

PEGNO IRREGOLARE E FALLIMENTO DEL DEBITORE

SERAFINO GATTI

Sommario

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Natura giuridica e disciplina del pegno irregolare. - 3. Lo strumento per la realizzazione del diritto di prelazione del creditore. - 4. Pegno di credito e pegno irregolare mediante consegna dei beni ad un terzo. - 5. Effetti del fallimento del debitore sul pegno irregolare. - 6. Opponibilità del pegno irregolare depositato presso un terzo al fallimento del debitore garante.

1. - *Premessa*

Rispetto alla codificazione precedente, il legislatore del 1942 ha introdotto una disciplina apposita per il contratto di pegno irregolare, figura già diffusa in passato ed oggi estremamente frequente soprattutto nel settore creditizio e finanziario ¹.

L'art. 1851 c.c., che esaurisce la disciplina legislativamente prevista, è stato significativamente collocato nella sez. IV del capo XVII dedicato ai contratti bancari, benché il *nomen iuris* faccia riferimento in generale al diritto reale di garanzia.

La dottrina e la giurisprudenza hanno discusso a lungo per individuare un profilo definito ed una disciplina certa dell'istituto.

Questo saggio vuole offrire un contributo al dibattito, tornato di stretta attualità grazie anche a due recenti sentenze della Suprema Corte che, a distanza di pochi mesi, hanno affrontato l'argomento giungendo a conclusioni antitetiche².

2. - *Natura giuridica e disciplina del pegno irregolare*

Il contratto di pegno irregolare è quel contratto reale, con effetti sia reali sia obbligatori, questi ultimi relativamente all'obbligo di restituzione, con cui il concedente consegna e trasferisce in proprietà al creditore danaro o altri beni fungibili a

fronte dell'obbligo di questi di restituire il *tantundem eiusdem generis et qualitatis* a seguito del regolare adempimento dell'obbligazione garantita, ovvero a fronte della restituzione dell'eccedenza del valore dei beni pignorati rispetto al valore della prestazione garantita nel caso in cui essa rimanga inadempita alla scadenza.

L'orientamento di pensiero prevalente configura l'istituto come una *species* del pegno ordinario, alla cui disciplina bisognerebbe far ricorso in caso di incertezze o lacune normative.

La fattispecie in oggetto non avrebbe caratteristiche peculiari tali da assurgere a contratto autonomo, posto che ha in comune col pegno regolare la medesima funzione di garanzia e posto che il peculiare meccanismo tecnico attraverso cui si realizza l'interesse del creditore garantito può essere facilmente spiegato facendo riferimento ai principi generali che regolano le garanzie reali³. La differenza essenziale riguarderebbe esclusivamente il tipo di beni assoggettabili a garanzia, fungibili nel nostro caso, infungibili nel pegno regolare, mentre sullo strumento che realizza la garanzia del creditore si è osservato che, pur rimanendo esso funzionalmente identico nello schema negoziale in esame, poiché il creditore garantito acquista immediatamente la proprietà delle cose oppignorate, alla vendita *ex art. 2796 e s. c.c.* si sostituirebbe la ritenzione quale atto parimenti esecutivo ed idoneo a raggiungere lo scopo di garanzia.

Rispetto al pegno regolare, la diversa natura dei beni oggetto del contratto - secondo una parte di questa dottrina - fa sì che l'esercizio della prelazione si realizzi attraverso un atto di autotutela⁴.

L'orientamento in esame non ci convince, perché attribuisce eccessiva importanza a ciò che i due istituti hanno in comune, in sostanza la sola funzione di garanzia, mentre trascura gli elementi di diversità.

È ormai accertato che le due figure si distinguono, anzitutto, per la natura dei beni dati in garanzia: se infungibili o considerati in specie individua ricorre la fattispecie di cui agli artt. 2784 e s. c.c.; viceversa, se beni fungibili ricorre l'istituto regolato dall'art. 1851 c.c.

Non è chiaro se esistano dei criteri precisi di differenziazione per detti beni.

La giurisprudenza, ed in misura minore la dottrina, sono andate alla ricerca dei criteri atti a distinguere la fungibilità o l'infungibilità dei beni consegnati in garanzia, operazione particolarmente complessa nel caso di pegno di titoli, siano essi titoli di Stato, obbligazioni o azioni.

A questo proposito è da segnalare una corrente della giurisprudenza che ha individuato detti criteri definendoli "automatismi qualificatori"⁵: si resterebbe nel-

l'ambito del pegno ordinario ogni qualvolta sono chiaramente indicati dal debitore concedente l'ente emittente, la tipologia, il numero di identificazione e l'importo di ciascun titolo ⁶. L'assenza anche di uno soltanto di questi elementi provocherebbe o la nullità del contratto di garanzia⁷, o l'esclusione della prelazione, oppure l'applicazione dell'art. 1851 in quanto si configurerebbe un pegno irregolare ⁸.

L'orientamento in parola ha, tuttavia, sollevato numerosi dubbi, sia a causa della scarsa conformità nell'applicazione dei criteri da parte della stessa giurisprudenza, sia per il fatto che, così argomentando, si finisce per fondare la differenza tra le due fattispecie di pegno esclusivamente sulla distinzione tra beni fungibili e beni infungibili, cosa che è ben lungi dal corrispondere alla realtà dei fatti.

Una parte della dottrina ha rilevato l'inutilità e persino la nocività di siffatti meccanismi qualificatori⁹.

Tra l'altro, l'elencazione dei beni contenuta nell'art. 1851 c.c., benché ritenuta generalmente tassativa, in quanto la limitazione servirebbe ad impedire l'elusione del divieto di patto commissorio ¹⁰, non ci sembra che possa impedire l'offerta in garanzia anche di crediti, come, ad esempio, di libretti di deposito emessi da una banca diversa da quella garantita (si avrebbe, se fosse la stessa banca, un semplice pegno irregolare di denaro depositato). L'obiezione proposta, poi, può essere facilmente superata se si considera che il rischio della violazione dell'art. 2744 c.c. viene escluso in radice grazie all'obbligo della banca, creditrice pignorataria, di restituire al concedente l'eccedenza del credito garantito ¹¹.

Un'altra parte della dottrina ravvisa nel pegno irregolare gli estremi di un istituto autonomo avente, oltre alla naturale funzione di garanzia, anche una funzione solutoria, precisamente di *datio in solutum*, risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore alla scadenza ¹². Questi, infatti, con proprio adempimento potrebbe porre nel nulla gli effetti derivanti dalla costituzione della garanzia, e chiedere la restituzione dell'equivalente delle cose consegnate.

L'attribuzione in proprietà dei beni oggetto del pegno a favore del creditore pignoratizio, elemento caratterizzante l'istituto, sarebbe giustificata da una *causa solvendi*, sicché verrebbe in questo modo evidenziata la sostanziale situazione di libertà del debitore garante, a fronte di una situazione d'obbligo del creditore garantito.

La libertà del debitore consiste - secondo questa ricostruzione - nel fatto che egli ha la facoltà di operare un (eventuale) adempimento che, eliminando retroattivamente gli effetti della dazione in pagamento, fa nascere nel creditore l'obbligo di restituire l'equivalente di ciò che ha ottenuto in garanzia. Quest'ultimo, di contro, non può obbligare il debitore all'esatto adempimento della prestazione principale,

doendosi ritenere ugualmente soddisfatto con l'acquisizione definitiva dei beni ricevuti in pegno. L'effetto restitutorio dipenderebbe, così, da un atto discrezionale del debitore.

