

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CARNEVALE Corrado - Presidente -
Dott. PICCININNI Carlo - Consigliere -
Dott. ZANICHELLI Vittorio - Consigliere -
Dott. SCHIRÒ Stefano - rel. Consigliere -
Dott. CULTRERA Maria Rosaria - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso n. 19966/05 proposto da:

PROFIT SIM Società di Intermediazione Mobiliare s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, via Granisci 54, presso l'avv. FERRERI GIOVANNI, che la rappresenta e difende insieme con gli avvocati Fausto Bongiorno, del Foro di Milano, e Dora Briguori Spina, del Foro di Genova, per procura in atti;
- ricorrente -

contro

A. ANNA MARIA, elettivamente domiciliata in Roma, piazza dei Re di Roma 8, presso l'avv. BOVA GIAMPIERO che la rappresenta e difende, insieme con l'avv. Bruno Barbagelata, del Foro di Genova, per procura in atti;
- controricorrente -

LLOYD'S OF LONDON, QBE INTERNATIONAL INSURANCE LIMITED, CNA INTERNATIONAL REINSURANCE COMPANY LTD (ora CX REINSURANCE COMPANY LIMITED) e FALLIMENTO M. ANTONINO, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore;
- intimati -

sul ricorso n. 25279/05 proposto da:

CX REINSURANCE COMPANY LIMITED (già CNA INTERNATIONAL REINSURANCE COMPANY LTD) e LLOYD'S OF LONDON, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in Roma, via Due Macelli 66, presso gli avvocati Bruno Giuffrè e Alfredo Irti, che le rappresentano e difendono per procure in atti;
- controricorrenti e ricorrenti incidentali -

contro

PROFIT SIM Società di Intermediazione Mobiliare s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, A. ANNA MARIA e FALLIMENTO M. ANTONINO, in persona del legale rappresentante pro tempore, - intimati -

avverso la sentenza della Corte di appello di Genova n. 1061 del 21 dicembre 2004;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 28 settembre 2010 dal relatore, cons. Stefano Schirò;

uditi, per a controricorrente A. Anna Maria, l'avv. Giampiero Bova e, per le controricorrenti e ricorrenti incidentali Cx Reinsurance Company Limited e Lloyd's of London l'avv. Bruno Giuffrè; udito il P.M., in persona del sostituto procuratore generale, Dott. CICCOLO Pasquale Paolo Maria, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso principale e di quello incidentale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con sentenza del 21 dicembre 2004 la Corte d'appello di Genova - pronunciando sull'appello proposto da Anna Maria A. nei confronti di PROFIT SIM Società di Intermediazione Mobiliare s.p.a., Lloyd's Of London, Qbe International Insurance Limited. Cna International Reinsurance Company Ltd e Fallimento M. Antonino avverso la sentenza del Tribunale di Chiavari in data 19 marzo 2002. che aveva respinto la domanda con la quale la medesima A. aveva chiesto, con citazione notificata il 22 luglio 1999, la condanna di PROFIT SIM s.p.a. alla restituzione, oltre al risarcimento degli ulteriori danni da liquidarsi in separata sede, della complessiva somma di L. 650.356.557 da lei versata per l'acquisto di certificati di deposito ad Antonino M., promotore finanziario operante per la suddetta società, che si era indebitamente appropriato di tale

somma - in accoglimento del gravame condannava la PROFIT SIM s.p.a. al pagamento in favore dell'A. della somma di Euro 335.881.13 (pari a L. 650.356.557), oltre a rivalutazione monetaria e interessi legali, e al risarcimento del danno ulteriore, da determinarsi in separata sede. Con la medesima sentenza, inoltre, la Corte di merito dichiarava Lloyd's Of London, Qbe International Insurance Limited e Cna International Reinsurance Company Ltd. chiamate in causa nel giudizio di primo grado dalla convenuta quali società presso le quali era assicurata, tenute a garantire la PROFIT SIM s.p.a. in ordine a quanto da questa dovuto alla A., previa detrazione dello scoperto contrattualmente previsto ed entro il limite massimo di indennizzo stabilito nei contratti di assicurazione, dichiarando infine improcedibili le domande di garanzia proposte nel giudizio di primo grado da PROFIT SIM s.p.a.. Lloyd's Of London, Qbe International Insurance Limited e Cna International Reinsurance Company Ltd nei confronti del Fallimento Antonino M..

2. A fondamento della decisione, la Corte d'appello di Genova così motivava:

a - diversamente da quanto ritenuto dal giudice di primo grado - che aveva ritenuto mancare la prova del fatto costitutivo allegato a fondamento della domanda risarcitoria e consistente nell'avvenuta erogazione da parte della A. al M. della somma di denaro indicata dall'attrice - la prova di tale fatto costitutivo doveva ritenersi conseguita sulla base di un triplice ordine di elementi, ossia, in primo luogo, gli accertamenti compiuti nel procedimento penale celebratosi a carico del M.. imputato di bancarotta fraudolenta e di truffa pluriaggravata e continuata in danno della A. e di numerose altre persone, nonché le risultanze delle schede di prenotazione dei certificati di deposito sottoscritte dalla A. e la dichiarazione a firma del M., sottoscritta il 5 marzo 1998, che aveva confermato l'avvenuta prenotazione da parte dell'A. di titoli di natura e di importo corrispondenti a quelli indicati in atti;

