

Civile Sent. Sez. 1 Num. 31896 Anno 2018
Presidente: SCHIRO' STEFANO
Relatore: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Data pubblicazione: 10/12/2018

SENTENZA

sul ricorso 15375/2012 proposto da:

Vergara Vincenzo, Troiano Sergio, elettivamente domiciliati in Roma, Via Giuseppe Ferrari n.11, presso lo studio dell'avvocato Tirone Massimo, rappresentati e difesi dall'avvocato Mensitieri Giuseppe, giusta procura a margine del ricorso;

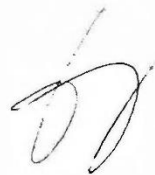
-ricorrenti -

contro

1465

2018

1





IW Bank S.p.a., già IMIWeb Bank S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Monte Zebio n.30, presso lo studio dell'avvocato Camici Giammaria, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati Camozzi Federico, Mobilia Antonino, giusta procura in calce al controricorso;
-
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1325/2011 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 10/05/2011;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 13/09/2018 dal cons. GENOVESE FRANCESCO ANTONIO;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale CARDINO ALBERTO che ha concluso per il rigetto del ricorso;
udito, per i ricorrenti, l'Avvocato Giuseppe Mensitieri che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
udito, per la controricorrente, l'Avvocato Giammaria Camici che ha chiesto il rigetto.

FATTI DI CAUSA

1. La Corte d'appello di Milano, sul gravame proposto dai sigg. **Vincenzo Vergara** (quale cessionario dei diritti di credito di *Nicola D'Arienzo*) e **Sergio Troiano**, ha confermato la pronuncia di rigetto resa dal Tribunale di quella stessa città sulle domande di accertamento della responsabilità di **IW Bank SpA** per la gestione dei due rapporti con essa intrapresi e relativi alla negoziazione di titoli collegati all'apertura di conti correnti per l'effettuazione di operazioni in strumenti derivati, *warrant* e *covered warrant*, stipulati in date 8/3/2002 (contratto n. 2001445028, cointestato a *D'Arienzo Nicola* e *Troiano Sergio*) e 22/4/2002 (contratto n. 200145046, intestato al solo *D'Arienzo*), per l'omessa comunicazione - sulla base del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, nella specie applicabile - di perdite rilevanti relative all'andamento dei detti strumenti finanziari



da parte della **Banca**, con condanna di quest'ultima alla ripetizione di tutte le somme indebitamente percepite e al risarcimento dei danni.

1.1. Innanzitutto, la Corte territoriale, ha affermato il difetto di legittimazione attiva del signor Vergara, in quanto cessionario di un diritto nascente dal trasferimento (da parte del signor Nicola D'Arienzo) del proprio diritto al credito risarcitorio da responsabilità contrattuale (avente a base i due contratti relativi agli strumenti derivati di cui innanzi), pur nascente da una non ancora intrapresa azione giudiziale verso la Banca, con pretesa risarcitoria, poi oggetto della causa in esame.

1.2. Nel merito, la stessa Corte ha respinto le doglianze considerando che l'Istituto bancario aveva dato avviso agli investitori il giorno immediatamente successivo (l'1/11/2002) a quello del verificarsi della perdita (31/10/2002), secondo i parametri elaborati dalla Consob con le proprie raccomandazioni e finalizzati a stabilire il calcolo del superamento nella misura del 50% del rapporto di provvista (cd. *Profit & Loss*) o capitale di riferimento.

1.3. Secondo il giudice di appello, nel calcolo della misura che rendeva obbligatoria la segnalazione della perdita, non poteva tenersi conto del decremento subito dall'investitore, con riferimento al picco di guadagno già conseguito, ma esclusivamente al capitale di riferimento stabilito nel contratto al momento della sua stipulazione (pari alla misura di 1,00 €, per il primo dei due, e di 30.000,00 €, per il secondo degli anzidetti negozi).

1.4. Da ultimo, la doglianza relativa all'inadeguatezza dell'investimento per il risparmiatore era questione solo tardivamente proposta e, comunque, anche infondata.

2. Avverso tale decisione hanno proposto ricorso per cassazione i predetti sigg. Vergara e Troiano con due mezzi di doglianza, illustrati anche con memoria.