La tesi illustrata è ormai superata, anche grazie all'immediata smentita operata dalla Suprema Corte¹³. L'obiezione principale consiste nella manifesta contraddittorietà dell'ammettere la coesistenza dell'intento di garantire un'obbligazione con quello di estinguerla immediatamente. La garanzia esiste se esiste il debito a cui si riferisce; se questo venisse estinto con la *datio in solutum*, anche la garanzia verrebbe meno¹⁴.

Esiste, in fine, un argomento di carattere testuale che impedisce di riconoscere natura solutoria al pegno irregolare. L'art. 1851 c.c., nel disciplinare l'istituto, stabilisce che, agli effetti del rimborso, il valore delle cose consegnate deve essere determinato con riguardo al momento della scadenza del credito garantito e non al momento della consegna, come sarebbe naturale se il pegno irregolare fosse una forma di adempimento¹⁵.

Se si vuol fare definitivamente chiarezza sulla differenza tra le due figure negoziali occorre, pertanto, a nostro parere, fare anzitutto riferimento alla volontà delle parti, da interpretare sulla base di indici esteriori quali l'origine del credito garantito, i rapporti pregressi, la qualifica soggettiva del creditore, il tipo dei beni dati in pegno e la loro maggiore o minore specificazione¹⁶.

Premesso, allora, che pegno ordinario e pegno irregolare costituiscono due fattispecie nettamente distinte, ciascuna con una disciplina propria, esse si differenziano oltre che per la natura dei beni concessi in garanzia, anche per il diverso atteggiarsi della realtà e dell'opponibilità *erga omnes* del diritto di prelazione. Se nel pegno regolare la realtà si manifesta nella facoltà (e non nell'obbligo) del creditore di ritenere i beni ricevuti in pegno, che rimangono di proprietà del debitore, e di soddisfarsi sulla somma ricavata dalla vendita con preferenza rispetto agli altri creditori qualora l'obbligazione non risulti adempiuta alla scadenza, nel pegno irregolare la realtà si esplica nell'immediato acquisto della proprietà delle cose consegnate in garanzia al creditore, sul quale grava l'obbligo di restituzione del *tantundem* ovvero dell'eccedenza.

Circa la *ratio* dell'istituto che ci occupa, la dottrina più recente è giunta a ritenere che la sola funzione di garanzia sia idonea e sufficiente a giustificare il particolare meccanismo operativo di soddisfazione del creditore privilegiato¹⁷.

Il diverso modo attraverso cui detta funzione si attua incide sulla struttura del negozio a tal punto da costruire il vero elemento di differenziazione.

Il trasferimento immediato della proprietà dei beni fungibili concessi in garanzia consente di evitare, nell'interesse di entrambe le parti, il ricorso al procedimento esecutivo, nel caso di inadempimento. Da ciò deriva che il pegno irregolare non elimina il diritto di pretendere il puntuale adempimento dell'obbligazione¹⁸, ma attua il rafforzamento della posizione del creditore garantito attraverso uno strumento negoziale predisposto *ab origine* per realizzare pienamente il suo interesse, senza dover far ricorso alla ben più lunga e farragिनosa procedura esecutiva prevista per il pegno ordinario.

Alla luce della tesi preferita e delle conclusioni che abbiamo tratto, risulta più agevole affrontare un altro punto problematico relativo all'accertamento della natura del meccanismo attraverso cui il creditore garantito da pegno irregolare può soddisfarsi alla scadenza dell'obbligazione principale.

3. - *Lo strumento per la realizzazione del diritto di prelazione del creditore*

La configurazione da attribuire al meccanismo previsto nell'istituto in esame per il soddisfacimento del creditore è l'argomento che più è stato oggetto di analisi da parte degli'interpreti.

Sul fatto che il creditore debba soddisfarsi compensando il credito principale con il proprio debito di restituzione del *tantundem* non pare esservi dubbio, bastando la lettera dell'art. 1851 c.c. Le incertezze, invece, permangono sulla natura e sulla fonte della compensazione.

Superata la tesi della *causa solvendi*, una parte della dottrina ha ravvisato nel meccanismo in esame una compensazione nel senso tecnico, dato che si creerebbe un controcredito del debitore verso il creditore privilegiato da utilizzare in funzione di garanzia (*causa credendi*)¹⁹.

Un diverso e consolidato indirizzo giurisprudenziale, recentemente confermato dalla Suprema Corte, ritiene, invece, che non si possa parlare di compensazione in senso proprio, perché essa presuppone l'autonomia dei due rapporti a cui si riferiscono i contrapposti crediti e debiti delle parti, laddove, invece, nel nostro caso, si è in presenza di un unico rapporto con un patto accessorio²⁰. Nella fattispecie in oggetto si verificherebbe una compensazione anomala, non avente i tratti tipici dell'istituto, consistente in un semplice accertamento contabile che può calcolare d'ufficio il giudice.

I rilievi critici mossi dalla giurisprudenza ci appaiono condivisibili e, pertanto, riteniamo che la mancanza di autonomia dei due crediti impedisca di classificare lo strumento previsto dall'art. 1851 c.c. come compensazione in senso stretto; esso deve configurarsi come una mera operazione contabile.

Anche sulla fonte della compensazione la dottrina appare molto divisa.

Alcuni Autori ravvisano nel pegno irregolare un patto accessorio di finale compensazione, che attribuirebbe ad entrambe le parti il diritto di avvalersene al momento della scadenza dell'obbligazione garantita²¹; altri ritengono che l'effetto compensativo derivi direttamente dalla legge²²; per altri Autori il pegno irregolare ha funzione meramente compensativa²³; c'è, poi, anche chi sostiene che l'effetto dipende dalla natura delle cose consegnate in pegno, nel senso che quando vi è omogeneità tra queste e l'oggetto dell'obbligazione si tratterebbe sempre di compensazione legale, mentre negli altri casi si tratterebbe di compensazione volontaria²⁴.

Senza voler entrare nel merito delle singole posizioni ora illustrate, ed alla luce di quanto sostenuto circa la natura del pegno irregolare, ci sembra che si possa legittimamente affermare che l'anomalia del meccanismo satisfattivo si spiega considerando che esso è frutto di una scelta del legislatore tesa a superare l'ostacolo dell'inapplicabilità alla fattispecie in esame degli artt. 2796 e s. c.c.

Per verificare l'attendibilità della tesi affermata occorre controllarla dal punto di vista pratico.

Facciamo l'ipotesi di un soggetto che abbia bisogno di un finanziamento e, a tal fine, conceda in pegno irregolare ad una banca delle merci oggetto della sua attività produttiva. Alla scadenza pattuita il debitore tenderà ad adempiere gli obblighi nei confronti della banca per poter rientrare nella disponibilità del *tantundem*. Se invece non adempirà, l'istituto di credito non farà altro che vendere le merci, evitando così un lungo procedimento esecutivo.