b - in particolare, il giudice penale aveva accertato che la A. aveva sottoscritto schede di prenotazione di certificati di deposito emessi da Mediocredito Lombardo s.p.a. rivelatisi inesistenti, versando al M., a mezzo di assegni bancari, la complessiva somma di L. 744.702.990. ottenendo il limitato rimborso di L. 90.000.000 e subendo quindi un danno definitivo di L. 654.702.990:

tale accertamento, compiuto sulla base di molteplici e attendibili elementi istruttori (compresa una consulenza tecnica di natura contabile), era stato posto a base della sentenza di condanna del M., sostanzialmente confermata dalla Corte di appello, che aveva soltanto modificato l'entità della pena sull'accordo delle parti;

c - le schede di prenotazione, recanti l'intestazione della PROFIT contenevano l'indicazione di somme per l'importo complessivo di L. 650.748.557, approssimativamente corrispondente, anche se di poco superiore, a quello precisato nel petitum dell'appellante; inoltre la dichiarazione sottoscritta dal M. il 5 marzo 1998 conteneva la precisazione che "il capitale in essere al 1 gennaio 1998" ammontava a L. 744.702.990, con l'ulteriore indicazione dell'avvenuta restituzione di L. 90.000.000;

d - confermava tale quadro probatorio la deposizione della teste Angiolini, la quale, se pur nulla aveva potuto riferire sul versamento delle somme da parte della A., era stata presente quando il M. si era impegnato a restituire la somma di oltre L. 650 milioni;

e - sulla scorta di tale ricostruzione dei fatti, doveva esser riconosciuta la responsabilità della SIM convenuta, alla stregua del disposto della L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 5, comma 4, che assoggetta espressamente le società di intermediazione mobiliare alla responsabilità solidale per i danni cagionati a terzi dai promotori finanziari nello svolgimento delle incombenze loro affidate e nel quadro delle attività funzionali a tali incombenze, anche quando tali danni siano conseguenti a fatti illeciti accertati in sede penale; in particolare, non era necessario configurare una specifica congruenza del comportamento concretamente posto in essere dal promotore con gli scopi perseguiti dalla società di intermediazione attraverso la sua attività, essendo sufficiente la configurabilità di un rapporto di necessaria occasionalità tra fatto illecito del preposto ed esercizio delle mansioni affidategli;

restava altresì irrilevante che nella specie la A. avesse mostrato di ignorare la PROFIT SIM come propria controparte contrattuale ed avesse voluto instaurare un rapporto personale e diretto con il M. -, in quanto la consegna delle somme era comunque avvenuta nei confronti di un soggetto che si presentava qualificato dalle mansioni di promotore finanziario e dall'uso di

strumenti documentali tipici delle operazioni di legittimo investimento mobiliare, avvalorati dall'espressa indicazione in essi contenuta della SIM di riferimento;

f - nella fattispecie in esame si ponevano in evidenza anche estremi di colpa in vigilando nella condotta della SIM, per la mancata adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno cagionato da comportamenti anomali del promotore, in particolare per l'omesso tempestivo controllo sulla modulistica restituita dal M. alla SIM e soprattutto sulle schede di prenotazione, delle quali il M. stesso aveva potuto compiere la materiale falsificazione;

g - era altresì da escludere che la A. avesse dato causa al danno da lei subito, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1227 c.c., in particolare per la mancata osservanza, nella consegna al M. dell'equivalente pecuniario dei titoli, delle modalità previste dalla legge e indicate nella modulistica, secondo cui ogni pagamento doveva essere effettuato mediante bonifico bancario o assegno non trasferibile, a favore del soggetto emittente o della SIM di riferimento, ovvero a favore del sottoscrittore stesso con girata piena seguita da clausola di non trasferibilità; ciò perché era ragionevole ritenere che la A., tenuto anche conto del suo livello socio-culturale, fosse stata resa edotta delle modalità di pagamento, non attraverso la consultazione del prospetto informativo e dei moduli contrattuali, ma proprio tramite le informazioni fornite dal promotore in cui riponeva fiducia; comunque, anche a voler riconoscere la rilevanza causale nella produzione dell'evento finale dell'errore di convincimento in ordine alla regolarità dei pagamenti, risolvendosi tale errore nell'omissione di quelle cautele che la normativa prevede in tema di acquisto dei prodotti finanziari, esso non integrava gli estremi di una causa autonoma e consorziale con la condotta fraudolenta del promotore, qualificandosi piuttosto come supcausa che trovava la sua matrice proprio in tale condotta, rispetto alla quale si poneva in rapporto di derivazione consequenziale e nella quale risultava giuridicamente assorbita in base al principio per cui causa causae est causa causati;

h - in ordine alla determinazione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria, la condanna della PROFIT doveva essere pronunciata limitatamente alla minore delle differenti somme indicate in atti, pari a L. 650.356.557, sulla quale si era concentrata anche la domanda della A., che non avrebbe potuto essere superata se non incorrendo in un vizio di ultrapetizione.

