



N.9996714

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

Oggetto

Derivati
finanziari.

R.G.N.

R.G.N.

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GIUSEPPE SALME' - Presidente -
Dott. ALDO CECCHERINI - Consigliere -
Dott. MASSIMO DOGLIOTTI - Consigliere -
Dott. ANTONIO DIDONE - Consigliere -
Dott. LOREDANA NAZZICONE - Rel. Consigliere -

Cron. 9996

Rep.

Ud. 10/02/2014

PU

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

B L (C.F.),

elettivamente domiciliato in ROMA,

, presso l'avvocato , che lo

rappresenta e difende unitamente all'avvocato

, giusta procura a margine del

ricorso;

- **ricorrente** -

contro

M

S.P.A., BANCA A

M S.P.A.;

- intimati -

sul ricorso proposto da:

BANCA A M S.P.A. (C.F.),

in persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA,

, presso l'avvocato , che

la rappresenta e difende unitamente all'avvocato

, giusta procura a margine del

controricorso e ricorso incidentale condizionato;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

B L ;

- intimato-

avverso la sentenza n. 734/2007 della CORTE

D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 21/09/2007;

udita la relazione della causa svolta nella

pubblica udienza del 10/02/2014 dal Consigliere

Dott. LOREDANA NAZZICONE;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato

che si riporta;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato

che si riporta;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore

Generale Dott. P F che ha concluso per

l'accoglimento del ricorso principale (motivo n. 2 e 8), inammissibile e comunque infondato il motivo n.1., infondato il motivo n.4, assorbiti i motivi n. 3,5,6,7, rigetto dell'incidentale condizionato.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 21 settembre 2007, la Corte d'appello di Brescia ha confermato la decisione di primo grado, pronunciata dal Tribunale di Mantova, la quale, dopo avere riunito i due giudizi - di opposizione a decreto ingiuntivo richiesto dalla Banca A M s.p.a. contro L B , e di cognizione ordinaria seguito alla concessione di un sequestro conservativo e volto alla condanna di ulteriori somme - ha respinto l'opposizione e le domande riconvenzionali di risarcimento del danno, proposte dal cliente in relazione ad operazioni di investimento su derivati finanziari dal medesimo poste in essere nel corso del primo semestre dell'anno 1997.

Ha ritenuto la corte territoriale, per quanto ancora rileva, che:

- è regolare la notificazione dell'atto di appello eseguita dal B solo nei confronti del difensore della banca in una delle due cause riunite in primo grado, dal momento che la notificazione all'altro difensore nel giudizio riunito è idonea a rendere la parte edotta del gravame;

- sussiste la legittimazione processuale in capo al procuratore della banca, sottoscrittore delle procure per

il giudizio, posto che al medesimo è stato anche conferito il corrispondente potere sostanziale;

- nessun contratto di finanziamento per l'effettuazione delle operazioni di investimento su derivati è stato concluso fra le parti, di cui possa predicarsi, come richiesto dal B , la nullità per mancanza di forma scritta ex art. 18, primo comma, del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, vigente *ratione temporis*, onde il cliente non può esimersi dalla restituzione di quanto ricevuto;

- la domanda di risarcimento del danno, che si assume cagionato al cliente dalla mancata informazione e consulenza sui rischi delle operazioni borsistiche e dalla chiusura improvvisa del rapporto di conto corrente, in violazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 415 del 1996, è tardiva, in quanto proposta dal B solo alla prima udienza di comparizione in cui egli si è costituito innanzi al tribunale nel giudizio ordinario di cognizione intrapreso dalla banca, dunque oltre i termini di cui all'art. 167 c.p.c.; mentre la medesima domanda, da lui già proposta anche nell'atto di citazione in opposizione al decreto ingiuntivo, è stata abbandonata in sede di precisazione delle conclusioni; nel merito, ha ritenuto la corte che, comunque, la domanda sia infondata, come palesato dalle testimonianze dei dipendenti della banca,

i quali hanno chiarito come il meccanismo delle operazioni finanziarie in questione fosse ben noto al B , che aveva ricevuto opuscoli esplicativi e quotidianamente si informava del proprio "conto margini";

- è inammissibile la doglianza sulla non debenza in favore della banca dell'interesse pari al 12% annuo, in quanto domanda nuova sul *quantum* del credito preteso, al riguardo mai contestato.

