

Corte di cassazione, Sez. Un. Civ., sentenza 2 ottobre 2012 n. 16725 (Pres. Vittoria, rel. Salmé).

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE  
SEZIONI UNITE CIVILI

Sentenza 25 ottobre 2011 - 2 ottobre 2012, n. 16725

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. VITTORIA Paolo - Primo Presidente f.f. -

Dott. ADAMO Mario - Presidente Sez. -

Dott. SALME' Giuseppe - rel. Consigliere -

Dott. SEGRETO Antonio - Consigliere -

Dott. MACIOCE Luigi - Consigliere -

Dott. BUCCIANTE Ettore - Consigliere -

Dott. IANNIELLO Antonio - Consigliere -

Dott. PETITTI Stefano - Consigliere -

Dott. TIRELLI Francesco - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 19268/2005 proposto da:

UNICREDIT BANCA D'IMPRESA S.P.A. (successore della Cassa di Risparmio di Trento e Rovereto s.p.a.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEGLI SCIPIONI 268-A, presso lo studio dell'avvocato BOZZI GIUSEPPE, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati PEDINELLI GIORGIO, COLOMBO GIOVANNI E., per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO SIMER S.P.A.;

- intimata -

sul ricorso 23998/2005 proposto da:

FALLIMENTO SIMER S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEGLI SCIPIONI 8, presso lo studio dell'avvocato CRISCI FRANCESCO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato FRANCESCATO ELISABETTA, per delega a margine del controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

UNICREDIT BANCA D'IKPRESA S.P.A. (successore della Cassa di Risparmio di Trento e Rovereto s.p.a.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEGLI SCIPIONI 268-A, presso lo studio dell'avvocato BOZZI GIUSEPPE, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati PEDINELLI GIORGIO, COLOMBO GIOVANNI E., per delega a margine del ricorso principale; - controricorrente al ricorso incidentale - avverso la sentenza n. 1362/2004 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 12/08/2004;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 25/10/2011 dal Consigliere Dott. GIUSEPPE SALME'; udito l'Avvocato Francesco CRISCI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GAMBARDELLA Vincenzo, che ha concluso per il rigetto del primo motivo, accoglimento del secondo e terzo del ricorso principale; inammissibile l'incidentale.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso del 2 marzo 1994 la Cassa di Risparmio di Trento e Rovereto ha proposto opposizione allo stato passivo del fallimento della SIMER s.p.a. lamentando che il giudice delegato aveva ammesso in chirografo un suo credito per L. 1.692.942.753, escludendo il privilegio ex art. 2787 c.c., per il credito al controvalore di c.c.t. per nominali L. 620.000.000, oggetto di pegno, compreso in quello di maggior importo, ritenendo che l'atto di costituzione del pegno stesso, avente ad oggetto il credito della società fallita alla consegna o all'attribuzione dei titoli, non avrebbe indicato con sufficiente precisione nè il credito garantito nè i titoli di Stato costituiti in garanzia, nonchè perchè l'atto di costituzione sarebbe stato privo di data certa. Il giudice delegato aveva anche esclusa la compensazione della somma di L. 43.819.633, corrispondente all'importo delle cedole maturate sui c.c.t., erroneamente incassate dalla banca, avendo le parti pattuito che, in deroga agli artt. 2791 e 2801 c.c., gli interessi restassero di pertinenza del costituente il pegno.

L'opponente ha affermato che l'atto di costituzione del pegno, in data 8 novembre 1991, per nominali L. 590.000.000 (escluso il credito per L. 30.000.000 in relazione al quale la banca ha rinunciato a far valere la prelazione in quanto il pegno era stato costituito con atto del 10 giugno 1992, nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento del 28 maggio 1993) aveva ad oggetto (non i titoli, ma) il credito della società fallita alla consegna o all'attribuzione dei titoli indicati in calce all'atto (CCT emessi il 1 novembre 1990 con scadenza nel 1995) o del loro controvalore in danaro, in relazione al mandato ad acquistarli conferito alla banca, e che tanto l'atto di costituzione quanto l'atto di accettazione della Cassa di Risparmio recavano l'affrancatura postale dell'8 novembre 1991, anteriore alla dichiarazione di fallimento sopravvenuta il 28 maggio 1993. In ordine al mancato riconoscimento della compensazione per L. 43.671.250, per cedole maturate e riscosse dalla banca fino al 1 maggio 1993 sui c.c.t. costituiti in pegno, essendo il fallimento intervenuto il 28 maggio 1993, all'opponente spettava il diritto di avvalersi della compensazione L. Fall., ex art. 56.

