

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2023

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, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, 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 PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

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

TRIBUNALE di Tempio Pausania, Sezione Prima, 13 aprile 2022 –
Tribunale in composizione monocratica nella persona del Giudice
dott.ssa C. Marino – Fallimento T.S. c. Intesa Sanpaolo S.p.a.

**Fallimento – Atti pregiudizievoli ai creditori – Azione revocatoria
fallimentare – Pegno su titoli di credito – Pegno regolare –
Escussione – Revocabilità**

(L. fall., art. 53, art. 67; Cod. civ., art. 1851, art. 2784)

L'operazione di escussione di pegno su titoli di credito è assoggettabile a revocatoria fallimentare qualora le parti non abbiano espressamente conferito al creditore il diritto di disposizione immediata sul bene oggetto di garanzia; elemento, questo, determinante ai fini della configurabilità del pegno irregolare. Le facoltà attribuite alla banca nell'ambito della regolamentazione contrattuale che non implicino tale diritto sono da intendersi meramente specifiche della modalità attraverso la quale può trovare attuazione coattiva la tutela del creditore pignoratizio.

(*Omissis*). Motivi della decisione. – (*Omissis*). La domanda merita accoglimento e quindi l'operazione bancaria deve essere dichiarata inefficace ai sensi dell'art. 67 comma 2 l.f.

La tematica della qualificazione del pegno deve essere risolta secondo i principi enunciati in ultimo da Cassazione n. 8923/2021 che afferma che «va richiamata la condivisibile giurisprudenza di questa Corte in base alla quale “nella figura del pegno irregolare di titoli di credito – caratterizzata dal conferimento alla banca della facoltà di disporre, con obbligo di restituire la parte eccedente l'ammontare delle sue ragioni (di tal che il soddisfacimento della banca non abbisogna di alienazione od assegnazione dell'oggetto del pegno, ma si realizza automaticamente e direttamente mediante la conservazione di quella titolarità, con un sistema di compensazione – sostituzione del credito garantito con il credito rappresentato dai titoli, e con il dovere di restituzione dell'eccedenza) – non è riconducibile la consegna di titoli di credito accompagnata da accordi rivolti a disciplinare i poteri ed i compiti della banca al fine della cessione a terzi dei titoli stessi in caso di inadempimento del debitore, giacché tali previsioni

indipendentemente dalla circostanza che abbiano un contenuto riproduttivo degli artt. 2796 e 2797 cod. civ. in tema di vendita della cosa ricevuta in pegno regolare, ovvero introducano legittime modifiche convenzionali alla disciplina di legge, sono radicalmente incompatibili con l'indicato passaggio della titolarità (necessariamente indicante piena disponibilità), mentre si armonizzano soltanto con i connotati del pegno regolare, nel quale il creditore non si soddisfa trattenendo il bene già a lui trasferito, ma deve custodirlo in attesa dell'adempimento, e restituirlo, se questo si verifici, potendo altrimenti soltanto richiedere la vendita o l'assegnazione».

Ora, la fattispecie oggetto di causa deve essere qualificata quale pegno regolare proprio perché l'art. 6 del contratto prevede la consegna di titoli di credito accompagnata da accordi rivolti a disciplinare i poteri ed i compiti della banca al fine della cessione a terzi dei titoli stessi in caso di inadempimento del debitore.

Come correttamente affermato dal Fallimento «trattasi di un'ipotesi di pegno regolare, in quanto la facoltà indicata in contratto [...] non può intendersi come attribuzione del diritto di disposizione del titolo vincolato a pegno, ma una mera modalità attraverso la quale può trovare attuazione coattiva la tutela del creditore, e una volta ottenuta la vendita coatta deve rimborsare l'ammontare alla curatela ed insinuarsi al passivo per far valere il credito in via privilegiata.

[...] Con il contratto costitutivo del pegno la società (fallita) non ha trasferito la proprietà dei titoli a favore della Banca convenuta, la quale infatti non poteva disporre immediatamente, ma solo in caso di inadempimento delle obbligazioni garantite, nel qual caso la Banca poteva esclusivamente vendere i titoli con le modalità concordate».

Afferma infatti la Cassazione (Ordinanza n. 2218 del 25/01/2022 Rv. 663950) che «ai fini della revoca della vendita di propri beni effettuata dall'imprenditore, poi fallito entro un anno, ai sensi dell'art. 67, comma 2 l.fall. (nel testo originario, applicabile *ratione temporis*), l'*eventus damni* è *in re ipsa*, e consiste nel fatto stesso della lesione della *par condicio creditorum*, ricollegabile – per presunzione legale assoluta – all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione; pertanto, grava sul curatore il solo onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente; mentre la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato (eventualmente anche

garantito, come – nella specie – da ipoteca fondiaria gravante sull'immobile compravenduto) non esclude la possibile lesione della *par condicio*, né fa venir meno l'interesse all'azione da parte del curatore, poiché è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria potrebbero in tesi insinuarsi».