Avverso la sentenza propone ricorso per cassazione il B , affidato ad otto motivi ed illustrato con memoria ex art. 378 c.p.c. Resiste la banca con controricorso, proponendo altresì ricorso incidentale condizionato per un motivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Preliminarmente va disposta la riunione dei ricorsi, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., in quanto proposti avverso la medesima decisione.

2. - Negli otto motivi il ricorrente deduce:

1) la violazione o falsa applicazione dell'art. 77 c.p.c., attesa la carenza di rappresentanza in capo al procuratore della banca e sottoscrittore delle procure alle liti, in quanto non sussiste alcuna procura rilasciata il 28 aprile 1997, come dalla sentenza impugnata erroneamente affermato, mentre il verbale del consiglio di amministrazione del 24 giugno 1996 è stato

prodotto solo in appello e non conferisce poteri di rappresentanza sostanziale; la Banca A M s.p.a., successore a titolo particolare dell'originaria Banca A M soc. coop. a r.l., si è costituita solo in appello e non è legittimata a ratificare il precedente operato;

2) la violazione o falsa applicazione degli art. 18 d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, e 24 reg. Consob n. 10943 del 1997, avendo la sentenza impugnata escluso la conclusione fra le parti di un contratto di finanziamento, nullo per carenza di forma scritta, ed affermato quindi il diritto della banca alla restituzione della somma finanziata, sebbene la banca abbia permesso al cliente di effettuare operazioni su derivati versando essa stessa i "margini di garanzia" ed annotandoli a debito dell'investitore sui due conti correnti, quello ordinario e quello "conto margini", dal medesimo intrattenuti; la banca ha anticipato la provvista, dovendo dunque l'operazione ricondursi all'art. 24 reg. Consob n. 10943 del 1997;

3) la violazione degli art. 117 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e 157 c.p.c., per non avere la corte d'appello rilevato d'ufficio la nullità del rapporto di conto corrente in ragione dell'inosservanza dell'obbligo della forma scritta, in quanto il modulo relativo al

conto corrente datato 23 aprile 1997, prodotto dalla banca, è una mera dichiarazione unilaterale del cliente di avere ricevuto comunicazione scritta dell'apertura del conto, solo ricognitiva e prodotta in giudizio dopo il recesso; onde la corte d'appello avrebbe dovuto, rilevata la nullità del contratto di conto corrente, dichiarare che nulla al riguardo era più dovuto dal cliente;

4) la violazione dell'art. 324 c.p.c. e la falsa applicazione dell'art. 167 c.p.c., dal momento che il procuratore del ricorrente, all'udienza di precisazione delle conclusioni in primo grado nel giudizio introdotto dalla banca con atto di citazione, aveva rinviato alla comparsa di risposta, che conteneva la domanda di risarcimento del danno per violazione degli obblighi di condotta dell'intermediario, già proposta con l'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo; il tribunale aveva respinto la domanda e, pertanto, in mancanza di uno specifico appello incidentale sul punto, la sentenza di secondo grado avrebbe dovuto considerare ormai formatosi il giudicato implicito; mentre, comunque, il rinvio alla comparsa di risposta rendeva palese il non abbandono di quella pretesa;

5) la violazione dell'art. 17, primo comma, d.lgs. n. 415 del 1996, in relazione all'art. 5, secondo comma, reg. Consob n. 10943 del 1997, per non avere la sentenza

impugnata considerato come la banca sia rimasta inadempiente all'obbligo di informare l'investitore - sebbene questi avesse dichiarato la sua alta propensione al rischio e la sua particolare esperienza nelle operazioni in derivati - con la diligenza dell'operatore particolarmente qualificato, laddove si trattava di operazioni consistenti in scommesse sull'andamento degli indici di borsa, gravando quindi sulla banca l'obbligo di aggiornare il cliente alla stregua delle previsioni degli analisti, dell'analisi tecnica, dei reports quotidiani, dei rumors di borsa e di tutti gli altri strumenti di conoscenza di cui l'operatore dispone sulle effettive tendenze del mercato;

6) la violazione dell'art. 17, primo comma, d.lgs. n. 415 del 1996, in relazione all'art. 6 reg. Consob n. 10943 del 1997, ed il vizio di motivazione, per non avere la banca richiesto al cliente l'autorizzazione scritta ad eseguire molte di tali operazioni, che erano inadeguate per oggetto, dimensioni e frequenza, limitandosi ad informarlo genericamente della loro inadeguatezza, con la conseguente sua responsabilità risarcitoria;

7) l'omessa pronuncia sulla dedotta violazione dell'obbligo di agire nell'interesse del cliente, avendo la banca chiuso i contratti di borsa senza attenderne la naturale scadenza;

8) la violazione e la falsa applicazione dell'art. 345 c.p.c., per avere la sentenza impugnata considerato tardiva la deduzione sull'illiceità degli interessi ultralegali, rientrante, invece, tra le mere difese.

