



CORSO DIDOTTORATO DI RICERCA IN
DISCIPLINE GIURIDICHE
DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA

XXIX° CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

**FUNZIONE DI GARANZIA E BENI SOTTRATTI ALLA
CIRCOLAZIONE GIURIDICA**

Tutor:

Prof. Andrea Zoppini

Dott.ssa

Giulia Fatano

Coordinatore:

Prof. Giuseppe Grisi

INDICE

PREMESSA.....	pag. 5
---------------	--------

Capitolo 1

FUNZIONE DI GARANZIA E BENI SOTTRATTI ALLA CIRCOLAZIONE GIURIDICA

§1	Introduzione: delimitazione della nozione di garanzia.....	pag. 6
§2	Delimitazione della nozione di “funzione di garanzia”.....	pag. 8
§3	La funzione di garanzia da un punto di vista economico o di analisi del diritto.....	pag. 11
§4	Garanzie legali e convenzionali.....	pag. 14
§5	Funzione di garanzia e beni sottratti alla circolazione giuridica.....	pag. 21

Capitolo 2

FUNZIONE DI GARANZIA E BENI IMPIGNORABILI

§1	Premessa.....	pag. 30
§2.1	Beni impignorabili: impignorabilità “codicistica”.....	pag. 31
§2.2	Beni impignorabili: impignorabilità temporanea.....	pag. 33
§2.3	Beni impignorabili: impignorabilità sopravvenuta.....	pag. 36
§2.4	Beni impignorabili: impignorabilità convenzionale.....	pag. 37
§2.5	Beni impignorabili di nuova generazione: l’articolo 5 del d.lgs. 31 dicembre 2012 n.249.....	pag. 39
§2.5.1	Il contesto storico-normativo in cui viene introdotta la direttiva.....	pag. 40
§2.5.2	Le principali scelte operate dalla direttiva.....	pag. 42
§2.5.3	Il rilievo del decreto legislativo 249/2012.....	pag. 45
§3.1	Indagine sulla giustificazione teorica del pegno su un bene impignorabile e profili rilevanti di alcune tipologie di pegno.....	pag. 47
§3.2	Generalità sul pegno e peculiarità riguardanti l’oggetto.....	pag. 47
§3.3	Pegno su bene impignorabile.....	pag. 52
§3.3.1	La possibile utilità di un pegno su beni impignorabili.....	pag. 55

§3.4	Pegno rotativo e variabilità dell'oggetto.....	pag. 57
§3.5	Prime conclusioni sull'indagine rispetto al pegno rotativo di valori mobiliari,titoli di Stato, titoli di debito pubblico e garanzie finanziarie.....	pag. 65
§4	Il privilegio ex articolo 46 TUB e le scorte di petrolio.....	pag. 69

Capitolo 3

IL PEGNO SULLE SCORTE DI PETROLIO

§1	Premessa (e tentativo di ricostruzione analogica sulla base del pegno rotativo).....	pag. 76
§2.1	Approfondimento sul pegno rotativo sulle scorte di petrolio (quali bene impignorabili).....	pag. 77
§2.1.1	Gli ostacoli ed i gravami.....	pag. 77
§2.1.2	L'impignorabilità delle scorte.....	pag. 79
§2.2	Variazioni della clausola di rotatività (in caso di beni impignorabili).....	pag. 84
§2.2.1	Qual è l'interesse che spinge alla costituzione di un pegno rotativo su un bene impignorabile?.....	pag. 86
§2.2.2	La natura deperibile del bene e la conservazione del prodotto.....	pag. 89
§ 3.1	Il modello originario della legge 401/1985.....	pag. 92
§ 3.2.1	Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: introduzione.....	pag. 96
§ 3.2.2	Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: struttura.....	pag. 97
§ 3.2.3	Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: clausola di rotatività.....	pag. 100
§ 3.3	Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio:l'interesse economico all'operazione.....	pag. 108
§4.1	Le scelte degli altri Paesi europei:Francia.....	pag. 112
§4.2	Regno Unito.....	pag. 114
§4.3	Germania.....	pag. 122
§4.4	Austria.....	pag. 125

§4.5 Belgio.....	pag. 131
§4.6 Lussemburgo	pag. 135
§4.7 Malta.....	pag. 139
§4.8 Irlanda.....	pag. 141
§4.9 Spagna.....	pag. 142
§ 5 Conclusioni sulla validità del pegno rotativo sulle scorte.....	pag. 147
THE FUNCTION OF GUARANTEES ON ASSETS INADMISSIBLE FOR LEGAL CIRCULATION	pag. 152
BIBLIOGRAFIA.....	pag.158
Elenco abbreviazioni.....	pag. 168

PREMESSA

La nozione di garanzia è estremamente risalente nel tempo tanto che era già conosciuta dal diritto romano, si ritrova nel corso dei secoli in diverse esperienze giuridiche pre-moderne ed infine è stata ampiamente esplorata dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana fin dal codice civile previgente.

Inoltre, la nozione di garanzia è comune sia ai sistemi giuridici di *common law* che a quelli di *civil law* e spesso i modelli utilizzati sono simili tra loro nonostante le differenze tra le due esperienze giuridiche. Anche la funzione di garanzia è oggetto di ampia attenzione da parte dei giuristi italiani e stranieri.

Per tutte queste ragioni non si intende analizzare tale nozione ma si ritiene più opportuno richiamare soltanto alcuni aspetti che risultino rilevanti al fine dello svolgimento della trattazione ed in particolare al fine di stabilire se possa esistere un rapporto tra la funzione di garanzia e i beni sottratti alla circolazione giuridica ed a quali condizioni possa verificarsi.

Dopo aver concentrato l'attenzione sulle due "categorie" giuridiche si intende analizzare le possibili ipotesi applicative di tale rapporto.

Per ipotesi applicative si deve intendere l'analisi dei casi in cui dei beni sottratti alla circolazione giuridica possano essere utilizzati in funzione di garanzia ed ogni altra ipotesi di interferenza tra la funzione di garanzia e la peculiare categoria di beni sottratti alla circolazione.

In particolare, si concentrerà l'attenzione sul rapporto tra la funzione di garanzia ed i beni impignorabili, cioè se e come un bene impignorabile possa essere oggetto di garanzia.

CAPITOLO PRIMO

§1 *Introduzione: delimitazione della nozione di garanzia*

La nozione di garanzia può assumere diversi significati¹ in ambito giuridico ma l'elemento comune a tutte le forme di garanzia è quello di essere funzionali alla sicurezza nei rapporti giuridici.

La garanzia rafforza l'obbligazione perché può mirare o alla soddisfazione dell'interesse economico del creditore o anche all'esatto adempimento della prestazione assunta dal debitore.

La nozione di garanzia rileva sia nel diritto pubblico che nel diritto privato, sia nel diritto sostanziale che in quello processuale, oltre che anche al di fuori dell'ambito giuridico².

Per quanto riguarda il solo diritto privato, la nozione di garanzia può essere intesa in una pluralità di accezioni³ come, ad esempio, tutela del rapporto obbligatorio, assunzione di un obbligo secondario o sussidiario, obbligo risarcitorio, contratto finalizzato a stimolare l'iniziativa di altro contraente attraverso l'assunzione di un rischio collegato a quell'iniziativa o come garanzia generica.

Ai fini del presente elaborato, l'accezione maggiormente interessante è quella della garanzia come tutela del rapporto obbligatorio; al suo interno la principale distinzione⁴ è

¹FRAGALI M., voce *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 448 ss. eloquentemente osserva che «con una sola parola si designano cioè situazioni disparate; TUCCI G., voce *Garanzia*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, VII, Torino, 1992, p. 579 ss; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, III, *Diritto delle obbligazioni (Parte generale)*, Milano, 1959, p. 68 ss.

²PIAZZA L., voce *Garanzia I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1 rileva che “la nozione di garanzia, invero, penetra così profondamente in tutte le sfere dell'attività umana, che non sempre risulta facile spogiarla delle valenze d'ordine morale, sociale ed economico che evoca ed offre una definizione giuridicamente pura. Nel suo significato generale e comune, che costituisce poi il nucleo essenziale del contesto giuridico, la garanzia si caratterizza per la sua impronta marcatamente funzionale e per la sua logica e strutturale dipendenza da una distinta situazione soggettiva, da un interesse, che essa mira a proteggere e rafforzare, rendendone più sicura la realizzazione”.

³ Per questa ragione alcuni autori preferiscono la dizione garanzie invece che garanzia come, ad esempio, GABRIELLI E., *Il pegno«anomalo»*, Padova, 1990, p. 124

⁴ In realtà la dottrina più tradizionale distingue tra garanzia del credito e garanzia del godimento di un diritto altro ove la prima è “uno strumento che mira a rafforzare, a dare sicurezza alla pretesa del creditore, non è in sé l'obbligazione, la pretesa creditoria.” e la seconda consiste in “obbligazioni, assunte in seno ad un rapporto, ma prive -seppur talora complementari con gli altri obblighi che ne scaturiscono(es. garanzia per le molestie ex art.1585 c.c.)-di ogni funzione di rafforzamento di una diversa obbligazione. Si tratta, cioè, di assunzione di responsabilità e non di garanzia” secondo PIAZZA L., voce *Garanzia I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 2.

rappresentata dalla garanzia per vizi della cosa⁵ e quella per inadempimento di un'obbligazione⁶.

La garanzia per vizi della cosa, così come disciplinata sia dal codice civile che dal codice del consumo, esula dalla presente trattazione anche perché attiene ad una nozione in senso lato di garanzia⁷.

Al contrario è necessario soffermarsi sulla garanzia per inadempimento delle obbligazioni (o del credito) che può essere definita come *“un rimedio che dà al creditore la sicurezza di raggiungere il risultato dedotto in obbligazione ed al quale egli è interessato, o almeno il suo equivalente economico, anche quando venga meno la prestazione del debitore o malgrado la sua opposizione o inerzia, agendo sui beni di lui, oppure grazie all'attività di un terzo”*⁸.

Tale definizione ha il pregio di evidenziare nella nozione di garanzia diverse funzioni tra cui la garanzia dell' adempimento di un'obbligazione, l'interesse del debitore ad essere temporaneamente indenne dalle conseguenze del suo inadempimento, il godimento di diritti acquisiti da un creditore e le aspettative di altri soggetti coinvolti.

In particolare, le principali finalità di garanzia di un' obbligazione sono state evidenziate da una dottrina⁹ attraverso un' efficace classificazione quadripartita: garanzie che mirano a riparare o diminuire i rischi, che consentono il godimento di un diritto altrui, che accrescono il livello di sicurezza economico e che compensano la debolezza patrimoniale del debitore.

Di primo acchito si può evidenziare come la garanzia possa svolgere un ruolo di protezione del debitore e/o del creditore ed al contrario come può essere rivolta al miglioramento del sistema economico generale .

⁵ c.d. anche per in attuazione, tra cui rientrano la garanzia per vizi, di buon funzionamento e per evizione cfr. Contratti di garanzia, a cura di MASTROPAOLO F. capitolo 1 §3 p.23; CABELLA PISU L., *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983; CHERTI S., *Le garanzie convenzionali nella vendita*, Padova, 2004. Circa le relazioni tra interessi consumeristici e garanzia, PIRAINOF., *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europae diritto privato*, 2006, p.606 ss.; NICOLUSSIA., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, *ivi*, 2003, p. 532 ss

⁶ Per un discorso generale sulla garanzia per l'inadempimento di un' obbligazione si veda CICU A. , *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, p. 8.

⁷ Per approfondimenti v. MASTROPAOLO F., *Contratti di garanzia*, in Trattato dei contratti (a cura di Rescigno), t.I, Torino, Utet, 2006 p.26

⁸ MASTROPAOLO F., *Contratti di garanzia*, in Trattato dei contratti (a cura di Rescigno), t.I, Torino, Utet, 2006 p.36.

⁹ MASTROPAOLO F., *Contratti di garanzia*, in Trattato dei contratti (a cura di Rescigno), t.I, Torino, Utet, 2006 p.33

Ciascuna di queste finalità (o anche più finalità contemporaneamente) può essere realizzata attraverso diverse tipologie di garanzie che non possono essere analizzate in questa sede ma che possono essere ricordate secondo una diffusa classificazione che le divide tra generali e speciali, personali e reali, provenienti dal debitore e da terzi.

Per quanto, come già chiarito, l'obiettivo dell'elaborato non sia quello di analizzare le varie forme di garanzia, le stesse verranno richiamate nel prosieguo.

§2 Delimitazione della nozione di “funzione di garanzia”

Dopo aver delineato la nozione, le tipologie e le finalità di una garanzia, si può procedere a delineare la nozione di “funzione di garanzia”¹⁰.

Così come la nozione di garanzia presenta una pluralità di significati, allo stesso modo non è agevole delineare un'univoca funzione di garanzia per quanto il nucleo essenziale del concetto di garanzia si caratterizzi per un'impronta marcatamente funzionale¹¹.

In primo luogo si deve tenere presente che naturalmente ogni tipologia di garanzia svolge una funzione di garanzia. Tuttavia, anche un contratto, un negozio unilaterale, un negozio collegato può svolgere una funzione di garanzia¹².

Ad esempio non vi sono dubbi sulla funzione di garanzia svolta dal pegno, dall'ipoteca e dal privilegio quali garanzie reali, o sulla fideiussione e il contratto autonomo di garanzia quali garanzie personali¹³.

¹⁰GORLA G., *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milano, 1935, p.6 s.; PERLINGIERI P., *Diritto dei contratti e dei mercati*, p. 879 ss; PIAZZA L., voce *Garanzia I) Diritto civile*, *Enc. giur. Treccani*, p. 1 ss.

¹¹ Più precisamente si può leggere in PIAZZA L., voce *Garanzia I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1: “Nel suo significato generale e comune, che costituisce poi il nucleo essenziale del concetto giuridico, la garanzia si caratterizza per la sua impronta marcatamente funzionale e per la sua logica e strutturale dipendenza da una situazione giuridica soggettiva, da un interesse, che essa mira a proteggere ed a rafforzare, rendendone più sicura la realizzazione. Queste caratteristiche contribuiscono a rendere quanto mai neutro e generico il contenuto della garanzia, che può astrattamente consistere in un meccanismo giuridico più o meno sofisticato e di varia natura, dotato di forza intrinseca e di proprie sanzioni, ovvero anche di un semplice impegno morale che integra e riafferma la responsabilità di chi è tenuto a soddisfare l'interesse protetto, senza dar luogo ad alcun apparato obiettivamente idoneo ad eliminare o contenere i pericoli di mancato soddisfacimento o di pregiudizio dello stesso interesse.”

¹² Si tratta del fenomeno della flessione di un negozio con funzione di garanzia; numerosi possono essere i negozi “piegati” ad una funzione di garanzia come ad esempio la cessione del credito a titolo oneroso, la cessione del contratto, la delegazione, l'espromissione, l'accollo, la promessa di fatto altrui, l'alienazione dei crediti, il deposito in funzione di garanzia, il deposito in funzione di garanzia, il divieto di alienazione, la clausola penale e la caparra confirmatoria. Oltre ai numerosi contributi su ciascuno dei suddetti negozi, il tema è analiticamente sviluppato in MASTROPAOLO F., *Contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti* (a cura di Rescigno), t.I, Torino, Utet, 2006

Tuttavia è necessario considerare che contratti tipici possono essere stipulati in funzione di garanzia¹⁴ ove tale finalità emerga dalla causa in concreto del contratto ed in definitiva dalla volontà delle parti.

Si pensi, ad esempio, al deposito¹⁵ o al mutuo con funzione di garanzia¹⁶ e ad ogni altro contratto che possa essere stipulato con tale funzione senza la violazione di norme imperative (ad esempio il divieto di patto commissorio ex articolo 2744 c.c.). Lo stesso vale per i contratti atipici, come ad esempio per il *leasing*, il *factoring* ed il *sale and lease back*.

Inoltre un contratto con funzione di garanzia può essere stipulato da un terzo a favore del debitore; in questo caso il terzo potrebbe, in ipotesi, costituire un pegno o anche iscrivere un'ipoteca ossia contrarre una garanzia tipica; oppure la funzione di garanzia potrebbe essere raggiunta attraverso l'assunzione di un rischio attraverso, ad esempio, un contratto di assicurazione o in ogni altro modo non vietato dalla legge.

In secondo luogo è opportuno precisare che in questa sede non si fa riferimento alla funzione di garanzia generica ma sempre ad una funzione di garanzia specifica¹⁷.

¹³ Per un approfondimento sulle garanzie personali si veda ss.; MONTEL A., voce *Garanzia*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 742. V. l'indagine di BRECCIA U., *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, in *Scienza ed insegnamento del diritto civile in Italia*, Scalisi V. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2004, p. 755 ss.

¹⁴ G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè 1999, p. 56 ss. "Il problema ora prospettato (n.d.r. la garanzia anomala, cioè garanzie mobiliari che presentano alterazioni di struttura) si connette ad altra fenomenologia interessante e variamente articolata, sulla quale soffermeremo, d'ora in avanti, la nostra attenzione: quella legata all'adozione di strutture formali e legalmente tipizzate in funzione di garanzia".

¹⁵ Sul tema del deposito con funzione di garanzia si veda NICOLÒ R., *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1476 ss.; GRISI G., *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè 1999; GORGONIM., voce *Deposito in funzione di garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, p. 1 ss.; LENZI R., *Deposito fiduciario e funzione di garanzia*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 95 ss.; in particolare si legge in MASTROPAOLO F., *Contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti* (a cura di Rescigno), t.I, Torino, Utet, 2006 p.229 "Sebbene la funzione di garanzia venga in un contratto di deposito configurata come una semplice clausola contrattuale, in realtà lo stesso deposito, se concluso per tale finalità, come già detto, non è che un contratto collegato ad un negozio fondamentale, rispetto al quale è funzionale e costituisce uno degli strumenti di esecuzione".

¹⁶ Con tale espressione si vuole indicare che "La garanzia mira soprattutto all'adempimento della prestazione debitoria, che spesso (in particolare nel mutuo) consiste nella restituzione di una somma. Anzi, tale prestazione può talora anche riguardare gli obiettivi specifici per il quale il contratto è stato concluso: ciò accade specialmente nel mutuo di scopo; la garanzia non affianca allora la prestazione, e il mutuo in particolare, con un contratto collegato, ma viene dalle parti inclusa in una particolare clausola dello stesso contratto, fonte di obbligazione e garantito. La particolare garanzia, che ne nasce, potrà consistere anche nell'individuare uno specifico bene nel patrimonio del mutuatario e nel sottoporlo al divieto di alienazione" tratto da MASTROPAOLO F., *Contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti* (a cura di Rescigno), t.I, Torino, Utet, 2006 p.51

¹⁷ Sul rapporto tra garanzia generica e garanzia specifica: CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 16 ss.; R. NICOLÒ, sub art. 2740, in ID., V. ANDRIOLI, G. GORLA, *Tutela dei diritti. Art. 2740-2899*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, p.2 s.; L. BARBIERA, sub

Per funzione di garanzia generica si intende che, in base alla regola generale enunciata dall' articolo 2740 c.c., il debitore risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri dell' obbligazione contratta. Tale fondamentale regola, nota come garanzia generica, è da considerarsi come una forma di garanzia in senso a-tecnico poiché riguarda una situazione che preesiste all' inadempimento ed è generica poiché riguarda tutti i creditori del soggetto obbligato senza creare una situazione differenziata a favore di un determinato soggetto come avviene per i crediti privilegiati.

La funzione di garanzia che qui interessa è quindi quella specifica poiché riguarda un determinato soggetto, un determinato rapporto giuridico ed una determinata prestazione di *dare, facere o non facere*. Rientrano nella funzione di garanzia specifica sia le garanzie personali e reali che i contratti ed i negozi con funzione di garanzia a cui si è già fatto cenno.

Nonostante ciò, garanzia generale e specifica presentano un' identità funzionale¹⁸: assicurare la realizzazione del credito.

Tanto premesso sull'ampiezza e la diversità della funzione di garanzia e sulla differenza tra garanzia generica e specifica, si può tentare di ricondurre ad unità tale funzione, fermo restando le differenze esistenti tra le diverse fattispecie giuridiche.

Così, da un punto di vista giuridico, la funzione di garanzia può essere conclusivamente definita come “il bisogno concreto di rendere più agevole e sicura la realizzazione del diritto garantito”¹⁹

§3 La funzione di garanzia da un punto di vista economico

Dopo aver brevemente delineato la nozione di garanzia rilevante ai fini della presente trattazione ed accennato alla nozione di funzione di garanzia, appare opportuno dare brevemente conto della funzione di garanzia da un punto di vista economico²⁰.

art. 2740, in ID., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, pp. 8-15; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, I, Torino, 1997, p. 494 ss;

¹⁸ L'espressione identità funzionale viene usata da BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli 1971 capitolo 1 pagina 51

¹⁹ GRISIG., *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè 1999 p.5

²⁰ Sul punto il riferimento è rappresentato da BELCREDI M., *A che servono le garanzie? Analisi economica, evidenze empiriche e alcune implicazioni normative*, in Caprio L. e Presti G. (a cura di), *Le garanzie nel credito alle imprese. Funzione economica, disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, Torino, 2001 p.21-62.

Infatti, in ambito economico, pur rilevando l'interesse del creditore e del debitore, emerge anche l'interesse del mercato consistente nell'utilizzare le garanzie come strumento di regolazione.

In realtà, lo studio delle garanzie da parte della letteratura economica italiana è piuttosto recente e risale agli anni '80.

L'interesse per lo studio delle garanzie emerge dalla constatazione della sempre maggiore diffusione delle stesse in ambito internazionale e dall'intuizione delle differenze esistenti tra la concessione e la richiesta da parte delle piccole e medie imprese da un lato e delle grandi imprese dall'altro.

Infine tale studio è stato agevolato dalla disponibilità, risalente proprio a quegli anni, di nuovi dati economici sul mercato delle garanzie in altri paesi.

La definizione di garanzia data dagli economisti non differisce da una delle tante definizioni di stampo giuridico: la garanzia è uno schema normativo diretto ad offrire ad uno o più creditori una tutela rafforzata tramite l'attribuzione o la conservazione di determinati diritti.

Anche in ambito economico la garanzia viene valutata sulla base di parametri differenti ed in particolare considerando quali diritti sono attribuiti, qual è la fonte della garanzia e la qualità soggettiva sia del creditore che del debitore.

Tuttavia, come si può facilmente immaginare, tali indici rilevano in maniera differente da un punto di vista giuridico ed economico; ad esempio, per quanto riguarda la fonte della garanzia, da un punto di vista economico una garanzia convenzionale è considerata una garanzia forte ed al contrario una garanzia legale è considerata "debole" poiché imposta dalla legge; al contrario, da un punto di vista giuridico, la fonte legale o convenzionale della garanzia rileva per altro tipo di considerazioni, meglio esplicitate nel paragrafo che segue.

Lo stesso si può dire per le qualità soggettive delle parti che da un punto di vista economico sono studiate per valutare il *trend* della domanda di credito e da un punto di vista giuridico per accordare la tutela ritenuta più opportuna dall'ordinamento in base alla qualifica soggettiva (si pensi al consumatore ed al suo diritto di informazione).

Inoltre, da un punto di vista economico le garanzie si distinguono tra garanzie interne o *inside collateral* e garanzie esterne o *outside collateral*.

Per garanzia interna si intende l'apposizione di un vincolo a favore di un creditore o di una classe di creditori; per garanzia esterna si intende l'ampliamento del patrimonio su cui il creditore si può rivalere. In termini giuridici si direbbe che la garanzia interna è una garanzia in senso tecnico mentre la garanzia esterna è la garanzia generica del creditore.

Di particolare importanza appare la funzione economica di garanzia ossia quali sono le ragioni per ricorrere al credito.

La questione è stata affrontata in particolare dal punto di vista delle imprese: le principali ragioni sono rinvenibili nell'accesso a vantaggi fiscali e nella possibilità di mitigare le asimmetrie informative.

Le asimmetrie informative rendono un mercato imperfetto generando le c.d. imperfezioni di mercato. Tali asimmetrie possono riguardare il lungo o il breve periodo generando rispettivamente fenomeni di *adverseselection* o *moral hazard*.

Le garanzie hanno anche la funzione di prevenire entrambi i fenomeni attraverso un'attività di screening e di monitoraggio.

Infatti attraverso l'attività di screening il finanziatore può valutare il suo potenziale debitore e decidere se accordare il finanziamento ed a quale costo.

Con il monitoraggio, il finanziatore cerca di controllare, dopo la concessione del finanziamento, il comportamento del suo debitore per prevenire dei comportamenti riconducibili al *moral hazard*.

Infine, un'ultima ragione per preferire il credito garantito rispetto al credito ordinario è l'eventuale minimizzazione dei c.d. costi di agenzia rappresentati dai costi di monitoraggio, dai costi-opportunità - legati appunto all'opportunità di alcune decisioni in presenza di finanziamenti - e dalla c.d. perdita residua ossia la perdita connessa alla deviazione dalla situazione di *first-best*; da una valutazione complessiva delle singole classi di costo può emergere l'opportunità di ricorso al credito ordinario o a quello garantito.

In disparte a queste considerazioni di ordine spiccatamente tecnico-economico, si può coordinare quanto detto con un punto di vista più giuridico.

Infatti, le esigenze economiche e commerciali richiedono un sistema di garanzie che sia forte, elastico e sicuro allo stesso tempo²¹.

Per tale ragione, ad esempio, le garanzie reali, così come descritte dal codice civile, sono considerate come obsolete poiché comportano l'immobilizzazione della ricchezza²².

Peraltro, anche il Legislatore, conscio delle mutate esigenze economiche, ha provveduto ad affiancare alle tradizionali garanzie reali dei nuovi strumenti, come le garanzie finanziarie.

Pur rimandando per una trattazione maggiormente dettagliata al terzo capitolo, ciò che qui interessa è l'innovazione che si è verificata a seguito di questa disciplina, immediatamente evidente anche solo quando si pensi al binomio garanzia-bene immateriale.

Nella stessa direzione appare andare anche libro IX del DCFR²³, relativo alle garanzie reali sui beni mobili²⁴, ove all'art. IX.-2:306²⁵ contempla la creazione di un vincolo su beni presenti e futuri, accompagnato dalla rotatività ed all'art. IX.-2:103²⁶, si prevede

²¹ CHINÈ G., *I contratti di garanzia*, in Tratt. Lipari, IV, Singoli contratti. La responsabilità civile. Le forme di tutela, Padova, 2003, p. 309.

²² GABRIELLI E., *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 670, p. 644 annota come «la crisi delle garanzie immobiliari si accompagna infatti all'inidoneità delle garanzie mobiliari del credito, e del pegno in particolare, a soddisfare le attuali esigenze del finanziamento esterno dell'impresa, a causa della necessaria attuazione dello spossessamento e della conseguente privazione, in capo al costituente, del potere di disposizione (e lavorazione) delle merci sulle quali grava il vincolo di garanzia».

²³ Draft of Common Frame of Reference o Quadro commune di riferimento ; "Il DCFR, pubblicato nella sua versione definitiva nel 2009 in sei volumi, contenenti i principi fondamentali, le regole modello, commenti e note comparative, estesi sostanzialmente all'intero diritto patrimoniale europeo, è un testo non legislativo di origine dottrinale, elaborato nell'ambito di un accordo con le istituzioni comunitarie da un ampio Network di ricercatori ,sotto la guida congiunta dello Study group for a European Civil Code e del c.d. Aquis Group", VENEZIANOA., voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, IX, Torino, 2014, p. 279

²⁴ VENEZIANOA. , voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, IX, Torino, 2014. In particolare l'Autrice a pagina 280 sottolinea che "l'area delle garanzie reali mobiliari ha suscitato un maggiore interesse da parte delle istituzioni comunitarie a causa dell'indubbio impatto negativo degli ostacoli alla circolazione giuridica di tali strumenti nel mercato unico."

²⁵ "Proceeds of the originally encumbered assets": (1) A security right extends to rights to payment due to a defect in, damage to, or loss of the originally encumbered asset, including insurance proceeds. (2) A possessory security right extends to civil and natural fruits of the originally encumbered assets unless the parties agree otherwise. (3) Other proceeds of the originally encumbered assets are covered only if the parties so agree.

²⁶ "Possessory and non-possessory security rights": Unless otherwise agreed by the parties, the creation of a security right by contract does not require possession of the encumbered asset by the secured creditor.

una generale figura di garanzia mobiliare non possessoria, consentendo al garante di utilizzare il bene anche dopo la costituzione del diritto di garanzia²⁷.

Infine, il descritto processo di “modernizzazione” delle garanzie reali, appare in corso come si può evincere dalla recente disciplina nazionale sul pegno rotativo non possessorio, di cui si farà cenno nel prosieguo.

§4 Garanzie legali e garanzie convenzionali

Una garanzia specifica può avere sia fonte legale che convenzionale²⁸. Una garanzia ha fonte legale²⁹ quando è prevista dalla legge, ossia sorge automaticamente *ex lege* viene costituita poiché la sua nascita è prevista dal legislatore al verificarsi di determinati presupposti.

Una garanzia ha fonte convenzionale quando deriva dalla volontà delle parti³⁰.

Per meglio comprendere tale distinzione³¹ si possono confrontare due forme di garanzia: il privilegio (speciale) e l’ipoteca.

²⁷ Per differenti spunti, ZACCARIA E.C., *Diritti di proprietà intellettuale e finanziamento alle imprese: le garanzie reali sulla proprietà industriale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, pp. 420-425.

²⁸ BO G., voce *Garanzia*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, p. 196 “L’ultima distinzione inerente le garanzie riguarda le fonti dalle quali esse discendono: la legge o la convenzione. Insegnano gli autori che alcune garanzie hanno sempre fonte contrattuale (clausola penale); altre, invece, non possono esistere che in virtù della legge (privilegi). Altre, infine, possono scaturire da tutte e due le fonti (ipoteche).”

²⁹ PIAZZA L., voce *Garanzia I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989 p.4 “Le figure cui tipicamente il codice assegna una funzione di garanzia presentano una caratterizzazione dogmatica omogenea, atteggiandosi tutte come diritti soggettivi accessori al credito che, attribuendo al creditore i relativi poteri, rafforzano la sua posizione. In tale categoria rientrano il privilegio, le garanzie reali (pegno ed ipoteca), la fideiussione che deve essere reputata come l’unico paradigma codicistico di garanzia personale e l’anticresi, la cui natura seppure composita è sicuramente di garanzia, poiché rafforza il profilo della responsabilità mediante la diretta ed esclusiva percezione da parte del creditore dei frutti dell’immobile che ne costituisce oggetto.”

³⁰ La natura convenzionale della garanzia è strettamente legata ma deve essere tenuta distinta alla sua atipicità. Per il profilo inerente la fonte (convenzionale) della garanzia si veda. DI MAJOA, sub *art. 1179*, in *ID.*, *Dell’adempimento in generale. Art. 1177-1200*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 34 ss; Per quanto riguarda più specificamente il profilo dell’atipicità si veda Piazza L., voce *Garanzia, I) diritto civile* in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XVI, Milano, 1989 p.5 “E’ noto che il nostro ordinamento non offre all’autonomia contrattuale in ordine alla stipulazione delle garanzie atipiche gli ampi spazi di libertà consentiti in regimi di altri paesi (ci riferiamo segnatamente all’esperienza tedesca dalla quale sotto vari profili l’e vicende evolutive dei nostri mezzi di garanzia traggono ispirazione): ad un più ampio riconoscimento dei poteri in tal senso di oppongono, infatti, da una parte la tipicità dei diritti reali, che impedisce l’estensione delle garanzie su beni specifici al di là delle figure legali e, dall’altra, il numero chiuso delle cause legittime di prelazione, in ossequio alla regola della *par condicio creditorum*”; CENINIM., voce *Garanzie atipiche*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, VIII, Torino, 2013, p. 304 ss.; BOZZIG., voce *Garanzie atipiche*, in MARTUCCELLI S., PESCATORE V. (a cura di), *Diritto civile*, in *Diz. dir. priv. Irti*, Milano, 2011, p. 817 ss.

Ai sensi del codice civile, l'ipoteca può avere fonte legale, giudiziale o volontaria.

Nel caso di ipoteca legale³², ad esempio l'ipoteca dell'alienante o del dividente, l'ipoteca viene iscritta d'ufficio nel momento in cui l'atto di alienazione o di divisione viene presentato al conservatore dei registri immobiliari: si tratta di ipoteca legale poiché il diritto di iscrizione discende direttamente dalla legge in relazione alla causa del credito.

L'ipoteca giudiziale, ai sensi dell'articolo 2818 c.c., trova fonte in una sentenza ed anche in questo caso, come nel precedente, richiede la cooperazione delle parti al fine della concreta iscrizione nonostante la sentenza rappresenti titolo idoneo per il sorgere del diritto.

L'ipoteca volontaria è rimessa del tutto alla volontà delle parti, nel senso che il codice civile si limita a stabilire che i privati possano, attraverso un determinato procedimento e seguendo alcune regole, decidere di iscrivere un'ipoteca senza che ricorrano determinate condizioni. Così, l'ipoteca volontaria può essere iscritta quando le parti desiderino rafforzare la garanzia di un credito ed indipendentemente dal fatto che ricorra un'alienazione o una decisione giurisdizionale.

Al contrario il privilegio ha sempre fonte legale poiché, pur essendo similmente all'ipoteca ed al pegno una causa legittima di prelazione, se ne differenzia poiché riguarda sempre una qualità del credito e soltanto il legislatore può prevedere che una determinata qualità³³ renda il credito meritevole di essere preferito ad altri, in deroga al noto principio della *par condicio creditorum*. Quando si parla di privilegio convenzionale si intende che la costituzione del privilegio è subordinato all'accordo tra le parti o a particolari forme di pubblicità, fermo restando che la causa di prelazione ha sempre fonte legislativa.

