

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2021

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## **Moneta, cose fungibili e azione di rivendica fallimentare.**

**SOMMARIO:** 1. Il fatto e il principio di diritto: un'eccezione che conferma la regola? – 2. Danaro-bene fungibile e danaro-strumento di pagamento: presupposti qualificatori e corollari applicativi. – 3. *Segue*. Moneta *versus* cose: moneta-cosa nel *decisum* della Cassazione. – 4. Rivendica di cose fungibili, commistione e tutele nel fallimento. – 5. *Segue*: rivendica fallimentare, opponibilità e risoluzione del conflitto tra creditori.

### *1. Il fatto e il principio di diritto: un'eccezione che conferma la regola?*

La Cassazione torna a pronunciarsi sulla esperibilità della azione di rivendica nei confronti delle cose fungibili e sceglie di dare continuità all'orientamento più recente che la ammette includendo nell'ambito applicativo dell'art. 103 l. fall. anche il danaro<sup>1</sup>. Riassunto in questi termini il principio di diritto enunciato dai giudici di legittimità, sembrerebbe di essere dinanzi a una pronuncia rivoluzionaria, che sovverte i principi giuridici per tradizione applicati alla circolazione della moneta, riconducendola alle strette forme dei beni materiali. Ma ogni principio di diritto va letto in relazione alle caratteristiche del fatto che ha condotto le parti sino all'ultimo grado di giudizio e dette caratteristiche paiono invero ridimensionare la portata del *decisum*, quanto meno sul piano della individuazione della natura giuridica del danaro quale strumento di pagamento.

Questi i termini della questione: le imprese Alfa e Beta concludono un contratto in ragione del quale la seconda si obbliga nei confronti della prima a svolgere l'attività di "prelievo, trasporto, custodia, contazione, trattamento, confezionamento dei valori ritirati dalle stazioni e di successiva consegna degli stessi alla banca destinataria". Beta affida successivamente all'impresa Gamma l'incarico di contavalori, consegnandole a sua volta il danaro ricevuto. L'impresa Gamma fallisce e Beta, in surrogata di Alfa, esercita l'azione di rivendica al fine di ottenere la restituzione dei danari, sin dall'origine separati dal patrimonio della fallita, ma confusi con quelli degli altri clienti.

---

<sup>1</sup> Cass., 8 febbraio 2021, n. 2935, in *dirittobancario.it*.

La Cassazione si pronuncia sulla legittimità della decisione del Tribunale di Treviso che, in riforma del provvedimento del giudice delegato alla procedura di amministrazione straordinaria della società Gamma, riconosceva che il contratto intervenuto tra Alfa e Beta «non fosse comunque idoneo all'acquisto della proprietà dei denari affidati, poiché la loro consegna era avvenuta senza trasferimento di tale diritto, che era rimasto in capo alla mandante in qualunque fase dei servizi resi»<sup>2</sup>. I giudici di ultima istanza confermano in parte la posizione del Tribunale, riconoscendo, in continuità con il proprio più recente orientamento, che la consegna di beni fungibili non necessariamente determina il trasferimento della titolarità, ben potendo le parti escludere tale effetto, come d'altronde testimoniato dalla disposizione contenuta nell'art. 1782 c.c., in materia di deposito irregolare, la quale, nel prevedere che, «se il deposito ha per oggetto una quantità di danaro o di altre cose fungibili, con facoltà per il depositario di servirsene, questi ne acquista la proprietà ed è tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e qualità», ammette implicitamente anche l'ipotesi contraria.

Tenuto conto della commistione dei danari dei clienti della società Gamma, la Cassazione considera altresì corretto il rinvio fatto dal Tribunale all'ultima parte dell'art. 939, comma 1, c.c., poiché la confusione del danaro avrebbe formato «un sol tutto», con conseguente impossibilità di separazione senza notevole deterioramento, venendo perciò a determinare una proprietà comune «in proporzione del valore delle cose spettanti a ciascuno». Cassa, invece, la sentenza impugnata nella parte in cui, al fine di calcolare le quote di spettanza di ciascun cliente, decide di dividere le somme rinvenute per il numero dei clienti, in proporzione di ciascuna quota, senza tenere conto di quanti effettivamente avessero domandato la restituzione, così ripartendo il rischio di eventuali ammanchi tra tutti. Secondo i giudici di legittimità, il Tribunale avrebbe dovuto «preoccuparsi di verificare se questi beni rientrassero nella disponibilità della procedura per la consistenza dovuta in restituzione [...], procedendo poi allo scioglimento della comunione e alla restituzione della somma reclamata in misura pari all'entità dovuta» e soltanto in presenza di un numero di domande di restituzioni tali da non consentire il soddisfacimento integrale di tutti avrebbe dovuto preoccuparsi «di ripartire gli ammanchi fra i

---

<sup>2</sup> Trib. Treviso, 20 gennaio 2016, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 90 ss.

rivendicanti, perché unicamente in un simile frangente la restituzione in natura sarebbe stata resa impossibile dalla limitata quantità delle somme disponibili ed il problema del concorso nelle perdite [...] sarebbe divenuto attuale».

2. *Danaro-bene fungibile e danaro-strumento di pagamento: presupposti qualificatori e corollari applicativi.*

La pronuncia è di grande interesse per una serie di profili, il primo dei quali riguarda il suo impatto sulla qualificazione del danaro alla stregua di un bene giuridico inquadrabile alla luce della teoria dei beni allo stesso modo di qualunque altra cosa fungibile. È tradizionale l'insegnamento secondo il quale la moneta avente corso legale non assume rilevanza giuridica in ragione delle sue qualità fisiche, con la conseguenza che lo stesso attributo della fungibilità si attergerebbe in maniera differente, nei termini cioè di una fungibilità assoluta<sup>3</sup>. Vale la pena sottolineare che i giudici di legittimità neppure si pongono il problema della equiparabilità della moneta alle cose fungibili, ove rappresentata dal pezzo di carta o dalla moneta metallica. Meglio, il presupposto concettuale che adottano a monte è esattamente l'opposto: ossia che la moneta materiale sia un bene fungibile. D'altra parte, il pur acclarato riconoscimento della peculiare rilevanza giuridica della banconota come strumento di pagamento non sempre è stato portato sino alla estrema conseguenza di negarne la riconducibilità al novero dei beni materiali ai fini della individuazione della disciplina applicabile. Spesso è stato infatti reputato sufficiente sottolineare che i requisiti della genericità, fungibilità e divisibilità assumono

---

<sup>3</sup> Al riguardo, la dottrina che si è occupata dei profili di qualificazione della prestazione monetaria è concorde. La mancanza di rilievo delle qualità fisiche del bene è insito nel riconoscimento dell'assenza di valore d'uso della moneta: tra gli altri, espressamente L. MOSCO, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948, 33 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, 404 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, 140 ss. Nello stesso senso B. INZITARI, *La moneta*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. Galgano (diretto da), Padova, 1986, 11 ss.; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2011, 22 ss.; ID., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 133 ss.

caratteristiche tali da annullare il relativo rilievo proprio sul piano della selezione delle regole applicabili alla obbligazione pecuniaria<sup>4</sup>. Ciò, nel senso che la corrispondente prestazione sarebbe sempre generica, fungibile e divisibile, non dandosi perciò ai contraenti la possibilità di costruirla come specifica, infungibile o indivisibile<sup>5</sup>.