Con sentenza del 23 settembre 1999 il tribunale di Bassano del Grappa ha rigettato l'opposizione affermando che l'atto di costituzione di pegno dell'8 novembre 1991 non aveva data certa e che in relazione all'esclusione della compensazione la banca non aveva interesse a farla valere perchè il suo credito era stato ammesso al passivo nella misura dalla stessa richiesta e il fallimento non aveva ancora fatto valere il proprio credito alla somma di L. 43.671.250.

Con sentenza del 12 agosto 2004 la corte d'appello di Venezia ha integralmente confermato la sentenza di primo grado, salvo che per l'esclusione della data certa dell'atto di costituzione del pegno perchè il timbro postale in data 8 novembre 1991 era stato apposto sullo stesso documento contenente il negozio costitutivo della garanzia.

Tuttavia doveva escludersi il privilegio, per le ragioni esposte nella sentenza di questa Corte n. 4208 del 1999 secondo cui: a) non è possibile ravvisare un valore economico intrinseco nel facere consistente nella prevista futura consegna dei titoli, ma solo nei titoli

stessi; b) il diritto del mandante alla consegna è eliso e vanificato proprio nel momento e per effetto dell'atto dispositivo perchè in tale momento nasce il diritto della banca a conservarne la detenzione in funzione di garanzia del proprio credito; c) ove oggetto del pegno sia il diritto alla consegna dei titoli, non si spiega poi come sussista la garanzia ove i titoli non vengano mai materialmente formati o la loro durata sia inferiore al periodo della garanzia; d) non è consentito ai privati porre in essere strumenti negoziali diretti a realizzare una garanzia reale specifica su valori mobiliari diversi da quelli previsti dal legislatore con gli artt. 2786 e 2787 c.c.; e) non è configurabile il pegno di cosa futura, in tal caso prospettandosi un accordo produttivo, prima della consegna, di meri effetti obbligatori, inidoneo a costituire la garanzia reale, così che il credito è chirografario per tutto il tempo intercorrente tra la concessione del finanziamento, accompagnato dal mandato ad acquistare titoli e l'individuazione dei titoli stessi.

Quanto all'esclusione della compensazione del debito della banca per le cedole erroneamente riscosse e i maggiori crediti vantati, la corte territoriale, confermando la sentenza di primo grado, ha rigettato la censura non tanto per difetto d'interesse della banca quanto per essere stato integralmente ammesso al passivo il credito vantato.

Ricorre per cassazione, sulla base di tre motivi, illustrati con memoria, Unicredit Banca d'Impresa s.p.a., succeduta alla Cassa di Risparmio di Trento e Rovereto. Il Fallimento della SIMER resiste con controricorso, e ha proposto anche ricorso incidentale affidato a un motivo, al quale resiste la banca con controricorso.

Con ordinanza del 28 febbraio 2011, la prima sezione, alla quale il ricorso era stato assegnato, ha disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente per valutare l'eventuale rimessione della questione alle Sezioni Unite, rilevando un contrasto di giurisprudenza tra l'orientamento che esclude la possibilità della costituzione di un pegno del tipo di quello dedotto dalla banca ricorrente, rappresentato dalla sentenza n. 4208 del 1999, e l'orientamento che, invece, ha ammesso la possibilità della costituzione in pegno del credito in favore del mandatario incaricato di

acquistare i titoli e successivamente di consegnarli al mandante, espresso dalla sentenza n. 8050 del 2009.

In occasione dell'udienza odierna il Fallimento ha presentato memoria.

#### Diritto

##### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo, la ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 99 e 112 c.p.c., censura la sentenza impugnata per non essersi la corte territoriale limitata a prendere in considerazione l'unica eccezione ritualmente proposta dal Fallimento, costituita dalla invalidità del pegno di beni, avendo invece valutato e accolto la diversa eccezione di inammissibilità del pegno del credito del mandante ad acquistare e a consegnare una quantità di cose di genere (titoli di credito), tardivamente dedotta per la prima volta nella comparsa conclusiva in grado d'appello.