³¹ Ed ove sia ammissibile una garanzia convenzionale in quanto non contrastante con la legge.

³² Cfr. art. 2817 c.c.

³³ Per quanto riguarda la *ratio* ispiratrice del legislatore quando prevede un privilegio su un credito si veda PIAZZA L., voce Garanzia, I diritto civile in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XVI, Milano, 1989 p. 4 " Il tratto che differenzia i privilegi codicistici da quelli previsti nella legislazione sui crediti speciali e sui finanziamenti (ad es. credito agrario e credito industriale) risiede, a nostro avviso, nel diverso rispettivo fondamento che è dato, nei primi dalla causa del credito e nei secondi dalla valutazione operata dalla legge e dal conseguente rigido rapporto che quest'ultima instaura tra credito e garanzia."

Tanto premesso sulla fonte legale o convenzionale delle garanzie, è interessante da un lato determinare la natura delle disposizioni legislative che disciplinano le garanzie legali e dall' altro entro quali limiti sia possibile creare garanzie convenzionali. Le due questioni sono strettamente collegate poiché riguardano entrambe il confine che intercorre tra una norma imperativa e la libertà negoziale: infatti, una disposizione imperativa è un limite invalicabile per la libertà negoziale.

Tuttavia per rispondere al doppio quesito è necessario comprendere quali siano i principi informatori della materia e la natura delle disposizioni legislative in rilievo per poter correttamente argomentare il rapporto tra limite e libertà all' autonomia negoziale in materia di garanzie.

Da un punto di vista sistematico e letterale il libro VI, al titolo III tratta "Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale", suddividendo la disciplina in tre capi successivi di cui il primo è nominato "Disposizioni generali". In particolare nel primo capo rilevano gli articoli 2740, 2741 e 2744c.c..

Il già richiamato articolo 2740c.c., rubricato "responsabilità patrimoniale" pone al primo comma la nota regola secondo cui il debitore risponde dell' adempimento delle obbligazioni contratte con tutti i suoi beni presenti e futuri; al secondo comma stabilisce che le limitazioni della responsabilità (generica) non sono ammesse se non nei casi previsti dalla legge.

L'articolo 2741 c.c. rubricato "Concorso dei creditori e cause di prelazione" enuncia il principio di *par condicio creditorum* "salve le cause legittime di prelazione", poi individuate nel secondo comma come i privilegi, il pegno e le ipoteche.

La formulazione letterale dell' articolo 2741 c.c. potrebbe indurre a pensare che le garanzie reali siano un' ipotesi eccezionale rispetto alla regola generale, cioè che la regola della *par condicio creditorum* sia derogata solo a fronte di un credito assistito da pegno, privilegio o ipoteca e soprattutto che ciò avvenga solo eccezionalmente.

Con maggiore impegno esplicativo si può dire che la corretta interpretazione dell' articolo 2741 c.c. implica che non possano essere creati nuovi diritti reali di garanzia, poiché i diritti reali sono un "*numerus clausus*"; tuttavia il diritto reale di garanzia discende da un atto di natura negoziale che come tale soggiace al principio di autonomia negoziale ex articolo 1322c.c; così per quanto riguarda il contenuto, la disciplina di

pegno, ipoteca e (in parte) dei privilegi incontra i limiti ivi previsti dalla regolamentazione del codice civile ma non dell' articolo 2741 c.c..

Tanto premesso, si deve però precisare che il sistema delineato dal codice civile non è tanto semplice quanto appare *prima facie* dall' articolo 2741 c.c.; infatti dalla lettura dei successivi capi II, III e IV emerge che la disciplina, in particolare quella sui privilegi, è complessa e dettagliata; peraltro oltre alla disciplina del codice civile si deve considerare tutta la disciplina extra-codicistica, in particolare per i privilegi ed il pegno³⁴; infine i diritti reali di garanzia possono avere anche fonte convenzionale.

Per tali motivi si può affermare che il rapporto regola – eccezione permane solo a livello sistematico nel senso che le uniche cause di prelazione ammissibili sono il pegno, l'ipoteca ed i privilegi. Tuttavia non si può ritenere che tali cause siano oramai eccezionali, tenuto conto di una pluralità di fattori.

In primo luogo se si analizza ciascuna causa di prelazione emerge la pluralità di forme che può assumere. Si pensi, ad esempio, al pegno: la disciplina codicistica conta già ventitré articoli; oggetto del pegno possono essere una pluralità di beni che a loro volta danno luogo a regole peculiari nella sua disciplina³⁵; infine si pensi all' evoluzione giurisprudenziale e dottrinale che ha avuto il pegno ed in particolare alla teoria sulla rotatività; solo in tal modo si può avere un' idea dell'ampiezza dell' istituto.

In secondo luogo, ulteriori indici rilevanti rispetto alla non eccezionalità delle cause di prelazione sono forniti dalla loro diffusione, dall' importanza economica, dalla proliferazione sia legislativa che convenzionale e dall' importanza assunta più in generale dalla funzione di garanzia (come già visto e come si vedrà nel prosieguo).

L'ultimo principio rilevante è il divieto di patto commissorio enunciato dall' articolo 2744 c.c. secondo cui è nullo il patto con cui le parti si accordino, in caso di mancato pagamento del credito, per il passaggio di proprietà della cosa ipotecata o pignorata.

La disposizione legislativa si riferisce espressamente al pegno ed all' ipoteca ma la sua operatività è estesa a tutti i negozi con funzione di garanzia.

Non sarebbe infatti ammissibile raggiungere un effetto analogo a quello vietato dall' articolo 2744 c.c. attraverso un altro atto giuridico poiché si risolverebbe in un' elusione e quindi un abuso del diritto.

³⁴ A fini esemplificativo si può ricordare per il pegno la disciplina contenuta nel d.lgs. 1 settembre 1993 n.385 agli articoli 48 e 152; il R.D. 16 marzo 1942 n.267 articolo 67; legge 24 luglio 1985 n. 401 etc.

³⁵ Si pensi alla costituzione di un pegno su crediti rispetto a quello su bene mobile.

La *ratio* del patto commissorio è molteplice e riguarda la protezione del debitore, la protezione del principio di *par condicio creditorum*, il *numerusclausus* delle garanzie reali, l'interesse generale alla prevenzione di accordi abusivi o la necessità di evitare eccessivi rischi in capo al debitore³⁶.

In ogni caso tutte le interpretazioni riconducibili al divieto di patto commissorio sono da ritenersi inderogabili.

Alla luce dell'individuazione dei principi inderogabili in materia di garanzie, si può provare ad analizzare alcune disposizioni riguardanti il privilegio, il pegno e l'ipoteca al fine di stabilirne la natura e gli eventuali spazi riservati all'autonomia negoziale.

Per quanto riguarda i privilegi, si è già evidenziato come gli stessi abbiano solo fonte legale e che non ne possano essere creati di nuovi dall'autonomia privata. Tuttavia si può discutere se le disposizioni che regolamentano i privilegi abbiano a loro volta carattere imperativo ed in particolare se si possa rinunciare ad un privilegio e se si possa modificare l'ordine dei privilegi previsto dalla legge.

Per quanto riguarda la possibile rinuncia ad un privilegio speciale³⁷, si deve preliminarmente chiarire che non si tratterebbe di una rinuncia in senso stretto ma del mancato esercizio di un diritto; peraltro tale diritto sarebbe disponibile, in quanto inerente alla sfera patrimoniale del soggetto; di conseguenza il privilegio si deve ritenere rinunciabile salvo due eccezioni: che la rinuncia pregiudichi l'interesse di un terzo e che il privilegio abbia per oggetto un credito di natura indisponibile.

In tal modo appare definito l'ambito dell'autonomia privata rispetto ai privilegi, poiché si deve ritenere che non sia possibile variare l'ordine dei privilegi previsto dalla legge.

Infatti si potrebbe argomentare che l'ordine dei privilegi, e più in generale delle cause di prelazione, è strettamente collegato al principio inderogabile della *par condicio creditorum*, nella misura in cui non solo vengono stabilite dal legislatore delle deroghe al principio ma è stabilita anche l'operatività delle suddette deroghe.

Per quanto riguarda le disposizioni sul pegno, il ragionamento sui confini dell'autonomia privata si pone in maniera differente.

³⁶ Per un approfondimento si veda FRATINI M., La tutela del credito, in Fava.P. (a cura di), La responsabilità civile. Trattato teorico-pratico, Giuffrè, Milano, 2010.

³⁷ Si preferisce limitare l'analisi alla sola ipotesi del privilegio speciale poiché il privilegio generale non può essere considerato come una forma di garanzia in senso stretto

Infatti il pegno si costituisce per volontà del debitore e del terzo, trattandosi così di una disciplina orientata al potere di disposizione delle parti. Si tratta a questo punto di individuare quali sono i tratti caratterizzanti dell' istituto tanto da rendere le disposizioni che li prevedono inderogabili.

La prima grande questione riguarda la validità del pegno in mancanza di spossessamento visto quanto disposto dall' articolo 2786 c.c. secondo cui è necessaria la consegna della cosa o del documento per la costituzione del pegno. La questione è ormai pacificamente risolta nel senso che lo spossessamento non è elemento essenziale della fattispecie ma è elemento necessario al fine di garantire la prelazione³⁸; così è ammissibile un pegno privo di spossessamento ove sia egualmente garantita l' indisponibilità del bene da parte del costituente; peraltro, l' esigenza di un pegno con tali caratteristiche è fortemente sentita dalla prassi commerciale, ad esempio rispetto alle merci in lavorazione³⁹.

Peraltro, quanto premesso sul pegno senza spossessamento appare essere confermato dalla disciplina recentemente introdotta dal legislatore grazie all' articolo 1⁴⁰ del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modifiche dalla l. 30 giugno 2016, n. 119.

³⁸ La questione è ben sviluppata nella voce di GABRIELLI E, *Pegno*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, quarta edizione, Utet, Milano, 1995.

³⁹ Rispetto al pegno delle merci in lavorazione, si ritrovano numerosi riferimenti in PIEPOLIG., *Garanzia sulle merci e spossessamento*, Jovene, Napoli 1980.

⁴⁰ Si riportano i primi due commi dell' articolo "Pegno mobiliare non possessorio" ove viene descritta la struttura di questa innovativa forma di pegno: "1. Gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese possono costituire un pegno non possessorio per garantire i crediti concessi a loro o a terzi, presenti o futuri, se determinati o determinabili e con la previsione dell'importo massimo garantito, inerenti all'esercizio dell'impresa. 2. Il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa e sui crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio, a esclusione dei beni mobili registrati. I beni mobili possono essere esistenti o futuri, determinati o determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo. Ove non sia diversamente disposto nel contratto, il debitore o il terzo concedente il pegno e' autorizzato a trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno. In tal caso il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia. Se il prodotto risultante dalla trasformazione ingloba, anche per unione o commistione, più beni appartenenti a diverse categorie merceologiche e oggetto di diversi pegni non possessori, le facoltà previste dal comma 7 spettano a ciascun creditore pignoratizio con obbligo da parte sua di restituire al datore della garanzia, secondo criteri di proporzionalità, sulla base delle stime effettuate con le modalità di cui al comma 7, lettera a), il valore del bene riferibile alle altre categorie merceologiche che si sono unite o mescolate. E' fatta salva la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso nell'utilizzo dei beni da parte del debitore o del terzo concedente il pegno."

In particolare il pegno non possessorio⁴¹ è uno strumento volto a conciliare le moderne esigenze di finanziamento dell'impresa e la tutela dell'interesse del creditore inerente alla certezza e celerità della sua soddisfazione.

In secondo luogo, gli altri profili di deroga alla disciplina del pegno sono riconducibili alle figure c.d. di pegno anomalo: il pegno rotativo, il pegno su cosa futura ed il pegno omnibus⁴². In tutti e tre i casi, la prassi ha determinato una deroga all'articolo 2787 c.c. secondo cui il documento di pegno deve contenere una sufficiente indicazione della cosa o del credito garantito.

In terzo luogo, dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza si possono evincere delle ulteriori deroghe ad esempio rispetto al profilo dell'indivisibilità del pegno ai sensi dell'articolo 2799c.c.⁴³ e la possibilità di costituire il pegno anche attraverso atto unilaterale⁴⁴.

Per chiudere le fila di questo ragionamento "*a contrario*", una volta individuati i principali profili di derogabilità della disciplina, si possono individuare i caratteri qualificanti del pegno: l'oggetto su cui insiste⁴⁵, l'accessorietà del pegno rispetto al credito⁴⁶, il diritto di seguito e la prelazione.

Infine per quanto riguarda l'ipoteca, nonostante similmente al pegno la sua fonte possa essere anche volontaria, la disciplina è fortemente influenzata dalla pubblicità costitutiva. Infatti l'ipoteca si costituisce su beni immobili e sorge soltanto con l'iscrizione della stessa nei registri immobiliari.

Le principali caratteristiche dell'ipoteca sono l'oggetto, l'accessorietà rispetto al credito garantito, l'indivisibilità, la specialità, il diritto di seguito e la prelazione.

⁴¹ZOPPINI A., ROJAS ELGUETA G., *Garanzie più «moderne» senza lo spossessamento*, cit., p. 50 che "la possibilità di costituire una garanzia su intere categorie di beni determinabili, consente all'imprenditore finanziato di continuare a sfruttare, nel rispetto della loro destinazione economica, i beni oggetto della garanzia la quale, in virtù del meccanismo della surrogazione reale, si estenderà automaticamente ai beni che risulteranno all'esito degli atti di disposizione. Sempre nell'ottica di introdurre un meccanismo di protezione del credito quanto più flessibile, lo schema di delega prevede la possibilità che la garanzia si estenda anche a crediti diversi o ulteriori rispetto a quelli originariamente individuati, introducendo in tal modo nel nostro ordinamento l'istituto della garanzia mobiliare "ricaricabile", indipendente da un singolo rapporto obbligatorio predefinito". SICLARI D., *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale*, in *Bbc*, 2016, I, p. 493 ss.

⁴² Per quanto sia dubbia l'ammissibilità di siffatta fattispecie poiché i crediti garantiti sono futuri ed eventuali.

⁴³ Secondo cui il pegno garantisce il credito finché lo stesso non sia integralmente soddisfatto.

⁴⁴ Conclusione a cui giunge la dottrina sul presupposto che nulla osti all'applicazione di quanto previsto dalla disciplina dell'ipoteca sul punto.

⁴⁵ Bene o beni diversi da quelli immobili o mobili registrati

⁴⁶ Almeno secondo la tesi da ritenersi prevalente che per tale ragione esclude la validità del pegno omnibus

In particolare, la specialità indica che l'ipoteca deve essere iscritta su beni "specialmente indicati". Il carattere della specialità dell'ipoteca, al contrario della specialità del pegno, appare ancora oggi un aspetto peculiare della disciplina dal momento che non è mai stata compiutamente teorizzata, in analogia al pegno, la c.d. ipoteca rotativa.

In conclusione, tutte le principali caratteristiche dell'ipoteca sono influenzate dal regime pubblicitario tanto da poter affermare che i margini di disponibilità della disciplina sono pressoché inesistenti.

§5 Beni sottratti alla circolazione giuridica

Per comprendere cosa significa e quali siano i beni sottratti alla circolazione giuridica è necessario indagare l'ampiezza della nozione stessa di circolazione ed alla luce di tale analisi elaborare una definizione di tale categoria di beni.

A tal fine il principale punto di riferimento teorico appare la teoria sulla circolazione elaborata quasi un secolo fa da un noto autore italiano⁴⁷; alcuni cenni appaiono utili per la ricostruzione suddetta.

L'Autore distingue la circolazione giuridica da quella economica e si sofferma in particolare sulla circolazione giuridica secondo diritto ed i suoi tre fondamentali principi: libertà, apparenza e sicurezza.

Da un punto di vista economico, la circolazione è una *species* della distribuzione; la circolazione economica può avvenire anche tramite scambio, "associazione"⁴⁸, credito o cessione⁴⁹. Per quanto riguarda in particolare lo scambio, esso può essere temporaneo o definitivo, gratuito o oneroso⁵⁰ e può generare un credito di uso o di consumazione.

Anche i mezzi della circolazione si dividono tra economici e giuridici.

⁴⁷CARNELUTTI F., *Teoria della circolazione giuridica*, Padova, Cedam, 1933.

⁴⁸ Per associazione l'Autore intende che il bene di proprietà di un soggetto viene goduto anche da altri.

⁴⁹ Che l'autore in seguito chiamerà contratti commutativi

⁵⁰ Carnelutti paragona lo scambio gratuito ed oneroso rispettivamente a quello unilaterale e bilaterale

Sono mezzi economici il commerciante e la moneta. Invece, per mezzi giuridici si deve intendere tutto ciò che consente lo spostamento di un bene dal godimento di un soggetto al godimento di un altro secondo diritto⁵¹.

Tanto premesso sulla circolazione economica, si può dire che la circolazione giuridica è il mezzo per garantire quella economica.

Le maggiori criticità della circolazione giuridica sono rappresentate da un lato dal confronto tra interessi contrapposti (delle parti e dei terzi) derivanti dalla “modifica delle condizioni di godimento del bene”; ad esempio nella locazione il locatario vuole raggiungere il massimo godimento del bene ed al contrario il locatore spera che il suo bene sia sfruttato il meno possibile .

Dall’altro lato si deve rilevare che le restrizioni alla circolazione derivano sempre da limitazioni giuridiche e non economiche poiché il mercato presenta ontologicamente *unfavor* verso la circolazione.

Tanto premesso sulle nozioni ed il rapporto tra circolazione giuridica ed economica, sono analizzati i tre principi fondamentali della circolazione giuridica, poi oggetto di approfondimento ed attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza nei decenni successivi: la libertà di circolazione, il principio di apparenza ed il principio di sicurezza nei traffici giuridici.

In questa sede appare opportuno riportare qualche breve cenno, seguendo l’impostazione della Teoria, soltanto relativamente alla libertà di circolazione poiché è il principio di più ampia portata nell’ ordinamento e viene ricostruito in relazione al tema della circolazione. Il principio di libertà di circolazione è strettamente legato al contratto poiché da un lato il contratto è lo strumento per la circolazione giuridica per eccellenza e la sua principale funzione è quella di garantire la circolazione dei beni.

La circolazione per mezzo di contratto presuppone l’esistenza contemporanea di due soggetti, l’identità del bene circolante e la correlazione tra la modificazione delle rispettive situazioni giuridiche.

⁵¹ Infatti, per quanto la circolazione possa avvenire anche contro diritto, la teoria di Carnelutti si sofferma solo sulla circolazione secondo diritto . La circolazione secondo diritto può essere di diritto pubblico (es. espropriazione) o di diritto privato (es. vendita).

La circolazione può avvenire anche come forma di successione ma non sono forme di circolazione né l'accessione né la prescrizione acquisitiva per mancanza dei presupposti sopra indicati.

In conclusione, si può dire che la circolazione giuridica è ogni atto dispositivo, traslativo, modificativo che incida sullo *status quo* del bene.

In disparte ad ulteriori approfondimenti sulla Teoria, dopo aver individuato i lineamenti ed i confini della nozione di circolazione economica e giuridica seguendo un' impostazione tradizionale e tutt'ora unica ed attuale, si possono rintracciare degli istituti giuridici volti alla limitazione della circolazione giuridica.

Peraltro si può preliminarmente notare come la libertà di circolazione sia un principio estremamente attuale come dimostrato anche a livello europeo dalle c.d. quattro libertà: delle persone, dei lavoratori, dei beni e della prestazione di servizi.

La libera circolazione dei beni è uno dei principali pilastri del mercato comune europeo e per la sua realizzazione è accaduto che un' esigenza economica abbia influenzato una regola di circolazione giuridica.

Come nel caso del mercato comune europeo, anche in altre ipotesi delle esigenze economiche hanno influenzato delle scelte normative in materia di circolazione.

Quindi, visto *il favor* alla circolazione, rintracciabile non più solo nella circolazione economica ma anche nella volontà legislativa, è necessario individuare quali istituti realizzano tali limitazioni alla circolazione, evidenziare i loro limiti e se possibile categorizzarli.

Da una rapida ricognizione delle limitazioni alla circolazione e senza alcuna pretesa di esaustività, si può segnalare in primo luogo l'articolo 1379 c.c. sul divieto di alienazione. Poi si possono altresì ricordare una serie di vincoli alla formazione dei contratti come l'opzione, la prelazione, la condizione, il contratto preliminare; i c.d. vincoli di destinazione tra cui possono rientrare i c.d. vincoli essenziali⁵², i vincoli condominiali e più in generale i vincoli inerenti alla proprietà privata⁵³ e tutti gli altri

⁵² Ad esempio, il godimento gratuito della casa destinata alla famiglia, secondo anche quanto previsto dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 29 settembre 2014 n. 20448.

⁵³ Tali vincoli sono anche conosciuti come "vincoli per l'accesso privilegiato a determinati beni" e tra questi si possono ricordare quelli relativi alla proprietà abitativa, alla proprietà coltivatrice diretta, alla

atti di destinazione⁵⁴; infine si possono distinguere i vincoli legati a posizioni soggettive qualificate o all' esercizio di potestà⁵⁵.

Ognuno di questi vincoli incide differentemente sul regime di circolazione del bene su cui insiste con effetti che possono essere temporanei o definitivi, che possono riguardare tutto il bene o solo una sua parte.

Anche le conseguenze dell' inosservanza dei vincoli possono essere tra loro diverse e, in estrema sintesi, si può dire che possono produrre la nullità del negozio o la sua inefficacia o soltanto conseguenze risarcitorie⁵⁶

Inoltre tali vincoli possono avere sia fonte legale che convenzionale.

Di solito i vincoli legali sono volti alla tutela di interessi generali della collettività o sono collegati a situazioni soggettive considerate dall' ordinamento di primaria importanza o bisognose di protezione; infatti vi sono alcuni beni giuridici come la salute, l'ambiente, il paesaggio o la cultura che rilevano sia da un punto di vista di interesse generale che come interesse individuale e sono tali da giustificare una limitazione al potere di disposizione del privato.

Peraltro un vincolo legale su un bene può essere previsto dal legislatore solo per la sua collocazione o per la condizione del bene stesso o del suo proprietario.

Infatti i vincoli legali possono essere sia oggettivi che soggettivi. Sono oggettivi quando riguardano il bene, limitandone l' utilizzo, il godimento o la disponibilità. Sono soggettivi⁵⁷ quando determinati soggetti, per la funzione svolta o la qualità rivestita, non possano alienare o acquistare tali beni. Infine talvolta il vincolo può avere natura mista, ossia riguardare sia il bene che il suo titolare.

Tra i vincoli legali più significativi si possono ricordare quelli urbanistici rispetto al trasferimento degli immobili⁵⁸; sono vincoli di tipo conformativo nel senso che

prelazione legale ereditaria anche in relazione alla disciplina sull' impresa familiare. E altre disposizioni su vincolo di indivisibilità e divieto di frazionamento.

⁵⁴ Come ad esempio, il trust, il negozio di destinazione, le fondazioni, i patrimoni destinati.

⁵⁵ Indisponibilità degli alimenti, indisponibilità dei crediti strettamente personali, indisponibilità dei diritti di uso ed abitazione, indisponibilità dell' usufrutto legale dei genitori (art.326 c.c.), indisponibilità dei beni e diritti del minore ad opera del genitore/tutore (artt. 323 c.c., 378 c.c.), divieto di acquisto alle aste pubbliche da parte di determinati soggetti di determinati beni (art.1261 c.c. e 1471 c.c.).

⁵⁶ Per approfondimenti si veda BOCCHINI F., *I vincoli al trasferimento dei diritti*, in Valentino D. (a cura di), *I contratti di vendita*, in Rescigno P. Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2007, volume 7 tomo I capitolo 1 pagine 7-8.

⁵⁷ Esempi di vincoli soggettivi sono forniti dal codice civile agli articoli 323 c.c., 326 c.c., 378 c.c., 411 c.c., 424 c.c., 1261c.c., 1471 c.c.

⁵⁸ Riassuntivamente si può richiamare il T.U. edilizia, d. PR 6 giugno 2001 n.380 anche rispetto alla circolazione dei terreni (art. 29).

sottopongono i beni a dei controlli e che nel caso di inadempimento comportano delle sanzioni penali ed amministrative oltre che delle notevoli limitazioni al regime di circolazione giuridica sia per quanto riguarda il potere di godimento che per quanto riguarda il potere di disposizione. In particolare, nei casi di abusivismo edilizio la sanzione comminata è quella della nullità; tuttavia la legge 23 dicembre 1996 n.662 ha previsto all' articolo 2 comma 57⁵⁹ un' ipotesi speciale di sanatoria della nullità, peraltro difficilmente giustificabile da un punto di vista sistematico, dando così prevalenza all' interesse di finanza pubblica più che alle ragioni di governo del territorio⁶⁰.

Si annoverano anche tra i vincoli legali quelli insistenti sui beni culturali di proprietà privata e sulle aree destinate a parcheggio.

I vincoli convenzionali alla circolazione giuridica sono di solito legati a interessi individuali che spingono le parti a concordare una restrizione della circolazione.

La limitazione della libertà negoziale di uno dei due contraenti implica la verifica del perdurante rispetto dei confini della libertà contrattuale attribuita dalla legge alle parti e consistente nel rispetto delle norme imperative ed inderogabili.

Il principale vincolo negoziale è costituito dal divieto di alienazione sancito dall' articolo 1379 c.c. secondo cui tale patto ha efficacia solo tra le parti, deve essere limitato nel tempo e deve presentare un apprezzabile interesse.

In particolare, quando si deve valutare la liceità e la meritevolezza di un contratto contenente un patto di non alienazione si devono considerare diversi fattori tra cui, in primo luogo, l'utilità del divieto per una delle parti in relazione alla restrizione del mercato ed in relazione all' assetto complessivo di interessi del contratto e rispetto ai valori dell' ordinamento statale ed internazionale; in secondo luogo, si deve considerare la durata del divieto in relazione all' interesse dello stesso, tenuto conto dell'interesse

⁵⁹ “A seguito del rilascio della concessione in sanatoria ai sensi dell'art.39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, come integrato dai commi da 37 a 59, gli atti tra vivi la cui nullità, ai sensi dell'articolo 17 e del secondo comma dell'articolo 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e successive modificazioni, non sia stata ancora dichiarata, acquistano validità in diritto. Ove la nullità sia stata dichiarata con sentenza passata in giudicato e trascritta, può essere richiesta la sanatoria retroattiva su accordo delle parti, con atto successivo contenente gli allegati di cui al secondo comma dell'articolo 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, sempreché non siano nel frattempo intervenute altre trascrizioni a favore di terzi. Dall'imposta di registro calcolata sull'atto volto a determinare l'effetto di cui ai commi 37 a 59 è decurtato l'importo eventualmente già versato per la registrazione dell'atto dichiarato nullo”.

⁶⁰ Per approfondimenti v. BOCCHINI F., *I vincoli al trasferimento dei diritti*, in Valentino D. (a cura di), *I contratti di vendita*, in Rescigno P. Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2007, volume 7 tomo I capitolo 1 pagine 10-15.

alla sua stipulazione, del diritto di autodeterminazione dei privati e della certezza della circolazione giuridica del bene. Quanto a quest' ultima esigenza, si può notare che il legislatore, in tutti i casi in cui ha previsto legislativamente dei vincoli, anche se non sempre ha disciplinato gli effetti discendenti dalla violazione, si è spesso interessato del regime pubblicitario degli stessi, come dimostra da ultimo la recente disciplina sul negozio di destinazione (articoli 2645-ter e seguenti).

Inoltre vi sono delle altre disposizioni del codice civile che, pur non avendo portata generale, delineano altri vincoli negoziali: le disposizioni sui divieti di alienazione dei diritti reali (usufrutto art. 980 c.1 ed enfiteusi art. 965 c.3 e 4), il divieto di cessione del credito (articolo 1260 c.c. c 2) ed i vincoli alla circolazione delle partecipazioni sociali.

Infine si può ricordare quanto disposto dall' articolo 2596 c.c. "Limiti contrattuali alla concorrenza" che prevede la forma scritta del patto a fini probatori e requisiti temporali e territoriali per la sua validità.

Tale disposizione è volta ad evitare da un lato l'abuso di posizione dominante nei confronti dei contraenti deboli e dall' altro un monopolio di fatto che leda l'equilibrio del mercato.

Infatti, come già ricordato, il mercato europeo assume un' importanza centrale all' interno dell' Unione e viene protetto anche attraverso disposizioni sulla circolazione come l'articolo 2596 c.c., l'articolo 2595 c.c. "Limiti legali alla concorrenza" ed altre disposizioni contenute nella legge 287/1990.

In conclusione, ogni vincolo incide sempre, direttamente o indirettamente, sulla disponibilità del bene. Infatti, un vincolo può prevedere direttamente l'esclusione di un singolo atto dispositivo oppure può prevedere la perduranza della destinazione ed incidere indirettamente sulla circolazione di quel bene sul mercato.

Se ogni vincolo ha l'effetto di limitare o escludere la circolazione del bene, allora i beni sottratti alla circolazione giuridica non sono altro che beni sottoposti a vincoli di diversa origine, natura e contenuto: legali o convenzionali, soggettivi o oggettivi, temporanei o definitivi, originari o sopravvenuti, positivi o negativi, totali o parziali, con effetti reali o obbligatori, "invalidanti" o "caducanti"⁶¹.

⁶¹ Per invalidanti si deve intendere dalla violazione del vincolo deriva la nullità dell' atto; per caducanti si deve intendere che dalla violazione del vincolo discende l'inefficacia dell' atto o il diritto a richiedere il risarcimento del danno. Tale terminologia viene utilizzata da chi scrive, in analogia a quanto avviene nel diritto amministrativo per descrivere i rapporti tra atti amministrativi consequenziali.

In termini riassuntivi si può dire che i beni sottratti alla circolazione giuridica sono beni sottoposti a vincoli al trasferimento⁶².

§6 Funzione di garanzia e beni sottratti alla circolazione giuridica

Dopo aver indagato, seppur parzialmente, la funzione di garanzia e la nozione di beni sottratti alla circolazione giuridica è necessario porre in relazione le due “sfere” giuridiche per studiarne le interazioni.

Lo studio del collegamento tra le due sfere giuridiche risulta originale ed innovativo per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, come già ricordato, la categoria dei beni sottratti alla circolazione giuridica non è una categoria omogenea, come si può facilmente evincere dal precedente paragrafo. Peraltro, probabilmente anche a causa della sua non omogeneità, la categoria dei beni sottratti alla circolazione non è tradizionalmente oggetto di studio sistematico anche se le varie componenti sono state approfondite dagli studiosi nel corso dei secoli.

In secondo luogo, pur considerando le singole tipologie di beni sottratti alla circolazione giuridica, si può notare che in nessun caso vi è stato un approfondimento rispetto alla funzione di garanzia.

Infatti, le singole tipologie di beni, seppur largamente indagate, non sono state oggetto di particolare attenzione dal punto di vista della correlazione con la funzione di garanzia. Come si vedrà dettagliatamente nel prosieguo, in alcuni casi la funzione di garanzia è stata soltanto esclusa dalla letteratura tradizionale, giungendo a questa conclusione in modo sostanzialmente pacifico e senza poi mai riprendere tale risultanza con l'approfondimento di alcuni profili critici. Si pensi, ad esempio, al caso dei beni impignorabili, categoria tradizionale che per definizione è sempre stata ritenuta incompatibile con la funzione di garanzia nonostante non sia mai stata approfonditamente indagata alcuna voce dottrinale contraria e non si sia tenuto conto anche dell'utilità economica che potrebbe derivarne in alcuni casi ed in riferimento ad alcuni beni “energetici” di recente oggetto di sottrazione giuridica.

⁶² L'espressione vincoli al trasferimento viene utilizzata da BOCCHINI F., *I vincoli al trasferimento dei diritti*, in Valentino D. (a cura di), *I contratti di vendita*, in Rescigno P. Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2007, volume 7 tomo I capitolo 1 pagina 6

In altri casi la questione non è stata per nulla oggetto di indagine, quasi a ritenere tacitamente l'impossibilità del dispiegarsi di una funzione di garanzia rispetto a determinati beni. Si tratta ad esempio dei beni pubblici, ove proprio per i profili pubblicistici che vengono in rilievo, non è mai stato considerato alcun profilo di garanzia.

Infine in alcuni casi la questione si pone da un punto di vista peculiare poiché normalmente l'indagine consiste nell'individuare se un bene può costituire oggetto di garanzia; tuttavia può anche accadere che il quesito diventi cosa succede quando un bene concesso in garanzia viene sottratto alla circolazione giuridica. A tal proposito si possono ricordare sia i beni sottoposti a sequestro o a confisca che i beni culturali di proprietà privata.

Nell'analisi che seguirà nei prossimi capitoli, si concentrerà l'attenzione soprattutto sui beni impignorabili, inclusi quelli di "nuova generazione".

Capitolo 2

FUNZIONE DI GARANZIA E BENI IMPIGNORABILI

§1 Premessa; §2.1 Beni impignorabili: impignorabilità “codicistica”; §2.2 Beni impignorabili: impignorabilità temporanea; §2.3 Beni impignorabili: impignorabilità sopravvenuta; §2.4 Beni impignorabili: impignorabilità convenzionale; §2.5 Beni impignorabili di nuova generazione: l’articolo 5 del d.lgs. 31 dicembre 2012 n.249; §2.5.1 Il contesto storico-normativo in cui viene introdotta la direttiva; §2.5.2 Le principali scelte operate dalla direttiva; §2.5.3 Il rilievo del decreto legislativo 249/2012 §3.1 Indagine sulla giustificazione teorica del pegno su un bene impignorabile e profili rilevanti di alcune tipologie di pegno; §3.2 Generalità sul pegno e peculiarità riguardanti l’oggetto; §3.3 Pegno su bene impignorabile; §3.3.1 La possibile utilità di un pegno su beni impignorabili; §3.4 Pegno rotativo e variabilità dell’oggetto; §3.5 Prime conclusioni sull’indagine rispetto al pegno rotativo di valori mobiliari, titoli di Stato, titoli di debito pubblico e garanzie finanziarie; §4 Il privilegio ex articolo 46 TUB e le scorte di petrolio.

