

CONTRIBUTO UNIFICATO



18844/12

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DONATO PLENTEDA - Presidente -  
Dott. RENATO RORDORF - Consigliere -  
Dott. ALDO CECCHERINI - Consigliere -  
Dott. ROSA MARIA DI VIRGILIO - Rel. Consigliere -  
Dott. MAGDA CRISTIANO - Consigliere -

Permuta di  
titoli-  
Risoluzione  
per mutuo  
dissenso-  
Opponibilità  
al  
Fallimento.

R.G.N. 8199/2006

Cron. 18844

Rep. 2254

Ud. 20/09/2012

PU

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 8199-2006 proposto da:

CURATELA DEL FALLIMENTO HOLDING EUROPEA INVESTIMENTI  
S.P.A. (c.f. 04065590723), in persona del Curatore  
avv. GAETANO VIGNOLA, elettivamente domiciliata in  
ROMA, LUNGOTEVERE MARZIO 1, presso l'avvocato MACARIO  
FRANCESCO, rappresentata e difesa dall'avvocato  
COSTANTINO MICHELE, giusta procura in calce al  
ricorso;

2012

1333

- **ricorrente** (-

**contro**

ASSID S.P.A. - ASSICURATRICE ITALIANA DANNI SPA IN

LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA (c.f. 03707800821),  
in persona del Commissario Liquidatore pro tempore,  
elettivamente domiciliata in ROMA, Via DORA 2, presso  
l'avvocato MARTORANO FRANCESCO SAVERIO, rappresentata  
e difesa dall'avvocato MARTORANO FEDERICO, giusta  
procura in calce al controricorso;

**- controricorrente -**

avverso la sentenza n. 1040/2005 della CORTE D'APPELLO  
di BARI, depositata il 02/11/2005;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 20/09/2012 dal Consigliere Dott. ROSA  
MARIA DI VIRGILIO;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato MICHELE  
COSTANTINO che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. PASQUALE FIMIANI che ha concluso per  
l'inammissibilità o in subordine per il rigetto del  
ricorso.

### Svolgimento del processo

ASSID s.p.a., Assicuratrice Italiana Danni in liquidazione coatta amministrativa( di seguito, ASSID) agiva in giudizio nei confronti della Curatela del Fallimento Holding Europea Investimenti s.p.a.(d'ora in avanti, HEI), per ottenere la declaratoria di nullità del decreto di acquisizione ex art.25 l.f., emesso il 17/9/97 dal G.D. del Fallimento HEI, dei titoli rinvenuti nel dossier n.10848, intestato alla HEI presso il Credito Commerciale Tirreno, e che invece erano di proprietà esclusiva di ASSID s.p.a., con la conseguenziale declaratoria di spettanza all'attrice dell'importo proveniente dalla estrazione o maturazione delle cedole di detti titoli, e condanna della Curatela alla consegna dei titoli e delle somme, maggiorate degli interessi legali, ed al risarcimento dei danni.

La società ASSID( all'epoca dei fatti, SNA) premetteva a riguardo di essersi resa acquirente il 15/5/96 dalla HEI, società iscritta nell'elenco degli intermediari finanziari, di determinate obbligazioni, azioni e polizza di credito commerciale, specificamente indicati, e che il controvalore di lire 10.079.105.000 era stato corrisposto mediante il trasferimento di titoli, anch'essi espressamente indicati, per il controvalore di lire 10.046.196.860, con un conguaglio in danaro per la differenza; che in esecuzione dell'accordo, i titoli trasferiti da HEI erano stati

immessi nel dossier n.10.843, aperto a nome di SNA, ora ASSID, presso il Credito Commerciale Tirreno ed i titoli trasferiti da SNA, ora ASSID, immessi nel dossier n.10.848, aperto sempre presso il Credito Commerciale Tirreno a nome di HEI, con accredito della somma in danaro in conguaglio sul c/c n.22016; che con nota del 10/6/96, la SNA aveva comunicato alla HEI la volontà di addivenire alla risoluzione consensuale della compravendita, ed HEI, con nota del 12/6/96, aveva comunicato alla SNA di avere dato disposizioni al Credito Commerciale di accreditare sul dossier intestato a SNA i titoli in questione ed il controvalore di quelli nel frattempo venduti; che all'esecuzione di detto accordo si era opposto il Credito Commerciale, che con la lettera del 31/5/96, aveva manifestato la volontà di esercitare sui titoli del dossier n.10848 un preteso diritto di ritenzione, per effetto della clausola di pegno omnibus, stipulata all'atto della concessione di fido alla HEI; che HEI, al fine di adempiere alla retrocessione dei titoli a SNA, aveva promosso procedimento ex art.700 c.p.c., per ottenerne il trasferimento, domanda rigettata sulla base della prevalenza del diritto di ritenzione rispetto al diritto di proprietà della SNA; che i Commissari Liquidatori del Credito Commerciale Tirreno avevano comunicato a SNA ed alla HEI, e per essa al Curatore, essendo detta società nel

