



19/02/2017

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

c. I.

S

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

AMBROSIO ANNAMARIA

Presidente

ACIERNO MARIA

Consigliere - Rel.

MARULLI MARCO

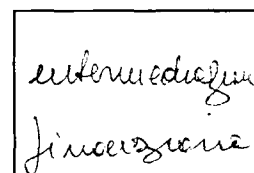
Consigliere

FALABELLA MASSIMO

Consigliere

DOLMETTA ALDO ANGELO

Consigliere



Ud. 23/02/2017 PU

Cron. 19617

R.G.N. 2037/2013

SENTENZA

sul ricorso 2037/2013 proposto da:

Maria Pia

, giusta

procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

Banca Carime S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Cassiodoro n.1/a, presso l'avvocato che la rappresenta e difende, giusta procura a margine del controricorso;

327
2017

by

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 1161/2012 della CORTE D'APPELLO di BARI, depositata il 06/11/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23/02/2017 dal cons. ACIERNO MARIA;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale CERONI FRANCESCA che ha concluso per l'inammissibilità in subordine rigetto del ricorso;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato I che ha chiesto l'accoglimento del ricorso.

FATTI DI CAUSA

La Corte d'Appello di Bari, confermando la pronuncia di primo grado, ha respinto la domanda proposta, per quel che ancora interessa, da Maria Pia : volta al riconoscimento della nullità, inefficacia od annullabilità dei contratti di vendita di titoli obbligazionari Parmalat e alla restituzione delle somme investite oltre che al risarcimento dei danni.

A sostegno della decisione la Corte ha affermato:

non vi è stata violazione della regola dell'inversione dell'onere della prova nell'aver ritenuto non dimostrato il nesso causale tra il dedotto inadempimento agli obblighi informativi ed il danno, dal momento che le due circostanze incontestate, consistenti, l'una, nel rifiuto della investitrice di fornire alla banca informazioni sulla propria condizione finanziaria, sugli obiettivi d'investimento, sull'esperienza in materia e sulla propensione al rischio, e l'altra nell'aver la banca sconsigliato per iscritto di acquistare i titoli Parmalat, ritenendo inadeguata l'operazione, hanno interrotto il nesso causale non avendo potuto la



banca in mancanza d'informazioni sui titoli in questione adempiere agli incarichi conferiti con la dovuta diligenza.

Non ha pregio la tesi secondo la quale la banca sarebbe stata comunque tenuta a fornire le informazioni sul prodotto pur in presenza del predetto rifiuto e della sottoscrizione degli ordini.

L'obbligo di fornire informazioni sarebbe scattato solo se a fronte della segnalazione d'inadeguatezza le investitrici avessero chiesto spiegazioni più analitiche.

Sul difetto di forma scritta viene escluso che sarebbe stato necessario stipulare un altro contratto in concomitanza con l'entrata in vigore del T.U. del 1998, dal momento che anche il contratto originario osservava l'obbligo di forma.

Non sussiste la nullità per abuso del mandato gestorio sia perché l'ordine era stato effettuato dal marito dell'appellante, sia perché questa eccezione, come già rilevato dal giudice di primo grado, è tardiva ed il rilievo officioso delle nullità non sana tale tardività quando la parte abbia eccepito specificamente un profilo di nullità e tardivamente ne abbia formulato uno diverso. Peraltro, nel merito, il contratto prevedeva espressamente la facoltà di compiere operazioni anche separatamente.

Il conflitto d'interessi non può desumersi soltanto dal fatto che la negoziazione riguardasse titoli di proprietà della banca, trattandosi di operazione non vietata né dalla legge né dalla Consob ma occorre la prova concreta del rapporto tra banca intermediaria e società che ha emesso i titoli.

La dipendente della banca che ha deposto infine non è incapace ed ha chiarito che i titoli in questione non facevano parte del "paniere" della banca. Ciò prova che non vi era rapporto tra la banca e le società emittenti.

Del resto la banca non aveva interesse a smobilizzare investimenti con sue obbligazioni per far acquistare quelle di terzi peraltro dopo averne segnalato l'inadeguatezza.

Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione la [redacted] con otto motivi. Ha resistito con controricorso la banca, accompagnato da memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Nel primo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 23, comma 6 del T.U.F e dell'art. 11 delle preleggi per avere la Corte d'Appello ritenuto contraddittoria la duplice affermazione dell'appellante consistente nell'aver invocato l'applicazione della l. n. 1 del 1991 e aver dedotto la violazione del d.lgs n. 58 del 1998.