Ha scarsa utilità dilungarsi su tale aspetto, tenuto conto che le costruzioni prevalenti e anche la stessa giurisprudenza, preso atto della non riferibilità alla moneta avente corso legale dello statuto normativo proprio delle cose fungibili, costruiscono la prima come una *ideal unit*, superando l'inquadramento più risalente che riconduceva l'obbligazione pecuniaria alla obbligazione di genere<sup>6</sup>. Se la moneta legale è una unità ideale che non rileva giuridicamente per le sue qualità fisiche, si risolve in un non senso tentare di comporre i conflitti di interessi che la vedono come oggetto del contendere ricorrendo a schemi e categorie che invece presuppongono il rilievo di quelle qualità. Vero è che potrebbe sostenersi – come in effetti è stato fatto – che l'unità ideale circola per mezzo della banconota, che è pur sempre un documento cui si applicano le regole delle cose mobili. Non sembra tuttavia questa la strada per comprendere appieno il ruolo svolto dalla

---

<sup>4</sup> Emblematica al riguardo è la decisione di Trib. Mil., 19 gennaio 2004, in *Giur. it.*, 2004, 796, che, con specifico riferimento ai rapporti tra mandante e mandatario afferma che «la rimessione di somme incassate da parte del mandatario (con o senza rappresentanza) al mandante costituisce pagamento, in quanto tale revocabile in presenza degli altri requisiti previsti dalla l. fall., in considerazione della natura del danaro, quale bene fungibile, che, come tale, una volta entrato nel patrimonio di un soggetto, in assenza di un atto di individuazione, si confonde con ogni altra somma di sua proprietà, senza che altri possa quindi avanzare, allo scopo di ottenerne il trasferimento, pretesa diversa da un diritto di credito per l'importo a sé dovuto».

<sup>5</sup> Per tutti, T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928, 49; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1959, 126.

<sup>6</sup> In dottrina, B. INZITARI, *La moneta*, cit., 24 ss.; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, cit., spec. 36 ss. In giurisprudenza, capofila è Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 553 ss., con commenti di v. G. LEMME, *La rivoluzione copernicana della Cassazione: la moneta legale, dunque, non coincide con la moneta fisica*, *ibidem*, 2008, II, 553 ss.; A. VENTURELLI, *Esibizione di assegno ed esatto adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1407 ss.; M. PENNASILICO, *L'estinzione della obbligazione pecuniaria mediante assegno circolare: a proposito di interpretazione "evolutiva" della legge*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 777 ss.

banconota nell'ambito della circolazione della ricchezza monetaria. Gli è infatti che la banconota, ove assuma rilevanza giuridica nell'ambito di una operazione economica alla stregua di uno strumento di pagamento, presuppone sempre l'esistenza di una relazione materiale con il suo titolare ai fini della imputazione del valore da essa rappresentato e della sua disposizione. Non v'è mai insomma possibilità di trasferimento senza la dazione e, dunque, estinzione dell'obbligazione pecuniaria senza consegna<sup>7</sup>. Né vale opporre, tornando al punto di partenza, che questa peculiare regola di circolazione sarebbe una conseguenza dell'essere l'obbligazione pecuniaria una obbligazione di genere e la banconota una cosa fungibile.

Al riguardo vale la pena fare una precisazione.

Assai spesso si afferma che i beni fungibili non possono essere trasferiti senza consegna e che perciò la consegna determina necessariamente anche il trasferimento del diritto<sup>8</sup>. La stessa giurisprudenza di legittimità fa riferimento a questo orientamento, seppure al fine di superarlo. Ebbene, sul piano della individuazione delle regole di circolazione dei beni, sembra che la deroga al principio

---

<sup>7</sup> Sia consentito rinviare a M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008, 79 ss. A tale proposito, sono illuminanti le considerazioni di P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 2004, 255 ss.

<sup>8</sup> Questa è la premessa concettuale all'orientamento giurisprudenziale che per lungo tempo ha negato la rivendicabilità di beni fungibili *ex art. 103 l. fall.*: per tutte Cass., 20 febbraio 1984, n. 1200 e Cass., 18 ottobre 2001, n. 12718, entrambe reperibili in *www.dejure.it*. Cfr., tuttavia, App. Bologna, 14 gennaio 2002, sempre in *www.dejure.it*. Cfr., in dottrina, G.B. PORTALE e A.A. DOLMETTA, *Deposito regolare di cose fungibili e fallimento del depositario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, I, 842 ss.; L. SALAMONE, *La Cassazione fa un passo avanti rispetto alla giurisprudenza consolidata in materia di rivendicazione fallimentare (art. 103 l. fall.) di quantità di fungibili non individuati*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, 150 ss.

I riflessi applicativi di tale modo di costruire l'atto avente a oggetto beni fungibili si sono avvertiti in particolare nell'ambito delle procedure concorsuali, con specifico riferimento alla legittimazione ad agire in rivendica *ex art. 103 l. fall.* da parte dei clienti delle società di intermediazione. Prima dell'intervento riformatore del legislatore, che introdusse obblighi di contabilizzazione a carico degli intermediari per assicurare la separazione tra il patrimonio della società e quello dei clienti, la principale regola di riferimento era quella contenuta nell'art. 1707 c.c. (P. FERRO-LUZZI, *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 53 ss.; P.G. JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, 324 ss.). In argomento, *infra*.

consensualistico dipenda non tanto dal requisito della fungibilità che caratterizza il bene, bensì dall'essere la prestazione generica. Mentre la fungibilità è un requisito del bene, la genericità è un modo di essere della prestazione dalla quale soltanto dipendono le modalità con cui si producono gli effetti reali<sup>9</sup>. Per chiarire il concetto sono forse opportuni due esempi.

