

3962.18

C - D



REPUBBLICA ITALIANA  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

Dott.ssa Annamaria Ambrosio	Presidente
Dott.ssa Rosa Maria Di Virgilio	Consigliere
Dott.ssa Magda Cristiano	Consigliere
Dott. Giacinto Bisogni	Consigliere
Dott. Eduardo Campese	Consigliere - Rel.

OPPOSIZIONE ALLO  
STATO PASSIVO

Ud. 22/11/2017 CC  
Cron. 3962  
R.G.N. 23474/2012

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso n.r.g. 23474/2012 proposto da:

BANCA POPOLARE FRIULADRIA s.p.a. - CREDIT AGRICOLE, con sede in Pordenone, alla piazza XX Settembre n. 2, p. iva. 01369030935, in persona del

è  
i  
o

- ricorrente -

contro

S.P.A. IN LIQUIDAZIONE, IN AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA, p. iva (

1  
i  
i  
a

ORD.  
1279  
2017

i Campese

- controricorrente -

avverso il decreto del TRIBUNALE DI PORDENONE depositato in data 02/08/2012;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 22/11/2017 dal Consigliere dott. Eduardo Campese;

### **RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE**

1. La Banca Popolare Friuladria s.p.a. - Credit Agricole (d'ora in avanti, indicata, più semplicemente, come Banca) propone ricorso, affidato a tre motivi, avverso il decreto del Tribunale di Pordenone del 20 luglio/2 agosto 2012, comunicato il 2 agosto 2012, reiettivo dell'opposizione dalla medesima proposta avverso la mancata ammissione al passivo dell'amministrazione straordinaria della Fadalti s.p.a. in liquidazione, in via chirografaria, del proprio preteso credito di € 4.660.000,00, oltre interessi, scaturito dall'estinzione anticipata di un contratto di derivati. Per quanto qui ancora rileva, quel tribunale, negata qualsivoglia rilevanza probatoria e/o decisoria al decreto ingiuntivo che aveva riconosciuto il medesimo credito, perché opposto dalla società debitrice, ritenne: *i)* che «la non poteva essere vincolata dalla dichiarazione di operatore qualificato resa, ex art. 31 della delibera Consob n. 1152/1998, nel contratto quadro sottoscritto dalla incorporata Immobiliare Gava s.r.l., trattandosi di dichiarazione di scienza che non si trasmette per effetto successorio attenendo al soggetto estinto per incorporazione». Sarebbe stato, pertanto, onere della Banca, rimasto invece inadempito, provare la sussistenza di tale qualifica in capo alla incorporante, nonché di documentare le informazioni attive e passive fornite al momento della sottoscrizione del contratto di derivati; *ii)* che, in ordine all'adeguatezza dell'operazione, «era noto alla Banca che la ricorreva all'investimento per far fronte alle passività insorte a seguito di precedente investimento sottoscritto dall'incorporata, onde doveva ritenersi che,

nell'operazione, la propensione al rischio era minima»; *iii*) che la violazione, da parte della Banca, del dovere d'informazione del cliente costituiva «illecito contrattuale generatore di obbligo risarcitorio del danno conseguente, che, nella fattispecie, - trattandosi di domanda di risarcimento proposta in via di eccezione - non può che essere pari alla perdita da anticipato rimborso del derivato».

2. L'amministrazione straordinaria della \_\_\_\_\_ s.p.a. in liquidazione resiste con controricorso.

2.1. Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 380-*bis*.1 cod. proc. civ..

3. Il primo motivo di ricorso, rubricato «Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2501 e 2504-*bis* cod. civ., con conseguente violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa fatto controverso e decisivo per il giudizio afferente la sussistenza della dichiarazione di operatore qualificato in capo alla parte, con travisamento dei fatti (art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ.)», denuncia l'erroneità della riportata affermazione del decreto opposto secondo cui l'incorporante non può essere vincolata dalla dichiarazione di operatore qualificato resa nel cd. contratto quadro sottoscritto dalla incorporata perché riguardante il soggetto estinto per incorporazione. Si assume che tanto contrasta con l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità che ha sancito, espressamente ed inequivocamente, che la fusione si risolve in una vicenda meramente evolutiva/modificativa dello stesso soggetto giuridico che, pur con un assetto organizzativo diverso, conserva la propria identità. Ne consegue, da un lato, che il contratto quadro e la dichiarazione di operatore qualificato ivi resa dalla incorporata Immobiliare Gava s.r.l. (società posseduta interamente da \_\_\_\_\_ s.p.a.), da considerarsi come avente carattere negoziale, e non di scienza, sono atti aventi valenza probatoria nel giudizio instaurato verso la incorporante, la quale aveva proseguito i rapporti della prima; dall'altro, che la Banca opponente aveva così adempiuto il proprio onere probatorio, rivelandosi il contrario assunto del tribunale il frutto di un

vero e proprio travisamento dei fatti. Si aggiunge, peraltro, che, in ogni caso, agli atti di causa era stata allegata documentazione corroborativa di quella dichiarazione alla realtà.