§1 Premessa

Come già evidenziato nel capitolo precedente al paragrafo 5, i vincoli cui sono sottoposti i beni possono essere molto numerosi e sono molto diversi tra loro: legali o convenzionali, soggettivi o oggettivi, temporanei o definitivi, originari o sopravvenuti, positivi o negativi, totali o parziali, con effetti reali o obbligatori, “invalidanti” o “caducanti”.

Peraltro, ciascun vincolo può presentare contemporaneamente più di una delle suddette caratteristiche, come si può facilmente evincere dall’analisi di ciascuna delle eterogenee ipotesi già in precedenza ricordate quali il divieto di alienazione, l’opzione, la prelazione, la condizione, il contratto preliminare, i c.d. vincoli esistenziali, condominiali, urbanistici e quelli inerenti alla proprietà privata, gli atti di destinazione ed i vincoli legati a posizioni soggettive qualificate o all’esercizio di potestà.

A titolo esemplificativo si può dire che il divieto di alienazione è un vincolo convenzionale, che può essere sia soggettivo che oggettivo, sempre temporaneo, di solito sopravvenuto, dal contenuto negativo e può riguardare tutto o parte del bene, con effetti obbligatori e soltanto “invalidanti”.

Peraltro bisogna sempre tenere a mente che anche i beni gravati da un diritto reale di garanzia sono dei beni sottoposti a vincolo; così, da un punto di vista teorico, nonostante il pegno e l’ipoteca siano tra i principali strumenti per realizzare la funzione di garanzia, si può disquisire se un bene sottoposto a pegno⁶³ o ad ipoteca possa a sua volta svolgere una funzione di garanzia.

Allo stesso modo, per quanto per ogni bene vincolato e per ogni tipologia di vincolo si possa analizzare se svolga o possa svolgere una funzione di garanzia, appare più opportuno concentrare l’attenzione su una (o solo su alcune) tipologie di beni vincolati: i beni impignorabili.

Nel presente capitolo si intende approfondire il tema dei beni impignorabili in prospettiva funzionale alla funzione di garanzia.

In particolare, l’indagine sui beni impignorabili può essere approfondita in relazione al pegno (in particolare al pegno rotativo) ed al privilegio convenzionale di cui all’articolo

⁶³ Si veda ad esempio la dottrina e la giurisprudenza sul subpegno; ma si pensi ad ogni “operazione giuridica” che possa svolgere una funzione giuridica di garanzia compatibilmente al regime giuridico dell’istituto.

46 TUB (d.lgs. 385/1993). Tale analisi consente di mettere in luce che vi possa essere una relazione tra le garanzie ed i beni impignorabili.

§2.1 Beni impignorabili: impignorabilità “codicistica”

I beni impignorabili⁶⁴, come si deduce dalla stessa radice della parola, sono beni “vincolati” poiché non possono essere sottoposti a pignoramento e di conseguenza ad espropriazione forzata.

Il pignoramento altro non è che il primo atto della procedura esecutiva e consiste nell’apporre un particolare vincolo di destinazione sul bene che è deputato a soddisfare il creditore dopo aver attivato tutti i rimedi giurisdizionali del caso. Quindi, il pignoramento produce la sottrazione dei beni alla disponibilità del suo proprietario al fine di soddisfare, nelle forme e nei modi previsti dalla legge, le pretese creditorie.

Tanto premesso, per quanto anche i beni sottoposti al pignoramento possano rappresentare una forma di beni sottratti alla circolazione giuridica, la nozione di pignoramento e di pignorabilità serve in questa sede soltanto ad individuare i beni impignorabili.

I beni impignorabili sono individuati dalla legge. In particolare, sono espressamente definiti come beni assolutamente impignorabili dall’ articolo 514 c.p.c. le cose sacre e quelle che servono all' esercizio del culto; l'anello nuziale, i vestiti, la biancheria, alcuni complementi d’arredo fondamentali ed elettrodomestici⁶⁵; i commestibili e i combustibili necessari per un mese al mantenimento del debitore e della sua famiglia; le armi e gli oggetti che il debitore ha l'obbligo di conservare per l'adempimento di un pubblico servizio; le decorazioni al valore, le lettere, i registri e in generale gli scritti di famiglia, nonché i manoscritti, salvo che formino parte di una collezione.

⁶⁴ Verde G., voce *Pignoramento mobiliare*, in Enciclopedia del diritto, vol. XXXIII p 826 e ss.; Sandulli A., voce *Beni pubblici*, in Enciclopedia del diritto, vol.V, p.277.; Verde G., voce *Pignoramento in generale*, p.756 e ss., Allorio E., voce *Esecuzione forzata in genere*, Nuovo Digesto Italiano, vol.5, Unione Tipografica, Torino, 1938 p.503; Luzzatto L., *Esecuzione mobiliare*, Nuovo Digesto Italiano, vol.5, Unione Tipografica, Torino, 1938, p.540; Capponi B., voce *Pignoramento*, in Enciclopedia giuridica, vol. XXVI, Treccani, Roma, 1991; Andrioli V., *Appunti di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1964, p.331 e ss.

⁶⁵ Come letti, i tavoli per la consumazione dei pasti con le relative sedie, gli armadi guardaroba, i cassettoni, il frigorifero, le stufe ed i fornelli di cucina anche se a gas o elettrici, la lavatrice, gli utensili di casa e di cucina unitamente ad un mobile idoneo a contenerli, in quanto indispensabili al debitore ed alle persone della sua famiglia con lui conviventi

Come si può facilmente notare dall'elencazione, il legislatore ha escluso dal pignoramento dei beni che sono strettamente legati alla sopravvivenza dignitosa del debitore; oppure gli oggetti che costituiscono una diretta esplicazione della personalità o della storia personale e familiare il cui valore economico non è paragonabile al valore affettivo che rivestono per il proprietario; oppure attinenti alla sfera lavorativa ma solo se strettamente collegati all'adempimento di un dovere.

Infatti, in passato risultavano assolutamente impignorabili anche gli strumenti, gli oggetti e i libri indispensabili per l'esercizio della professione, dell'arte o del mestiere del debitore; tali beni sono stati esclusi dall'elenco ad opera dell'articolo 3, della legge del 24 febbraio 2006 n.52 ed attualmente rientrano nell'elenco di cui all'articolo 515 c.p.c. sui beni relativamente impignorabili⁶⁶ poiché sono pignorabili nei limiti di un quinto.

La *ratio* della nuova previsione si collega alla volontà di "avvicinare" la disciplina riguardante i lavoratori autonomi rispetto a quanto previsto per il lavoratori dipendenti ed i pensionati.

Infatti, entro ben determinati limiti, di recente riformati dal d.l. 27 giugno 2015 n.83, la pensione e lo stipendio sono sempre stati beni almeno in parte pignorabili come previsto dall'articolo 545 c.p.c. relativo alla pignorabilità dei crediti.

A tal proposito si noti come l'impignorabilità relativa descriva una situazione diversa da quella assoluta poiché è reversibile ed è sempre legata a delle scelte di opportunità da parte del legislatore. Secondo una parte della dottrina⁶⁷, tuttavia, la sola vera forma di impignorabilità è quella assoluta a cui al limite si possono aggiungere le ipotesi dell'articolo 515 c.p.c. ove l'impignorabilità è ritenuta dal giudice. Tale differenza si può apprezzare anche sul piano del rimedio da esperire in caso di violazione delle disposizioni: nel primo caso è l'opposizione all'esecuzione mentre nel secondo è l'opposizione agli atti esecutivi.

Peraltro, si possono individuare anche altre ipotesi di beni assolutamente impignorabili attraverso l'analisi del codice civile e della legislazione speciale. Si tratta dei beni demaniali (articolo 822 c.c.), del patrimonio indisponibile (articolo 826 c.c.), degli edifici destinati all'esercizio del culto cattolico anche se appartenenti ai privati

⁶⁶ Invece, il regime dei beni relativamente impignorabili previsto nei primi due commi prevede l'intervento del giudice per limitare la pignorabilità di alcuni beni o concedere l'uso dei beni pignorati.

⁶⁷ Cfr. VERDE G., *Pignoramento mobiliare*, in Enciclopedia del diritto, vol. XXXIII p. 826

(articolo 831 c.c.), degli immobili di cui al Trattato Laterano⁶⁸, dei beni degli Stati e dei sovrani stranieri con destinazione pubblica, dell'usufrutto legale degli ascendenti (articolo 826 c.c.), dei diritti di uso e di abitazione (articolo 824 c.c.) e dei beni del fondo patrimoniale⁶⁹ (articolo 170 c.c.).

In tutti questi casi, l'impignorabilità è legata alla c.d. incapacità del bene di essere oggetto di pignoramento.

In particolare, si noti come le cose sacre e destinate all'esercizio del culto, pur essendo beni espressamente qualificati come assolutamente impignorabili dall'articolo 514 c.p.c., sono allo stesso tempo beni incapaci di espropriazione, nonché richiamati anche dall'articolo 831 c.p.c.

Peraltro la distinzione tra beni esclusi dal pignoramento per ragioni connesse al debitore e quelle connesse ad interessi generali si ripercuote anche sulla rilevabilità d'ufficio dell'impignorabilità. Infatti, di regola, solo la parte può far valere l'avvenuto pignoramento di un bene rientrante tra la categoria degli impignorabili; tuttavia, secondo un orientamento, la questione può essere rilevata d'ufficio quando riguarda un bene che presenti dei caratteri di interesse generale⁷⁰.

§2.2 Beni impignorabili: impignorabilità temporanea

Dall'analisi della legislazione speciale emergono almeno altri due casi di impignorabilità di particolare rilievo: il primo riguarda l'articolo 1 comma 51⁷¹ della

⁶⁸ Articolo 13 e seguenti della legge 27 maggio 1929 n.810.

⁶⁹ Per i beni destinati a far fronte ai bisogni della famiglia ed i loro frutti, per i debiti che il creditore sapeva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

⁷⁰ Ad esempio, un bene demaniale anche nella misura in cui si tratta di un bene impignorabile poiché è per legge inalienabile, così come riportato da MERZ S., Manuale pratico dei beni impignorabili, Profili civili, fallimentari, penali, procedurali e fiscali, Cedam, 2004.

⁷¹ Si ritiene opportuno riportare la formulazione letterale dell'articolo per una migliore comprensione della questione: "Al fine di assicurare il regolare svolgimento dei pagamenti dei debiti oggetto della ricognizione di cui all'articolo 11, comma 2, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché al fine di consentire l'espletamento delle funzioni istituzionali in situazioni di ripristinato equilibrio finanziario per le regioni già sottoposte ai piani di rientro dai disavanzi sanitari, sottoscritti ai sensi dell'articolo 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, e successive modificazioni, e già commissariate alla data di entrata in vigore della presente legge, non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive, anche ai sensi dell'articolo 112 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, nei confronti delle aziende sanitarie locali e ospedaliere delle regioni medesime, fino al 31 dicembre 2013. I pignoramenti e le prenotazioni a debito sulle rimesse finanziarie trasferite dalle regioni di cui al presente comma alle aziende sanitarie locali e ospedaliere delle regioni medesime, ancorché effettuati prima della data di entrata in vigore del decreto-legge n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n.

legge 13 dicembre 2010 n. 220 e sue successive modificazioni⁷², dichiarato incostituzionale dalla sentenza della Corte Costituzionale del 12 luglio 2013 n.186⁷³.

Infatti, la Corte Costituzionale ha ritenuto ingiustificato l'intervento legislativo succitato poiché ha svuotato di contenuto i titoli esecutivi giudiziali conseguiti nei confronti del soggetto debitore (le aziende sanitarie di alcune regioni). In breve, la succitata disposizione prevede che i titoli esecutivi ottenuti dai creditori della p.a. non possono essere fatti valere, interrompendo le esecuzioni in corso ed inibendo quelle future.

Peraltro, secondo la Corte Costituzionale, l'intervento in parola non può essere giustificato da particolari esigenze transitorie poiché da un lato la disposizione, pur essendo limitata nel tempo, non può dirsi limitata ad un ristretto lasso temporale visto che la misura era inizialmente prevista per un anno ed è poi stata differita fino alla fine del 2013.

Dall'altro, l'intervento legislativo determina l'estinzione dei giudizi pendenti e non è controbilanciato da altre disposizioni normative che garantiscano la realizzazione dei diritti oggetto delle procedure estinte, come ad esempio delle procedure concorsuali

122 del 2010, sono estinti di diritto dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Dalla medesima data cessano i doveri di custodia sulle predette somme, con obbligo per i tesoriери di renderle immediatamente disponibili, senza previa pronuncia giurisdizionale, per garantire l'espletamento delle finalità indicate nel primo periodo”.

⁷²modificato dall'art. 17, c. 4°, lett. e), del decreto legge 06/07/2011, n. 98, convertito con modificazioni in legge 15/07/2011, n. 111.

⁷³ Peraltro, già in precedenza erano rinvenibili altre disposizioni riguardanti il settore pubblico già oggetto dell'attenzione della Corte Costituzionale.

In primo luogo si segnalano due specifiche ipotesi di impignorabilità dei beni delle ASL (ex art. 1, comma 5 e comma 5bis del Decreto Legge n. 9/1993) e l'impignorabilità dei beni degli enti pubblici locali (ex art. 159 TUEL).

Ulteriori esempi di “impignorabilità” di somme di denaro appartenenti alla pubblica amministrazione per specifica disposizione legislativa sono i seguenti :

l'articolo 1 del decreto-legge 25 maggio 1994 n. 313 in materia di “Pignoramenti sulle contabilità speciali delle prefetture, delle direzioni di amministrazione delle Forze armate e della Guardia di finanza” , ai sensi del quale non sono soggetti ad esecuzione forzata i fondi di contabilità speciale comunque destinati a servizi e finalità di protezione civile, di difesa nazionale e di sicurezza pubblica, al rimborso delle spese anticipate dai comuni per l'organizzazione delle consultazioni elettorali, nonché al pagamento di emolumenti e pensioni a qualsiasi titoli dovuti al personale amministrato;

l'art. 14 del decreto-legge n. 669 del 31 dicembre 1996 al comma 3, estende l'impignorabilità di cui al precedente art. 1 del Decreto Legge n. 313 del 1994, anche alle somme destinate ai progetti finanziati con il fondo nazionale di intervento per la lotta alla droga, istituito con DPR n. 309 del 1990;

L'impignorabilità dei fondi pubblici introdotta con l'articolo 6, comma 5, del decreto-legge 8 aprile 2013 n. 35, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 6 giugno 2013, n. 64, ai sensi del quale “non sono ammessi atti di sequestro o di pignoramento sulle somme destinate ai pagamenti alle imprese con dei debiti commerciali delle pubbliche amministrazioni divenuti certi, liquidi ed esigibili alla data del 31.12.2012 ovvero per i quali entro la stessa data si stata emessa fattura o richiesta di pagamento”.

garantite da adeguata copertura finanziaria, per soddisfare i creditori che abbiano già azionato titoli esecutivi.

Al contrario si prevede l'estinzione delle procedure esecutive iniziate e la cessazione del vincolo pignoratorio gravante sui beni delle aziende sanitarie ubicate nelle Regionicommissariate, con definitivo accollo, a carico degli esecutanti, della spese di esecuzione già affrontate⁷⁴.

In definitiva, la disposizione legislativa, denunciata per la sospetta violazione di numerosi articoli della Costituzione, viene dichiarata incostituzionale per la sola violazione dell'articolo 24 Cost. relativo al diritto di difesa.

Tanto brevemente premesso sulla disposizione e l'intervento della Corte Costituzionale, per quanto la disposizione ponesse numerose criticità da un punto di vista sostanziale, processuale e costituzionale, il dato che in questa sede maggiormente interessa è quello dell'introduzione di un'ipotesi di "impignorabilità temporanea" su una categoria di beni individuati in base alle caratteristiche soggettive del suo titolare.

Per quanto la norma non sia più in vigore, la disposizione dimostra come il legislatore possa prevedere delle ipotesi di impignorabilità temporanea, purché nel rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento, come in questo caso il diritto di difesa ma anche il principio di ragionevolezza e dell'esistenza di una tutela equivalente.

Infatti, nel caso di specie, a causa delle numerose peculiarità e criticità della disposizione, l'impignorabilità temporanea passa quasi in secondo piano; tuttavia si può rilevare come l'oggetto delle censure non è l'impignorabilità in sé ma il contesto più ampio ove la stessa è prevista dal legislatore. Infatti, si ribadisce che non viene censurata l'impignorabilità temporanea o l'impignorabilità in quanto riferita ai beni appartenenti a dei soggetti pubblici, ma viene censurata la totale carenza di tutela in cui

⁷⁴In tal senso cit. Corte Cost. sent. n. 138 del 21 luglio 1981, ma anche Cass. Civ. sez III 26 luglio 2005 n. 15601 la quale ha affermato che "Le somme di denaro della P.A. possono essere considerate impignorabili soltanto per effetto di una disposizione di legge o di un provvedimento amministrativo che nella legge trovi fondamento, non essendo sufficiente, a tal fine, la mera iscrizione nel bilancio, in quanto, al di là dei caratteri di neutralità e fungibilità propri del denaro, al quale non può ritenersi connaturata una specifica destinazione, la funzione amministrativa non può svolgersi in contrasto col principio, sancito dall'art. 2740, secondo comma cod. civ., secondo cui le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore sono di stretta competenza del legislatore. Non sono quindi impignorabili i fondi accantonati da un ente pubblico per il trattamento di fine rapporto dei propri dipendenti, non essendo l'indisponibilità degli stessi prevista da alcuna norma, e non potendo estendersi ad essi né l'art. 545, terzo e quarto comma cod. proc. civ. ed il d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180, i quali presuppongono che il debitore escusso sia il dipendente, né l'art. 2117 cod. civ., il quale, nel dichiarare impignorabili i fondi speciali per l'assistenza e la previdenza, detta una norma di carattere eccezionale, come tale non suscettibile di applicazione analogica".

incombe la controparte dell'azienda sanitaria e l'incidenza della disciplina su situazioni giuridiche in svolgimento.

§2.3 Beni impignorabili: impignorabilità sopravvenuta

In ogni caso, il fattore tempo influisce su almeno altre due forme di impignorabilità: quella condizionata da determinate circostanze di tempo e quella sopravvenuta.

L'impignorabilità condizionata da determinate circostanze di tempo è una forma di impignorabilità prevista dall'articolo 516 c.p.c., specificamente riguardante i frutti non ancora raccolti ed i bachi da seta.

Infatti, tali beni sono ritenuti temporaneamente impignorabili per le loro caratteristiche ontologiche: la disciplina temporale è dettata a tutela sia del debitore che del creditore per evitare che il pignoramento risulti inutile.

Per impignorabilità sopravvenuta si deve intendere la sottrazione di un bene al compendio di quelli inizialmente pignorabili.

In linea teorica, tale sottrazione potrebbe derivare dall'intervento del legislatore o da una vicenda che interessa il bene oppure dalla volontà delle parti.

Nel primo caso, si deve ritenere ammissibile l'intervento del legislatore che, nell'esercizio del suo potere sempre libero nei fini, stabilisca una forma di impignorabilità sopravvenuta, nel rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento.

Del resto, nel succitato caso riguardante le aziende sanitarie censurato dalla Corte Costituzionale, si trattava di un'ipotesi non solo di impignorabilità temporanea ma altresì sopravvenuta.

Così, al pari dell'impignorabilità temporanea, la disposizione censurata dimostra che potrebbe esistere un'impignorabilità sopravvenuta.

Nel secondo caso, l'impignorabilità dipendente da una vicenda che interessa il bene potrebbe essere rappresentata dalla "demanializzazione", ossia l'acquisizione al patrimonio indisponibile dello Stato. Pur senza voler entrare nei dettagli della questione, vi potrebbe essere anche in questo caso una disposizione legislativa o un provvedimento amministrativo che dispone l'acquisizione del bene, magari stabilendo altresì un regime transitorio per regolamentare le situazioni giuridiche pendenti.

Un altro esempio di mutamento dello *status quo* del bene può derivare dal decreto di esproprio per pubblica utilità del bene che determina l'acquisizione del bene al patrimonio dello Stato per la realizzazione di un'opera pubblica conformemente a quanto previsto dal D.P.R. del 19 giugno 2001 n.309.

Nel terzo caso (bene impignorabile per volontà delle parti) bisogna considerare se ed in che modo la volontà delle parti può incidere sulla pignorabilità di un bene.

Da un lato l'articolo 517 c.p.c. in materia di scelta delle cose da pignorare stabilisce che il pignoramento deve avvenire su quanto ritenuto di più facile e pronta liquidazione da parte dell'ufficiale giudiziario che attualmente è comunque tenuto a preferire il denaro contante, gli oggetti preziosi, i titoli di credito e tutti i beni che appaiono di sicura liquidazione.

Al contrario, prima della novella del 2006 ad opera della già citata legge n.52, il debitore poteva indicare all'ufficiale giudiziario quali beni pignorare.

Dall'altro lato, il mutamento dei rapporti tra le parti potrebbe incidere sull'intera procedura, ad esempio manifestando la rinuncia all'azione e determinando l'impignorabilità di fatto dei beni.

Tale nozione di impignorabilità sopravvenuta è soltanto a-tecnica, poiché quei beni non diventano impignorabili *erga omnes* ma semplicemente "sopravvivono" a quella procedura esecutiva.

La volontà delle parti implica altresì che un bene libero da pesi ed in libera circolazione può essere liberamente alienato fino al momento antecedente al pignoramento. Rimane tuttavia ferma la disciplina in materia di divieto di patto commissorio di cui all'articolo 2744 c.c. secondo cui è vietato un patto tra debitore e creditore ove alla scadenza dell'obbligazione la cosa ipotecata o data in pegno passi dal creditore al debitore. La disciplina sul divieto di patto commissorio è considerata normativa di ordine pubblico, per quanto non sia prevista in tutti i paesi dell'Unione europea e di matrice romanistica.

Peraltro, come già ricordato, per quanto le spiegazioni dell'origine di tale divieto possono essere molteplici, una delle maggiori preoccupazioni dell'ordinamento consiste nell'evitare che il debitore sia costretto a cedere un bene di valore superiore rispetto al debito. Ciò si evince dall'analisi della giurisprudenza che, pur molto rigida

nelle applicazioni relative al patto commissorio, ammette il c.d. patto marciano⁷⁵. Il patto marciano presenta un elemento aggiuntivo rispetto al patto commissorio poiché prevede la restituzione in denaro della differenza di valore che viene stimata tra il debito ed il bene oggetto dell' accordo.

Quindi, fermo restando il divieto di patto commissorio e di tutti gli accordi che risultino elusivi dell' articolo 2744 c.c., l' ordinamento non è contrario agli accordi transattivi o a tutte quelle convenzioni che abbiano la funzione di prevenire il pignoramento e più in generale di deflazionare il contenzioso giudiziario.

In conclusione, le parti possono cercare un accordo che prevenga il pignoramento, con conseguente risparmio sulle spese giudiziali e con l' eventuale possibilità per il debitore di escludere un determinato bene dal pignoramento ed in una certa misura di "scegliere" su quali beni concentrare l' esecuzione.

§2.4 Beni impignorabili: impignorabilità convenzionale

A tal proposito, visto il generale *favor* dell' ordinamento per la libertà negoziale, espresso in linea generale dall' articolo 1322 c.c., ci si può domandare se sia possibile concepire una forma di "impignorabilità convenzionale".

In altri termini se si può ipotizzare che il debitore si accordi con il creditore per escludere un determinato bene dal pignoramento. Per quanto a fronte di un patrimonio capiente ed in presenza di beni che possono garantire la stessa o superiore capacità di soddisfazione, da un punto di vista sostanziale non vi sarebbero ostacoli, si ritiene che tale possibilità sia da escludere.

Infatti, il pignoramento è il primo atto di una procedura esecutiva, espressione del potere statale; il processo esecutivo è la massima espressione del potere dello Stato in ambito processuale che interviene di solito dopo un lungo *iter* in presenza di un valido titolo esecutivo.

⁷⁵Tra la più recente giurisprudenza di legittimità si può ricordare Cassazione civile sez. I 28 gennaio 2015 n. 1625; Cassazione civile sez. II 09 maggio 2013 n. 10986; Cassazione civile sez. I 28 gennaio 2015 n. 1625 (fonte DeJure); in dottrina tra i più recenti interventi si possono ricordare: Rispoli G., *I nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, in Giust. civ. 2013, pag. 697, fasc. 11-12; CARBONE E., *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2012, pag. 1087, fasc. 4; CILENTO A., *Convenzioni commissorie tra integrità del consenso e funzione negoziale*, in Banca borsa tit. cred. 2013, pag. 207, fasc. 2.

Per tale ragione si deve ritenere che la disciplina sui beni pignorabili non sia derogabile e che lo Stato non abbia alcun “interesse” a negoziare ed a concedere al privato la scelta su quali beni subire l’esecuzione.

Al contrario, è ipotizzabile la rinuncia all’impignorabilità di un bene: in altri termini, il debitore ed il creditore possono rinunciare all’impignorabilità in modo da rimuovere gli ostacoli ad un eventuale processo esecutivo⁷⁶.

E’ interessante notare come vi sia sempre una maggiore attenzione al rapporto tra autonomia negoziale e responsabilità patrimoniale, per quanto si tratti di concetti tradizionalmente considerati tra loro antitetici.

Infatti, il principio cardine della responsabilità patrimoniale è rappresentato dalla *par condicio creditorum* che è un principio tradizionalmente considerato di ordine pubblico, per quanto si presti ad una serie di differenti interpretazioni anche in chiave evolutiva⁷⁷.

Il secondo caso di particolare rilievo in materia di impignorabilità riguarda le c.d. scorte di petrolio di cui all’articolo 5 del d.lgs. 31 dicembre 2012 n.249 e verrà meglio analizzato nel paragrafo seguente.

§2.5 Beni impignorabili di nuova generazione: l’articolo 5 del d.lgs. 31 dicembre 2012 n.249

Il decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 249 rubricato “Attuazione della direttiva 2009/119/CE che stabilisce l’obbligo per gli Stati membri di mantenere un livello minimo di scorte di petrolio greggio e/o di prodotti petroliferi” chiarisce fin dall’articolo 1 la finalità della disciplina comunitariamente imposta: “Il presente decreto stabilisce norme intese ad assicurare un livello elevato di sicurezza dell’approvvigionamento di petrolio e di prodotti petroliferi del Paese mediante meccanismi affidabili e trasparenti, a mantenere un livello minimo di scorte di petrolio

⁷⁶BARBERA L., Garanzia del credito ed autonomia privata, 1971, Napoli, pag. 70.

⁷⁷ Sul punto, che verrà in seguito ripreso, si possono fin d’ora citare i tradizionali contributi sul tema: Barbiera L., Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Articoli 2740-2744, in Schlesinger P., a cura di, Il Codice civile, Commentario, Giuffrè, 1991; Nicolò R., *Responsabilità patrimoniale*, in Commentario al codice civile, in Scialoja Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1945; Rubino D., *La responsabilità patrimoniale*, in Vassalli F. (a cura di), Trattato di diritto civile italiano, Unione tipografica, Torino, 1952.

greggio e di prodotti petroliferi e a prevedere le procedure necessarie per far fronte ad un'eventuale situazione di grave difficoltà o crisi degli approvvigionamenti”.

Tale disciplina si origina in ambito europeo con la finalità di fronteggiare l'aumento del rischio di difficoltà di approvvigionamento ed aumentarne la sicurezza, implementare la politica energetica integrata e consentire la raccolta e l'elaborazione di dati per l'efficienza e la trasparenza del mercato energetico.

§2.5.1 Il contesto storico-normativo in cui viene introdotta la direttiva

E' importante contestualizzare correttamente la direttiva europea e comprendere quale sia l'impostazione di fondo della stessa, anche per scrutinare meglio le scelte effettuate dagli Stati membri in sede di recepimento della direttiva.

Infatti, molti Stati dell' Unione Europea erano già soggetti a degli obblighi di stoccaggio di petrolio e prodotti petroliferi, imposti proprio dall'appartenenza all'IEA⁷⁸.

Le analisi preliminari ai lavori preparatori della direttiva 119/2009/CEE iniziano nel tardo 2006, per poi intensificarsi nella primavera del 2007 con la finalità di creare un sistema di scorte di emergenza complementare a quello di IEA.

Per tale ragione, nel dicembre 2006, viene creato un *inter-service group* in seno alla direzione generale per i trasporti e l'energia della Commissione Europea (DG TREN) che, a seguito di numerosi meeting, una consultazione bilaterale con Eurostat e una consultazione pubblica⁷⁹, a seguito della quale viene elaborato il c.d. *impact assessment* della direttiva.

Storicamente, le prime scorte di emergenza sono state imposte dalla Comunità economica europea nel 1968 e prevedevano un'autonomia di 65 giorni di consumo interno per tre diverse categorie di prodotti petroliferi; tale obbligo è stato innalzato nel 1972 a 90 giorni.

A seguito dei danni economici creati dalla crisi del prezzo del petrolio del 1973, è stata creata IEA, con il compito di proteggere i paesi consumatori di petrolio. L'Agenzia, di

⁷⁸ International Energy Agency

⁷⁹ I principali attori della consultazione pubblica sono stati l'Oil supply group, che è un corpo consultivo composto dagli esperti nazionali di ciascuno Stato in materia di scorte e misure di emergenza; inoltre, la Commission's fossil fuel, anche nota come forum di Berlino di cui fanno parte più di cento società, associazioni industriali, amministrazioni nazionali, organizzazioni non governative. Dalle consultazioni è emerso che i punti maggiormente discussi sono stati lo statuto proprietario delle scorte, in relazione alla possibilità di garantirne la loro disponibilità e la possibilità di mescolare le scorte di sicurezza a quelle commerciali, in relazione alla riduzione dei costi ed ad alcuni profili logistici legati al mantenimento della qualità del prodotto.

cui ancora oggi fanno parte quasi tutti i membri dell' Unione Europea e gli Stati Uniti d'America, pone nuove regole per i suoi membri, finalizzate a fronteggiare le grandi crisi petrolifere a livello globale.

In particolare sia il sistema europeo precedentemente in vigore che quello di IEA impedivano di avere una quantità di scorte tali da garantire un'autonomia per alcuni prodotti petroliferi pari a 90 giorni; tuttavia, i due sistemi si basano su una metodologia di calcolo diversa, in quanto IEA fa riferimento alle importazioni nette e l'Unione Europea faceva riferimento solo ai consumi.

Gli Stati dell'Unione Europea che aderiscono anche ad IEA non sono tenuti a raddoppiare il numero di giorni di autonomia, nel senso di dover garantirne scorte pari a 90 giorni di importazioni nette per adempiere al requisito IEA e scorte pari a 90 giorni di consumo per soddisfare il requisito europeo, ma devono garantire una quantità di scorte tali da riuscire a rispettare il requisito più stringente tra i due imposti.

I due sistemi, già tra di loro complementari, necessitano di incrementare il loro coordinamento per migliorare il sistema di scorte di sicurezza europeo poiché vi potrebbero essere delle crisi "locali" per cui non si può attivare il sistema IEA.

Inoltre, il petrolio risulta essere una risorsa chiave per l'Europa, la sua domanda risulta essere in crescita in tutto il mondo e i giacimenti petroliferi sono concentrati in determinate aree che potrebbero essere ad alto rischio geo-politico oppure gli oleodotti per il trasporto potrebbero trovarsi in territori a rischio di guerre, terrorismo, misure di embargo, pirateria ed altre tipologie di incidenti. Peraltro alcuni esempi di criticità si sono già verificati, come del caso della crisi tra Russia e Bielorussia nel marzo del 2007 che ha impedito l'approvvigionamento in Europa attraverso l'oleodotto Druzhba o i 18 giorni di scioperi in Francia nel marzo 2007 presso l'impianto Fos-Lavera che ha danneggiato i rifornimenti presso alcune raffinerie francesi, svizzere e tedesche.

Peraltro, il sistema europeo, oltre alla creazione delle scorte prevede anche delle misure aggiuntive, ove realizzabili⁸⁰, consistenti nella sostituzione del petrolio con altre fonti

⁸⁰ Sul punto, nell' *impact assessment* viene suggerito, a pagina 8: "Overall, these measures are of different effectiveness in a crisis. A non-producing country obviously cannot increase production, fuel switching may be limited to sectors where this is technically feasible (e.g. power plants which are able to switch to gas) while demand restraint measures often have a limited impact (e.g. speed limit reductions) and/or take some time to have an impact on consumption (e.g. encouraging public transport). Experience has shown that emergency stockholding and the ability to draw down such stocks are the easiest and fastest way of making large volumes of additional oil and/or oil product available to the market, thereby alleviating market shortage."

energetiche⁸¹, nell'aumento della produzione locale⁸² e nell'introduzione di limitazioni amministrative⁸³.

L'esigenza di modificare il sistema di scorte europeo era già stata avvertita nel 2002, quando la Commissione europea aveva proposto una nuova direttiva che prevedeva l'innalzamento del livello di scorte fino a 120 giorni di autonomia, l'attribuzione alla Commissione Europea dei poteri di gestione in caso di crisi e la possibilità di utilizzarle anche per fronteggiare la volatilità dei prezzi; tuttavia la proposta di direttiva non è stata accettata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio, ma ha avuto l'effetto di intensificare la riflessione su questi argomenti.

Il principale cambiamento che la direttiva 119/2009/CE ha apportato al sistema precedentemente delineato nel 1968, consiste nella gestione delle scorte di emergenza che, a differenza del passato è oggi gestito direttamente dalla Commissione Europea (e non dagli Stati membri).

