



Civile Sent. Sez. 1 Num. 23805 Anno 2015

Presidente: FORTE FABRIZIO

Relatore: DE CHIARA CARLO

Data pubblicazione: 20/11/2015

**S E N T E N Z A**

sul ricorso proposto da:

OLIVIERI STEFANIA e OLIVIERI MAURIZIO, rappresentati e difesi, per procura speciale a margine del ricorso e per successiva procura speciale autenticata dal notaio dott. Riccardo Dogliotti di Genova il 12 luglio 2013, rep. 14838, dall'avv. Paola Barucco, dal prof. avv. Paolo Giudici e dall'avv. Daniela Jouvenal Long ed elett.te dom.ti presso lo studio di quest'ultima in Roma, Piazza di Pietra n. 26 - C.F.: LVR SFN 66A60 D969B -

- ricorrenti -

1488  
2015

TV



contro

FINECO BANK S.P.A. (C.F. 01392970404), in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante dott. Alessandro Foti, rappresentata e difesa, per procura speciale a margine del controricorso, dal prof. avv. Francesco Carbonetti (C.F. CRBFNC41B06M082W) ed elett.te dom.ta presso lo studio del medesimo in Roma, Via di San Valentino n. 21

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 717/2008 della Corte d'appello di Genova depositata il 18 giugno 2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23 settembre 2015 dal Consigliere dott. Carlo DE CHIARA;

udita per i ricorrenti l'avv. Daniela JOUVENAL;

udito per la controricorrente l'avv. R. DELLA VECCHIA, per delega;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Lucio CAPASSO, che ha concluso per l'accoglimento dei primi tre motivi del ricorso, assorbiti gli altri.

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

I sig.ri Maurizio e Stefania Olivieri, che il 21 marzo 2000 avevano sottoscritto con Fineco Sim s.p.a. un contratto di negoziazione ricezione e trasmissione



ordini e di custodia e amministrazione di strumenti finanziari, convennero detta società davanti al Tribunale di Genova. Chiesero la condanna della convenuta al risarcimento del danno pari alla perdita di € 479.914,69 da essi registrata perseverando, nel vano tentativo di recuperare, nell'acquisto di titoli Adrs Marconi sul mercato Nasdaq, nonostante la tendenza al ribasso dei medesimi titoli, fino a che non erano stati esclusi dalle quotazioni. Sostennero di aver dichiarato espressamente di appartenere ad una categoria di operatori non professionali; che la convenuta avrebbe dovuto controllare l'adeguatezza delle operazioni, altamente rischiose in quanto concentrate su titoli complessi e su un mercato estero, e rifiutare l'adempimento degli ordini ricevuti per via telematica, o quantomeno fornire agli investitori informazioni adeguate, al fine di indurli a una conferma consapevole delle operazioni ovvero a un cambio di strategia nel senso della diversificazione del portafoglio; che la medesima convenuta non aveva predisposto una procedura automatizzata di controllo dell'adeguatezza degli ordini impartiti mediante il servizio di *trading on line*.

La convenuta resistette sostenendo, tra l'altro, che non potevano trovare applicazione le disposizioni del regolamento Consob sulla disciplina degli interme-



diari finanziari, anche perché gli attori rientravano nella categoria degli operatori qualificati che non avevano necessità di protezione.

Il Tribunale accolse la domanda.