3.1. Il secondo motivo, recante «Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 31 e 28 del Regolamento Consob adottato con delibera n. 11522 dell'1.7.1998 e dell'art. 21, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 58/1998, con conseguente violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ., nonché omessa pronuncia, insufficiente, contraddittoria e non logica motivazione circa fatti controversi e decisivi per il giudizio quanto alla sussistenza delle violazioni agli obblighi informativi della banca, con travisamento dei fatti (art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ.)», lamenta l'illegittimità del decreto impugnato laddove ha considerato non adempiuto dalla Banca l'onere probatorio relativo alla sussistenza della qualifica di operatore qualificato in capo alla s.p.a. ed all'averle fornito le informazioni attive e passive al momento della sottoscrizione del contratto di derivati. Ribadita, invero, la vincolatività, per la società incorporante, della dichiarazione di operatore qualificato resa dalla incorporata Immobiliare Gava s.r.l. nel contratto quadro da essa sottoscritto, si evidenzia che l'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, in applicazione dell'art. 58 del d.lgs. n. 58 del 1998, prevede, in favore dei cosiddetti operatori qualificati, - tra cui vanno ricomprese anche le società o persone giuridiche munite di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto da legale rappresentante - un'ampia deroga alla normativa generale afferente la tutela del cliente, in particolare sancendosi, nei rapporti tra questi ultimi e l'intermediario autorizzato, l'inapplicabilità, tra le altre, delle disposizioni di cui agli artt. 27-30, comma 1, del predetto Regolamento. In via gradata, peraltro, si afferma che, in ogni caso, dalla documentazione versata in atti emergeva l'aver la Banca fornito tali informazioni, e si reiterano le istanze istruttorie che l'opponente aveva formulato nel ricorso ex art. 99 l.fall. e nella successiva memoria autorizzata.

3.2. Il terzo motivo denuncia « Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 23, ultimo comma, del d.lgs. n. 58/1998, con conseguente violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ., degli artt. 1218 e 1223 cod. civ., dell'art. 112 cod. proc. civ., nonché omessa, insufficiente, contraddittoria e non logica motivazione circa fatti controversi e decisivi per il giudizio circa l'onere probatorio gravante sulla Banca e l'obbligo risarcitorio, con travisamento dei fatti (art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ.)». Fermo quanto dedotto in merito all'effettiva insussistenza delle violazioni, legislative o regolamentari, ascritte alla Banca dal giudice di prime cure, si contesta il decreto impugnato nella parte in cui ha accolto l'«eccezione riconvenzionale» di danno formulata dalla controparte amministrazione straordinaria. In particolare, si censura: *i)* la ritenuta applicabilità, al giudizio in questione, dell'art. 23, ultimo comma, del d.lgs. n. 58/98; *ii)* l'apoditticità dell'affermazione del tribunale secondo cui l'illecito contrattuale derivato dalla violazione dell'obbligo informativo (peraltro insussistente per quanto si è argomentato nei motivi precedenti) fosse, di per sé solo, generatore di obbligo risarcitorio del danno conseguente, dandosi, così, per acquisita, senza il benchè minimo conforto probatorio, sia lo stesso prodursi di un danno che la sussistenza e la prova del nesso di causalità tra quest'ultimo e la condotta asseritamente inadempiente della Banca; *iii)* l'assoluto difetto di motivazione ed il travisamento dei fatti in ordine al *quantum* risarcitorio liquidato, non essendo in alcun modo chiarito ed argomentato su quali basi fattuali il tribunale abbia potuto ritenere congruo un risarcimento di ammontare perfettamente pari alla perdita lamentata dall'investitore.

3.3. La Banca ricorrente, infine, in via subordinata a quanto fin qui esposto, formula istanza di remissione in termini istruttori per il deposito di due documenti da essa scoperti solo il 19 settembre 2012, articolando, sul punto, anche una prova testimoniale.

