

Civile Ord. Sez. 1 Num. 29410 Anno 2020
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: ACIERNO MARIA
Data pubblicazione: 23/12/2020

sul ricorso 19741/2015 proposto da:

Ambrosiana S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Pinciana n.25, presso lo studio dell'avvocato Angelici Carlo, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Contini Davide Giorgio, giusta procura al margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

Ord
2351
2020



-
-
Banca Popolare Commercio e Industria S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via E. Q. Visconti n.20, presso lo studio dell'avvocato Ristuccia Renzo che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato De Nova Giorgio, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 1487/2015 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 02/04/2015;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 23/07/2020 del Cons. ACIERNO MARIA;
lette le conclusioni scritte del P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Lucio Capasso che ha chiesto: rigettarsi il ricorso, ove non si voglia rimettere lo stesso alla pubblica udienza per la particolarità dei temi involti.

FATTI DI CAUSA E RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il tribunale di Milano, adito dalla s.r.l. Fiduciaria Ambrosiana per sentir dichiarare la nullità del contratto di gestione patrimoniale e l'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto, intervenuto con la s.p.a. Banca Popolare Commercio & Industria, ha rigettato l'eccezione di difetto di legittimazione attiva della società fiduciaria; ha dichiarato la nullità del contratto di gestione patrimoniale, stipulato verbalmente dalle parti nel 2000 e formalizzato soltanto nel 2003; ha accertato l'inadempimento della convenuta alle obbligazioni di protezione imposte dall'art. 21 T.U.F.; ha rigettato la domanda

41

risarcitoria proposta dalla società attrice e compensato le spese di lite.

2. La Corte d'Appello di Milano, ha riformato la pronuncia di primo grado, affermando che una società, incontestatamente fiduciaria ex l. n. 1966 del 1939 che abbia stipulato, in via orale, un contratto di gestione del portafoglio titoli del proprio fiduciante di rilevantissima entità, è priva di legittimazione attiva in relazione all'azione di nullità del contratto quadro per difetto di forma ed è priva d'interesse ad agire, per le seguenti ragioni: a) l'intervenuta caducazione del rapporto fiduciario già nel primo grado di giudizio, da trarsi, incontestatamente, dagli atti difensivi di parte attrice fa venire meno la legittimazione attiva non risultando fondate le obiezioni di parte attrice, centrate sulla conservazione dei diritti del fiduciario fino allo spirare del termine di prescrizione dei diritti stessi; b) nonostante l'art. 1705 c.c. che regola i poteri del mandatario nel mandato senza rappresentanza preveda al primo comma la legittimazione del mandatario per l'esercizio delle azioni connesse agli atti compiuti nell'interesse del mandante ed in particolare per le azioni poste a tutela dei diritti di credito (annullamento, rescissione, risoluzione, risarcimento), l'azione di nullità è diversa dall'actio indebiti che spetta solo al solvens nei confronti dell'accipiens perché ha a oggetto gli stessi beni a suo tempo consegnati e non la minusvalenza dei titoli; c) è pacifico che sia stato il fiduciante a conferire strumenti finanziari e liquidità e che lo stesso intervenisse personalmente nella gestione; d) deve escludersi anche l'interesse ad agire, peraltro tratteggiato dall'appellante con carattere possibilistico, e dunque privo del requisito dell'attualità; e) l'art. 1715 c.c. esclude che il mandatario che agisce in nome proprio debba rispondere verso il mandante delle



obbligazioni assunte dai soggetti con i quali ha contatto, salvo patto contrario.

3. Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione la s.r.l. Ambrosiana, affidato a sei motivi. Ha resistito con controricorso la s.p.a. Banca Popolare Commercio ed Industria.

