

www.expartecreditoris.it

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. VIVALDI Roberta - Presidente -
Dott. SCODITTI Enrico - rel. Consigliere -
Dott. IANNELLO Emilio - Consigliere -
Dott. D'ARRIGO Cosimo - Consigliere -
Dott. D'OVIDIO Paola - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso *omissis*-2016 proposto da:

SOCIETA ASSICURATRICE

- *ricorrente* -

Contro

SOCIETA ASSICURATRICE

- *controricorrente* -

nonché contro

ASSICURATI (TIZIO E CAIA), SOCIETA FIDUCIARIA

- *intimati* -

Nonché da:

ASSICURATI, SOCIETA FIDUCIARIA

- *ricorrenti incidentali* -

avverso la sentenza n. *omissis*/2016 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 21/01/2016;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 27/02/2018 dal Consigliere Dott. ENRICO SCODITTI;

lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale FULVIO TRONCONE, che ha chiesto il rigetto del ricorso. Assorbito quello incidentale;

Rilevato che:

Con ricorso notificato il 12 maggio 2009 l'ASSICURATO e la SOCIETA FIDUCIARIA convennero in giudizio innanzi al Tribunale di Milano la SOCIETA ASSICURATRICE chiedendo in via gradata la nullità della polizza sottoscritta fra le parti, l'annullamento e la risoluzione per inadempimento, con la restituzione dell'importo corrisposto anche a titolo di commissioni versate.

Il Tribunale adito rigettò la domanda.

Avverso detta sentenza proposero appello l'ASSICURATO e la SOCIETA FIDUCIARIA.

Con sentenza di data 21 gennaio 2016 la Corte d'appello di Milano accolse l'appello, dichiarando la risoluzione del contratto per inadempimento e condannando la SOCIETA ASSICURATRICE alla restituzione in favore degli appellanti della somma di Euro 2.788.103,56 oltre gli interessi legali dalla domanda (escludendo la rivalutazione in mancanza della prova di un danno ulteriore ai sensi dell'art. 1224, comma 2, cod. civ. non coperto dagli interessi), nonché alla restituzione della somma di Euro 10.946,65 oltre interessi.

Osservò la corte territoriale che, mancando la garanzia della conservazione del capitale alla scadenza e dunque la natura assicurativa del prodotto, il prodotto oggetto dell'intermediazione doveva essere considerato un vero e proprio investimento finanziario da parte di coloro che figuravano come assicurati, i quali avevano operato per il tramite della SOCIETA FIDUCIARIA, sicché trovavano applicazione il T.U.F. e i regolamenti CONSOB.

Osservò inoltre che, avendo comunicato la SOCIETA FIDUCIARIA in data 5 dicembre 2006 che il contratto era stato concluso alle condizioni previste nella proposta e nelle condizioni di polizza e che l'investimento era stato effettuato, senza alcuna specificazione sulla tipologia del medesimo, non si comprendeva dalla polizza assicurativa a quali condizioni il contratto fosse stato concluso fra le parti, considerato che l'unico documento sottoscritto dall'assicurato era la menzionata proposta, la quale prevedeva l'investimento del premio in un paniere composto da quote di fondi comuni d'investimento, azioni, nonché obbligazioni e liquidità nella misura almeno del 75%, mentre la SOCIETA ASSICURATRICE nella suddetta comunicazione aveva richiamato un unico investimento, effettuato, come emerso successivamente, in titoli *OMISSIS*.

Aggiunse che, a parte la proposta sottoscritta dall'ASSICURATO, unico documento riferibile alla sua volontà, la restante documentazione era costituita da scambi di e-mail fra persone fisiche non riconducibili alle parti contraenti e che, ammessa pure una partecipazione degli investitori tramite la fiduciaria alla trattativa, non era stato concluso fra le parti un contratto nei termini in cui era stato eseguito né nella proposta sottoscritta, richiamata nella polizza emessa dalla SOCIETA ASSICURATRICE, era previsto un prodotto finanziario unico, sicché «*la polizza emessa, pur dichiarando testualmente la conformità alla proposta, non ne rispecchia affatto il contenuto*» né «*vi è prova documentale di accettazione delle pattuizioni relative all'impiego del capitale versato così come poste in essere dalla SOCIETA ASSICURATRICE*», circostanze da cui si evinceva l'inadempimento dell'intermediario finanziario.

Osservò inoltre che l'investimento così come effettuato non appariva neppure adeguato al profilo di rischio «*basso*» indicato dal contraente nella proposta (si trattava di prodotto derivato, collegato ad indici di borsa, e quindi per sua natura volatile) e che, ove pure si ritenesse che fossero state acquisite le informazioni dal contraente sul suo profilo di investitore (informazioni peraltro non acquisite), un tale investimento avrebbe dovuto essere specificatamente autorizzato per iscritto a seguito di chiaro avvertimento da parte dell'intermediario sull'inopportunità di concentrazione del rischio (art. 29 T.U.F.), stante il totale impiego del capitale versato per un importo rilevantissimo (cinque milioni di euro), da cui la conclusione in termini di inadempimento della SOCIETA ASSICURATRICE sia nella fase di formazione che in quella di esecuzione dell'accordo.