Stesso discorso può farsi nel caso di pegno irregolare costituito da un soggetto diverso dal debitore della prestazione garantita. Anche qui il debitore ha l'interesse a far fronte ai suoi impegni contrattuali, così da consentire al terzo di farsi restituire il *tantundem* di quanto dato in garanzia. Se il debitore non adempisse, però, non si può sostenere che al creditore privilegiato manca il diritto di ottenere il pagamento, quanto piuttosto che egli è privo dell'interesse a promuovere l'esecuzione forzata nei confronti del debitore principale. Grazie al pegno irregolare, infatti, al creditore non conviene aggredire prima il patrimonio del debitore principale e poi avvalersi della garanzia data dal terzo. Se il creditore procedesse nell'esecuzione forzata contro l'obbligato principale non farebbe che duplicare quanto già ottenuto mediante il definitivo incameramento dei beni ricevuti in garanzia dal terzo.

La soluzione proposta, pertanto, appare rispondere sia alla logica dell'istituto sia alla realtà della prassi, che tende a far emergere nuove morfologie della garanzia pignoratoria che rompano gli schemi negoziali tipici.

4. - *Pegno di credito e pegno irregolare mediante consegna dei beni ad un terzo*

Prima di passare ad esaminare gli effetti del fallimento del debitore concedente sul pegno irregolare può essere utile, ai fini di una chiara configurazione, distanziare la figura trattata dagli altri schemi negoziali con cui esistono delle affinità, quali il pegno di crediti ed il deposito cauzionale presso terzi.

L'affinità con il pegno di crediti verso un terzo avente ad oggetto beni fungibili si rivela con tutta evidenza nell'art. 2803 c.c., in base al quale il titolare del credito concesso in pegno è sì il debitore garante, ma il creditore è legittimato a riscuotere il credito ricevuto in pegno, e se il credito garantito è scaduto diviene proprietario del danaro - in funzione della confusione avvenuta nel suo patrimonio - fino all'ammontare delle sue ragioni.

A fronte di ciò non è difficile far emergere le differenze tra le due fattispecie.

Con riferimento ai soggetti stipulanti, un primo rilievo consiste nell'evidenziare che mentre nel pegno irregolare vi è identità tra il soggetto a cui sono consegnati ed a cui viene trasferita la proprietà di beni fungibili ed il creditore della prestazione principale, nel pegno di crediti, come anche nel deposito cauzionale con funzione di garanzia presso un terzo, questa identità è esclusa, perché al creditore viene solo attribuito un diritto di obbligazione.

Inoltre, se nel pegno di un credito è possibile una successiva costituzione del vincolo a favore di un secondo creditore con la notifica al debitore o la sua accettazione²⁵, nel pegno irregolare, al contrario, ciò non può mai accadere per l'insormontabile ostacolo della ormai acquisita altruità dei beni.

Secondo la giurisprudenza, il vincolo su una somma di denaro di pertinenza del debitore che si trovi nella disponibilità della banca è da classificare come pegno irregolare e non come pegno ordinario di crediti. Viene, infatti, osservato, con specifico riferimento al pegno di libretto di deposito bancario, che la banca depositaria acquista la proprietà del denaro depositato assumendo, però, l'obbligo di restituire il *tantundem* alla scadenza, e si è distinta la fattispecie in cui il creditore pignoratizio è la stessa banca depositaria da quella in cui il pegno è costituito a favore di un terzo che assume, invece, le caratteristiche del pegno di crediti²⁶. È stato parimenti considerato pegno irregolare (di cosa futura), e giudicato ammissibile, il pegno del saldo liquido creditore derivante dall'incasso di un titolo da accreditare sul conto corrente del debitore, sorto per accordo delle parti e suscettibile di perfezionarsi con l'effettiva costituzione della garanzia pignoratizia, conseguente al venire in essere della cosa ed alla consegna al creditore²⁷.

Circa la qualificazione del deposito irregolare a scopo di garanzia presso un

terzo, la dottrina è giunta a conclusioni divergenti, che partono dall'inammissibilità della figura di questo deposito, passano per l'assimilazione della fattispecie al pegno di crediti, fino ad arrivare ad identificare l'istituto con il deposito cauzionale a favore di terzo.

I sostenitori della prima tesi si basano sull'impossibilità di giustificare il definitivo consolidarsi della proprietà dei beni e sulla mancanza di automaticità dell'effetto estintivo dell'obbligazione, in considerazione del fatto che qui è necessario, perché si realizzi la prelazione, che prima il terzo depositario restituisca il *tantundem*²⁸. Una fattispecie caratterizzata da questi elementi si afferma che potrebbe ricondursi, eventualmente, al pegno regolare di crediti *ex art.*

2800 e s., dove al debitore resta solo il credito di restituzione del tantundem che costituirebbe l'oggetto del contratto di pegno²⁹.

Basta, però, riflettere sulle profonde differenze strutturali esistenti tra i due istituti per convincersi che la tesi in esame non è sostenibile. Non si vede, infatti, in base a quale norma possa impedirsi ad un creditore e ad un debitore di costituire in pegno irregolare una certa somma di denaro e, contestualmente, di stipulare un accordo accessorio che preveda il deposito cauzionale della stessa somma presso un terzo. Naturalmente il contratto di pegno dovrà contenere un'apposita clausola in base alla quale il depositario dovrà restituire il *tantundem* al creditore, in caso d'inadempimento dell'obbligazione garantita, ed al debitore in caso contrario.

Taluno ha classificato la fattispecie come un deposito a favore di soggetto alternativamente determinato, caratterizzato da un diretto collegamento con il negozio sottostante, grazie alla clausola che imputa al depositario un'obbligazione il cui beneficiario sarà determinato in relazione al verificarsi o meno dell'evento dedotto nella clausola stessa³⁰.

Se, viceversa, le parti volessero costituire in pegno un credito del debitore garante derivante da un deposito irregolare presso un terzo, non avrebbero alcun motivo di inserire, sia nel contratto di pegno sia in quello di deposito, una clausola del tipo di quella descritta in precedenza. In questo caso non vi è alcun collegamento tra contratto di deposito e contratto di pegno, dato che titolare del credito verso il depositario è fin dall'origine, e rimarrà in ogni caso, il depositante, cioè il debitore datore di pegno³¹.

Né può condividersi, a nostro avviso, la tesi secondo cui le due fattispecie in oggetto resterebbero nettamente distinte a causa delle differenze tanto sul piano logico-formale quanto su quello sostanziale, afferenti sia alla funzione di garanzia, che nel caso del deposito cauzionale sarebbe di tipo meramente psicologico, sia al grado di tutela offerta al creditore pignoratorio, che nel deposito sarebbe filtrato

dal momento strumentale dell'adempimento di un obbligo di restituzione da parte del depositario³².

Esclusa la possibilità di far ricorso alla figura del pegno di crediti per spiegare la combinazione del pegno irregolare con il deposito presso un terzo, giudicata inadeguata la tesi che tende a mantenere sempre e comunque distinte le due fattispecie, accertatane l'ammissibilità, occorre, a nostro avviso, percorrere una strada diversa e partire dalla considerazione che la funzione di garanzia del pegno irregolare resta, comunque, inalterata.

La ragione ulteriore che induce le parti a pattuire il deposito delle cose fungibili presso un terzo consiste nell'esigenza di soddisfare uno specifico interesse del debitore garante. Poiché il pegno irregolare comporta il trasferimento della proprietà delle cose in favore del creditore, il debitore sopporta normalmente il rischio che, pur avendo adempiuto la propria obbligazione, il creditore non possa o non voglia restituire il *tantundem*. Ecco allora sorgere l'esigenza di convenire che i beni offerti in garanzia siano depositati presso un terzo che riscuote la fiducia di entrambe le parti.