A ciò consegue che la rimessa in conto corrente bancario effettuata con denaro proveniente dalla vendita di un bene costituito in pegno ormai consolidatosi a favore della banca è revocabile, ai sensi dell'art. 67 l.f., non assumendo alcun rilievo la circostanza che il ricavato della vendita sia destinato a soddisfare un creditore privilegiato.

Sussiste l'elemento soggettivo della conoscenza dello stato di insolvenza della banca, non oggetto di contestazione specifica da parte della stessa in ragione di quanto affermato dal Fallimento, ossia che al momento dell'escussione del pegno, un mese prima della dichiarazione di fallimento, l'istituto bancario quale operatore qualificato non poteva non essere consapevole della gravità della situazione economica.

(Omissis).

La declaratoria deve essere pronunciata nei confronti di Intesa Sanpaolo.

Non può infatti essere accolta la richiesta di Penelope di estromissione di Intesa Sanpaolo, richiesta a cui si è opposta la Curatela.

(Omissis).

Non sussistendo le condizioni previste dall'art. 111 comma 3 c.p.c., non essendovi il consenso delle altre parti, la sentenza deve essere pronunciata nei confronti della sola Intesa Sanpaolo, e fa stato nei confronti della Penelope secondo il disposto del citato articolo.

(Omissis).

Il rapporto tra il pegno e l'apertura del fallimento. Notazioni su revocabilità dell'escussione e *par condicio creditorum*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Sulla natura giuridica del pegno di titoli di credito. – 3. Danno *in re ipsa* e tutela dei creditori concorsuali. – 4. La *scientia decoctionis*.

1. Il caso

La fattispecie oggetto del provvedimento in annotazione si segnala per la sua rilevanza in riferimento all'ormai nota problematica della qualificazione del pegno su titoli di credito¹.

La vicenda processuale può essere sintetizzata nei termini di seguito specificati. In pendenza di procedura fallimentare dinanzi al Tribunale di Tempio Pausania, la curatela della Società fallita promuoveva l'azione revocatoria ai sensi dell'articolo 67 l. fall., chiedendo al Giudice di dichiarare l'inefficacia, nei confronti del fallimento, dell'operazione di escussione di pegno su titoli costituito in favore della Banca, dalla stessa effettuata mediante rimessa in conto corrente della somma ricavata dalla vendita dei titoli.

Il Tribunale adito si soffermava, dapprima, sulla distinzione tra pegno regolare e irregolare, illustrando le rispettive modalità di esercizio coattivo delle pretese del creditore nelle due fattispecie.

Nel caso di specie, il pegno veniva qualificato come regolare e, conseguentemente, veniva dichiarata l'inefficacia dell'operazione di escussione nei confronti della curatela fallimentare, non essendo stati

¹ In argomento v., senza pretesa di esaustività, S. PACCHI PESUCCI, «Par condicio creditorum», *revocatorie fallimentari e garanzie prestate dal fallito*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 13 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Tratt. Sacco*, 5 – *I diritti reali*, Milano-Torino, 2005, 179 ss. e 351 ss.; F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, II, in *Trattato dei contratti*, P. Rescigno – E. Gabrielli (diretto da), 5, Torino, 2006, 1192 ss.; B. CUSATO, *Il pegno*, Milano, 2006, *passim*; A.I. NATALI, *Il pegno*, in *Garanzie reali e personali*, R. Clarizia (a cura di), Padova, 2011, 3 ss.; M. NATALE, *Sulla distinzione tra pegno regolare e irregolare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 491 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2014, 359 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Le garanzie dell'obbligazione*, A. Chianale (a cura di), Milano, 2015, 89 ss.; A.G. DIANA, *Il sistema delle garanzie del credito*, Padova, 2018, 390 ss.

ritenuti leciti i meccanismi compensativi del proprio credito, nel quale l'escussione si concretava.

La sentenza offre lo spunto per condensare gli approdi giurisprudenziali in materia di pegno su titoli di credito, nonché per meditare sull'*eventus damni* nell'ambito dell'azione revocatoria fallimentare (oggi azione revocatoria nella liquidazione giudiziale).

2. Sulla natura giuridica del pegno di titoli di credito.

Il pegno (art. 2784 c.c.), come noto, è un diritto reale di garanzia che attribuisce al creditore il titolo a ottenere il pagamento con prelazione sul bene o sul titolo vincolato.

Mediante il pegno, la *res* rimane vincolata al soddisfacimento del creditore², il quale, in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita, può soddisfarsi sul ricavato della vendita del bene o del titolo in via prioritaria rispetto agli altri creditori.

In materia di pegno, si suole distinguere tra pegno regolare e irregolare; la differenza è legata alla circostanza che nella prima fattispecie l'assetto della garanzia assume i suoi elementi tipici, vale a dire che ha ad oggetto beni (in questo caso, titoli) individuabili, la cui disponibilità non passa sotto il controllo del creditore. Ciò comporta che quest'ultimo non può in nessun caso disporre delle cose ricevute – soggette, invece, a custodia – e alla scadenza del contratto deve restituire esattamente quanto gli era stato consegnato.