frattempo fallita, di avere rilevato dalle scritture contabili l'esistenza di un conto deposito intestato alla HEI, e che i titoli residui esistenti nel dossier e le somme maturate erano a disposizione del Fallimento HEI, apparente titolare del conto deposito, fatti salvi i diritti di SNA, a seguito della retrocessione del giugno 1996; che detti Commissari avevano successivamente informato la SNA della notifica, in data 20/10/97, del decreto di acquisizione del G.D. del Fallimento HEI dei titoli sopra indicati esistenti nel dossier 10848 e delle somme depositate nel conto transitorio acceso presso la Banca Popolare dell'Emilia Romagna.

La Curatela del Fallimento HEI si costituiva, eccepiva la carenza di legittimazione di ASSID, l'infondatezza della domanda, l'irrilevanza dell'intento espresso nelle note del giugno 1996, quale mutuo dissenso, rispetto al contratto traslativo intervenuto, e concludeva per il rigetto della domanda.

Il Tribunale di Bari, con sentenza del 9/2/2004, accoglieva la domanda, dichiarava della ASSID i titoli rinvenuti nel dossier 10848, intestato alla HEI presso il C.C.T., dichiarava nullo il decreto di acquisizione reso ex art.25 l.f. e condannava la Curatela alla consegna ad ASSID dei titoli e delle somme maggiorate degli interessi, compensando integralmente le spese.

Interponeva appello il Fallimento; si opponeva ASSID, chiedendo il rigetto dell'impugnazione, e proponeva appello incidentale per la condanna della Curatela al pagamento delle spese del primo grado, vinte le ulteriori spese.

La Corte d'appello, con sentenza in data 18/10- 2/11/2005, ha respinto l'appello principale nonché l'appello incidentale, e condannato l'appellante principale HEI al pagamento a favore di ASSID delle spese del grado, negli importi liquidati.

Per quanto qui interessa, la Corte del merito ha ~~nel merito~~ rilevato: che, in forza delle espressioni adottate nelle lettere del 10 e del 12 giugno 1996, ed avuto riguardo al comportamento inequivoco successivamente tenuto dalla stessa HEI, doveva ritenersi chiara la volontà dei contraenti di sciogliersi consensualmente dal contratto di permuta dei titoli con conguaglio in denaro, così attuando, per lo meno in quella data, ex nunc, il trasferimento dei titoli in questione; che pur aderendo alla tesi della non retroattività del mutuo dissenso, e quindi, del ritrasferimento ex nunc della proprietà delle cose determinate, non potevano ritenersi pregiudicati i diritti dei terzi nel frattempo acquistati, per il principio di relatività del contratto; che non poteva prestarsi adesione all'orientamento assolutamente minoritario, che ritiene necessario, in caso di mutuo dissenso nei contratti ad

h

effetti reali, che al contratto di mutuo dissenso faccia seguito un altro contratto o negozio idoneo a realizzare il trasferimento della proprietà della cosa; che nel caso, il Fallimento della HEI era stato dichiarato dopo oltre tre mesi dalla data del cd. mutuo dissenso, per cui il Curatore era subentrato nella stessa posizione del fallito rispetto ad un rapporto ormai definitivo, né questi nel caso poteva essere definito terzo; né si poneva alcuna questione in ordine alla opponibilità dell'accordo risolutorio, essendo certa la data del medesimo, anteriore al fallimento, per quanto risulta dal provvedimento del Tribunale di Salerno in sede di ricorso ex art.700 c.p.c., proposto in seguito a detto accordo; né mai il curatore aveva impugnato il relativo negozio.