Ordinanza, Corte di Cassazione, Pres. Vivaldi – Rel. Scoditti n. 10333 del 30 aprile 2018.

Osservò infine che la somma di Euro 10.946,65 era stata corrisposta in mancanza di causa giustificatrice perché da un lato la SOCIETA ASSICURATRICE non aveva svolto alcuna attività gestoria, dall'altro era stata comunque remunerata, con una commissione diversa rispetto a quella prevista per la gestione finanziaria, per l'informativa resa al cliente e per le attività di rendicontazione successive.

Ha proposto ricorso per cassazione la SOCIETA ASSICURATRICE sulla base di **SEI MOTIVI** e resistono con unico controricorso l'ASSICURATO E SOCIETA FIDUCIARIA, che hanno proposto altresì ricorso incidentale condizionato sulla base di un motivo.

Resiste a quest'ultimo con controricorso dalla SOCIETA ASSICURATRICE.

E' stato fissato il ricorso in camera di consiglio ai sensi dell'art. 375, comma 2, cod. proc. civ.

Il pubblico ministero ha depositato le conclusioni scritte.
E' stata presentata memoria.

Considerato che:

con il **PRIMO MOTIVO** del ricorso principale si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1321, 1326, 1362, 1372, 1919 e 1337 cod. civ., nonché 21 d. Igs. n. 58 del 1998, 26, 28 e 29 delibera CONSOB n. 11522 del 1998, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ..

Osserva la ricorrente in via principale che, contrariamente a quanto assunto in sentenza, le parti del contratto erano l'IMPRESA ASSICURATRICE emittente la polizza, e la SOCIETA FIDUCIARIA, contraente la polizza, mentre TIZIO e CAIA figuravano come soggetti il cui evento morte era dedotto fra le condizioni contrattuali e dunque sottoscrittori del contratto ai fini del consenso previsto dall'art. 1919, comma 2, cod. civ. (mentre beneficiario era il figlio *omissis*) e che le aspettative di TIZIO rispetto al proprio investimento restavano nell'ambito del rapporto contrattuale fra l'ASSICURATO medesimo e la SOCIETA FIDUCIARIA e, ovvero nell'ambito del rapporto relativo alla prestazione d'opera professionale o di mediazione/brokeraggio di *omissis*.

Aggiunge che l'adempimento delle regole dell'intermediario finanziario deve essere valutato rispetto alla SOCIETA FIDUCIARIA, e non già rispetto a TIZIO, e che trattandosi di SOCIETA FIDUCIARIA, qualificata come operatore qualificato, non trovavano applicazione gli artt. 26, 28 e 29 delibera CONSOB n. 11522 del 1998.

Con il **SECONDO MOTIVO** si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 21 d. Igs. n. 58 del 1998, 26, 28 e 29 delibera CONSOB n. 11522 del 1998, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ..

Osserva la ricorrente che gli obblighi previsti dall'art. 29 del regolamento CONSOB sono stati puntualmente assolti nei confronti della SOCIETA FIDUCIARIA con la compilazione e sottoscrizione del questionario da cui risultava la specifica indicazione di «rischio basso» e che era irrilevante chiedere alla SOCIETA FIDUCIARIA notizie in ordine all'esperienza in materia di investimenti essendo stato indicato un profilo di rischio basso ed essendo stati indicati gli strumenti finanziari basilari (obbligazioni e liquidità).

Il PRIMO ed il SECONDO MOTIVO, da trattare unitariamente in quanto connessi, sono in parte inammissibili ed in parte infondati.

Il giudizio di fatto della corte territoriale è stato nel senso che, mancando la garanzia della conservazione del capitale alla scadenza e dunque la natura assicurativa del prodotto, il prodotto oggetto dell'intermediazione doveva essere considerato un vero e proprio investimento finanziario da parte di coloro che figuravano come assicurati, che avevano operato per il tramite della SOCIETÀ FIDUCIARIA, sicché trovavano applicazione il T.U.F. ed il regolamento CONSOB.

Come affermato da Cass. 18 aprile 2012, n. 6061, il giudice di merito, al fine di stabilire se l'impresa emittente, l'intermediario ed il promotore abbiano violato le regole di leale comportamento previste dalla specifica normativa, deve interpretare il contratto, e tale interpretazione non è censurabile in sede di legittimità se immune da vizio di motivazione, al fine di stabilire se esso, al di là del "*nomen iuris*" attribuitogli, sia da identificare come polizza assicurativa sulla vita (in cui il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore) oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio di "performance" sia per intero addossato all'assicurato).