Con l'unico motivo del ricorso incidentale condizionato, la Banca A M s.p.a. censura la violazione degli art. 324, 330 e 647 c.p.c., per avere la corte d'appello ritenuto che l'atto di citazione d'appello, notificato ad uno soltanto dei difensori della banca nei due giudizi in primo grado poi riuniti, abbia impedito il passaggio in giudicato dell'altro giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Con la conseguenza che sono ormai passate in giudicato le questioni relative alla sussistenza della legittimazione dei procuratori alle liti, alla validità dei contratti *inter partes* ed alla quantificazione del credito della banca.

3. - Il primo motivo è infondato.

Al riguardo, va disattesa l'eccezione di inammissibilità, sollevata dalla banca sotto il profilo che la circostanza non è stata dedotta nel corso del giudizio di primo grado: il mancato rituale conferimento della rappresentanza sostanziale e processuale è questione rilevabile d'ufficio, perché attinente alla regolare costituzione del contraddittorio (salvo il giudicato sul punto, nella specie da escludere).

Secondo il principio costantemente affermato da questa Corte, il potere di rappresentanza processuale, con la facoltà di nomina dei difensori e di conferimento della procura alla lite, può essere riconosciuto soltanto a colui che sia investito di potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio, con la conseguenza che il difetto di poteri siffatti si pone come causa di esclusione anche della *legitimatio ad processum* del rappresentante (Cass., sez. un., 16 novembre 2009, n. 24179; più di recente, es. sez. VI-5, ord. 20 febbraio 2013, n. 4248).

La sentenza d'appello dà conto, peraltro, dell'esistenza di una procura del 28 aprile 1997; il ricorrente censura la circostanza, con deduzione di un errore avente natura sostanzialmente revocatoria (nei sensi di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c.), atteso che si ascrive alla corte di appello non già l'errore giuridico sul valore di tale procura, ma l'errore consistente nell'aver ritenuto depositato un documento invece mai prodotto; ed il potere di procedere alla correzione di siffatto genere di errore, come noto, è attribuito dall'art. 398, primo comma, c.p.c., allo "stesso giudice" che è incorso nel vizio revocatorio.

Quanto al contenuto del verbale del consiglio di amministrazione del 24 giugno 1996, la delega a

“promuovere, sostenere liti”, “incassare somme e rilasciare quietanze, deferire e riferire giuramenti”, “sottoscrivere dichiarazioni di rinuncia agli atti o di desistenza”, “eleggere domicilio per gli effetti di cui all’art. 47 del codice civile” indica come anche la rappresentanza sostanziale per gli affari curati gli fu conferita. Tali espressioni palesano il conferimento di una procura attributiva anche del potere di decidere, a nome della società, le modalità di definizione dei rapporti controversi, operando riferimento a tipici atti che deve compiere la parte personalmente o il suo procuratore speciale: dunque, essa non può essere interpretata quale conferimento di rappresentanza di ordine meramente processuale, atteso che detti poteri, comportando anche ampia libertà di scegliere ed attuare la migliore soluzione dei rapporti stessi, implicano tipiche caratteristiche sostanziali.

4. - Il secondo motivo non può trovare accoglimento, anche deve esserne corretta la motivazione, ai sensi dell’art. 384, quarto comma, c.p.c.

Come evidenziato da parte controricorrente, né l’atto di citazione in opposizione al decreto ingiuntivo, né la comparsa di risposta nel secondo giudizio (oltretutto tardiva) contenevano alcuna domanda di nullità per difetto di forma del contratto di finanziamento, che si

assume concluso a latere delle operazioni in derivati, essendosi il B limitato a sollevare un'eccezione di compensazione; la domanda di nullità risulta proposta per la prima volta nell'atto di citazione in appello e con essa il cliente ha esclusivamente preteso di sottrarsi alla restituzione delle somme asseritamente finanziate.

