chiaro che questa tesi difensiva non regge ad un esame obiettivo a meno che non si voglia pensare ad un impazzimento dell'attore di cui, ovviamente, non può rinvenirsi traccia negli atti di causa, che descrivono, invece, il Bezzan come investitore che è sempre stato prudente (ennesimo dato incontroverso) e non si è mai lanciato nell'acquisto di titoli speculativi salvo che nell'occasione dell'operazione che sta all'origine della contesa.

Anche questo rilievo finisce per suffragare l'attendibilità del teste escusso e per indurre alla conclusione che la convenuta ha effettivamente stimolato l'acquisto delle obbligazioni " CIRIO 00 / 05 ", codice 121530, previa dismissione dei " BTP 01GE94 / 01GE04 ".

Se così è diventa ben arduo attribuire un qualche significato probatorio all'avvertenza che si ritrova nell'ordine di acquisto impartito da Bezzan Eugenio quando in esso si legge " Prendiamo atto delle indicazioni sottoriportate e tuttavia Vi autorizziamo comunque ad eseguire l'operazione Titolo non quotato Operazione non allineata alla linea di inv. Concordata " (vd. ancora il doc n. 1 di parte attrice).

Un'avvertenza del genere presenta, infatti, coerenza con la condotta di un operatore che, di fronte alla richiesta di un investimento non adeguato al profilo di rischio dell'investitore, si preoccupa doverosamente di sconsigliare fermamente lo stesso investimento.

Nel caso di specie, però, è stata la Banca a prospettare al Bezzan il " buon affare " ed è indubitabile che, nel momento in cui viene proposto un " buon affare " e, contemporaneamente, se ne sconsiglia la conclusione, si attua una condotta con evidente portata confusoria e conseguente buona pace della chiarezza delle informazioni che devono essere fornite ad un investitore che deve compiere una consapevole scelta di investimento avente, per giunta, ad oggetto una operazione inadeguata.

Il possibile significato probatorio dell'avvertenza viene, così, ad essere profondamente svilito di modo che già sussistono elementi di giudizio sufficienti all'affermazione che la Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. ha stimolato un'operazione di investimento assolutamente inadeguata per l'investitore, ingenerando confusione sulla natura e sui rischi della medesima

operazione ed ottenendo la sottoscrizione di un ordine di acquisto frutto della fiducia riposta dal Bazzan su chi gli suggeriva il da farsi piuttosto che di una compiuta comprensione dei contenuti dello stesso documento.

Un tale modus operandi, ovviamente, definisce una chiara violazione degli obblighi incombenti sulla convenuta in ragione del rapporto instaurato con gli

attori.

D'altro canto il complesso degli oneri probatori gravanti sulla stessa convenuta è rimasto, in ogni caso, non assolto, a cominciare da quello inerente l'assolvimento dell'obbligo di informazione.

Ben consapevole di siffatto onere, la Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a.

ha ripetutamente allegato di aver provveduto a tali informative e richiesto di essere ammessa a dare dimostrazione in giudizio della condotta sviluppata in ossequio alle prescrizioni che doveva osservare a mezzo di prove per testimoni.

Sennonché la convenuta ha indicato quale teste da escutere unicamente il dipendente che ha dato corso alle operazioni impuginate.

Il giudice relatore, prima, ed il Collegio, poi, hanno, tuttavia, dichiarato l'incapacità a testimoniare del funzionario della banca che ha rappresentato l'istituto di credito nell'operazione di investimento oggetto di controversia.

La soluzione è aversata dalla Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a., che insta per una sua revisione.

L'istanza non merita accoglimento.

Il Tribunale, in effetti, aveva in precedenza aderito a quel filone giurisprudenziale incline ad escludere la situazione di cui all'art. 246 c. p. c. in capo al funzionario di banca che aveva materialmente seguito le operazioni di investimento; si tratta di un'interpretazione che può farsi risalire a Cass. 771 / 1983 e che il tribunale non ignora essere stata ribadita anche dalla recente pronuncia a sezioni unite del 19.12.2007 n. 26.725.

Tuttavia non pare al collegio che, neppure dopo tale, pur autorevolissima presa di posizione, sussistano ragioni per ammettere la testimonianza nella concreta fattispecie del funzionario della banca.

