

Civile Sent. Sez. 1 Num. 5890 Anno 2018  
Presidente: DOGLIOTTI MASSIMO  
Relatore: VALITUTTI ANTONIO  
Data pubblicazione: 12/03/2018

**SENTENZA**

sul ricorso 9243/2014 proposto da:

Cacciola Paolo, elettivamente domiciliato in Roma, Piazza S. Andrea della Valle n. 3, presso lo studio dell'avvocato Mellaro Massimo, che lo rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

Contro

Banca Nazionale del Lavoro S.p.a., B.N.P. Paribas S.A.;

- intime -

nonchè contro

704  
2017



Banca Nazionale del Lavoro S.p.a., quale conferitaria di tutte le attività e passività della già BNL S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via delle Quattro Fontane n.10, presso lo studio dell'avvocato Ghia Lucio, che la rappresenta e difende, giusta procura speciale per Notaio dott. Mario Liguori di Roma – Rep.n. 177953 del 18.4.2014;

-controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

Cacciola Paolo, elettivamente domiciliato in Roma, Piazza S. Andrea della Valle n. 3, presso lo studio dell'avvocato Mellaro Massimo, che lo rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso principale;

-controricorrente al ricorso incidentale -

nonchè contro

B.N.P. Paribas S.A.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 373/2013 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 28/02/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/10/2017 dal cons. VALITUTTI ANTONIO;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale SALVATO LUIGI che ha concluso per l'accoglimento per quanto di ragione del ricorso principale e rigetto del ricorso incidentale;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato M. Mellaro che ha chiesto l'accoglimento del proprio ricorso;

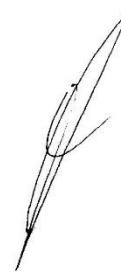
udito, per la contro ricorrente e ricorrente incidentale, l'avvocato A. Pivanti, con delega, che ha chiesto il rigetto del ricorso principale, accoglimento del ricorso incidentale.

### FATTI DI CAUSA

1. Con atto di citazione notificato il 13 febbraio 2004, Paolo Cacciola conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Prato, la Banca Nazionale del Lavoro (BNL) s.p.a., chiedendo dichiararsi la nullità delle operazioni di borsa operate – tra il 15 marzo 2000 ed il 31 dicembre 2002 – sul conto n. 52538, con condanna della convenuta al pagamento del saldo negativo di detto conto, pari ad Euro 1.102.575,45, oltre interessi legali, per la condotta inadempiente agli obblighi di informazione e protezione del cliente, a suo dire posta in essere dalla banca, e concretatasi in investimenti in prodotti finanziari derivati di particolare rischiosità, senza incarico alcuno da parte del cliente.

2. Con sentenza della Corte d'appello di Firenze n. 373/2013, depositata il 28 febbraio 2013, in accoglimento dell'appello proposto dalla BNL – sia in proprio che quale mandataria con rappresentanza della B.N.P. Paribas S.A. – e disattendendo quello del Caciolla, avverso la pronuncia di prime cure n. 1108/2006, che l'aveva parzialmente accolta, la domanda del Cacciola veniva integralmente rigettata. La Corte territoriale riteneva, invero, sussistente – nella forma e nel contenuto adeguati all'esperienza professionale del cliente, promotore finanziario fin dal 1992 – il contratto quadro del 15 marzo 2000, e riteneva comprovati dalla banca, anche in conseguenza della mancanza di prove di segno contrario da parte del Cacciola, gli ordini di investimento impartiti all'intermediario in esecuzione di detto contratto.

3. Per la cassazione di detta sentenza ha proposto ricorso Paolo Cacciola nei confronti della BNL e della B.N.P. Paribas S.A., sulla base di dodici motivi, ai quali la banca resistente ha replicato con





controricorso, contenente altresì ricorso incidentale condizionato, affidato a due motivi.

4. Le parti hanno depositato memorie ex art. 378 cod. proc. civ.

### **Ragioni della decisione**

1. Con il primo e secondo motivi di ricorso, il Cacciola denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 21 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, 28 e 31 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, nonché l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, in relazione all'art. 360, primo comma, nn. 3 e 5 cod. proc. civ.