Ipotizziamo che Tizio si rechi a comprare un televisore nel negozio sotto casa e decida di scegliere un televisore, 15 pollici, della migliore marca presente nel negozio; che il negozio abbia almeno 10 televisori dello stesso modello e che Tizio, convinto della bontà della scelta, si rechi alla cassa e paghi, chiedendo all'addetto di consegnare il giorno dopo al suo domicilio il televisore messo da parte. Cambiando parzialmente l'esempio, immaginiamo che Tizio si rechi nel negozio di televisori; scelga il modello che più lo convince e paghi, chiedendo al commesso di consegnargli il giorno dopo uno dei televisori di quel modello presenti nel negozio. Senza girarci troppo intorno, nei due esempi rappresentati Tizio non acquista la proprietà del televisore nello stesso momento. Nel primo, Tizio acquista subito; nel secondo, acquista, ossia diventa titolare del diritto di proprietà sul bene, soltanto al momento della consegna. La ragione sta nel modo in cui i contraenti hanno costruito la prestazione, cui è collegata l'efficacia della fattispecie. Nel primo esempio, la prestazione è individuata; nel secondo è generica, a conferma che la genericità non è mai una qualità del bene ma è un modo di essere della prestazione e che l'individuazione del momento in cui si producono gli effetti reali dipende da come le parti esercitano la loro autonomia negoziale. A conferma, inoltre, che non è la consegna in quanto *traditio* della cosa a determinare l'effetto traslativo. La consegna assume il significato normativo di individuazione, ossia di specificazione del bene rispetto alla massa che, in quanto tale, consente che si produca il trasferimento<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> S. PUGLIATTI, voce «Cosa in senso giuridico (teoria generale)», in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 19 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 1952, 95.

<sup>10</sup> Sui concetti di individuazione e di consegna U. MAJELLO, *L'individuazione nella vendita di genere*, in *Riv. dir., civ.*, 1957, I, 195; A. DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 214 ss.

Circoscritta la rilevanza della scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* sul piano della circolazione dei diritti sulle cose fungibili alle sole ipotesi in cui la prestazione sia costruita dai contraenti come generica, diventa agevole segnare le differenze con la prestazione pecuniaria<sup>11</sup>. La prestazione pecuniaria, a volere continuare a utilizzare le classificazioni più risalenti, sarebbe sempre generica. Seppure individuata prima della consegna, la specificazione del danaro non è da sola sufficiente ad assicurarne la spendibilità da parte dell'avente causa. A tal fine è necessaria la relazione materiale con il pezzo. Chi acquista tutto il grano presente nel granaio di Tizio all'ora x, invece, può a sua volta rivenderlo pur non avendone ancora il possesso materiale<sup>12</sup>.

Quanto detto dimostra che la moneta-banconota sfugge alle classiche regole di circolazione dei beni mobili, caratterizzandosi in definitiva per la costante coincidenza tra titolarità e legittimazione, a dimostrazione del fatto che chi possiede moneta, anche a prescindere da una valida investitura a monte, è sempre legittimato a disporne. A volere indagare ulteriormente infatti, sembra che ai fini del trasferimento del valore monetario non sia neppure necessaria una valida manifestazione di volontà. Chi ha a disposizione moneta e la utilizza, indipendentemente dalle modalità con le quali se la sia procurata, paga bene, estinguendo l'obbligazione pecuniaria. Non sembra, insomma, che il terzo che riceve il danaro in pagamento possa mai essere esposto all'azione di rivendica, pure se prende in mala fede. La giurisprudenza sostiene che alla moneta cartacea resta applicabile la regola del possesso vale titolo<sup>13</sup>. La prova dei fatti, tuttavia, smentisce questa posizione. Il possesso della banconota, ai fini della composizione del conflitto di interessi tra legittimo titolare e terzo avente causa non pare proprio assumere rilevanza nei termini di un indice di circolazione del bene. Esso, piuttosto, sembra atteggiarsi a criterio di imputazione del valore monetario al patrimonio. Tradotto: il conflitto di interessi si risolve a

---

<sup>11</sup> Sullo schema traslativo degli atti di alienazione di cose generiche v., in particolare, A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990.

<sup>12</sup> P. FERRO-LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, I, 404 ss. Sia consentito rinviare a M. SEMERARO, *op cit.*, 79 ss.

<sup>13</sup> App. Roma, 10 marzo 2015, n. 1603, sulla quale v. il commento di U. MALVAGNA, *Rivendica di «moneta scritturale»?*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2018, 816 ss.

favore della successiva spendibilità della moneta di cui si è conseguito il possesso. Che non significa che chi sia stato spogliato sia sfornito di tutele<sup>14</sup>. L'appropriazione di danaro altrui resta sempre un illecito, nei confronti del quale è possibile esercitare l'azione risarcitoria.

### 3. Segue. *Moneta versus cose. Moneta-cosa nel decisum della Cassazione.*

Superato definitivamente l'equivoco della equiparabilità della moneta-banconota alle cose, resta da valutare la reale portata del pronunciamento in commento. Leggendo nelle pieghe della argomentazione pare davvero indiscutibile che la soluzione adottata dai giudici di legittimità non sia in grado di sovvertire quanto sinora affermato sulla rilevanza giuridica del danaro. A scanso di equivoci, va subito detto che la moneta oggetto di rivendica cui si riferisce la Cassazione non viene in considerazione – né potrebbe – *sub specie iuris* come strumento di pagamento<sup>15</sup>.

Segnatamente, nella pronuncia si legge che i danari non sono stati trasferiti in proprietà e si sottolinea che è «la conformazione concreta

---

<sup>14</sup> Già T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 16 ss., pur inquadrando l'obbligazione pecuniaria in termini di obbligazione di dare cose generiche, era costretto ad affermare che «la qualità di strumento di scambio dei pezzi monetari può importare il loro assoggettamento a particolari regole, diverse da quelle che vigono per i beni mobili in generale [...] e ispirate, appunto, alla loro funzione di strumento di scambio. Così il principio “possesso di buona fede vale titolo” viene invocato per i pezzi monetari [...] anche indipendentemente dall'esistenza di un analogo principio generale per le cose mobili o oltre i limiti dettati per le cose mobili in generale». Per il superamento del riferimento alla regola contenuta nell'art. 1153 c.c. M. SEMERARO, *op. cit.*, 92 ss., ove si ricostruisce il bene in senso giuridico moneta avente corso legale in termini di disciplina dell'imputazione di una quota di ricchezza convenzionale e della sua disponibilità.