Ed invero, l'insegnamento giurisprudenziale al quale comunemente viene fatto riferimento per giungere ad escludere la sussistenza di una incapacità a testimoniare ex art. 246 c. p. c. è quello che si esprime nella seguente massima: " L'interesse a partecipare al giudizio previsto come causa d'incapacità a testimoniare dall'art. 246 cod. proc. civ. si identifica con l'interesse a proporre la domanda e a contraddirvi previsto dall'art. 100 dello stesso codice, sicché deve ritenersi colpito da detta incapacità chiunque si presenti legittimato all'intervento in giudizio, senza che possa distinguersi tra legittimazione attiva e legittimazione passiva, tra legittimazione primaria e secondaria (intervento adesivo dipendente), tra intervento volontario e intervento su istanza di parte. In particolare, è incapace di testimoniare chi potrebbe, o sarebbe potuto, essere chiamato dall'attore, in linea alternativa o solidale, quale soggetto passivo della stessa pretesa fatta valere contro il

convenuto originario, nonché il soggetto da cui il convenuto originario potrebbe, o avrebbe potuto, pretendere di essere garantito”.

Nella giurisprudenza della suprema corte non molte sentenze hanno affrontato la questione funditus, senza limitarsi a reiterare dicta tralatizi; quando i supremi giudici hanno dovuto affrontare la questione dell'incapacità

di un testimone con specifico riguardo alla posizione di un soggetto (tale Sarra) che poteva essere ritenuto responsabile quando anche in via aquiliana con il convenuto (Foglia) del quale veniva invocata la responsabilità contrattuale dalla di lui ex datrice di lavoro (Norditalia) hanno avuto modo di affermare quanto segue.

« Secondo un'accreditata dottrina, nell'art. 246 cpc., la esclusione della testimonianza è determinata da ciò, che la persona che si vuole addurre come teste è in posizione tale che il giudizio potrebbe esser condotto nei suoi confronti perché egli è decisamente impegnato nel rapporto che ha dato luogo all'azione. (...)

La giurisprudenza di questa Corte ravvisa nel coinvolgimento del teste nel processo in cui dovrebbe deporre la ragione che determina la sua incapacità ai sensi dell'art. 246 c p c.

Tale coinvolgimento è l'interesse a partecipare al giudizio e si identifica con l'interesse a proporre la domanda e a contraddirvi previsto dall'art. 100 c p c, sicché deve ritenersi colpito da detta incapacità chiunque si presenti legittimato all'intervento in giudizio, senza che possa distinguersi tra

legittimazione attiva e legittimazione passiva, tra legittimazione principale e secondaria (intervento adesivo dipendente), tra intervento volontario e intervento su istanza di parte; in particolare è incapace di testimoniare chi potrebbe, o sarebbe potuto, esser chiamato dall'attore, in linea alternativa o solidale, quale soggetto passivo della stessa pretesa fatta valere contro il convenuto originario, nonché il soggetto da cui il convenuto originario potrebbe, o avrebbe potuto pretendere di essere garantito.

Tutte queste situazioni erano perfettamente ricollegabili ai rapporti intercorsi fra le parti:

a - la Norditalia avrebbe potuto, in relazione al danno ricevuto, far valere oltre la responsabilità del proprio dipendente quella (extracontrattuale) del teste Sarra che, con il primo, poteva essersi reso coautore del danno da lui subito;

b - il dr. Foglia avrebbe potuto chiedere di riversare parte di una sua eventuale condanna sul Sarra;

c - questi avrebbe potuto, proponendosi come l'unico soggetto danneggiato, far valere nei confronti e della società e del suo ex dipendente una pretesa risarcitoria.

Questo coacervo d'interessi a partecipare al giudizio - rispetto al quale non ha rilievo se essi potessero farsi valere nella sede giuslavoristica essendo, come si è detto, il coinvolgimento del teste nel processo in cui è chiamato a deporre il fattore sostanziale che determina la sua incapacità a farlo - è stato

dal Tribunale ritenuto come sterilizzato dall'aver prescelto la società - che pretende di esser stata danneggiata dal suo ex - dipendente - di far valere nella naturale sede lavoristica gli effetti di una violazione dei doveri del lavoratore nei suoi confronti.

Esso postula, in maniera del tutto errata ed ingiustificata, un effetto di dissolvimento di tutti i predetti interessi, innegabilmente attuali, rispetto al processo che si svolgeva fra la società ed il suo ex dipendente, riciclabile, per una sorta di automatismo, alla scelta di far valere nella sede processuale sua propria violazioni del rapporto di lavoro da parte del lavoratore.