Secondo la Corte d'appello, era inammissibile il motivo di censura sub n.8 dell'atto d'appello, relativo al tema del contratto in danno dei creditori, mai introdotto in primo grado, ed infondato il motivo di censura relativo alla nullità del decreto di acquisizione ex art.25 l.f.; nella specie, HEI non aveva la "detenzione(rectius, possesso, essendo materialmente depositati presso la C.C.T.) qualificata uti dominus", dei titoli in questione, in quanto perfettamente consapevole del trasferimento della proprietà alla SNA, riconosciuta nelle lettere alla stessa inviate e nell'azione giudiziaria intrapresa davanti al

Tribunale di Salerno, ed inoltre, la stessa aveva dato istruzioni al C.C.T. di accreditare i titoli nel dossier intestato a SNA, né rispondeva a verità che la detenzione qualificata ~~u~~di dominus di HEI fosse stata accertata dal Tribunale in sede cautelare.

Il C.C.T. era perfettamente a conoscenza della retrocessione effettuata da HEI in favore di SNA, deteneva per conto di chi spetta i titoli residui a seguito del soddisfacimento del proprio diritto di credito, ed aveva chiesto solo una nuova comunicazione alle parti per l'effettiva consegna; la Curatela, a sua volta, era perfettamente consapevole della situazione di cui sopra e della decisa volontà di SNA di ottenere la consegna dei titoli, trasferiti alla stessa con l'accordo del giugno 2006, e della disponibilità della depositaria C.C.T. ad eseguire l'ordine già dato, sia pure con il chiarimento resosi necessario per il complicarsi della vicenda.

Propone ricorso la Curatela del Fallimento Holding Europea Investimenti s.p.a., sulla base di un unico articolato motivo.

Si difende ASSID s.p.a., Assicuratrice Italiana Danni in l.c.a., con controricorso.

Ambedue le parti hanno depositato le memorie ex art.378 c.p.c.

Motivi della decisione

1.1.- Con l'unico articolato motivo di ricorso, ASSID denuncia violazione di norme di diritto e contraddittorietà della motivazione su fatto decisivo per il giudizio, ex art.360 nn.3 e 5 c.p.c.

Secondo la ricorrente, la sentenza impugnata prima ha riconosciuto che il mutuo consenso tra le parti di un contratto ad efficacia traslativa(permuta) del diritto di proprietà di cose determinate non può pregiudicare i diritti dei terzi che medio tempore abbiano acquistato diritti sui beni, e poi ha dichiarato che il Curatore era subentrato nella stessa posizione del fallito relativamente al rapporto già definito, inadempito solo per la materiale consegna dei titoli, così contraddittoriamente motivando sul fatto accertato della mancata riconsegna da parte del detentore, ammettendo che la fattispecie del ritrasferimento non si era completata nei confronti dei terzi e che il detentore rimane tale uti dominus nei confronti dei terzi, e dall'altra negando che la Curatela fosse terzo, con ciò violando l'art.1372,2° comma c.c., e così ha "voluto non riconoscere che all'infuori delle parti che esprimono il consenso, il ri-trasferimento della proprietà... dipende dalla consegna... invece, rispetto alla detenzione della banca, che aveva assoggettato a pegno omnibus i beni che le parti volevano ri-trasferire, la Curatela era "terzo"".

Secondo la ricorrente, la Corte d'appello ha applicato il principio, estraneo al sistema normativo, della rilevanza della detenzione nelle vicende circolatorie dei diritti su beni mobili e della buona fede soggettiva del detentore ai fini della rilevanza della detenzione, mentre la circostanza che la Banca sapesse della retrocessione non cambiava in nulla la sua detenzione nei confronti dei terzi.

Il Giudice delegato, nel decreto del settembre 1997, ha ritenuto la Curatela terzo rispetto alla detenzione della Banca, in quanto non ancora perfezionata la fattispecie del ritrasferimento dei titoli deciso col mutuo consenso, mentre la Corte d'appello ha ritenuto la Curatela come parte e, ignorando il profilo dell'opponibilità, ha ritenuto irrilevante la detenzione della Banca, perché questa "sapeva" della retrocessione.

Secondo la difesa della ricorrente, la sentenza impugnata enuncia l'assurdo che il trasferimento dei diritti patrimoniali su beni certi e determinati si ~~trasmette~~<sup>compie</sup> in base al consenso delle parti ed alla conoscenza nei confronti dei terzi.