3. Per la cassazione di tale sentenza ricorre, sulla base di cinque motivi, la PROFIT SIM. Resistono con controricorso A. Anna Maria, Cx Reinsurance Company Limited (già Cna International Reinsurance Company Ltd) e Lloyd's Of London. Le due compagnie assicuratrici propongono anche ricorso incidentale, articolato su sci motivi, mentre non hanno svolto attività difensiva la Qbe International Insurance Limited e il Fallimento Antonino M., La controricorrente e le ricorrenti incidentali hanno anche depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., deve disporsi la riunione dei ricorsi, in quanto attinenti air impugnazione della medesima sentenza. Con il primo motivo del ricorso principale PROFIT SIM s.p.a. - denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., e insufficienza e contraddittorietà della motivazione - censura la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte di merito ha affermato "...che la prova del fatto oggettivo di cui trattasi..." (ossia la consegna al M. della somma necessaria all'acquisto dei certificati di deposito) "...deve ritenersi conseguita in via di soddisfacimento del criterio generale distributivo dell'onere della prova dettato dall'art. 2697 c.c....".

Al riguardo la ricorrente afferma che:

- i giudici di appello si sono contraddetti, da un lato sostenendo che il giudice penale aveva accertato che la A. aveva sottoscritto le schede di prenotazione dei certificati di deposito emessi da Mediocredito Lombardo, rivelatisi inesistenti, versando al M. assegni bancari per la complessiva somma di L. 744.702.990. ottenendo la restituzione di L. 90.000.000 e subendo quindi un danno definitivo di L. 654.702.990. e per altro verso, riconoscendo che l'accertamento svolto nel processo penale non poteva esplicitare, nel giudizio civile promosso nei confronti della PROFIT SIM, rimasta estranea a tale giudizio penale, l'efficacia probatoria conferita dagli artt. 651 e 654 c.p.p., al giudicato penale;

- gli assegni bancari che la A. ha affermato aver consegnato al M. non sono mai stati prodotti nel giudizio penale, ne' in sede di insinuazione al passivo del Fallimento M. e neppure nel primo e secondo grado del presente giudizio civile;

- le schede di prenotazione dei certificati di deposito, come anche rilevato dal Tribunale di Chiavari, erano incomplete, perché mancanti della indicazione di come fossero state versate le somme che la A. ha asserito di aver investito; le schede stesse, inoltre, indicavano chiaramente i mezzi di pagamento ammessi, in ottemperanza all'art. 14, comma 9, del Regolamento Consob n. 5388 del 1991;

- con riferimento alla dichiarazione del M. del 5 marzo 1998, che, secondo la Corte territoriale confermerebbe in linea di fatto l'avvenuta prenotazione dei titoli da parte dell'A. per la somma di circa L. 650 milioni, non si è tenuto conto del principio giurisprudenziale per il quale la confessione giudiziale o stragiudiziale ha efficacia di prova solo ai danni di chi la rende e non ai danni di altri soggetti, quali debitori solidali o comunque litisconsorti facoltativi;

- del tutto irrilevante, ai fini della prova della consegna del denaro al M. era la testimonianza resa dall'Angiolini. 2. Con il secondo motivo la ricorrente principale denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 1 del 1991, art. 5, comma 4, nonché insufficienza della motivazione, e afferma che il principio della responsabilità oggettiva o indiretta delle SIM per i fatti illeciti compiuti dai propri promotori nell'ambito dell'attività da questi ultimi svolta per le SIM stesse, non può essere interpretato quale fonte illimitata di tutela in favore di quegli investitori che palesemente violano le previsioni di legge e dei regolamenti, né quale vincolo assoluto di responsabilità oggettiva della SIM per i comportamenti dei promotori finanziari, o per le attività da questi personalmente svolte al di fuori dei mandati loro conferiti. Al riguardo deduce che:

- la A., come desumibile dalla documentazione in atti, ha sempre riconosciuto come proprio debitore il solo M., considerandolo non quale mandatario di PROFIT SIM, ma quale autonomo soggetto di imputazione di interessi; di conseguenza non può invocarsi la responsabilità oggettiva della SIM L. n. 1 del 1991, ex art. 5, comma 4, in quanto il M. non ha svolto presso la A. attività di mandatario della PROFIT;

- è infondata anche la tesi dell'asserita culpa in vigilando della PROFIT. stante la palese conoscenza da parte della A. della circostanza che il M., imprenditore autonomo e per tale motivo dichiarato fallito, gestiva personalmente e illecitamente il denaro che gli veniva consegnato, in piena autonomia e senza coinvolgimento della PROFIT SIM, tra l'altro falsificando, come dall'interessato stesso ammesso in sede di interrogatorio reso al Pubblico ministero il 29 gennaio 2001, le schede di prenotazione dei certificati e gli stessi certificati di deposito del Mediocredito Lombardo. 3. Con il terzo motivo la PROFIT SIM - denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 1227 c.c. e insufficienza della motivazione - censura la sentenza impugnata per avere la Corte territoriale escluso che la danneggiata abbia dato causa all'evento pregiudizievole con un comportamento colposo a lei stessa imputabile. A tale proposito la ricorrente deduce che:

- l'inosservanza delle modalità di pagamento di somme alla società di intermediazione mobiliare tramite il promotore finanziario appare con figurabile come un inadempimento colpevole del cliente, costituendo violazione di norme regolamentari (art. 14, comma 9, del Regolamento Consob n. 5388/91), destinate proprio ad evitare la realizzazione del rischio di appropriazione indebita o di illeciti in genere del promotore finanziario in danno dell'investitore e della SIM; inoltre gli obblighi ai quali l'investitore deve attenersi nel pagamento di somme alla SIM tramite il promotore finanziario, espressamente enunciati dal Regolamento Consob n. 5388/91, rientrano nel contenuto negoziale in conseguenza dell'integrazione del contratto, fermo restando che l'inottemperanza del cliente della SIM alle norme di legge e di regolamento rilevarebbe comunque agli effetti dell'art. 1227 c.c., comma 1, per avere il danneggiato dato causa al pregiudizio denunciato, con un equivalente contenimento del quantum dell'obbligazione risarcitoria della SIM; infatti le norme regolamentari sono poste a tutela del consumatore contraente debole, ma configurano a suo carico anche un onere di collaborazione destinato ad evitare il rischio di appropriazione indebita da parte del promotore finanziario in danno dell'investitore;

- infondate sono le argomentazioni con le quali la Corte di merito ha ritenuto, senza adeguata motivazione, la A. soggetto tanto sprovveduto da non leggere le schede di prenotazione, che espressamente indicavano con quali mezzi di pagamento si dovevano sottoscrivere i certificati di deposito e da non conoscere norme aventi efficacia erga omnes sulle modalità di sottoscrizione di strumenti di investimento sollecitati presso il pubblico dei risparmiatori, in contrasto con il principio secondo cui l'ignoranza della legge non può scriminare né ridurre la

responsabilità. 4. Con il quarto motivo la ricorrente principale - denunciando insufficienza e contraddittorietà della motivazione - censura la sentenza impugnata, perché la Corte d'appello, nel determinare l'entità del risarcimento in L. 650.356.557, ha ignorato la circostanza, a lei ben nota perché agli atti del procedimento, che la A. aveva chiesto e ottenuto l'ammissione del proprio credito al passivo del Fallimento M. per la somma di L. 654.702.999. Di conseguenza i giudici di appello, al fine di evitare un possibile indebito arricchimento della A., avrebbero dovuto determinare il contenuto dell'obbligazione risarcitoria deducendo dall'obbligazione posta a carico di PROFIT SIM tutte le eventuali somme che la A. avesse ricevuto o potesse ricevere dai riparti del Fallimento M., quanto meno considerando l'obbligo risarcitorio de qua in solido tra PROFIT e il Fallimento.

5. Con il quinto ed ultimo motivo la A., denunciando ancora violazione e falsa applicazione della L. n. 1 del 1991, art. 5, comma 4, e dell'art. 2697 c.c., nonché vizio di insufficiente motivazione, si duole che la Corte di appello abbia accolto la domanda di risarcimento dell'ulteriore danno patrimoniale, da determinarsi in separata sede, senza tener conto che nel corso del giudizio non è stata fornita la prova di tale ulteriore danno, dalla A. meramente enunciato.

6. Con il primo motivo del ricorso incidentale, le compagnie assicuratrici Cx Reinsurance Company Limited (già Cna International Reinsurance Company Ltd) e Lloyd's of London, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 2729 c.c., e omessa e insufficiente motivazione, si dolgono che la Corte d'appello, sulla base di carente motivazione, abbia ritenuto provata la consegna a M., da parte della A., della somma di L. 650.356.557.

Con il secondo motivo le ricorrenti incidentali denunciano violazione e falsa applicazione della L. n. 1 del 1991, art. 5, comma 4, nonché insufficienza della motivazione, e si dolgono che la Corte territoriale abbia ravvisato la solidale responsabilità indiretta della PROFIT SIM in mancanza dei relativi presupposti di fatto (rapporto di preposizione tra M. e SIM, riferibilità degli atti compiuti dal primo all'attività della seconda; esistenza del nesso di occasionalità necessaria; omissione da parte dell'intermediario dei necessari controlli per prevenire la commissione di illeciti da parte del promotore) e senza considerare che la A. ha nutrito fiducia unicamente nel M., senza mai contattare direttamente la PROFIT SIM. Con il terzo motivo del ricorso incidentale si prospetta violazione e falsa applicazione dell'art. 1227 c.c., e vizio di insufficienza di motivazione e si deduce che - essendo pacifico e non contestato il comportamento della A. relativamente al mancato rispetto delle modalità di pagamento al promotore finanziario, previste dalla legge speciale e dai connessi regolamenti Consob - è indubbio che tale comportamento abbia perfezionato l'ipotesi di cui all'art. 1227 c.c., almeno sotto il profilo della riduzione dell'entità del risarcimento dovuto.

7. Con il quarto motivo le ricorrenti incidentali denunciano insufficienza e contraddittorietà della motivazione in ordine alla determinazione, da parte della Corte d'appello, del contenuto dell'obbligazione risarcitoria posta a carico di PROFF SIM. Con tale censura si reitera la doglianza già svolta dalla ricorrente principale con il quarto motivo, deducendosi che i giudici di appello, al fine di evitare un possibile indebito arricchimento della A., avrebbero dovuto determinare il contenuto dell'obbligazione risarcitoria detraendo dall'obbligazione posta a carico di PROFIT SIM tutte le eventuali somme che la A. avesse ricevuto o potesse ricevere dai riparti del Fallimento M., quanto meno considerando l'obbligo risarcitorio de qua in solido tra PROFIT e il Fallimento.

