

## CONSEGNA DI COSE FUNGIBILI E PROPRIETÀ DEL TRADENS. DIVERGENTI INTERVENTI DELLA CASSAZIONE

di ALDO ANGELO DOLMETTA

1.- Può capitare – e capita spesso, nella realtà – che un soggetto proprietario di una certa quantità di cose fungibili, le consegni a un altro: perché le custodisca; o perché le trasporti in un luogo dato; o anche perché le gestisca; o ancora per ragioni diverse. Può essere che il patto corrente tra *tradens* e *accipiens* preveda che le cose consegnate stiano in disparte dalle altre dotate delle medesime caratteristiche oppure, al contrario, che tutto sia tenuto in monte, alla rinfusa. È nei fatti materiali, in ogni caso, che l'*accipiens* possa venire a mischiare le une alle altre.

In tutte le ipotesi in cui le cose consegnate non rimangano in modo compiuto separate da ogni altro resto – e così siano state targate in modo specifico, come chiuse in loro stesse (e cioè “defungibilizzate”, per passare al gergo tecnico) – che succede? A chi sta la proprietà delle cose? Rimane in capo al *tradens* o transita invece su quello dell'*accipiens*?

Su questo tema si fronteggiano – non da oggi, certo – due scuole di pensiero, che per l'appunto vengono a sostenere le opposte, appena indicate, soluzioni: l'una a porre, pertanto, l'accento sul *tradens*; l'altra per contro a fissarsi sull'*accipiens*, secondo un'impostazione che, rispetto alla prima, può stimarsi come (più) risalente.

Da un po' di tempo a questa parte, poi, questa contrapposizione si è venuta a insinuare anche al livello della Corte di Cassazione. Nel senso, anzi, che potrebbero fors'anche configurarsi, in via di ipotesi, i presupposti per l'applicazione della norma dell'art. 374, comma 2, c.p.c., con la conseguente esigenza di un intervento nomofilattico delle Sezioni Unite. Del resto, se il tema si nutre di un importante spessore dottrinario, pure risulta dotato di forti implicazioni operative: basti pensare, per

quest'ultimo riguardo, al fatto che vi è coinvolto, fra gli altri, pure il settore dei “patrimoni separati” di cui alla norma dell'art. 22 TUF; e al ruolo che il tema è destinato a svolgere rispetto alle azioni di rivendica di cui all'art. 103 legge fall.

2.- E' insegnamento tradizionale della Suprema Corte (e, per la verità, pure dei giudici del merito) che le “cose fungibili con la consegna si trasferiscono in proprietà”; per le stesse, cioè, “non si può avere trasferimento del possesso [in senso lato] senza trasferimento della proprietà”. A parte resta solo il caso — che, per l'appunto, si manifesta estraneo al perimetro della fattispecie così considerata — in cui le cose siano state defungibilizzate; secondo quanto avviene, per fermarsi a un esempio corrente, quando per i titoli di stato viene indicato lo specifico numero di certificato.

Una “domanda di rivendica e restituzione *ex art. 103 legge fall.*, dunque, si ammette solo con riguardo a cose mobili individuate per specie” — si rileva, di conseguenza — “non anche in relazione a cose di genere”; rispetto a queste, anzi, la rivendica non è nemmeno “concepibile”; a riguardo di queste ultime è concepibile unicamente un “diritto di credito”. Quelle di rivendicazione — si ribadisce altresì — “possono avere ad oggetto soltanto, ed esclusivamente, cose e beni mobili specificamente individuati ... non invece cose fungibili”; non, in ogni caso, il denaro che, una volta entrato nella disponibilità del fallito, perde la sua individualità”.

Come si vede, si tratta di un insegnamento propriamente generale: che dal denaro va in su a crescere, cioè, sino a predicarsi per tutte le cose di tratto fungibile; meglio, per tutte quelle correntemente ritenute — utilizzate, soprattutto — quali tali (ché, ovviamente, non è che esista una cosa *in rerum natura* fungibile). E di un insegnamento, inoltre, che viene sostenuto e invocato del tutto a prescindere dalla circostanza che, a livello di fattispecie concreta, l'*accipiens* mischi o meno le cose ricevute con quelle di altri o, invece, con delle proprie cose (diversamente da quanto sembrano disporre, per dire, le disposizioni dettate nei commi 2 e 3 dell'art. 91 TUB); o che, all'opposto, le lasci lì da sole (ma pur sempre nel loro permanere come cose fungibili, s'intende).

Danno corpo a questo indirizzo, tra le altre, le pronunce di Cass., 20 febbraio 1984, n. 2633; Cass., 31 ottobre 1981, n.

5768; Cass., 16 maggio 1990, n. 4262; Cass., 18 ottobre n. 12718.

3.- L'altro e innovativo orientamento, che si pone a contrasto di quello tradizionale della Suprema Corte, ha come capofila la sentenza di Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031. Questa in via diretta concerne un caso di mescolanza di beni portati da più fiduciari, senza coinvolgere anche dei beni della società fiduciaria (e *accipiens* dei beni di quelli).