L'accertamento del giudice di merito è stato quindi che investitori dovevano considerarsi le persone fisiche e non la società fiduciaria. A tale giudizio di fatto la ricorrente oppone nel primo motivo, sub specie di violazione di legge, una diversa ricostruzione fattuale, in base alla quale parte contrattuale sarebbe la società fiduciaria.

Nei termini in cui la censura è stata proposta non ha natura di denuncia di vizio motivazionale, quale denuncia di omesso esame di fatto decisivo e controverso, ma resta istanza di rivalutazione del giudizio di merito, che è profilo precluso nella presente sede di legittimità.

Una volta che si assuma quale investitore non la società fiduciaria ma la persona fisica fiduciante, l'adempimento degli obblighi dell'intermediario finanziario devono essere valutati nei confronti di quest'ultimo, e non nei confronti della società fiduciaria, avuto riguardo alla precipua funzione di rimozione delle asimmetrie informative della disciplina del rapporto fra investitore e intermediario finanziario.

Il giudice di merito ha coerentemente accertato il mancato assolvimento degli obblighi informativi e di comportamento rispetto a operazione finanziaria non adeguata, previsti dal regolamento CONSOB n. 11522 del 1998, con riferimento alla persona fisica dell'investitore e non alla società fiduciaria.

Trattasi di conclusione conforme alle comunicazioni CONSOB n. DI/98086703 del 4 novembre 1998 e n. DIN/6022348 del 10 marzo 2006 relative alla possibilità per le società fiduciarie, alle quali è consentita l'attività di amministrazione statica disciplinata dalla legge n. 1966 del 1939, di rendersi intestatarie di contratti di investimento e di contratti di negoziazione e raccolta ordini per conto dei propri fiducianti.

Ciò che condivisibilmente l'organo di vigilanza ha evidenziato è che l'interposizione delle società fiduciarie è consentita in quanto resti sempre e comunque preservata la diretta riferibilità al cliente-fiduciante della volontà contrattuale e delle connesse tutele. E' stato in particolare previsto che «*il cliente/fiduciante deve essere reso identificabile in modo univoco*

Ordinanza, Corte di Cassazione, Pres. Vivaldi – Rel. Scoditti n. 10333 del 30 aprile 2018.

attraverso l'attribuzione di un codice convenzionale» e che «l'intermediario deve ricevere dalla fiduciaria tutte le informazioni sul cliente previste dall'art. 28, comma 1, lett. a), del reg. CONSOB n. 11522 (con l'eccezione dei soli nome e cognome)».

A propria volta, sulla scorta dei dati così acquisiti, l'intermediario «*deve fornire al cliente, per il tramite della fiduciaria, informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle operazioni o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte d'investimento o disinvestimento*».

In particolare, la segnalazione dell'eventuale «*inadeguatezza*» dell'operazione deve essere indirizzata al cliente-fiduciante.

In questo quadro la qualificazione di «*cliente al dettaglio*» o «*operatore qualificato*» (su quest'ultima nozione si veda Cass. 19 febbraio 2018, n. 3962), classificazione decisiva per il concreto operare delle regole di tutela, la cui piena applicazione è prevista solo con riferimento alla prima categoria, deve essere riferita alla persona del fiduciante quale effettivo investitore, derivandone altrimenti un'elusione della disciplina posta a tutela del «*cliente al dettaglio*». Irrilevante è quindi che la società fiduciaria rientri nella categoria degli operatori qualificati, dovendosi avere riguardo per la disciplina applicabile alla persona dell'investitore.

Con il **TERZO MOTIVO** si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1326, 1418 e 1353 cod. civ., e 115 e 116 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ.. Osserva la ricorrente che la polizza rispecchiava il contenuto della proposta e che nella stessa proposta si leggeva che la firma apposta dal contraente valeva come accettazione della polizza emessa dalla società.

Aggiunge che l'investimento rispettava la richiesta di non scendere sotto la soglia del 75% di obbligazioni (si trattava di prodotto obbligazionario al 100%) e che la decisione impugnata fa conseguire alla mancanza di accettazione conforme alla proposta la risoluzione per inadempimento, anziché la declaratoria di inesistenza del contratto perché mai concluso.

Con il **QUARTO MOTIVO** si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1363, 1364, 1365, 1366 e 1453 cod. civ., e 115 e 116 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ..