Sul gravame della Fineco Bank s.p.a. (denominazione assunta dalla società soccombente a seguito di riorganizzazione societaria), la Corte d'appello di Genova, in riforma della sentenza del Tribunale, ha respinto la domanda osservando che la particolare tutela predisposta in favore degli investitori e a carico degli intermediari - gravati da particolari doveri di informazione e controllo - dagli artt. 28 e 29 del regolamento di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.) adottato dalla Consob con delibera n. 11522 del 1° luglio 1998, e successive modif., non si applicava agli attori, rientrando essi nella categoria degli operatori qualificati di cui all'art. 31 del medesimo regolamento, i quali non hanno necessità di protezione. Infatti Maurizio Olivieri - alla cui condizione personale occorreva far riferimento anche quanto alle operazioni compiute in nome e per conto della sorella Stefania - era amministratore delegato di una importante società di trasporti internazionali; a mente dell'art. 31, cit., sono considerati operatori qualificati, tra gli altri, le persone fisiche che siano in possesso dei re-



quisiti di professionalità previsti dal T.U.F. per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare; l'art. 1, comma 1, lett. a), del regolamento adottato (ai sensi dell'art. 13, comma 1, T.U.F.) con d.m. 11 novembre 1998, n. 468 attribuisce, appunto, l'idoneità all'esercizio delle funzioni di consigliere di amministrazione o di sindaco presso una società di intermediazione mobiliare a chi abbia esercitato attività di amministrazione e controllo ovvero compiti direttivi presso imprese per almeno un triennio.

Chiarito che quanto sopra è sufficiente per respingere la domanda, la Corte ha altresì osservato, «per completezza di disamina [...] che meriterebbero comunque di essere apprezzate, nella loro rilevanza impugnatoria, anche le ulteriori argomentazioni critiche svolte dagli appellanti [recte, dalla appellante: n.d.r.] per segnalare: la riconducibilità delle operazioni effettuate al novero di quelle compatibili con la propensione, dichiarata dagli attori, ad un rischio medio-alto; la contraddittorietà intrinseca tra l'approvazione dagli attori riservata alle operazioni compiute con esito speculativo favorevole e quelle, della stessa natura, rivelatesi insoddisfacenti; e la determinante influenza, nell'ambito della causalità



giuridica tra condotta ed evento, dell'iniziativa spontaneamente assunta dagli attori di persistere nell'investimento, pur nella acquisita conoscenza della inversione di tendenza verificatasi sul mercato specifico, confidando nel recupero delle perdite stesse grazie agli incautamente previsti successivi guadagni».

I sig.ri Olivieri hanno proposto ricorso per cassazione con otto motivi di censura. L'intimata Fineco Bank ha resistito con controricorso. Entrambe le parti hanno anche presentato memorie.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo di ricorso, denunciando violazione degli artt. 6 e 21 T.U.F. e degli artt. 29 e 31 del regolamento Consob n. 11522 del 1998, si censura la qualificazione del ricorrente sig. Maurizio Olivieri come operatore qualificato ai sensi dell'art. 31, cit., non essendo tale qualifica attribuibile senza richiesta dell'investitore e in base alle sole deduzioni dell'intermediario.

1.1. - Il motivo è anzitutto ammissibile. L'eccezione avversaria, secondo cui il relativo quesito di diritto ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c. (qui applicabile risalendo la pubblicazione della sentenza impugnata a data anteriore all'entrata in vigore della l. 18 giugno 2009, n. 69, che l'ha abrogato) sarebbe for-



mulato «in termini ipotetici e valutativi», è infatti priva di pregio, essendo il quesito, invece, chiaro e ben comprensibile.

Il motivo è altresì fondato.

Il richiamato art. 31, comma 2, reg. Consob n. 11522 del 1998 (nella specie applicabile *ratione temporis*, non essendo stato ancora abrogato, all'epoca dei fatti, dal successivo regolamento approvato con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007) definisce operatori qualificati, tra gli altri, «le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal Testo Unico per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare».

La previsione che siano gli investitori a documentare il possesso dei requisiti per essere definiti operatori qualificati rivela chiaramente - come a ragione osservano i ricorrenti - la presenza di un elemento volontaristico a base di detta qualifica, che induce a limitarne l'attribuzione esclusivamente a coloro che tali vogliano essere considerati e perciò, appunto, dimostrino il possesso dei necessari requisiti. Il che trova conferma nella previsione, ancor più esplicitamente rivelatrice del dato volontaristico in discussione, seppure riferita ad altra categoria di operatori



qualificati, inserita alla fine del medesimo comma dell'art. 31, cit., a mente del quale sono operatori qualificati altresì le «fondazioni bancarie, nonché ogni altra società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari *espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante*».