1.1. Si duole il Cacciola del fatto che la Corte d'appello abbia erroneamente ritenuto che l'odierno ricorrente fosse un investitore qualificato, in quanto tale non destinatario – ai sensi dell'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 – degli obblighi di informazione e di protezione previsti dagli artt. 28, 29 e 30 dello stesso Regolamento, dal momento che il medesimo rivestiva la qualità di promotore finanziario. La Corte territoriale non avrebbe, peraltro, considerato – a parere dell'istante – che i promotori finanziari erano stati inseriti tra gli operatori qualificati, per la prima volta, con la deliberazione della Consob n. 13710 del 6 agosto 2002, laddove gli investimenti finanziari per cui è causa, che avevano determinato per il Cacciola la perdita dell'ingente somma di Euro 1.102.575,45, avevano avuto inizio il 15 marzo 2000. Sicché l'investitore non avrebbe dovuto essere annoverato tra gli operatori qualificati, con la conseguenza che al medesimo si sarebbero dovute applicare tutte le norme di cui all'art. 31, comma 1, succitato.

1.2. La censura di cui al primo motivo è infondata.

1.2.1. Va osservato, infatti, che la disposizione di cui all'art. 31, comma 1, del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 (applicabile *ratione temporis*), nella categoria onnicomprensiva degli «operatori qualificati» ricomprende, in sostanza, due categorie di soggetti ai quali non si applicano (in forza del rinvio al regolamento Consob operato dall'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998) gli obblighi protettivi ed informativi previsti dagli artt. 28 e 29, nonché l'obbligo di stipula del contratto quadro in forma scritta ex art. 30, comma 1: 1) gli investitori professionali (intermediari autorizzati, società di gestione del risparmio, le SICAV, i fondi pensione, le compagnie di assicurazione, ecc.); 2) gli investitori qualificati *tout court*, ossia le persone fisiche (le fondazioni bancarie o le persone giuridiche) «che documentino il possesso dei requisiti di professionalità» stabiliti per gli esponenti aziendali delle società di intermediazione mobiliare, sì da poter essere equiparati a questi ultimi». Ne consegue che la mancanza, nell'elencazione di investitori professionali di cui al menzionato art. 31, della categoria dei promotori finanziari – inseriti successivamente nella norma – all'epoca in cui ebbero inizi gli investimenti finanziari per cui è causa, non poteva di certo comportare, di per sé, l'esclusione della qualità di «operatore qualificato» in capo al Cacciola, laddove fosse risultato che il medesimo era comunque in possesso dei requisiti di professionalità richiesti dalla norma suindicata.

1.2.2. Orbene, nel caso di specie, la Corte territoriale ha accertato, in fatto, che costituiva una circostanza incontrovertibile tra le parti che il Cacciola svolgesse da numerosi anni (fin dal 1992) l'attività di promotore finanziario, addirittura – tra le altre – per una società appartenente al gruppo della Banca Nazionale del Lavoro, sicché nei confronti del medesimo non sussistevano gli obblighi di

profilare e di informare l'investitore previsti dagli artt. 28 e 29 del Regolamento Consob 11522 del 1998. Ed è indiscutibile che l'accertamento, che l'intermediario è tenuto ad operare (Cass. 01/06/2017, n. 13872), dell'esperienza del cliente nel settore degli investimenti finanziari sia effettuabile, non solo sulla base della documentazione fornita dal cliente, ma anche mediante altri mezzi di conoscenza, forniti o meno dall'investitore, idonei ad attestarne le peculiari qualità. Né risulta dall'impugnata sentenza che il Cacciola non avesse espresso, anche per fatti concludenti, la volontà di essere considerato operatore qualificato (Cass. 27/10/2015, n. 21887); e neppure il ricorrente lo deduce in questa sede.

1.2.3. Ne consegue che il primo motivo è infondato.

1.2.4. Il secondo motivo è inammissibile, atteso che il fatto decisivo per il giudizio che il ricorrente deduce è costituito da valutazioni giuridiche, ossia la qualità di operatore non qualificato in capo al Cacciola e la conseguente violazione degli obblighi profilativi ed informativi previsti dalla legislazione in materia di investimenti finanziari, che non possono – di certo – integrare il vizio di cui all'art. 360, primo comma, n. 5 cod. proc. civ., nel testo applicabile *ratione temporis*.

1.3. Le censure in esame devono, pertanto, essere disattese.

2. Restano assorbiti il terzo, quarto, quinto, sesto e settimo motivo – concernenti la forma del contratto quadro e la violazione degli obblighi informativi – una volta ritenuto che a tali obblighi la banca non era tenuta in presenza di un investitore qualificato.