Il ricorrente ha invece invocato la violazione del principio dell'inversione dell'*onus probandi* contenuta nel citato art. 23 in ordine alla domanda risarcitoria, in quanto applicabile *ratione temporis* agli acquisti di bond per cui è causa (interventuti nel 1999).

Nel secondo motivo la violazione dell'art. 23 del d.lgs n. 58 del 1998 viene dedotta per non essere stato applicato il principio, consolidato nella giurisprudenza di legittimità, secondo il quale è necessario che l'intermediario fornisca la prova positiva dell'adempimento e della diligenza essendo sufficiente l'allegazione dell'inadempimento da parte dell'investitore e non la prova come erroneamente ritenuto nella sentenza impugnata.

Nel terzo motivo viene dedotta la violazione degli artt. 329 e 345 cod. proc. civ. nonché il vizio di motivazione in ordine al giudicato sul rilievo che la violazione degli obblighi informativi non determina la nullità del contratto e che poteva profilarsi il difetto di legittimazione attiva della [redacted] in ordine alla domanda risarcitoria dal momento che l'ordine era stato sottoscritto dal marito. In ordine a quest'ultima

eccezione la parte ricorrente ne rileva la tardività in quanto proposta soltanto in secondo grado dal momento che nel grado precedente l'eccezione era stata prospettata solo in ordine alla domanda di annullamento del contratto. Nel merito la clausola contrattuale invocata dalla Corte d'Appello se correttamente interpretata consente ai contraenti di operare disgiuntamente ma solo previo accordo. Pertanto non poteva ritenersi coperta da giudicato la nullità anche sotto tale profilo.

Nel quarto motivo viene dedotta la violazione degli artt. 21 e 23 T.U.F. oltre che degli artt. 26, 28 e 29 Reg. Consob nonché il vizio di motivazione per non avere la Corte d'Appello riscontrato la violazione degli obblighi informativi incombenti sull'intermediario nella condotta della banca resistente, ritenendo sufficiente l'avvertenza dell'inadeguatezza dell'operazione. Ciò in contrasto con la giurisprudenza di legittimità e le indicazioni provenienti dal diritto dell'Unione Europea. Nella specie è mancata la prova della preventiva informazione sulla tipologia di prodotto, il grado di rischio, il rendimento, il mercato ove opera etc. Non è stata data la prova, necessaria ad escludere la violazione di un comportamento positivo e specifico diretta a porre l'investitore in grado di operare una scelta consapevole. L'avvertenza non ha una funzione liberatoria ed escludente la necessità di adempiere agli obblighi informativi disegnati dalla legge e declinati in modo specifico dal Reg. Consob.

Nel quinto motivo viene dedotta la violazione dell'art. 23 T.U.F. per avere la Corte d'Appello ritenuto non provato il nesso causale tra il danno (perdita d'investimento) lamentato e la condotta della banca sull'erroneo rilievo secondo il quale la segnalazione dell'inadeguatezza avrebbe escluso l'obbligo delle informazioni preventive e specifiche sul prodotto.

Nel sesto motivo viene dedotta la violazione dell'art. 23 T.U.F. in ordine alla forma del contratto. Secondo il ricorrente il contratto quadro non coincide con il contratto di deposito e amministrazione titoli.

Nel settimo motivo viene dedotta la violazione degli art. 6 e 10 del d.lgs n. 5 del 2003 in ordine alla nullità del contratto per difetto del mandato gestorio. La censura è formulata anche ex art. 360 n. 5 cod. proc. civ. e sotto il profilo dell'omessa pronuncia. La parte ricorrente evidenzia in primo luogo in ordine all'accoglimento dell'eccezione di tardività che sul punto la Corte d'Appello ha omesso ogni giustificazione della decisione richiamando esclusivamente le ragioni "lucidamente" espresse dal Tribunale, il quale a sua volta si era limitato soltanto a ritenere genericamente tardive tutte le domande ed eccezioni contenute nella comparsa conclusionale. L'affermazione è errata dal momento che la domanda di nullità per difetto del mandato gestorio era già contenuta nella memoria ex art. 6 d.lgs n. 5 del 2003. Peraltro trattandosi di nullità questa era rilevabile d'ufficio purché emergesse dalle allegazioni delle parti.