Di norma, dunque, il pegno regolare ha ad oggetto beni infungibili, mentre il pegno irregolare se ne differenzia in quanto le somme di denaro o i titoli depositati presso il creditore diventano di proprietà del medesimo³; sicché, in caso di inadempimento del debitore, il creditore

² Soddisfacimento che, nell'ipotesi di pegno regolare, è mediato rispetto all'oggetto della garanzia – unica funzione dell'apposizione del vincolo. Al creditore, dunque, non viene attribuita la facoltà di usare o disporre della cosa: i suoi poteri sono simili a quelli di un depositario. In argomento, cfr. A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, 494.

³ Il carattere fungibile dei beni oggetto di pegno irregolare renderebbe impossibile una reale distinzione tra beni pignorati e il *tantundem* da restituire, così creando confusione e inscindibilità tra gli stessi. In tal senso, cfr. S.F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 98 ss. Sulla dottrina formatasi intorno alla fattispecie in esame, cfr.: A. PAVONE LA ROSA, *L'anticipazione bancaria nella disciplina del nuovo cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 81 ss.; ID., *Apertura*

è tenuto soltanto a restituire l'eventuale eccedenza dei titoli rispetto alle somme garantite⁴. A tal proposito giova richiamare una puntualizzazione della Suprema Corte, la quale, con riguardo all'azione revocatoria contro l'escussione del pegno costituito su saldo del deposito bancario del debitore soggetto a procedura fallimentare, avvertiva come «comunemente si insegna che il pegno irregolare sfugge al divieto di patto commissorio, giacché la proprietà del bene è acquisita al creditore non a causa del mancato pagamento del debito ma a causa della fungibilità dell'oggetto o della attribuzione della facoltà di disporre»⁵.

Con specifico riguardo al pegno su titoli di credito, si desume dall'articolo 1851 c.c. che l'irregolarità del pegno può derivare dalla fungibilità pattizia dei beni pignorati, ossia dalla facoltà attribuita alle parti di accordarsi su eventuali poteri dispositivi da attribuire al creditore sui beni⁶.

In sostanza, l'irregolarità del pegno può derivare sia dalla fungibilità dei beni vincolati – le cui unità sono indistinguibili e, pertanto, intercambiabili – sia da una specifica disposizione convenuta dalle parti, la quale, in sede contrattuale, conferisca al creditore la piena disposizione della *res* oggetto di pegno.

In relazione all'ipotesi di pegno regolare, al contrario, le clausole contrattuali non possono attribuire poteri e facoltà che vadano al di là della funzione di garanzia: per tale motivo il creditore non ha la facoltà

di credito garantita da pegno e anticipazione bancaria, in *Le operazioni bancarie*, G.B. Portale (a cura di), 2, Milano, 1978, 569 ss.; M. PORZIO, *L'anticipazione bancaria*, Napoli, 1964, 161 ss.; M. BOUCHÈ, *In materia di pegno irregolare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1978, II, 419 ss.; P. MARANO, *Pegno bancario e fallimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, I, 148 ss.; G.M.G. PRESTI, *Il pegno irregolare: profili ricostruttivi e disciplina fallimentare*, in *Le garanzie nel credito alle imprese*, L. Caprio – G. Presti (a cura di), Torino, 2001, 219 ss.; S. PALUMMO, *Pegno irregolare e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2004, 383.

⁴ Cass., 3 ottobre 2018, n. 24137, in *Giust. civ. Mass.*

⁵ Cass., 8 agosto 2016, n. 16618, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 189 ss., con nota di R. VIGO, *Azione revocatoria fallimentare contro l'escussione del pegno costituito sul saldo del deposito bancario del fallito. Un approccio all' art. 1851 c.c.*

⁶ In caso di pegno irregolare, il creditore acquisisce la disponibilità (*i.e.*, la proprietà) dell'oggetto del pegno. Cfr. A. DALMARTELLO, *Pegno irregolare*, in *Novissimo Dig.*, XII, Torino, 1965, 800; ID., *Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1950, I, 315 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 3 ottobre 2018, n. 24137, cit.; Cass., 8 agosto 2016, n. 16618, cit.

di usare o disporre della cosa (articolo 2792 c.c.)⁷. In altre parole, si è nell'ambito del pegno regolare se il debitore, a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione, concede al creditore una soddisfazione indiretta sull'oggetto del pegno, vincolandolo – cioè – a una previa richiesta di pagamento⁸.

All'esito delle considerazioni svolte, non può dunque sfuggire che l'elemento di discriminazione tra le due fattispecie è proprio il conferimento del potere dispositivo in favore del creditore⁹, così come cristallizzato nel contratto.

La natura giuridica del pegno irregolare comporta che le somme di denaro o i titoli depositati presso il creditore diventano di proprietà di quest'ultimo, il quale ha, pertanto, il diritto di soddisfarsi in via diretta sulla *res*, al di fuori del concorso con gli altri eventuali creditori. In tale tipo di pegno, dunque, il creditore acquisisce sin da subito la titolarità della somma portata dal titolo o dal documento¹⁰; somma che dovrà essere restituita al momento dell'adempimento, o, in caso di inadempimento, dovrà essere rimborsata unicamente per la parte eccedente rispetto all'ammontare del credito garantito.