<sup>15</sup> Ove così non fosse stato, paiono davvero insuperabili le parole di C. ANGELICI, *L'inquadramento dei titoli del debito pubblico nella fattispecie dei titoli di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, I, 480, secondo il quale «il deposito del denaro è sempre, e non può non essere, *irregolare*. Ritengo cioè che la consegna di danaro ad altri, pur qualificata da un intento di custodia, implichi necessariamente che il rischio si ponga in capo a chi lo detiene; implichi inoltre, egualmente di necessità, che l'obbligo di restituzione non possa essere circoscritto a determinati pezzi monetari. Il danaro, in sostanza, *in quanto strumento legale di pagamento* (corsivo mio) piuttosto che bene, non soltanto è per sua natura fungibile, ma neppure, se ben vedo, può essere dall'autonomia privata regolato come infungibile».

del titolo che regola la consegna del bene e non la natura fungibile dello stesso a determinare il passaggio di proprietà in capo al depositario». Viene così superata l'idea che la *traditio* delle cose fungibili comporti di necessità l'attribuzione al fatto di una efficacia traslativa, poiché la tipologia di effetto dipende da ciò che le parti hanno pattuito. Il passaggio, sebbene fondamentale ai fini dell'inquadramento della vicenda, non è tuttavia sufficiente a chiarire le peculiarità della fattispecie decisa e la ragione per la quale la soluzione accolta non sia estensibile *tout court* alla moneta-banconota. La Cassazione, infatti, omette di segnalare che le monete oggetto di contrattazione tra Alfa e Beta e poi consegnate a Gamma vengono in considerazione nell'economia di quella operazione contrattuale esattamente come cose, assumendo rilevanza giuridica in ragione delle loro qualità fisiche. Il contrario, insomma, di quanto accade quando oggetto di contrattazione è la moneta avente corso legale quale strumento di pagamento. I danari vengono consegnati prima a Beta e poi a Gamma per essere contati. Individuato così lo scopo in relazione agli interessi delle parti, il trasferimento della proprietà si rivelerebbe un effetto sovrabbondante. In una certa prospettiva, la decisione della Cassazione conferma che l'efficacia di un atto dipende da come le parti hanno strutturato il regolamento contrattuale, non avendo perciò nulla a che fare con le qualità dei beni<sup>16</sup>. Il piano di rilevanza resta dunque la qualificazione del fatto. Non deve tuttavia ingannare il riferimento esclusivo al titolo, quando oggetto del contratto sia la moneta. In questi casi, infatti, l'alterazione delle regole di circolazione del pezzo monetario dipende dalla diretta influenza esercitata dal titolo sulla rappresentazione dell'oggetto del contratto, la quale a sua volta impedisce che le situazioni giuridiche dei contraenti possano essere oggettivate nell'utilità data dal possesso della banconota quale criterio di imputazione del valore al patrimonio e condizione di sua spendibilità.

La diversa rilevanza che la banconota può assumere ai fini qualificatori non è certo un fatto nuovo. Scolastico è l'esempio della moneta da collezione, anche se a corso legale. In tale ipotesi è indubbio che alla moneta sarà applicabile la disciplina dettata per i beni mobili. La sua rilevanza, in relazione all'interesse del titolare, è equiparabile a quella di qualunque altra cosa provvista di un valore d'uso. La

---

<sup>16</sup> Per tutti, G.B. PORTALE e A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 842 ss.

situazione giuridica del proprietario non è dunque sovrapponibile a quella del titolare di moneta-banconota, includendo, accanto alla facoltà di disposizione, anche la facoltà di godimento, solitamente esclusa per la seconda. L'eventuale contratto concluso tra il collezionista e l'organizzatore di una esposizione, pur non essendo un deposito regolare, parimenti non potrà produrre efficacia traslativa<sup>17</sup>. Nel caso deciso dalla Cassazione di diverso c'è che per il dante causa l'oggetto della prestazione in effetti altro non è che una moneta-banconota. Ciò nondimeno, agli effetti del contratto, risulta decisivo il modo nel quale le parti hanno preso in considerazione quelle monete: quali oggetti dei servizi di prelievo, di trasporto, di custodia, di contazione, di trattamento e di confezionamento. Quali oggetti, cioè, di attività materiali la cui valutazione in termini di esatto adempimento presuppone la rilevanza del substrato fisico dei beni consegnati.

#### *4. Rivendica di cose fungibili, commistione e tutele nel fallimento: l'approccio della giurisprudenza.*

Escluso il trasferimento della titolarità delle monete, il passo successivo consiste nel riconoscimento della legittimazione ad agire in rivendica *ex art. 103 l. fall.* A monte, nel ragionamento dei giudici è dunque centrale l'accoglimento dell'orientamento sulla proponibilità di

---

<sup>17</sup> Nell'esempio rappresentato il referente oggettivo della contrattazione è costituito senza dubbio dalla cosa provvista di valore d'uso (l'interesse delle parti si appunta, infatti, sul bene che per le proprie qualità fisico-materiali è idoneo a soddisfare in via immediata un bisogno). Sebbene l'esistenza di sì fatto interesse comporti l'applicabilità di parte della disciplina dettata per le cose (ad esempio il perimento del bene determinerà l'estinzione dell'obbligazione), va pure detto che ciò non sempre può bastare a sottrarre quel pezzo monetario alle regole di circolazione poc'anzi ricordate a proposito della peculiarità del regime al quale è sottoposta la moneta strumento di pagamento. Segnatamente, finché la moneta è al contempo valuta, la circostanza che si atteggi a oggetto del singolo rapporto, al pari di un bene provvisto di valore d'uso, è profilo che individua senza dubbio la disciplina applicabile tra le parti, ma che assicura l'opponibilità della pretesa anche ai terzi soltanto qualora ricorra un criterio di imputazione (Cfr., tra gli altri, E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1984, 447). Da ciò la rilevanza nel caso deciso dalla Cassazione della separazione delle monete dal patrimonio della società fallita (v. *infra*).

questa azione anche nei confronti di beni fungibili<sup>18</sup>. Superata l'idea che la consegna di tale tipologia di beni comporti necessariamente il trasferimento del diritto e individuata l'efficacia dell'atto in relazione al titolo, la Cassazione reputa esercitabile l'azione nonostante oggetto dell'obbligazione restitutoria siano monete, a patto che le stesse non si siano confuse con il patrimonio del soggetto fallito<sup>19</sup>.