4. Nel primo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 2033 c.c. in relazione agli artt. 99 e 100 c.p.c. e all'art. 1705 c.c. Secondo la Corte d'Appello la posizione della parte ricorrente è equiparabile a quella del mandatario senza rappresentanza, il quale pur potendo esercitare i diritti acquisiti tramite la sua opera non può agire ex art. 2033 c.c. La s.p.a. Fiduciaria Ambrosiana contesta che si tratti di mandato senza rappresentanza dal momento che pacificamente le parti hanno qualificato il rapporto in questione come fiduciario. In entrambe le ipotesi si tratta di tecniche mediante le quali può essere affidato ad un soggetto di gestire interessi altrui in nome proprio. La differenza sta nel fatto che al mandatario senza rappresentanza è affidato il compito di agire concludendo atti giuridici il cui compimento è ad esso imputabile e gli effetti, salvo che ai limitati fini previsti dal secondo comma dell'art. 1705 c.c., sono altrettanto riferibili soltanto al mandatario. Nel rapporto fiduciario, al contrario, risulta centrale e caratterizzante il momento in cui la situazione giuridica viene direttamente trasferita dal fiduciante al fiduciario con l'intesa che il suo esercizio dovrà avvenire nell'interesse del primo e che, alle condizioni previste, dovrà operarsi un trasferimento in suo favore. Nella specie, contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata il patrimonio mobiliare è intestato alla fiduciaria e da tale premessa non può che conseguire l'esercizio dei diritti patrimoniali connessi a tale trasferimento. La titolarità dei diritti è esclusivamente in capo al fiduciante e il rapporto di fiducia vale soltanto a

M

determinare i rapporti obbligatori con il fiduciante. Alla medesima conclusione si perviene, tuttavia, anche ove si scomponga la titolarità dalla legittimazione. La giurisprudenza di legittimità ha sottolineato che è fuorviante distinguere rigidamente tra negozio fiduciario e mandato dal momento che il negozio fiduciario è una combinazione di due fattispecie negoziali collegate, l'una costituita da un negozio reale traslativo, a carattere esterno, e l'altra (il pactum fiduciae) a carattere interno ed effetti obbligatori. Ma anche a voler far rientrare il negozio fiduciario nel mandato senza rappresentanza la soluzione non potrebbe essere diversa. La circostanza che in un rapporto fiduciario il fiduciante-mandante possa intervenire nei confronti del terzo a tutela dei propri diritti non esclude ma implica la legittimazione concorrente ed esercitabile senza limiti del mandatario. Nel caso di specie non è neanche stata adombrata l'ipotesi che il mandante-fiduciante abbia inteso escludere il fiduciario dall'esercizio dei diritti patrimoniali conseguenti agli atti di esercizio del mandato. Infine viene osservato che le S.U. (sentenza n. 24772 del 2008) hanno chiarito che l'espressione diritti di credito, contenuta nell'art. 1705 c.c., va rigorosamente circoscritta all'esercizio dei diritti sostanziali acquisiti dal mandatario, con conseguente esclusione delle azioni poste a loro tutela (annullamento, risoluzione, rescissione e risarcimento), per queste ultime essendo legittimato il mandatario e tanto più nel negozio fiduciario, il fiduciario cui i beni sono formalmente trasferiti. Diversamente ragionando vi sarebbero azioni non esercitabili né dall'uno né dall'altro.

5. Nel secondo motivo viene censurato specificamente il dedotto difetto di legittimazione ad agire per l'azione di ripetizione d'indebito, perché fondato sull'omesso rilievo del trasferimento dei diritti di cui si affida la gestione alla società fiduciaria. Al riguardo erroneamente la

sentenza impugnata ha fatto richiamo all'art. 1715 c.c., norma che impone al mandatario di operare nell'interesse del mandante e che a tal fine gli attribuisce il potere-dovere di esercitare le azioni che meglio valgono a tutelarlo, tra le quali indefettibilmente vi rientrano quelle di ripetizione dell'indebito.

6. Nel terzo motivo viene censurato l'omesso esame di un fatto decisivo consistete nel non aver dato rilievo all'intervenuta ed incontestata costituzione della provvista per la gestione del portafoglio titoli, in capo alla società fiduciaria Ambrosiana, mediante conferimento titoli e liquidità su conto aperto dalla società. Non si è determinato un subentro del fiduciante nel rapporto di gestione titoli aperto da Ambrosiana, come ritenuto dalla Corte d'Appello ma un autonomo negozio fiduciario.

7. Nel quarto motivo viene censurato ex art. 115 c.p.c. che siano state travisate affermazioni della società fiduciaria al fine di ritenere precedentemente estinto il rapporto fiduciario oggetto del presente giudizio, laddove si intendeva esclusivamente indicare che era estinto il rapporto con la banca (la revoca della gestione patrimoniale) non con il fiduciante tanto che la gestione è continuata con altro istituto.

8. Nel quinto motivo viene dedotta la violazione della regola di giudizio contenuta nell'art. 2697 c.c., non avendo la banca fornito alcuna prova concreta dell'avvenuta estinzione del negozio fiduciario.