Osserva la ricorrente che sulla base del criterio ermeneutico del tenore letterale del contratto, secondo cui il portafoglio finanziario era stato precedentemente concordato dal contraente con il proprio consulente e l'investimento doveva essere a basso rischio (almeno il 75% in obbligazioni e liquidità), la prevalente componente obbligazionaria dell'investimento era stata correttamente rispettata, né il contratto imponeva una diversificazione di titoli ma indicava solo una componente minima obbligazionaria, e che l'evento di rischio in seguito verificatosi (il *default* di *omissis*) era stato specificatamente indicato fra i «*rischi finanziari a carico del contraente*», non offrendo la società alcuna garanzia finanziaria (l'espressione «*capitale garantito*» non faceva venire meno il rischio legato all'insolvenza dell'emittente il titolo obbligazionario).

Aggiunge che dalle trattative intercorse era emersa in modo inequivoco la comune volontà di acquistare il titolo *omissis*, corrispondente a quanto richiesto dalla SOCIETA FIDUCIARIA, e che dopo la sottoscrizione della polizza non era stato esercitato il diritto di recesso nei trenta

giorni successivi alla conclusione del contratto né per quasi due anni era stata sollevata alcuna contestazione circa l'esecuzione degli impegni concordati.

Con il **QUINTO MOTIVO** si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1364, 1365, 1366 e 1453 cod. civ., 115 e 116 cod. proc. civ., 21 d. Igs. n. 58 del 1998, 26, 28 e 29 delibera CONSOB n. 11522 del 1998, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ..

Osserva la ricorrente che il titolo emesso era un titolo obbligazionario, con componente indicizzata solo in relazione al rendimento e capitale garantito, che scontava però il rischio di insolvenza dell'emittente, e che il titolo al momento dell'emissione godeva della massima affidabilità.

Il terzo, il quarto ed il quinto motivo, da valutare unitariamente, sono inammissibili. Essi si concretano in una censura del giudizio di fatto, non consentita nella presente sede di legittimità, e laddove il vizio motivazionale è denunciato la ricorrente non deduce un fatto, decisivo e controverso, il cui esame sia stato omesso dal giudice di merito, ma oppone alla valutazione che quest'ultimo ha compiuto delle circostanze di fatto un diverso apprezzamento che in quanto tale, nella presente sede di legittimità, non può essere scrutinato.

Le censure inoltre restano prive di decisività una volta che resti ferma la *ratio decidendi* della violazione da parte dell'intermediario finanziario della regola di condotta relativa all'operazione non adeguata (art. 29 del regolamento CONSOB) con riferimento alla persona fisica dell'investitore.

Ulteriore *ratio decidendi* della sentenza impugnata poi è quella della esecuzione infedele del programma contrattuale e non quella della mancata conclusione del contratto, cui pare riferirsi la ricorrente censurando la decisione per avere disposto la risoluzione del contratto, anziché dichiararne l'inesistenza.

Su tali premesse il giudice di merito ha concluso nel senso dell'inadempimento contrattuale. Al riguardo va rammentato che la valutazione della gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive, ai sensi dell'art. 1455 cod. civ., costituisce questione di fatto, la cui valutazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito, risultando insindacabile in sede di legittimità ove sorretta da motivazione immune da vizi (Cass. 30 marzo 2015, n. 6401).

Con il **SESTO MOTIVO** si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1372, 1362, 1363, 1366 e 2233 cod. civ., 115 e 116 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ..

Osserva la ricorrente che l'importo preteso dalla controparte è quello previsto dal contratto, che al riguardo prevede un onere amministrativo e di gestione finanziaria, e che nessun'altra commissione è stata percepita, diversamente da quanto affermato dal giudice di appello, peraltro senza menzionare i relativi elementi di prova.

Il motivo è inammissibile.

Ordinanza, Corte di Cassazione, Pres. Vivaldi – Rel. Scoditti n. 10333 del 30 aprile 2018.

Il giudice di merito ha accolto la domanda di ripetizione della somma di Euro 10.946,65 sulla base di una duplice *ratio decidendi*: SOCIETA ASSICURATRICE non ha svolto alcuna attività gestoria; essa è stata comunque remunerata.

Con il motivo in esame viene censurata solo la seconda ratio e non anche la prima.

La censura difetta quindi di decisività.

Con il ricorso incidentale condizionato si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1453, 1458 e 1224, comma 2, cod. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.. Osserva la parte ricorrente in via incidentale che il debito restitutorio a seguito di risoluzione contrattuale è debito di valore, in quanto di natura risarcitoria, e perciò compete la rivalutazione.

Trattandosi di ricorso incidentale espressamente dichiarato come condizionato, ne va dichiarato l'assorbimento in conseguenza del rigetto del ricorso principale.

Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

Poiché il ricorso principale è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 e viene disatteso, sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, che ha aggiunto il comma 1 - quater all'art. 13 del testo unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte della parte ricorrente in via principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

PQM

Rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore della parte controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 7.200,00 per compensi, oltre alle spese forfetarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente in via principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13.

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*