Tale questione non avrebbe ad oggetto una nullità rilevabile d'ufficio sia perchè non si tratterebbe di un'ipotesi di nullità, sia perchè, dovendosi il principio della rilevabilità d'ufficio delle nullità coordinarsi con il principio dispositivo, il giudice non può rilevare una causa di nullità diversa da quella inizialmente dedotta dalla parte.

Il motivo non è fondato.

In relazione alla questione relativa alla qualità privilegiata o non del credito fatto valere, oggetto di cognizione sommaria in sede di accertamento del passivo da parte del giudice delegato e di cognizione piena in sede di giudizio di opposizione, la valutazione della sussistenza dei presupposti della prelazione deve essere compiuta dal giudice d'ufficio, attenendo all'esistenza delle condizioni dell'azione esperita dal creditore, che è oggetto di mere difese e non di eccezioni in senso stretto della controparte, non potendo quindi invocarsi il diverso principio del vincolo del giudice alla specifica eccezione di nullità, tempestivamente proposta, applicabile solo nei giudizi in cui la domanda abbia ad oggetto direttamente l'accertamento dell'invalidità o dell'inefficacia dell'atto (cfr.: Cass. 27 aprile 2011, n. 9395; 6 ottobre 2006, n. 21632; 5 novembre 2001, n. 13628; 7 dicembre 2000, n. 15530; 23 settembre 2000, n. 12644; 9 gennaio

1999, n. 117; 14 marzo 1998, n. 2772; 2 aprile 1997, n. 2858).

2. Esaminando immediatamente, per comodità espositiva, il terzo motivo del ricorso principale e il ricorso incidentale, deve esserne dichiarata parimenti l'infondatezza.

Il terzo motivo del ricorso principale, con il quale si lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 99, 100 e 112 c.p.c., ed il vizio di motivazione, civ., per avere la corte d'appello omesso di decidere sulla domanda della banca di accertamento della compensazione per L. 43.000.000 non è fondato perchè la corte territoriale ha puntualmente spiegato la ragione per la quale, essendo stato ammesso al passivo, senza osservazioni da parte del fallimento, un credito pari alla differenza tra l'intero credito vantato e il debito di L. 43.000.000, corrispondente all'importo delle cedole indebitamente riscosse, non sussisteva alcun interesse attuale all'accoglimento della domanda.

Il ricorso incidentale del Fallimento, con il quale si lamenta l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione per avere la corte territoriale affermato che la scrittura costituiva del pegno aveva data certa anteriore al fallimento non ostante che il timbro postale fosse stato apposto soltanto sulla busta contenente il documento, contrariamente a quanto eccepito dalla ricorrente, è tempestivo, perchè, come è stato già affermato (Cass. n.14 aprile 2011, n. 8542; 12 gennaio 2001, n. 396) la riduzione alla metà del termine per proporre ricorso per cassazione espressamente prevista dalla L. Fall., art. 99, ha natura di norma eccezionale, in quanto derogatrice della disciplina generale, e pertanto non può essere analogicamente applicata anche al diverso termine previsto dall'art. 370 c.p.c., per proporre controricorso. Tuttavia il ricorso è inammissibile per la diversa ragione che, con lo stesso, si deduce un vizio dell'accertamento di fatto compiuto dalla corte territoriale - secondo la quale il timbro postale è stato apposto, non sulla busta, ma direttamente sul documento contenente la convenzione -, deducibile eventualmente con la revocazione ma non ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5. Del pari inammissibile è, infine, la censura con la quale, senza formulare specifiche critiche alla motivazione della sentenza impugnata e in

modo contraddittorio rispetto alla critica appena esaminata, viene adesivamente riportata l'argomentazione del giudice di primo grado secondo la quale la presenza del timbro postale sul foglio contenente la convenzione non attesterebbe che il contenuto del documento al momento dell'apposizione del timbro stesso coincidesse con quello del documento prodotto in giudizio.