Nasce così un rapporto negoziale in tutto simile all'ipotesi dianzi illustrata, di deposito a scopo di garanzia in favore di soggetto alternativamente determinato, con la caratteristica che qui il deposito assolve la funzione di assicurare al debitore garante la restituzione del *tantundem* in relazione all'evoluzione del rapporto sottostante³³.

Lo schema negoziale ora descritto è riscontrabile nella prassi del settore creditizio nelle forme di un deposito bancario documentato da libretto su cui viene costituito un pegno irregolare. Detto libretto di deposito sarà custodito dalla banca per essere consegnato poi a quella parte che risulterà legittimata a richiedere la restituzione del *tantundem*³⁴.

In sintesi, quando al pegno irregolare si collega un deposito irregolare a scopo di garanzia presso un terzo non si verifica alcuno stravolgimento dello schema negoziale principale, Bensì interviene soltanto una marginale modifica relativa al meccanismo operativo.

Pur verificandosi anche in questo caso un'alienazione a fine di garanzia - ma a favore del depositario -, il soggetto a favore del quale nasce il diritto alla restituzione dipende dal verificarsi della condizione inserita nell'apposita clausola del deposito: è lo stesso depositante, se l'obbligazione garantita viene adempiuta; è il creditore se si verifica l'inadempimento³⁵. Pertanto, il titolo giustificativo sia del diritto del debitore di riacquisire la proprietà delle cose fungibili in caso di adem-

pimento sia dell'acquisto da parte del garantito è costituito sempre e comunque dal contratto di pegno irregolare.

5. - *Effetti del fallimento del debitore sul pegno irregolare*

L'aver posto alcuni punti fermi sull'effettiva natura giuridica del pegno irregolare e sul meccanismo di realizzazione della garanzia ci permette di affrontare con maggiore consapevolezza la delicata questione della disciplina applicabile in caso di fallimento del debitore concedente.

Esiste un problema di coordinamento tra la normativa fallimentare, tutta incentrata sul principio della *par condicio creditorum*, e quella del pegno irregolare.

Ci si domanda, più specificamente, se ad esso sia applicabile l'art. 53, 1° comma, 1. fall., secondo cui anche i crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio possono essere soddisfatti in caso di fallimento, purché siano stati ammessi al passivo con prelazione.

La norma, pur riconoscendo la piena operatività anche nel fallimento delle cause di prelazione, la subordina al previo accertamento *ex art. 52, 2° comma, 1. fall.*, ed alla previa ammissione al passivo, operando una specie di assorbimento della pretesa creditoria all'interno del concorso formale³⁶.

Così facendo il legislatore mira a raggiungere un equilibrio tra esigenze contrapposte: il rispetto della *par condicio*, l'unitarietà della liquidazione, il controllo dell'ufficio fallimentare e dei creditori sui singoli diritti di credito, da una parte; la concessione di una disciplina speciale ai creditori pignoratizi e privilegiati con diritto di ritenzione per rafforzare le rispettive garanzie, dall'altra.

L'art. 53, 1° comma, 1. fall., non menziona, però, i crediti garantiti da pegno irregolare, cosicché all'interprete è affidato il compito di stabilire se anch'essi sono assimilati a quelli garantiti dalle altre cause tipiche di prelazione.

L'argomento è stato oggetto di vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza, e quest'ultima ha avuto modo di pronunciarsi recentemente sul tema.

I dubbi maggiori sorgono nel caso in cui la dichiarazione di fallimento del debitore concedente interviene prima della scadenza dell'obbligazione garantita, benché possa verificarsi anche il caso contrario.

Quando il fallimento viene dichiarato dopo l'estinzione del debito principale non si presentano particolari problemi. L'eventuale dichiarazione di fallimento viene ad incidere su una situazione già definitivamente perfezionata; se la garanzia è stata costituita al di fuori dei requisiti considerati dall'art. 67 1. fall. per

la revocatoria, il definitivo trasferimento della proprietà dei beni dati in pegno è un atto, pienamente legittimo ed opponibile ai creditori, e, pertanto, non influenzabile dal sopravvenuto fallimento del debitore³⁷. Il curatore fallimentare potrà esperire un'azione personale per ottenere dal creditore la restituzione dell'eventuale eccedenza, o potrà chiedere la restituzione quando alla data del fallimento l'obbligazione garantita è stata soddisfatta, ma il creditore non ha restituito il *tandundem*³⁸.

Diverso problema è quello dell'ammissibilità di costituire, in generale, garanzie a fronte di debiti già scaduti se non tramite una rinegoziazione dei termini o delle condizioni e, nel nostro caso, di costituire un pegno irregolare in mancanza dei requisiti citati.

Una parte della dottrina offre una risposta affermativa al quesito contestando l'assioma su cui si fonda la tesi opposta, secondo cui il creditore avrebbe interesse ad essere garantito solo fino a quando il suo credito si conserva inesigibile; venuta meno questa condizione, l'unico interesse del creditore sarebbe quello di essere pagato, spontaneamente o coattivamente.

In verità - si sostiene - l'interesse del creditore ad essere garantito resta intatto fino al momento in cui egli non risulta effettivamente soddisfatto, e ciò è dimostrato dall'esistenza dell'istituto dell'ipoteca giudiziale concessa anche a garanzia di crediti già perfettamente esigibili e confortati addirittura da un titolo esecutivo³⁹.

Corrisponde, poi, ad una semplice constatazione della normale prassi il fatto che, in presenza di un debito scaduto, il debitore arriverà ad offrire una garanzia se il creditore gli concede qualcosa, ad esempio una proroga del termine o una riduzione del tasso d'interesse.

Nel pegno irregolare si tratta di stabilire se la sua specificità, legata al meccanismo di estinzione dell'obbligazione garantita, non si opponga alla possibilità di ricorrere a questo schema negoziale in caso di debito già scaduto.

Considerato che appare ormai dimostrato che il congegno in parola non configura una compensazione vera e propria, c'è chi ha sostenuto che non c'è alcuna fondata ragione per negare l'ammissibilità della costituzione di un pegno irregolare in relazione ad un debito già scaduto⁴⁰.

La tesi illustrata, tuttavia, non convince, perché trascura l'ineliminabile differenza tra le garanzie reali previste nel libro VI del codice civile e quella "anomala", ancorché tipica, di cui all'art. 1851 c.c.

È vero che l'art. 67, 1° comma, 1. fall., tra gli atti suscettibili di revocatoria menziona i pegni costituiti -

entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento - per debiti scaduti, ma la norma va intesa come riferita al solo pegno ordinario e non anche a quello irregolare ⁴¹. Quest'ultimo, a nostro avviso, può costituirsi unicamente a garanzia di un credito non scaduto, poiché soltanto in questo caso la dazione delle cose in pegno è diretta a tutelare le ragioni del creditore. Quando il debitore è già in mora, infatti, non v'è ragione per non imputare immediatamente al debito scaduto il valore della garanzia ⁴².

Se, dunque, il fallimento interviene dopo l'estinzione dell'obbligazione garantita, i problemi per l'interprete sono circoscritti e non particolarmente impegnativi; ben diverso è il discorso nell'ipotesi di apertura della procedura concorsuale a carico del debitore concedente prima che sia scaduto il termine per adempiere l'obbligazione.