Con il quinto motivo del ricorso incidentale si deduce vizio di insufficiente e contraddittoria motivazione in merito alla condanna generica di PROFIT SIM al risarcimento dell'ulteriore danno in favore dell'A.. Si afferma in particolare che nel corso del giudizio non è stata acquisita prova alcuna del danno ulteriore invocato dalla A..

Con il sesto e ultimo motivo le ricorrenti incidentali, denunciando ancora insufficiente e contraddittoria motivazione, censurano la sentenza impugnata, per avere la Corte di merito rigettato la domanda con la quale le compagnie assicuratrici avevano chiesto di condannare il Fallimento M. a manlevare le medesime da qualsiasi onere e responsabilità che fosse loro derivato per effetto dell'accoglimento delle domande dell'attrice, limitandosi a considerare, con inadeguata argomentazione, tale domanda improcedibile.

8. Il primo motivo del ricorso principale e il primo del ricorso incidentale, da esaminarsi congiuntamente in quanto attinenti alla medesima questione, sono inammissibili. Infatti le censure ivi svolte in ordine alla ritenuta sussistenza della prova della consegna al M. da parte

della A. della somma di L. 650.356.557, lungi dal configurare la violazione del principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., e dal prospettare il vizio di insufficiente e contraddittoria motivazione, si sostanziano invece in non consentite doglianze relative all'accertamento di fatto compiuto dalla Corte di appello sulla base di risultanze processuali specificamente indicate e fondato su idonea ed esauriente motivazione e sulla corretta applicazione del disposto dell'art. 2697 c.c., nell'evidente tentativo di indurre la Corte di legittimità ad un inammissibile riesame nel merito di tali risultanze. La prospettazione del vizio di contraddittoria motivazione in ordine alla utilizzazione da parte dei giudici di appello delle risultanze del processo penale svoltosi a carico del M. non coglie la ratio della decisione impugnata, sul punto incentrata non sulla rilevanza in questa sede del giudicato penale, rilevanza anzi espressamente esclusa dalla Corte di merito, ma sul potere del giudice civile di utilizzare liberamente, come fonte del proprio convincimento, le prove raccolte nel giudizio penale su circostanze di fatto ritenute rilevanti, con autonomo apprezzamento non soggetto, se congruamente motivato, a sindacato in sede di legittimità. Sono invece privi di fondamento il secondo motivo del ricorso principale e l'analogo motivo del ricorso incidentale, anch'essi da esaminarsi congiuntamente in quanto attinenti alla medesima questione, alla stessa stregua di quanto sarà fatto per l'esame dei successivi terzo, quarto e quinto motivo di entrambi i ricorsi. La disposizione della L. n. 1 del 1991, art. 5, comma 4, secondo la quale la società di intermediazione mobiliare è responsabile in solido degli eventuali danni arrecati a terzi nello svolgimento delle incombenze affidate ai promotori finanziari anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale, richiede, ai fini della sussistenza della responsabilità di detta società, un rapporto di "necessaria occasionalità" tra incombenze affidate e fatto del promotore, rapporto che, peraltro, è ravvisabile in tutte le ipotesi in cui il comportamento del promotore rientri nel quadro delle attività funzionali all'esercizio delle incombenze di cui è investito. Il relativo accertamento costituisce giudizio di merito, insindacabile in cassazione se congruamente e logicamente motivato. (Cass. 2002/10580; 2009/13529; cfr. Cass. 2006/8229). A nulla rileva, inoltre, che il comportamento del promotore abbia esorbitato il limite fissato dalla società, come si desume dall'art. 2049 c.c., la cui portata è stata estesa, in una relazione di continuità, dalla L. n. 1 del 1991, art. 5, comma 4, per offrire agli investitori un più efficace strumento di tutela (Cass. 2004/20588; 2006/6091), essendo sufficiente che tale comportamento sia stato agevolato e reso possibile dall'inserimento del promotore stesso nell'attività della società d'intermediazione mobiliare e si sia realizzato nell'ambito e coerentemente alle finalità in vista delle quali l'incarico è stato conferito, in maniera tale da far apparire al terzo in buona fede che l'attività posta in essere per la consumazione dell'illecito rientrasse nell'incarico a lui affidato (Cass. 2009/17393; 2010/21729).

Nel caso di specie, la sentenza impugnata - nell'affermare che: a) doveva esser riconosciuta la responsabilità della SIM convenuta, alla stregua del disposto della L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 5, comma 4, che assoggetta espressamente le società di intermediazione mobiliare alla responsabilità solidale per i danni cagionati a terzi dai promotori finanziari nello svolgimento delle incombenze loro affidate e nel quadro delle attività funzionali a tali incombenze, anche quando tali danni siano conseguenti a fatti illeciti accertati in sede penale; b) non era necessario configurare una specifica congruenza del comportamento concretamente posto in essere dal promotore con gli scopi perseguiti dalla società di intermediazione attraverso la sua attività, essendo sufficiente la configurabilità di un rapporto di necessaria occasionalità tra fatto illecito del preposto ed esercizio delle mansioni affidategli; c) restava altresì irrilevante che nella specie la A. avesse mostrato di ignorare la PROFIT SIM come propria controparte contrattuale ed avesse voluto instaurare un rapporto personale e diretto con il M., in quanto la consegna delle somme era comunque avvenuta nei confronti di un soggetto che si presentava qualificato dalle mansioni di promotore finanziario e dall'uso di strumenti documentali tipici delle operazioni di legittimo investimento mobiliare, avvalorati dall'espressa indicazione in essi contenuta della SIM di riferimento - si è uniformata alla giurisprudenza sopra richiamata e si sottrae alle infondate censure dei ricorrenti che non tengono conto né di tale giurisprudenza, né dell'accertamento in fatto compiuto dalla Corte di merito, la quale ha ritenuto provato che l'A. ebbe a stabilire un rapporto fiduciario nei confronti di un soggetto (il M.) "...che si presentava qualificato dalle mansioni del promotore finanziario..." e che non si sarebbe potuto