9. Nel sesto motivo viene censurata la lettura dell'art. 1705 c.c. in relazione ai rapporti interni tra fiduciante e fiduciario, non essendo in discussione che la fiduciaria abbia agito come mandataria senza rappresentanza sulla base del negozio fiduciario che ne costituiva il fondamento. Di tale rapporto era perfettamente a conoscenza la banca che inviava gli estratti conto alla fiduciaria fino alla conclusione del rapporto tra Ambrosiana ed istituto bancario. Nel 2003 il contratto



di gestione patrimoniale è stato stipulato con altra banca ma prima la controparte contrattuale della banca resistente è stata sempre e solo Ambrosiana. Peraltro, la revoca del mandato senza rappresentanza determina il venir meno del potere di compiere ulteriori atti giuridici sostanziali nei confronti del mandante senza incidenza sugli effetti giuridici già compiuti prima della revoca del mandato, rispetto ai quali la legittimazione è piena.

10. Nell'ultimo motivo viene richiesta la decisione della causa nel merito con condanna alla ripetizione delle somme come richieste.

11. Il Collegio ritiene di dover affrontare congiuntamente i motivi del ricorso ad eccezione dell'ultimo che si esaurisce in una richiesta e non ha contenuto di censura, perché logicamente connessi.

11.1 Deve rilevarsi, in primo luogo, come non sia contestata, al di là della qualificazione giuridica che ad esso si voglia attribuire, l'esistenza di un negozio fiduciario tra la società ricorrente ed il fiduciante Boroli, il quale ha ritenuto di procedere non direttamente ma attraverso l'interposizione della società fiduciaria ricorrente alla gestione di un proprio portafoglio titoli. La cessazione ed estinzione del rapporto fiduciario ad una certa data o la gestione del predetto portafoglio con intermediario diverso dalla banca resistente da parte della fiduciaria Ambrosiana per conto del fiduciante, non rilevano al fine di stabilire se la società ricorrente abbia la legittimazione ad agire per far valere le inadempienze contrattuali, le eventuali nullità contrattuali riscontrabili nel contratto quadro e la condanna al pagamento dell'indebitato (o di somme dovute a titolo diverso) nei confronti dell'intermediaria, in relazione alla gestione del portafoglio titoli di cui, nella vigenza del rapporto fiduciario, era intestataria. Gli eventi contrattuali sopra richiamati rilevano esclusivamente in funzione della verifica dell'eventuale consumazione del termine di

4

prescrizione verso gli obblighi creditorî della intermediaria, in relazione al rapporto di gestione del portafoglio titoli, ovvero riguardano l'accertamento di un fatto impeditivo attinente al merito dell'esercizio del diritto e non alla legittimazione ad agire, mentre la mera affermazione della cessazione del rapporto fiduciario può rilevare in relazione agli atti compiuti successivamente alla sua estinzione, ma non a quelli posti in essere in relazione all'esecuzione dell'obbligo fiduciario, trattandosi di effetti giuridici che hanno un rilievo consequenziale sul piano logico rispetto all'accertamento pregiudiziale relativo alla titolarità dell'interesse ad agire per la tutela degli interessi connessi all'esecuzione dell'obbligo fiduciario (in termini, Cass. 8145 del 2009 in tema di mandato senza rappresentanza ed azioni connesse all'esercizio del mandato dopo la sua cessazione). Pertanto, anche nell'ipotesi di revoca del mandato senza rappresentanza, come ha sempre affermato la Corte di Cassazione (Cass. 2278 del 1993), permane la legittimazione attiva e passiva del mandatario per la realizzazione del credito che sorge dall'esecuzione del mandato salvo che si dimostri *"il concreto esercizio da parte del mandante del potere di far valere nei confronti dei terzi, sostituendosi al mandatario, i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato"*.

11.2 Ferma, in conclusione l'irrilevanza delle vicende successive alla vigenza del negozio fiduciario; ferma, altresì l'ininfluenza della sopravvenuta cessazione della gestione del portafoglio titoli da parte della banca convenuta, rispetto all'esercizio di diritti sorti incontestabilmente mentre il rapporto con la società fiduciaria era sorto ed era in essere e fatto salvo l'accertamento di merito in relazione alla durata e l'effettività (meramente contestata) del rapporto di gestione portafoglio titoli dal quale sono scaturite le azioni

oggetto del presente giudizio, deve procedersi ad una corretta qualificazione giuridica del negozio fiduciario al fine di determinare il perimetro di diritti ed obblighi di cui il fiduciario sia titolare nei confronti dei terzi con i quali opera in funzione del pactum fiduciae.