Il ricorrente censura la decisione impugnata, nella parte in cui ha ritenuto non soggetta a forma scritta l'anticipazione, da parte della banca, di somme al fine di costituire gli obbligatori "margini di garanzia" nelle operazioni su derivati, e ne ha fatto discendere l'infondatezza della proposta opposizione del cliente al decreto monitorio con il quale la banca ha richiesto la restituzione di quelle somme.

Va, in primo luogo, rilevato che le operazioni in derivati, secondo quanto dedotto dal ricorrente, sono state poste in essere nel primo semestre del 1997, escludendo dunque ciò in radice l'applicabilità dell'art. 24 del Regolamento Consob n. 10943 del 30 settembre 1997, dal medesimo invocato.

Dal suo canto, l'art. 18 del d.lgs. 23 luglio 1996 n. 415, all'epoca vigente, prevedeva la forma scritta per i contratti relativi ai servizi di investimento, a pena di nullità azionabile solo dal cliente.

Giova osservare come, secondo il meccanismo delle operazioni su prodotti finanziari derivati, queste consistono in una scommessa al rialzo o al ribasso, da cui il cliente si ripromette intenti altamente speculativi, quale vantaggio prettamente aleatorio collegato alla creazione artificiale di un rischio, e che proprio per tale ragione sono sottratte per legge al regime ex art. 1933 c.c. Nel momento in cui il cliente conclude l'opzione, egli diviene automaticamente debitore (o creditore) di quanto risulterà il differenziale alla scadenza.

L'anticipazione di somme al fine del versamento dei margini, secondo quanto riferito dal ricorrente, assumeva, nella specie e nel sistema *ratione temporis* vigente, i caratteri di uno cd. sconfinamento (nozione ora presente all'art. 121 t.u.b.), con il quale la banca mandataria ha fornito i mezzi necessari all'adempimento del mandato (art. 1719 c.c.), versando la somma direttamente al terzo - la Cassa di compensazione e garanzia s.p.a., deputata a garantire il buon fine delle transazioni aventi ad oggetto strumenti derivati effettuate nei mercati regolamentati nazionali - e con diritto al rimborso da parte del mandante, senza alcun preliminare obbligo di affidamento.

I mercati regolamentati sono retti, com'è noto, da regole miranti ad azzerare il rischio di inadempimento degli investitori, grazie anche alle funzioni svolte dalla predetta cassa di compensazione e garanzia, che opera come controparte in ogni transazione. In tale contesto, i margini di garanzia non costituiscono un prezzo, ma la controprestazione della scommessa (cfr. art. 18, quarto comma, d.lgs. n. 415 del 1996) effettuata dall'investitore sull'andamento degli indici di borsa; attesa la natura di durata dei contratti in derivati, frequenti sono le variazioni qualitative o quantitative degli indici, onde l'ammontare dei margini cambia ripetutamente. In particolare, per le opzioni finanziarie, in cui si conviene che l'esecuzione si attui con il versamento del solo differenziale, la concreta definizione dell'entità della prestazione dovuta avviene a *posteriori*, quando il contratto è già perfezionato, mediante un elemento oggettivo esterno al negozio qual è, appunto, il futuro valore di mercato del dato di riferimento (si è scritto che la «derivazione» si risolve in una peculiare ipotesi di parziale determinazione del contenuto di una delle prestazioni dedotte nell'oggetto del contratto *per relationem* a dati futuri e incerti).

Ciò non esclude, peraltro, che lo "sconfinamento", o il finanziamento, comunque a tal fine concesso rientrasse

nella categoria dei contratti della banca con il cliente, da pattuire per iscritto, secondo quanto desumibile dagli art. 18 e 20 d.lgs. n. 415 del 1996.

E, tuttavia, da tale considerazione non deriva la fondatezza della pretesa del cliente di sottrarsi alla restituzione di quanto ricevuto, che sola ha animato l'azione di nullità proposta: onde il ricorrente era privo di interesse ad agire al riguardo, posto che anche per le azioni di nullità la parte ha l'onere di dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire, non potendo una domanda porsi in vista di mere affermazioni teoriche.