4. Va immediatamente respinta l'eccezione pregiudiziale di inammissibilità del ricorso sotto tutti i profili sollevati dalla controricorrente. E', infatti, sufficiente evidenziare: *a)* che nessuno dei motivi prospettati

dalla Banca investe la specifica statuizione della decisione oggi impugnata che ha negato qualsivoglia rilevanza probatoria e/o decisoria, nel presente giudizio, al decreto ingiuntivo che aveva riconosciuto il credito della prima perché opposto dalla società debitrice; b) che i primi due motivi del ricorso, a ben vedere, non contestano il principio che spetti all'intermediario finanziario dimostrare di aver esattamente osservato gli obblighi informativi sul medesimo gravanti, ma assumono che, nella specie, tali obblighi non sussistevano atteso che la qualifica di operatore qualificato risultante dalla corrispondente dichiarazione resa dall'incorporata Immobiliare Gava s.r.l., contestualmente alla stipula del cd. contratto quadro del 25.1.2006, doveva continuare a mantenere efficacia - così esentando la Banca dall'osservanza degli artt. 27, 28, 29 e 30, comma 1, del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 - anche nei confronti della incorporante s.p.a., che aveva sottoscritto il successivo contratto di derivati del 29.6.2007, non ravvisandosi nella fusione per incorporazione un fenomeno successorio bensì una mera vicenda evolutiva modificativa dello stesso soggetto giuridico; c) tutti i motivi sono articolati in modo da consentire comunque a questa Corte di individuare agevolmente le ragioni delle critiche formulate, altresì ricordandosi che il ricorso per cassazione il quale cumuli, in un unico motivo, le censure di cui all'art. 360, comma 1, n. 3 e n. 5, cod. proc. civ. è ammissibile allorché esso comunque evidenzi specificamente la trattazione delle doglianze relative all'interpretazione o all'applicazione delle norme di diritto appropriate alla fattispecie ed i profili attinenti alla ricostruzione del fatto (cfr. Cass. n. 9793 del 2013).

5. I primi due motivi di ricorso possono trattarsi congiuntamente. Entrambi, invero, postulano la risoluzione della questione riassumibile nella dichiarazione di «operatore qualificato», ex art. 31, comma 2, del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 (applicabile *ratione temporis*), già rilasciata, tramite il proprio legale rappresentante e contestualmente al contratto per la prestazione dei servizi di investimento (cd. contratto quadro) stipulato, il 25.1.2006, con la Banca intermediaria, dalla Immobiliare Gava s.r.l., poi incorporata per fusione nella s.p.a.,



fosse, o meno, vincolante per quest'ultima all'atto della successiva sua avvenuta sottoscrizione di un contratto di derivati il 29.6.2007, esentando, nel primo caso, la Banca medesima dall'osservanza degli artt. 27, 28, 29 e 30, comma 1, del predetto Regolamento.

6. Ad avviso di questo Collegio, la risposta a tale interrogativo deve essere positiva.

6.1. Giova premettere che l'art. 2504-*bis*, comma 1, cod. civ., nel testo risultante dalla riforma apportatagli con il d.lgs. n. 6 del 2003 (qui applicabile *ratione temporis*), ha lasciato ferma la previsione per cui la società risultante dalla fusione o incorporante assume i diritti e gli obblighi delle società partecipanti all'operazione, ma non parla più di società «estinte» e - quel che più conta - dice espressamente che l'assunzione, in capo alla società risultante dalla fusione o incorporante, dei diritti e degli obblighi delle società preesistenti comporta la prosecuzione di tutti i rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione.

6.2. La giurisprudenza di legittimità ha dunque precisato che il legislatore ha così (definitivamente) chiarito: *a*) che la fusione tra società, prevista dagli art. 2501 e ss. cod. civ., non determina, nell'ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione (*cf.* Cass., S.U., n. 2637 del 2006); *b*) che le fusioni avvenute (come quella tra la s.p.a. e la Immobiliare Gava s.r.l.) dopo l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 2504-*bis* cod. civ. determinano soltanto un fenomeno evolutivo modificativo della società, sicché non vi è l'estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di uno diverso ma una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo (*cf.* Cass., S.U., n. 19698 del 2010; Cass., S.U., n. 19509 del 2010. Più recentemente, poi, si vedano, *ex aliis*, Cass. nn. 12119 del 2017; 18188 del 2016; 17050 del 2016; 1376 del 2016; 24498 del 2014).