3. L'intermediario ha resistito con controricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione degli artt. 1260, 1264, 1376, 1173, 1218, 1362, 1363, 1366, 1367 cod. civ.) i ricorrenti si dolgono della pronuncia relativa al difetto di

legittimazione attiva del signor Vergara. La Corte d'appello l'aveva erroneamente esclusa sebbene essa riposasse sulla cessione del credito, futuro e di natura risarcitoria, da inadempimento contrattuale, da parte dei pretesi titolari, così come richiesto in pagamento alla Banca, con note raccomandate del 27/12/2002 e dell'11/3/2003, anteriori al negozio di cessione, e con altra nota del 9/6/2003, anch'essa anteriore alla notifica della cessione al debitore ceduto.

1.1. Secondo i ricorrenti, il diniego di legittimazione operato dalla Corte territoriale (in conformità di un'altrettale determinazione del primo giudice) conteneva una pluralità di errori e di false applicazioni di diritto: a) la misconosciuta possibilità di cedere crediti non determinati, ma determinabili, seppure contestati e futuri; b) la mancata considerazione dell'autonomia del credito risarcitorio, rispetto al rapporto sottostante rimasto inadempito; c) la violazione del divieto di sindacato, da parte del ceduto, in ordine alla validità del negozio di cessione.

1.2. Inoltre, la decisione giudiziale avrebbe erroneamente affermato l'inesistenza del diritto, o quantomeno della pretesa, senza aver considerato le raccomandate con le quali tale credito era stato contestato alla Banca, responsabile della violazione, così misconoscendo la distinzione giurisprudenziale (richiamo a Cass. Sez. L, sent. n. 15141 del 2002) tra "*crediti eventuali in astratto, ossia aleatori*" e "*crediti eventuali in concreto*".

1.3. Infine, la motivazione della sentenza impugnata si mostrerebbe lesiva dei principi in materia di interpretazione dei contratti e, fra questi, in particolare del canone della comune intenzione.

2. Con il secondo motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione degli artt. 28, 3° co. e 30, 2° co., lett. e) del Reg. Consob n. 11522 del 1998 nonché 21, 1° co., lett. a), TUIF ex D. Lgs. n. 58 del 1998 nonché motivazione contraddittoria) i ricorrenti si dolgono, nel merito, del fatto che la Corte territoriale, dopo aver correttamente premesso l'obbligo dell'intermediario di dare pronto avviso in caso di riduzione in misura pari o superiore al 50% del capitale di riferimento (pacificamente indicato in 1,00€ e in 15.000,00 € per i già menzionati due contratti), di aver confuso e cumulato il capitale costituito in provvista e garanzia con il capitale di cui l'investitore dispone sul



proprio conto corrente, collegato al contratto di negoziazione (p. 62 ric.).

2.1. Secondo i ricorrenti, infatti, la Corte avrebbe errato nel convincimento che l'obbligo giuridico di segnalazione delle perdite scattava solo dopo che queste avevano eroso tutte le disponibilità in conto corrente ed inciso (nella misura di almeno il 50%) la soglia rispettivamente di 1,00 € e di 15.000,00 €, per i due conti già menzionati.

3. Il primo motivo di ricorso, relativo alla disconosciuta legittimazione a stare in giudizio al cessionario della *res litigiosa* (il signor Vergara, al quale l'originario contraente aveva ceduto il proprio credito, futuro e di natura risarcitoria, da inadempimento contrattuale, richiesto in pagamento alla Banca, con note raccomandate del 27/12/2002 e dell'11/3/2003, anteriori al negozio di cessione, e con quella del 9/6/2003, anteriore alla notifica della cessione al debitore ceduto) è fondato e deve essere accolto, previa reiezione dell'eccezione secondo cui il debitore ceduto non può contestare la validità della cessione in quanto alla stessa estraneo. Infatti, nella specie, la banca ha inteso sostenere che al momento della cessione del credito questo non esisteva e quindi ha sollevato un'eccezione (d'inesistenza del credito) che avrebbe potuto opporre al creditore cedente. Ma il credito era esistente, anche se non determinato, ma determinabile con riferimento alle specifiche richieste di risarcimento avanzate per iscritto dai clienti della banca.