realizzare "...se il M. non fosse stato munito della investitura di tali funzioni..." e dotato della disponibilità dei mezzi operativi della PROFIT, tenuto anche conto della "...collocazione - peraltro mai revocata in discussione - del rapporto tra il M. e la A. nell'ambito cronologico del rapporto tra il M. e la PROFIT". È invece inammissibile l'ulteriore censura sollevata dalla ricorrente in relazione all'affermazione della Corte di appello, secondo cui ricorrerebbero anche estremi di colpa in vigilando nella condotta della SIM, per la mancata adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno cagionato da comportamenti anomali del promotore. Infatti, atteso che la responsabilità di cui all'art. 2049 c.c., - i cui principi sono stati estesi dalla L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 5, comma 4, che con essa si pone in una relazione di continuità (Cass. 2004/ 20588; 2006/6091) - prescinde del tutto da una "culpa in eligendo o in vigilando" del datore di lavoro o del committente ed è quindi insensibile all'eventuale dimostrazione dell'assenza di colpa, (Cass. 1995/9100, 2001/8381), l'argomentazione della Corte di merito sulla sussistenza nella specie anche di colpa in vigilando da parte della PROFIT, deve ritenersi essere stata svolta ad abundantiam e non costituire ratio della sentenza impugnata, con conseguente inammissibilità della censura che la riguarda (Cass. 2005/24591; 2006/7074; 2010/26635).

9. È fondato, nei termini qui di seguito precisati, il terzo motivo sia del ricorso principale che del ricorso incidentale. È attrice Anna Maria A. non ha mai contestato che la consegna al M. dell'equivalente pecuniario dei certificati di deposito da lei prenotati sia avvenuta, come eccepito anche dalla Profit sin dalla prima difesa, senza l'osservanza delle modalità regolamentari, indicate anche nella modulistica utilizzata dalle parti nel caso di specie, secondo cui i pagamenti effettuati per il tramite del promotore devono avvenire a mezzo di assegni non trasferibili, a favore del soggetto emittente o della SIM di riferimento. La circostanza può pertanto ritenersi pacifica in atti, tenuto anche conto che è risultata infondata, per le considerazioni svolte in precedenza, la contestazione mossa da Profit in ordine alla mancanza di prova dei pagamenti effettuati dalla A..

A tale riguardo questa Corte, con orientamento a cui si intende in questa sede dare continuità, ha già affermato che, in tema di intermediazione mobiliare, in ordine alla quale la L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 5, comma 4, pone a carico dell'intermediario la responsabilità solidale per gli eventuali danni arrecati a terzi nello svolgimento delle incombenze affidate ai promotori finanziari, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale, la mera allegazione del fatto che il cliente abbia consegnato al promotore finanziario somme di denaro con modalità difformi da quelle con cui quest'ultimo sarebbe legittimato a riceverle, non vale, in caso di indebita appropriazione di dette somme da parte del promotore, ad interrompere il nesso di causalità esistente tra lo svolgimento dell'attività del promotore finanziario e la consumazione dell'illecito, e non preclude, pertanto, la possibilità di invocare la responsabilità solidale dell'intermediario preponente. Né un tal fatto può essere addotto dall'intermediario come concausa del danno subito dall'investitore, in conseguenza dell'illecito consumato dal promotore, al fine di ridurre l'ammontare del risarcimento dovuto (Cass. 2006/8229;

2008/29773). Ciò in quanto la responsabilità dell'intermediario preponente "...trova la sua ragion d'essere, per un verso, nel fatto che l'agire del promotore è uno degli strumenti dei quali l'intermediario si avvale nell'organizzazione della propria impresa, traendone benefici cui è ragionevole far corrispondere i rischi; per altro verso, ed in termini più specifici, nell'esigenza di offrire una più adeguata garanzia ai destinatari delle offerte fuori sede loro rivolte dall'intermediario per il tramite del promotore, giacché appunto per le caratteristiche di questo genere di offerte più facilmente la buona fede dei clienti può essere sorpresa. E tale garanzia il legislatore ha inteso rafforzare, tra l'altro, anche e proprio attraverso un meccanismo normativo volto a responsabilizzare l'intermediario nei riguardi dei comportamenti di soggetti - quali sono i promotori - che l'intermediario medesimo sceglie, nel cui interesse imprenditoriale essi operano e sui quali nessuno meglio dell'intermediario è concretamente in grado di esercitare efficaci forme di controllo...".