La sentenza impugnata non ha considerato che si poneva la questione della opponibilità dell'effetto risolutorio verso la Curatela, ex art.1458,2° comma c.c.; l'effetto eliminativo di un contratto traslativo non è possibile

sulla base del mero consenso, nemmeno se interviene l'assenso o l'autorizzazione del terzo acquirente, divenuto medio tempore titolare di un diritto incompatibile, in quanto il terzo non può disporre degli effetti dell'opponibilità: nella specie, la Curatela, per far tornare i beni controversi nella proprietà di ASSID, avrebbe dovuto disporre della proprietà di tali titoli, in danno della massa dei creditori.

Trattandosi di mutuo consenso rispetto a contratto ad efficacia traslativa, le parti avrebbero potuto porre in essere contratto eguale e contrario a quello avente ad oggetto il trasferimento dei titoli, ma non l'hanno fatto, limitandosi a manifestare l'intento di eliminare gli effetti del precedente contratto.

Rileva altresì la ricorrente che quando si tratta di beni mobili, quali titoli e danaro, vige il vecchio *modus* della *traditio* e va distinto il puro e semplice effetto traslativo dalla efficacia del trasferimento verso terzi, e anzitutto verso l'emittente del titolo (c.d. legittimazione cartolare); generale requisito di opponibilità dei contratti mobiliari è la consegna.

La difesa del Fallimento conclude l'ampia espositiva del ricorso, chiedendo a questa Corte di riconoscere che la circolazione della ricchezza collocata in beni mobili come titoli e danaro è regolata da norme che implicano il

h

requisito necessario dell'opponibilità e che, rispetto alla detenzione uti dominus di chi sa di dovere riconsegnare, la Curatela della parte obbligata alla riconsegna è terzo.

2.1.- Il motivo di ricorso, nelle due censure fatte valere, deve ritenersi infondato.

E' bene premettere che, come affermato, tra le ultime, nella pronuncia <sup>della S.C.</sup> 20445 del 2011, il mutuo dissenso costituisce un atto di risoluzione convenzionale (o accordo risolutorio), espressione dell'autonomia negoziale dei privati, i quali sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio, a prescindere dall'esistenza di eventuali fatti impeditivi o modificativi dell'originario regolamento di interessi; costituisce "un caso di ritrattazione bilaterale del contratto con la conclusione di un nuovo negozio uguale e contrario a quello da risolvere" (Cass. 683/66, 17503/2005, 18859/2008), integra un contratto autonomo con il quale le stesse parti estinguono un precedente, liberandosi dal relativo vincolo, con la peculiarità di presupporre un contratto precedente tra le stesse parti e di produrre effetto estintivo delle posizioni giuridiche conseguenti, né vi sono ostacoli all'accordo risolutorio con effetto retroattivo del contratto ad efficacia reale, fatto salvo l'onere della forma ad substantiam, perché per effetto di esso si opera

h

un nuovo trasferimento della proprietà al precedente proprietario (Cass.8878/1990).

Ciò posto, si deve rilevare che l'accordo risolutorio tra le due società, avente ad oggetto i titoli di cui al dossier n.10848, e quindi la proprietà di cose certe e determinate, si è perfezionato per effetto del consenso legittimamente manifestato dalle parti, ex art.1376 c.c.

Tale accordo risolutorio del precedente contratto di permuta, a prescindere dalla retroattività o meno del mutuo dissenso, che qui non rileva, è intervenuto circa tre mesi prima del fallimento della HEI, e tale anteriorità risulta alla stregua del provvedimento reso dal G.D. in ordine alla richiesta di provvedimento ex art.700 c.p.c. avanzata da HEI, proprio per potere adempiere all'obbligo di retrocessione dei titoli a SNA.

In forza di detto provvedimento giudiziale, deve pertanto ritenersi la data certa dell'accordo in oggetto ex art.2704 c.c., anteriore al fallimento della HEI ed allo stesso opponibile.

Correttamente la Corte d'appello ha riconosciuto che il mutuo dissenso si era pienamente perfezionato tra le parti, non occorrendo che seguisse altro contratto idoneo a realizzare il trasferimento della proprietà della cosa, né ha motivato contraddittoriamente, rilevando che nel caso non si era potuta realizzare solo la materiale consegna dei

titoli a favore di SNA, a ragione del rifiuto opposto dal Credito Commerciale Tirreno ove il dossier titoli era depositato, che aveva fatto valere il proprio diritto di ritenzione conseguente alla clausola di pegno omnibus, stipulata a suo tempo all'atto di una concessione di fido ad HEI, e che, a perfetta conoscenza della retrocessione, deteneva i titoli per conto di chi spetta.