3.1. Secondo i ricorrenti, il diniego di legittimazione conteneva una pluralità di errori e di false applicazioni di diritto: a) la misconosciuta possibilità di cedere crediti non determinati, ma determinabili, seppure contestati e futuri; b) la mancata considerazione dell'autonomia del credito risarcitorio rispetto al rapporto sottostante rimasto inadempito; c) la violazione del divieto di sindacato, da parte del ceduto, in ordine alla validità del negozio di cessione.

3.2. In particolare, la decisione giudiziale avrebbe erroneamente affermato l'inesistenza del diritto, o quantomeno della pretesa, senza aver considerato le raccomandate con le quali tale credito era stato contestato alla Banca, responsabile della violazione, così misconoscendo la distinzione giurisprudenziale (richiamo a Cass. Sez.



L, sent. n. 15141 del 2002) tra "crediti eventuali in astratto, ossia aleatori" e "crediti eventuali in concreto".

4. Di contro, da parte dell'intermediario finanziario, si è eccepito che il debitore ceduto non può contestare la validità della cessione, in quanto alla stessa estraneo.

4.1. Ma l'eccezione è infondata atteso che, il credito, anche se non determinato ma determinabile era esistente con riferimento alle specifiche richieste di risarcimento avanzate per iscritto dai clienti della banca.

5. Va qui richiamato - come osservato rettamente dal P.G. - l'approdo compiuto da questa Corte nella materia della cessione dei crediti risarcitori da circolazione dei veicoli e natanti.

5.1. A tale proposito questa Corte ha stabilito che:

a) *Il danneggiato da un sinistro stradale può cedere il proprio credito risarcitorio a un terzo (nella specie, il carrozziere incaricato della riparazione dell'auto danneggiata), non trattandosi di un diritto strettamente personale e non esistendo al riguardo diretti o indiretti divieti normativi. Detto terzo è legittimato ad agire, in vece del cedente, in sede giudiziaria per l'accertamento della responsabilità dell'altra parte e per la condanna di questa, e del suo assicuratore per la responsabilità civile, al risarcimento dei danni (Sez. 3, Ordinanza n. 11095 del 2009; e, nella stessa direzione anche Sez. 3, Sentenza n. 51 del 2012);*

b) *Il diritto di credito relativo al risarcimento del danno non patrimoniale, così come risulta trasmissibile "iure hereditatis", può anche formare oggetto di cessione per atto "inter vivos", non presentando carattere strettamente personale. (Sez. 3, Sentenza n. 22601 del 2013).*

5.2. E, ancor prima, Essa aveva affermato il principio, allora innovativo, secondo cui «l'obbligazione risarcitoria, anche quando il diritto al risarcimento sia conseguenza di inadempimento contrattuale, non ha natura accessoria rispetto all'obbligazione contrattuale rimasta inadempita, bensì si configura come una obbligazione autonoma, con la conseguenza che il relativo credito può costituire oggetto di cessione, a titolo oneroso o gratuito, ai sensi e nei limiti dello art. 1260 cod. civ.» (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 2812 del 1986).



5.3. Il richiamato arresto, infatti, ha consentito di abbandonare il precedente orientamento interpretativo, che sosteneva il principio della mera obbligatorietà della cessione dei cediti futuri e il trasferimento della *res* solo al momento della nascita del credito (Cassazione, Sent. n. 1364 del 1960), mentre detta nascita costituirà soltanto una condizione di efficacia per la sua esazione, onde la possibilità della sua immediata notificazione, ai sensi dell'art. 1265 cod. civile.

5.4. Nell'ordinamento vigente, infatti, non esiste una norma che vieta la disponibilità dei diritti futuri perché meramente eventuali, bastando che, nel negozio dispositivo, sia individuata o sia determinata (o determinabile) la fonte dei crediti perché automaticamente siano ricompresi nella vicenda traslativa quelli che da tale fonte deriveranno (e non solo nel caso in cui oggetto del negozio sia un singolo credito futuro, ma anche in quello in cui ne sia oggetto una pluralità di essi).