Secondo tale pronuncia, dunque, occorre fare in particolare i conti con la disposizione dell'art. 1782 c.c., là dove la stessa “precisa che il passaggio della proprietà dal depositante al depositario non costituisce una conseguenza *indefettibile* della fungibilità delle cose depositate, perché tale effetto si realizza solo se al depositario è concessa (anche) la facoltà di servirsi di tali beni nel proprio interesse”. “Il fatto che la concessione della facoltà d'uso concorra, con la natura delle cose depositate, a determinare l'acquisto della proprietà da parte del depositario rende evidente” — così si puntualizza — “che la proibizione di servirsi della cosa ricevuta in deposito (art. 1770, comma 1, c.c.) sussiste anche quando tale contratto abbia ad oggetto una quantità di denaro o di cose fungibili e porta a riconoscere l'ammissibilità di un deposito *regolare* di beni *fungibili* che non siano stati individuati al momento della consegna”.

Questo più giovane orientamento si pone, d'altro canto, in termini consonanti con una linea dottrinale che, proprio negli anni '90, è per l'appunto andata a rivalutare i termini contenutistici della disposizione dell'art. 1782 (: l'orientamento tradizionale della giurisprudenza – così si nota – “abroga in pratica la norma dell'art. 1782 c.c.”); e che pure ha sottolineato in proposito come la “tradizione dottrinale ammetta (e da tempo) la possibilità del deposito alla rinfusa costruito come deposito regolare di cose fungibili”; e ancora che ha rimarcato la sussistenza di più regolamentazioni di legge speciale orientate nella medesima direzione sostanziale (quale quella di cui alla legge 19 giugno 1986, n. 289, come relativa alla Monte Titoli; ovvero quale quella già sopra richiamata, che è dettata dall'art. 91, comma 2, TUB).

A livello di Suprema Corte l'indirizzo inaugurato da Cass., n. 10031/1997 risulta seguito, in particolare, dalle pronunce di Cass., 21 maggio 1999, n. 4943 e di Cass., 5 aprile 2006, n. 7878.

4.- Non si può dire, peraltro, che questo più recente orientamento sia andato a revocare quello tradizionale, allo stesso sostituendosi. In effetti, quest'ultimo si trova ribadito ancora in tempi recenti. E così, in specie, dalla decisione di Cass., 28 febbraio 2011, n. 4813, che è andata ad occuparsi di una domanda di rivendica fallimentare del “mais stoccato rinvenuto nel silos della fallita”.

Questa decisione non sembra proprio mettere in dubbio, in particolare, che “la natura di bene fungibile della *res* rivendicata” importi una “conseguente impossibilità della sua restituzione, ove non sia intervenuto un fatto che ne abbia determinato l'individuazione e che abbia impedito la confusione nel patrimonio del fallito”; “in relazione alle cose di genere”, conclude la stessa, è “configurabile solo un diritto di credito azionabile con l'insinuazione *ex art. 93*” legge fall.

E da ciò, quindi, l'attualità del segnalato contrasto.

5.- Qualche brevissima notazione a margine. Prima di tutto, è da rilevare che, sotto il profilo ricostruttivo, il secondo orientamento viene a spostare – rispetto al primo – l'asse del discorso dal fatto (come dato dall'avvenuta consegna di un certo tipo di cose, assunte in quanto tali) al negozio.

Per questa concezione, cioè, il passaggio della proprietà dal *tradens* all'*accipiens* non è una mera conseguenza della fungibilità – ovvero di un'avvenuta consegna delle cose -, ma dipende dalla causa del contratto di cui si tratta; lo stesso risulta frutto, cioè, dall'atto di autonomia privata che abbia eventualmente attribuito all'*accipiens* il potere di disposizione sulle cose depositate. In definitiva, il carattere fungibile delle cose depositate potrà casomai incidere sulle modalità di custodia a cui è tenuto il depositario (e quindi sui termini dell'esatto adempimento dell'obbligazione di custodia); non già su altro.

Un altro punto di importante supporto di questo orientamento è la constatazione che, nel sistema vigente, il mescolamento tra loro di più cose fungibili (perché tutte identificate da un medesimo ordine di note qualificanti) – e che appartengano a diversi soggetti – non comporta, di per sé, perdita di posizioni dominicali da parte di nessuno: giusta la presenza nell'ordinamento

della figura della proprietà *ex art.* 939 c.c., per cui ciascuno conserva la proprietà della “cosa sua”, se quelle mischiate risultano separabili “senza notevole deterioramento” e per cui, altrimenti, la “proprietà ne [*i.e.*: delle cose] diventa comune”. Anche qui, in definitiva, il fatto del mescolamento delle cose consegnate con altre omologhe di soggetti diversi è fatto in principio non rilevante: in senso inverso, peraltro, di quanto è ritenuto dal primo e tradizionale orientamento. Per quest’ultimo, l’avvenuta consegna è fatto già sufficiente per dichiarare il passaggio della proprietà; per quello innovativo, invece, pure l’avvenuto mescolamento di cose di più proprietari lascia sopravvivere, in sé, la proprietà di ognuno.

6.- Per gli opportuni ragguagli di dottrina e maggiori approfondimenti sulla tematica descritta nei numeri precedenti, si può rinviare, tra gli altri, in specie a PORTALE e DOLMETTA, *Deposito regolare di cose fungibili fallimento del depositario*, in questa *anca e borsa*, 1994, I, 842 ss.; D’ALESSANDRO, *Dissesto di intermediario mobiliare e tutela dei clienti*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 476 ss.; SALAMONE, *La Cassazione fa un passo avanti rispetto alla giurisprudenza consolidata in materia di rivendicazione fallimentare (art. 103 l. fall.) di quantità di fungibili non individuati*, in *Banca e borsa*, 1999, II, 141 ss.; DOLMETTA, *Rivendica di cose fungibili in contesti concorsuali e proprietà “individue”*, di prossima pubblicazione in *Banca e borsa*, 2017, II.