Proprio in ragione di queste due peculiari caratteristiche – l'effetto traslativo del titolo e il meccanismo di auto-soddisfacimento concesso al creditore – dottrina e giurisprudenza si sono adoperate per dare collocazione sistematica all'istituto¹¹. In letteratura è stata dapprima elaborata la tesi della *causa solvendi*, che individuava nel pegno irregolare «una funzione sostanzialmente solutoria»¹², avente lo scopo di estinguere il debito che è destinato a garantire, attraverso una *datio*

⁷ Sulle conseguenze del divieto in esame, v. A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 494.

⁸ Cfr. Cass., 16 giugno 2005, n. 12964, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 162.

⁹ Come peraltro è stato posto in evidenza da Cass., 10 febbraio 2015, n. 2479, in *Diritto e giustizia*, 2015, 128 ss., con nota di G. TARANTINO, *Il creditore non può trattenere i beni dati in garanzia in caso di inadempimento del debitore*.

¹⁰ Si ricorda che in caso di pegno di titoli di credito, non è necessaria la notifica della costituzione o dell'accettazione, dal momento che il vincolo pignoratorio viene costituito attraverso la consegna del titolo e lo spossessamento del debitore: cfr. Cass., 25 marzo 2009, n. 7214, in *ilCaso.it*.

¹¹ Per una disamina sui diversi orientamenti succedutisi, v. A. DELL'OSSO, *Pegno irregolare e (non necessità della) insinuazione al fallimento del debitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, 510 ss.

¹² *Ivi*, 512.

in solutum risolutivamente condizionata all'esatto adempimento dell'obbligazione principale. L'adempimento, dunque, renderebbe priva di causa la *datio in solutum* anticipata – sostanzialmente versata a titolo di cauzione o, «deposito cauzionale»¹³ – rendendo così possibile la restituzione dell'indebito.

Le critiche sollevate¹⁴ intorno a tale tesi, hanno portato la dottrina a elaborare la teoria della *causa credendi*, secondo la quale i beni oggetto di pegno costituirebbero un controcredito del debitore, avente scadenza al momento della scadenza della prestazione principale e che si estinguerebbe secondo il meccanismo a carattere soddisfattorio tipico della compensazione¹⁵.

Nondimeno, anche tale tesi presenta delle criticità, poiché sebbene essa presenti il vantaggio di rafforzare la posizione del creditore, occorre riconoscere che «il controcredito non costituisce la causa, ma solo un effetto del pegno irregolare»; in tale prospettiva, l'operazione assume più i caratteri di una funzione *latu sensu* finanziaria che di garanzia, che ne rappresenta la funzione tipica¹⁶.

In una diversa ottica, il più recente orientamento dottrinale individua nel pegno irregolare la medesima finalità che si realizza attraverso l'esecuzione forzata: l'escussione della garanzia, difatti, ha il precipuo scopo di evitare l'azionamento di atti esecutivi in danno del debitore inadempiente¹⁷.

¹³ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 497-498.

¹⁴ La posizione avversa degli interpreti era stata determinata dalla considerazione che la tesi in esame «non porrebbe in risalto l'esistenza di due rapporti obbligatori, uno principale ed uno accessorio di garanzia, che ha ragion d'essere e di produrre effetti proprio in quanto connesso alla prestazione principale e la cui funzione tipica viene meno se si estingue sul nascere l'obbligazione fondamentale». Cfr. A. DELL'OSSO, *Pegno irregolare e (non necessità della) insinuazione al fallimento del debitore*, cit., 513.

¹⁵ V. Trib. Sondrio, 4 giugno 2021, n. 197, in *Riv. not.*, 2022, 262 ss., con nota di G. MARINO, *Pegno irregolare di titoli di credito e contratti di garanzia finanziaria*.

¹⁶ A. DELL'OSSO, *Pegno irregolare e (non necessità della) insinuazione al fallimento del debitore*, cit., 513. Su una generale distinzione tra funzione solutoria e funzione di garanzia, v. G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, Art. 67, in *Comm. Scialoja Branca. Legge fallimentare*, Bologna-Roma, 2002, 110-111.

¹⁷ Cfr. S. GATTI, *Pegno irregolare e fallimento del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 112.

Ciò posto in termini astratti, nel caso di specie la natura di pegno irregolare è stata esclusa proprio in ragione della previsione della possibilità per la Banca di vendere i titoli costituiti in pegno soltanto in caso di inadempimento della correntista¹⁸. Siffatta facoltà non può essere riconosciuta come attribuzione di un diritto dispositivo correlato alla titolarità del titolo vincolato, ma deve intendersi quale mera modalità attraverso la quale può trovare attuazione coattiva la tutela del creditore pignoratizio.

3. *Danno in re ipsa e tutela dei creditori concorsuali*

Il pegno, essendo posto a garanzia di un diritto di credito, è destinato ad assumere particolare rilievo nel contesto del fallimento (oggi liquidazione giudiziale), proprio in virtù del conflitto che naturalmente si instaura tra creditori concorrenti.