Infatti, nel previgente sistema la Commissione Europea aveva soltanto un ruolo consultivo e la decisione di utilizzare le scorte spettava all'Oil Group mentre l'esecuzione della stessa era responsabilità dei singoli Stati membri.

§2.5.2 Le principali scelte operate dalla direttiva

La nuova direttiva risponde anche all'esigenza di coordinare espressamente il sistema di scorte europeo con quello di IEA.

⁸¹ Sul punto, nell'*impact assessment* viene suggerito, a pagina 7: "As an example of fuel switching, oil used for electricity generation or for heating purposes may be easily replaced by other fuels, provided that technical systems are in place to allow the switch to the alternative fuel (e.g. natural gas). In the transport sector, where oil is the dominant fuel, it is much more difficult or almost impossible to replace significant amounts of oil in the short term. The same holds for the petrochemical sector. It is indicative that none of the IEA member countries used this measure to deal with the supply disruption following hurricane Katrina in 2005."

⁸² Segue a pagina 7: "Similarly to stockdraw, a temporary increase of indigenous oil production can make additional oil available to the market. However, for technical, economic and business reasons, it is difficult to increase oil production quickly. Furthermore, only a limited number of oil producing countries such as the United Kingdom, Denmark and Romania would be able to resort to this instrument in the EU and most of them have little or no spare capacity."

⁸³ Segue a pagina 7 "Demand restraint measures have increasingly been applied in cities to quickly reduce air pollution levels and a similar approach may be useful in case of a supply disruption. Measures such as car-pooling, speed limits, driving bans, ecodriving, bus prioritising, telecommuting or compression of the working week can offer substantial additional savings. Most of these measures can be introduced at relatively low cost and at short notice but do require public acceptance which may sometimes be difficult to obtain. In addition, extensive demand restraint in the transport sector may hamper business and industry activities and would then be counterproductive."

Dai c.d. considerando della direttiva emerge chiaramente che non sono reputati casi urgenti o di crisi le situazioni derivanti dall'andamento del prezzo del petrolio greggio e dei prodotti petroliferi ed al contrario vi potrebbero rientrare casi di interruzione dell'approvvigionamento del gas ove si debba ricorrere all'uso del petrolio per la produzione di energia.

Simili disposizioni sono presenti anche negli Stati Uniti d'America, grazie alla disciplina dell'*Oil Security Reserve*, introdotto all'inizio degli anni 80 con la principale finalità di essere utilizzato per influenzare l'andamento dei prezzi; ancora oggi è estremamente discusso quale sia la scelta migliore per una politica di sicurezza energetica efficace e quando sia opportuno ricorrere alla *Strategic Petroleum Reserve*⁸⁴.

Per quanto riguarda la direttiva 119/2009/EC è interessante considerare brevemente tre aspetti fondamentali del nuovo sistema: il metodo di calcolo delle riserve, la disponibilità delle scorte ed il sistema di *reporting*.

Il metodo di calcolo delle riserve è descritto dall'articolo 3 "Scorte di sicurezza-Calcolo degli obblighi di stoccaggio", dall'articolo 4 "Calcolo dei livelli delle scorte" e dagli allegati II e III della Direttiva.

Il calcolo delle riserve si presenta come articolato poiché da un lato le riserve sono costituite da una pluralità di prodotti ed in particolare, per le c.d. riserve specifiche⁸⁵, ogni Stato deve individuare quale sarà la loro composizione in base all'indice di consumo dei prodotti interni; dall'altro, il metodo di calcolo utilizzato dal sistema IEA è differente rispetto a quello stabilito dalla Commissione Europea. Così, per agevolare l'adempimento dell'obbligo e favorire l'integrazione tra i due sistemi, è rimessa ad ogni Stato membro la scelta se costituire una scorta pari a 90 giorni di importazioni nette o 61 giorni di consumo interno, oltre che un periodo di due anni di transizione per gli Stati che non appartengono all'IEA.

Per quanto riguarda la disponibilità delle scorte, è fondamentale che la stessa venga garantita in maniera efficiente poiché un sistema ben funzionante è un deterrente per la speculazione e riduce il rischio della volatilità dei prezzi⁸⁶.

⁸⁴Confronta Congressional Budget Office, Energy security in the United States, May 2012

⁸⁵ Confronta articolo 9 della Direttiva

⁸⁶ Impact assessment cit. p.12 "A stockholding system for emergency oil stocks has to ensure that such stocks are actually held and are available for release in the event of an emergency. Doubts about the availability of stocks in the context of an actual or potential crisis may lead to market speculation and

Una tecnica per garantire la disponibilità delle scorte è l'uso dei c.d. *ticket*, cioè di contratti che garantiscono ad uno dei soggetti obbligati di assolvere la propria obbligazione per un determinato periodo di tempo tramite l'ausilio di un altro partner, anch'esso soggetto obbligato alla detenzione delle scorte.

I *ticket* sono uno strumento molto utilizzato nella prassi e fin da subito hanno posto dei problemi di controllo dell'assolvimento effettivo dell'obbligazione⁸⁷.

Infine, l'ultimo aspetto è costituito dalle tecniche di organizzazione e coordinamento delle scorte d'emergenza, imperniato su una tempestiva comunicazione alla Commissione Europea ed all'Organismo centrale di stoccaggio nazionale.

Tale sistema garantisce l'efficacia nella gestione delle scorte e sortisce degli effetti positivi anche sulla stabilità del mercato.

Di recente è stato positivamente valutato⁸⁸ il livello di trasparenza raggiunto, grazie al maggiore controllo sulla suddivisione delle scorte, al miglioramento nella gestione del mercato dei *ticket* ed al superiore coordinamento con il sistema IEA.

increased price volatility. An effective stockholding system thus acts as a deterrent to speculation. Doubts may also undermine the expected positive effects of an emergency response."

⁸⁷ Impact assessment cit. p.13 "*The use of "tickets" can also limit the availability of emergency stocks in a supply disruption, in particular when stocks held under such arrangements are located abroad. Critical expertise confirms that "tickets" are not very transparent and are difficult to monitor with the frequently used three-month validity period. "Tickets" do not provide additional oil to the security system and, in addition, there is no guarantee for the renewal of expiring "ticket" contracts. In 2007-2008, a number of Member States reported scarcity of "tickets", making it difficult to buy such instruments under reasonable conditions. In the public consultation, a stakeholder claimed that "ticket" stocks are often encumbered by forward sales contracts. Again, this practice undermines the availability of such stocks in the event of a crisis. Furthermore, there is practically no experience with the use of "tickets" in a supply disruption. Critics may assume that, depending on the specific supply disruption, it will be very difficult or even impossible to purchase the reserved oil. When such stocks are held abroad, the information on the specific "tickets" is sometimes unclear because of double counting problems or delays in administrative procedures. An analysis of the IEA shows that in Europe total stocks reported to be held abroad under bilateral agreements are well above the level of total stocks reported to be held domestically for other countries, suggesting that 10-20% of stocks could be counted more than once (see Figure 2). Clearly, there is a need to address this problem and avoid such discrepancies"*

⁸⁸ Rapporto Triconomics "Study in support of mid-term evaluation of the functioning and of the implementation of the Council Directive 2009/119/EC on Oil Stocks" 5 Agosto 2016, p. 5 "*The effect of the Directive on the **transparency of stocks** is positive, in the sense that it improved the transparency of the composition of emergency stocks held in Member States. The distinction between emergency and commercial stocks has a positive effect on the transparency of stocks as well as the fact that non transparent 'tickets of tickets' are no longer possible. The requirement to maintain a register of emergency stocks has also improved the quality of information about the location and quantity of Member State stocks held abroad. Furthermore, the improved comparability of the EU and IEA emergency oil stockholding figures has a positive effect on the transparency of emergency stocks and the reporting on individual product stocks held is more transparent than the former use of product categories. Although emergency stocks and commercial stocks are defined in the Directive and the distinction between the two is clear, there remains uncertainty amongst stakeholders as to whether reported stocks by Member States are fully comparable. Issues also remain with auditing and control of stocks held abroad as well as discrepancies in cross-border stocks reporting. The feedback from public*

In conclusione, così come rilevato dall'ultima valutazione ufficiale della Commissione Europea sul funzionamento della Direttiva nel medio periodo, si può rilevare che gli obiettivi siano stati in gran parte raggiunti poiché, in estrema sintesi, si è verificato un rafforzamento del sistema delle scorte di emergenza ed una riduzione degli impatti negativi legati al funzionamento dello stesso⁸⁹.

§2.5.3 Il rilievo del decreto legislativo 249/2012

Tralasciando le considerazioni politico-economiche accennate nel precedente paragrafo, al fine di contestualizzare la disciplina e di poter svolgere un ragionamento giuridico partendo dal dato letterale, è opportuno in primo luogo riportare in maniera piuttosto dettagliata i contenuti del decreto, soffermandosi in particolare sull' articolo 5; poi su tali basi si può indagare se ed in che modo tali scorte possano assolvere ad una funzione di garanzia, ad esempio se sia possibile concederle in pegno.

Gli articoli 2, 3 e 4 del decreto legislativo si occupano rispettivamente delle definizioni, delle metodologie di calcolo delle scorte e del livello delle stesse.

L'articolo 5 rubricato "Disponibilità delle scorte petrolifere di sicurezza" stabilisce che i soggetti obbligati, indicati nel decreto e sostanzialmente coincidenti con l'OCSIT e le

stakeholders is in line with our conclusion that the Directive has had a positive effect on the transparency of emergency stocks: 82% of the public authority respondents to the survey considered that the Directive improved the transparency of emergency stocks, whereas 18% thought the transparency has remained the same. The harmonisation with the IEA system regarding certain elements (reporting, calculation of the obligation, emergency response mechanisms) has improved, although the harmonisation efforts also created some efficiency problems that need to be addressed. The goal to reduce the administrative burden has however not been achieved. Both issues are further addressed under efficiency."

⁸⁹ Rapporto Triconomics "Study in support of mid-term evaluation of the functioning and of the implementation of the Council Directive 2009/119/EC on Oil Stocks" 5 Agosto 2016, p. 4: "Based on the findings presented in this report we evaluate the functioning and implementation of Directive 2009/119 positively. The rationale for EU legislation imposing an obligation on Member States to maintain minimum stocks of crude oil and petroleum products is confirmed and the Directive provides significant added value compared to relying on IEA methodology³ only. The objectives of the Directive have largely been achieved: the availability and transparency of stocks have improved and there is a better harmonisation with the IEA system (which has been the partial cause of unintended negative side effects). However, the administrative burden has risen somewhat. All in all, the Directive contributes to strengthening the security of supply, to minimising negative impacts of a disruption on the EU economy and to ensuring an efficient response to supply difficulties (the overall objectives). This overall positive assessment is shared by the stakeholders consulted in the survey and the interviews: a large majority of the stakeholders consider that Directive 2009/119 enhanced the quality and credibility of the overall emergency oil stockholding system and that Directive 2009/119 is an improvement compared to the previous legislative acts that were repealed by the Directive."

grandi società del settore petrolifero⁹⁰, devono garantire in qualsiasi momento la disponibilità e l'accessibilità fisica delle scorte di sicurezza e delle scorte specifiche; devono comunicare al Ministero dello sviluppo economico ed all'OCSIT l'esatta localizzazione del deposito presso il quale sono detenute le scorte e la ripartizione per tipologia di prodotti energetici; devono garantire l'identificabilità contabile delle scorte di sicurezza e delle scorte specifiche, nel caso in cui siano mescolate alle scorte commerciali; le scorte specifiche devono essere detenute esclusivamente sul territorio nazionale⁹¹, salvo la possibilità di detenerle entro certi limiti nel territorio dell'Unione Europea ed in particolari condizioni del mercato anche all'estero secondo le indicazioni di cui al comma 7; inoltre è vietato adottare misure che ostacolino il trasferimento, l'uso o il rilascio delle scorte di sicurezza o delle scorte specifiche detenute nel territorio dello Stato italiano per conto di un altro Stato membro in caso di attivazione della procedura d'emergenza.

Di particolare interesse risulta il comma 4 dell'articolo 5 secondo cui “è vietato apporre ostacoli e gravami di qualsiasi natura che possano compromettere la disponibilità delle scorte di sicurezza e delle scorte specifiche. Le scorte di sicurezza e le scorte specifiche non possono essere pignorate.”

I restanti articoli del decreto sono spesso molto tecnici e riguardano i prodotti oggetto delle scorte, le statistiche da effettuare, la procedura di emergenza e le eventuali sanzioni in caso di inadempimento.

⁹⁰ Si tratta dell'OCSIT (Organismo Centrale di Stoccaggio Italiano, così come definito all'articolo 7 del decreto) e dei soggetti indicati dall'articolo 3 c. 7 sostanzialmente identificabili con le grandi imprese del settore petrolifero: “Il mantenimento delle scorte petrolifere di sicurezza è assicurato dai soggetti che nel corso dell'anno precedente hanno immesso in consumo benzina, gasolio, olio combustibile e jet fuel del tipo cherosene e dai soggetti che nel corso dell'anno precedente hanno immesso in consumo gli altri prodotti energetici di cui all'allegato C, punto 3.1, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1099/2008 per un quantitativo complessivo superiore a 50 mila tonnellate”

⁹¹ Di recente è stato introdotto dall'articolo 25 comma 1 lettera a della legge 29 luglio 2015 n. 115 l'inciso “fatto salvo quanto disposto dal comma 3 dell'articolo 8” che si riporta testualmente: “Nel limitare i diritti di delega ai soggetti obbligati di cui all'articolo 3, comma 7, con il decreto di cui al comma 1 è assicurato che i diritti di delega di un operatore economico siano superiori al 30 per cento degli obblighi di stoccaggio a esso imposti.”

§3.1 Indagine sulla giustificazione teorica del pegno su un bene impignorabile e profili rilevanti di alcune tipologie di pegno.

Alla luce di quanto sopra detto, le scorte petrolifere sono una nuova categoria di beni impignorabili.

Peraltro, non solo sono beni impignorabili ma sono anche beni indisponibili nella misura in cui non possono essere apposti ostacoli e gravami che possano compromettere la disponibilità delle stesse.

E' interessante domandarsi se su tali scorte possa essere concesso un pegno; infatti, l'appetibilità economica dei beni energetici ed il notevole volume delle scorte rendono interessante ed attuale la presente questione; in aggiunta, lo sfruttamento di un bene impignorabile rappresenta un' interessante frontiera economico-giuridica.

Naturalmente la questione presuppone che si analizzi in generale la possibilità di avere una garanzia reale su un bene impignorabile e che si applichino le conclusioni raggiunte al caso in esame, a cui sarà dedicato il successivo capitolo. L'analisi sarà limitata al pegno dal momento che si discute di un bene mobile e non sarebbe comunque possibile iscriverci un' ipoteca.

Per la stessa ragione verrà fatto un cenno ad una particolare ipotesi di privilegio convenzionale, di cui all' articolo 46 Tub.

§3.2 Generalità sul pegno e peculiarità riguardanti l'oggetto

Il pegno è un diritto reale di garanzia disciplinato dagli articoli 2784 e seguenti del codice civile. Alcune nozioni fondamentali relative al diritto di pegno sono già state richiamate nel presente lavoro; in questa sede è necessario concentrarsi sull'oggetto del pegno in relazione al funzionamento dell' istituto. Oggetto del pegno possono essere i beni mobili, le universalità di mobili, i crediti e gli altri diritti che hanno per oggetto i beni mobili. Oggetto del pegno può essere anche una cosa fruttifera come confermato dall' articolo 2791⁹² c.c. che disciplina anche l'appropriazione dei frutti⁹³.

⁹²Articolo 2791 c.c. "Pegno di cosa fruttifera": Se è data in pegno una cosa fruttifera, il creditore, salvo patto contrario, ha la facoltà di fare suoi i frutti, imputandoli prima alle spese ed agli interessi e poi al capitale.

⁹³ Sul pegno di cosa fruttifera, oltre alla bibliografia già richiamata sul pegno in generale, si segnala GORLA G., *Del pegno. Delle ipoteche: artt. 2784-2899*, in Gorla G- Zanelli P. (a cura di), *Commentario al codice civile Scialoja- Branca*, vol VI, , Bologna-Roma, 1992 p.103

Il pegno di crediti⁹⁴(e di altri diritti) è disciplinato a dagli articoli 2800 e seguenti del codice civile.

La disciplina è incentrata sulla prelazione più che sulla costituzione del diritto. Soltanto una disposizione è dedicata agli “altri diritti” ed una disposizione di chiusura rende applicabili al pegno di crediti le disposizioni in materia di pegno di cose in quanto compatibili.

Si discute se l’oggetto del pegno sia il documento o il diritto incorporato dal documento.

In dottrina ed in giurisprudenza vi sono degli orientamenti contrastanti e soprattutto differenziati⁹⁵ da caso a caso.

Secondo un certo orientamento⁹⁶, visto quanto disposto dagli articoli 1997 c.c. e 2786 c.c., per i titoli non rappresentativi, si tratterebbe di un pegno su diritti;al contrario, per i titoli rappresentativi di merci si tratterebbe di un pegno su cosa mobile.

Per quanto riguarda la costituzione in pegno di titoli di credito⁹⁷, nel caso di titolo al portatore il pegno si costituisce con la consegna al creditore o a un terzo; nel caso di titolo all’ordine,il pegno si costituisce con la consegna del titolo sul quale è apposta la girata; nel caso di titoli nominativi, la costituzione in pegno richiede che la girata sia annotata nel registro dell’emittente.

In ogni caso, quando il credito è supportato da un documento lo stesso deve essere consegnato al creditore; inoltre, il credito costituito in pegno deve risultare da atto scritto e deve essere notificato al debitore o dallo stesso accettato.

Peraltro, si noti come il patto di rotatività possa accedere anche ad un pegno di crediti: il creditore può reinvestire il ricavato dalla riscossione del credito alla scadenza in nuovi crediti⁹⁸.

In alcuni casi è dubbio quale sia l’oggetto del pegno,come nel caso di una quota societaria. Infatti la giurisprudenza⁹⁹ ritiene che la quota di una s.r.l. sia

⁹⁴DI PACE P.,*Il pegno dei crediti*,Cedam, Padova 1939;

⁹⁵ Ad esempio, secondo la giurisprudenza il pegno su quote di partecipazione ad un fondo comune di investimento quando manca un certificato individuale, autonomo e separato è un credito e non un titolo di credito;infatti, il certificato cumulativo non incorpora il diritto alla prestazione e non può circolare limitatamente ad uno dei soggetti partecipanti al fondo. (Cass. 28900/2011 e 10990/2003).

⁹⁶ Riportato da FRATINI M., La tutela del credito, in Fava P. (a cura di), *La responsabilità civile. Trattato Teorico- pratico*, 2009, p.947; la stessa opinione.

⁹⁷GABRIELLI E.,*Studi sulle garanzia reali*, Giappichielli, Torino 2015

⁹⁸ E quello che avviene, grazie all’autonomia privata, per il pegno di titoli conferiti nelle gestioni patrimoniali o per il pegno di titoli di Stato, così come riportato da GABRIELLI E.,voce *Pegno*, in *Digesto IV Discipline privatistiche Sezione civile*,volume XIII, Torino 1995

un bene immateriale da equipararsi al bene mobile non iscritto in un pubblico registro con un valore patrimoniale oggettivo, che è dato dalla frazione del patrimonio che rappresenta.

La conclusione della giurisprudenza è confermata anche dal codice civile secondo cui, ai sensi dell'articolo 2482 c.2 e 2483 c.c., la quota può essere trasferita, sequestrata, concessa in pegno dal socio e non dalla società che rispetto a tali avvenimenti è terza .

Secondo una parte della dottrina, è ammissibile anche il pegno di cosa futura¹⁰⁰, cioè di un bene che non sia ancora venuto ad esistenza.

In particolare, pur in mancanza di un'espressa disposizione nel codice, si ritiene ammissibile il pegno su cosa futura nonostante vi sia uno sfasamento temporale tra la conclusione del contratto e la nascita della garanzia. Tale disallineamento temporale si verifica anche in altri casi conosciuti dall'ordinamento (come nella sequenza contratto preliminare-definitivo) ed in tutte le fattispecie c.d. a formazione progressiva tra cui rientra anche il pegno di cosa futura.

Si tratta di un pegno ad efficacia obbligatoria, vista l'inesistenza del bene o del credito oggetto della garanzia; per lo stesso motivo, le modalità di costituzione del pegno sono influenzate dalla "futurità" dell'oggetto della garanzia.

Per la stessa ragione, il pegno di cosa futura si presta a diverse ricostruzioni della dottrina circa la sua natura giuridica e l'inquadramento sistematico¹⁰¹.

Lo stesso vale per il pegno di cosa altrui¹⁰², cioè di un bene che non fa ancora parte del patrimonio del debitore: il contratto validamente stipulato tra le parti ha solo efficacia obbligatoria ed acquista efficacia reale quando avviene l'acquisto della cosa da

⁹⁹Cassazione civile sez. III 10 febbraio 2015 n. 2479.

¹⁰⁰MAIORCA C., *Il pegno di cosa futura ed il pegno di cosa altrui*, Società editrice libraria, Milano, 1938 p.36 "Proponendo il problema per il nostro moderno diritto, rileviamo tosto che, riguardo al pegno, nessun limite legale esiste relativo alla possibilità che esso vengo costituito su "cose future (beninteso cose mobili)"; RUBINO D., *Il pegno*, in Vassalli F.(a cura di) , Trattato di diritto civile italiano, Unione tipografica, Torino, 1952, p. 205; GORLA G., *Del pegno. Delle ipoteche: artt.2784-2899*, in Gorla G-Zanelli P. (a cura di), Commentario al codice civile Scialoja- Branca, vol VI, , Bologna-Roma, 1992 p.29.

¹⁰¹ Per una trattazione ampia del pegno di cosa futura si veda GABRIELLI E., *Il pegno*, in (a cura di) Sacco R., Trattato di diritto civile, volume 5, 1923, Torino, p. 144.

¹⁰²MAIORCA C., *Il pegno di cosa futura ed il pegno di cosa altrui*, Società editrice libraria, Milano, 1938 p.321 e ss.; GORLA G., *Del pegno. Delle ipoteche: artt.2784-2899*, in Gorla G- Zanelli P. (a cura di), Commentario al codice civile Scialoja- Branca, vol VI, , Bologna-Roma, 1992 p.30; RUBINO D., *Il pegno*, in Vassalli F.(a cura di) , Trattato di diritto civile italiano, Unione tipografica, Torino, 1952, p. 209; REALMONTE _ , *Il pegno*, in Trattato di diritto privato, Rescigno P. (a cura di), vol 19, Utet, 1997, p.808; GABRIELLI E., *Il pegno*, in (a cura di) Sacco R., Trattato di diritto civile, volume 5, 1923, Torino, p. 147.

parte del concedente, così come avviene per la vendita di cosa altrui ai sensi dell'articolo 1478 c.c.¹⁰³.

A favore dell'ammissibilità del pegno di cosa altrui si può richiamare l'articolo 2822 c.c.¹⁰⁴ in materia di ipoteca di cosa altrui secondo cui l'ipoteca si può validamente costituire ma non si può iscrivere finché il concedente non diviene proprietario.

Per pegno irregolare si intende il pegno che ha ad oggetto una cosa fungibile come ad esempio una somma di denaro.

La natura giuridica del pegno irregolare comporta che le somme di danaro o i titoli depositati presso il creditore diventano - diversamente che nell'ipotesi di pegno regolare - di proprietà del creditore stesso, che ha diritto a soddisfarsi, pertanto, non secondo il meccanismo di cui agli articoli 2796-2798 c.c. (che postula l'altruità delle cose ricevute in pegno), bensì direttamente sulla cosa, al di fuori del concorso con gli altri creditori.

Per quanto riguarda il pegno omnibus¹⁰⁵, si tratta di un pegno costituito su un bene che non è precisamente individuato poiché la garanzia dovrebbe avere ad oggetto crediti futuri ed indefiniti.

Il pegno omnibus affonda le sue radici nel diritto romano ed è poi stato oggetto di ampia attenzione nel 1800, come ipotesi di responsabilità senza debito¹⁰⁶; da ultimo la garanzia reale su crediti futuri¹⁰⁷ è stata utilizzata in ambito bancario in relazione al contratto di apertura di credito.

Per quanto le c.d. clausole *omnibus* siano diffuse nella prassi bancaria, la loro ammissibilità è in taluni casi discussa poiché l'incertezza verte su due elementi fondamentali della garanzia, cioè su quali siano le obbligazioni che devono essere

¹⁰³ Articolo 1478 c.c. "Vendita di cosa altrui": Se al momento del contratto la cosa venduta non era di proprietà del venditore, questi è obbligato a procurarne l'acquisto al compratore. Il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa.

¹⁰⁴ Articolo 2822 c.c. "Ipoteca su beni altrui": Se l'ipoteca è concessa da persona che agisce come rappresentante senza averne la qualità, l'iscrizione può essere validamente presa solo quando il proprietario ha ratificato la concessione.

¹⁰⁵ Molto interessante la trattazione di STELLA G., *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Cedam, Padova, 2003 in particolare da pagina 87 a 226; BARBIERA L., *Garanzia del credito ed autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971, p. 83;

¹⁰⁶ STELLA G., *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Cedam, Padova, 2003, p. 16

¹⁰⁷ In realtà si potrebbe distinguere tra pegno omnibus e pegno con clausola di estensione a crediti futuri; v. STELLA G., *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Cedam, Padova, 2003, p. 132

garantite (che talvolta potrebbero essere non ancora sorte) e su quale sia l'oggetto della garanzia¹⁰⁸.

La principale criticità riguarda l'indeterminatezza del credito garantito; in particolare si può distinguere tra la questione riguardante l'individuazione di crediti indeterminati¹⁰⁹ e la questione di considerare assistiti da prelazione crediti nuovi e diversi da quelli originariamente indicati nell'iniziale contratto¹¹⁰.

Secondo una parte della dottrina¹¹¹, il pegno *omnibus* è nullo per violazione di norma imperativa. Tuttavia esiste anche un orientamento secondo cui il pegno *omnibus* dovrebbe essere consentito per garantire la migliore realizzazione della prassi bancaria e finanziaria¹¹², stante l'inadeguatezza del tradizionale pegno designato dal codice civile¹¹³.

¹⁰⁸GABRIELLI E., *Studi sulle garanzia reali*, Giappichelli, Torino 2015 p. 111 Il moderno diritto dei contratti commerciali e finanziari esige peraltro che la garanzia pignorizia possa essere ampliata sia in ordine al credito garantito, sia in ordine all'oggetto costituito in garanzia: si tratta del c.d. pegno omnibus.

¹⁰⁹GABRIELLI E., *Studi sulle garanzia reali*, Giappichelli, Torino 2015 p. 112 "si tratt di valutare se la banca, sempre con riferimento all'indeterminatezza del credito garantito- ammesso che la clausola omnibus sia valida inter partes, ma non sia in grado di dar luogo alla prelazione, per cui la banca non potrebbe essere preferita, nella distribuzione del ricavato della vendita oggetto di pegno, sul cui ricavato soddisfarsi insieme agli altri creditori".

¹¹⁰GABRIELLI E., *Studi sulle garanzia reali*, Giappichelli, Torino 2015 p.112 "La clausola che estende la garanzia pignorizia ai beni futuri presenta, viceversa, il problema della determinabilità dell'oggetto del contratto di pegno, che incide, in particolare, sul profilo di individuazione della res oggetto del diritto reale di garanzia e del conseguente spossessamento. Occorre infatti vagliare se l'individuazione debba avvenire nell'atto stesso in cui il costituente presta il proprio consenso, oppure non possa risultare successivamente; in tal caso, con il sorgere del dubbio se sia ammissibile il criterio adottato nella clausola, specialmente per quanto concerne tutti i beni che in seguito vengano ad essere detenuti dalla banca. L'idoneità della clausola a dar luogo alla prelazione viene pertanto esclusa fino a quando non si indichi, in una scrittura munita di data certa, quali siano i beni, ulteriori rispetto a quelli oggetto dell'iniziale atto di pegno, ai quali il vincolo si estende. Sarebbe necessario, per realizzare quell'effetto, procedere alla redazione di altri atti che contengano l'indicazione del credito garantito e dei beni costituiti in pegno, man mano che gli stessi entrino in possesso della banca."

¹¹¹ v. GABRIELLI E., *Il pegno*, in (a cura di) Sacco R., *Trattato di diritto civile*, volume 5, 1923, Torino, p. 138 nonché STELLA G., *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Cedam, Padova, 2003 pagina 129 riportano le voci contrarie basate essenzialmente sul fatto che una clausola omnibus non sarebbe idonea a far nascere il diritto di prelazione, poiché non sono rispettati i requisiti previsti dall'articolo 2787 c.3.

¹¹² Tuttavia in tal caso è richiesto che in una scrittura di data certa vengano indicati i beni ulteriori rispetto a quelli iniziali ai quali il vincolo si estende.

¹¹³ STELLA G., *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Cedam, Padova, 2003 pagina 1 e seguenti: "Costituisce opinione ormai consolidata tra gli interpreti che il pegno, nella sua configurazione tipica risultante dalla disciplina del codice civile, non risulti adeguato alle attuali esigenze della prassi commerciale e finanziaria, in specie bancaria, sotto entrambi i profili essenziali che caratterizzano la garanzia, vale a dire i beni oggetto del pegno ed i crediti in funzione dei quali il pegno stesso rimane costituito". L'autore richiama in nota numerosi contributi che riguardano l'idoneità del sistema codicistico rispetto al settore bancario ed al mercato finanziario e creditizio.

§3.3 Pegno su beni impignorabili

Si concentri ora l'attenzione sulla possibilità di concedere un pegno su un bene impignorabile.

Secondo l'opinione favorevole¹¹⁴, un bene impignorabile può essere sottoposto a pegno poiché si tratta di un bene di cui si può sempre liberamente disporre.

Quindi, dal punto di vista del proprietario del bene impignorabile, così come può liberamente alienare il bene, così può anche costituirlo in pegno.

La dottrina che sostiene l'opinione favorevole utilizza sempre l'argomento secondo cui l'impignorabilità non è sovrapponibile all'inalienabilità; di conseguenza, si può trarre l'ulteriore conclusione che, se un bene impignorabile può essere alienato, allora può essere anche oggetto di una garanzia reale.

Secondo altra parte della dottrina, i beni impignorabili non sono suscettibili di divenire oggetto di pegno.

In particolare, secondo alcuni autori è sempre necessario che il bene dato in pegno sia contemporaneamente espropriabile ed alienabile, tenuto conto del fatto che non sempre le due qualità coesistono poiché la vendita e l'assegnazione del bene sono soltanto uno dei modi attraverso cui può avvenire l'esecuzione¹¹⁵.

Secondo altri autori¹¹⁶, il pegno avente ad oggetto un bene impignorabile sarebbe invalido poiché le parti non possono rimuovere i limiti all'espropriabilità fissati dal legislatore.

Quest'ultima opinione pone l'accento su un aspetto che può essere oggetto di ulteriore approfondimento: se costituire un pegno su un bene impignorabile significhi realmente derogare alle regole sull'espropriabilità oppure sia possibile costituire un pegno di tal fatta senza interferire su tali regole.

Il rapporto tra autonomia privata e ordine pubblico è da sempre una questione delicata di cui si è molto occupata la letteratura giuridica. In questo caso il profilo che interessa è se l'operazione giuridica desiderata (pegno su bene impignorabile) sia una

¹¹⁴ Sostenuta in dottrina da GORLA G., *Del pegno. Delle ipoteche: artt. 2784-2899*, in Gorla G- Zanelli P. (a cura di), *Commentario al codice civile Scialoja- Branca*, vol VI, , Bologna-Roma, 1992 p.29.

¹¹⁵ RUBINO D. , *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*. in Vassalli (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1952 , Volume 14, tomo 1, p. 202.

¹¹⁶ Ad esempio BIANCA C.M., *Le garanzie reali. La prescrizione*. In *Diritto civile*, vol VIII, Milano 2012 p.157

manifestazione dell'autonomia negoziale oppure rappresenti l'intollerabile superamento di una disposizione imperativa.

La disposizione imperativa in particolare può essere individuata non solo nella regola processuale riguardante l'espropriazione ma anche nella disposizione riguardante la responsabilità patrimoniale e la *par condicio creditorum*, di cui all'articolo 2740 c.c.¹¹⁷. Infatti l'articolo 2740 c.c. "Responsabilità patrimoniale del debitore" pone al primo comma la regola tradizionalmente indicata come responsabilità patrimoniale generica; il secondo comma enuncia il c.d. principio di *par condicio creditorum* che può essere derogato soltanto nei casi previsti dalla legge.

Tra queste deroghe rientrano le c.d. cause legittime di prelazione ed in particolare privilegio, pegno ed ipoteca, così come disciplinate dal codice civile negli articoli seguenti.

Il rapporto tra autonomia privata e responsabilità del debitore è oggetto di particolare attenzione, anche in chiave comparatistica, ove gli studi vertono sulla legittimità delle limitazioni della responsabilità del debitore con efficacia *inter partes*¹¹⁸.

In altri termini tali limitazioni della responsabilità del debitore con efficacia *inter partes* non contrasterebbero con l'articolo 2740 comma 2; in particolare dovrebbe essere ammissibile un accordo limitativo della responsabilità del debitore ove il creditore si impegna a soddisfare la sua pretesa, in caso di inadempimento, solo sul bene individuato¹¹⁹.

Alla luce di questa lettura dell'articolo 2740 comma 2 si può osservare sotto una luce diversa la questione dell'ammissibilità di un pegno su un bene impignorabile.