Secondo il Tribunale, tuttavia, l'attualità dell'interesse a partecipare al giudizio (come convenuto da parte della Norditalia) era in ogni caso venuto meno per il teste Sarra per effetto della transazione stipulata fra la Norditalia e lo stesso, con la quale si estinguevano tutte le pretese creditorie comunque derivante dai precorsi rapporti che hanno dato origine alla causa.

A parte la considerazione che l'interesse a partecipare al giudizio da parte del sig. Sarra, per le ragioni prima indicate, non si esauriva nella legittimazione passiva rispetto alla pretesa risarcitoria della Norditalia, risulta errata l'asserzione che un siffatto atto avrebbe fatto venir meno, sia pure nei confronti della sola Norditalia, l'interesse a partecipare al giudizio.

Ed infatti la configurabilità in capo ad un soggetto di quell'interesse concreto ed attuale che sia idoneo ad attribuirgli, in relazione alla situazione giuridica che forma oggetto del giudizio la legittimazione a chiedere nello stesso

processo il riconoscimento di un proprio diritto o a contrastare quello da altri fatto valere, e che lo rende incapace a testimoniare, deve essere valutato indipendentemente dalle vicende che rappresentano un *posterius* rispetto alla configurabilità di quell'interesse (703 / 02, 688 / 78, 1580 / 74).

La presenza di una fattispecie estintiva quale la prescrizione o la transazione, non fa venir meno il coinvolgimento nel processo giacché non è indifferente per il teste che non risultino dallo stesso situazioni, che per renderlo immune da altrui pretese, lo costringano ad avvalersi dei fatti estintivi a suo favore in ordine ai quali egli ha indubbiamente un interesse all'intangibilità ». Cass. 14963 / 2002.

E utili elementi di valutazione si possono trarre anche dalla giurisprudenza della suprema corte che ha affrontato la questione della capacità a testimoniare del lavoratore subordinato nei giudizi di opposizione ad ordinanza ingiunzione, nei casi in cui l'addebito che ha dato luogo alla sanzione attenga ad elementi che riguardano il rapporto di lavoro di chi depone come teste. Infatti un accreditato filone giurisprudenziale ha sostenuto, anche di recente, la sussistenza di una situazione ostativa alla assunzione della qualità di testimone da parte del lavoratore, verificando la sussistenza dei requisiti di una sua *legittimazione ad intervenire ad adiuvandum*. In particolare Cass. 10545 / 2007 giunge a negare la incapacità del lavoratore nella fattispecie in esame soltanto in conseguenza dell'esistenza di una transazione giudiziale che gli inibiva qualsiasi pretesa in

ordine al riconoscimento della maggior durata del rapporto di lavoro. Sul punto la sentenza menzionata così motiva:

« Nel caso di cui all'art. 105 cod. proc. civ., comma 2, il terzo non fa invece valere un proprio autonomo diritto, ma si limita a sostenere le ragioni della parte adjuvata, l'intervento adesivo non amplia l'oggetto del giudizio, che

resta quello fissato dalle parti originarie. Si è infatti affermato (Cass. n. 682 del 4/8/1982) che l'intervento adesivo dipendente da luogo a un unico giudizio con pluralità di parti, nel quale la pronuncia che lo definisce non può che essere la stessa rispetto alle parti principali e all'interveniente, i poteri del quale sono limitati all'espletamento di una attività accessoria e subordinata a

quella svolta dalla parte adjuvata, potendo egli sviluppare le proprie deduzioni ed eccezioni esclusivamente nell'ambito delle domande ed eccezioni proposte da detta parte. L'interveniente adesivo dipendente fa valere un mero interesse, vale a dire una posizione soggettiva più attenuata del diritto soggettivo, giacché la sua attività processuale tende a provocare un giudicato che, seppure possa riuscirci utile in via mediata, ha per oggetto immediato l'attuazione della volontà della legge a favore di una delle parti, mediante l'attribuzione ad essa del bene della vita che l'altra gli contende.