1.3 La giurisprudenza di legittimità incardina il rapporto tra fiduciante e società fiduciaria, regolato dalla l. n. 1966 del 1939, come quello dedotto nel presente giudizio, nel mandato senza rappresentanza. Coerentemente con un filo conduttore che prende le mosse dalla giurisprudenza già esaminata, la Corte, con l'ordinanza n. 7364 del 2018 ha chiarito che: *"in tema di negozi fiduciari, l'attività di amministrazione compiuta dalla società fiduciaria, caratterizzata dalla facoltà di compiere per conto del cliente un'attività volta alla realizzazione sui singoli beni ad essa affidati di una serie di atti giuridici coordinati in vista del raggiungimento di un risultato, è qualificabile come mandato senza rappresentanza con la conseguenza che le azioni a tutela della proprietà dei beni spettano al fiduciante mentre quelle inerenti la gestione dei beni affidati spettano al fiduciario"*. Il principio esposto, ove applicato all'oggetto del negozio fiduciario dedotto nel presente giudizio, consistente nella gestione di un portafoglio titoli, permette di riconoscere in capo alla società ricorrente la legittimazione attiva relativamente alle azioni proposte nei confronti della banca intermediaria. Alla società fiduciaria, mediante l'intestazione dei titoli e la stipulazione in suo nome del contratto d'investimento con la banca intermediaria, spetta integralmente il compito di "gestione" che costituisce il proprium nel negozio fiduciario. Il fiduciante ha conferito la provvista ma l'intero complesso di poteri ed obblighi derivanti causalmente dalla stipula del contratto e dall'intestazione dei titoli è, nella vigenza fisiologica del pactum fiduciae, in capo alla società fiduciaria. Tale complesso di

poteri ed obblighi non si risolve soltanto nell'ordine di acquisto o in quello di dismissione ma, come conseguenza diretta della stipula, in nome proprio, del contratto d'investimento, si estende alle azioni poste a tutela della conservazione e dell'implementazione del portafoglio. L'azione di nullità o di accertamento dell'inadempimento agli obblighi informativi con finalità solutorie o risarcitorie, sono azioni a tutela degli investimenti e discendono dalla stipulazione del contratto quadro. Non riguardano la "proprietà" in senso statico della provvista o dei titoli stessi (peraltro intestati alla società fiduciaria) ma la corretta ed adempiente esecuzione del mandato. L'impostazione seguita è confortata dalla sentenza delle S.U. n. 24772 del 2008 con la quale è stato affermato che *"In tema di azioni esercitabili dal mandante nell'ipotesi di mandato senza rappresentanza, il sistema normativo è imperniato sul rapporto regola-eccezione, nel senso che, secondo la regola generale (art. 1705, primo comma cod. civ.), il mandatario acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, che non hanno alcun rapporto con il mandante, mentre costituiscono eccezioni le disposizioni, tanto sostanziali quanto processuali, che prevedono l'immediata reclamabilità del diritto (di credito o reale) da parte del mandante, con conseguente necessità di stretta interpretazione di queste ultime e dell'esclusione di qualunque integrazione di tipo analogico o estensivo, nell'ottica della tutela della posizione del terzo contraente. Ne deriva che l'espressione "diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato" (art. 1705, secondo comma, cod. civ.), che accorda al mandante pretese dirette nei confronti del terzo contraente, va circoscritta all'esercizio dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario, rimanendo escluse le azioni poste a loro tutela (annullamento, risoluzione, rescissione, risarcimento del danno).*

Le azioni proposte dalla società ricorrente corrispondono esattamente a quelle che, secondo le S.U. richiamate, sono da ricondurre all'esercizio dei "diritti sostanziali acquistati dal mandatario" e la legittimazione non può che estendersi anche alle conseguenze restitutorie e risarcitorie dell'esercizio delle azioni stesse, in quanto volte a ripristinare, a vantaggio del mandante, la lesione dei diritti patrimoniali dovuta all'esecuzione di una gestione derivante da un contratto invalido o senza adempiere agli obblighi, soprattutto di natura informativo-conoscitiva, assunti.