3. La questione centrale è posta con il secondo motivo del ricorso principale con il quale la banca ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 2786 ss. e 2800 ss. c.c., ed il vizio di motivazione, perchè nessuna norma inderogabile o principio di ordine pubblico, ai sensi dell'art. 1322 c.c., vieterebbe di costituire in pegno il credito nascente dal mandato ad acquistare e a consegnare una certa quantità di CCT non individuati, essendo accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza proprio l'opposto principio, mentre in senso contrario non potrebbe essere invocata la sentenza n. 4208/1999, che solo obiter avrebbe affermato la tesi contraria all'ammissibilità. Comunque, in ordine agli argomenti esposti dalla indicata sentenza di questa Corte, osserva il ricorrente, che: a) il credito all'acquisto e quindi alla consegna di CCT ha valore economico, come sarebbe confermato dal fatto che, in ipotesi di mancata emissione, come avvenuto nella specie, il diritto verso il Tesoro, risultante dal piano di emissione, pur non potendo circolare secondo le regole della legittimazione cartolare, sarebbe comunque quotato in borsa e potrebbe essere venduto; b) sarebbe irrilevante l'affermazione secondo cui il credito si vanifica al momento stesso della consegna dei titoli, perchè, come in tutte le ipotesi di pegno di credito, la garanzia, estinto il credito, si trasferisce sui titoli; c) l'argomento relativo all'inammissibilità di strumenti negoziali diversi da quelli ex artt. 2786 e 2787 c.c., non sarebbe pertinente perchè oggetto del credito dato in pegno non era il diritto alla consegna di cose determinate, ma di cose indicate solo nel genere e, pertanto, non sarebbe configurabile un'elusione della disciplina del pegno di cose mobili; e) inconferente sarebbe anche il rilievo relativo all'inammissibilità del pegno di cose future, perchè nella specie ricorre la diversa fattispecie di pegno di credito all'acquisto e alla consegna

di un bene, che ha natura reale, al pari del pegno sul credito alla consegna di denaro.

3. La prima sezione, esaminando il secondo motivo del ricorso principale, ha rilevato che sulla questione della possibilità, ai fini del riconoscimento del privilegio da far valere nella ambito di una procedura fallimentare, di istituire in favore della banca mandataria un pegno avente ad oggetto il credito del mandante sorgente dal mandato ad acquistare e consegnare una determinata quantità di CCT è insorto contrasto nell'ambito della giurisprudenza della corte.

La sentenza n. 4208 del 1999 ha escluso la possibilità della costituzione del pegno sulla base delle seguenti argomentazioni:

1) "nei diritti reali di garanzia il bene che forma oggetto del diritto viene in considerazione essenzialmente in quella che significativamente è stata denominata la sua "componente" o "riserva" di "valore", cioè nel suo identificarsi in un valore economico ad essa intrinseco, in rispondenza all'interesse del creditore garantito che non ha quale punto di riferimento una entità materiale in se stessa ma la idoneità del bene a rafforzare, mediante la possibilità della sua conversione in danaro, la garanzia del soddisfacimento delle sue ragioni di credito: tale immediata valenza non si riscontra nel diritto ad un "facere" consistente nella prevista futura consegna dei titoli di credito, ma solo in questi ultimi, considerati in funzione della loro caratteristica fondamentale che è quella della incorporazione in essi del credito verso l'emittente";

2) "non sembra possibile concepire la costituzione in pegno (e più in generale, un atto di disposizione) di un diritto il cui contenuto - la consegna dei titoli al mandante in adempimento del mandato - subisca elisione e vanificazione proprio nel momento e per effetto dell'atto dispositivo che comporta che non debba aver luogo la dazione dei titoli dei quali la banca mandataria è designata a conservare la detenzione quale strumento di realizzazione della garanzia";

3) "siffatta costruzione non appare nemmeno risolutiva rispetto alla problematica inerente alla mancata individuazione originaria dei titoli - in relazione all'esigenza della determinatezza dell'oggetto del pegno - dappoichè la incertezza dell'oggetto del diritto

non può non risolversi in incertezza del contenuto del diritto stesso";

4) "la tesi della identificazione dell'oggetto del pegno nel diritto alla consegna dei titoli, sottoposta alla prova di resistenza di tutte le articolazioni problematiche prospettabili nel contesto della attuale diffusione del fenomeno della dematerializzazione dei titoli di massa, non offre adeguata risposta circa la sorte della garanzia nel caso in cui i titoli in questione abbiano a non ricevere mai materiale formazione o nel caso in cui il ciclo di durata degli stessi abbia ad esaurirsi in termine più breve del periodo nel quale debba trovare esplicazione la funzione della garanzia stessa";

5) "la stessa tesi non offre nemmeno coerente fondamento alla evoluzione della fattispecie nel senso del successivo venire ad esistenza dei titoli, perchè non consente di individuare - almeno in assenza di specifica previsione convenzionale di sostituzione dell'oggetto della garanzia - la fonte del diritto del creditore a procedere alla realizzazione dei titoli dei quali sia poi entrato in possesso".