La dottrina e la giurisprudenza si esprimono, in prevalenza, per l'applicabilità al pegno irregolare delle norme sulla *par condicio* nel fallimento e, dunque, anche dell'art. 53 1. fall., prendendo a fondamento della conclusione due elementi: la qualificazione della fattispecie in esame come mero sottotipo del pegno regolare; il fatto di individuare nell'art. 53 1. fall. una sorta di principio di portata generale, che conferma il dettato del precedente art. 52 1. fall., e che può essere derogato soltanto attraverso un'altra norma espressa, che, però, non si riscontra nel nostro ordinamento, per cui la norma predetta sarebbe applicabile anche al pegno irregolare⁴³.

Nell'ipotesi in cui il creditore garantito incamerasse definitivamente i beni consegnatigli in pegno senza chiedere l'ammissione al passivo della procedura concorsuale, in violazione dell'art. 53 1. fall., si sostiene che egli potrebbe persino essere soggetto ad una sanzione⁴⁴.

L'indirizzo maggioritario ora illustrato non si rivela, tuttavia, convincente, sia per ragioni attinenti alla formulazione letterale dell'art. 53 1. fall., sia per considerazioni di ordine sistematico.

Una corretta lettura della disposizione, infatti, non può non far emergere che l'autorizzazione alla vendita e quella a riprendere la cosa sottoposta a pegno fanno riferimento ad una situazione in cui il bene dato in pegno appartiene ancora al patrimonio del debitore concedente fallito. Si tratta, cioè, di una disposizione che con tutta evidenza mal si concilia con l'avvenuta confusione dei beni nel patrimonio del creditore che ricorre nel pegno irregolare - inconciliabilità ancora più stridente allorché venga offerta in garanzia una somma di denaro ⁴⁵ - e che rappresenta una palese eccezione al sistema stabilito dell'art. 51 1. fall.⁴⁶.

A conforto della tesi qui sostenuta militano anche considerazioni di carattere

sistematico. Stabilito che la particolare sicurezza che connota la posizione del creditore garantito deve essere confermata in caso di avvio di una procedura concorsuale a carico del debitore e che, dunque, il pegno irregolare deve poter realizzare l'effetto che gli è proprio, non si vede il motivo per cui debba applicarsi il principio della previa insinuazione al passivo fallimentare del credito privilegiato.

Detto onere ha, infatti, lo scopo di accertare l'esistenza di una garanzia valida sotto il profilo della sua opponibilità, fatto che non è assolutamente in discussione nel pegno irregolare, ove la garanzia ha già prodotto i suoi effetti con l'incameramento dei beni nel patrimonio del creditore. Ciò impedisce, senza possibilità di dubbio, che questi beni entrino a far parte della massa fallimentare.

In verità c'è chi per evitare l'ostacolo è ricorso ad un artificio, affermando che la prelazione esercitata dal creditore nel pegno irregolare, in caso di fallimento del debitore concedente, si esercita nonù sul bene trasferito in garanzia, ma su quello diverso sul quale il debitore avrebbe un (eventuale) diritto alla restituzione⁴⁷.

L'osservazione, però, non coglie nel segno, perché la funzione dell'istituto non è quella di esaurire l'interesse all'adempimento, Bensì, come abbiamo detto, quella di evitare gli atti esecutivi, predisponendo *ab origine* un meccanismo in grado di produrre lo stesso risultato della tutela processuale per l'ipotesi di inadempimento.

Si deve ritenere, pertanto, che la convenzione con cui viene stipulato il pegno irregolare è pienamente opponibile al fallimento, purché risulti da atto scritto con data certa, benché gl'istituti che compiono professionalmente operazioni di credito su pegno possano provare con ogni mezzo la certezza della data (art. 2787 c.c.)⁴⁸.

Nella pratica bancaria, in effetti, il problema dell'applicabilità della norma si è posto di frequente anche in relazione a fattispecie particolari come, ad esempio, al caso di pegno del saldo di conto corrente. Qui si tratta di stabilire se la data dei singoli atti di accredito sia opponibile al fallimento del correntista⁴⁹.

In realtà, a ben vedere, le incertezze sull'applicabilità dell'art. 2787 c.c. hanno scarso valore con riferimento al pegno irregolare, perché la norma vuole tutelare i terzi creditori contro il rischio della sostituzione del bene pignorato con altro di maggiore valore, ipotesi che riguarda essenzialmente il pegno ordinario. La norma conserva una qualche rilevanza nel pegno irregolare quando si tratta di individuare esattamente il genere e la qualità delle merci o dei titoli oggetto della garanzia, ovvero l'esatto ammontare delle somme di denaro e, nel caso di specie, l'ammontare del saldo creditore.

Non è, invece, fonte di dubbi il caso del fallimento del creditore garantito da pegno irregolare, in cui l'eventuale credito di restituzione del *tantundem* deve essere

fatto valere dal debitore adempiente insinuandosi al passivo⁵⁰.

Ulteriore e diverso problema è quello che riguarda l'applicabilità al pegno irregolare dell'art. 56 1. fall., a tenore del quale "i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento".

La norma è frutto di una scelta del legislatore tesa a sottrarre il creditore del fallito al regime concorsuale, consentendogli una soddisfazione integrale sino a concorrenza della somma di cui è debitore. La *ratio* - pur diversamente identificata⁵¹ - sembra potersi ricondurre ad una funzione di garanzia a favore del debitore-creditore che oppone la compensazione, posto che la norma ribadisce che, anche in ambito concorsuale, vige il principio secondo cui in presenza di contrapposte ragioni di debito e di credito si realizza l'effetto estintivo delle reciproche obbligazioni⁵².

La portata innovativa della disposizione sta nel consentire che la compensazione possa essere opposta al curatore anche dal creditore del fallito munito di un credito non ancora scaduto al momento del fallimento⁵³.

La norma, sebbene ispirata da motivi di equità, costituisce un *vulnus* al principio della *par condicio*, perché il creditore, nei limiti della compensazione, viene pagato integralmente. Essa comporta, inoltre, un ingiustificato *favor* verso i debitori morosi del fallito rispetto al debitore puntuale che ha pagato prima del fallimento.

Posto il quadro di riferimento normativo e considerato che, comunque, non è questa la sede idonea per affrontare *ex professo* la tematica dell'interpretazione dell'art. 56 legge fall. in rapporto alla dinamica degli effetti del fallimento del debitore concedente, ci limitiamo ad offrire un semplice spunto di riflessione.

Alla luce delle considerazioni finora svolte, soprattutto per quanto concerne la natura dell'istituto in esame, riteniamo che la disciplina speciale della compensazione, prevista dall'art. 56 1. fall., sia incompatibile con la fattispecie che scaturisce da un pegno irregolare ove, come si è detto, non si verifica una compensazione in senso stretto, né legale né volontaria, a causa della mancanza dell'elemento rappresentato dall'autonomia dei rapporti di debito e di credito, ma si è in presenza di una semplice operazione contabile fra partite di dare e di avere.

In più, occorre ricordare che il peculiare meccanismo satisfattivo del credito garantito opera, per sua natura, sempre al di fuori delle regole del concorso fallimentare⁵⁴.

Di contrario avviso sono la dottrina e la giurisprudenza prevalenti che, fondandosi sull'analogia riscontrabile tra lo strumento previsto dall'art. 1851 c.c. e la compensazione in senso tecnico, ammettono la compensazione tra il debito di restituzione del *tantundem* ed il credito garantito solo se sussistono le condizioni indicate all'art. 56 l. fall.⁵⁵.