Una volta chiarita la natura del pegno, l'analisi del problema involge ora il comportamento del creditore che sia munito di tale garanzia nel contesto della procedura concorsuale. In proposito va rilevato che qualora il pegno sia qualificato come regolare e non si presti dunque al meccanismo compensativo, l'eventuale ritenzione delle somme derivanti dall'escussione posta in essere dal creditore pignoratizio, comporta la lesione all'interesse del ceto creditorio.

Come è stato osservato da autorevole dottrina¹⁹, la *ratio* della revocatoria fallimentare è da rinvenirsi in un «generico disvalore dell'atto», cui fa seguito una condotta sanzionatoria nei confronti del creditore pignoratizio che abbia arrecato nocimento al resto del ceto creditorio, attraverso un atto a titolo gratuito, o a causa di una particolare anomalia cronologica del pagamento o – in ogni caso – nella «maggiore o minore scorrettezza della condotta (articoli 66 e 67 l. fall.), e in qualsivoglia altro elemento [...] che sia stato preso in considerazione dal legislatore per inasprire la disciplina di diritto comune o per disporre un'esonazione dalla revoca». Segnatamente, tale danno si manifesta nella violazione della *par condicio creditorum* per

¹⁸ Di cui alla menzionata clausola n. 6 del contratto – v. *supra*.

¹⁹ G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, cit., 3.

non aver rispettato la scansione temporale del pagamento così come preveduta dalla legge²⁰.

Si coglie, a tal proposito, l'occasione per menzionare le due principali teorie affermatesi in letteratura circa il danno provocato dal creditore pignoratizio al momento dell'escussione della garanzia, l'importanza delle quali non consente di esimersi da qualche – seppur sommaria – osservazione. Il riferimento è, *in primis*, alla teoria indennitaria²¹, secondo la quale la revocatoria fallimentare presupporrebbe un concreto e determinabile danno causato al patrimonio del fallito dall'atto impugnato; sicché l'azione sarebbe finalizzata alla rimozione dello stesso.

Secondo la teoria anti-indennitaria (cd. redistributiva), per converso, il danno alla massa sarebbe da ravvisarsi *in re ipsa*, poichè consisterebbe nella lesione della *par condicio creditorum*. I fautori di tale tesi²² sostengono, invero, che il rimedio prescinde dal carattere dannoso dell'atto impugnato: il suo scopo è rendere partecipi della perdita connessa alla condizione di dissesto i creditori che abbiano

²⁰ Per una disamina sulla revocatoria, v., *ex multis*, A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, *passim*; ID., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1986, 162 ss.; A. JORIO, *La crisi di impresa*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000, 413 ss.; S. AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, 2000, 92 ss.; L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema della protezione dei diritti dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 69 ss.; G. TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2010, 10 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., vol. IV, 952 ss.

²¹ Sulla tesi indennitaria, v., senza pretesa di esaustività, G.G. AULETTA, *Revocatoria civile e fallimentare*, Milano, 1939, 129; F. FERRARA JR, *Il fallimento*, Milano, 1959, 290 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, 1960, 128; F. CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965, 140 ss.; M. LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria una replica ed un'autocritica*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 109; F. FERRARA JR – A. BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, 401 ss.; P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, 292.

²² A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 120 ss. e 210 ss.; ID., *La funzione della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 362 ss.; E. BORSELLI, *Il danno nell'azione revocatoria e nella revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1972, 143; F. D'ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti nel fallimento*, Milano, 1972, *passim*; M. MONTANARI, *Profili della revocatoria fallimentare dei pagamenti*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1984, 68; in giurisprudenza, v. Cass., 11 novembre 2003, n. 16195, in *Arch. civ.*, 2004, 927; Cass., 19 dicembre 2012, n. 23430, in *Fall.*, 2013, 996.

beneficiario di prestazioni da parte del fallito durante il cd. periodo sospetto, al pari di coloro i quali siano rimasti insoddisfatti alla data di apertura della procedura.

Ebbene, la pronuncia oggetto di annotazione si pone nel tracciato dell'orientamento espresso dalla Suprema Corte nella sua più autorevole composizione²³, la quale, prendendo espressamente posizione a favore della teoria anti-indennitaria, aveva affermato che, in modo analogo rispetto agli altri atti dispositivi assoggettabili a revocatoria, la lesione valutabile nell'ipotesi di soddisfazione *extra-concorso* del creditore privilegiato deriva proprio dalla fuoriuscita del bene dall'attivo, e, dunque, dalla violazione della *par condicio creditorum*²⁴. Segnatamente – come ribadito anche dalla successiva giurisprudenza di legittimità²⁵ – la lesione in questione configura un *danno in re ipsa*.