Quest'ultimo passaggio sulla separazione, nel dipanarsi delle argomentazioni della Cassazione, diventa essenziale e concorre a evidenziare le peculiarità della vicenda. La prova della separazione delle monete dal patrimonio della fallita costituisce infatti l'unico strumento idoneo ad accertarne l'estraneità alla massa fallimentare, sì da rendere opponibile la pretesa. D'altro canto, ove la separazione delle monete non ci fosse stata, l'esistenza del titolo non sarebbe stata sufficiente a garantire detta opponibilità, considerata pure la natura del bene. Ove infatti le monete si fossero confuse con il patrimonio di Gamma, la relazione materiale con le stesse avrebbe determinato la prevalenza della disciplina circolatoria del danaro quale strumento di pagamento<sup>20</sup>.

Il ragionamento che conduce i giudici di legittimità a dare rilevanza a questa mancata confluenza invero non è nuovo ed è stato utilizzato dalla giurisprudenza anche in fattispecie in cui oggetto di azione di

---

<sup>18</sup> Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, 141 e in *Corr. Giur.*, 1998, 301 ss., con nota di A. DI MAJO, *Fiducia trasparente e intestazione fiduciaria*; Cass., 28 febbraio 2011, n. 4813, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>19</sup> Come detto, la maggior parte delle pronunce è stata resa nell'ambito di controversie aventi a oggetto strumenti finanziari. In tale ambito, la previsione dell'art. 103 l. fall. va coordinata con la disciplina speciale in materia di Società di intermediazione finanziaria e dunque, con l'art. 22 Tuf, che introduce il principio della separazione tra patrimonio della società e patrimonio dei clienti, e con l'art. 91 Tuf, che, sul presupposto del rispetto del suddetto principio, individua uno speciale criterio di risoluzione dei conflitti tra clienti titolari degli strumenti finanziari e restanti creditori della società: in dottrina v. R. COSTI e L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, Padova, 2004, 353; E. GABRIELLI e R. LENER, *Mercati, strumenti finanziari e servizi d'investimento*, in *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2004; in giurisprudenza Cass., 12 giugno 2007, n. 13762, con nota di F.S. COSTANTINO, *Rivendica di somme di danaro inerenti a servizi d'investimento nella legge fallimentare*, in *Fall.*, 2007, 1139 ss. Fa eccezione Cass., 28 febbraio 2011, n. 4813, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it), sulla quale v. *infra*.

<sup>20</sup> Cfr. le osservazioni di C. MAIORCA, voce «*Commistione*», in *Novissimo Dig.*, Torino, 1967, 662 ss.

rivendica erano beni fungibili diversi dal danaro. Basti a questo proposito citare il precedente sul mais stoccato<sup>21</sup>. Lì la Cassazione ammetteva la possibilità di provare la titolarità mediante l'accertamento della separazione del mais dal patrimonio del fallito; accertamento dato dalla prova della locazione, a favore dell'istante, dell'immobile nel quale veniva stoccato il cereale. Il mais, pur restando appartenente al genere e pur restando bene fungibile, a opinione della Corte avrebbe potuto essere individuato in quanto depositato nell'immobile di utilizzo esclusivo dell'impresa conduttrice, divenendo così suscettibile di restituzione. La prova dell'esistenza del titolo, in altri termini, avrebbe reso opponibile la pretesa al fallimento.

Nella fattispecie decisa con la sentenza in commento accade qualcosa di analogo. La prova della titolarità è parimenti fornita attraverso l'opponibilità al fallimento del titolo in virtù del quale le monete vengono collocate in apposito deposito e la relativa confluenza nel *caveau* impedisce che a esse si applichi, sul piano della circolazione, il regime della moneta strumento di pagamento. L'avvenuta separazione è pertanto anzitutto strumentale a fornire la prova della titolarità dal danaro in capo all'istante. Ma costituisce anche la premessa concettuale che consente il successivo rinvio alla disciplina dell'unione e commistione. Accanto ai profili di analogia con la fattispecie del mais stoccato, nel caso deciso dalla Cassazione c'è infatti un elemento di discontinuità: la confluenza di monete appartenenti a più soggetti nel medesimo *caveau*.

La norma presa a riferimento per la soluzione di questo ulteriore conflitto è contenuta nell'ultima parte dell'art. 939, comma 1, c.c., ove si afferma che nell'ipotesi in cui le cose appartenenti a diversi proprietari e che sono state unite o mescolate non siano facilmente separabili «la proprietà ne diventa comune in proporzione del valore delle cose spettanti a ciascuno»<sup>22</sup>.

Al riguardo va subito detto che il rinvio all'unione e alla commistione nel caso di specie può in astratto giustificarsi soltanto in ragione della riconosciuta rilevanza delle monete consegnate alla stregua di cose. Fuor di ogni dubbio, non sarebbe stato possibile

---

<sup>21</sup> Cass., 28 febbraio 2011, n. 4813, citata alla nota 19.

<sup>22</sup> A.A. DOLMETTA, *Rivendica di cose fungibili in contesti concorsuali e proprietà «individue»*. A proposito degli artt. 939 c.c., 103 legge fall. e 91, commi 2 e 3, TUB, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 101 ss.

chiamare in causa l'art. 939 c.c. al fine della risoluzione del conflitto ove le monete fossero venute in considerazione, *ab origine*, quali strumenti di pagamento. La peculiare natura del bene danaro spiega altresì la ragione per la quale la relativa separazione dal patrimonio della fallita assurga a presupposto imprescindibile per l'applicazione di questa disciplina. Evocare l'unione e la commistione rispetto alla moneta sembra riuscire a restituire ipotesi di composizione del conflitto tra più titolari fino a che la fattispecie concreta evidenzi l'esistenza di un criterio di imputazione che in qualche modo renda riferibile il valore monetario al suo effettivo titolare. Ove invece un tale criterio manchi, come è ad esempio pure nel caso in cui il danaro confluisca in un deposito intestato a terzi, ci si deve arrendere dinanzi alla constatazione della relativa inapplicabilità, tenuto conto che la confluenza di danaro proprio in un deposito altrui determina una confusione tra beni che non può mai tradursi nella contitolarità degli stessi<sup>23</sup>.

L'interpretazione che la Cassazione offre di questa disciplina tradisce una impostazione della questione giuridica sottesa tutta orientata verso il criterio della appartenenza più che verso quello della opponibilità, segnalando assai bene i limiti della tutela proprietaria nel contesto delle procedure fallimentari. In particolare, i giudici di legittimità cassano la scelta del Tribunale di distribuire la perdita derivante dalla sottrazione delle monete tra tutti i depositari, affermando che essa «confligge [...] con l'intima natura della rivendica di cose fungibili [...] poco prima accertat(a)», finendo «per attribuire alla massa attiva della procedura somme oramai riconosciute come ad essa non appartenenti» e conclude, pertanto, che «solo a fronte di una pluralità di domande di comunione di consistenza tale da non consentire un'integrale soddisfazione del diritto di ciascuno il collegio dell'opposizione si sarebbe dovuto preoccupare di ripartire gli ammanchi fra i rivendicanti».