6) deve dubitarsi della legittimità della costituzione in pegno di un diritto alla consegna di cose determinate o di titoli in relazione al fatto che tale convenzione può tradursi in una surrettizia costituzione in pegno di cose mobili in forme diverse da quelle normativamente stabilite.

A tali argomentazioni l'ordinanza della prima sezione aggiunge anche che:

7) i crediti che possono essere oggetto di pegno sono quelli che il debitore ha verso terzi e non quelli verso il creditore pignoratizio che finirebbe per essere garantito dal proprio adempimento, e cioè, sostanzialmente, da se stesso;

8) nel caso in cui il credito costituito in pegno abbia ad oggetto il diritto ad acquistare e ottenere la consegna di CCT, il pegno sussiste finchè il mandato non viene adempiuto con la consegna dei beni acquistati, mentre, se nessun termine è stabilito per la consegna al mandante dei titoli acquistati, il pegno sul credito verrebbe in sostanza a trasformarsi in un pegno sui titoli poichè questi resterebbero presso il mandatario a tempo indeterminato a garanzia del proprio credito e, in caso d'inadempimento del mandante costituirebbero in sostanza i beni tramite i

quali il mandatario garantito realizzerebbe la propria garanzia.

A fronte dell'orientamento espresso dalla sentenza 4208 del 1999, questa corte ne ha di recente espresso uno del tutto diverso con la sentenza n. 8050 del 2009. In una fattispecie sostanzialmente analoga a quella oggetto della presente controversia, anche se prevalentemente incentrata sulla questione se, acquistati i titoli da parte del mandatario, si fosse o meno realizzato l'immediato trasferimento degli stessi al mandante, la citata sentenza ha riconosciuto, sia pure senza specifica motivazione sul punto, la possibilità di costituzione di un pegno di crediti in favore del mandatario incaricato di acquistare titoli e di consegnarli al mandante. In particolare nella sentenza si osserva che il mandatario non è tenuto solamente ad un tacere, "dai momento che per assicurare ai mandante l'acquisto della proprietà nei rispetto della norma richiamata, egli era tenuto a dare i titoli, prestazione che si sarebbe realizzata attraverso il "tacere" della specificazione. E trattandosi di una prestazione dovuta, il credito ad essa corrispondente si appalesava suscettibile di essere costituito in pegno, a norma dell'art. 2800, a differenza del pegno di titoli rappresentativi, i quali vanno considerati pegno di cose e non di crediti".

4. Giova premettere che la questione che si pone nella specie riguarda una convenzione di pegno dell'8 novembre 1991 avente ad oggetto il credito nascente dal mandato conferito da società fallita il 28 maggio 1993 ad acquistare CCT emessi il 1 novembre 1990, con scadenza nel 1995, pacificamente non individuati al momento della dichiarazione di fallimento.

Si tratta, quindi, di una fattispecie che pone una problematica destinata a non avere significativa rilevanza temporale perchè, come risulta dalla ricostruzione delle vicende relative al regime giuridico della circolazione dei titoli di Stato operata dalla sentenza di questa Corte 27 agosto 1996, n. 7859, a partire dal 1980 e fino al D.M. 23 maggio 1993 (emesso in attuazione della L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 22, comma 4, recante la disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari, e in conformità col sistema di amministrazione centralizzata dei valori mobiliari affidata alla Monte titoli s.p.a.) la Banca d'Italia, sulla base

di convenzioni con gli intermediari finanziari, aveva istituito un sistema di gestione centralizzata nell'ambito del quale anche i titoli di Stato potevano essere trasferiti tra i soggetti partecipanti a tale gestione mediante iscrizioni contabili senza materiale tradizione. In questo periodo mentre per i BOT, a partire dal D.M. 25 luglio 1985, e dalla circolare del Ministero del tesoro del 19 marzo 1986, non veniva più formato il documento cartaceo, per i CCT il documento cartaceo veniva formato non al momento dell'asta, in cui erano consegnati ricevute provvisorie, ma successivamente.