6.3. E' altresì noto che, in ambito di intermediazione finanziaria, la distinzione fra operatori qualificati e non si basa sul fatto che gli investitori non possono essere posti tutti sullo stesso piano, dal punto di vista della protezione che l'ordinamento deve loro offrire. Sussistono, invero, differenti esigenze di tutela che dipendono dalle caratteristiche di maggiore o minore competenza ed esperienza dei risparmiatori. Gli operatori attivi sui mercati finanziari non hanno bisogno della stessa protezione di cui necessitano, invece, i soggetti incompetenti ed inesperti. In particolare, l'operatore qualificato conosce i rischi che gli investimenti in strumenti finanziari comportano: non occorre, dunque, una particolare *investor education* effettuata da parte dell'intermediario nei suoi confronti. La scelta del legislatore di avvalersi di questa distinzione è, quindi, finalizzata a garantire efficienza ai mercati, sotto il duplice aspetto della velocità delle operazioni e della riduzione dei costi. Mediante il riconoscimento della figura dell'operatore qualificato si rende, infatti, più veloce l'operatività finanziaria, senza la necessità di effettuare adempimenti che si rivelerebbero sostanzialmente inutili nei confronti di un soggetto professionale, che è in grado di autotutelarsi. Contemporaneamente, si riducono i costi di *compliance* normativa. Considerato che l'attività informativa (e, più in generale, il rispetto delle norme di comportamento) da parte degli intermediari finanziari comporta dei costi, se tale attività è sostanzialmente inutile rispetto agli obiettivi da perseguirsi (informazione della controparte a livello microeconomico e buon funzionamento dei mercati finanziari a livello macroeconomico), pare conseguente - per ragioni di economia - non obbligarvi le banche. In altri termini, se è apprezzabile che il regolatore voglia tutelare i piccoli investitori, allo stesso modo il perseguimento di tale obiettivo non deve produrre l'effetto di appesantire eccessivamente l'attività degli intermediari.

6.4. Va osservato, poi, che, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 58 del 1998, la Consob, sentita la Banca d'Italia, disciplina con regolamento gli obblighi degli intermediari finanziari «tenuto conto delle differenti



esigenze di tutela degli investitori connesse con la qualità e l'esperienza professionale dei medesimi».

6.4.1. In particolare, all'odierna controversia deve applicarsi *ratione temporis*, come si è già accennato in precedenza, il regolamento Consob n. 11522 del 1998 (*medio tempore* abrogato, con decorrenza dal 2.11.2007 e sostituito dal Regolamento Consob n. 1690 del 2007), il cui art. 31, comma 2, ricomprende[va] tra gli «operatori qualificati», tra gli altri, ogni 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, ricordandosi, inoltre, per quanto in questa sede di specifico interesse, che il comma 1 della medesima disposizione dispone[va] che agli «operatori qualificati» non si applica[va] - oltre alla previsione della forma scritta ex art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998 - buona parte delle norme di comportamento degli intermediari finanziari risultanti dal suddetto regolamento, ed in particolare i suoi artt. 27 (sui conflitti di interessi), 28 (sulle informazioni fra gli intermediari e gli investitori) e 29 (sulle operazioni non adeguate), cioè le tre principali norme di comportamento cui sono tenuti gli intermediari finanziari.

6.5. Occorre, allora, interrogarsi sulla corretta qualificazione giuridica della dichiarazione di «operatore qualificato», rilasciata dal rappresentante legale di una società. Si tratta, in particolare, di stabilire se essa sia una dichiarazione «di volontà» oppure «di scienza» o di «giudizio».

6.5.1. La prima soluzione va agevolmente esclusa atteso che, nel contesto di specie, la dichiarazione di volontà è qualcosa di diverso: è l'espressione dell'intenzione di concludere un contratto con un certo contenuto. La dichiarazione di possesso di competenze ed esperienze, invece, è preliminare rispetto alla conclusione del contratto; essa precede addirittura le negoziazioni fra i contraenti. La sua funzione è quella di determinare, prima che si giunga ad un contratto, il *quantum* dei doveri dell'intermediario finanziario nei confronti del cliente in relazione alle maggiori o minori competenze ed esperienze dell'investitore. La dichiarazione attesta uno stato di fatto (possesso di competenze ed

esperienze) e, sotto questo profilo, non è mancato chi l'ha qualificata come dichiarazione "di scienza", consistente nel sapere che la società dispone di competenze (conoscenza teorica della materia) ed esperienze (avere già compiuto operazioni in strumenti finanziari) in materia di operazioni in strumenti finanziari.