Secondo la Corte d'appello, posto che «la norma realizza, a favore dell'intermediario, una limitazione della sfera di tutela dell'investitore [...] apparirebbe tanto irrazionale quanto ingiusto rimettere all'investitore stesso la facoltà di condizionarne l'applicazione mediante una sua manifestazione di volontà», invece di far derivare tale applicazione esclusivamente dalla verifica della sussistenza dei suoi presupposti oggettivi.

Deve ritenersi, però, che il determinare anche con la partecipazione dell'investitore il livello di protezione cui questi sarà sottoposto non sia affatto irrazionale (e tantomeno "ingiusto"). Nessuno, infatti, meglio dell'investitore stesso conosce il suo livello di comprensione dei meccanismi del mercato finanziario e, conseguentemente, il suo bisogno di quella protezione che è dovere dell'intermediario offrire. Né sarebbe giustificato il timore, che sembra essere alla base



della tesi del giudice *a quo*, che tutti gli operatori finirebbero così per scegliere il livello massimo di protezione. La scelta, infatti, di un livello di protezione superiore non è necessariamente priva di controindicazioni per lo stesso investitore, che ben potrebbe avere interesse, invece, ad essere inserito in una categoria meno protetta al fine di poter più liberamente operare sul mercato finanziario, senza gli intralci derivanti dall'applicazione della normativa di protezione richiamata al primo comma dell'art. 31, cit. - esclusa appunto per gli operatori qualificati - che ostacola anche il suo agire (si veda, ad es., l'art. 29).

2. - Il secondo motivo di ricorso, con cui si contesta l'applicabilità del regime proprio degli operatori qualificati alle operazioni eseguite in forza del contratto stipulato congiuntamente dai fratelli Olivieri, uno soltanto dei quali possedeva, in ipotesi, i requisiti di appartenenza a quella categoria, e il terzo motivo, con cui si contesta l'esistenza di prove della sussistenza dei predetti requisiti in capo allo stesso Maurizio Olivieri, sono assorbiti dall'accoglimento del primo motivo.

3. - Con i restanti motivi di ricorso, formulati in via condizionale, si contesta l'ipotetica *ratio del-*



la decisione impugnata consistente nell'accoglimento delle ulteriori censure svolte dall'appellante: *ratio decidendi* ricavabile, eventualmente, dalle enunciazioni finali della sentenza impugnata testualmente riportate sopra in narrativa. Tali censure, in altri termini, sono sottoposte a questa Corte, in via chiaramente prudenziale, per l'eventualità che essa ritenga presente nella sentenza impugnata anche la *ratio decidendi* in questione.

Poiché, però, è avviso del Collegio che il testo riportato in narrativa non contenga, in realtà, alcuna *ratio decidendi*, bensì considerazioni puramente ipotetiche - come ritengono in via principale gli stessi ricorrenti - e non argomentate, anche i motivi in questione sono assorbiti.

4. - In conclusione la sentenza impugnata va cassata, in accoglimento del primo motivo di ricorso, con rinvio al giudice indicato in dispositivo, il quale si atterrà al seguente principio di diritto: «affinché le persone fisiche siano considerate operatori qualificati, ai sensi dell'art. 31, comma 2, del regolamento Consob adottato con delibera n. 11522 del 1° luglio 1998 in attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.), occorre che le stesse abbiano manifestato all'intermediario la volontà di essere considerate tali

e non è sufficiente che siano in possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal medesimo decreto legislativo per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare».

Il giudice di rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, dichiara assorbiti gli altri, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Genova in diversa composizione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 23 settembre 2015.