²³ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1466 ss., con nota di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Oggettivazione dell'azione revocatoria fallimentare e sicurezza dei traffici*; in *Giur. it.*, 2006, 1627 ss., con nota di F. IOZZO, *Danno e revocatoria: le Sezioni unite tra «vecchio» e «nuovo» diritto*; in *Riv. not.*, 2006, 1338 ss., con nota di N. PETRONE, *Il danno nell'azione revocatoria fallimentare alla luce del giudizio delle Sezioni unite della Cassazione e della Riforma della legge fallimentare*; in *Fall.*, 2006, 1133 ss., con nota di A. PATTI, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le Sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*; in *Giur. comm.*, 2007, II, 567 ss., con nota di G. GUERRIERI, *Le Sezioni Unite riconoscono la funzione distributiva della revocatoria fallimentare, ma il legislatore la...mette in crisi*.

²⁴ «Ai fini della revoca della vendita di propri beni effettuata dall'imprenditore, poi fallito entro un anno, ai sensi dell'art. 67 l. fall., comma 2, l'“eventus damni” è “in re ipsa” e consiste nel fatto stesso della “par condicio creditorum”, ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione. Per cui grava, in tal senso, sul curatore, il solo onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente, mentre la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato (eventualmente anche garantito, come nella specie [...]) non esclude la possibile lesione della “par condicio”, né fa venir meno l'interesse all'azione da parte del curatore, poiché è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria potrebbero in tesi insinuarsi».

²⁵ Cass., 26 febbraio 2010, n. 4785, cit.; Cass., 17 dicembre 2010, n. 25571, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 12, 1619; Cass., 25 gennaio 2022, n. 2218, in *DeJure*.

Tale interpretazione porta a concludere che, se la Società che ha costituito un pegno qualificabile come regolare fallisce, la Banca sarà necessariamente tenuta ad insinuarsi al passivo, non potendo operare la compensazione prevista nell'ipotesi avversa²⁶.

In tal senso, in relazione alla revocabilità del pegno, non assume rilievo la circostanza che la Banca sia un creditore privilegiato. Solo in una fase successiva il debitore ha la possibilità di beneficiare della procedura di cui all'articolo 53 l. fall. – norma che dispone, in favore del creditore pignoratizio, la possibilità di derogare alla regola del c.d. concorso sostanziale, prevista dal precedente articolo 51²⁷, una volta che il credito venga ammesso al passivo²⁸ con prelazione²⁹.

Da una lettura superficiale, ci si potrebbe dunque chiedere se il procedimento di ammissione al passivo e l'autorizzazione alla vendita non appesantiscano, piuttosto, l'intera procedura, dal momento che la somma ricavata dalla vendita del bene oggetto di pegno è pur sempre vincolata al pagamento preferenziale del creditore pignoratizio.

Orbene, al riguardo, le considerazioni finora svolte portano ad escludere una simile conclusione. In tale prospettiva, ben si colloca la tesi di chi sostiene che tali fasi sono funzionali non tanto alla riscossione del credito in sé, quanto alla vendita dei titoli oggetto di garanzia e alla

²⁶ Come era già stato precisato da Cass., Sez. Un., 14 maggio 2001, n. 202, in *Dir. fall.*, 2001, 1169 ss., con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, *Pegno irregolare e ingiunzione. Il caso è chiuso*; in *Fall.*, 2001, 1239 ss., con nota di L. PANZANI, *Pegno irregolare e insinuazione al passivo*; in *Corr. giur.*, 2002, 91 ss., con nota di R. DABORMIDA, *Risolto dalle Sezioni Unite il conflitto in tema di pegno irregolare*; in *Giur. it.*, 2002, con nota di S. SANZO, *Pegno irregolare e procedure concorsuali: le Sezioni Unite dirimono un contrasto, ma, forse, non sciolgono i dubbi*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, II, 648 ss., con nota di M.C. LUPACCHINO, *Il pegno irregolare al vaglio delle Sezioni unite*.

²⁷ Il riferimento è alla deroga al principio del concorso c.d. sostanziale dei creditori. In argomento, si rimanda a S. BONFATTI, *L'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento, Trattato*, (diretto da) G. Ragusa Maggiore – G. Costa, Torino, 1997, 161 ss.

²⁸ La verifica preliminare ha ad oggetto i requisiti di validità del pegno nonché l'osservanza delle condizioni di efficacia della prelazione di cui agli artt. 2787, 2800 (e 2806 – per il pegno di diritti diversi da crediti) c.c. Il soddisfacimento anticipato del creditore pignoratizio è in ogni caso sottoposto alla verifica endoconcorsuale del credito, onde tutelare gli interessi dei creditori concorrenti.

²⁹ Cfr. S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 183 s.; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, 1974, 929.

legittimazione del creditore a compensare, nelle more della procedura, il proprio credito garantito con il debito sorto al momento della stipula del contratto di pegno³⁰.

Peraltro, la complessità degli interessi in gioco evoca l'esigenza di trasparenza nell'ambito della procedura. Esigenza che appare, del resto, ancor più evidente se si presta attenzione alla necessità di garantire il contraddittorio tra i creditori concorrenti nella fase di ammissione dei crediti alla massa, nonché lo svolgimento ordinato della procedura, che dev'essere necessariamente affidata a un soggetto terzo quale il curatore.