Una dichiarazione di scienza, però, può corrispondere, o meno, al vero. Nel caso dell'art. 31, comma 2, Reg. n. 11522/1998, la dichiarazione corrisponde al vero quando la società dispone di competenze ed esperienze in materia di strumenti finanziari, non anche, al contrario, quando il cliente difetti di tali competenze ed esperienze. Il nucleo della questione può essere, allora, espresso dall'interrogativo se un operatore qualificato "è" tale in quanto è realmente in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari oppure "*diventa*" tale per il semplice fatto di sottoscrivere una corrispondente dichiarazione.

In realtà, si può perfino arrivare a dubitare del fatto che la dichiarazione di possesso di competenze ed esperienze in materia di operazioni in strumenti finanziari sia una dichiarazione di scienza, atteso che le nozioni di "competenza" ed "esperienza" sono relative (si immagini che la società Alfa disponga di una direzione finanziaria composta di numerose persone, fra cui professionisti che hanno precedentemente lavorato per diversi anni presso banche d'affari e sono specialisti in contratti derivati. Qui è ben difficile negare competenza in materia. Completamente diversa è la situazione della piccola società Beta, nella cui direzione finanziaria si supponga lavori solo un giovane alla prima esperienza lavorativa).

Il vero problema è che mancano, nell'art. 31 Reg. n. 11522/1998, i parametri oggettivi cui commisurare le competenze ed esperienze della società, per arrivare, cioè, a stabilire quando si possa dire che una persona è competente ed esperta nelle operazioni in strumenti finanziari, oppure quale sia il livello minimo di competenze ed esperienze richiesto per far assurgere un determinato soggetto ad operatore qualificato. Proprio tale carenza normativa genera il rischio che la dichiarazione riguardante il possesso di competenze ed esperienze cessi di certificare un "fatto"



(accertabile e provabile dalle parti) per scadere all'espressione di un semplice "giudizio" (o, con altra terminologia, "opinione"). E' affatto non implausibile, quindi, l'assunto che la dichiarazione di essere operatore qualificato non sia una "dichiarazione di scienza", trattandosi della mera esposizione di un giudizio personale, di una valutazione delle capacità della società - espressa dal suo amministratore - del tutto arbitraria e discrezionale.

6.5.2. Questa Suprema Corte, nella sentenza n. 12138 del 2009 (i cui principi, benchè affermati con riferimento al precedente Regolamento Consob n. 5387 del 1991, possono essere utilizzati anche in questa sede, atteso che i contenuti di esso - art. 13 - in relazione alla nozione di operatore qualificato sono analoghi, per quanto qui di specifico interesse, a quelli - art. 31 - del Regolamento n. 11522 del 1998), sostanzialmente aderendo a tale ultima opinione, ha affermato che la dichiarazione di essere «operatore qualificato» non è una dichiarazione di scienza, ma la mera formulazione di un giudizio, facendone derivare la conclusione che una siffatta dichiarazione non può avere valore confessorio. Secondo il codice civile, invero, «la confessione è la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte» (art. 2730, comma 1, c.c.), sicchè può vertere solo su "fatti" e non su "giudizi". Dal momento che, come si è visto, la dichiarazione di essere operatore qualificato non certifica un fatto, ma esprime un giudizio, essa non può evidentemente essere oggetto di confessione.

Nella medesima sentenza si è inoltre statuito che la dichiarazione rilasciata dal legale rappresentante di una società può rilevare ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ.: essa può costituire argomento di prova che il giudice può porre a base della propria decisione, rimanendo, però, sempre possibile la sua prova contraria.

In tal modo, quella decisione ha chiaramente confermato l'impostazione secondo cui ciò che conta è la realtà dei fatti (presenza, o meno, di competenza ed esperienza) e non quanto dichiarato dal legale rappresentante, mentre, per il resto, ha inciso soprattutto sul requisito



dell'onere della prova, addebitandolo - in presenza di dichiarazione di operatore qualificato - alla società che ha rilasciato la dichiarazione.