Il regime di gestione accentrata su base convenzionale è stato sostituito da quello legale a partire dall'entrata in vigore del D.M. 23 maggio 1993 e da questa stessa data il pegno su titoli di Stato si costituisce con la sola annotazione del vincolo sul registro del gestore, come è stato poi espressamente previsto dal D.Lgs. 24 giugno 1998, n. 213, art. 34, recante disposizioni per l'introduzione dell'Euro, attualmente trasfuso nell'art. 83 octies, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (t.u.f.) di cui al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni.

Le tematiche poste nella fattispecie non riguardano dunque convenzioni di pegno formate nel periodo successivo al 1993. Ciò non esclude tuttavia che, pur nel limitato rilievo temporale, il problema posto all'attenzione di queste sezioni unite sia delicato e di rilevanza pratica significativa.

5. La tesi dell'inesistenza della prelazione in relazione a una convenzione di pegno che, come è ormai pacifico tra le parti, ha avuto ad oggetto non titoli di stato ma il credito del cliente nei confronti della banca all'acquisto e alla consegna di una determinata quantità di titoli per un controvalore altrettanto determinato, senza che tali titoli risultino ancora materialmente formati al momento della convenzione nè successivamente, seguita dalla sentenza n. 4208 del 1999, merita di essere condivisa per le argomentazioni che in tale decisione sono state ampiamente esposte alle quali possono aggiungersi le seguenti osservazioni.

5.1. Il pegno costituisce per il creditore una garanzia reale, cioè opponibile erga omnes, che si concreta nella creazione di una riserva di

utilità economicamente apprezzabile e che si traduce nel diritto di conseguire il ricavato dell'aggiudicazione del bene o del diritto sottoposto a pegno, quale valore (non solo e non tanto, come d'uso, quanto) di scambio del bene o del diritto stesso. Se è vero che l'idoneità ad assumere valore di scambio non è esclusiva delle cose, ma anche dei crediti e di altri diritti, è anche vero che è pur sempre necessario che crediti e diritti siano idonei ad assumere natura di res, a subire una oggettivazione. Ma, come è stato osservato da autorevole dottrina, non tutti i diritti sono idonei ad acquistare questa qualità. Ciò deve dirsi del credito all'acquisizione e alla consegna di titoli di Stato non emessi che il cliente mandante vanta nei confronti della banca mandataria, perchè il valore di scambio, in questo caso, è del titolo e non del tacere o del dare, quali prestazioni preliminari all'effettivo acquisto e alla consegna del titolo stesso.

Nè coglie nel segno l'argomento contrario che si vorrebbe trarre dalla circostanza che, in caso di mancata emissione di titoli di Stato (nel periodo in cui era ancora prevista la formazione del documento cartaceo e per quei titoli per i quali la previsione era vigente) il credito alla consegna dei titoli nei confronti del Tesoro, risultante dal piano di emissione, poteva essere posto in vendita, perchè si tratta del credito verso lo Stato, ben diverso da quello verso la banca mandataria che si vorrebbe assoggettare a pegno.

5.2. D'altra parte, molteplici sono i dubbi che sorgono ad ammettere la possibilità di sottoporre a pegno, con effetti reali e con attribuzione della prelazione, il credito del cliente all'acquisto e alla consegna dei titoli di Stato non ancora emessi o comunque non individuati al momento della costituzione della garanzia.

In primo luogo è difficile ammettere che abbia una qualche autonomia un credito al compimento di una prestazione che al momento in cui viene adempiuta non soddisfa tanto l'interesse del mandante - creditore, quanto quello del mandatario - debitore di detta prestazione, in quanto in quel momento la banca consegue il possesso dei titoli e realizza effettivamente la garanzia del suo credito nascente dall'operazione di finanziamento.

Più in generale, poi, e prescindendo dalla convenzione di pegno, rispetto all'effettivo risultato che le parti intendono conseguire con il contratto di investimento, consistente nel conseguimento da parte del cliente dei diritti patrimoniali conseguenti all'acquisto dei titoli di Stato, in regime di materializzazione, la consegna del documento è oggetto di un diritto eventuale ed accessorio privo di autonomia perchè, come avviene in ogni fattispecie negoziale acquisitiva, o la fattispecie si perfeziona e l'acquirente diviene titolare del diritto, che può circolare e quindi anche essere sottoposto a pegno, senza che il diritto alla consegna del documento rappresentativo abbia alcuna effettiva utilità suscettibile di commercio giuridico, o la fattispecie non si perfeziona (ancora) e quindi il bene è di altri, con la conseguenza che, se anche fosse configurabile un diritto relativo alla consegna, si tratterebbe di un credito che al massimo, in quanto pegno sul credito alla consegna di cosa altrui, potrebbe essere oggetto di un pegno con effetti obbligatori ma non reali.