La regola che impone il rispetto di questa prima fase di verifica formale dei crediti da ammettere alla procedura appare inoltre conforme all'esigenza di accertare accuratamente la gerarchia tra i crediti privilegiati. Difatti, è bene precisare a tal proposito che la natura privilegiata del credito non fa venir meno l'interesse del curatore all'esercizio dell'azione. Invero, se, com'è noto, il pegno è destinato a prevalere sui privilegi speciali mobiliari indipendentemente dal momento in cui è sorto (*ex art. 2748, comma 1 c.c.*), bisogna comunque tenere in considerazione che è la stessa disposizione di legge ad ammettere deroghe a tale principio, come, ad esempio, quella riguardante il regime delle spese di giustizia di cui all'articolo 2777, comma 1 c.c.

Se, dunque, in presenza di un contratto di pegno regolare, la banca dovesse ritenere di soddisfarsi direttamente, e preventivamente, sui titoli oggetto di garanzia, in seguito alla dichiarazione di fallimento l'operazione di escussione sarebbe di certo revocabile *ex* articolo 67 l. fall.

³⁰ Cfr. F. MASTROPAOLO, P. DE VECCHIS e E.M. MASTROPAOLO, *Contratti di garanzia reale mediante pegno di beni mobili, di crediti, di moneta, di azienda*, in *I contratti di garanzia*, cit., 1281: «Il pegno di crediti e di altri diritti è, prima della scadenza di un debito, per la sicurezza che ne riceve il creditore, sempre da catalogare tra le garanzie. Esso è *simile* ad una cessione *pro solvendo* di un credito, proprio di un debitore (o di un terzo concedente a suo favore), al suo creditore, condizionata sospensivamente al suo inadempimento, ma comunque il debitore del credito ceduto in pegno può opporre al creditore pignoratizio le eccezioni (personali) che gli spetterebbero contro il proprio creditore; si attua dunque una *sostituzione* che permette al creditore pignoratizio di subentrare al suo debitore (o al terzo, concedentegli il pegno) *nell'esercizio* del diritto di credito di quest'ultimo».

Sicché, in applicazione dell’ormai costante giurisprudenza di legittimità³¹, a fronte del fallimento del debitore, il creditore pignoratorio non acquisirà la somma portata dal titolo, ma dovrà insinuarsi al passivo per far valere il credito in via privilegiata e, una volta ottenutane la vendita coatta, trasferire il ricavato alla curatela.

In merito a tale profilo, appare il caso di osservare come una volta revocato l’atto di escussione effettuato del creditore pignoratorio, la Banca ha diritto a beneficiare, in sede fallimentare, delle medesime garanzie che assistevano la propria pretesa creditoria³², purché naturalmente non vengano accertate situazioni patologiche, di per sé idonee a far dichiarare l’inefficacia a monte dell’atto costitutivo della garanzia. Invero, in adesione alla teoria anti-indennitaria, il pagamento “anticipato” di un creditore pignoratorio è di certo revocabile indipendentemente dalla sorte dell’atto costitutivo di pegno, poiché sarebbe peregrino sostenere che la revoca in questione travolga anche tale atto, se regolarmente posto in essere³³: i due piani mantengono, cioè, la propria autonomia, ai fini dell’esercizio, da parte del curatore, dell’azione revocatoria fallimentare.

4. *La scientia decoctionis*

Pur non trattandosi di questione controversa nell’ambito del giudizio che ha portato alla pronuncia in commento, pare doveroso, infine, prendere in esame il profilo della prova circa la consapevolezza dello

³¹ *Ex plurimis*, v. Cass., 31 marzo 2021, n. 8923, in *Ilfallimentarista.it*, con nota di S. SISIA, *Revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente del ricavato dalla vendita di un bene costituito in pegno consolidato*; cfr. anche Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028, cit.; Cass., 26 febbraio 2010, n. 4785, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 280; Cass., 6 febbraio 2018, n. 2818, *ivi*, 2018; Cass., 5 ottobre 2018, n. 24627, *ivi*, 2018. Già da tempo, peraltro, la giurisprudenza si è mostrata concorde nel ritenere l’inefficacia dell’incameramento della somma ottenuta dell’escussione del pegno regolare, poi portata in compensazione con l’esposizione debitoria già annotata sullo stesso conto corrente oggetto di garanzia: in proposito, v. Cass., 22 gennaio 2009, n. 1609, in *Fall.*, 2009, 809 ss., con nota di G. TARZIA, *Realizzo del pegno e revocabilità del pagamento del terzo*.

³² V., in proposito, le diverse considerazioni di G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, cit., 251 s.

³³ M. CATALDO, *Pagamento riscosso da creditore munito di pegno e azione revocatoria fallimentare*, in *Fall.*, 2009, 399; G. TARZIA, *La «funzione redistributiva» ed il «danno» nella revocatoria fallimentare*, *ivi*, 2009, 938.

stato di insolvenza da parte del creditore. Tema, quest'ultimo, portatore di taluni aspetti di problematicità, dal momento che attiene alla dimostrazione di fatti psichici, i quali – in quanto fatti interni – per loro stessa natura possono essere provati solo in via indiretta, mediante meccanismo inferenziale³⁴.