6. - *Opponibilità del pegno irregolare depositato presso un terzo al fallimento del debitore garante* Resta un ultimo punto ancora da chiarire, quello relativo alla disciplina applicabile una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento del debitore garante, qualora il denaro o le altre cose fungibili siano state consegnate a persona diversa dal creditore.

Ci riferiamo all'ipotesi sopra illustrata in cui ad un contratto di pegno irregolare si accompagna il deposito presso un terzo dei beni dati in garanzia, con la clausola che a pretendere dal depositario la restituzione del *tantundem*, *iure proprio*, sarà il garantito in caso di inadempimento del debito, o il garante nel caso opposto.

Chiarito che la funzione non muta allorché viene pattuito il deposito cauzionale presso un terzo, vediamo cosa accade quando interviene la pronuncia di fallimento del debitore concedente⁵⁶.

Coloro che sostengono la tesi secondo cui il pegno irregolare collegato ad un deposito cauzionale presso un terzo configura un'ipotesi di pegno di crediti, coerentemente ritengono che in caso di fallimento del debitore garante vada applicata la disciplina per questo prevista; l'esercizio del diritto di prelazione del creditore è subordinato non solo all'esistenza dell'atto scritto, ma anche alla notificazione o accettazione con scrittura di data certa, anteriore alla pronuncia di fallimento, della costituzione del pegno (artt. 2787, 3° comma, e 2800 c.c.)⁵⁷.

Secondo il predetto orientamento, per realizzare la prelazione in questo caso occorre la previa ammissione al passivo *ex art. 53 l. fall.* e l'autorizzazione del giudice delegato affinché il creditore possa vendere le merci o i titoli e soddisfarsi sul ricavato, o, se il pegno è costituito da una somma di denaro, per permettergli di esigerla dal depositario e trattenere quanto corrisponde al suo credito ⁵⁸.

L'orientamento ora illustrato non è, a nostro giudizio, condivisibile, essendo inaccettabili le premesse su cui si fonda.

Se il pegno regolare di credito è fattispecie distinta e non assimilabile a quello irregolare - anche quando è complicato dall'accordo di deposito - al quale, quindi, non possono applicarsi le norme previste per il primo; se con il deposito dei beni presso un terzo l'istituto in esame non muta la propria natura e la propria funzione;

consegue che anche in occasione del fallimento del debitore non può applicarsi la disciplina prevista per il pegno ordinario.

Una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento del debitore garante, non vi è ragione alcuna per non considerare il pegno irregolare collegato al deposito cauzionale presso un terzo alla stessa stregua della fattispecie per così dire “semplice”. Poiché l’effetto tipico del negozio è proprio di assicurare il soddisfacimento del credito al di fuori del concorso con gli altri creditori, detto meccanismo deve essere garantito anche nel caso in cui i beni offerti in garanzia sono stati depositati presso un terzo. Non vi è bisogno, allora, che il creditore garantito si assuma l’onere di insinuarsi al passivo del fallimento, né che intervenga alcuna autorizzazione da parte del giudice delegato, né che il suo credito venga accertato sotto il profilo della forma scritta e della certezza della data, poiché egli deve ritenersi soddisfatto mediante l’incameramento definitivo dei beni consegnatigli dal depositario.

Il curatore potrà chiedere al creditore garantito solo l’eventuale residuo, una volta operato il conguaglio contabile ai sensi dell’art. 1851 c.c.⁵⁹.

SERAFINO GATTI

(*) Questo saggio è destinato agli “*Studi in onore di Mario Talamancas*”

(1) Ne sono testimonianza i modelli ABI per i contratti di prestito con garanzia di titoli, che contemplano espressamente la figura del pegno irregolare. Sulle ampie possibilità applicative di questo schema negoziale v. vittoria, voce “*Pegno irregolare*”, in *Enc. Giuridica*, Roma 1990, p. 3 ss.

(2) Cass. 24 gennaio 1997, n. 745, in *Il Fallimento*, 1997, p. 967 ss. con nota di petraglia, *La Cassazione ed il pegno irregolare: un revirement giurisprudenziale*, p. 969 ss.; in *Foro It.*, 1997, I, c. 752 ss.; in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 217 ss.; in *Giust. Civ.*, 1997, I, p. 1563 ss. con nota di didone, *Osservazioni su compensazione e fallimento*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 18 ss.; Cass. 28 agosto 1997, n. 8164, in *Dir. fall.* 1998, II, p. 293 s. con nota di lapenna, *Pegno irregolare ed onere di insinuazione al passivo: una questione aperta*; e in *foro It.*, 1997, I, c. 3163 ss.

(3) Martorano, *Cauzione e pegno irregolare*, in questa *Rivista*, 1960, I, p. 98 ss.; molle, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1981, p. 361 ss.; cremonini e franchi, *Effetti del fallimento sul pegno irregolare*, in *Dir. Fall.*, 1989, I, p. 702 ss.; Cass. 13 aprile 1977, n. 1380, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 283 ss.; App. Milano 2 febbraio 1993, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, II, p. 418 ss.; Trib. Verona 19 marzo 1991, in *Giur. merito*,

1991, I, p. 707 ss. *Contra* realmonte, *Il pegno*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1997, p. 817 ss.; vittoria, voce “*Pegno irregolare*”, cit., p. 3.

(4) Bongiorno, *Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 472.

(5) chiné, *Pegno irregolare e art. 53 della legge fallimentare*, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, c. 1077 ss.

(6) Trib. Torino 3 febbraio 1993, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, c. 719 ss.; Trib. Milano 8 febbraio 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, c. 1076 ss.; App. Milano 11 luglio 1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, p. 71 ss.; App. Milano 16 dicembre 1980, in *Il Fallimento*, 1982, p. 1183 ss., con nota di franchini, *Alcune questioni in tema di pegno di titoli di credito, pegno di crediti e compensazione fallimentare*.

(7) Trib. Roma 18 luglio 1991, in *Giur. It.*, 1992, I, 2, c. 181 ss.

(8) Trib. Torino 31 marzo 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, II, p. 336 ss.

(9) Colombo, *Problemi risolti ed irrisolti nella giurisprudenza sul pegno*, in *Banche e banchieri*, 1989, p. 103 ss.

(10) Molle, *Op. cit.*, p. 300; martorano, *Cauzione e pegno irregolare*, cit., p. 99. V. anche anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, pp. 268-269.

(11) Cirulli, *Pegno irregolare costituito dal fideiussore a garanzia di crediti scaduti e fallimento del debitore principale*, in *Giur. merit.*, 1991, p. 710 ss.; *contra* v. airoldi, *Pegno dei libretti di deposito bancario al portatore*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1979, II, p. 38.

(12) È la tesi del dalmartello, ed è stata formulata in diversi contributi tra i quali segnaliamo: *Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1950, I, pag. 315 ss.; *Ancora sul pegno irregolare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1956, II, p. 301 ss.; voce “*Pegno irregolare*”, in *Noviss. Dig. It.* Torino, 1965, XII, p. 801 e s. Nello stesso senso v. gorla, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. al c.c.* a cura di Scialoja e Branca, (artt. 2784-2899), Bologna-Roma, 1968, p. 27; guerrera, *Realizzo del pegno di libretto di deposito costituito dal terzo e revocatoria fallimentare dei pagamenti*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1996, II, p. 597 ss.

(13) Cass. 14 ottobre 1953, n. 3906, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1954, II, p. 292 ss., con nota adesiva di SIMONETTO, *Sulla natura della cauzione*.