Più precisamente, i giudici di legittimità hanno ritenuto che, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari - pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo (art. 2730 cod. civ.) - esonera l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, può costituire argomento di prova che il giudice - nell'esercizio del suo discrezionale potere di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione ed apprezzando il complessivo comportamento extraprocessuale e processuale delle parti (art. 116 cod. proc. civ.) - può porre a base della propria decisione, anche come unica e sufficiente prova in difetto di ulteriori riscontri.

La Cassazione ha specificato, infine, che, nel caso di asserita discordanza fra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale, grava su chi detta discordanza intenda dedurre l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di competenza ed esperienza e la conoscenza, da parte dell'intermediario mobiliare, delle circostanze medesime, o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell'intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente.

6.5.3. Con riferimento, invece, all'investitore persona fisica, la successiva pronuncia di questa stessa Corte n. 21887 del 2015 (ed in senso analogo si veda anche la più recente Cass. 13872 del 2017), muovendo dal rilievo che l'art. 31 del Reg. Consob n. 11522 del 1998 non menziona[va] l'esigenza di una espressa dichiarazione scritta del cliente persona fisica circa la sussistenza dei requisiti di operatore qualificato, contenendo la

*flow*

diversa previsione secondo cui tali soggetti «documentino il possesso dei requisiti di professionalità», ha sottolineato che la norma richiede[va] la verifica delle competenze effettive in capo alla stessa, da parte dell'intermediario; tale ragionevole certezza, peraltro, si sarebbe potuta acquisire dall'intermediario finanziario non necessariamente attraverso i documenti all'uopo consegnatigli nell'occasione dal cliente, potendo quegli fondarsi anche su elementi non integranti la nozione di documenti in senso tecnico ex art. 2702 e ss. c.c., rilevando la conoscenza effettiva dei requisiti professionali della controparte, ferma restando l'iniziativa di provenienza del cliente di essere considerato come facente parte di questa categoria.

6.5.4. I presupposti sono stati meglio precisati nella Direttiva n. 2004/39/CE del 21 aprile 2004 («Direttiva MiFID»), inapplicabile nella specie, ma utile ad individuare una linea evolutiva della normativa al riguardo. Essa ha introdotto una nuova classificazione degli investitori, distinti in clienti professionali e clienti al dettaglio, ribadendo la scelta di operare una graduazione delle categorie dei medesimi e delle conseguenti regole di condotta degli intermediari. Avendo la direttiva rimesso agli Stati di delineare in concreto la nozione di «cliente professionale», tale compito è stato assolto in Italia dalla Consob con il Reg. n. 16190 del 2007, che ha sostituito quello n. 11522 del 1998. Orbene, tale regolamento impone la «valutazione» della competenza ed esperienza del cliente, con il più congruo utilizzo di un termine di valenza generale, che compie implicito riferimento a qualsiasi mezzo per accertare e ponderare le caratteristiche di quell'investitore (la maggior tutela deriva, piuttosto, dall'obbligo della forma scritta che deve rivestire la richiesta del cliente persona fisica di essere valutato come professionale, ivi introdotto, e dalla procedura all'uopo necessaria).

6.6. Le argomentazioni fin qui esposte quanto agli effetti da attribuirsi alla fusione per incorporazione alla stregua del novellato art. 2504-*bis* cod. civ., nonché i principi resi dalla riportata Cass. n. 12138 del 2009 circa la natura e l'efficacia della dichiarazione di operatore qualificato resa dal legale rappresentante di società, che questo Collegio condivide ed intende ribadire

quanto all'interpretazione dell'art. 31, comma 2, del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, consentono, allora, di affermare, nell'odierna controversia, che la fusione per incorporazione che aveva coinvolto la \_\_\_\_\_ s.p.a. (incorporante) e la Immobiliare Gava s.r.l. (incorporata), - circostanza assolutamente pacifica in fatto - lungi dal determinare l'estinzione della società incorporata, aveva attuato l'unificazione delle stesse mediante la loro integrazione reciproca, risolvendosi in una vicenda meramente evolutiva/modificativa del medesimo soggetto giuridico che, pur con un assetto organizzativo diverso, ha conservato la propria identità.