3. Ad ogni buon conto, va rilevato che la Corte territoriale ha accertato – con giudizio di fatto non rivedibile in questa sede – che la BNL ed il Cacciola avevano effettivamente stipulato un contratto quadro in forma scritta, la cui data – indicata dalla banca nel 15



marzo 2000 - non era stata contestata dal cliente. Per il che l'esistenza del contratto e la data suindicata devono ritenersi comprovati nel giudizio di merito, ai sensi dell'art. 115 cod. proc. civ., e le censure in questione, oltre ad involgere accertamenti di merito, difettano altresì di autosufficienza, non avendo il ricorrente né riprodotto, né allegato al ricorso i contratti del 15 marzo 2000 e del 13 settembre 2001, dell'ultimo dei quali, peraltro, la sentenza impugnata non parla neppure, per cui la questione deve considerarsi dedotta inammissibilmente solo nel presente giudizio di legittimità.

4. Con l'ottavo motivo di ricorso - denunciando la violazione e falsa applicazione degli artt. 21 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, 28, 30 e 31 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ. - il ricorrente deduce che gli ordini successivi al contratto quadro sarebbero nulli in conseguenza della nullità di quest'ultimo.

4.1. Il motivo è infondato, alla stregua di quanto si è in precedenza osservato circa la validità del contratto quadro, per la mancanza degli obblighi di forma e informazione, ai sensi dell'art. 31 succitato, e tenuto conto del fatto che - come dianzi detto - la Corte di merito ne ha comunque accertato l'esistenza.

5. Con il nono, decimo ed undicesimo motivo, il Cacciola denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e ss., 2697, 2725 cod. civ., nonché l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, in relazione all'art. 360, primo comma, nn. 3 e 5 cod. proc. civ.

5.1. Lamenta il ricorrente che la Corte d'appello abbia erroneamente ritenuto che per i singoli ordini di acquisto non fosse necessaria una particolare forma, essendo questa prevista solo per il contratto quadro, senza considerare che l'art. 3 delle Norme che

regolavano il contratto *de quo* prevedeva che gli ordini dovessero <sup>emessi</sup> impartiti alla banca «di norma per iscritto», e che – qualora fossero stati emessi per telefono – le conversazioni sarebbero state «soggette a registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente». Di più, la Corte territoriale avrebbe errato nel porre a carico del Cacciola – a fronte della constatata mancanza dell’attestazione scritta relativa a diversi ordini che la banca assumeva di avere eseguito, e della mancanza per essi anche della registrazione su nastro magnetico – l’onere di provare di non avere impartito disposizioni verbali all’intermediario, come dal medesimo dedotto in giudizio.

5.2. Tanto premesso, va rilevato che l’undicesimo motivo di ricorso, limitatamente alla parte concernente il preteso svolgimento dell’attività di gestione impropria di portafoglio, è inammissibile.

Per quanto concerne, infatti, la sussistenza, nella specie, di un contratto di gestione del portafoglio cd. impropria, ossia «nell’interesse dell’investitore, con l’impiego, però, di strumenti negoziali tipici del servizio di raccolta ed esecuzione ordini», come tale esclusa, ai sensi dell’art. 31, comma 1, del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, anche per l’operatore qualificato, dalla non applicazione degli obblighi informativi e di protezione di cui agli artt. 28 e 29 del medesimo regolamento, l’undicesimo motivo, in parte qua, è inammissibile per difetto di autosufficienza.

La difesa del Cacciola assume, infatti, che siffatta configurazione del contratto quadro di investimento sarebbe stata dalla medesima «sostenuta con riferimento al caso di specie», senza indicare, peraltro, quando ed in quale atto del giudizio tale tesi sarebbe stata dedotta e senza neppure riprodurre, o allegare al ricorso – ai sensi dell’art. 366, primo comma, n. 6 e dell’art. 369, secondo comma, n.



4 -, il predetto contratto quadro, al fine di consentire alla Corte di stabilire la natura dell'attività svolta dall'intermediario.

5.3. Il nono, decimo ed undicesimo motivo - nella parte concernente la violazione dell'art. 2697 cod. civ. - sono, invece, fondati.

5.3.1. E' bensì vero, infatti, che, in tema di intermediazione finanziaria, l'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998, laddove impone la forma scritta, a pena di nullità, per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento - con l'eccezione, ricorrente nella specie, dell'esonero dall'osservanza di tale forma, prevista dai Regolamenti Consob, in considerazione della natura professionale dei contraenti - si riferisce al contratto quadro, e non ai singoli ordini di investimento (o disinvestimento) che vengano poi impartiti dal cliente all'intermediario, la cui validità non è, invece, soggetta a requisiti formali. Tuttavia, tale principio non trova applicazione allorché sia lo stesso contratto quadro, o un'apposita pattuizione stipulata dalle parti, a prevedere anche per gli ordini di investimento la forma scritta. In tal caso, infatti, il principio di cui all'art. 1352 cod. civ., secondo cui la forma convenuta dalle parti per la futura stipulazione di un contratto si presume pattuita «*ad substantiam*», è estensibile anche agli ordini di investimento, atteso che si tratta di atti aventi natura negoziale e distinti ed autonomi dal contratto quadro (Cass. 29/02/2016, n. 3950; Cass. 23/05/2017, n. 12937).