(14) In questo senso: App. Milano 17 maggio 1985, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, II, p. 36. Per la dottrina v. vittoria, *Op. cit.*, p. 2; martorano, *Op. cit.*, p. 121.

(15) cremonini e franchi, *Op. cit.*, p. 701 e s.; bouché, *In materia di pegno irregolare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1978, II, p. 422.

(16) chiné, *Op. cit.*, c. 1077; per la giurisprudenza cfr. Trib. Torino 22 luglio 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, II, p. 337 ss.

(17) lapenna, *Pegno irregolare ed onere di insinuazione al passivo*, cit., p. 293 ss.; petraqua, *Op. cit.*, p. 971; anelli, *Op. cit.*, p. 248 ss., specie pp. 255-256; luminoso, *Deposito cauzionale*

presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia, in *Giur. comm.*, 1981, I, pp. 433-434. Per la giurisprudenza v. Cass. 24 gennaio 1997, n. 745, cit., p. 19 ss.

(18) anelli, *Op. cit.*, pp. 262-264.

(19) simonetto, *i contratti di credito*, Padova, 1994, p. 403 e s.; martorano, *Op. cit.*, p. 128 e s.; molle, *Op. cit.*, p. 363 ss.

(20) Cass. 24 gennaio 1997, cit., p. 18 ss.; Cass. 6 settembre 1996, n. 8132, in *Foro It.*, 1997, I, c. 165 ss. con nota di fabiani, *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873, in *Impresa*, 1995, p. 2322 ss.; Cass. 12 febbraio 1993, n. 1784, in *Foro It., Rep.*, 1993, voce "Obbligazioni in genere", n. 53. *Contra*: Trib. Milano 8 febbraio 1993, cit., loc. cit., secondo cui la natura fungibile del bene dato in pegno fa sì che la soddisfazione del creditore avvenga in virtù di compensazione legale che interviene alla scadenza del credito garantito in assenza di adempimento dell'obbligazione da parte del debitore; App. Milano 16 dicembre 1980, in *Foro It., Rep.*, 1982, voce "Fallimento", n. 250. In senso parzialmente diverso Cass. 27 giugno 1990, n. 6560, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1342 ss.; e in *Giur. It.*, 1991, I, 1, c. 60 ss. con nota di sanzo, "Vis attractiva" del tribunale fallimentare e compensazione: la persistenza dell'effetto deviante dei precedenti giurisprudenziali, secondo cui la disciplina della compensazione, sebbene abbia come presupposto l'autonomia dei rapporti dai quali le obbligazioni reciproche delle parti traggono origine, non è incompatibile con la sua applicabilità ad ipotesi nelle quali, trattandosi di obbligazioni derivanti da un unico rapporto giuridico o anche da rapporti fra loro collegati, occorre procedere soltanto ad un accertamento di dare ed avere, cioè ad un semplice calcolo di contrapposte voci contabili. Vi è, infine, chi, in virtù dell'analogia esistente, ritiene si possano estendere al meccanismo *ex art.* 1851 c.c. le norme dettate per la compensazione vera e propria (Cass. 28 aprile 1997, n. 8164, cit., loc. cit., con nota contraria di lapenna, cit., p. 298).

(21) realmonte, *Op. cit.*, p. 821; dalmartello, voce "Pegno irregolare" cit., p. 807; bianca, *Il divieto del patto commissario*, Milano, 1957, p. 163 ss.

(22) molle, *Op. cit.*, p. 364 ss.; pavone la rosa, *L'anticipazione bancaria nella disciplina del nuovo codice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 125. ss.

(23) martorano, *Op. cit.*, p. 129.

(24) foschini, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965, p. 177 ss.

(25) La prelazione spetta, in questo caso, in primo luogo al creditore garantito con pegno costituito in data anteriore e sul residuo potrà soddisfarsi, sempre in via privilegiata, il secondo creditore. V. vittoria, *Op. cit.*, p. 6.

(26) App. Milano 17 maggio 1985, cit., p. 36; Cass. 13 aprile 1977, n. 1380, cit., loc. cit., In dottrina, v. molle, *Op. cit.*, p. 362, nota 13.

(27) Cass. 1 agosto 1996, n. 6969, in *Fallimento*, 1997, p. 263 ss., con nota concorde di panzani, *Pegno irregolare di saldo liquido di c/c e data certa dell'atto*.

(28) dalmartello, voce "Pegno irregolare", cit., p. 804.

(29) cremonini e franchi, *Op. cit.*, p. 706. Gli Autori individuano nel pegno irregolare costituito mediante deposito presso un terzo un accordo trilaterale nel quale si distinguono due

negozi tra loro collegati dalla funzione di garanzia attribuita dalle parti all'intera operazione economica: il contratto di deposito irregolare tra il debitore garante ed il terzo, da cui nasce un credito di restituzione che maturerà alla scadenza del credito principale, da una parte; il contratto di pegno tra debitore e creditore, il cui oggetto è costituito dal credito di restituzione derivante dal deposito irregolare.

(30) luminoso *Op. cit.*, p. 436 ss., ove ulteriori argomentazioni a suffragio della tesi riportata nel testo.

(31) La mancanza di collegamento tra pegno di credito e deposito irregolare si rivela ancor più palese quando il deposito è stipulato prima del pegno, come accade soprattutto nei contratti con banche ed enti pubblici. Tale mancanza di collegamento si riscontra anche nel caso inverso, su cui si rimanda alle argomentazioni di luminoso, *Op. cit.*, p. 436 ss.

(32) vittoria, *Op. cit.*, p. 7.,

(33) Cfr. luminoso, *Op. cit.*, p. 439.

(34) Cfr. luminoso, *Op. cit.*, p. 444 ss.

(35) vittoria, *Op. cit.*, p. 6. Il fatto che l'effetto traslativo è differito ad una fase successiva a quella dell'inadempimento non comporta l'illiceità del deposito cauzionale presso il terzo per violazione del divieto *ex art. 2744 c.c.*

(36) inzitari, *Degli effetti del fallimento per i creditori*, in *Comment. alla legge fall.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 73 ss.

(37) Trib. Milano 8 febbraio 1993, *cit.*, loc. *cit.*; Trib. Milano 18 ottobre 1984, in *Fallimento*, 1985, p. 748 ss.

(38) chiné, *Op. cit.*, c. 1079; marano, *Pegno bancario e fallimento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, I, p. 157.

(39) abbadessa, *Pegno irregolare a garanzia di debito scaduto*, in *banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, pp. 216-217.

(40) abbadessa, *Op. cit.*, pp. 217-218; cfr. anche cenni, *Pegno irregolare a garanzia di debito scaduto*, in *Giur. It.*, 1997, c. 402 ss. *Contra* crulli, *Op. cit.*, p. 714. In giurisprudenza v. Trib. Foggia 14 febbraio 1995 (ord.), in *Giur. It.*, 1997, I, c. 396 ss.; e in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 210 ss.

(41) cenni, *Op. cit.*, c. 403, secondo cui non è possibile attribuire efficacia estintiva alla dazione del bene quando essa è effettuata da un terzo estraneo al rapporto obbligatorio, ovvero abbia ad oggetto beni di natura differente rispetto a quelli dovuti dal debitore originario. *Contra*, per la giurisprudenza, v. Trib. Verona 19 marzo 1991, in *Giur. merit.*, 1991, I, p. 707 ss., che ha operato una distinzione tra pegno irregolare a garanzia di crediti non scaduti avente funzione di garanzia e pegno irregolare riferito ad un credito scaduto avente funzione solutoria, risolutivamente condizionata al pagamento del debitore principale.