Nella specie il G. poteva avere dunque interesse, astrattamente, ad allearsi con la parte che propugnava l'inizio del rapporto di lavoro in data anteriore, tuttavia devesi tenere conto del principio più volte enunciato (tra le tante Cass. n. 9650 del 16/06/2003) per cui l'interesse che determina incapacità a

testimoniare, ai sensi dell'art. 246 cod. proc. civ., è solo quello giuridico, personale, concreto e attuale, che non si identifica con l'interesse di mero fatto che un testimone può avere a che venga decisa in un certo modo la controversia in cui esso sia chiamato a deporre. Nella specie, risulta dalla sentenza e dal ricorso, che il G. rese la sua deposizione nel presente giudizio all'udienza del 31 ottobre 2000, allorché aveva già sottoscritto, il 13 marzo 1998 il verbale di conciliazione della causa proposta con il datore di lavoro Veronico, di talché ogni possibilità di riconoscimento della maggior durata del rapporto di lavoro gli era ormai preclusa dalla intervenuta conciliazione giudiziale, da qui la sua mancanza di interesse a deporre in tal senso nel giudizio per cui è causa. ».

Nel caso sottoposto a questo tribunale si tratta di valutare se il dipendente di banca che ha materialmente rappresentato l'istituto di credito nelle operazioni impugnate dal cliente per inadempimento ai doveri gravanti sull'intermediario e che, dunque, avrebbe, in tesi attorea, concretamente realizzato quelle violazioni, possa ritenersi avere un interesse a partecipare al processo.

La mera circostanza che il titolo (responsabilità extracontrattuale) in forza del quale quel dipendente potrebbe essere chiamato a rispondere sia formalmente diverso da quello dedotto nei confronti della banca (responsabilità contrattuale) non pare rivestire una rilevanza decisiva, laddove si ponga mente alla identità del fatto costitutivo delle due

responsabilità (violazione dei doveri informativi) scaturenti in buona sostanza dal medesimo nucleo fattuale che quel dipendente dovrebbe riferire nella qualità di soggetto tenuto agli obblighi del testimonio. Appare dunque sussistente l'interesse del funzionario "ad allearsi con la parte che propugnava" (per usare le parole di Cass. 10545 / 2007) l'assolvimento

degli obblighi informativi, potendo concretamente conseguire la esclusione della possibilità della banca di valersi su di esso solo dalla reiezione della pretesa del cliente.

E certamente quel " coacervo di interessi a partecipare al giudizio " che secondo Cass. 14963 / 2002, vale ad integrare l'incapacità a ricoprire la

qualità di testimonio, va ravvisata nel dipendente, che ben avrebbe potuto essere – e assai spesso in consimili evenienze viene – evocato in giudizio quale corresponsabile nei confronti del cliente e nei cui riguardi la banca ben potrebbe avanzare pretese risarcitorie per la mancata osservanza da parte sua di norme di legge e di regolamento, nonché delle specifiche direttive in proposito impartite ai dipendenti.

E proprio la situazione in cui pare potersi venire a trovare un soggetto nell'alternativa di dover rendere – con gli impegni e le responsabilità del testimonio – dichiarazioni in buona sostanza confessorie del proprio inadempimento (anche) verso il datore di lavoro, questo pure presente nel processo, ovvero di non dire la verità integra – ad avviso del tribunale –

quella condizione di radicale inconciliabilità con la qualità di testimone di cui all'art. 246 c. p. c.

E, dunque, alla luce di tali considerazioni vanno riviste e superate le differenti valutazioni espresse in precedenti orientamenti, anche della stessa suprema corte, quali quelli racchiuse nelle sentenze richiamate dalla convenuta e precisamente Cass. 2641 / 1993 che si limita in buona sostanza a richiamare Cass. 771 / 1983.-

E finanche la pronuncia resa dai giudici di legittimità a sezioni riunite e prima richiamata non ha apportato sulla questione alcun effettivo nuovo apporto, essendosi anch'essa limitata a ripetere l'opinione già espressa in precedenza dall'ora ricordato filone giurisprudenziale senza farsi carico di analizzarne e verificarne l'attualità anche alla luce della diversa interpretazione accreditata da Cass. 14.963 / 2002.

Va, dunque, ribadita la declaratoria di incapacità a testimoniare del funzionario dipendente della Banca che ha curato per conto della stessa le operazioni oggetto della domanda del cliente.

E una volta esclusa l'ammissibilità di quel testimone, non può che riscontrarsi la mancanza della dimostrazione in causa dell'adempimento da parte della Banca all'obbligo informativo sulla stessa gravante in forza di legge e di contratto, come dalla stessa convenuta riconosciuto.