6.6.1. Ne consegue, pertanto: a) che il contratto quadro e la dichiarazione di operatore qualificato ivi resa, il 25.1.2006, dalla incorporata Immobiliare Gava s.r.l. (società già posseduta interamente da \_\_\_\_\_ s.p.a.), da considerarsi come mera dichiarazione di giudizio, sono atti aventi valenza probatoria nel giudizio instaurato verso la incorporante, la quale ha proseguito i rapporti della prima; b) che la Banca odierna ricorrente, attraverso quella documentazione, aveva adempiuto - nel giudizio di opposizione allo stato passivo concluso dal decreto oggi impugnato - l'onere probatorio relativo alla sussistenza della qualifica di operatore qualificato in capo alla \_\_\_\_\_ s.p.a. (nella quale, per effetto della già descritta fusione, si era integrata la Immobiliare Gava s.r.l., attraverso una vicenda meramente evolutiva/modificativa di se stessa e conservando, pur con un assetto organizzativo diverso, la sua identità) ed all'averle fornito le informazioni attive e passive al momento della sua successiva sottoscrizione, il 29.6.2007, del contratto di derivati. Ribadita, invero, la vincolatività, per la società incorporante, della dichiarazione di operatore qualificato resa dalla incorporata Immobiliare Gava s.r.l. resa nel contratto quadro da essa sottoscritto, basta ricordare che l'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, in applicazione dell'art. 58 del d.lgs. n. 58 del 1998, prevede[va], in favore dei cosiddetti operatori qualificati, come si è diffusamente fin qui detto, un'ampia deroga alla normativa generale afferente la tutela del cliente, in particolare sancendosi, nei rapporti tra questi ultimi e l'intermediario autorizzato, l'inapplicabilità delle disposizioni di cui, tra gli



altri, all'art. 28 (sulle informazioni fra gli intermediari e gli investitori), del predetto Regolamento; c) che, giusta i principi espressi dalla già citata Cass. 12138 del 2009, da intendersi qui riportati, nella specie, diversamente da quanto ritenuto nel decreto oggi impugnato, sarebbe stato onere della [redacted] s.p.a. (nella quale, giova ribadirlo, per effetto della già descritta fusione, si era integrata la Immobiliare Gava s.r.l., attraverso una vicenda meramente evolutiva/modificativa di se stessa, così conservando, pur con un assetto organizzativo diverso, la sua identità), dedurre e dimostrare l'esistenza, al momento della sottoscrizione, da parte sua, del contratto di derivati del 29.6.2007 (ovvero di quello cd. quadro precedente da parte della Immobiliare Gava s.r.l.), di una discordanza fra il contenuto della dichiarazione di operatore qualificato già resa il 25.1.2006 dalla Immobiliare Gava s.r.l. (per la prima, *in thesi*, vincolante per quanto si è fin qui esposto), e la corrispondente situazione reale, documentando circostanze specifiche dalle quali desumere la propria (o, anteriormente, quella della Immobiliare Gava s.r.l.) mancanza di competenza ed esperienza e la conoscenza, da parte dell'intermediario mobiliare, delle circostanze medesime, o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell'intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente.

7. I due motivi in esame vanno, dunque, accolti.

8. Il terzo motivo di ricorso, infine, diretto a censurare l'avvenuta applicazione, nel caso di specie, dell'art. 23, ultimo comma, del d.lgs. n. 58 del 1998, e la quantificazione del risarcimento, effettuata nel decreto impugnato, in favore della [redacted] s.p.a. sul presupposto dell'inadempimento, ivi ritenuto, della Banca agli obblighi informativi di cui all'art. 28 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, può ragionevolmente considerarsi assorbito attese le argomentazioni fin qui esposte, ed altrettanto dicasi, a tacer d'altro, per le richiesta di rimessione in termini formulata dalla ricorrente «in via subordinata» all'accoglimento dei formulati motivi.

9. Il ricorso va, in definitiva, accolto in relazione ai primi due motivi (assorbito il terzo), ed il decreto impugnato deve essere cassato con rinvio al Tribunale di Pordenone, in diversa composizione, per il riesame, alla stregua delle argomentazioni fin qui esposte e della valutazione della documentazione in atti, della domanda della Banca di ammissione al passivo dell'amministrazione straordinaria della s.p.a. in liquidazione e la regolamentazione delle spese di questa fase.

*flor*

**P. Q. M.**

Accoglie il primo ed il secondo motivo del ricorso, e dichiara assorbito il terzo. Cassa il decreto impugnato in relazione ai motivi accolti, e rinvia al Tribunale di Pordenone, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima sezione civile della Corte Suprema di cassazione, il 22 novembre 2017.

Il Presidente

Dott.ssa Annamaria Ambrosio