Nell'ottavo motivo di ricorso viene dedotta la violazione degli artt. 21 e 23 del T.U.F. nonché degli artt. 27 e 32 del Reg. Consob in ordine alla ritenuta insussistenza del conflitto d'interessi. La censura viene formulata anche sotto il profilo del vizio di motivazione.

La parte ricorrente rileva che la Corte d'Appello non avrebbe risposto alle censure specificamente mosse su questo profilo (la banca si trova nella posizione di un soggetto che conclude un contratto con se stesso. Per poter fare questo occorre concordare il prezzo per dar seguito all'ordine; rispettare la *best execution*; farsi autorizzare ad operare fuori dai mercati regolamentati e rispettare alla lettera le indicazioni pattuite). La Corte si è limitata a rispondere che la

negoziazione in conto proprio era espressamente prevista dalla normativa e conseguentemente non poteva dichiararsi l'annullabilità del contratto. Il conflitto consiste nell'essersi posta come venditore del titolo in violazione della normativa di settore, non avendo richiesto ed ottenuto di poter operare fuori dal mercato regolamentato. La vendita da parte della banca al cliente di titoli in contropartita diretta, quotati su mercati ufficiali (riconducibile alla negoziazione in conto proprio) è consentita solo in presenza di autorizzazione specifica da parte del rappresentato. Tale comportamento è idoneo a determinare l'annullabilità del contratto o la violazione degli obblighi contrattuali posti a carico della banca e dunque a giustificare la domanda di risarcimento del danno.

Verranno esaminate preliminarmente le censure contenute nel primo, terzo, sesto, settimo ed ottavo motivo.

La censura contenuta nel primo motivo, così come prospettata, è inammissibile per genericità non essendo esplicitato quale sia la *ratio decidendi* colpita da essa. La Corte d'Appello ha chiarito che il principio dell'inversione dell'onere della prova, così come definito normativamente dall'art. 23 T.U.F., ma rinvenibile anche nel quadro normativo previgente è astrattamente applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio, salva la verifica in concreto, mediante l'esame delle censure successive, della effettiva corretta ripartizione del predetto onus probandi tra le parti contrattuali.

Il terzo motivo è inammissibile per la parte relativa al contestato giudicato riguardante l'eccezione di nullità del contratto quadro per violazione degli obblighi informativi. Il dedotto giudicato costituisce una *ratio decidendi* non univoca dal momento che in concreto viene esclusa in radice la violazione di tali obblighi. Quanto all'altra censura contenuta nel motivo e riguardante il mancato riconoscimento del

difetto di legittimazione della deve osservarsi che al di là dei profili processuali relativi alla tempestività del rilievo, da un canto, e dell'eccezione di controparte, dall'altro, deve osservarsi che a pag. 24 della sentenza impugnata, l'art. 13 del contratto sottoscritto dalla ricorrente e dal coniuge, viene interpretato con accertamento insindacabile come contenente la *"facoltà, per ciascuno dei contraenti, di compiere operazioni anche separatamente"*. La necessità del previo accordo tra esse è inammissibilmente dedotta nel motivo di ricorso, difettandone radicalmente la specificità in quanto non riprodotta o richiamata in modo espresso la clausola che richiede tale preventivo accordo per le operazioni d'investimento.

Quest'ultima censura è sostanzialmente reiterata nel settimo motivo, riguardante l'abuso del mandato gestorio non rilevato nei due gradi di merito e se ne deve rilevare l'infondatezza per le ragioni già esposte nell'esame del ~~terzo~~ motivo.

Il sesto motivo, come correttamente rilevato nel controricorso e nella memoria, è inammissibile a causa della novità della questione prospettata, per la prima volta davanti al giudice di legittimità.

In ordine all'ottavo motivo deve rilevarsi che la Corte d'Appello ha ritenuto insussistente il conflitto d'interessi sulla base di un accertamento di fatto (pag. 25 della sentenza impugnata, ultima parte e pag. 26) fondato prevalentemente sulla deposizione testimoniale assunta collegialmente dal Tribunale su tale specifico profilo. La teste indotta ha indicato che i titoli in oggetto non facevano parte del "paniere" della banca, e tale affermazione, unitamente al rilievo logico secondo il quale la banca non avrebbe avuto alcun interesse a far acquistare titoli non propri ma di un'altra società - in mancanza di supporto probatorio in ordine alla sua partecipazione diretta od indiretta ad essa - ha condotto il giudice del

merito ad escludere il lamentato conflitto. Deve osservarsi al riguardo che dallo sviluppo argomentativo contenuto nella sentenza impugnata non è chiaramente esplicitato se la vendita dei titoli in questione sia frutto di una negoziazione in contropartita diretta o anche tale circostanza sia da escludersi. Deve, tuttavia, evidenziarsi che, pur in mancanza di tale accertamento di fatto, la censura deve ritenersi infondata alla luce dell'orientamento di questa Corte sull'interpretazione degli art. 21 del T.U.F e dell'art. 27 del Reg. Consob n. 11522 del 1998.