Infatti, ci si può domandare se il pegno su un bene impignorabile costituisca una limitazione convenzionale della responsabilità patrimoniale: da un lato le parti stipulano un contratto che rientra tra le limitazioni della responsabilità patrimoniale ammesse

¹¹⁷ L'articolo 2740 c.c. è tradizionalmente considerato una norma imperativa, tuttavia vi sono anche voci in senso contrario che lo considerano, ad esempio, l'articolo 2740 c.c. come norma di chiusura.

¹¹⁸ Per una recente ed interessante analisi si veda ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffrè, Milano, 2012 p. 173 e ss.; Per delle letture tradizionali sull'argomento: RUBINOD., *La responsabilità patrimoniale*, in Vassalli F. (a cura di), Trattato di diritto civile italiano, Unione tipografica, Torino, 1952, p.12; ROPPO E., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in Trattato di diritto privato, Rescigno P. (a cura di), vol 19, Utet, 1997 p.510; ROPPO E., *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. Spunti sistematici intorno all'art.2740 2° co. c.c.*, in *Giurisprudenza commentata*, 1982, I, p.252; BARBIERA L., *Garanzia del credito ed autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971, p.71.

¹¹⁹ ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffrè, Milano, 2012 p. 194 e ss.

dalla legge; dall'altro, la peculiarità dell'oggetto del contratto di pegno (un bene impignorabile) potrebbe essere visto come una limitazione convenzionale della responsabilità patrimoniale.

In particolare, "estendere" l'ambito oggettivo del contratto di pegno significa, in qualche modo, andare oltre ai confini della responsabilità patrimoniale del debitore, cioè derogare alla sua responsabilità patrimoniale (nel caso di specie, ampliandola).

Così l'ampliamento dell'ambito oggettivo del pegno ai beni impignorabili comporterebbe una deroga convenzionale alla responsabilità patrimoniale del debitore, ripercuotendosi sulla responsabilità patrimoniale generica, cioè su quanto disposto dal primo comma dell'articolo 2740 c.c. .

Infatti, per quanto ai sensi dell'articolo 2740 comma primo il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, come in precedenza notato, i beni impignorabili sono eccettuati in quanto beni che per loro natura, per destinazione o per scelta legislativa godono di una particolare "protezione".

Un ulteriore elemento di riflessione nel ragionamento in parola, riguarda la *ratio* dell'articolo 2740 c.c.; in particolare, tra tutte le diverse possibili interpretazioni, rileva se l'articolo 2740 c.c. sia una norma a tutela del creditore o sia una norma a tutela del debitore (e quali altre possano essere le interpretazioni dello stesso¹²⁰).

¹²⁰ Per avere un'idea di alcune delle possibili opzioni interpretative dell'articolo 2740 c.c. si veda ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffrè, Milano, 2012 p.174, ove nel seguente passaggio la questione viene trattata anche in relazione al tema delle limitazioni convenzionali della garanzia patrimoniale: "Come si è visto, l'atteggiamento tradizionale riconduce nel 2° comma dell'art.2740 c.c. qualsivoglia espressione dell'autonomia privata volta a limitare la responsabilità patrimoniale, senza distinguere le limitazioni con efficacia reale da quelle con efficacia *inter partes*. Tuttavia nel corso di questo studio si è avuto occasione di mettere in luce l'incoerenza sistematica della dottrina tradizionale. Nel primo capitolo si è visto come in dottrina si ometta di considerare la diversa evoluzione storica delle due fattispecie che si è snodata, rispettivamente, lungo la categoria della proprietà e la teorica dell'obbligazione. Nel secondo capitolo si è affermato il piano dell'efficacia, in luogo di quello della validità, come terreno elettivo su cui muoversi nel valutare la portata dell'autonomia privata con riguardo alla responsabilità patrimoniale. In particolare, l'esame storico ha consentito di portare ad emersione l'equivoca connotazione pubblicistica della responsabilità patrimoniale. Una volta superata la teoria processualistica, che riconosceva nell'istituto in esame un rapporto di diritto pubblico tra le parti e lo Stato, si è, conseguentemente, riaffermato il carattere materiale dell'articolo 2740 c.c.. Così, sgombrato il campo di indagine dalla suggestione della clausola dell'ordine pubblico, nel secondo capitolo si è chiarita la reale portata del 2° comma dell'art.2740 c.c. come norma di chiusura di un sistema votato al principio della tipicità degli atti opponibili ai terzi e non come norma imperativa ispirata all'esigenza della tutela del credito. Una volta individuata nel principio del *numerus clausus* dei diritti reali la *ratio* del capoverso dell'art. 2740 c.c., si è suggerito il suo esclusivo riferimento alle limitazioni della responsabilità patrimoniale con efficacia reale e la non riconducibilità a tale norma delle limitazioni con efficacia *inter partes*".

Infatti, se la *ratio* dell'articolo 2740 c.c. è quella di proteggere il creditore, allora probabilmente non rileva che l'oggetto sia un bene impignorabile e si costituisca una garanzia "ampliando" la responsabilità patrimoniale del debitore¹²¹.

Al contrario, se la *ratio* dell'articolo 2740 c.c. è la tutela del debitore, allora la limitazione della responsabilità patrimoniale che si verifica "indirettamente" attraverso l'inclusione dei beni impignorabili nel contratto di pegno, risulta essere rilevante.

Tuttavia, quanto detto è vero solo se il pegno di un bene impignorabile viene considerato come una limitazione convenzionale all'autonomia privata, secondo il modello sopra descritto¹²².

Infatti, secondo una differente impostazione, il pegno su un bene impignorabile non costituisce una limitazione convenzionale alla responsabilità del debitore ma rappresenta, come qualsiasi altro contratto di pegno, una limitazione legale alla responsabilità patrimoniale contemplata dall'articolo 2740 c.2 c.c.

Il fatto che il pegno abbia ad oggetto un bene impignorabile attiene solo all'ambito oggettivo della garanzia reale ed al regime legale dei beni impignorabili.

Quindi non vi sarebbe alcuna interferenza tra l'articolo 2740 c.c. ed un pegno sui beni impignorabili; allo stesso tempo, per quanto sopra detto, non vi sarebbe alcuna incompatibilità tra la disciplina del pegno riguardante l'ambito oggettivo e la disciplina dei beni impignorabili.

§3.3.1 La possibile utilità di un pegno su beni impignorabili.

La succitata opinione favorevole alla costituzione di un pegno su un bene impignorabile ha il merito di ammettere la possibilità di stipulare tale tipo di contratto.

Tuttavia, l'argomento utilizzato per fondare l'ammissibilità della garanzia su un bene impignorabile sembra essere prospettato solo *ex latere debitoris* e sembra affrontare solo parzialmente la questione.

¹²¹ Per quanto, in realtà, si potrebbe argomentare anche l'esatto contrario, nel senso che proprio se la *ratio* è la tutela del creditore, non può essere il pegno su bene impignorabile perché ciò sarebbe di regola contrario all'interesse del creditore.

¹²² E ciò indipendentemente dal fatto che le limitazioni convenzionali alla responsabilità patrimoniale siano considerate in relazione all'articolo 2740 c.c. o come espressione di autonomia privata (cfr ROJAS ELGUETA G., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffrè, Milano, 2012 p.177)

Infatti, da un lato la suddetta opinione favorevole si fonda sulla possibilità del debitore di costituire in garanzia un bene impignorabile; non vi è dubbio che per il debitore l'ampliamento del suo patrimonio economicamente sfruttabile rappresenti un vantaggio. Dall'altro tale affermazione presuppone che vi sia un creditore disposto ad accettare tale forma di garanzia: per il creditore, al contrario, ricevere in garanzia un bene impignorabile rappresenta normalmente soltanto uno svantaggio. Così, per quanto si possa sostenere che il creditore sia libero di accettare tale garanzia bisogna interrogarsi se e quando possa averne un interesse.

Per tali ragioni, a parere di chi scrive, da un punto di vista teorico il passaggio logico successivo per corroborare l'opinione favorevole è la ricerca dell'interesse del creditore ad accettare una garanzia su un bene impignorabile.

Infatti, un bene impignorabile è un bene che non può essere sottoposto a pignoramento cioè un bene che non può essere sottoposto ad una procedura di espropriazione: il creditore dovrebbe accettare una garanzia su un bene su cui non può agire giudizialmente.

Allora, si tratta di indagare le ragioni per cui un creditore può essere spinto ad accettare una siffatta garanzia che si può dire quantomeno indebolita rispetto allo standard previsto dal codice e rinvenibile nella prassi.

In primo luogo, per quanto la motivazione economica del creditore possa apparire debole, secondo la tradizione statunitense le ragioni del creditore per accettare una garanzia sono due: *to get power* e *to get value* ossia per poter esercitare un potere di influenza sul debitore e per trarre utilità economica dalla garanzia.

In altri termini, l'interesse del creditore potrebbe consistere anche nel voler instaurare un "rapporto di potere" con il debitore, nello spossessamento del bene dato in pegno e quindi dalla sua materiale sottrazione dal patrimonio del debitore pur senza poter determinarne l'ablazione totale nel caso di inadempimento.

In secondo luogo, se il bene dato in pegno, pur essendo impignorabile, è un bene fruttifero, il creditore potrebbe raggiungere almeno parziale soddisfazione attraverso l'acquisizione dei frutti secondo quanto disposto dall'articolo 2791c.c..

Si può pensare ad una situazione in cui il credito è esiguo, il debitore non è altrimenti solvibile e le condizioni economiche di entrambe le parti possano rendere addirittura vantaggioso per il creditore accettare tale tipo di garanzia.

Un' ulteriore ipotesi riguarda il fatto che si possa trattare di un caso di impignorabilità temporanea, così come è stata definita nel paragrafo precedente.

In tal modo, l'eventuale limitazione alla realizzazione del diritto di credito in via esecutiva è soltanto temporanea e non compromette definitivamente le aspettative del creditore.

Infine si può immaginare che l'inconveniente per il creditore derivante dall' aver accettato un pegno su un bene impignorabile potrebbe essere superato nel caso in cui si tratti di un pegno rotativo. Tanto premesso da un punto di vista teorico sul pegno di beni impignorabili, si rinvia al prossimo capitolo per approfondire la tematica anche in relazione ad un caso pratico ed alla ricostruzione di una particolare fattispecie: il pegno sulle scorte di petrolio.

§3.4 Pegno rotativo e variabilità dell'oggetto

Infine è necessario accennare alla tematica del pegno rotativo, cioè quel pegno caratterizzato dalla mutevolezza del bene dato in garanzia.

Si tratta di una creazione di matrice dottrinale, poi avallata dalla giurisprudenza ed infine accolta anche dalla legislazione corrente.

La prima ipotesi legislativa di pegno rotativo è rinvenibile nella legge 24 luglio 1985 n.401 riguardante il pegno sulle merci in lavorazione, a cui sarà dedicato ampio spazio nel prossimo capitolo.

La peculiarità delle restanti ipotesi di pegno rotativo legislativamente previste è quella di riguardare crediti e non direttamente beni¹²³.

Il pegno di crediti, come già è stato evidenziato, è un' ipotesi prevista dal codice civile.

In particolare, l'articolo 2803 c.c. prevede che quando il credito scada prima del finanziamento, il pegno permane su quanto riscosso.

Secondo una parte della dottrina vi è continuazione tra il pegno sul credito ed il pegno su quanto ottenuto dalla riscossione del credito¹²⁴.

¹²³ In realtà, come si vedrà meglio nel prosieguo, a volte è discusso se il pegno di titoli abbia ad oggetto diritti o cose mobili; tuttavia si può ritenere che il pegno su titoli di Stato, su titoli di debito pubblico e su strumenti finanziari, altro non siano che pegni su crediti. Tuttavia in questo momento si vuole rimarcare la differenza ontologica esistente tra il pegno su merci ed il pegno su titoli e strumenti finanziari proprio dal punto di vista dell'oggetto della garanzia.

Secondo altri, una volta che viene pagato il credito oggetto di pegno, nasce un nuovo rapporto che riguarda il pegno sul denaro ottenuto dalla riscossione¹²⁵.

Certamente il codice civile non prevede una norma che imponga di rinnovare la scrittura di costituzione del rapporto obbligatorio¹²⁶.

In ogni caso, indipendentemente da tutte le possibili ricostruzioni sulla natura e la struttura del pegno di crediti¹²⁷, si possono applicare al pegno di crediti le disposizioni in materia di pegno di cose in quanto compatibili.

Peraltro vi sono delle ipotesi molto frequenti nella prassi, anche se non previste dal legislatore, di pegno rotativo su azioni societarie, quote, obbligazioni che, similmente a quanto sopra detto, possono essere ricondotte, ai fini di cui sopra, al pegno su crediti.

Infatti si deve ritenere che la clausola di rotatività possa essere apposta al contratto di pegno regolare anche al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, dando luogo ad ipotesi di pegno rotativo convenzionale¹²⁸.

A questo punto è possibile procedere ad una breve disamina delle ipotesi di pegno rotativo previste dalla legge, senza alcuna pretesa di esaustività ma soltanto in una prospettiva funzionale all'oggetto della trattazione principale.

La prima ipotesi di pegno rotativo¹²⁹ era contenuta nella legge 19 giugno 1986 n.289 "Disposizioni relative all'amministrazione accentrata di valori mobiliari attraverso la «Monte Titoli S.p.a.»" che è stata abrogata dall'art. 214¹³⁰ del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

In particolare, l'articolo 7 comma 1 prevedeva che "i vincoli gravanti sui titoli immessi nel sistema si trasferiscono, senza effetti novativi, sui diritti del depositante". Le principali questioni riguardavano la bipartizione della disciplina tra titoli al portatore e

¹²⁴GORLA G. -ZANELLI P., *Del pegno. Delle ipoteche*, in Galgano F.(a cura di), Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Zanichelli, 1992 p.160; RUBINO D., *Il pegno*, in Vassalli F.(a cura di), Trattato di diritto civile italiano, Unione tipografica, Torino, 1952

¹²⁵DI PACE P., *Il pegno dei crediti*, Cedam, Padova 1939

¹²⁶PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999 p.85

¹²⁷ Per una sintetica e completa analisi del panorama dottrinale, si guardi PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999 p.80-82

¹²⁸ La legittimità del pegno rotativo convenzionale, a parere di chi scrive, può essere ormai ritenuta acquisita dal nostro ordinamento, alla luce del già richiamato dibattito svoltosi in dottrina ed in giurisprudenza e altresì delle considerazioni comparatistiche.

¹²⁹ In realtà, secondo alcuni autori, prima ipotesi di pegno rotativo è quella dell'articolo 34 d.lgs. 24 giugno 1998 n.213, cfr.FRATINI M., La tutela del credito, in Fava P. (a cura di), La responsabilità civile. Trattato Teorico -pratico, 2009, p. 974.

¹³⁰ Anche se l'articolo 214 ha disposto che gli articoli 1 e da 10 a 14 continuano a trovare applicazione fino al termine e con le modalità ivi indicate.

titoli nominativi, l'immissione nella gestione di titoli già gravati da vincoli e le girate in garanzie sui titoli¹³¹.

I titoli erano immessi nella gestione, ai sensi dell'articolo 3, grazie ad un contratto di deposito regolare, che veniva qualificato come deposito alla rinfusa poiché una volta che il titoli vengono conferiti nella gestione, il titolare acquisisce un diritto di partecipazione *pro quota* alla massa accentrata ed al momento della restituzione degli stessi il depositario può rendere dei titoli di specie diversa da quelli depositati.

La gestione accentrata di questi titoli si basa sul meccanismo della dematerializzazione¹³², secondo un meccanismo che verrà approfondito in seguito rispetto agli strumenti finanziari, che determina l'impossibilità di attuare il vincolo sul titolo.

Ai fini della prelazione rilevava la scrittura di data certa ove venivano indicati il genere e la quantità dei titoli.

La seconda ipotesi introdotta dal legislatore era costituita dall'articolo 34 del decreto legislativo 24 giugno 1998 n.213(c.d. decreto euro)¹³³ “Disposizioni per l'introduzione dell'euro nell'ordinamento nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 1997, n. 433.”

Si trattava di un'ipotesi di pegno rotativo su strumenti finanziari dematerializzati¹³⁴. La disciplina era estremamente innovativa per la possibilità di costituire un pegno (regolare

¹³¹ Per una breve analisi della questione secondo questa impostazione, si veda GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichielli, Torino 2015 p. 213-218;

¹³² Considerazioni inerenti al profilo della dematerializzazione sono ben sviluppate in VIALE M., *Le garanzie bancarie*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Galgano F. (a cura di), Padova, 1994

¹³³ Articolo abrogato dall'articolo 5, comma 1, del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 27 e disponeva: “Costituzione di vincoli”: 1. I vincoli di ogni genere sugli strumenti finanziari disciplinati dal presente Titolo V, ivi compresi quelli previsti dalla normativa speciale sui titoli di debito pubblico, si costituiscono unicamente con le registrazioni in apposito conto tenuto dall'intermediario. 2. Possano essere accesi specifici conti destinati a consentire la costituzione di vincoli sull'insieme degli strumenti finanziari in essi registrati; in tal caso l'intermediario è responsabile dell'osservanza delle istruzioni ricevute all'atto di costituzione del vincolo in ordine alla conservazione dell'integrità del valore del vincolo ed all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari. 3. Le registrazioni di cui al presente articolo sono comunicate all'emittente nei casi e nei termini previsti dalla legge.

¹³⁴ La principale bibliografia può essere individuata in: GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichielli, Torino 2015 p. 135 e ss; GABRIELLI E., *Il pegno*, in Trattato di diritto civile, Sacco (a cura di), 2005, Torino p.251 e ss.; MASTROPAOLO M., MASTROPAOLO F., DE VECCHIS, *Contratti di garanzia reale mediante pegno di beni mobili, i crediti, di moneta, di azienda*, in F. Mastropaolo (a cura di), I contratti di garanzia, in Trattato Rescigno- Gabrielli, Torino, 2006, p.1413 ss., CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, Milano, 2004, p. 159; LOBUONO M., *I contratti di garanzia*, in Trattato di diritto civile del notariato, diretto da Perlinger, Napoli, 2007 p.25; PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999 p.72 e ss; FRATINI M., *La tutela del credito*, in Fava P. (a cura di), La

o irregolare) su uno strumento dematerializzato attraverso la sola registrazione in un apposito conto tenuto da un intermediario. Infatti la registrazione nel conto tenuto dall'intermediario è una tecnica finalizzata a creare dei vincoli su beni immateriali, per i quali non è possibile né lo spossessamento né l'annotazione sul titolo¹³⁵.

L'ulteriore nota di innovatività era rappresentata dalla possibilità di aggiungere una clausola rotativa che accentuava la natura di pegno di valore della nuova fattispecie.

Infatti, nel caso di sostituzione degli strumenti finanziari prestati in garanzia, a parità di valore, permane l'originaria costituzione del vincolo: ciò dimostra che il legislatore ha ritenuto la variazione dell'oggetto compatibile con la continuazione del rapporto¹³⁶.

La disciplina sui titoli mobiliari del 1986 e quella sugli strumenti finanziari dematerializzati del 1998 sono attualmente confluite nel titolo II del capo II bis della parte terza¹³⁷ del TUF (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58) rubricato "Gestione accentrata degli strumenti finanziari" ad opera del d.lgs. 27 gennaio 2010 n.27 ed è stato da ultimo modificato dal d.lgs. 18 giugno 2012 n.91.

L'attuale formulazione dell' articolo 87 Tuf¹³⁸ riproduce fedelmente l'abrogato articolo 7 della legge 19 giugno 1986 n. 289, riguardante la gestione accentrata dei valori mobiliari da parte della Monte Titoli s.p.a. ed in particolare la disposizione sul pegno rotativo.

Infine si noti come in tutta la legislazione, sia primaria che secondaria susseguitasi in materia di pegno su titoli dematerializzati, non compare alcun riferimento specifico al profilo della prelazione, ragion per cui una parte della dottrina si è domandata se sia necessario osservare le formalità indicate dall'articolo 2787 c.3 relativamente alla

responsabilità civile. Trattato Teorico- pratico , 2009, p. 974 e ss; MARCUCCIM. ,*Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*,in Alpa- Capriglione (a cura di), tomo I, Torino, Utet, 2002, p.812, BRIOLINI F., *Testo unico della finanza*, in Campobasso F. (a cura di),tomo I, Torino, Utet, 2002, p.705 e ss.

¹³⁵ PISCITELLO P.,*Le garanzie bancarie flottanti*,Giappichelli, Torino, 1999 p.88

¹³⁶PISCITELLO P.,*Le garanzie bancarie flottanti*,Giappichelli, Torino, 1999 p.88

¹³⁷ La parte terza è interamente dedicata alla disciplina dei mercati della gestione accentrata di strumenti finanziari e nel capo II contiene tre sezioni rispettivamente dedicate alla gestione accentrata in regime di de materializzazione (articoli 83bis- 83-terdecies), degli strumenti finanziari cartolari (articoli 84-89) e dei titoli di Stato (articolo 90).

¹³⁸ Articolo 87 del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 che recita: "Vincoli sugli strumenti finanziari accentrati "1. I vincoli gravanti sugli strumenti finanziari immessi nel sistema si trasferiscono, senza effetti novativi, sui diritti del depositante con la girata alla società di gestione accentrata; le annotazioni dei vincoli sui certificati si hanno per non apposte; di ciò è fatta menzione sul titolo. 2. Nel caso di ritiro di strumenti finanziari dal sistema, il depositario fa annotazione dei vincoli sui relativi certificati con l'indicazione della data della loro costituzione. 3. Nel caso di pignoramento di strumenti finanziari immessi nel sistema gli adempimenti nei confronti dei comproprietari previsti dagli articoli 599 e 600 del codice di procedura civile sono eseguiti nei confronti dei depositari.

necessità di una scrittura di data certa ed alla sufficiente indicazione del credito e della cosa, giungendo, peraltro a risultati contrastanti¹³⁹.

La terza ipotesi di pegno rotativo si rinviene nell' ambito della gestione accentrata della Banca d'Italia sui titoli di debito pubblico¹⁴⁰.

La gestione accentrata dei titoli di Stato¹⁴¹ nasce su basi contrattuali per l'iniziativa della Banca d'Italia negli anni '80.

Tali titoli erano particolarmente richiesti dal pubblico dei risparmiatori e la loro collocazione sortiva effetti positivi sul debito pubblico.

Il deposito in gestione centralizzata era considerato un deposito alla rinfusa ai sensi dell' articolo 1787 c.c.: in tal modo il depositante trasformava il suo diritto di proprietà in una quota di comproprietà sulla gestione ed il depositario non acquisiva la proprietà dei titoli depositati¹⁴².

La fattispecie è stata così oggetto prima dell'interesse della dottrina che ne ha ulteriormente precisato i confini, poi della giurisprudenza¹⁴³ ed infine del legislatore che ne ha espressamente previsto l'ipotesi di pegno rotativo succitato.

La prima fonte legislativa è costituita dall' articolo 22 comma 4¹⁴⁴ legge 2 gennaio 1991 n.1 "Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni

¹³⁹ La questione è richiamata da GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichelli, Torino 2015 p. 142 che a sua volta nella nota 167 riporta le opinioni contrastanti di alcuni Autori secondo cui da un lato le formalità dell'articolo 2787 c.3 c.c. sono superflue alla luce del sistema della dematerializzazione ed al contrario l'opinione secondo cui non vi è alcuna ragione per escluderle.

¹⁴⁰ La materia è attualmente disciplinata dal d.m. Tesoro 27/05/1993 "Disposizioni sulla gestione centralizzata dei titoli di Stato" e dal d.m. 05/01/1995 "Ulteriori disposizioni sulla gestione centralizzata dei titoli di Stato" oltre che dalle delibere della Consob del 15/07/1994 e gli articoli 45 e 46 della 11768/1998. Tuttavia sono applicabili anche delle disposizioni già richiamate rispetto agli strumenti dematerializzati ed *in primis* l'articolo 87 Tuf, così come evidenziato da GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichelli, Torino 2015 p. 137

¹⁴¹ La bibliografia risulta piuttosto frammentaria poiché il tema è spesso trattato congiuntamente ad altri argomenti, come ad esempio quello degli strumenti finanziari dematerializzati oppure insieme al tema degli strumenti finanziari in custodia ed amministrazione accentrata attraverso la Monte Titoli s.p.a. di cui all'articolo 7 della legge 19 giugno 1986 n.289: GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichelli, Torino 2015 p. 218-221; GABRIELLI E., *Le garanzie rotative*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di Galgano, Torino, 1995, 7, p.853; ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto privato*, Rescigno P.(a cura di), Torino, Utet, p.1038 ss;

¹⁴² OLIVA G., *Pegno di titoli dematerializzati e privilegio del credito*, in *Il fallimento*, n.2/1997 p. 178.

¹⁴³ Nell' articolo di OLIVA sopra citato in particolare si fa riferimento a Cassazione civile, sezione I, 27 agosto 1996 n.7859.

¹⁴⁴ "Le società di intermediazione mobiliare sono autorizzate, a norma e secondo le modalità previste dalla legge 19 giugno 1986, n. 289, per gli agenti di cambio e le aziende e gli istituti di credito, al deposito e al subdeposito presso la Monte Titoli S.p.A., e all'accesso alla gestione centralizzata dei titoli presso la Banca d'Italia. Le modalità per l'estensione della citata legge n. 289 del 1986 alla gestione centralizzata presso la Banca d'Italia sono stabilite dal Ministro del Tesoro con propri decreti. Le società di intermediazione mobiliare sono altresì ammesse alle stanze di compensazione gestite

sull'organizzazione dei mercati mobiliari ” che è stata poi integrata da numerose fonti subprimarie come decreti ministeriali e deliberazioni della Consob.

In particolare, l'articolo 4¹⁴⁵ del d.m. del 5 gennaio del 1995 “Ulteriori disposizioni sulla gestione centralizzata dei titoli di Stato” stabilisce che la costituzione del pegno si realizza con l'iscrizione nel registro tenuto dal depositario ai sensi degli articoli 2215, 2216 e 2219 del codice civile; che i vincoli gravanti sui titoli già oggetto di gestione della Banca d'Italia si trasferiscono senza effetti novativi sui diritti del depositante; che si possa utilizzare il registro per il pegno di titoli in gestione alla Monte Titoli s.p.a., oggi corrispondente al registro previsto dall'articolo 87 TUF.

Proprio la disposizione che prevede il trasferimento dei vincoli senza effetti novativi appare descrivere un meccanismo basato sulla rotatività tra titoli precedentemente gravati da vincoli e nuovi titoli oggetto di deposito.

In conclusione, si può osservare come valgano le stesse osservazioni svolte per il pegno su titoli dematerializzati sui profili riguardanti la costituzione del vincolo ed il trasferimento dello stesso sui nuovi titoli del debito pubblico.

Infine si può ricordare la clausola di rotatività nei contratti di garanzia finanziaria¹⁴⁶.

I contratti di garanzia finanziaria¹⁴⁷ sono contratti di pegno, di cessione del credito, di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia e qualsiasi

dalla Banca d'Italia a norma del regio decreto-legge 6 maggio 1926, n. 812 convertito dalla legge 25 giugno 1926, n. 1262. Con uno o più decreti del Ministro del tesoro, su proposta della Banca d'Italia formulata, per quanto riguarda la compensazione di valori mobiliari, d'intesa con la CONSOB, vengono fissate le modalità di funzionamento delle stanze di compensazione”.

¹⁴⁵ “I vincoli -diversi da quelli che, a norma del testo unico sulle leggi del debito pubblico approvato con d.p.r. 14 febbraio 1963 n.1343, possono essere annotati soltanto sulle iscrizioni nominative -sui titoli immessi nel sistema accentrato che siano stati costituiti sia anteriormente che successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, si trasferiscono, senza effetti novativi, sui diritti del depositante. Detti vincoli risultano da apposito registro tenuto dal depositario in conformità agli articoli 2215, 2216 e 2219 del vigente codice civile. A tal fine può essere utilizzato anche il registro di cui all'articolo 7 della legge 19 giugno 1986 n.289. La registrazione del vincolo nel registro, ai sensi del precedente comma, produce gli effetti propri della costituzione del vincolo sul titolo”.

¹⁴⁶ Articolo 1 c.1 lettera g) del d.lgs. 21 maggio 2004 n. 170. Il decreto “Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria” definisce la clausola di sostituzione: “la clausola del contratto di garanzia finanziaria che prevede la possibilità di sostituire in tutto o in parte l'oggetto, nei limiti di valore dei beni originariamente costituiti in garanzia;”

¹⁴⁷ In materia si segnala MASTROPAOLO E., voce Garanzie finanziarie (mercati finanziari), in Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale; GABRIELLI E., voce *I contratti di garanzia finanziaria*, in Digesto IV Discipline privatistiche Sezione civile, Torino, 2005

altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie¹⁴⁸.

Una delle parti contraenti deve essere un'autorità pubblica, una banca un ente finanziario o ogni altro soggetto indicato dall'articolo 1 comma 1 lettera c del d.lgs. 170/2004.

Come è stato giustamente evidenziato¹⁴⁹, ai sensi della succitata disciplina la nozione di "garanzia finanziaria" risulta piuttosto ampia poiché comprende da un lato i "contratti di garanzia reale aventi ad oggetto le attività finanziarie" e dall'altro i contratti che prevedono il trasferimento della proprietà a titolo di garanzia; in particolare quando viene incluso "qualsiasi altro contratto di garanzia reale che abbia ad oggetto attività finanziarie", sembra essere valorizzato il profilo funzionale del contratto, consistente nella causa di garanzia su strumenti finanziari.

Tra tali contratti non v'è dubbio che rientri il pegno e si può quindi affermare la configurabilità del pegno su attività finanziarie per garantire attività finanziarie, cioè si può discorrere di pegno come garanzia finanziaria.

I profili salienti della disciplina delle garanzie finanziarie possono essere considerati la forma, il diritto di utilizzazione, il procedimento di escussione ed il rapporto con le procedure concorsuali, così come disciplinati dal legislatore italiano.

L'articolo 2¹⁵⁰ richiede che i contratti di garanzia finanziaria abbiano forma scritta come misura per garantire la data certa, così come meglio spiegato dalla novella legislativa

¹⁴⁸ Più precisamente, il contratto di garanzia finanziaria viene definito dall' articolo 1 c.1.lettera d del d.lgs. 140/2004 come "contratto di garanzia finanziaria: il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, allorché le parti contraenti rientrino in una delle seguenti categorie: 1) autorità pubbliche, inclusi gli organismi del settore pubblico degli Stati membri incaricati della gestione del debito pubblico o che intervengano in tale gestione o che siano autorizzati a detenere conti dei clienti, con l'esclusione delle imprese assistite da garanzia pubblica; 2) banche centrali, la Banca centrale europea, la Banca dei regolamenti internazionali, le banche multilaterali di sviluppo, come definite all'articolo 1, punto 19, della direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, il Fondo monetario internazionale e la Banca europea per gli investimenti; c) enti finanziari, come definiti ((dall'articolo 4, punto 5),della direttiva 2006/48/CE));d) imprese di assicurazione, come definite dall'articolo 1, lettera a), della direttiva 92/49/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, e dall'articolo 1, lettera a), della direttiva 92/96/CEE del Consiglio, del 10 novembre 1992;e) organismi di investimento collettivo in valori mobiliari, quali definiti dall'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 85/611/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985;f) società di gestione, quali definite dall'articolo 1-bis, paragrafo 2, della direttiva 85/611/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985;

¹⁴⁹ GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichelli, Torino 2015 p. 146

¹⁵⁰ Articolo 2 "Ambito di applicazione": 1. Il presente decreto legislativo si applica ai contratti di garanzia finanziaria a condizione che: a) il contratto di garanzia finanziaria sia provato per iscritto; b) la garanzia finanziaria sia stata prestata e tale prestazione sia provata per iscritto. La prova deve consentire

introdotta dal d.lgs. 24 marzo 2011 n. 48 che ha aggiunto la lettera b) all'articolo 2 comma1.

L'articolo 4 rubricato "Escussione del pegno"¹⁵¹ descrive le tre modalità attraverso cui può avvenire l'escussione ed il procedimento semplice e snello, rispetto a quello previsto dal codice civile, incentrato nella comunicazione dell'avvenuta escussione.

L'articolo 5 rubricato "Potere di disposizione delle attività finanziarie oggetto del pegno"¹⁵² prevede la possibilità di utilizzazione della garanzia finanziaria a favore del creditore pignoratorio ove ciò sia stato espressamente pattuito (comma1).

Il secondo ed il terzo comma si occupano della c.d. clausola di sostituzione che è proprio la clausola che garantisce la rotatività prevedendo la possibilità di sostituire in tutto o in parte l'oggetto, nei limiti di valore dei beni originariamente costituiti in garanzia.

l'individuazione della data di costituzione e delle attività finanziarie costituite in garanzia. A tale fine è sufficiente la registrazione degli strumenti finanziari sui conti degli intermediari ai sensi degli articoli 83-bis e seguenti del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e l'annotazione del contante sui conti di pertinenza. Per i crediti, la consegna per iscritto di un atto al beneficiario della garanzia contenente l'individuazione del credito è sufficiente a provare la fornitura del credito costituito in garanzia finanziaria tra le parti. 2. Nel presente decreto legislativo, l'espressione: "per iscritto" si intende riferita anche alla forma elettronica e a qualsiasi altro supporto durevole, secondo la normativa vigente in materia. L'articolo 2 segue con degli altri commi dedicati alla tutela del consumatore ed aggiunti con la novella del d.lgs. 24 marzo 2011 n. 48.

¹⁵¹ Articolo 4 : "1. Al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratorio ha facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione, di procedere osservando le formalità previste nel contratto: a) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita; b) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione; c) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita. 2. Nei casi previsti dal comma 1 il creditore pignoratorio informa immediatamente per iscritto il datore della garanzia stessa o, se del caso, gli organi della procedura di risanamento o di liquidazione in merito alle modalità di escussione adottate e all'importo ricavato e restituisce contestualmente l'eccedenza."