In questo quadro si collocano, ovviamente, anche le disposizioni regolamentari che la Consob è stata chiamata a dettare in ordine alle modalità di corresponsione al promotore finanziario, da parte del cliente, dell'equivalente pecuniario dei titoli acquistati o prenotati. Tali regole sono tuttavia unicamente dirette a porre un obbligo di comportamento in capo al promotore e

traggono la loro fonte da una prescrizione di legge (L. n. 1 del 1991, art. 5, comma 8, lett. f)), espressamente volta a stabilire le regole che i promotori devono osservare nei rapporti con la clientela al fine di tutelare l'interesse del risparmiatore. "...Non è perciò logicamente postulabile che essa, viceversa, si traduca in un onere di diligenza posto a carico di quest'ultimo, tale per cui l'eventuale violazione di detta prescrizione ad opera del promotore si risolva in un addebito di colpa (concorrente, se non addirittura esclusiva) a carico del cliente danneggiato dall'altrui atto illecito. Nè il mero fatto che una corrispondente previsione sia eventualmente inserita nei moduli sottoscritti dal cliente può mutare la funzione di quella regola e trasformarla, da obbligo di comportamento del promotore in vista della tutela dell'investitore, in un onere gravante su quest'ultimo in funzione della tutela dell'intermediario rispetto ai rischi di comportamento infedele del promotore..." (Cass. 2006/8229).

Si è tuttavia contestualmente osservato che non si può "...negare, in assoluto che possa trovare spazio l'applicazione dell'art. 1227 c.c. (comma 1 o 2, a seconda dei casi), qualora l'intermediario provi che vi sia stata, se non addirittura collusione, quanto meno una consapevole e fattiva acquiescenza del cliente alla violazione, da parte del promotore, di regole di condotta su quest'ultimo gravanti. Al dovere di tutela reciproca dei contraenti, insito nel principio generale di buona fede, anche il cliente dell'intermediario è certamente tenuto..." (Cass. 2006/8229, in motivazione. Nello stesso senso v. Cass. 2009/17393). Incombe pertanto all'investitore l'onere di provare l'illiceità della condotta del promotore, mentre spetta all'intermediario quello di provare che l'illecito sia stato consapevolmente agevolato in qualche misura dall'investitore (Cass. 2010/6708).

Alla stregua del complessivo orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, è necessario che il giudice di merito, investito dell'eccezione dell'intermediario in ordine al concorso del fatto colposo del cliente, valuti specificamente le risultanze probatorie acquisite, al fine di accertare se la condotta del cliente stesso, nel caso concreto, presenti quei connotati di "anomalia" (Cass. 2010/6708). ovvero, se non di collusione, quanto meno di "consapevole e fattiva acquiescenza... alla violazione, da parte del promotore, di regole di condotta su quest'ultimo gravanti" (Cass. 2006/8229;

2009/17393). In tale prospettiva, anche l'inosservanza da parte dell'investitore delle modalità di consegna di somme di denaro al promotore finanziario prescritte dalle disposizioni regolamentari della Consob può assumere rilievo, ai fini dell'accertamento dell'anomalia della condotta e della consapevole e fattiva acquiescenza del cliente, qualora non sia singolarmente considerata, ma venga valutata nel contesto di una pluralità di elementi di fatto emergenti dagli atti di causa, che, se complessivamente apprezzati, possono costituire fonti di prova presuntiva. Si pensi, per esempio, al numero o alla ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, alla durata nel tempo del rapporto tra investitore e promotore, al valore complessivo delle operazioni poste in essere, all'esperienza acquisita dal cliente nell'investimento in titoli finanziari, e in particolare alla sua conoscenza del complesso iter funzionale alla sottoscrizione di programmi di investimento (Cass. 2009/13529), e comunque alle sue complessive condizioni culturali e socio-economiche. La Corte di appello di Genova - nell'escludere che la danneggiata abbia dato causa all'evento dannoso "...con un comportamento colposo alla stessa imputabile, al quale possa essere attribuita rilevanza ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1227 c.c., di guisa che, in ragione proporzionale all'incidenza di tale causa concorrente, debba ricevere riduzione l'obbligazione risarcitoria del promotore direttamente responsabile e, di riflesso, quella solidale della SIM avente coincidente contenuto risarcitorio, e quella indennitaria degli assicuratori..." - ha affermato che "dell'errore di convincimento, nel sottoscrittore, circa la regolarità dei pagamenti...va indubbiamente riconosciuta la rilevanza causale nella produzione dell'evento finale, risolvendosi esso nell'omissione di quelle cautele che la normativa prevede, in tema di acquisto di prodotti finanziari, proprio al fine di prevenire fatti di frode del genere di quello qui in esame...", ma ha escluso che esso integri gli estremi di una causa autonoma e concorrente con la condotta fraudolenta del promotore, configurandosi invece come "...una subcausa, che trova la sua matrice proprio in tale condotta rispetto alla quale si pone in rapporto di derivazione consequenziale e nella quale risulta giuridicamente assorbita in base al principio per cui causa causae est causa causati".