---

<sup>23</sup> F. FERRARA, *Trattato di diritto civile*, I, Napoli, 1985, 861; W. BIGIAMI, *Legittimazione attiva e passiva nella ripetizione dell'indebito*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, 273 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Milano, 1975, 611 ss.; B. INZITARI, *La moneta*, cit., 33 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile, La proprietà*, Milano, 1999, 392 ss., secondo il quale «non vi è luogo alla formazione di una comunione poiché il danaro non rileva per la sua materialità ma per il suo valore, concorrendo a formare un'entità contabile, la liquidità pecuniaria, generalmente costituita da diritti di credito».

In sede di commento alla decisione di primo grado si è detto che il Tribunale avrebbe fatto in definitiva applicazione della regola contenuta nell'art. 91 Tub, in tema di liquidazione coatta amministrativa dell'intermediario<sup>24</sup>, dove si prevede espressamente che nel caso di omessa separazione dei patrimoni dei clienti o di insufficienza degli strumenti finanziari a effettuare tutte le restituzioni «i commissari procedono, ove possibile, alle restituzioni [...] in proporzione dei diritti per i quali ciascuno dei clienti è stato ammesso alla sezione separata dello stato passivo, ovvero alla liquidazione degli strumenti finanziari di pertinenza della clientela e alla ripartizione del ricavato secondo la medesima proporzione».

L'osservazione coglie nel segno e aiuta a mettere in evidenza un'ulteriore possibile prospettiva interpretativa. In apice, la scelta per l'una o l'altra soluzione sembra dipendere infatti, da un lato, dalla definizione dell'ambito di applicazione dello stesso art. 939 c.c. e, dall'altro, dall'inquadramento sistematico dell'azione di rivendica *ex* art. 103 l. fall.

Sul primo piano, a dire il vero, diversi indizi depongono per l'estraneità della vicenda esaminata dalla Cassazione all'ambito applicativo dell'art. 939 c.c. In prima battuta, v'è la *ratio* della norma. Siamo di fronte a una regola che risolve un conflitto tra più proprietari e che sembra avere nella titolarità della situazione dominicale la sua premessa. La relativa applicazione nelle ipotesi in cui la confusione non determini il passaggio di titolarità da un patrimonio all'altro presuppone l'accertamento con esito positivo dell'appartenenza dei beni a chi chiede la restituzione, con la conseguenza che, ove la proprietà non venga provata, non dovrebbe esserci spazio per discutere neppure di unione e di commistione. Né, in senso contrario, sembra deporre l'ultimo inciso della disposizione, là dove è previsto che se le cose non sono separabili senza notevole deterioramento «la proprietà ne diventa comune in proporzione del valore delle cose spettanti a ciascuno».

Segnatamente, sulla portata di tale inciso con riferimento ai beni fungibili non c'è accordo in dottrina. Come aveva fatto il Tribunale prima, la Cassazione accoglie l'orientamento che individua nella mescolanza il fatto costitutivo di una comunione *pro indiviso*, sul presupposto della non riferibilità delle singole cose a ciascun titolare e

---

<sup>24</sup> A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 101 ss.

della conseguente relativa indistinguibilità<sup>25</sup>. La premessa concettuale è dunque la più tradizionale: atteso che con la confusione le cose fungibili perdono la loro individualità giuridica anche come massa, neppure sarebbe prospettabile una titolarità per quantità non potendosi individuare i singoli beni in origine oggetto di proprietà da parte del singolo. In direzione opposta va però altra costruzione, seconda la quale rispetto a tale tipologia di beni la regola della commistione subirebbe qualche adattamento: la mescolanza darebbe luogo a una comunione *pro diviso*, potendo perciò ciascun proprietario ottenere la divisione anche mediante l'esercizio dell'azione di rivendica<sup>26</sup>.

Ebbene, sulla scia di questo secondo orientamento l'estraneità del conflitto di interessi che si rappresenta dinanzi ai giudici di legittimità rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 939 c.c. sembra evidente. Esso presuppone infatti l'identità, sotto il profilo quantitativo, tra le cose che si confondono e le cose confuse. In sua assenza non sarebbe agevole ipotizzare l'applicazione della previsione, tornando nuovamente attuale la questione della prova della proprietà delle singole cose. Né pare che la sottrazione possa fare scivolare la fattispecie entro l'ambito applicativo della seconda disposizione contenuta nell'art. 939, comma 1, c.c. La non facile separabilità, che per i beni fungibili coincide con l'indistinguibilità delle proprietà singolari data dalla insufficienza dei beni a soddisfare integralmente le pretese di tutti, dovrebbe quantomeno dipendere dalla medesima confusione e non anche da un fatto successivo e da essa distinto. Ciò in virtù della circostanza che la confusione è un modo di acquisto della proprietà e che l'art. 939 c.c. prende in considerazione esattamente l'incidenza dell'unione e della mescolanza sugli assetti proprietari pregressi.

Sebbene più articolato, l'esito del ragionamento non pare cambiare di molto anche con riguardo alla prima costruzione, specie se si tiene conto del suo presupposto concettuale. L'individuazione di una

---

<sup>25</sup> F. PIGA, voce «*Commistione e unione*», in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, 912.

<sup>26</sup> Condivisibilmente in questo senso C. MAIORCA, *op. cit.*, 662 ss. e, sulle medesime posizioni, G. BONILINI, voce «*Commistione*», in *Digesto/civ.*, III, Torino, 1988, 14 e A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1995, 831, i quali reputano che con riferimento ai beni fungibili sarebbe incongruo discorrere di unione e commistione, non venendosi mai a creare una comunione *pro indiviso*.

comunione *ab origine pro indiviso* quale effetto della confusione sarebbe la conseguenza, in questa prospettiva, della impossibilità di fornire la prova della proprietà individuale. La sottrazione di alcuni beni, pertanto, non cambierebbe la natura della comunione, che resterebbe *pro indiviso*. Su questa linea, si potrebbe forse pure argomentare sulla idoneità della sopravvenuta insufficienza delle cose a determinare il riparto delle perdite tra tutti i comunisti in proporzione delle quote di spettanza di ciascuno. Resta ciò nondimeno vero che tale effetto dovrebbe trovare la sua fonte nella disciplina della comunione. Ancora, questa linea interpretativa non potrebbe mai condurre a riconoscere la restituzione dell'intera quota in ragione del criterio della priorità temporale dell'istanza, come invece sembra concludere la Cassazione, relegando la necessità del riparto delle perdite alla ipotesi della concreta insufficienza dei beni in relazione al numero delle domande. Una tale soluzione si fonderebbe infatti sul riconoscimento della proprietà individuale che l'interpretazione riferita esclude.