¹⁵² Articolo 5 rubricato "Potere di disposizione delle attività finanziarie oggetto di pegno" che dispone: "1. Il creditore pignoratorio può disporre, anche mediante alienazione, delle attività finanziarie oggetto del pegno, se previsto nel contratto di garanzia finanziaria e conformemente alle pattuizioni in esso contenute. 2. Il creditore pignoratorio che si sia avvalso della facoltà indicata nel comma 1 ha l'obbligo di ricostituire la garanzia equivalente in sostituzione della garanzia originaria entro la data di scadenza dell'obbligazione finanziaria garantita. 3. La ricostituzione della garanzia equivalente non comporta costituzione di una nuova garanzia e si considera effettuata alla data di prestazione della garanzia originaria. 4. Qualora, prima dell'adempimento dell'obbligo indicato nel comma 2, si verifichi un evento determinante l'escussione della garanzia, tale obbligo può essere oggetto della clausola di «close-out netting». In mancanza di tale clausola, il creditore pignoratorio procede all'escussione della garanzia equivalente in conformità a quanto previsto nell'articolo 4. 4-bis. Il presente articolo non si applica ai crediti."

Un ulteriore riferimento alla clausola rotativa è contenuto nell'articolo 9, rubricato "Effetti delle procedure di liquidazione sulle garanzie finanziarie", che è dedicato alla relazione tra garanzia finanziaria e procedure concorsuali.

In particolare, l'articolo 9 comma 2 lettera b¹⁵³ ribadisce che la prestazione della garanzia in conformità ad una clausola di sostituzione non comporta costituzione di una nuova garanzia e che la stessa si considera effettuata alla data della prestazione della garanzia originaria.

Infine, l'ultimo riferimento alla clausola di sostituzione, seppure in questo caso indiretto, è contenuto nell'articolo 10¹⁵⁴ che, pur avendo portata processuale, al terzo comma rinvia a determinate circostanze alle regole del TUF in materia di trasferimento, costituzione e realizzo delle garanzie e di altri vincoli.

§3.5 Prime conclusioni sull'indagine rispetto al pegno rotativo di valori mobiliari, titoli di Stato, titoli di debito pubblico e garanzie finanziarie.

Tanto premesso sulle ipotesi legislative di pegno rotativo, si può immediatamente riscontrare che si tratta di discipline molto tecniche e dettagliate che trovano la loro origine in esigenze differenti.

L'obiettivo della ricognizione delle suddette fattispecie è quello di verificare se il modello del pegno su titoli sia "esportabile" anche alle scorte di petrolio cioè se si possa escogitare un contratto di pegno sulle scorte di petrolio che riprenda alcune delle caratteristiche proprie del pegno sui crediti.

¹⁵³ b) la prestazione della garanzia in conformità ad una clausola di sostituzione non comporta costituzione di una nuova garanzia e si considera effettuata alla data della prestazione della garanzia originaria;

¹⁵⁴ Art. 10 Legge regolante i diritti su strumenti finanziari in forma scritturale "1. Quando i diritti, che hanno ad oggetto o sono relativi a strumenti finanziari, risultino da registrazioni o annotazioni in un libro contabile, conto o sistema di gestione o di deposito accentrato, le modalità di trasferimento di tali diritti, nonché di costituzione e di realizzazione delle garanzie e degli altri vincoli sugli stessi, sono disciplinati esclusivamente dalla legge dell'ordinamento dello Stato in cui è situato il libro contabile, il conto o il sistema di gestione o di deposito accentrato in cui vengono effettuate le registrazioni o annotazioni direttamente a favore del titolare del diritto, con esclusione del rinvio alla legge di un altro Stato. 2. Gli eventuali patti in deroga al comma 1 sono nulli. 3. Qualora il libro contabile, il conto o il sistema di gestione o deposito accentrato sia situato in Italia e gli strumenti finanziari non siano immessi in un sistema italiano in regime di dematerializzazione ai sensi del decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213, le modalità di trasferimento dei diritti, nonché di costituzione e realizzazione delle garanzie e degli altri vincoli sugli stessi sono regolate dalle disposizioni del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58".

Perciò, per quanto in questa sede non sia importante analizzare nel dettaglio le singole fattispecie propriamente riconducibili al diritto bancario-finanziario, si può tuttavia notare come presentino delle caratteristiche comuni: la costituzione avviene con l'annotazione in un registro, il creditore non deve necessariamente essere in possesso del supporto cartaceo che costituisce la sua garanzia e non rileva l'individualità del titolo costituito in garanzia ma solo le sue caratteristiche che devono essere identiche a quelle del titolo oggetto iniziale del contratto.

Tali caratteristiche trovano riscontro nelle fattispecie sopra riportate come la clausola di rotatività, l'oggetto del vincolo e la dematerializzazione.

Per quanto riguarda la clausola di rotatività si può rinviare a quanto si dirà, limitandosi solo a ricordare i requisiti fondamentali: il patto di rotatività deve essere previsto in un atto scritto di data certa e dal contenuto specifico, deve prevedere la sostituzione con un bene che abbia un valore non superiore a quello vincolato in un primo momento e ove possibile prevedere la consegna del bene oggetto di garanzia al creditore¹⁵⁵.

Per dematerializzazione si deve intendere il superamento della fisicità del titolo e la conseguente possibilità di forme di consegna e di trasferimento del credito virtuali senza la movimentazione e talvolta la creazione del supporto cartaceo.

Tuttavia, nonostante la dematerializzazione, naturalmente è sempre necessario individuare i titoli (o il *genus* e la quantità degli stessi) alla base dell'operazione poiché la registrazione del vincolo rappresenta una tecnica alternativa ed equivalente allo spossessamento.

Per tale ragione il pegno dematerializzato è un pegno di valore, ossia un pegno ove non rileva la *res* oggetto della garanzia ma il suo valore sottostante come dimostrato da un lato dalla semplice registrazione/annotazione su un registro delle vicende riguardanti la garanzia e dall'altro dalla periodica sostituzione del bene oggetto della garanzia (anche se questo elemento riguarda più propriamente la rotatività).

In conclusione, dalla ricognizione delle ipotesi normative di pegno rotativo emerge che le loro caratteristiche comuni sono utili alla ricostruzione del pegno sulle scorte di petrolio.

¹⁵⁵ Per quanto si deve ricordare che il requisito della consegna può essere soddisfatto anche attraverso, ad esempio, il deposito del bene presso il debitore e la nomina di un custode o in altro modo. Inoltre, alla luce del fenomeno della dematerializzazione, si deve ritenere che il tradizionale spossessamento sia integrato dal vincolo di indisponibilità del bene originariamente oggetto di garanzia e dei suoi sostituti.

Infatti, la nozione di dematerializzazione, connaturata all' ambito dei titoli di credito, può essere utilizzata nella costruzione della fattispecie del pegno sulle scorte di petrolio; anche la clausola di rotatività, pur non essendo un elemento esclusivamente riferibile alle ipotesi di pegno sopra riportate, è un elemento fondamentale nella ricostruzione di un pegno sulle scorte.

Infine, come già ricordato, l'oggetto della garanzia delle ipotesi sopra analizzata è un titolo di credito.

Al contrario, nella ricostruzione che verrà successivamente proposta ove l'oggetto della garanzia è direttamente il petrolio o uno dei prodotti petroliferi riportati nel d.lgs. 249/2012.

Per tale ragione ci si può domandare se il pegno sulle scorte di petrolio può essere rappresentato da un titolo di credito e se sia utile eventualmente configurare l'oggetto di tale pegno come un credito invece che come bene materiale.

La prospettata possibilità di configurare il pegno sulle scorte di petrolio come un pegno su titoli di credito presuppone la risposta ad una pluralità di quesiti che vertono in particolare sull'individuazione del titolo di credito idoneo, sulla consistenza dello stesso e sulla sua compatibilità con il regime legale delle scorte petrolifere dettato dall'articolo 5 del d.lgs. 249/2012.

Per quanto riguarda la consistenza del diritto di credito che sarebbe oggetto del pegno si dovrebbe trattare non certo di un semplice credito ma di un titolo di credito quale potrebbe essere un'azione o una quota; il che naturalmente presuppone la creazione di una società, di un fondo o di una persona giuridica.

La necessità di creare una persona giuridica, un patrimonio destinato o un'altra forma di ente personificato o meno presuppone un'analisi approfondita del modello che si intende utilizzare per vedere se possano essere soddisfatti tutti i requisiti richiesti dalla specifica disciplina del modello prescelto.

Ad esempio rispetto alla costituzione di una società è necessario individuare l'oggetto sociale ed indagare se le scorte di petrolio, quali beni impignorabili, possano essere conferite in una società.

In tutti i casi è necessario confrontarsi con il divieto di apporre ostacoli e gravami imposto dall'articolo 5 del d.lgs. 249/2012.

Se è possibile soddisfare le predette condizioni allora si può anche ipotizzare che, ad esempio, le azioni che rappresentano le scorte, siano concesse in pegno.

Tuttavia, pur essendo pacifico che le azioni possano essere oggetto di pegno, vi è di nuovo da tenere in considerazione il divieto di apporre ostacoli e gravami sulle scorte petrolifere.

Ed è proprio tale divieto a costituire, ancora una volta, il principale limite ad una siffatta ricostruzione teorica che, pur non essendo stata descritta nel dettaglio e nelle sue innumerevoli varianti, è chiara nel suo intento: costituire un pegno su un titolo di credito "fondato" su un bene impignorabile.

In relazione a siffatta ricostruzione si possono segnalare gli aspetti *prima facie* maggiormente critici.

In primo luogo, se sia possibile garantire l'immediata disponibilità delle scorte di petrolio, in conformità al d.lgs. 249/2012; infatti le scorte di petrolio sarebbero conferite in società ed in qualità di conferimenti rappresenterebbero la garanzia all'emissione delle azioni.

In definitiva bisognerebbe indagare l'immediata utilizzabilità delle scorte in conformità all'articolo 5 del d.lgs. 249/2012.

La seconda criticità è quella di configurare un vincolo, come un pegno, su un'azione che viene emessa sulla base di un bene impignorabile.

Infatti, qualora si ritenga ammissibile che possa essere conferito in società un bene impignorabile, non si può ignorare che quelle azioni sono garantite da beni impignorabili con le conseguenze, precedentemente esposte, che ne derivano.

Tuttavia, tali quesiti da un lato involgono il diritto commerciale e quello notarile; dall'altro sono così numerosi e complessi da meritare una trattazione autonoma.

Per tale ragione non appare questa la sede idonea ad un approfondimento ed al contrario si deve portare l'attenzione sull'ipotesi del pegno rotativo direttamente sulle scorte, cui verrà dedicato il terzo capitolo.

§4 Il privilegio ex articolo 46 TUB e le scorte di petrolio

L'articolo 46 del Testo unico bancario (d.lgs.1 settembre 1993 n. 385) disciplina un'ipotesi di privilegio convenzionale ossia la possibilità di convenire una causa di prelazione qualora ricorrano i presupposti previsti dalla legge¹⁵⁶.

In particolare, il privilegio di cui all' articolo 46 serve a garantire la concessione di finanziamenti a medio e lungo termine da parte di banche alle imprese¹⁵⁷.

Si tratta di un privilegio speciale su beni mobili che siano destinati all'esercizio dell'impresa e che non siano iscritti nei pubblici registri.

Il privilegio può avere a oggetto impianti ed opere esistenti o future, concessioni e beni strumentali; materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci; beni comunque acquistati con il finanziamento concesso; crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni indicati nei punti precedenti.

In altri termini, i beni che possono formare oggetto del vincolo sono molto diversi tra loro e possono essere beni materiali, immateriali, denaro che abbia una determinata origine e crediti di una certa natura collegati ai beni di cui al primo punto.

Già dalla nozione del privilegio ex articolo 46 TUB emerge l'interesse ai fini della presente trattazione: un' azienda petrolifera potrebbe richiedere un finanziamento e convenire un privilegio su una parte delle scorte di sicurezza o specifiche?

Per tentare di rispondere al suddetto quesito è necessario svolgere l'esegesi della disciplina e richiamare la dottrina e la giurisprudenza rilevante sul punto.

Tralasciando il comma 1bis¹⁵⁸ dell' articolo 46 si può soffermare l'attenzione sui commi 2,3,4 e 5 secondo cui il privilegio deve risultare da atto scritto a pena di nullità.

¹⁵⁶ Per approfondimenti sul tema dei privilegi si rimanda a quanto già scritto nel primo capitolo. Sul tema specifico: PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999; GABRIELLI E., voce *Rotatività della garanzia*, in *Digesto IV Discipline privatistiche Sezione civile*, volume XVIII, Torino 1998; GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichelli, Torino 2015

¹⁵⁷ E' interessante la *ratio* del privilegio bancario individuata da GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichelli, Torino 2015 p.209 secondo cui "L'introduzione nel sistema delle garanzie mobiliari del credito dell'art.46 t.u.l. bancaria risponde dunque al tentativo,per un vers,di razionalizzare il sistema dei privilegi,per un altro, di edificare,nel sistema del finanziamento bancario alle imprese,un istituto generale ed unitario che si sostanzia in una garanzia convenzionale non possessoria su beni mobili e crediti. Il privilegio infatti può essere costituito in relazione a qualsiasi finanziamento,a prescindere dalla sua forma tecnica, erogato da qualsiasi banca a favore di qualsiasi impresa (commerciale,agricola,piccola,pubblica), purché sia a medio o lungo termine,cioè superiore ai diciotto mesi. Nei suoi tratti essenziali esso si presenta come una garanzia speciale che può essere costituita (non solo dal debitore,ma anche da un terzo datore)su quanto indicato nel 1°co. dell'art.46tu. l. bancaria."

¹⁵⁸ 1-bis. Il privilegio previsto dal presente articolo può essere costituito anche per garantire obbligazioni e titoli similari emessi da società ai sensi degli articoli 2410 e seguenti o 2483 del codice civile, la cui

Nell'atto devono essere esattamente descritti i beni e i crediti sui quali il privilegio viene costituito, la banca creditrice o, nel caso di obbligazioni o titoli di cui al comma 1-bis, il sottoscrittore o i sottoscrittori di tali obbligazioni o un loro rappresentante, il debitore e il soggetto che ha concesso il privilegio, l'ammontare e le condizioni del finanziamento o, nel caso di obbligazioni o titoli di cui al comma 1bis sono altresì richieste delle informazioni aggiuntive¹⁵⁹.

Il privilegio è opponibile ai terzi grazie alla trascrizione dell'atto da cui il privilegio risulta nel registro di cui all'articolo 1524 c.2 c.c. da effettuarsi presso i competenti uffici del luogo ove ha sede l'impresa finanziata e presso quelli del luogo ove ha sede o risiede il soggetto che ha concesso il privilegio¹⁶⁰.

I commi 4 e 5 si occupano del privilegio rispetto ad altre cause di prelazione e delle garanzie per i terzi.

Infatti, ai sensi del quarto comma¹⁶¹, il privilegio si colloca nel grado indicato nell'art. 2777, ultimo comma del codice civile e non pregiudica gli altri titoli di prelazione di pari grado con data certa anteriore a quella della trascrizione.

Ed ai sensi del quinto comma¹⁶², fermo restando quanto disposto dall'articolo 1153 del codice civile, il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano

sottoscrizione e circolazione e' riservata a investitori qualificati ai sensi dell' articolo 100 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58

¹⁵⁹Il comma 1 bis prevede che il privilegio previsto dal presente articolo può essere costituito anche per garantire obbligazioni e titoli simili emessi da società ai sensi degli articoli 2410 e seguenti o 2483 del codice civile, la cui sottoscrizione e circolazione e' riservata a investitori qualificati ai sensi dell' articolo 100 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Le informazioni aggiuntive sono "Gli elementi di cui ai numeri 1), 3), 4) e 6) dell' articolo 2414 del codice civile o di cui all' articolo 2483, comma 3, del codice civile nonché la somma di denaro per la quale il privilegio viene assunto". Più nel dettaglio il comma 2 recita: 2. Il privilegio, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto. Nell'atto devono essere esattamente descritti i beni e i crediti sui quali il privilegio viene costituito, la banca creditrice o, nel caso di obbligazioni o titoli di cui al comma 1-bis, il sottoscrittore o i sottoscrittori di tali obbligazioni o un loro rappresentante, il debitore e il soggetto che ha concesso il privilegio, l'ammontare e le condizioni del finanziamento o, nel caso di obbligazioni o titoli di cui al comma 1-bis, gli elementi di cui ai numeri 1), 3), 4) e 6) dell' articolo 2414 del codice civile o di cui all' articolo 2483, comma 3, del codice civile nonché la somma di denaro per la quale il privilegio viene assunto."

¹⁶⁰ Il terzo comma recita: "L'opponibilità a terzi del privilegio sui beni è subordinata alla trascrizione, nel registro indicato nell'art. 1524, secondo comma, del codice civile, dell'atto dal quale il privilegio risulta. La trascrizione deve effettuarsi presso i competenti uffici del luogo ove ha sede l'impresa finanziata e presso quelli del luogo ove ha sede o risiede il soggetto che ha concesso il privilegio."

¹⁶¹"Il privilegio previsto dal presente articolo si colloca nel grado indicato nell'art. 2777, ultimo comma, del codice civile e non pregiudica gli altri titoli di prelazione di pari grado con data certa anteriore a quella della trascrizione."

¹⁶²"Fermo restando quanto disposto dall'art. 1153 del codice civile, il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che sono oggetto dello stesso dopo la trascrizione prevista dal comma 3. Nell'ipotesi in cui non sia possibile far valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo."

acquistato diritti sui beni che sono oggetto dello stesso dopo la trascrizione prevista dal comma 3; nell'ipotesi in cui non sia possibile far valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo.

Il privilegio in parola è una forma di garanzia convenzionale non possessoria su beni mobili e crediti. La principale differenza rispetto al pegno è costituita dalla mancanza dello spossessamento. Infatti, il privilegio produce un effetto prenotativo ma non richiede lo spossessamento.

L'aspetto più interessante del privilegio ex articolo 46 TUB, ai fini che interessano nella presente trattazione, è rappresentato da quanto disposto dal comma 1 lettera b da cui, almeno secondo alcuni autori, emerge la descrizione di una garanzia rotativa¹⁶³.

La natura rotativa del privilegio ex articolo 46 TUB deriverebbe da due fattori.

Il primo è la natura dei beni su cui verte la lettera b) che si riferisce al c.d. attivo circolante ed in particolare materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, bestiame e merci. Infatti, la garanzia non potrebbe non estendersi ai beni che entrano a far parte del patrimonio del debitore¹⁶⁴.

Il secondo è il dato letterale che emerge dall' articolo 46 che richiede la precisa descrizione dei beni e dei crediti poiché tale adempimento sarebbe richiesto per individuare i beni oggetto del vincolo in vista del successivo mutamento determinato dalla rotatività¹⁶⁵.

In alternativa, qualora si ritenga che l'articolo 46 TUB non configuri un'ipotesi di garanzia rotativa legale, si potrebbe sostenere che il privilegio bancario possa essere integrato da una clausola di rotatività espressa¹⁶⁶.

¹⁶³ GABRIELLI E., voce *Rotatività della garanzia*, in Digesto IV Discipline privatistiche Sezione civile, volume XVIII, Torino 1998

¹⁶⁴ GABRIELLI E., voce *Rotatività della garanzia*, in Digesto IV Discipline privatistiche Sezione civile, volume XVIII, Torino 1998... : “.. una garanzia non possessoria sui beni dell' attivo circolante, per sua stessa natura, non può non essere rotativa, e quindi non estendersi, nei limiti di valore della consistenza originaria, ai beni che successivamente entrino a far parte del patrimonio del debitore, sia quali nuove acquisizioni, sia quali risultato della lavorazione di materie prime già sussistenti nelle rimanenze” poi successivamente confermato in Gabrielli E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichelli, Torino 2015 p.212.

¹⁶⁵ GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichelli, Torino 2015 p.212 : “Nel senso della rotatività sembra far propendere anche il dato testuale: l'art.46, infatti, espressamente fa riferimento *all'esatta destinazione* dei beni e dei crediti, proprio a voler indicare la necessità di una preventiva (rispetto ai successivi mutamenti) individuazione dei beni oggetto del vincolo”.

¹⁶⁶ In senso contrario PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999 p.70: “ Più difficile è, invece, riconoscere all'autonomia privata la possibilità di incidere sulla struttura delle garanzie

Tuttavia, diversamente da quello che accade per il pegno, come già ricordato il privilegio ha fonte legale e per tale ragione si pone in un rapporto diverso rispetto all'autonomia privata¹⁶⁷.

Infatti, come già sottolineato, i diritti reali di garanzia sono tipici e vi è il divieto di crearne di nuovi, in particolare per garantire al meglio la tutela dei creditori¹⁶⁸.

Inoltre, il privilegio presenta due ulteriori peculiarità rispetto a pegno ed ipoteca: la causa di prelazione è collegata alla natura del credito e sono un *numerus clausus*, ossia sono solo quelli previsti per legge (o perché espressamente indicati o perché ne sono indicate le condizioni alle quali può essere costituito ,come nel caso dell'articolo 46 TUB).

Tanto premesso in generale sul c.d. privilegio bancario, se l'articolo 46 TUB descrive una garanzia rotativa o si ritenga che al privilegio ivi descritto possa accedere una clausola di rotatività, si può ipotizzare che il privilegio possa essere costituito sulle riserve di petrolio.

Infatti, il ragionamento si può svolgere in maniera analoga a quanto accennato nel paragrafo precedente per il pegno, cosicché non sarebbe un ostacolo a tale privilegio la natura impignorabile del bene: il privilegio costituito sulle scorte è destinato a trasferirsi in un determinato arco di tempo dalle scorte al prodotto in libera vendita e quindi a transitare da un bene in regime di impignorabilità ad uno pignorabile, sia che si tratti dello stesso bene che muta regime giuridico che di un bene equivalente.

Come già suggerito, qualora il petrolio oggetto di scorta sia stoccato in modo facilmente individuabile e non sia a rischio di deterioramento ricorrerà la prima ipotesi; qualora le

mobiliari *ex lege*, modellando le stesse in modo diverso dalle previsioni del legislatore al fine di allentare il nesso tra il credito e la garanzia (ad esempio, prevedendo la cessione del vincolo indipendentemente dal credito garantito).I privilegi speciali sono previsti per determinati crediti e costituiscono qualità inerente agli stessi. Pertanto, i negozi volti a spezzare tale collegamento comportano la creazione di privilegi, senza che il legislatore abbia svolto alcun tipo di valutazione in ordine all'opportunità di consentire una forma di soddisfazione preferenziale al creditore. Si comprende, pertanto, come l'attività negoziale delle parti con cui si modifica l'oggetto del privilegio realizzerebbe una violazione dei limiti posti dall'attività privata. La sostituzione dell'oggetto del privilegio, in forza di un accordo tra creditore e datore di garanzia, comporta infatti la rottura del legame originario tra credito e garanzia che costituisce la ragione giustificatrice del privilegio. Risulta, perciò, evidente che anche la neutralità o addirittura la convenienza della sostituzione per i creditori chirografari non può legittimare tale operazione, che appare in contrasto con la tipicità dei privilegi.”

¹⁶⁷ Per ulteriori approfondimenti si veda PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999 p.69 e 70

¹⁶⁸ Sul tema della differenza tra tipicità e nominatività dei diritti reali, cioè tra divieto di crearne di nuovi e possibilità di inserire note di atipicità nel contenuto degli stessi si veda CHINÈ A.- ZOPPINI A., *Manuale di diritto civile*, Nel diritto, Roma, 2013, p.570

scorte siano stoccate insieme al prodotto in libera vendita, il prodotto che compone la scorta sarà sempre diverso ed individuabile solo in base al livello del serbatoio; quindi l'oggetto della garanzia, che è un bene fungibile, muta ad ogni carico e scarico di prodotto; così il giorno in cui scade la garanzia, subito prima dello scarico, dovrebbe individuarsi, in ipotesi isolandolo, il prodotto che costituisce scorta per tenerlo a disposizione del creditore; con lo sversamento del nuovo prodotto verrebbe immediatamente ricostituita la scorta. Lo stesso risultato può essere realizzato in maniera più comoda e meno dispendiosa attraverso l'individuazione, al momento della scadenza dell'obbligazione di un livello di serbatoio ulteriore, oltre quello destinato alle scorte, destinato al soddisfacimento del creditore.

In conclusione, si ritiene che si potrebbe stipulare un contratto di finanziamento a medio o lungo termine, garantito da privilegio speciale sulle scorte di emergenza.

Infatti, le scorte di sicurezza possono essere considerate un "bene mobile, comunque destinato all'esercizio dell'impresa e non iscritto in pubblici registri", cosicché presentano tutti i requisiti previsti dall'articolo 46 TUB.

In particolare, le scorte di sicurezza possono essere inquadrare nell'elencazione prevista dal primo comma lettera b), cioè tra le "materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, prodotti finiti, frutti, bestiame e merci".

La peculiare natura ed il regime giuridico delle scorte di sicurezza non incide sulla configurabilità della fattispecie.

Infatti, da un lato, determinate accortezze nella formulazione della clausola di rotatività possono garantire che il privilegio sia efficace ed effettivo per il creditore, come se fosse stato costituito fin dall'origine sulle scorte commerciali.

Lo stesso vale qualora si ritenga la natura legale della rotatività nel privilegio bancario, poiché anche in questo caso sarà probabilmente necessario, in sede di costituzione del privilegio predisporre una clausola riguardante la rotatività.

Tuttavia, in questo caso, la rotatività discende direttamente dalla legge e consente di trasferire il privilegio, ad esempio, da una materia prima all'altra; oppure come nel caso in parola, di trasferire il privilegio, dopo un certo periodo di tempo, da una parte delle scorte d'emergenza ad una parte delle scorte commerciali.

Il "privilegio bancario" serve ad accordare al creditore una preferenza su un determinato bene, in modo che, in caso di inadempimento da parte del debitore nella restituzione del

proprio credito, possa soddisfarsi con precedenza rispetto ad altri creditori proprio su quel bene.

Così, qualora si individui un privilegio speciale sulle scorte d'emergenza, in virtù della rotatività (legale o convenzionale) dello stesso, può transitare su delle altre scorte dello stesso prodotto o su altre materie prime, prodotti in corso di lavorazione o prodotti finiti.

In particolare, allo scadere delle rate per il rimborso del finanziamento, si può prevedere che operi la clausola di rotatività così da poter seguire le scorte d'emergenza che divengono scorte in libera vendita.

Nell' ipotesi in cui si possano individuare le scorte d'emergenza su cui insiste il privilegio, si potrebbe ipotizzare che il privilegio "segua" quelle stesse scorte che vengono destinate alla vendita.

In alternativa, possono essere individuati diversamente i beni su cui si trasferisce il privilegio, ad esempio stabilendo che dopo un certo periodo dalla costituzione del privilegio, lo stesso si trasferisca su materie prime diverse dalle scorte d'emergenza per un valore pari a quello per il quale era stato originariamente costituito.

Capitolo 3

IL PEGNO SULLE SCORTE DI PETROLIO

§1 Premessa (e tentativo di ricostruzione analogica sulla base del pegno rotativo); §2.1 Approfondimento sul pegno rotativo sulle scorte di petrolio (quali bene impignorabili); §2.1.1 Gli ostacoli ed i gravami; §2.1.2 L'impignorabilità delle scorte; §2.2 Variazioni della clausola di rotatività (in caso di beni impignorabili); §2.2.1 Qual è l'interesse che spinge alla costituzione di un pegno rotativo su un bene impignorabile?; §2.2.2 La natura deperibile del bene e la conservazione del prodotto; § 3.1 Il modello originario della legge 401/1985; § 3.2.1 Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: introduzione; § 3.2.2 Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: struttura; § 3.2.3 Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: clausola di rotatività; § 3.3 Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: l'interesse economico all'operazione; §4.1 Le scelte degli altri Paesi europei: Francia; §4.2 Regno Unito; §4.3 Germania; §4.4 Austria; §4.5 Belgio; §4.6 Lussemburgo; §4.7 Malta; §4.8 Irlanda; §4.9 Spagna; § 5 Conclusioni sulla validità del pegno rotativo sulle scorte.

§1 Premessa

Alla luce dell'analisi teorica svolta nei primi due capitoli, relativa alla funzione di garanzia ed alla nozione di pignorabilità, in questo terzo capitolo si può trattare di un'ipotesi concreta.

La fattispecie selezionata richiama il diritto di pegno, come istituto relativo alla "funzione di garanzia" e le scorte di petrolio, in riferimento ai beni impignorabili.

La fattispecie oggetto dell'analisi è il pegno sulle scorte di petrolio.

In particolare, la precedente trattazione sarà la base di partenza per affrontare la questione suddetta, su cui non si rinvengono precedenti della giurisprudenza e delle dottrine né italiana né straniera.

Un aiuto ulteriore proviene da una parte della legislazione speciale già esistente in materia di pegno; si tratta in particolare di due leggi riguardanti il settore agroalimentare.

In questo caso, grazie all'ausilio del principio di analogia e del principio di libertà contrattuale, si può svolgere un ragionamento giuridico, volto ad affermare l'ammissibilità dell'operazione giuridica presa in considerazione.

Infine, si segnala l'assenza di contributi scientifici sul tema specifico ed allo stesso tempo un interesse per lo stesso, che emerge dalla documentazione "a firma" della Commissione europea.

Inoltre, per quanto non vi siano pubblicazioni giuridiche, è possibile reperire dati di natura normativa ed economica.

Per quanto riguarda i primi, si tratta in prevalenza di fonti secondarie e talvolta anche sub-secondarie o di *soft law*; per quanto riguarda i dati economici si tratta di relazioni o dossier presentati in quanto oggetto di un obbligo legislativo.

In ogni caso, si tratta di dati provenienti da fonti ufficiali come il Governo, un Ministero o la Commissione europea e che di volta in volta saranno indicati nel modo più preciso possibile.

§2.1 Approfondimento sul regime giuridico delle scorte di petrolio

L'articolo 5 del d.lgs. 249/2012 descrive il regime giuridico a cui sono sottoposte le scorte di sicurezza e quelle specifiche, ponendo due differenti limiti: non possono essere apposti ostacoli di qualsiasi natura che possano comprometterne la disponibilità e non possono essere pignorate.

§2.1.1 Gli ostacoli ed i gravami sulle scorte

Il primo limite richiede maggiore sforzo interpretativo soprattutto poiché la nozione di ostacoli e gravami non risulta essere legislativamente determinata e particolarmente utilizzata.

Infatti, generalmente per ostacolo si intende qualsiasi elemento, materiale o non materiale, che si oppone e costituisce impedimento ad un'azione o ad un'attività e può essere inteso anche in senso figurato; per gravame si intende un peso o un carico, anche in senso astratto.

Nella legislazione italiana, la dizione di ostacolo è diffusa soprattutto in testi legislativi di recepimento di direttive europee. La parola "ostacolo" viene spesso utilizzata come un sinonimo di barriera, intesa anche in senso fisico; infatti la parola "ostacolo" di solito viene utilizzata con funzione descrittiva di situazioni che riguardano l'ambito economico (barriere all'accesso ad un mercato) oppure si ritrova nella parte descrittiva dei testi legislativi, cioè nella parte della disposizione ove si descrive una situazione reale e non nella parte in cui se ne determina il regime giuridico.

Al contrario, l'espressione gravame è tipica del diritto processuale civile, dove trova il suo maggiore utilizzo. Tuttavia, il termine gravame viene impiegato anche in ambito commerciale, di solito con riferimento ai portafogli azionari ed in ambito penale per indicare beni sottoposti a confisca o sequestro.

In ogni caso, due dati sembrano fondamentali ai fini dell'interpretazione dell'articolo 5 comma 4¹⁶⁹ del d.lgs. 249/2012.

¹⁶⁹E' vietato apporre ostacoli e gravami di qualsiasi natura che possano compromettere la disponibilità delle scorte di sicurezza e delle scorte specifiche. Le scorte di sicurezza e le scorte specifiche non possono essere pignorate.

Il primo dato si ricava direttamente dalla direttiva 2009/119/CE che all' articolo 5 comma 2, rubricato "Disponibilità delle scorte", si riferisce letteralmente agli ostacoli e gravami.

In particolare, si chiede di adottare tutte le misure necessarie per evitare gli ostacoli e gravami che potrebbero compromettere la disponibilità delle scorte¹⁷⁰.

Di conseguenza, la formulazione dell' articolo 5 della legge italiana di trasposizione della direttiva appare essere fedele al testo della direttiva stesso, proprio perché riprende letteralmente l'espressione ostacoli e gravami.

A sua volta, la dizione "ostacoli e gravami" contenuta nella direttiva nella versione italiana, corrisponde alla pedissequa traduzione rispetto a tutte e tre le lingue di lavoro dell' Unione Europea.

In particolare, in inglese si rinviene l'espressione "obstacles and encumbrances" ; in francese "les obstacles et les contraintes"; in tedesco la formulazione risulta leggermente differente, poiché non fa espressamente uso dei lemmi ostacoli (*Hindernisse*) e gravami (*Belastungen*) ma risulta essere formulata nel modo seguente: "*Die Mitgliedstaaten ergreifen alle erforderlichen Maßnahmen, um alles zu vermeiden, was die Verfügbarkeit der Sicherheitsvorräte und spezifischen Vorräte beeinträchtigen könnte*"¹⁷¹

Il secondo dato rilevante è costituito dal fatto che l'espressione "ostacoli e gravami" è posta in relazione all' esigenza di evitare di compromettere la disponibilità delle scorte ed a tal fine la Direttiva richiede che gli Stati membri adottino tutte le misure necessarie. Anche rispetto a questo profilo il decreto legislativo 249 risulta essere particolarmente fedele nella trasposizione come emerge dall' analisi del dato letterale.