La consegna pertanto non rilevava ai fini del perfezionamento dell'accordo né ai fini della opponibilità, ma atteneva alla esecuzione dello stesso.

Altresì correttamente la Corte del merito ha ritenuto il Curatore parte e non terzo rispetto all'accordo già concluso alla data di dichiarazione di fallimento; come evidenziato nelle pronunce <sup>Pass.</sup> 8143/1998 e 18059/04, il curatore che agisca per ottenere l'adempimento di un'obbligazione facente capo ad un soggetto che abbia stipulato un contratto con l'imprenditore successivamente fallito, non agisce in sostituzione dei creditori al fine della ricostruzione del patrimonio originario del fallito, e cioè nella veste di terzo, ma esercita un'azione trovata nel patrimonio del fallito medesimo, a tutela di un interesse a lui direttamente riconducibile, ponendosi perciò nella stessa posizione sostanziale e processuale del fallito, quale sarebbe stata anche se il fallimento non fosse stato dichiarato, al fine di far entrare nel suo

patrimonio azioni che gli competevano già prima della dichiarazione di fallimento e che sono indipendenti dal dissesto successivamente verificatosi.

Nella specie, il Curatore pianamente non agisce a tutela dei creditori, contro un atto posto in essere dalla società poi fallita, ma, senza impugnare l'atto, ne contesta gli effetti in sé, assumendo la medesima posizione della fallita, e quindi agendo come parte.

Ne consegue l'infondatezza della censura della ricorrente, intesa a prospettare la violazione dell'art.1372,2° comma c.c. da parte della sentenza impugnata.

Sostiene altresì la difesa del Fallimento che la circolazione dei titoli di credito sarebbe sottratta all'applicazione del principio consensualistico, richiedendo l'acquisizione del possesso qualificato, per potere opporre ai terzi il riacquisto della proprietà.

E' agevole a riguardo rilevare che il trasferimento della proprietà dei titoli di credito, che segue il principio consensualistico, come ogni bene mobile, è cosa diversa dalla cd. legittimazione cartolare; come rilevato nella pronuncia <sup>ann.</sup> 17088/2008, nel trasferimento di titoli azionari, l'adempimento delle formalità prescritte dall'art. 2022, primo comma, cod. civ. (c.d. transfert) non costituisce condizione di perfezionamento dell'acquisto o di produzione dell'effetto reale traslativo della proprietà del titolo,

ma attiene alla fase esecutiva, certificativa e pubblicitaria del trasferimento, incidendo soltanto sulla legittimazione del nuovo socio; quest'ultimo, peraltro, pur non potendo esercitare alcun diritto sino a quando non si sia provveduto alle predette formalità (salvo quello di partecipare alle assemblee con le modalità previste dall'art. 4 della legge 29 dicembre 1962, n. 1745), è pur sempre titolare del diritto di proprietà sul titolo, per il cui trasferimento non è quindi necessaria la redazione del c.d. fissato bollato, imposta per ragioni fiscali inerenti alla conclusione dei contratti di borsa, e non avente neppure una funzione surrogatoria o complementare rispetto all'esecuzione del transfert, ma solo di ulteriore documentazione di una cessione meramente consensuale (ed in senso conforme, vedi le precedenti pronunce 9314/95 e 4647/89).

3.1.- Conclusivamente, il ricorso va respinto.

Le spese del presente grado, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

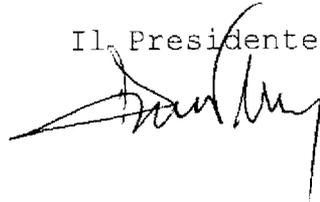
La Corte rigetta il ricorso; condanna il Fallimento ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, liquidate in euro 4500,00, oltre euro 200,00 per esborsi; oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, in data 20 settembre 2012

Il Consigliere est.

R. M. D. Vito

Il Presidente



Depositato in Cancelleria

il 31 OTT 2012

IL CANCELLIERE  
Alfonso Madafferi