La Corte ha affermato: *"La negoziazione in contropartita diretta costituisce uno dei servizi di investimento al cui esercizio l'intermediario è autorizzato, al pari della negoziazione per conto terzi, come si evince dalle definizioni contenute nell'art. 1 del d.lgs. n. 58 del 1998, essendo essa una delle modalità con le quali l'intermediario può dare corso ad un ordine di acquisto o di vendita di strumenti finanziari impartito dal cliente. Ne deriva che l'esecuzione dell'ordine in conto proprio non comporta, di per sé sola, l'annullabilità dell'atto ai sensi degli artt. 1394 o 1395 c.c."* (Cass. 11876 del 2016).

In conclusione, alla luce del principio esposto, non rileva l'incompleta risposta della corte territoriale alle censure poste dall'appellante al riguardo, risultando dall'accertamento di fatto compiuto incensurabilmente dal giudice del merito che in concreto, indipendentemente dalla tipologia di negoziazione adottata, il conflitto d'interessi era insussistente. Al riguardo la motivazione della sentenza impugnata, ancorché non priva di qualche inesattezza ed incongruenza, è inequivoca ed adeguata sulle ragioni in fatto dell'esclusione del conflitto d'interessi.

I motivi rimanenti, secondo, quarto e quinto, possono essere esaminati unitariamente in quanto logicamente interrelati. Dal loro esame emergono tre quesiti:

1) la sottoscrizione dell'avvertimento dell'inadeguatezza dell'operazione esaurisce l'obbligo della banca di fornire al cliente le informazioni concretamente riguardanti le operazioni d'investimento da eseguire?

2) tale sottoscrizione incide, in modo determinante, sulla ripartizione dell'onere della prova così come regolato dall'art. 23 d.lgs n. 58 del 1998 o più specificamente avendo la banca adempiuto all'obbligo di avvertimento sull'inadeguatezza dell'operazione, mediante generica indicazione per iscritto, spetta al cliente dimostrare di aver richiesto informazioni specifiche sull'operazione che la banca ha omesso di fornire o permane in capo all'intermediario l'obbligo di dimostrare l'adempimento specifico?

3) il predetto avvertimento è idoneo ad interrompere il nesso causale tra l'obbligo della banca di fornire le informazioni necessarie secondo le prescrizioni contenute negli artt. 28 e 29 Reg. Consob n. 11522 del 1998 (rispettivamente riguardanti gli obblighi informativi gravanti sull'intermediario e le operazioni inadeguate) attuativo dell'art.21 lettera a) d.lgs n. 58 del 1998 e il pregiudizio patrimoniale per il cliente dovuto all'esecuzione dell'investimento?

Le questioni devono essere affrontate gradatamente secondo l'ordine logico, partendo dall'incontestata premessa della natura inadeguata rispetto al profilo di rischio del cliente delle operazioni d'investimento in contestazione.

L'art. 29, comma 3, ultimo periodo, del citato reg. Consob stabilisce che *“Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute”*.

In ordine alla sufficienza dell'avvertimento per iscritto relativo all'inadeguatezza deve essere evidenziato che con una pronuncia recente di questa Corte (Cass. 11578 del 2016) è stato così definito il perimetro degli obblighi della banca in ordine a tale tipologia di operazioni:

Dal sistema integrato degli obblighi informativi a carico dell'intermediario desumibile dagli artt. 28 e 29 del citato Reg. Consob emerge l'obbligo di spiegare al cliente in modo specifico le ragioni che sconsigliano l'operazione fornendo le informazioni necessarie da porre a base dell'indicazione finale (art. 29 comma 2), oltre che compiere una preventiva valutazione dell'operazione richiesta sotto il profilo della tipologia, oggetto, frequenza e dimensione (art. 29 comma 1).