5.5. Si può pertanto concludere affermando il principio di diritto secondo cui, nel nostro ordinamento giuridico, la cessione dei crediti futuri, anche di quelli aventi causa risarcitoria, è possibile senza che rilevi la probabilità della venuta in essere del credito ceduto.

5.6. Il ricorso, pertanto, è fondato *in parte qua* (primo motivo) per avere il giudice a quo escluso la legittimazione ad agire del signor Vergara, in quanto cessionario di un diritto nascente dal trasferimento (da parte del signor Nicola D'Arienzo) del proprio diritto al credito risarcitorio da responsabilità contrattuale (avente a base i due contratti relativi agli strumenti derivati di cui innanzi), pur nascente da una non ancora intrapresa azione giudiziale verso la Banca, con pretesa risarcitoria, poi oggetto della causa in esame.

5.7. Ma il primo mezzo di ricorso è fondato anche nella parte in cui ha lamentato per la violazione degli artt. 1362, 1363, 1366 e 1367 cod. civ. (dedotta alle pagg. 52 – 55 del ricorso).

5.8. La censura dei ricorrenti merita accoglimento, anche sotto questo profilo, in quanto il contratto di cessione del credito, interpretato secondo buona fede, attraverso il complessivo tenore delle clausole e la comune intenzione delle parti, non era subordinato alla preventiva instaurazione della lite giudiziaria, ma faceva riferimento alla controversia in atto tra le parti, documentata dalle richieste risarcitorie avanzate dai clienti della banca. Il credito,

insomma, anche se non determinato, era almeno determinabile con riferimento alle specifiche richieste scritte di risarcimento avanzate dai clienti. Ricorrono pertanto le violazioni dei criteri legali di interpretazione del contratto dedotte dai ricorrenti: gli artt. 1362 (*la comune intenzione delle parti*), 1363 (*l'interpretazione complessiva delle clausole, una per mezzo delle altre*) e 1366 (*l'interpretazione secondo buona fede*, che induce ragionevolmente a ritenere che il contratto volesse far riferimento a un credito non derivante necessariamente dall'avvenuta instaurazione formale di una lite in sede giudiziaria, ma dall'esistenza comunque di una controversia tra le parti, determinabile sulla base delle richieste risarcitorie scritte avanzate dai clienti alla banca).

6. L'accoglimento di tale mezzo, peraltro, non esaurisce l'odierno ricorso assorbendo l'altro motivo, atteso che l'assorbimento di un motivo di ricorso per cassazione postula che la questione con esso prospettata si presenti incondizionatamente irrilevante, al fine della decisione della controversia, a seguito dell'accoglimento di un altro motivo e, pertanto, non è configurabile ove la questione stessa possa diventare rilevante in relazione ad uno dei prevedibili esiti del giudizio di rinvio, conseguente alla cassazione della sentenza impugnata per il motivo accolto. In tale ipotesi, questa Corte deve procedere egualmente all'esame di quel motivo annullando eventualmente la medesima sentenza anche in relazione ad esso, sia pure condizionatamente ad un determinato esito del giudizio di rinvio sulla questione oggetto del motivo principale accolto. (Sez. 3, Sentenza n. 13259 del 2006).

6.1. Va pertanto esaminato il secondo mezzo di cassazione che – se fondato – porterebbe al conseguimento del bene della vita escluso proprio dalla sentenza impugnata in questa sede.

7. Con esso si afferma che avrebbe errato il giudice di merito il quale, dopo aver correttamente premesso il contenuto dell'obbligo dell'intermediario [che era quello di dare pronto avviso all'investitore in caso di riduzione in misura pari o superiore al 50% del capitale di riferimento (pacificamente indicato in 1,00€ e in 15.000,00 € per i già menzionati due contratti)], di non aver correttamente applicato quella regola nel convincimento, sbagliato, che l'obbligo giuridico di segnalazione delle perdite sarebbe scattato solo dopo che queste



avevano eroso tutte le disponibilità esistenti sul conto corrente ed inciso (nella misura di almeno il 50%) la soglia rispettivamente di 1,00 € e di 15.000,00 €, per i due conti già menzionati.