5.3. Dai rilievi svolti emerge allora che il risultato che discenderebbe dall'esatto adempimento della convenzione consisterebbe nella trasformazione, al momento appunto dell'adempimento, del pegno di credito in pegno di cosa (il documento che incorpora il titolo di debito pubblico). Tale effetto automatico, che sembrerebbe trovare nell'art. 2803 c.c., una base legale, in realtà incontra il doppio limite dell'insufficiente indicazione della cosa nella convenzione di pegno di credito e del fatto che il cliente diviene proprietario dei titoli già al momento dell'individuazione e quindi non può operare la trasformazione del diritto di credito alla consegna in diritto di proprietà dei titoli previsto dall'art. 2803 c.c., perchè, appunto, l'acquisto della proprietà precede e non segue la consegna stessa.

Peraltro se l'automatica trasformazione del pegno di credito alla consegna in pegno di titoli fosse l'effetto di apposita convenzione tra le parti, si avrebbe innanzi tutto una sostituzione dell'oggetto del pegno equivalente a un nuovo pegno. Si porrebbe inoltre in essere una convenzione elusiva del divieto di patto commissorio perchè l'appropriazione dei titoli da parte della banca, successivamente alla

consegna realizza un effetto sostanzialmente analogo al patto commissorio, in quanto la banca verrebbe ad appropriarsi dell'oggetto del credito del cliente.

Del pari elusiva della disciplina legale imperativa (in quanto derogatrice del principio della *par condicio creditoris*) appare la convenzione oggetto del contendere. Infatti, se le parti intendono conseguire gli effetti propri del pegno, quale garanzia reale disciplinata dal codice e in particolare se intendono attribuire al creditore pignoratorio la prelazione, debbono rispettare le condizioni previste dalla disciplina positiva, libere certamente di conseguire effetti meritevoli di tutela in altro modo, come autorizza l'art. 1322 c.c., ma senza che in tal caso sia possibile ipotizzare che dalla convenzione possano discendere gli effetti reali e la prelazione che nascono dal pegno valido secondo la normativa codicistica.

In particolare il pegno di credito all'acquisto e alla consegna di titoli non ancora emessi ha natura di pegno di credito futuro, che fino a quando non si verifica la consegna ha effetti obbligatori e non attribuisce prelazione, che sorge solo dopo la specificazione o la consegna. A differenza del pegno di credito alla consegna di denaro o di altra cosa fungibile (art. 2803 c.c.) già esistenti al momento della convenzione, i titoli di Stato, in regime di materializzazione, non sono ancora esistenti fino a quando non viene formato il documento che li incorpora e pertanto, fino a che non viene effettuata l'individuazione non può sussistere la prelazione.

5.4. Non può tralasciarsi che la disciplina delle condizioni in presenza delle quali può sorgere la prelazione anche in caso di pegno non avente ad oggetto una cosa, suscettibile di tradito, (art. 2800 c.c.) prevede che la scrittura contenente la convenzione di pegno su crediti o su altri diritti debba essere notificata o accettata dal debitore del credito sottoposto a pegno, facendo intendere che, al di là della possibilità in generale di sottoporre a vincolo in favore di un soggetto la prestazione della quale lo stesso sia debitore (come avviene nel caso di pignoramento o di sequestro conservativo di un proprio debito verso l'esecutato o il debitore sequestrato fatta dal creditore pignoratorio o sequestrante presso se stesso) la coincidenza tra il soggetto

debitore della prestazione oggetto del credito sottoposto a pegno e di creditore della prestazione garantita non è compatibile con la disciplina del pegno.

In conclusione il ricorso principale deve essere rigettato.

Per le ragioni già indicate il ricorso incidentale è inammissibile.

Attesa la reciproca soccombenza le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso principale e dichiara inammissibile il ricorso incidentale. Compensa le spese di questo giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 25 ottobre 2011.

Depositato in Cancelleria il 2 ottobre 2012.

\*