Infatti la Direttiva richiede l'adozione di tutte le misure necessarie per evitare gli ostacoli ed i gravami che potrebbero compromettere la disponibilità delle scorte e l'Italia vieta l'apposizione di ostacoli e gravami di qualsiasi natura che possano compromettere le riserve.

L'Italia recepisce la direttiva aggiungendo che gli ostacoli e gravami possono essere di qualsiasi natura, utilizzando così un accorgimento stilistico, con la finalità di ampliare,

¹⁷⁰Gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per evitare gli ostacoli e i gravami che potrebbero compromettere la disponibilità delle scorte di sicurezza e delle scorte specifiche

¹⁷¹ Gli stati di membri attuano tutte le misure richieste per evitare tutto quello che potrebbe danneggiare la disponibilità e la sicurezza degli approvvigionamenti e gli specifici rifornimenti.

ove necessario, la nozione di ostacoli e gravami. La precisazione che gli ostacoli e gravami possono essere “di qualsiasi natura” appare essere la misura idonea prevista dall’ Italia a garantire la disponibilità delle scorte.

In ogni caso, il decreto legislativo conferma che gli ostacoli ed i gravami, ancorché di qualsiasi natura, sono vietati in modo funzionale a garantire la disponibilità delle scorte. Infatti l’interesse rilevante è quello che siano immediatamente disponibili ed utilizzabili in caso di necessità.

La stessa esigenza viene perseguita dall’articolo 5 comma 7 che, pur fondato su presupposti differenti, insiste sul divieto di adottare ostacoli al trasferimento, all’ uso ed al rilascio delle scorte detenute in Italia per conto di altri Stati. Infatti, in quest’ultimo caso da una lato si tratta di una situazione di emergenza e dall’ altro si tratta di scorte “straniere/altrui” ma vi è comunque sempre la necessità di garantirne la disponibilità allo stesso modo di quelle interne.

§2.1.2. L’impignorabilità delle scorte

Il secondo limite è quello contenuto nell’articolo 5 c.4 ultima parte del d.lgs. 249/2012, secondo cui le scorte di sicurezza e le scorte specifiche non possono essere pignorate.

Tale precisazione è immediatamente successiva al divieto di apporre ostacoli e gravami, tanto da indurre a ritenere che il Legislatore abbia voluto esplicitare quali siano gli ostacoli ed i gravami vietati. La collocazione del divieto di pignoramento delle scorte, oltre che apparire come l’esplicazione di quali sono gli ostacoli e gravami vietati, induce a ritenere che la possibilità di pignoramento sia l’unica forma di ostacolo attualmente conosciuto che possa mettere a repentaglio le riserve petrolifere.

Tale ricostruzione appare essere confermata dal fatto che da un lato, nella prima parte del quarto comma, il legislatore utilizza, come già precisato, una formula più ampia rispetto a quella contenuta nella direttiva europea, poiché precisa che gli ostacoli ed i gravami vietati possono essere “di qualsiasi natura”; dall’ altro, nella seconda parte dello stesso comma specifica soltanto il divieto di pignorarle.

In particolare, i lavori preparatori¹⁷² nulla dicono in relazione all'impignorabilità delle scorte.

Infatti, l'illustrazione del dell'articolo 5 aggiunge, rispetto al dettato letterale, soltanto una considerazione rispetto alla vulnerabilità dell' Italia per la mancanza di oleodotti di approvvigionamento che la costringono al trasporto via terra del prodotto.

Dal momento che neppure i lavori preparatori risultano essere d'aiuto ai fini di interpretare la scelta legislativa riguardante l'impignorabilità, si possono svolgere delle considerazioni ulteriori per capire la *volutas legis* sul punto.

La qualificazione di un bene come impignorabile è eccezionale, poiché la regola è costituita dalla pignorabilità di tutti i beni tranne di quelli espressamente esclusi.

Infatti l'impignorabilità è qualità del bene che giova al suo proprietario e nuoce ai suoi creditori.

Al contrario, vi sono delle altre limitazioni legali al diritto di proprietà che risultano essere sfavorevoli al proprietario, come il caso dei beni incommerciabili.

L'incommerciabilità è un vincolo che nuoce sicuramente al proprietario di quel bene poiché egli subisce delle limitazioni eccezionali al diritto di proprietà.

Il caso del bene incommerciabile è particolarmente istruttivo, poiché di solito si tratta di beni che per la loro natura in senso lato pubblicistica, non possono essere oggetto di alienazione.

Ad esempio, l'inalienabilità è una caratteristica fondamentale dei beni pubblici, in particolare dei beni del patrimonio indisponibile.

Quando l'incommerciabilità riguarda beni in mano privata, vengono in rilievo criticità differenti.

Infatti, quando il bene è incommerciabile, vi sono delle limitazioni al potere di disposizione della cosa che riguardano in primo luogo il proprietario che viene privato del contenuto fondamentale del suo diritto di proprietà che è un diritto assoluto, tutelato a livello internazionale¹⁷³ e costituzionale, sia ai sensi dell' articolo 42 Cost., secondo cui la proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge che ne determina i modi di

¹⁷² Relazione illustrativa a firma del Prof. Dino Pietro Giarda dell'11 dicembre 2012; Resoconto sommario n 357 del 18/12/2012 relativo al Parere al Ministro dei rapporti con il Parlamento sullo schema del decreto legislativo sull' attuazione della direttiva 2009/119/CE, Resoconto sommario n 358 del 20/12/2012 relativo al Parere della 10 Commissione;

¹⁷³ Si pensi al suo rango di diritto fondamentale della persona riconosciuto dalla Convenzione Europea dei Diritti dell' Uomo.

acquisto, di godimento ed i limiti in modo da garantirne la funzione sociale, sia ai sensi dell' articolo 43 della Costituzione¹⁷⁴, secondo cui per fini di interesse generale, nei soli casi previsti dalla legge, è possibile espropriare beni privati salvo indennizzo .

In definitiva quello che qui interessa è che l'inalienabilità è un vincolo più stringente dell' impignorabilità poiché coinvolge non soltanto il creditore del titolare del bene ma anche lo stesso proprietario.

Infatti, da un lato il proprietario non può validamente stipulare vicende traslative e tale divieto opera anche nei confronti del suo creditore. Di conseguenza, ad esempio, il creditore non può stipulare con il suo debitore - proprietario del bene inalienabile - negozi come l'alienazione con funzione di garanzia o qualsiasi altro negozio traslativo. Per tale ragione il vincolo dell' inalienabilità colpisce più intensamente sia il proprietario che il suo creditore.

Inoltre, di solito i beni che sono inalienabili sono anche beni impignorabili. Tali qualità di solito coesistono poiché le ragioni che spingono ad attribuire ad un bene il regime dell' inalienabilità sono tali da spingere a stabilirne anche l'impignorabilità.

Infine, i beni sono talvolta definiti come indisponibili.

L'indisponibilità è il vincolo più stringente che può riguardare un bene.

Infatti, l'indisponibilità è un carattere che limita ogni forma di disposizione del bene poiché produce la limitazione della possibilità di godimento e di disposizione, sia da parte del proprietario che da parte di terzi.

Il godimento del bene è limitato perché un bene indisponibile non può essere, ad esempio, locato o concesso in garanzia; la disposizione è limitata poiché non può essere oggetto in senso lato di vicende traslative, come in primo luogo la vendita; le limitazioni riguardano anche i terzi, poiché il bene non può essere pignorato.

Per tale ragione si può dire che un bene indisponibile di solito è un bene inalienabile ed impignorabile. Infatti, l'inalienabilità riguarda il profilo della limitazione del potere di disposizione; l'impignorabilità attiene alla limitazione dell' eventuale facoltà del terzo, che vanta una determinata relazione con il creditore.

¹⁷⁴“A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”

Di conseguenza, per concludere sul punto si può notare come un bene impignorabile è un bene meno vincolato di uno inalienabile e soprattutto di uno indisponibile; infatti l'impignorabilità non riguarda direttamente il potere di disposizione e di godimento del proprietario ma riguarda solo indirettamente tali poteri. Infatti, fermo restando il potere di libera disposizione e libero godimento del bene impignorabile, tali poteri in alcuni casi subiscono indirettamente delle "attenuazioni".

Per meglio comprendere cosa si intende per "attenuazione" indiretta dei poteri del proprietario si possono formulare due esempi.

Si pensi, in primo luogo, alla vendita di un bene impignorabile. Per quanto tale ipotesi non abbia finora particolarmente attratto l'interesse della dottrina¹⁷⁵, un bene impignorabile, salvo diversa previsione legislativa, può essere liberamente alienato, in tutto o in parte. Il proprietario di un bene impignorabile ha uno "status privilegiato" rispetto al proprietario di un bene pignorabile poiché il suo bene non è soggetto ad esecuzione. Si potrebbe addirittura pensare che un bene impignorabile abbia un valore maggiore sul mercato poiché beneficia di questa "immunità" rispetto all'esecuzione; e per la stessa ragione, il proprietario di un bene impignorabile può aver interesse a mantenere quel bene nel suo patrimonio poiché è sicuro che non può essergli sottratto a mezzo di esecuzione forzata.

In secondo luogo, anche il potere di godimento ed amministrazione del bene, ossia la facoltà di suo impiego economico, può risultare indirettamente attenuato; infatti, un bene impignorabile è un bene che risulta essere meno appetibile per il creditore poiché la sua possibilità di rivalersi su quel bene risulta significativamente diminuita.

Ad esempio, nel caso in cui il debitore offra in garanzia un bene impignorabile, il creditore è libero di accettare tale bene in garanzia. Tuttavia, la stessa garanzia risulta essere attenuata poiché sia che si tratti di un bene mobile che si tratti di un bene immobile, il creditore non ha la possibilità di promuovere, qualora necessario, un'espropriazione forzata.

¹⁷⁵ A parte, come già richiamato, GORLA GORLA G.-ZANELLI P., *Del pegno. Delle ipoteche*, in Galgano F.(a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, 1992, p. 29 "E' dubbio se i beni, dichiarati impignorabili dal codice di procedura civile (art.514 e seg.), possano essere oggetto di pegno volontario. Secondo me possono, perché tali beni sono alienabili e perché la consegna di essi al creditore o ad un terzo toglie loro per volontà dello stesso proprietario quella destinazione che è alla base dell'impignorabilità secondo il codice di procedura civile. Soltanto se la costituzione del pegno non risulti volontaria (ad esempio se sia stata fatta sotto la minaccia degli atti esecutivi), si potrà andare di contrario avviso. Altrettanto direi per la rendita vitalizia."

L'espropriazione forzata rappresenta l'"*extrema ratio*" poiché presuppone che il debitore sia inadempiente e metta a repentaglio il bene dato in garanzia ed il suo buon nome; tuttavia, nel caso di un bene impignorabile, il fatto di escludere a priori l'esecuzione forzata modifica un carattere tipico delle garanzie, indebolendo il meccanismo su cui si fondano poiché il debitore sa fin dall'origine di non mettere a repentaglio il bene dato in garanzia ma al limite solo il suo nome.

Questa situazione, qualora sia reputata conforme all'ordinamento giuridico, pone il debitore in una situazione estremamente conveniente tanto che difficilmente può essere accettata dal creditore.

Infatti il creditore che concede un prestito contro una garanzia reale è un soggetto che cerca una forte assicurazione sull'adempimento del suo credito e non si accontenta di una promessa di una prestazione di *facere o di dare* da parte di un terzo ma ricerca una *res* sulla quale possa far valere il suo diritto di credito corredato da tutti gli accessori.

Quindi, qualora una garanzia riguardi un bene impignorabile, l'eventuale esecuzione non può avere ad oggetto lo stesso bene dato in garanzia. Di conseguenza, da un punto di vista teorico vi sono tre possibilità: la prima è quella di consentire l'eventuale espropriazione di un bene diverso da quello dato in garanzia; la seconda è quella di indagare la possibilità di avere una garanzia reale anche senza la possibilità di pignorare il bene; la terza è quella di trasferire la garanzia da un bene impignorabile ad uno pignorabile nel corso del rapporto negoziale.

L'opzione che qui interessa, per le ragioni già spiegate in precedenza, è quella di ipotizzare l'espropriazione di un bene diverso rispetto a quello concesso in garanzia, grazie alla valorizzazione delle garanzie reali rotative.

Una garanzia rotativa consente di variare il bene oggetto del vincolo, mantenendo le stesse condizioni dell'originario contratto di garanzia.

La garanzia rotativa, già analizzata nel dettaglio in precedenza in particolare rispetto al pegno, viene teorizzata per un migliore sfruttamento economico delle risorse dell'impresa nel ciclo produttivo, ma in questo caso può essere molto utile anche al fine di garantire lo sfruttamento di un bene impignorabile dell'impresa stessa.

Infatti, la rotatività consentirebbe di utilizzare economicamente un bene impignorabile ed in caso di inadempimento la clausola di rotatività consentirebbe di promuovere l'esecuzione su dei beni pignorabili previamente individuati.

§2.2 Variazioni della clausola di rotatività

Come già evidenziato, da un punto di vista teorico la clausola di rotatività può essere apposta ad un pegno avente ad oggetto le scorte di petrolio ma sono necessarie degli adattamenti rispetto al caso concreto.

Infatti, la clausola di rotatività consiste nel fatto che il pegno si trasferisce da un bene ad un altro con le stesse caratteristiche; il pegno passa dal bene originariamente costituito in garanzia al bene sostituito e la causa legittima di prelazione compie lo stesso “percorso”.

Per esemplificare si potrebbe dire che viene costituito in pegno il barile di petrolio A e dopo sei mesi, in virtù della clausola di rotatività, il pegno si trasferisce sul barile di petrolio B, identico a quello originario. Di conseguenza, il creditore matura prima la prelazione sul barile A e poi la prelazione sul barile B, cioè potrebbe chiedere la vendita o agire prima su A e poi su B.

Tuttavia, nel caso di specie sia A che B sono impignorabili; quindi nonostante il trasferimento della garanzia, se al momento in cui scade l’obbligazione garantita dal barile B il debitore è inadempiente, il creditore si trova di fronte ad un’ unica opzione: mantenere la garanzia su B ed eventualmente, qualora B dovesse essere sostituito per non divenire “fuori specifica” e quindi inutilizzabile, potrebbe accettare il trasferimento della sua garanzia anche su un terzo barile C, in attesa dell’ adempimento.

Quindi, in questa situazione, il creditore viene privato del suo diritto di rivalersi attraverso l’esecuzione su B o su C o su qualsiasi altro barile che costituisca scorta.

Fermo restando che il creditore potrebbe accettare una simile situazione in cui rinuncia al contenuto tipico del suo diritto reale stipulando di fatto un contratto diverso da quello di pegno, si deve ritenere che sia più probabile uno scenario differente.

Se al momento in cui scade l’obbligazione la garanzia rotativa verte sul barile B, il creditore potrebbe ottenere l’immediato pagamento, secondo l’andamento fisiologico dell’ obbligazione; oppure potrebbe richiedere il pagamento ed attendere lo spontaneo adempimento del debitore; oppure, non appena il barile B cessa di essere una scorta per ridivenire prodotto in libera circolazione, il creditore potrebbe intentare l’azione esecutiva proprio su B, ad esempio, domandandone la vendita o l’assegnazione.

In altri termini, al momento della scadenza del credito, si dovrebbe arrestare l'operatività della clausola di rotatività e la garanzia si dovrebbe cristallizzare sul bene sul quale insiste al momento della scadenza dell' obbligazione stessa.

Infatti, tale precisazione appare essenziale poiché quando l'oggetto della garanzia rotativa è un bene in libera circolazione non è importante questo "meccanismo di arresto" della clausola di rotatività poiché, in linea di principio, il creditore può rivalersi sia sul bene originariamente individuato (il che sarebbe l'unica possibilità in caso di pegno non rotativo) che su quello che nel frattempo è divenuto oggetto della nuova garanzia.

Come meglio si vedrà, in teoria, nel caso delle merci in lavorazione il creditore potrebbe agire immediatamente sulla coscia su cui è stato apposto il contrassegno; oppure nel caso in cui il creditore non agisca subito dopo la scadenza dell' obbligazione potrebbe ugualmente agire su una diversa coscia di suino, oggetto di nuova lavorazione, su cui si sia nel frattempo trasferito il pegno.

Tuttavia, tanto premesso da un punto di vista teorico sulle variazioni della clausola di rotatività, è necessario indagare se tale modello teorico sia applicabile anche in concreto.

Infatti, da un lato un meccanismo giuridico può trovare riscontro nella realtà solo se risponde realmente agli interessi dei contraenti.

Dall' altro lato bisogna considerare che il modello teorico sopra descritto utilizza i barili, che rappresentano una modalità di misura e di conservazione del petrolio; tuttavia, per quanto i barili siano particolarmente utili nell' esempio per comprendere come funziona la clausola di rotatività, nella realtà non sono utilizzati per lo stoccaggio delle scorte, come meglio si vedrà in seguito¹⁷⁶.

¹⁷⁶ In particolare, la normativa europea (Regolamento 1099/2008 allegato c articolo 3.2.2 "Scorte nazionali") prevede che siano incluse tra le scorte i prodotti detenuti secondo le modalità seguenti: "Scorte detenute in serbatoi di raffinerie, terminali per rinfuse, chiatte e navi cisterna di cabotaggio (se il porto di partenza e di destinazione sono nello stesso paese), navi cisterna in un porto di uno Stato membro (se il loro carico deve essere sbarcato in tale porto), scorte di condotte e bunkeraggi per la navigazione interna. Sono esclusi i quantitativi di petrolio contenuti negli oleodotti, nei carri cisterna ferroviari, nelle autocisterne, nelle stazioni di servizio e nei serbatoi dei punti di vendita al dettaglio, nonché destinati a provviste di bordo e a bunkeraggi per la navigazione marittima." Inoltre, ai sensi dell' articolo 1 lett.p del d.lgs 249/2012) stabilimento ovvero impianto di stoccaggio ovvero deposito: impianto destinato allo stoccaggio del petrolio, dei prodotti petroliferi, dei biocarburanti e degli additivi costituito da serbatoi ed attrezzature per l'immagazzinamento e la movimentazione dei prodotti energetici di cui all'allegato C, punto 3.1, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1099/2008;"

§2.2.1 Qual è l'interesse che spinge alla costituzione di un pegno rotativo su un bene impignorabile?

Il primo quesito a cui rispondere riguarda l'interesse delle parti alla stipulazione di un pegno rotativo sulle scorte.

Infatti, la causa in concreto di qualsiasi operazione negoziale rappresenta un elemento fondamentale di qualsiasi analisi giuridica, dal momento che ormai sia la dottrina che la giurisprudenza, riconoscono pacificamente la primazia della volontà dei contraenti.

In particolare, già in precedenza si è sottolineato quale sia l'interesse del debitore a costituire una garanzia su un bene impignorabile; in estrema sintesi si può dire che il suo interesse è lo stesso che lo spinge a costituire una garanzia reale su qualsiasi altro bene ed è l'interesse del proprietario di un bene che è interessato al suo sfruttamento economico.

Allo stesso modo si è già affrontato il nodo dell'interesse del creditore a ricevere una garanzia su un bene impignorabile; il suo interesse è di rafforzare le ragioni del suo credito sfruttando la realtà di un bene anche se in assenza di alcune accortezze un bene impignorabile non può garantire il soddisfacimento dell'interesse del creditore; tuttavia, una garanzia rotativa che si trasferisca da un bene impignorabile ad uno pignorabile consente la possibilità di soddisfare anche l'interesse del creditore.

In particolare, prescindendo dai beni impignorabili, si vuole in questa sede evidenziare quale sia la ragione per concedere un pegno sulle scorte impignorabili invece che sul prodotto in libera vendita.

Le scorte sono un bene di rilevante valore economico ed in base al sistema italiano attualmente vigente, devono essere messe a disposizione per la maggior parte da operatori del libero mercato.

Per quanto nel corso del tempo una parte, progressivamente sempre maggiore, sarà detenuta da un soggetto pubblico¹⁷⁷, in ogni caso grandi quantità di prodotti petroliferi che rappresentano ingenti somme di denaro continueranno ad essere detenute dai privati.

¹⁷⁷ Nel caso dell'Italia è previsto che questo soggetto sia l'Acquirente Unico, ente che già opera nel settore energetico ed in particolare in relazione al Gestore dei Servizi Energetici (GSE spa). In particolare, l'OCSIT, per mezzo dell'acquirente unico, acquisirà tonnellate di prodotti che formano le c.d. scorte specifiche, ossia i prodotti finiti che nel caso dell'Italia sono rappresentati da quattro categorie diverse:

Dal momento che tali soggetti devono garantire l'immediata e continua disponibilità delle scorte, naturalmente, come già evidenziato, non possono essere commercializzate così come avviene con il resto dei prodotti di cui sono proprietari.

Per tale ragione, la possibilità di costituirvi un pegno rotativo rappresenta un'opportunità estremamente rilevante poiché rappresenta l'unico modo per sfruttare un *asset* alternativamente completamente improduttivo.

E' pur vero che tale pegno ad un certo punto si trasferisce dalle scorte al prodotto in libera vendita, tuttavia ciò consente comunque di sfruttare per un determinato periodo di tempo un bene che altrimenti sarebbe del tutto immobilizzato.

La *ratio* della clausola di rotatività risiede in questo caso nel fatto di consentire al creditore, alla scadenza del proprio credito, di poter esercitare pienamente i suoi diritti derivanti dal contratto di pegno. Così avviene che in un primo momento la garanzia è costituita da beni impignorabili, con il grande vantaggio di evitare di immobilizzare nuove risorse che possono essere messe a frutto. Le scorte possono essere oggetto dal momento della costituzione della garanzia fino al giorno della scadenza. Il giorno della scadenza, qualora il debitore effettui correttamente la prestazione dovuta, si verificherà l'estinzione dell'intera fattispecie, (cioè l'obbligazione garantita da pegno). Qualora, il giorno della scadenza il debitore risulti inadempiente, il bene garantito muterà grazie alla clausola di rotatività e si trasferirà, ad esempio, sulle scorte commerciali dell'operatore che risultano essere in libera vendita.

In tal modo, per tutta la prima fase i beni dati in garanzia sono dei beni impignorabili. La prima parte dell'operazione negoziale si caratterizza per il fatto di avere una durata prestabilita; infatti, le parti che stipulano un contratto di finanziamento garantito da pegno stabiliscono esattamente il termine iniziale ed il termine finale, allo scadere del quale deve avvenire l'adempimento consistente nella completa restituzione del capitale, degli interessi pattuiti e nella restituzione o comunque nella liberazione del bene concesso in garanzia. Questa prima fase normalmente è la più lunga dell'operazione negoziale poiché è quella in cui il debitore utilizza il denaro che riceve in prestito ed ha a disposizione del tempo per organizzare il proprio lavoro, ad esempio raccogliendo le risorse necessarie e producendo nuova ricchezza, in modo da poter adempiere alla propria obbligazione restitutoria.

Inoltre, quando l'obbligazione viene tempestivamente adempiuta dal debitore, la fattispecie si estingue; in tal modo, solo in caso di inadempimento si apre una seconda fase della vicenda negoziale, in cui il creditore attende o attivamente pretende la restituzione di quanto gli è dovuto.

Questa seconda fase è caratterizzata dalla maturazione degli interessi moratori che determinano un aggravamento della posizione debitoria.

Tale aggravamento mira a ristorare il creditore dal ritardo che subisce ma allo stesso tempo determina anche una pressione sul debitore che per una pluralità di ragioni è portato a limitare il ritardo nell'adempimento quanto più possibile da un lato per evitare un ulteriore maggior aggravio e dall'altro per evitare discredito nel modo degli affari.

Per tali ragioni, la c.d. seconda fase nella fattispecie "obbligazione garantita da pegno", almeno nelle ipotesi fisiologiche, oltre ad essere eventuale è normalmente più breve per la sua stessa ontologia.

Il confronto tra la presumibile durata della prima e della seconda fase dell'obbligazione garantita da pegno consente di evidenziare un altro elemento a favore della costituzione di garanzia su beni impignorabili.

Infatti, ancora una volta emerge come sia conveniente sfruttare, nel limite del possibile, tali beni impignorabili. Così, nell'ambito di una stessa fattispecie, emerge come grazie alla clausola di rotatività possano essere sfruttati, nell'ambito dello stesso contratto, prima dei beni impignorabili e poi dei beni pignorabili; emerge inoltre che i beni impignorabili sono sfruttati, dal debitore, più a lungo dei beni pignorabili; infine tale sfruttamento dei beni impignorabili avviene in maniera innovativa, consentendo di avere meno vincoli sul restante patrimonio di beni pignorabili.

Per tali ragioni, il finanziamento garantito da un pegno rotativo su bene impignorabile rappresenta una frontiera giuridico-economica di notevole interesse poiché consente al debitore di massimizzare lo sfruttamento dei suoi beni ed al creditore di accedere ad una forma di garanzia nuova ed allo stesso tempo "sicura", poiché presenta lo stesso grado di soddisfazione di una garanzia "tradizionale" su un bene pignorabile, grazie a questo innovativo impiego della clausola di rotatività.

§2.2.2 La natura deperibile del bene e la conservazione del prodotto

Dopo aver spiegato quale sia l'interesse delle parti alla stipulazione di una garanzia su un bene impignorabile, il secondo punto da chiarire riguarda un aspetto pratico, di primaria importanza, consistente nel comprendere come sia possibile costituire un pegno rotativo sulle scorte impignorabili.

Infatti, da un punto di vista pratico, è necessario soffermarsi sulla natura deperibile del petrolio e dei prodotti petroliferi e sulle modalità di conservazione delle scorte.

In primo luogo bisogna considerare che il petrolio è un bene deperibile e qualora divenga "fuori specifica" non ha valore economico¹⁷⁸. Infatti può accadere che il prodotto destinato alla vendita risulti avariato e di conseguenza invendibile. In tal caso, pur trattandosi di bene pignorabile, tale qualità giuridica non è utile al creditore; si pensi ad un pegno costituito su petrolio che, nella seconda fase della fattispecie "obbligazione garantita da pegno", ossia al momento dell'escussione della garanzia, si trovi di fronte a del prodotto avariato e di conseguenza non vendibile.

Per tale ragione si può verificare la qualità del prodotto sia quando ancora è oggetto di scorta sia successivamente al fine di monitorarne la qualità.

Infatti qualora il petrolio sia fuori specifica o presenti degli indici che suggeriscano il suo rapido deterioramento, il creditore potrebbe chiederne la sostituzione proprio in virtù della clausola di rotatività che potrebbe svolgere altresì questa funzione protettiva del creditore.

Inoltre, la disciplina del pegno contempla solo un riferimento ad una cosa fruttifera; tuttavia il creditore non ha sicuramente interesse ad accettare in pegno beni facilmente deteriorabili; così come non ha interesse verso altre specifiche categorie di beni che presentano delle peculiarità come nel caso dei beni consumabili o beni a rapida obsolescenza.

Nel caso di specie, il potere del creditore di chiedere la sostituzione del petrolio potrebbe avvenire sia quando lo stesso sia ancora una scorta (e sia già fuori dallo standard tecnico) che quando ancora i valori rientrino nello standard ma vi sia il prevedibile rischio che non sia così molto più a lungo.

¹⁷⁸ Salvo che non venga ricondizionato ossia, ove possibile e non eccessivamente costoso, venga sottoposto ad un processo di lavorazione che gli consenta di rispettare le specifiche di vendita, ad esempio attraverso l'eliminazione dell'acqua che potrebbe essersi infiltrata nel serbatoio contaminando il prodotto.

Diverso è il problema del perimento del bene quando non è più una scorta e non opera più la rotatività: tuttavia, tale opzione deve essere affrontata secondo le regole generali ritenute applicabili al pegno.

In generale si può dire che il legislatore non indica quali siano le cause di estinzione del diritto, al contrario di quanto avviene per l'ipoteca ad opera dell'articolo 2878 c.c.. Per quanto riguarda specificamente l'estinzione del diritto per il perimento della cosa da un lato si potrebbe ritenere che si tratti di un' ipotesi autonoma e dall' altro che si tratti di un caso rientrante nella perdita del possesso¹⁷⁹.

Tanto premesso sulle scorte e sulla possibilità di costituirvi un pegno, si può riportare l'esperienza di una nota compagnia petrolifera operante in Italia rispetto alle modalità di costituzione e conservazione delle scorte.

Tale esperienza indica che le scorte sono distribuite nei vari depositi presenti sul territorio e sono materialmente nei serbatoi dove viene stoccato anche il prodotto destinato alla vendita¹⁸⁰.

In effetti, la direttiva 119/2009/CE contempla espressamente la possibilità di conservare congiuntamente il prodotto da vendere e quello da conservare come scorta, anche al fine di agevolare tale gravoso adempimento. Peraltro, la possibilità per ciascuno Stato membro di detenere le scorte anche in altri paesi europei ha la medesima finalità di agevolare l'adempimento della direttiva poiché l'obbligo europeo da un lato riguarda tutti i paesi membri (anche quelli con un territorio poco esteso) e dall'altro ha ad oggetto grandi quantità di prodotti petroliferi.

In effetti, le difficoltà relative alla collocazione sono reali tanto da essere state segnalate dalle associazioni di categoria e tanto che alcuni Stati, come il Lussemburgo, hanno stipulato dei contratti per lo stoccaggio all'estero.

Nella pratica ogni serbatoio viene idealmente suddiviso in più livelli; il livello di prodotto che si trova in superficie, viene detto "esitabile"; l'ultimo livello, presente sul fondo, viene detto "non esitabile" proprio perché destinato a scorta.

¹⁷⁹ Con conseguente applicazione analogica degli articoli 2742c.c. e 2743c.c.

¹⁸⁰ La possibilità di stoccare insieme sia prodotto commerciale che scorte specifiche e commerciali è espressamente contemplata sia dalla direttiva che la decreto attuativo; in particolare, sia nella fase dei lavori preparatori che in quella riguardante l'attuazione con fonti secondarie del decreto legislativo viene presa in considerazione l'esigenza delle piccole compagnie petrolifere e della particolare gravosità dell'obbligo loro imposto. Tale esigenza è stata segnalata dall'UIP (Unione italiana petroli), nonché da altri organismi di categoria che hanno partecipato, in sede consultiva, ai lavori di attuazione della direttiva.

La compagnia petrolifera provvede quotidianamente a dei controlli sui singoli serbatoi per verificare la qualità e la quantità del prodotto.

La qualità del prodotto viene garantita dalla movimentazione continua dello stesso in ogni serbatoio tanto che ogni giorno vi sono operazioni di scarico e successivo carico cosicché il prodotto non esitabile si miscela con quello introdotto *ex novo* garantendo il mantenimento delle specifiche tecniche (che vengono in ogni caso di continuo monitorate).

La quantità del prodotto viene calcolata sia a livello matematico che attraverso le verifiche di livello nel serbatoio. Qualora sia necessario ricorrere all'uso di una parte della riserva non esitabile per un'esigenza contingente (ad esempio maggiore domanda di vendita rispetto alla media giornaliera) è necessario ricorrere all'acquisto dei c.d. ticket¹⁸¹ con un partner europeo.

Il ticket acquistato garantisce la presenza di una determinata quantità di prodotto nel serbatoio del venditore utile a "ricostituire" virtualmente la scorta temporaneamente mancante. Si noti, tuttavia, l'acquisto di un ticket garantisce che la quantità di prodotto ivi indicata sia materialmente presente nel deposito cui il ticket si riferisce. In altri termini, qualora un operatore italiano acquisti un ticket da un operatore spagnolo, quest'ultimo deve garantire il mantenimento di quel prodotto per il tempo indicato nel ticket, vincolando a titolo di scorta, una quantità di prodotto maggiore rispetto a quella richiesta dalla legge attuativa del suo paese, poiché detiene temporaneamente, per conto dell'operatore italiano, una parte di prodotto che costituisce "scorta italiana detenuta temporaneamente in Spagna".

In conclusione si noti che anche nel caso di specie, - per quanto le scorte non siano stoccate in maniera del tutto separata, poiché sono contenute in un serbatoio con altro prodotto destinato alla vendita, - sia configurabile un pegno rotativo sulle scorte.

Infatti, da un punto di vista giuridico quando il pegno ha ad oggetto dei beni depositati alla rinfusa¹⁸², il pegno si intende costituito sul diritto alla restituzione del quantitativo di merce della stessa specie e qualità¹⁸³.

¹⁸¹ Per degli approfondimenti sul c.d. mercato dei ticket, si veda il capitolo II.

¹⁸² Tuttavia questo aspetto sarà oggetto di ulteriore approfondimento, in particolare sotto il profilo che possa configurarsi un pegno sul valore più che un pegno sulle merci.

¹⁸³ GABRIELLI E., Rotatività della garanzia, in Digesto IV Discipline privatistiche Sezione civile, volume XVIII, Torino 1998 che a sua volta richiama RESCIGNO M., Titoli rappresentativi e circolazione delle merci, in Il diritto della banca e della borsa. Studi e dibattiti n.18, Milano 1992 pagine 183 e seguenti

Invece, da un punto di vista operativo il prodotto sul fondo del serbatoio che costituisce scorta e viene dato in pegno muta quotidianamente, compatibilmente con la clausola di rotatività; nel momento in cui scade l'obbligazione si può ipotizzare di identificare chiaramente il prodotto (ad esempio isolandolo in un apposito serbatoio o altro contenente) oppure attraverso una "*fictioiuris*" si crea un ulteriore livello di prodotto non esitabile che rappresenta il pegno a favore del creditore, all'interno dello stesso serbatoio che contiene le scorte.

In tal modo viene soddisfatta la realtà del diritto di pegno e non vengono pregiudicate le scorte indisponibili.

§3.1 Il modello originario della legge 401/1985

Il primo riferimento normativo che risulta utile ai fini dell'approfondimento dell'analisi del "pegno sulle scorte di petrolio" è la legge 24 luglio 1985 n.401, relativa al pegno sulle merci in lavorazione¹⁸⁴.