La Corte di merito ha tuttavia omesso di motivare sulla possibilità che, di fronte all'eccezione sollevata dalla SIM convenuta in ordine a concorso colposo della creditrice ex art. 1227 c.c., e sulla base delle risultanze probatorie acquisite, tenuto conto, in particolare, del rilevante importo delle somme investite (L. 744.702.990) e della reiterazione nel tempo delle operazioni di investimento compiute per il tramite del promotore M. in un arco temporale tra il 30 marzo 1995 e l'uno febbraio 1996, nel comportamento della A. potessero ravvisarsi gli estremi di quella condotta "anomala", indice di "consapevole e fattiva acquiescenza del cliente alla violazione, da parte del promotore, di regole di condotta su quest'ultimo gravanti" e idonea a integrare gli estremi di un concorso colposo del creditore nella produzione dell'evento dannoso. La Corte territoriale ha altresì ritenuto che non fosse "...ragionevole presumere che una persona del livello socioculturale della A. fosse in grado di acquisire cognizione delle norme di legge al riguardo o di rinvenire, di queste, la riproduzione nella (notoriamente non facile) lettura del materiale cartaceo sottoposte per la sottoscrizione..". Tuttavia l'apprezzamento del livello socio-culturale della A. non è stato sostenuto da alcuna argomentazione che fosse idonea a chiarire il percorso logico seguito dal collegio giudicante e la congruità della compiuta valutazione rispetto alle risultanze probatorie in alti, risolvendosi pertanto in un giudizio apodittico sprovvisto di alcun supporto motivazionale.

Le rilevate carenze argomentative cadono su di clementi di fatto decisivi ai fini dell'accertamento della sussistenza dei presupposti di un eventuale concorso del fatto colposo della creditrice e impongono pertanto l'annui lamento, sotto il profilo enunciato, della sentenza impugnata.

10. L'accoglimento, nei termini sopra precisati, del terzo motivo del ricorso principale e di quello incidentale, comporta la dichiarazione di assorbimento del quarto motivo di entrambi i ricorsi, in quanto l'eventuale accertamento di un concorso colposo della A. determinerebbe, ai sensi dell'art. 1227 c.c., comma 1, la riduzione dell'entità del risarcimento a seconda della gravità della colpa accertata nei confronti della creditrice e quindi la rideterminazione dell'ammontare del risarcimento da parte del giudice di appello. Merita invece accoglimento il quinto motivo di entrambi i ricorsi, limitatamente alla censura sulla configurabilità di danni patrimoniali ulteriori rispetto alla reintegrazione patrimoniale effettuata mediante corresponsione per equivalente della somma erogata.

Osserva al riguardo il collegio che, ai fini della condanna generica al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 278 c.p.c., non è sufficiente accertare l'illegittimità della condotta, ma occorre anche accertarne, sia pure con modalità sommaria e valutazione probabilistica, la portata dannosa, senza la quale il diritto al risarcimento, di cui si chiede anticipatamente la tutela, non può essere configurato; nel caso di condanna generica, infatti, ciò che viene rinviato al separato giudizio è soltanto l'accertamento in concreto del danno nella sua determinazione quantitativa, mentre l'esistenza del fatto illecito e della sua potenzialità dannosa devono essere accertati nel giudizio relativo all'"an debeat" e di essi va data la prova sia pure sommaria e generica, in quanto costituiscono il presupposto per la pronuncia di condanna generica (Cass. 2009/1631; cfr. Cass. 2002/6257).

Nel caso di specie, mentre il danno non patrimoniale può costituire oggetto di una condanna generica in quanto configurabile, ai sensi dell'art. 2059 c.c., e art. 185 c.p., comma 2, quale conseguenza dell'avvenuto accertamento a carico del M. di fatti costituenti reato (Cass. 2005/729; 2007/22020; 2009/14551), nella sentenza impugnata nessun elemento di prova è stato indicato in ordine alla configurabilità, almeno astratta, di danni patrimoniali ulteriori rispetto alla già riconosciuta reintegrazione patrimoniale per equivalente, e in particolare all'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo di danno anche in base ad un giudizio di semplice probabilità o verosimiglianza, come invece sostenuto dai giudici di appello senza il supporto di alcuna argomentazione idonea a dar conto del ragionamento logico-giuridico posto a base della decisione sul punto.

È infine privo di fondamento il sesto motivo del ricorso incidentale, in quanto nel sistema delineato dalla L. Fall., artt. 52 e 95, qualsiasi ragione di credito nei confronti della procedura fallimentare deve essere dedotta, nel rispetto della regola del concorso, con le forme dell'insinuazione al passivo, con conseguente improcedibilità della domanda proposta nella forma ordinaria (Cass. 2002/1065; 2003/515; 2005/28481).

11. Le considerazioni che precedono conducono all'annullamento della sentenza impugnata in ordine alle censure accolte e al rinvio della causa ad altro giudice, che si individua nella Corte di appello di Genova in diversa composizione, che procederà al riesame dell'appello alla stregua delle considerazioni in precedenza svolte e provvederà anche a regolare le spese del giudizio di legittimità. P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi. Dichiarò inammissibile il primo motivo del ricorso principale e di quello incidentale e rigetta il secondo motivo di entrambi i ricorsi. Accoglie nei termini di cui in motivazione, con riferimento ad entrambi i ricorsi, il terzo e il quinto motivo, quest'ultimo limitatamente alla censura relativa alla configurabilità dell'ulteriore danno patrimoniale, e dichiara assorbito il quarto motivo di entrambi i ricorsi. Respinge il sesto motivo del ricorso incidentale.

Cassa la sentenza impugnata in ordine alle censure accolte e rinvia, anche per la spese del giudizio di cassazione, alla Corte di appello di Genova in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 28 settembre 2010.

Depositato in Cancelleria il 24 marzo 2011