E non è dubbio che sia in forza dell'art. 23 D. Lgs n. 58 / 1998 che dei principi generali in tema di distribuzione dell'onere della prova

dell'adempimento fra creditore (come risultanti dall'insegnamento della suprema corte a partire da Cass. ss. uu. 13.533 / 2001; v. fra le altre Cass. 20073 / 04; 15781 / 05; 13674 / 06) incombeva sulla convenuta, quale debitrice di quella prestazione informativa, dare la dimostrazione in causa della sua esatta esecuzione.

Va, dunque, ritenuto in causa l'inadempimento dell'obbligo informativo allegato dalla parte attrice, senza che tale inadempimento possa dirsi superato per altra via.

Secondo la Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. l'intervenuta segnalazione della inadeguatezza degli acquisti e la volontà dell'investitore di effettuare

ugualmente le operazioni nonostante l'avvertenza ricevuta renderebbero superfluo ogni accertamento in ordine alle informazioni da essa fornite al Bezzan poiché la questione delle informazioni resterebbe superata ed assorbita dall'avvertimento dato e dalla decisione dell'investitore di dar corso, ciò nonostante, all'acquisto sconsigliato.

La tesi non può essere condivisa.

L'obbligo dell'informazione assolve, invero, la funzione di garantire all'investitore tutte le conoscenze che gli occorrono per effettuare una consapevole scelta di investimento e per decidere, magari, di effettuare una " Operazione non allineata alla linea di inv. concordata " ed avente ad oggetto un titolo " Non quotato ".

Esso, quindi, rappresenta un antecedente rispetto alla segnalazione dell'inadeguatezza dell'operazione poiché se non si posseggono conoscenze adeguate in ordine alle caratteristiche di uno strumento finanziario nemmeno si può valutare oculatamente se valga la pena di assumere un rischio maggiore di quello normalmente accettato nella prospettiva di conseguire maggiori guadagni del consueto.

L'obbligo dell'informazione, di conseguenza, conserva tutta la sua importanza anche di fronte ad operazioni non adeguate ed anzi rispetto a tale tipologia di operazioni diventa persino più pregnante proprio perché trattasi di scongiurare l'assunzione di una decisione che si discosta da quelle comunemente adottate dall'investitore.

Deve, allora, pretendersi che una Banca non solo dimostri di avere, infine, sconsigliato una operazione, ma dimostri, altresì, di avere dato, prima di assumere questo atteggiamento finale, le informazioni indispensabili perché l'investitore potesse comprendere anche il perché dell'inadeguatezza, senza essere, magari, fuorviato da conoscenze trasmessegli in maniera approssimativa o, addirittura, distorta.

La necessità della dimostrazione da parte della convenuta dell'avvenuto assolvimento dell'obbligo informativo, rimane, quindi, inalterata anche in presenza della sottoscrizione dell'avvertenza dell'inadeguatezza dell'operazione, essendo questo un passaggio indispensabile di quella ricostruzione computa di tutto il dialogo intercorso tra lo stesso investitore ed

il suo interlocutore del momento che sola potrebbe consentire di escludere che la già sottolineata contraddittorietà dell'atteggiamento della stessa convenuta non si sia tradotta in una interlocuzione monca, confusa o, perfino, ambigua a tutto discapito degli attori.

Anche per questa via, pertanto, la sottoscrizione dell'avvertenza rimane un elemento di giudizio di assoluta inconsistenza e l'onere probatorio gravante sulla Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. risulta definitivamente non assolto.

Nuovamente si impone, allora, la conclusione che vi è stata violazione da parte della convenuta delle prescrizioni di cui agli art. 27 e 29 del Reg.

CONSOB n. 11522 / 1998 e che si è, così, integrato un inadempimento grave degli obblighi discendenti a carico della stessa convenuta dal contratto quadro stipulato, in forza dei quali giammai le obbligazioni " CIRIO 00 / 05 " sarebbero dovute entrare a far parte del paniere dei titoli posseduti dal Bezzan e dalla Benin.

Da questa conclusione non può che discendere l'accoglimento della domanda di risarcimento danni che riposa sulla responsabilità contrattuale della Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. ai sensi dell'art. 1218 c. c..

Quanto alla sussistenza di un nesso eziologico fra l'inadempimento risultante in causa e il danno che gli attori assumono di aver patito, va senza dubbio ritenuto, quanto meno in via presuntiva, che, se la Banca avesse adempiuto al proprio onere di una completa ed approfondita informazione, seguita da

una compiuta avvertenza sulla sua inadeguatezza, Bezzan Eugenio, timoroso com'era di effettuare investimenti a rischio, si sarebbe astenuto dall'acquisto, essendo, come si diceva, un investitore prudente e per nulla propenso alla elevata speculazione.