Questo adempimento contrattuale s'inserisce, come efficacemente indica Cass. 11578 del 2016, in una sequenza procedimentale che si conclude con l'avvertimento scritto declinato nel comma tre dell'art. 29. L'obbligo di forma riguarda soltanto l'avvertimento in oggetto, nel quale non devono essere riprodotte tutte le informazioni e motivazioni che l'intermediario è comunque tenuto a fornire con libertà di forma, essendo sufficiente riferire per iscritto di aver

segnalato e avvertito il cliente della natura dell'operazione. Ne consegue che *la sottoscrizione, da parte del cliente, della clausola in calce al modulo d'ordine, contenente la segnalazione d'inadeguatezza dell'operazione sulla quale egli è stato avvisato, è idonea a far presumere assolto l'obbligo previsto in capo all'intermediario dall'art. 29, comma 3, del reg. Consob n. 11522 del 1998*" (tratto dalla massima ufficiale di Cass. 11578 del 2016).

Si precisa, tuttavia, nella medesima pronuncia che se l'an dell'avvenuto avvertimento motivato relativo all'inadeguatezza dell'operazione non necessita se non della prova documentale della sottoscrizione della clausola ad esso relativa, l'assolvimento degli obblighi relativi alla sequenza procedimentale che si conclude con l'avvertimento scritto, ove sia contestato dal cliente, deve essere provato dall'intermediario.

"Ove il cliente allega l'inadempimento rispetto agli obblighi informativi da rendere oralmente, contestando che le avvertenze ricevute fossero adeguate ad assolvere agli obblighi sub a) e sub b) (valutare l'operazione richiesta sotto i profili della tipologia, oggetto, frequenza e dimensione e fornire al cliente dettagliate spiegazioni e ragioni che, sotto gli stessi profili sconsigliano l'operazione), allora la banca resta onerata dal dimostrare di essere stata adempiente". (Cass. 11578 del 2016).

In conclusione, la sottoscrizione dell'avvertimento relativo all'inadeguatezza dell'operazione, nel regime giuridico *ratione temporis* applicabile, costituisce requisito necessario ed ineludibile per rimuovere il divieto di compiere operazioni inadeguate ma non fornisce la prova del rispetto dell'intera sequenza procedimentale

degli obblighi contrattuali della banca proprio per la rilevata sufficienza della formulazione in forma sintetica e non descrittiva delle indagini svolte e delle informazioni fornite.

Il principio affermato è del tutto coerente con la natura funzionale degli obblighi di forma nei contratti caratterizzati dall'asimmetria informativa tra le parti contraenti. Il rispetto della forma scritta è garanzia dell'osservanza dell'obbligo di trasparenza del contenuto del contratto ma ove si estenda al riscontro dell'assolvimento di obblighi endocontrattuali posti a carico di una parte, a contenuto complesso e, come rilevato, aventi un'articolazione procedimentale predeterminata, non può esaurire l'onere della prova, peraltro rafforzato ex art. 23 d.lgs n. 58 del 1998, gravante sull'obbligato.

Nella sentenza impugnata si deve rilevare la reiterata violazione dei principi sopra indicati.

In primo luogo deve essere rilevato che la Corte territoriale considera alla stessa stregua l'interruzione del nesso causale e l'adempimento della banca agli obblighi contrattuali su di essa incombenti. Ma l'accertamento positivo dell'adempimento degli obblighi informativi esclude alla radice la domanda risarcitoria per difetto della condotta illecita esclusa dalla prova liberatoria della condotta diligente della banca. L'interruzione del nesso causale, invece, presuppone l'inadempimento, quanto meno in astratto, della banca ma l'inidoneità eziologica di tale comportamento a realizzare l'evento pregiudizievole lamentato.

Nella motivazione della pronuncia impugnata, invece, ciò che esclude l'inadempimento interrompe anche il nesso causale. La prima rilevante violazione di principi del tutto consolidati nella

giurisprudenza di legittimità consiste nel rilievo probatorio, ancorché non esclusivo, fornito al rifiuto da parte delle investitrici di fornire le informazioni richieste per la definizione del proprio profilo di rischio. Al riguardo si richiama la pronuncia n. 5250 del 2016 (preceduta da 18039 del 2012) così massimata:

In tema di intermediazione mobiliare, l'intermediario finanziario, convenuto nel giudizio di risarcimento del danno per violazione degli obblighi informativi, non è esonerato dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione di investimento nel caso in cui l'investitore, nel contratto-quadro, si sia rifiutato di fornire le informazioni sui propri obiettivi di investimento e sulla propria propensione al rischio, nel qual caso l'intermediario deve comunque compiere quella valutazione, in base ai principi generali di correttezza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui egli sia in possesso (come, ad esempio per l'età, la professione, la presumibile propensione al rischio alla luce delle operazioni pregresse e abituali, la situazione di mercato).