La sensazione è in definitiva che la disciplina dell'unione e della commistione non sia pensata per risolvere il genere di conflitti che presenta la fattispecie esaminata dalla Cassazione, in quanto diretta anzitutto a comporre il conflitto tra più proprietari nei termini dell'individuazione dei soggetti o del soggetto cui spetta la titolarità in relazione al criterio della separabilità o inseparabilità delle cose unite o commiste.

I dubbi sulla riferibilità alla fattispecie *de qua* dell'art. 939 c.c. trovano conferma anche nella giurisprudenza formatasi prima della entrata in vigore dell'art. 91 Tub. Sebbene in ambito differente, una non recente pronuncia della stessa Cassazione, rispetto a una fattispecie avente a oggetto strumenti finanziari appartenenti a più clienti di una società fiduciaria, separati dal patrimonio della medesima società ma confusi tra loro, decise per l'inapplicabilità, in quanto *ius superveniens*, della previsione di nuova introduzione contenuta nel secondo comma dell'art. 91 Tub, limitandosi perciò ad ammettere gli istanti al passivo in concorso con gli altri creditori<sup>27</sup>. La motivazione fu fondata, tra l'altro, sulla necessità che gli strumenti fossero direttamente riferibili ai

---

<sup>27</sup> Cass., 12 settembre 2008, n. 23560, in *Nuova giur. comm.*, 2009, I, 243 ss., con nota di P. BONTEMPI, *La tutela dei fiduciari in caso di crisi delle società fiduciarie prima e dopo l'entrata in vigore della riforma dei mercati finanziari*, *ivi*, 249 ss.

rispettivi proprietari. L'azione di rivendica, per un verso, avrebbe richiesto «anche la possibilità di risolvere il potenziale conflitto tra i vari fiducianti in ordine ai beni che fanno parte del patrimonio gestito» e, per altro verso, avrebbe potuto essere proposta in via tardiva, dovendo perciò «gli organi della procedura [...] accertare che i beni rivendicati po(tessereo) essere riferiti indiscutibilmente al soggetto rivendicante». Insomma, quella Cassazione esclude che in alternativa si potesse ricorrere alla disciplina dell'unione e commistione. A monte della pronuncia c'è senza dubbio la peculiare funzione della disciplina in materia di doppia separazione patrimoniale, anzitutto volta a tutelare gli investitori in ipotesi di crisi dell'intermediario. Sicché potrebbe pure predicarsi l'eccentricità della fattispecie rispetto a quella avente a oggetto la richiesta di restituzione di beni fungibili diversi da strumenti finanziari. È nondimeno vero che anche in un ambito dove forte è avvertita l'esigenza di tutelare il creditore, l'omessa individuazione dei beni è venuta a costituire un limite all'accoglimento dell'azione di rivendica e di restituzione.

Con ciò non si vuole avallare la soluzione adottata da questa pronuncia, ma soltanto dimostrare che orientare l'interpretazione della disciplina al criterio della appartenenza rischia di rendere angusti i confini delle tutele riservate a chi oppone la proprio pretesa sulla base di un titolo antecedente alla procedura concorsuale.

##### 5. Segue: rivendica fallimentare, opponibilità e risoluzione dei conflitti tra creditori.

Si è detto che il rinvio alla disciplina della unione e commistione al fine di risolvere il conflitto tra i depositanti di moneta tradisce l'approccio dei giudici di legittimità alla soluzione della questione giuridica sottesa alla vicenda. Approccio, tutto orientato verso il criterio dell'appartenenza e non a quello della opponibilità.

L'elaborazione teorica sulla portata dell'azione *ex art. 103 l. fall* è ampia<sup>28</sup>. Nell'economia delle seguenti brevi riflessioni non si intende indugiare su di essa, ma soltanto mettere in evidenza che le diversità sottolineate in dottrina tra questa azione e la rivendica codicistica

---

<sup>28</sup> Ampiamente sul tema, L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001.

possono aiutare a impostare diversamente la risoluzione dei conflitti espressi dalla vicenda esaminata dalla Cassazione, aprendo a una differente e più ampia tutela.

I passaggi argomentativi utilizzati dai giudici di legittimità sembrerebbero sottendere il riconoscimento di un deciso accostamento tra l'azione di rivendica *ex art. 103 l. fall.* e quella codicistica. È proprio tale accostamento, d'altro canto, che conduce a guardare alla disciplina della unione e commistione. Dal diverso angolo visuale di chi nega l'opportunità di costruire la prima sulla falsariga della seconda, è stato osservato che lo scopo cui tende l'azione di rivendica in sede fallimentare è anzitutto di rendere opponibile la pretesa del terzo al fallimento, contribuendo a escludere dalla massa ciò che le è estraneo<sup>29</sup>. Su questa linea, va peraltro considerato che a seguito della riforma è oramai pacifica l'inclusione tra i legittimati ad agire *ex art. 103 l. fall.*, che a sua volta contempla anche le azioni di restituzione, pure dei titolare di diritti personali, a riprova delle finalità della rivendica fallimentare, sottoposta peraltro a un regime probatorio differente rispetto a quello previsto per la rivendica codicistica.

A questa stregua, l'accertamento della separazione dei beni dal patrimonio del fallito dovrebbe costituire il principale strumento di prova in prima battuta della non titolarità delle monete da parte dello stesso. La sottrazione di alcune delle monete dal *coveau*, perciò, diventerebbe elemento fattuale idoneo a introdurre un nuovo conflitto tra i depositanti risolvibile anche attraverso regole differenti da quella proprietaria. Ciò, laddove la ragione del conflitto è data proprio dalla insufficienza dei beni, che rende a sua volta inutile il riferimento alla regola proprietaria. In questa differente prospettiva, recuperate le specificità del contesto nell'ambito del quale è esercitata la azione di rivendica, è ben possibile addivenire a un differente bilanciamento di interessi che tenga conto degli interessi, da un lato, degli istanti e, dall'altro, anche dei restanti creditori.