(42) L'incompatibilità tra funzione di garanzia e funzione solutoria, come impone di escludere la natura satisfattiva del credito nell'ipotesi in cui la costituzione in pegno è anteriore al *dies*

destinatae solutionis, così induce, per contro, a ritenerla sussistente quando è successiva alla scadenza del credito. V. cirulli, Op. cit., p. 714.

(43) Per la dottrina v.: Tocci, voce “Cauzione”, in *Digesto delle disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1988, II, p. 261 e s.; cremonini e franchi *Op. cit.*, p. 704; realmonte, *Op. cit.*, p. 819; molle, *Op. cit.*, p. 361 e s.; dalmartello, voce “Pegno irregolare”, cit., p. 803 ss. Per la giurisprudenza v.: Cass. 4 agosto 1988, n. 4821, in *Fallimento*, 1988, p. 1197 ss.; Cass. 28 agosto 1997, n. 8164, cit., loc. cit.; Trib. Milano 8 febbraio 1993, cit., loc. cit.; App. Milano 17 maggio 1985, cit., p. 39, dove si sostiene anche che nel caso in cui il credito garantito da pegno irregolare venisse ammesso al passivo come semplice chirografo, il creditore non avrebbe più l’opportunità di far valere contro il fallimento la prelazione a causa dell’effetto preclusivo che deriva dal provvedimento di esecutività del giudice delegato che accerta i crediti ammessi alla procedura e ne fissa definitivamente la collocazione tra i privilegiati o tra i chirografari. Cfr. anche chine, *Op. cit.*, cc. 1080-1081; maffei alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1991, p. 180; franchini, *Op. cit.*, p. 1186 ss.; bozza e schiavon, *L’accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 158 ss.

(44) In proposito v. chiné, *Op. cit.*, c. 1082, secondo il quale nella fattispecie decisa dal Trib. Milano 8 febbraio 1993, cit., (deposito in garanzia di titoli), il creditore che avesse alienato i titoli posseduti dopo l’apertura della procedura concorsuale trattenendo il ricavato per il soddisfacimento del proprio credito, pur non perdendo per ciò solo la prelazione, avrebbe dovuto essere obbligato a versare al fallimento quanto percepito. Nello stesso senso Cass. 2 febbraio 1989, n. 651, in *Giust. civ.*, 1989, I, c. 1366 ss.

(45) petraglia, *op. cit.*, pp. 972-973; in precedenza, semiani bignardi, *La ritenzione nell’esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960, p. 278 ss. Per la giurisprudenza, oltre la più volte citata sentenza della Suprema Corte (24 gennaio 1997, n. 745), v. App. Milano 28 settembre 1993, in *Impresa*, 1994, p. 2556 ss., con nota di Melucco.

(46) *Codice del fallimento*, a cura di pajardi, Milano, 1994, p. 53; marano, *Pegno bancario*, cit., p. 159.

(47) Cass. 28 agosto 1997, n. 8164, cit., pp. 300-301, in cui viene detto, con formula di dubbia chiarezza, che “Il creditore nel pegno irregolare pertanto, in quanto esercita la prelazione non sulla somma della quale è divenuto proprietario ma sulla somma della quale il debitore, e quindi il fallimento, è creditore, esercita la prelazione - quindi al pari del creditore nell’ipotesi di pegno regolare - su cosa che appartiene (nel caso di pegno irregolare come oggetto di diritto alla restituzione) al fallimento”.

(48) Si intende che la forma scritta non è richiesta *ad substantiam*, Bensì solo *ad probationem*. Autorevole dottrina esclude la necessità della forma scritta: gorla, *Op. cit.*, p. 31; dalmartello, *Il pegno irregolare*, cit., p. 804; ma *contra*: vittoria, *op. cit.*, p. 7; cirulli, *Op. cit.*, p. 714; e in giurisprudenza Cass. 13 aprile 1977, n. 1380, cit., loc. cit.

(49) Sull’argomento si è pronunciata di recente la Cassazione (1° agosto 1996, n. 6969, cit., loc. cit.) stabilendo che la necessità della forma scritta e della data certa riguarda il solo negozio costitutivo della garanzia e non i successivi atti di accreditamento delle somme sul c/c. Concorde sul punto la nota del panzani alla medesima sentenza, cit., p. 268.

(50) cremonini e franchi, *Op. cit.*, p. 703, nota 20; luminoso, *Op. cit.*, p. 446, nota 61.

(51) Alcuni Autori l'hanno identificata in esigenze di tipo equitativo (manferoce, *Effetti per i creditori*, in AA.Vv., *Diritto fallimentare*, coordinato da Lo Cascio, Milano, 1996, p. 613 ss.; Lo Cascio, *il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1995, p. 197 ss.); in giurisprudenza v. Cass. 6 settembre 1996, n. 8132, con nota concorde di Fabiani, *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*, in *Foro It.*, 1997, I, c. 165 ss., specie cc. 175-176. Altri Autori, pur condividendo la tesi per cui è necessario un meccanismo che tuteli il creditore *in bonis*, hanno criticato la scelta del legislatore (PAJARDI, *Op. loc. cit.*; RAGUSA-MAGGIORE, voce "Compensazione" in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 27 ss.). Per la giurisprudenza, cfr. Cass. 20 marzo 1991, n. 3006, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1717 ss., con nota di Lo Cascio, *La compensazione fallimentare in presenza di crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*.

(52) INZITARI, *Op. cit.*, p. 162 ss.; Ferrara-Borgioli, *il fallimento*, Milano, 1989, p. 332 ss.

(53) BOZZA-SCHIAVON, *Op. cit.*, p. 376.

(54) Cass. 24 gennaio 1997, n. 745, *cit.*, *loc. cit.* In dottrina: Petraglia, *Op. cit.*, p. 972 e la nota anonima alla predetta sentenza in *Foro It.*, 1997, I, c. 752 ss.

(55) App. Milano 16 dicembre 1980, *cit.*, *loc. cit.*; Cass. 13 aprile 1977, n. 1380, *cit.*, *loc. cit.* In dottrina v. Panzani, *Op. cit.*, p. 268; Franchini, *Op. cit.*, p. 1187, secondo il quale per rendere possibile la compensazione occorre aggiungere i requisiti previsti dall'art. 1243 c.c., in particolare, l'omogeneità dei debiti e crediti.

(56) In caso di fallimento del creditore pignoratizio valgono le considerazioni fatte innanzi per il caso di pegno irregolare "semplice"; qualora, invece, dovesse fallire il terzo depositario, il creditore garantito potrà escutere il restante patrimonio del debitore, mentre rimarrà a carico di quest'ultimo il rischio dell'insolvenza del depositario. V. Cremonini e Franchi, *Op. cit.*, p. 706, nota 30.

(57) Cremonini e Franchi, *Op. cit.* p. 706.

(58) Grisi, *il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 544 ss.

(59) *Contra* Luminoso, *Op. cit.*, p. 446 e s., che, pur assimilando l'ipotesi del fallimento del garante nel pegno irregolare a quella di fallimento dello stesso soggetto nel deposito cauzionale presso un terzo, subordina l'esercizio della prelazione del creditore garantito al verificarsi di una compensazione *ex art.* 56 l. fall.