Se, da un lato, si è ritenuto che tale prova debba essere in ogni caso effettiva, non potenziale³⁵; dall'altro – specie in giurisprudenza – si è sostenuto che il principio dell'onere della prova a carico del curatore vada inteso nel senso che «la certezza logica dell'esistenza di tale stato soggettivo (vertendosi in tema di prova indiziaria e non diretta) può legittimamente dirsi acquisita non quando sia provata la conoscenza effettiva, da parte di quello specifico creditore, dello stato di decozione dell'impresa (prova inesigibile perché diretta), né quando tale conoscenza possa ravvisarsi con riferimento ad una figura di contraente “astratto” (prova inutilizzabile perché correlata ad un parametro, del tutto teorico, di “creditore avveduto”), bensì quando la probabilità della “scientia decoctionis” trovi il suo fondamento nei presupposti e nelle condizioni (economiche, sociali, organizzative, topografiche, culturali), nelle quali si sia concretamente trovato ad operare, nella specie, il creditore fallito»³⁶.

Orbene, è possibile fornire tale dimostrazione anche tramite l'attestazione della concreta situazione psicologica del creditore al momento in cui è stato posto in essere l'atto impugnato; attestazione che può essere parimenti resa mediante presunzioni, precise e concordanti, tali da far ritenere dimostrato, a norma dell'articolo 2729

³⁴ Come ha precisato il Giudice di legittimità: Cass., 14 gennaio 2016, n. 504, in *Diritto e Giustizia*, 2016, con nota di S. CALVETTI, *Oltre 100 protesti, d'accordo: ma la conoscenza dello stato di decozione deve essere effettiva o non meramente potenziale*, al quale si è conformata anche la successiva giurisprudenza di merito: cfr. App. Ancona, sez. I, 1° febbraio 2021, n. 97, in *DeJure*. Spunti e approfondimenti sul tema del meccanismo inferenziale possono rinvenirsi in F.P. CORDOPATRI, *Inferenza probatoria e massime di esperienza, prova, presunzione, indizio*, in *Giur. merito*, 1999, 632 ss.; G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della “specificità” della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1129 ss.

³⁵ L. GUGLIEMUCCI, *Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, (a cura di) Lo Cascio, in *Dir. fall.*, 1996, 641; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 274.

³⁶ Cass., 18 aprile 2011, n. 8829, in *DeJure*; cfr. anche Cass., 18 aprile 2011, n. 8829, *ivi*.

c.c., che il creditore si era reso conto dello stato di dissesto economico e di crisi irreversibile del debitore³⁷.

Nel caso di specie, come ha giustamente posto in rilievo il Giudice di merito, la Banca non poteva che avere piena consapevolezza dell'esposizione debitoria della Società sua debitrice, dal momento che non solo quest'ultima era sua correntista, ma che – peraltro – la garanzia era stata escussa proprio in ragione del perdurare dell'inadempimento.

Del resto, come già sostenuto da altra giurisprudenza di merito, se vero che non è possibile presumere la *scientia decoctionis* unicamente sulla base della qualifica professionale della creditrice, è comunque plausibile che un operatore qualificato come un istituto bancario abbia la possibilità di informarsi sull'esposizione debitoria della propria cliente; e, qualora l'operatore si ponga deliberatamente in condizione di non essere informato sullo stato di insolvenza del debitore, accetta il rischio dell'incapacità di adempimento³⁸. In altre parole, la qualità di operatore economico qualificato della Banca convenuta, pur non integrando, da sola, la prova dell'effettiva conoscenza dei sintomi dell'insolvenza, può concorrere ad applicare, nel caso concreto, i requisiti di professionalità ed avvedutezza normalmente esigibili dagli istituti di credito nell'esercizio della loro attività, onde indurre la verifica circa l'avvenuto svolgimento di un esame critico sui criteri di giudizio effettivamente utilizzati, al fine di accertare se essi corrispondano o meno alla prassi degli istituti in questione nell'ambito della concessione del credito³⁹.

³⁷ Tali presunzioni – è bene precisarlo – possono operare solo in presenza di specifici collegamenti tra il “terzo” e i sintomi conoscibili dello stato di insolvenza (in accordo con Cass., 24 marzo 2000, n. 3524, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 627), dovendosi riconoscere specifico rilievo all'attività professionale esercitata dal creditore, come peraltro già evidenziato da Cass., 6 dicembre 1996, n. 10886, in *Fall.*, 1997, 309 ss.; nonché alle regole di prudenza ed avvedutezza che caratterizzano l'operare della categoria di appartenenza dell'operatore: su quest'ultimo aspetto, cfr. Cass., 7 febbraio 2001, n. 1719, in *Giust. civ.*, 2002, 1663 ss., con nota di F. MELONCELLI, *La natura “semantica” dell'insolvenza*; Cass., 4 febbraio 2008, n. 2557, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 152.

³⁸ Trib. Torino, 19 maggio 1992, in *Fall.*, 1992, 1079.

³⁹ Cfr. Cass., 29 luglio 2014, n. 17208, in *DeJure*; Cass., 2 novembre 2017, n. 26061, *ivi*.