---

<sup>29</sup> L. SALAMONE, *Il ruolo della grandezza numerica nella opponibilità della gestione di beni fungibili ai creditori del gestore*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 568 ss., ma già in *La Cassazione fa un passo avanti rispetto alla giurisprudenza consolidata in materia di rivendicazione fallimentare (art. 103 l. fall.) di quantità di fungibili non individuati*, cit., 150 ss.; M. COSSU, *Principio di separatezza nella gestione di portafogli di investimento e insolvenza della S.i.m.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 606 ss.

La soluzione adottata dal Tribunale riprodurrebbe il bilanciamento introdotto dall'art. 91, comma 2 TUB. Al riguardo va subito detto che le previsioni contenute in questo articolo vanno coordinate con quelle di cui all'art. 22 Tuf, che sanciscono il principio della doppia separazione tra il patrimonio dell'intermediario e dei cliente e tra i patrimoni dei cliente. L'ambito di applicazione di tale disciplina è dato dalla liquidazione coatta amministrativa dell'intermediario finanziario e il relativo scopo è di assicurare una maggiore tutela dell'investitore nell'ipotesi di crisi della società di investimento. Con il principio della doppia separazione si è dato ingresso nell'ordinamento a un criterio formale di imputazione della situazione giuridica, di là dalla sua qualificazione in termini di proprietà, assicurando una tutela reale al suo titolare, garantendo perciò l'opponibilità della pretesa<sup>30</sup>. La sua introduzione ha costituito una novità per il sistema, rafforzando la tutela offerta dall'art. 1707 c.c.<sup>31</sup>.

Sul piano funzionale, l'art. 91 Tuf è norma anzitutto deputata a risolvere il conflitto tra i creditori dell'intermediario, tra i quali ci sono anche quelli che vantano una pretesa sui beni nella disponibilità del soggetto messo in liquidazione<sup>32</sup>. È pertanto norma assai differente da quella espressa dalla disposizione contenuta nell'art. 939, comma 1, c.c.: regola proprietaria, intesa a risolvere un conflitto tra proprietari di beni che si sono uniti o commisti<sup>33</sup>. Senza dubbio sarebbe un non senso predicare la necessaria riferibilità della cosa fungibile al singolo proprietario ove i beni costituenti la massa separata fossero sotto il profilo quantitativo esattamente quelli che si sono confusi e per questo soltanto mettere in non cale il criterio espresso dalla disciplina della

---

<sup>30</sup> In argomento anche M. COSSU, *op. cit.*, 606 ss.

<sup>31</sup> G. OPPO, *Mandato ad acquistare azioni versate alla Monte Titoli e fallimento del mandatario*, in *Riv. dir. impr.*, 1991, 21 ss.

<sup>32</sup> La logica sottostante a questa previsione è dunque assai diversa da quella che caratterizza la disposizione contenuta nell'art. 939 c.c., non foss'altro perché quest'ultimo compone un conflitto tra proprietari, mentre l'art. 91 Tub risolve anzitutto un conflitto tra creditori, assicurando ad alcuni di questi, che vantano un titolo idoneo a riferire il bene direttamente al relativo patrimonio, l'opponibilità delle proprie ragioni alla procedura concorsuale. E il segno di questa diversità sta proprio nella inclusione nell'ambito applicativo dell'art. 91 Tub dell'ipotesi in cui i beni separati non siano sufficienti a soddisfare tutte le pretese dei clienti.

<sup>33</sup> Cfr., tuttavia, S. FORTUNATO, *sub. art. 91*, in *Comm. t.u.b. Capriglione*, Padova, 2018, 1231.

unione e commistione. La ragione di fondo della relativa inapplicabilità resta infatti l'estraneità della vicenda al sua stessa area di inferenza. Ma tale estraneità risulta viepiù evidente nell'ipotesi di segno contrario; ossia, qualora tale corrispondenza non sussista.

Nel loro essere collegate all'art. 22 Tuf, le norme contenute nell'art. 91 Tub hanno senza dubbio carattere speciale. Non sembra però che abbiano anche carattere eccezionale. Considerato che con il principio della doppia separazione patrimoniale si introducono regole contabili in grado di rappresentare criteri formali di imputazione, sì da superare le molte difficoltà di prova della titolarità cui i clienti delle società di intermediazione andavano incontro nel passato, va tenuto in debito conto la circostanza che a queste norme è affidato soltanto il compito di assegnare rilevanza alla imputazione formale ai fini della opponibilità della pretesa creditoria nei confronti della procedura concorsuale.

Dell'art. 91 Tub, la soluzione del Tribunale prende a prestito il secondo comma. Ove la doppia separazione sia rispettata soltanto parzialmente, ferma restando l'esistenza di un criterio di imputazione della massa dei titoli ai clienti dell'intermediario, la disposizione ivi contenuta colloca il rischio di distrazione in capo a tutti i clienti titolari dei titoli separati, stabilendo che la restituzione debba avere luogo sul relativo valore in proporzione dei rispettivi diritti<sup>34</sup>. La tutela si fonda sul principio di proporzionalità, introducendo una modalità di composizione del conflitto che non sembra esprimere, anche in questa ipotesi, alcun carattere di eccezionalità<sup>35</sup>. Assodata l'estraneità della massa dei beni al patrimonio della fallita, la disposizione fissa un criterio che non impatta sulla *par condicio creditorum*, restando la sua operatività confinata al patrimonio separato, e che al contempo risponde a esigenze di equità nella sistemazione dei rapporti tra creditori estranei al concorso, tenendo nella dovuta considerazione anche i restanti aventi causa. In questi termini, esprime un principio generale non rigidamente ascrivito alla logica del contesto specifico, la liquidazione coatta amministrativa, ma estensibile ben al di là del suo ambito applicativo a

---

<sup>34</sup> In giurisprudenza, per tutte Cass., 12 settembre 2008, n. 23560, reperibile in *www.dejure.it*. Cfr. anche Cass., 21 maggio 1999, n. 4943, in *Società*, 1999, 1330 ss., con nota di R. RORDORF, *Separazione patrimoniale ed azione di responsabilità nelle società fiduciarie*.

<sup>35</sup> In questo senso sembra anche A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 101 ss.

contesti analoghi. La scelta di ripartire il rischio della distrazione dei beni è il portato esattamente dell'accoglimento di una logica opposta a quella fondata sul criterio dell'appartenenza e tiene conto della complessità della procedura sotto il profilo degli interessi coinvolti, restituendo una soluzione che, nell'aprire a una possibile attrazione della porzione dei beni non richiesti in restituzione al concorso con gli altri creditori, fonda un bilanciamento degli interessi coinvolti coerente anche con le peculiarità dell'azione di rivendica *ex art. 103 l. fall.*