7.1. La censura è fondata e deve essere accolta.

7.2. L'art. 28, comma 3, del Reg. Consob n. 11522 del 1998 stabilisce che «3. *Gli intermediari autorizzati informano prontamente e per iscritto l'investitore appena le operazioni in strumenti derivati e in warrant da lui disposte per finalità diverse da quelle di copertura abbiano generato una perdita, effettiva o potenziale, pari o superiore al 50% del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista e garanzia per l'esecuzione delle operazioni. Il valore di riferimento di tali mezzi si ridetermina in occasione della comunicazione all'investitore della perdita, nonché in caso di versamenti o prelievi. Il nuovo valore di riferimento è prontamente comunicato all'investitore. In caso di versamenti o prelievi è comunque comunicato all'investitore il risultato fino ad allora conseguito*».

7.3. Osserva la Corte che l'obbligo informativo dell'intermediario è ampio e mobile, ossia esso si concretizza con riferimento non solo al capitale iniziale, ma – come appare dalla dizione della riportata prescrizione (per quanto non del tutto chiara) – ~~ma~~ anche con riguardo alle perdite effettive o potenziali, già subite, e con riferimento a quelle calcolate in rapporto ai versamenti o prelievi dell'investitore.

7.4. In sostanza la misura delle giacenze sul conto, le quale subiscono incrementi o decrementi in ragione di «*versamenti o prelievi*», non solo quelli immediati ad opera del correntista (il quale prelevi o versi somme di denaro) ma anche quelli mediati da operazioni di intermediazione, ordinate al proprio intermediario, le quali fruttino vantaggi o perdite, comportano, per espressa previsione, una rideterminazione dei «*mezzi costituiti a titolo di provvista e garanzia per l'esecuzione delle operazioni*» intermedie.

7.5. Tuttavia, la nuova determinazione del capitale di riferimento, deve essere espressamente comunicata all'investitore poiché, si prescrive all'intermediario che «*il nuovo valore di riferimento (sia) prontamente comunicato all'investitore*». Perciò non basta il solo fatto oggettivo delle perdite o degli incrementi ma, di ogni variazione che



alzi la soglia dell'obbligo di comunicazione per perdite future, deve essere dato avviso all'investitore.

7.6. Nel caso di specie, è pacifico tra le parti che l'obbligo di segnalazione era stabilito ancora in quello della misura originariamente fissata (ossia di 1,00 € e di 15.000,00 €, per i due conti già menzionati) ed in rapporto a tali soglie l'intermediario avrebbe dovuto dare pronta comunicazione, senza tener conto di quanto giacente sui conti.

7.7. Il secondo motivo di ricorso, pertanto, deve essere accolto in applicazione del seguente principio di diritto:

In tema di operazioni in strumenti derivati e in warrant, l'obbligo dell'intermediario di segnalazione delle perdite che abbia subito l'investitore nella misura non inferiore al 50% del capitale di riferimento, scatta, ai sensi dell'art. 28 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 (nel tenore normativo applicabile, dopo il 2000, ratione temporis), in rapporto al valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista e garanzia per l'esecuzione delle operazioni, valore che – pur essendo originariamente determinato per contratto – subisce variazioni sia in occasione della comunicazione all'investitore di una precedente perdita e sia in caso di versamenti o prelievi (immediati, perché disposti dall'investitore; mediati, perché frutto delle operazioni ordinate all'intermediario). Tale nuovo valore è, tuttavia, vincolante per l'investitore solo ove sia stato tempestivamente comunicato dall'intermediario, applicandosi – in mancanza di comunicazione della variazione della misura dell capitale di riferimento – quello originariamente determinato o, in caso di ripetute variazioni, quello comunicato per ultimo.

8. Il ricorso va dunque accolto nel suo complesso, la sentenza impugnata va cassata e la causa, alla luce dei principi enunciati, rinviata, per il suo nuovo esame e per la determinazione delle spese del presente giudizio, alla Corte d'appello di Milano in diversa composizione.

PQM

Accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per le spese di questa fase, alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della 1^a sezione civile della Corte di cassazione, il 13 settembre 2018.

Ij Consigliere estensore

•
•
•

•
•
•