Se, invero, in detti mercati è prevista un'attività propria dell'intermediario, ciò risponde alla medesima esigenza di assicurare (in senso lato) l'adempimento del cliente; ma l'obbligazione finale di pagare quanto oggetto dell'opzione grava per definizione sull'investitore, che compie l'operazione speculativa.

Ne deriva che dall'allegata nullità deriverebbe pur sempre l'obbligo di restituzione a carico del cliente della somma anticipata dalla banca, con la conseguenza che il motivo va respinto. L'unico profilo, per il quale permane l'interesse del ricorrente, attiene alla misura degli interessi al riguardo applicati; ma la questione è

oggetto di altro motivo (l'ottavo), nel cui ambito verrà esaminata.

5. - Il terzo motivo è inammissibile.

Il ricorrente allega che i contratti di conto corrente dal medesimo conclusi non recano la sottoscrizione della banca e siano nulli. A fronte della contestazione della controparte, secondo cui l'argomento non è stato mai trattato nei precedenti gradi di merito, ove è rimasta incontestata la conclusione di tali contratti, il ricorrente aveva l'onere, rimasto inadempito, di precisare il luogo in cui tale domanda fosse stata già proposta, ai sensi dell'art. 366, primo comma, n. 6, c.p.c.

A ciò si aggiunga che la questione della nullità di un contratto, sollevata per la prima volta nel giudizio di cassazione ed implicante ulteriori accertamenti, è inammissibile, perché la sua rilevabilità d'ufficio, anche in sede di legittimità, postula che non vi sia necessità di nuove indagini di fatto (Cass., sez. I, 14 ottobre 2013, n. 23235; sez. VI-1, 9 luglio 2013, n. 16041; sez. II, 24 agosto 2012, n. 14621; sez. I, 15 luglio 2009, n. 16541).

6. - Il quarto motivo è infondato.

Rientra nell'ambito dei poteri del giudice del merito, ove sussista, come nella specie, una congrua

motivazione, la individuazione delle conclusioni definitive proposte dalla parte. La corte d'appello ha rilevato che, attesa la tardiva costituzione in giudizio del convenuto in primo grado, la domanda risarcitoria ivi proposta era tardiva, ai sensi dell'art. 167 c.p.c., ma solo questa fu richiamata *per relationem* all'udienza di precisazione delle conclusioni, come emerge dall'esame degli atti, consentito dalla natura del vizio denunciato. La pronuncia, dunque, sul punto non si presta a censure.

7. - L'esame dei motivi quinto, sesto e settimo è conseguentemente assorbito.

8. - L'ottavo motivo è fondato.

La deduzione sull'illiceità degli interessi ultralegali al tasso del 12,50% non avrebbe dovuto essere considerata tardiva dal giudice d'appello, rientrando essa nell'ambito delle mere difese, quale semplice contestazione dei fatti costitutivi dedotti dall'attore (Cass., sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350). Devono, quindi, applicarsi gli interessi al tasso legale sull'importo dovuto.

9. - L'unico motivo del ricorso incidentale condizionato è infondato, dal momento che la notificazione ad uno dei due difensori della banca nei giudizi ormai riuniti è idonea ad impedire il passaggio

in giudicato anche per l'altro (cfr. Cass., sez. III, 7 novembre 2002, n. 15624).

10. - In conclusione, va accolto l'ottavo motivo del ricorso principale, e, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384, secondo comma, c.p.c., con la cassazione senza rinvio della sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e la determinazione degli interessi dovuti nella misura legale. Le spese vengono interamente compensate, per la reciproca soccombenza.

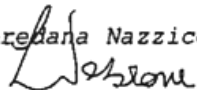
P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi; accoglie l'ottavo motivo del ricorso principale, cassa in relazione al motivo accolto e, decidendo nel merito, dichiara dovuti da L B gli interessi nella misura legale; rigetta i restanti motivi del ricorso principale ed il ricorso incidentale; compensa fra le parti le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 10 febbraio 2014.

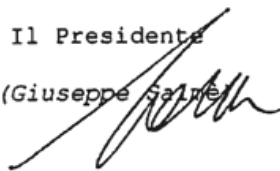
Il Consigliere est.

(Loredana Nazzicone)



Il Presidente

(Giuseppe Salvo)



Depositato in Cancelleria

8 MAG 2014

IL CANCELLIERE
Alfonso Madaleni