In ordine alla ripartizione dell'onere della prova relativo all'assolvimento degli obblighi informativi, ancora più incisamente imposti a carico dell'intermediario nell'ipotesi di operazioni inadeguate, la Corte territoriale ha commesso un duplice errore di applicazione dei principi giuridici regolanti tale profilo.

In primo luogo ha ritenuto che la sottoscrizione dell'avvertimento dell'inadeguatezza dell'operazione escludesse qualsiasi ulteriore onere probatorio a carico della banca, per non avere le investitrici provato di aver richiesto spiegazioni "più precise ed analitiche". Come osservato nell'esame dei principi affermati da questa Corte in ordine

all'*onus probandi* nei contratti d'intermediazione finanziaria, la sottoscrizione per iscritto dell'avvertimento relativo all'inadeguatezza dell'operazione non esaurisce l'onere della banca di provare l'adempimento degli obblighi informativi indicati nella sequenza procedimentale contenuta nell'art. 29 del Reg. Consob n. 11522 del 1998 quando, come nella specie, sia stato allegato l'inadempimento di tali obblighi da parte dell'investitore. Tale modulazione della ripartizione dell'onere della prova, come già osservato, corrisponde all'applicazione di un principio generale in tema di responsabilità contrattuale (Cass. S.U. 13533 del 2001) ed è puntualizzata con specifico riferimento alla responsabilità risarcitoria dall'art. 23, ultimo comma, del d.lgs n. 58 del 1998 che impone all'intermediario "*l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta*". Tale onere non si esaurisce con la prova della sottoscrizione di una clausola contenente genericamente l'attestazione dell'avvenuto avvertimento ma, ove ne sia contestato l'effettivo contenuto, con la dimostrazione dell'informazione puntuale sui profili di cui all'art. 29 del citato Regolamento Consob. Nella specie dalla riproduzione del testo della sentenza di primo grado, contenuta nella pronuncia impugnata, emerge l'inadempimento anche nella consegna del documento Rischi generali cui l'intermediario era tenuto ex art. 28, comma 1 lettera b) del Regolamento Consob oltre che delle indicazioni necessarie a comprendere la natura, il contenuto, il rendimento, il rischio dell'investimento finanziario e, infine, il mercato all'interno del quale l'operazione veniva eseguita (Cass.11641 del 2016 non massimata). Al riguardo deve osservarsi che tale accertamento è stato del tutto omesso dal giudice del merito come può riscontrarsi anche dalle risultanze della deposizione testimoniale

riportata nella pronuncia, anch'essa rivolta soltanto a sottolineare di aver sconsigliato l'operazione senza alcuna precisazione delle ragioni.

In conclusione, "nell'ipotesi in cui un investimento finanziario sia stato qualificato anche dall'intermediario come operazione inadeguata, l'assolvimento degli obblighi informativi cui quest'ultimo è tenuto, in mancanza della prova dell'osservanza delle cogenti prescrizioni contenute negli artt. 28 e 29 del Regolamento Consob, n. 11522 del 1998, attuative dell'art. 21 del T.U.F. non può essere desunta in via esclusiva dal profilo soggettivo del cliente, dal suo rifiuto di fornire indicazioni su di esso o soltanto dalla sottoscrizione dell'avvenuto avvertimento dell'inadeguatezza dell'operazione in forma scritta, essendo necessario che l'intermediario, a fronte della sola allegazione contraria dell'investitore sull'assolvimento degli obblighi informativi, fornisca la prova positiva, con ogni mezzo, del comportamento diligente della banca. Tale prova può essere integrata dal profilo soggettivo del cliente o da altri convergenti elementi probatori ma non può essere desunta soltanto da essi".

Il secondo, quarto e quinto motivo devono, pertanto, essere accolti. Segue la cassazione della sentenza impugnata e il rinvio alla Corte d'Appello di Bari in diversa composizione perché si attenga al principio di diritto sopra esposto.

P.Q.M.

Accoglie il secondo, quarto e quinto motivo di ricorso. Cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello di Bari in diversa composizione.

Così deciso nella camera di consiglio del 23 febbraio 2017.



Il giudice est.

(Dr.ssa Maria Acierno)

Il Presidente

(Dr.ssa Annamaria Ambrosio)