Può, quindi, procedersi alla liquidazione del pregiudizio sofferto dal Bezzan e dalla Benin muovendo dal rilievo che la domanda attorea è diretta ad ottenere innanzitutto il versamento di una somma pari a quella spesa per l'acquisto dei titoli (€ 27.537,52).

Trattasi di una istanza ben accoglibile.

L'espletata C. T. U. ha, difatti, chiarito che il capitale investito è andato interamente perduto e la conclusione alla quale è pervenuto il nominato Ctu, compiutamente esponendo le fonti del suo convincimento, non viene, di certo, intaccata dalle generiche censure della Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. che, pur essendo un operatore economico qualificato, non è stata in grado di indicare una sola fonte ulteriore rispetto a quelle prese in considerazione dall'esperto nominato dall'Ufficio capace di giustificare una conclusione diversa.

Non risultano, d'altro canto né rimborsi parziali dei medesimi titoli, né, incassi di cedole ed anzi evenienze del genere sono escluse dalla documentazione che gli attori hanno offerto al giudizio a seguito dell'ordine di esibizione emesso nei loro confronti (vd. doc. da n. 16 a n. 29).

La prefesa che è stata azionata va, di conseguenza, riconosciuta fondata appunto poiché si rimane di fronte ad un capitale che è andato interamente perduto e che non ha prodotto nemmeno i frutti che sarebbe stato in grado di garantire ove fosse stato impiegato in investimenti confacenti al profilo di rischio proprio degli attori.

A partire dal 5.12.2001 si giustifica, pertanto, anche la corresponsione di interessi destinati a compensare i mancati introiti che sarebbero potuti derivare dall'impiego del denaro in investimenti più prudenti e, quindi, anche meno remunerativi, di quelli effettuati con l'acquisto dei bond " CIRIO 00 / 05

Tenendo conto delle remuneratività nel periodo di investimenti in titoli a basso rischio e vista la preferenza accordata dagli attori ad impieghi di media / lunga durata, può, allora, affermarsi, anche facendo ricorso all'equità, l'obbligo della Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. di corrispondere interessi al tasso annuo del 5 % sul capitale investito, poiché tale soluzione garantisce una remuneratività media rispetto ad un lasso di tempo nel quale vi è stato un progressivo ribasso dei frutti assicurati, appunto, da investimenti a basso rischio.

Conclusivamente, pertanto, la Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. deve essere condannata al pagamento in favore di Bezzan Eugenio e Benin Francesca della somma capitale di € 27.537,52, maggiorata degli interessi, al tasso annuo del 5 %, con decorrenza dal 5.12.2001 al saldo.

In applicazione del principio della soccombenza la convenuta deve essere condannata al rimborso delle spese sostenute nel giudizio dagli attori, alla cui liquidazione si provvede come da dispositivo.

Per lo stesso principio anche le spese dell'espletata C. T. U., così come già liquidate in atti, devono rimanere definitivamente a carico della Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a..

P. Q. M.

il tribunale, definitivamente pronunciando, così provvede:

Dichiara inammissibile la domanda degli attori intesa ad ottenere la dichiarazione della nullità, dell'annullabilità o dell'inesistenza " del contratto normativo – c.d. contratto quadro – ”;

Rigetta tutte le domande proposte dagli attori in via principale.

Condanna la Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. al pagamento in favore di Bezzan Eugenio e Benin Francesca della somma capitale di € 27.537,52, da maggiorarsi degli interessi, al tasso annuo del 5 %, con decorrenza dal 5.12.2001 al saldo;

Condanna la Banca Popolare di Vicenza s. c. p. a. al rimborso delle spese processuali sostenute da Bezzan Eugenio e Benin Francesca, che liquida in complessivi € 7.850,00, di cui € 1.900,00 per diritti; € 4.600,00 per onorari ed il resto per spese, comprese quelle forfetarie ai sensi dell'art. 14 Capitolo I dell'allegato al decreto Ministero Giustizia 8.4.2004 n. 127;

Pone definitivamente a carico della convenuta le spese di espletamento della C. T. U., così come già liquidate in atti, condannandola, per l'effetto, al rimborso in favore degli attori della somma di € 1.100,00, oltre accessori di legge dovuti al Ctu.

Così deciso in Vicenza, nell'udienza del 12.11.2010.

II CASO.it
IL PRESIDENTE EST.