In tale ultima ipotesi, l'onere di forma assume - a vantaggio di entrambe le parti - la finalità di assicurare una maggiore ponderazione da parte dell'investitore, di garantire all'operatore la serietà di quell'ordine e di permettergli una più agevole prova della richiesta ricevuta, sicché l'intermediario può legittimamente rifiutare l'esecuzione di un ordine non impartito per iscritto e la nullità dello

stesso, per carenza del requisito della forma scritta convenzionale, può essere fatta valere da entrambi i contraenti (Cass. 02/08/2016, n. 16053).

5.3.2. Nel caso concreto, la Corte territoriale, non solo non ha in alcun modo considerato la suindicata previsione pattizia (art. 3 delle Norme regolative del contratto in questione) che imponeva un preciso onere di forma per gli ordini di investimento, ma – pur avendo accertato che per sette dei quattordici ordini in atti, non v'è alcuna documentazione scritta, neppure la registrazione di eventuali ordini telefonici, mentre per altri due «la relativa documentazione cartacea esiste, ancorchè non integralmente compilata – ha del tutto incongruamente, in violazione dell'art. 2697 cod. civ., posto a carico del Cacciola l'onere di fornire la prova negativa di non avere conferito alla banca un ordine verbale.

5.4. Le doglianze in esame devono, pertanto, essere accolte, restandone assorbito il dodicesimo motivo di ricorso, con il quale il ricorrente censura l'omesso esame, da parte della Corte territoriale, delle risultanze istruttorie, aventi ad oggetto la mancanza di prova scritta degli ordini di investimento e la loro esecuzione da parte della banca «in piena autonomia», senza autorizzazione alcuna da parte dell'investitore.

6. Il ricorso incidentale condizionata della BNL deve essere dichiarato inammissibile.

6.1. Con i due motivi di ricorso, invero, la banca censura la sentenza di appello nella parte in cui non avrebbe dichiarato inammissibile, perché tardivo, l'appello autonomo proposto dal Cacciola – riunito all'appello proposto dalla BNL – e non avrebbe dichiarato inammissibile l'appello incidentale proposto dal medesimo, in applicazione del principio di consumazione dell'impugnazione, ex

art. 358 cod. proc. civ., avendo il medesimo già proposto un appello autonomo inammissibile perché proposto oltre il termine previsto dall'art. 327 cod. proc. civ.

6.2. Ebbene, deve osservarsi al riguardo che, qualora una determinata questione giuridica – che implichi un accertamento di fatto – non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata né indicata nelle conclusioni ivi epigrafate, il ricorrente che riproponga tale questione in sede di legittimità, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione innanzi al giudice di merito, ma anche di indicare in quale scritto difensivo o atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo alla Corte di cassazione di controllare «*ex actis*» la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la questione stessa (Cass. 22/04/2016, n. 8206; Cass. 30/11/2006, n. 22546).

Nel caso di specie, per contro, la BNL non ha in alcun modo allegato l'avvenuta deduzione della questione innanzi al giudice di merito, e tanto meno ha indicato in quale scritto difensivo o atto del giudizio precedente tale deduzione fosse stata – in ipotesi – effettuata.

6.3. Il ricorso incidentale va dichiarato, pertanto, inammissibile.

7. L'accoglimento del nono, decimo ed undicesimo motivo del ricorso principale, nei limiti suindicati, comporta la cassazione dell'impugnata sentenza con rinvio alla Corte d'appello di Firenze in diversa composizione, che dovrà procedere a nuovo esame del merito della controversia, facendo applicazione dei principi di diritto suesposti, e provvedendo, altresì, alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

**P.Q.M.**

11

Accoglie il nono, decimo ed undicesimo motivo del ricorso principale, nei limiti di cui in motivazione; rigetta il primo e l'ottavo motivo del ricorso principale; dichiara inammissibile il secondo ed assorbiti il terzo, quarto, quinto, sesto, settimo e dodicesimo; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti; rinvia alla Corte d'appello di Firenze, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità; dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Così deciso in Roma il 10/10/2017.