11.4 Si deve rilevare che la previsione di un potere sostitutorio dei diritti del mandante nei confronti dei terzi, nei limiti indicati nell'art. 1705, primo comma, c.c. non esclude ma anzi sottolinea il contenuto dei diritti esercitabili dal mandatario, ove agisca diligentemente in funzione degli interessi del mandante, come posto in luce dalla sentenza delle S.U. sopra indicata.

11.5 Deve rilevarsi, infine, che, con specifico riferimento ai contratti di borsa, la Corte di Cassazione è intervenuta recentemente con la pronuncia n. 10333 del 2018 precisando che le società fiduciarie, *"conformemente alle comunicazioni Consob 4 novembre 1998, n. 98086703 e 10 marzo 2006, n. 6022348, possono rendersi intestatarie di contratti di investimento per conto dei propri fiducianti, purché resti preservata la diretta riferibilità al cliente fiduciante della volontà contrattuale e delle connesse tutele. Ne consegue che la qualità sostanziale di investitori spetta, non già alla società fiduciaria, ma alle persone fisiche fiducianti, rispetto alle quali devono essere adempiuti gli obblighi informativi e di comportamento previsti dal Regolamento Consob n. 11522 del 1998 con riguardo all'eventuale inadeguatezza dell'operazione, restando irrilevante la circostanza che*



la società fiduciaria rientri nella categoria degli operatori qualificati di cui al medesimo regolamento". La decisione non si pone in contrasto con la soluzione indicata dal Collegio in relazione alla legittimazione ad agire della società fiduciaria nel caso di specie dal momento che la normativa secondaria introdotta dai Regolamenti Consob è finalizzata a rafforzare la tutela dell'investitore, anche quando agisca mediante una società fiduciaria, in veste di mandataria senza rappresentanza, nello specifico senso di estendere il regime protezionistico posto in funzione di riequilibrio dell'asimmetria informativa che caratterizza questa tipologia di rapporti contrattuali anche all'ipotesi in cui la società fiduciaria sia intestataria dei titoli ed abbia sottoscritto il contratto quadro (nel caso affrontato nella sentenza da ultimo citata, peraltro, si trattava di negoziazioni di titoli e non di gestione di portafogli), rilevando ai fini delle norme di protezione applicabili la qualità soggettiva dell'investitore mandante e non della società fiduciaria. Ma tale impostazione, direttamente discendente dall'impianto consumeristico della disciplina normativa di settore non limita la legittimazione della società fiduciaria che in esecuzione del mandato intenda agire a tutela dei diritti patrimoniali eventualmente pregiudicati dalla violazione delle regole normative e contrattuali che regolano il contratto ed il rapporto.

12. In conclusione, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso deve essere accolto e deve essere affermata la legittimazione e l'interesse ad agire della società fiduciaria ricorrente in relazione al contratto di gestione portafoglio titoli che risulta concluso nel gennaio 2000 senza un atto scritto; successivamente redatto per iscritto il 23 gennaio 2003 e conclusosi il 28 ottobre 2004 (pag. 5 ricorso; sentenza impugnata), in relazione alle domande proposte in primo grado e meglio precisate nel par I.2 del ricorso sotto l'intitolazione "Il ricorso



ex art. 19 d.lgs 5 del 2003 di Ambrosiana s.r.l.” accolte parzialmente dal Tribunale ma travolte dal difetto di legittimazione attiva erroneamente dichiarato in Appello, in accoglimento dell’impugnazione principale, ed alla consequenziale inammissibilità dell’impugnazione incidentale proposta dalla s.r.l. Ambrosiana.

13. In relazione alla finale richiesta di decisione nel merito se ne deve rilevare l’inammissibilità, trattandosi dell’estrinsecazione di un potere discrezionale della Corte di Cassazione, non vincolato né conformabile per effetto delle istanze di parte. Anche come sollecitazione, tuttavia, la richiesta deve essere disattesa dal momento che il merito delle azioni proposte dall’Ambrosiana non è desumibile in modo chiaro e senza necessità di ulteriori accertamenti di fatto né dalla sentenza impugnata che si ferma alla pregiudiziale, né dagli atti difensivi delle parti.

14. Conseguenze all’accoglimento del ricorso la cassazione con rinvio della sentenza impugnata alla Corte d’Appello di Milano in diversa composizione.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso nei limiti di cui in motivazione. Cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d’Appello di Milano in diversa composizione.

Così deciso nella camera di consiglio del 23 luglio 2020

Il Presidente

(Dr. Francesco Antonio Genovese)

13