La legge riguardante il pegno su merci in lavorazione, nota anche come legge Borri, è piuttosto risalente nel tempo ma risulta particolarmente attuale, anche alla luce della recente novella legislativa¹⁸⁵ che ha introdotto una nuova fattispecie denominata "pegno mobiliare non possessorio". L'attualità e la lungimiranza del legislatore degli anni ottanta può essere apprezzata alla luce dei lavori preparatori della legge stessa¹⁸⁶.

In particolare, oltre ad una lucida analisi economica del settore, viene effettuata un'altrettanto pregevole analisi giuridica sulle ragioni per cui il finanziamento in conto corrente non è uno strumento soddisfacente¹⁸⁷ e l'anticipazione bancaria sul pegno di merci non è praticabile¹⁸⁸.

ove si fa riferimento ai titoli rappresentativi dei merci ed al deposito alla rinfusa di beni dai caratteri omogenei tra cui viene citato altresì il petrolio.

¹⁸⁴ I principali riferimenti si trovano in COSTANTINO G.-JANNARELLIA, nel *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401* in riv. *Le nuove leggi civili commentate*, 1986, p. 546; FONTANA, Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 luglio 1985 n.401, in *Quadrimestre*, 1991 p.60; nonché in tutti gli scritti di Gabrielli già citati.

¹⁸⁵ D.l. 3 maggio 2016 n. 59 convertito in legge "Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione", contenente un' innovativa disciplina riguardante una particolare forma di pegno non possessorio riservata ad alcuni imprenditori.

¹⁸⁶ Atti parlamentari, IX legislatura, n. 524, Camera dei Deputati, proposta di legge "Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata", presentata il 22 settembre 1983.

¹⁸⁷ Atti parlamentari, IX legislatura, n. 524, Camera dei Deputati, proposta di legge "Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata", presentata il 22 settembre 1983 ,

Per tale ragione viene introdotta una disposizione che consente di poter stipulare un contratto di pegno senza consegnare la merce al creditore.

Si tratta di una forma di pegno senza spossessamento¹⁸⁹ che riguarda la lavorazione della carne di maiale fino a trasformarla in prosciutto a denominazione di origine controllata.

Le principali caratteristiche dell'innovativa fattispecie sono: la mancanza dello spossessamento, l'iscrizione del bene oggetto del pegno in appositi registri, le modalità di individuazione del bene oggetto del vincolo, il momento in cui si origina la garanzia e la particolare natura del bene oggetto della stessa¹⁹⁰.

La base normativa del patto di rotatività si deduce dal combinato disposto dell'articolo 1 comma 1¹⁹¹ e dell' 3 comma 1¹⁹²: per quanto dalla formulazione legislativa non emerga in maniera particolarmente esplicita tale patto, non vi è dubbio che si tratti di una garanzia rotativa¹⁹³.

Il patto di rotatività consente di sostituire il bene oggetto di garanzia durante lo svolgimento del rapporto contrattuale, senza che tale mutamento produca un effetto novativo sull'obbligazione originaria.

pagina 2 , colonna 1:“Infatti, trattandosi, come si è già detto, di un vero e proprio immobilizzo dei capitali per un periodo minimo di 9-12mesi,il finanziamento in conto corrente è ritenuto dalla banca poco remunerativo e comunque pone il problema delle garanzie”

¹⁸⁸ Atti parlamentari, IX legislatura, n. 524, Camera dei Deputati, proposta di legge “Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata”, presentata il 22 settembre 1983 pagina 2 colonna 2:“D’altro canto,in base alla vigente normativa ed alla giurisprudenza fin qui formata in materia,non è facilmente praticabile la via dell’anticipazione bancaria su pegno di merci di cui all’articolo 1846 e seguenti del codice civile, in quanto il prosciutto è un prodotto che,per i metodi di lavorazione, non si presta ad essere costituito in pegno:il produttore,infatti, non può spossessarsi del prosciutto, consegnandolo ad un creditore o ad un terzo, perché le stesse norme che regolano la produzione esigono un costante rapporto tra impresa e prodotti fino al compimento della stagionatura”

¹⁸⁹ Anche se alcuni autori ritengono che lo spossessamento venga realizzato grazie alla nomina , da parte del creditore, di un dipendente dell’ azienda quale custode che riceve l’incarico di annotare in un registro tutte le operazioni (ad esempio carico e scarico) che avvengono sulla merce. Sul punto GALGANO F., Trattato di diritto civile, volume terzo, Padova, 2010, p. 341 .

¹⁹⁰ Per approfondimenti su ciascuna delle presenti caratteristiche si rinvia a GABRIELLI E., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990 p. 17 e ss.

¹⁹¹ “Il pegno sui prosciutti a denominazione d'origine tutelata può essere costituito dagli operatori qualificati come produttori dalle leggi sulla tutela della denominazione d'origine o dai relativi regolamenti di esecuzione, oltre che con le modalità previste dall'articolo 2786 del codice civile, con l'apposizione sulla coscia a cura del creditore pignoratorio, in qualunque fase della lavorazione, di uno speciale contrassegno indelebile e con la contestuale annotazione su appositi registri vidimati annualmente.”

¹⁹² “In caso di vendita dei prosciutti sottoposti a pegno ai sensi della presente legge, non può essere eseguita la tradizione al compratore se prima non sia stato soddisfatto il creditore pignoratorio, o senza il suo consenso che deve risultare da annotazione sui registri di cui all'articolo 1.”

¹⁹³ Come confermato dalla letteratura sul tema, ad esempio da GABRIELLI E., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990 p. 17 e ss.

Infatti, per quanto non sia espressamente indicato nella legge 401/1985, non v'è dubbio che la sostituzione del bene non incida in alcun modo sulla garanzia, nel senso che la prelazione del creditore pignoratizio decorre sempre a far data dalla stipulazione del contratto di pegno.

Inoltre, il patto di rotatività può essere immaginato in due modi differenti¹⁹⁴.

Il primo consiste nella sostituzione del bene oggetto di garanzia dopo la vendita del prodotto finito: in altri termini, il pegno viene apposto sulla coscia suina e perdura fino alla trasformazione di quella coscia in un prosciutto; una volta ottenuto il prosciutto, se l'obbligazione non è ancora scaduta, il pegno si trasferisce automaticamente su una nuova coscia suina, cioè su un bene che si trova in una fase precedente di lavorazione rispetto al prodotto finito.

In alternativa, la seconda configurazione del patto di rotatività prevede che il vincolo apposto sulla coscia, come nel primo caso, “segua” il bene nella sua lavorazione fino a trasformarsi in un prosciutto; a questo punto, il vincolo si trasferisce automaticamente e definitivamente sul prodotto finito.

In altri termini, secondo questa opinione¹⁹⁵ la rotatività cessa di operare non appena il bene termina il suo ciclo di lavorazione divenendo un prosciutto di origine tutelata, con la conseguenza che il creditore pignoratizio consegue la sua garanzia sul bene trasformato, sul quale potrà rivalersi in caso di inadempimento del debitore alla scadenza dell'obbligazione.

In ogni caso, grazie all'accordo tra le parti che fin dalla stipulazione del contratto di pegno prevedono il patto di rotatività, la sola annotazione nel registro da parte del custode comporta il trasferimento della garanzia dal bene venduto ad un altro ancora in fase di lavorazione (o dalla coscia al prodotto finito).

La disciplina sul pegno non possessorio sui prosciutti, nonostante sia una normativa molto settoriale, risulta essere molto utilizzata nella prassi. Così, alcuni primari istituti di

¹⁹⁴ Tale ricostruzione appare avvalorata da PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999 p. 98 “Le questioni sollevate dal patto di rotatività della garanzia sui beni produttivi appaiono inoltre differenti a seconda che sia convenuto il prolungamento del vincolo sui prodotti finiti o la sua continuazione sulle materie prime da impiegare nel processo produttivo”.

¹⁹⁵ GABRIELLI E., Rotatività della garanzia, in *Digesto IV Discipline privatistiche Sezione civile*, volume XVIII, Torino 1998, testualmente dice che: “Nella fattispecie, infatti, il vincolo, originariamente imposto sulla “coscia fresca suina”, segue il bene oggetto del processo di trasformazione, durante le successive fasi della lavorazione, fino a trasferirsi automaticamente e definitivamente sul prodotto finale, cioè sui prosciutti a denominazione di origine controllata: il vincolo di garanzia permane, pertanto, indipendentemente dal mutamento dell'oggetto materiale della garanzia.”

credito offrono dei contratti *ad hoc*, come ad esempio l'apertura di credito in conto corrente garantita da pegno merci su prodotti agroalimentari¹⁹⁶.

Il pegno sulle merci in lavorazione, espressamente previsto per i prosciutti di origine controllata, si è diffuso nella prassi commerciale anche rispetto ad altri beni di origine agro-alimentare, dando luogo a forme di pegno rotativo convenzionale.

Inoltre, si può altresì ricordare la disciplina sui prodotti lattiero-caseari dettata dall'articolo 7¹⁹⁷ della legge 27 marzo 2001 n.122.

Tanto premesso sul quadro normativo in materia di pegno riguardante le merci in lavorazione, è interessante notare come durante i mesi di lavorazione, la materia prima oggetto di pegno è di fatto indisponibile.

Infatti, da un lato la *ratio* della disciplina è quella di consentire al debitore di procurarsi liquidità da impiegare nell'attività imprenditoriale, senza immobilizzare il patrimonio aziendale e proseguendo la lavorazione.

Dall'altro, il creditore non ha interesse ad interferire sul processo di lavorazione, azionando un processo esecutivo sulla materia prima: infatti, al termine della lavorazione, il prodotto finito avrà un valore superiore e sarà più appetibile per il mercato¹⁹⁸.

Per quanto il diritto di prelazione sia maturato dal creditore sul bene dato in pegno (che nel caso di specie è sempre la carne oggetto di lavorazione) ed egli possa agire solo dopo la scadenza dell'obbligazione, al termine del processo produttivo il prosciutto presenta un valore sicuramente superiore rispetto a quello della carne e ciò rappresenta, seppure indirettamente, anche per il creditore una maggiore *chance* di essere soddisfatto.

¹⁹⁶ Cfr. il foglio illustrativo, aggiornato al 1 luglio 2016, di Monte dei Paschi di Siena spa oppure il foglio illustrativo "Conto corrente anticipo merci: formaggio e prosciutto" di Credito Emiliano spa.

¹⁹⁷ Art. 7 (Applicazione della legge 24 luglio 1985, n. 401, ad altri prodotti agricoli: 1. Il pegno sui prodotti lattiero-caseari a denominazione di origine a lunga stagionatura può essere costituito dai produttori che adempiono alle condizioni previste per la immissione in consumo di tali prodotti, oltre che con le modalità previste dall'articolo 2786 del codice civile, nella forma e con le modalità previste dalla legge 24 luglio 1985, n. 401. 2. Il contrassegno e le relative modalità di applicazione, nonché le disposizioni concernenti i registri e la loro tenuta, sono stabiliti con decreto dei Ministri dell'industria, del commercio e dell'artigianato e delle politiche agricole e forestali, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. 3. Fermo quanto previsto dalla legge 10 aprile 1954, n. 125, e dal decreto del Presidente della Repubblica 3 agosto 1955, n. 667, il pegno costituito ai sensi del comma 1 e' disciplinato dalle disposizioni della legge 24 luglio 1985, n. 401.

¹⁹⁸ Anche se, nonostante ciò, l'articolo 6 comma 1 e 2 prevedono la possibilità della vendita anticipata: "Nella ipotesi di cui all'articolo 2795 del codice civile, la richiesta di vendita anticipata può essere presentata sia dal debitore che dal creditore." Comma 2: "La vendita anticipata può comunque essere effettuata senza necessità di autorizzazione giudiziaria in caso di consenso scritto delle parti"

Questa considerazione è una chiara esemplificazione del concetto dottrinale di pegno di valore¹⁹⁹. Infatti l'esempio rende evidente come sia più importante per il creditore l'utilità economica finale dell'oggetto più che l'oggetto stesso.

Peraltro, la legge pone diverse garanzie a tutela del creditore come la possibilità di controllare la lavorazione dei prosciutti attraverso anche il prelievo di campioni (articolo 2) e la possibilità di richiedere il sequestro degli stessi (articolo 5).

Il pegno rotativo su prodotti alimentari (e nello specifico sui prosciutti), è particolarmente utile come termine di comparazione rispetto ad altri casi.

Infatti, da un lato la materialità dell'oggetto costituito in pegno aiuta a comprendere il meccanismo su cui si basa il patto di rotatività e dall'altro l'indisponibilità di fatto della materia prima fino alla fine della lavorazione è un elemento significativo ai fini del prosieguo del ragionamento.

Per tali ragioni la disciplina sul pegno di merci in lavorazione appare, almeno in prima battuta, il miglior punto di partenza per argomentare sul tema della costituzione di un pegno sulle scorte di petrolio.

§3.2.1 Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: introduzione

L'elaborazione giuridica sul pegno rotativo sulle scorte di petrolio necessita il ricorso al ragionamento analogico, integrato da due principi fondamentali dell'ordinamento, quali il principio di libertà contrattuale ed il principio della causa in concreto.

Le scorte di petrolio²⁰⁰ presentano due caratteristiche salienti.

La prima è una caratteristica tecnica, ossia il fatto che il prodotto non può essere stoccato per un periodo di tempo troppo lungo senza perdere le sue qualità e quindi il suo rendimento nel momento in cui viene impiegato. Di conseguenza, il prodotto stoccato dopo un certo periodo viene destinato alla vendita e deve essere regolarmente sostituito da nuovo prodotto con identiche caratteristiche.

¹⁹⁹ Il concetto di "pegno di valore" e "riserva di utilità" è stato coniato da Gabrielli nei suoi primi scritti sul tema; tuttavia tali espressioni sono state riprese, ulteriormente elaborate ed ampliate nei successivi scritti e da ultimo in GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichelli, Torino 2015, in particolare nella parte I, II e III.

²⁰⁰ Per semplicità si userà l'espressione scorte e ci si riferirà al petrolio; tuttavia il ragionamento può essere riferito a tutti i prodotti petroliferi ed energetici richiamati dal d.lgs. 249/2012.

La necessità di sostituire il prodotto, per evitare di renderlo inutilizzabile a causa dell'eccessivo tempo di stasi dello stesso, richiama subito alla mente uno dei caratteri fondamentali del patto di rotatività: la sostituzione del bene costituito in garanzia.

La seconda caratteristica delle scorte è di tipo giuridico ed è costituita dall'impignorabilità ed indisponibilità delle stesse.

§3.2.2 Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: struttura

Nonostante l'impignorabilità e l'indisponibilità delle scorte, consistente nel divieto di apporre ostacoli e gravami che possano comprometterne la disponibilità, si è visto come sia possibile costituire un pegno su un bene con tali caratteristiche.

Infatti, tra gli argomenti a favore della costituzione di un pegno su un bene impignorabile, nel caso di specie l'argomento più significativo appare proprio la possibilità di creare un pegno rotativo.

Infatti per quanto le scorte siano giuridicamente "intangibili"²⁰¹, sono costituite da un bene che non solo può essere sostituito ma addirittura necessita di essere sostituito per essere utilizzabile sul mercato.

Si tratta dello stesso schema giuridico del pegno sulle merci in lavorazione ove il bene originariamente costituito in pegno viene destinato al mercato al fine di trarne profitto e viene sostituito da un nuovo prodotto ancora da lavorare.

In questo caso, tuttavia, il prodotto non viene trasformato poiché non si tratta di una merce in lavorazione. La ragione della sostituzione è differente ma trova ugualmente una giustificazione, consistente in una caratteristica giuridica del bene.

Inoltre, l'intera operazione trova una propria ragione economica, come si vedrà nel paragrafo successivo.

Al contrario, una delle differenze è data dal fatto che le scorte di petrolio, durante il periodo di costituzione in pegno, non possono essere utilizzate neppure qualora vi sia il consenso di entrambe le parti; per la stessa ragione non possono essere anticipatamente vendute (e neppure sequestrate dal creditore).

²⁰¹ Con tale espressione si vuole esprimere l'impignorabilità delle scorte ed il divieto di apporre ostacoli e gravami di qualsiasi natura che possano compromettere la disponibilità delle scorte.

Tuttavia, questa caratteristica “aggiuntiva” delle scorte di petrolio (l’intangibilità) rispetto alle merci in lavorazione (che non sono intangibili) non inficia in alcun modo il ragionamento e non incide sulla possibilità di costituire un pegno rotativo.

Infatti, per quanto riguarda il rapporto tra creditore pignoratorio e debitore, la situazione è identica in entrambi i casi: così come il creditore garantito da pegno di prosciutto non può agire prima della scadenza del suo credito, allo stesso modo il creditore pignoratorio delle scorte petrolifere non può agire sulle stesse prima della scadenza del contratto di garanzia.

Tuttavia, nel primo caso ciò risulta essere vietato dall’ articolo 2795 c.c. che espressamente prevede il divieto di vendita anticipata del bene (*rectius* consente la vendita anticipata soltanto al ricorrere di circostanze eccezionali e solo a fronte dell’autorizzazione del giudice); nel secondo caso, anche se al momento non esiste una disposizione analoga, potrebbe esserci un accordo tra le parti che vieti o limiti la vendita anticipata; in ogni caso visto il regime giuridico a cui sono sottoposte le scorte, di conseguenza, sicuramente non possono essere vendute anticipatamente.

Per quanto riguarda il regime giuridico delle scorte ed in particolare il profilo dell’impignorabilità si potrebbe opinare che esse siano impignorabili solo per i terzi, cioè per coloro che siano totalmente estranei rispetto al proprietario delle stesse.

Infatti, da un lato, è vero che la legge 249/2012 non qualifica espressamente l’impignorabilità delle scorte come “relativa” o non distingue espressamente tra terzi per cui le scorte sono pignorabili e terzi per cui non lo sono.

Dall’ altro lato, però, non è previsto un divieto di costituire garanzie reali.

Per tale ragione, se non è vietato costituire garanzie reali o personali sulle scorte, qualora venga stipulato un contratto tipico di garanzia, allora il creditore pignoratorio avrà, secondo i tempi e le condizioni di legge, il diritto di soddisfarsi sul bene oggetto della garanzia.

In altri termini si potrebbe esemplificare la situazione nel senso che, qualora il creditore pignoratorio delle scorte resti insoddisfatto, potrà soddisfarsi sui beni oggetto del pegno, anche qualora gli stessi siano impignorabili. In tal modo l’impignorabilità delle scorte non vale per un soggetto che è parte di un contratto che ha ad oggetto le stesse e non può essere considerato alla stregua di un qualunque terzo, come se fosse un “*quisque de populo*”.

Peraltro, come si vedrà in seguito, questa strada è stata talvolta perseguita a livello europeo, anche se attraverso una disposizione esplicita²⁰².

Tale interpretazione, per quanto possa apparire “debole” in quanto non supportata da un dato normativo espresso, non è l’unica che consente di ipotizzare il pegno rotativo sulle scorte impignorabili.

Infatti, il patto di rotatività può essere valorizzato come patto che consenta di spostare la garanzia da un bene impignorabile ad un bene pignorabile.

In quest’ottica, come sopra accennato, nel confronto con il pegno rotativo su merci in lavorazione, la *ratio* della rotazione risiede nel consentire al creditore, alla scadenza della garanzia, di accedere alla possibilità di agire sui beni, in caso di inadempimento del debitore.

Più nel dettaglio, il pegno rotativo ha ad oggetto un determinato valore e deve essere costituito sulla quantità di scorte d’emergenza pari al valore oggetto del pegno al momento della costituzione della garanzia. Così nel caso il valore del pegno da costituire sia pari a 3 milioni di euro, nel giorno in cui si stipula il contratto, si determinerà quante tonnellate in quel momento possono essere acquistate sul mercato con quell’importo. Il pegno si costituirà su tante tonnellate di scorte, quante in quel giorno ne possono essere acquistate con l’importo garantito. Dal giorno della stipulazione del contratto, per un certo periodo di tempo determinato dal contratto, il pegno insisterà sulle scorte di sicurezza, con periodici aggiornamenti della quantità garantita, in relazione al valore del petrolio e senza necessità di indicare precisamente quale sia il petrolio oggetto di pegno. Nel momento in cui si avvicina la scadenza del contratto, cioè la fine della garanzia, si deve nuovamente aggiornare il rapporto valore garantito/quantità impegnata; infatti, a questo punto è necessario “traslare” il pegno dalle scorte di sicurezza alle scorte commerciali. La convenienza di una simile operazione sarà meglio analizzata in seguito, nel paragrafo dedicato a tale profilo.

Infine vi sono altre disposizioni della legge 401/1985 che sono previste a tutela del creditore e che potrebbero essere introdotte attraverso clausole contrattuali nel contratto di pegno sulle scorte. Si pensi ad esempio alla possibilità di prelevare campioni per verificare la qualità del processo di lavorazione della carne.

²⁰² Cfr. §Belgio

Nel caso delle scorte petrolifere, il prodotto non è soggetto ad alcun tipo di lavorazione durante la fase di deposito; tuttavia, anche in questo caso si può prevedere siffatta facoltà ad esempio per verificare la qualità del prodotto stoccato ed il mantenimento delle sue caratteristiche nel corso del tempo²⁰³.

Naturalmente nel caso in cui risultasse deteriorato non si può certo chiederne il sequestro poiché significherebbe apporre un vincolo sul bene intangibile.

Tuttavia si deve ritenere che al creditore non interessi particolarmente la qualità del prodotto ma solo che il denaro derivante dalla sua vendita sia sufficiente a garantire l'eventuale inadempimento del creditore fino a soddisfazione dell'obbligazione precedentemente contratta.

Peraltro, un conto è un prodotto alimentare, la cui qualità può essere facilmente apprezzata dall'acquirente; un altro è un prodotto petrolifero che, per quanto debba rispettare determinanti standard per essere venduto, la sua qualità non influenza il prezzo di vendita come al contrario può avvenire per un prodotto alimentare.

Per tale ragione, si tratta di pegno sulla quantità di prodotto corrispondente al valore del credito garantito e non direttamente di pegno su una determinata quantità di petrolio.

Tale precisazione da un lato consente di eliminare (almeno in parte) gli inconvenienti derivanti dalla variabilità del prezzo della materia prima sul mercato; dall'altro, invece, in tal modo non deve essere precisamente identificato il prodotto (con tutte le difficoltà che ne determinerebbero) e quindi si possono tralasciare anche tutti i problemi derivanti dal deterioramento del bene concesso in garanzia.

§3.2.3 Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: clausola di rotatività

A questo punto si può soffermare l'attenzione sulla clausola di rotatività ed in particolare sui caratteri della clausola di rotatività convenzionale e sulla compatibilità della clausola di rotatività ed il petrolio.

Le clausole di rotatività convenzionali sono conosciute dal nostro ordinamento e sono state indagate da una parte della dottrina e della giurisprudenza.

Gli elementi presi in considerazione nel modello della rotatività convenzionale dalla dottrina riguardano la formulazione ed il contenuto della clausola ed il meccanismo e gli

²⁰³ Tanto più che in ogni caso le società petrolifere già procedono quotidianamente a verifiche sul prodotto depositato.

effetti della sostituzione del bene, in particolare in relazione alle condizioni di efficacia della prelazione, lo spossessamento e l'opponibilità ai terzi.

In primo luogo deve essere analizzato il profilo della sostituzione dell'oggetto: la sostituzione dell'oggetto deve garantire il mantenimento del pegno originario ed impedire che si verifichi una novazione dal momento che ciò vanificherebbe il diritto di prelazione e comprometterebbe l'intera operazione economica a cui è volta la garanzia rotativa.

Infatti, solo nel caso in cui si mantiene l'originaria garanzia si costituisce una garanzia rotativa, poiché si costituisce un vero e proprio diritto reale di garanzia tipico, connotato dal fatto che il bene oggetto della garanzia varierà nel corso del tempo, così come stabilito fin dall'origine nel contratto.

Da una rapida ricognizione delle disposizioni del codice civile, si possono individuare delle disposizioni che, seppur indirettamente, ne trattano o perlomeno la presuppongono. Infatti, si possono ricordare le disposizioni del codice civile che enucleano ipotesi particolari in cui è possibile procedere alla surrogazione; si tratta dell'articolo 2742 c.c. rubricato "Surrogazione dell'indennità alla cosa", che prevede la sostituzione del bene dato in pegno, che sia perito o deteriorato, con un'indennità²⁰⁴; e dell'articolo 2803 c.c. "Riscossione del credito dato in pegno" da cui si può ricavare che il pegno si trasferisce dal bene a quanto ricavato in denaro²⁰⁵.

Come si deduce dall'articolo 2787 comma 3 c.c.²⁰⁶ l'accordo di rotatività convenzionale necessita di un atto scritto ove venga sufficientemente identificato il bene oggetto di sostituzione²⁰⁷; inoltre, devono essere rispettate talune formalità ai sensi dell'articolo

²⁰⁴ Il riferimento a questo articolo del codice civile è criticato da PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999 P. 77 e seguenti nella misura in cui ritiene che sull'articolo 2742 c.c. vi siano dei dubbi interpretativi ed in particolare che la surrogazione dell'indennità alla cosa sia in contraddizione con la permanenza del vincolo originario. In particolare, l'Autore patrocinia l'interpretazione secondo cui vi è prosecuzione del vincolo solo quando viene ripristinata la cosa perita; nei casi in cui viene attribuita l'indennità si estingue il rapporto originario ma permane l'originario diritto di prelazione.

²⁰⁵ Per degli approfondimenti sull'interpretazione di questo articolo, in particolare in relazione al pegno di crediti, si veda in particolare PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999 Pagine 80-86

²⁰⁶ L'articolo 2787 c.3, rubricato "Prelazione del creditore pignoratorio" recita: "Quando il credito garantito eccede la somma di euro 2,58, la prelazione non ha luogo se il pegno non risulta da scrittura con data certa, la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa."

²⁰⁷ Tale circostanza è altresì confermata dalla giurisprudenza, sia dalla più risalente (Cass. 9 agosto 1983 n. 5334 in riv. *Dir. Fall.*, 1983, II, 1113; App. Milano 11 luglio 1994, in riv. *Banca borsa*, 1996, II, 63; Tribunale di Genova, 30 maggio 1997, in riv. *Banca, borsa e tit. di credito*, 1998, II, p.578) che da

2800 c.c.²⁰⁸, per evitare frodi ai danni dei creditori, perpetrate attraverso delle sostituzioni volte alla diminuzione del valore del bene.

Il contenuto del patto di rotatività²⁰⁹ può essere differente in base alle esigenze manifestate dalle parti ed al caso concreto.

Tuttavia, tutti i patti di rotatività, per definizione, devono contenere delle disposizioni che riguardino l'individuazione e la sostituzione del bene nel corso del rapporto.

In particolare, possono essere indicati i beni oggetto di sostituzione con l'eventuale rinvio ad una fonte esterna, oppure soltanto i criteri di individuazione dei beni oggetto della sostituzione.

In alcuni casi, la sostituzione del bene può avvenire grazie al solo intervento del creditore; in altri casi, la sostituzione avviene a cura del debitore o del terzo depositario dei beni oggetto di pegno.

Il tipico caso in cui la sostituzione spetta al creditore è il pegno di strumenti finanziari, ove da un lato, il creditore è di solito una banca, cioè un soggetto qualificato che ha delle ottime competenze nel settore finanziario, escludendo il rischio di pregiudizio per debitore pignoratizio; dall'altro, non sono necessarie specifiche infrastrutture per garantire la custodia dei beni.

Al contrario, il tipico caso in cui la sostituzione del bene non può essere assegnata al creditore è quella dei beni produttivi, in primo luogo per la necessità di custodirli in maniera appropriata e più in generale poiché è necessario un *know-how* che non appartiene al creditore. In tal caso, spetta al debitore effettuare la sostituzione; in ogni caso, chi opera la sostituzione deve farlo in modo da non arrecare pregiudizio a nessuna delle parti, inclusi i creditori chirografari.

quella più recente (Cassazione civile sez. III, 26 gennaio 2010 n. 1526 in Riv. notariato 2011, 1, 162; Cassazione civile sez. I, 01 luglio 2015 n. 13508 in Giustizia Civile Massimario 2015).

²⁰⁸ L'articolo 2800 c.c. "Condizioni della prelazione" recita: "Nel pegno di crediti la prelazione non ha luogo, se non quando il pegno risulta da atto scritto e la costituzione di esso è stata notificata al debitore del credito dato in pegno ovvero è stata da questo accettata con scrittura avente data certa".

²⁰⁹ GABRIELLI E., *Sulle garanzie rotative*, ESI, 1998, p.125: "Nella predisposizione del regolamento negoziale è infatti possibile, mediante apposita disciplina, indicare i beni o i titoli sui quali il pegno originariamente costituito potrà trasferirsi, prevedendo proprio in virtù del carattere programmatico e della struttura unitaria dell'operazione economica - le singole fasi mediante le quali l'operazione economica si modulerà e dispiegherà articolandosi nel tempo, nonché le *res* (bene, valore o diritto) oggetto della garanzia. A tal fine, nel regolamento del negozio costitutivo del pegno, quale sua parte integrante, potrà inserirsi uno specifico patto di rotatività della garanzia, il cui contenuto potrà essere variamente ricostruito e articolato, proprio in funzione del tipo di interessi sottesi all'operazione economica che si vuole realizzare."

Infatti, nel caso in cui il pegno rotativo insista su beni produttivi si può verificare il caso in cui la garanzia si trasli dalla materia prima al prodotto finito oppure dalla materia prima a nuove materie prime acquistate per la prosecuzione del ciclo produttivo.

Nel primo caso, per quanto possa essere difficile rapportare il valore della materia prima al valore del prodotto finito, si ritiene che, qualora sia stipulata una garanzia rotativa, non vi sia pregiudizio per i creditori chirografari perché consapevoli che un imprenditore ha delle spese, non esattamente predeterminabili, da sostenere per la produzione.

Nel secondo caso, quando il vincolo insiste sulle materie prime ed il loro costo aumenta nel corso del tempo, ci si potrebbe domandare se la garanzia rotativa debba cristallizzarsi sulla medesima quantità di materia prima o solo sulla quantità di materia prima pari al valore di quella iniziale.

La soluzione che meglio garantisce i creditori chirografari è quella di considerare non la quantità di materia prima oggetto di garanzia ma il suo valore²¹⁰.

In ogni caso la *ratio* comune a tutti i patti di rotatività è quella di spostare l'attenzione dall'individualità del singolo oggetto dato in pegno all'operazione negoziale.

Infatti, la variabilità dell'oggetto del pegno è funzionale a raggiungere un obiettivo preciso e tale variabilità deve essere predeterminata *ab origine*, per evitare, come già sottolineato, fenomeni elusivi.

A tal proposito è opportuno precisare che è necessario distinguere con attenzione una clausola di rotatività da un atto di autonomia privato che si auto-dichiara come rotativo, pur senza esserlo realmente. Si tratta di una questione interpretativa dove deve essere correttamente orientata l'attenzione dell'interprete.

Infatti, alcune clausole contrattuali, magari aggiunte a moduli e formulari, si dichiarano come rotative solo con la finalità di sottrarre un atto ad una possibile azione revocatoria. Tuttavia è un vero patto di rotatività solo quello in cui si rinviene il disegno di un'unica operazione economica e dove sono chiaramente predeterminate, anche se in maniera più o meno specifica, le sostituzioni dei beni a cui corrispondono i rispettivi passaggi della garanzia sui nuovi beni.

²¹⁰ Le considerazioni riguardanti la sostituzione dei beni ad opera del creditore e del debitore e le differenze segnalate nel caso di beni produttivi possono essere rinvenute in PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999 p. 100 e seguenti

Ben diverso è l'atto privato con cui si regola nel corso del tempo la costituzione di pegni successivi, con la produzione, di volta in volta, di un effetto novativo che impedisce la rotatività della garanzia.

La differenza tra le due fattispecie rileva anche ai fini dell'azione revocatoria.

Infatti, nel caso del patto di rotatività, dal momento che la sostituzione del bene è concordata all'origine, non vi possono essere sospetti che la sostituzione avvenga in frode ai creditori o che la sostituzione comporti un mutamento in senso negativo delle condizioni economiche del costituente. Inoltre, non vi possono essere neppure sospetti che la sostituzione del bene sia programmata fin dall'origine in frode ai creditori poiché il valore del bene sostituito deve corrispondere a quello del bene originario e deve essere misurato al momento della sostituzione stessa.

Per le stesse ragioni, non si può impedire la creazione di una clausola di rotatività sulla base dell'argomento che sarebbe violata la *par condicio creditorum*.

Infatti, la *par condicio creditorum* non può essere violata poiché i creditori sono garantiti dall'immutabilità del valore del pegno rotativo: il valore della garanzia iniziale sarà sempre pari al valore della garanzia finale, poiché ad ogni sostituzione del bene verrà verificato che il valore del nuovo bene oggetto di garanzia sia uguale al valore sia del bene originario che di quello oggetto della precedente sostituzione.

Di conseguenza, il creditore pignoratizio non riceverà mai, in sede di esecuzione individuale o concorsuale, una somma di denaro superiore rispetto a quella che potrebbe ricevere dall'escussione del pegno.

Tale circostanza è una garanzia anche per creditori non assistiti da un titolo di prelazione; in caso di contestazioni sul punto, l'onere della prova relativamente all'immutabilità del valore della garanzia spetta al creditore privilegiato²¹¹.

Infine vi è il profilo dello spossessamento del bene oggetto della clausola di rotatività.

²¹¹ L'aspetto dell'onere della prova viene trattato diffusamente ed in modo innovativo da GABRIELLI E., *Studi sulle garanzie reali*, Giappichelli, Torino 2015 p.266-267 ove precisa anche "Ma a conclusioni diametralmente opposte dovrebbe allora pervenirsi nel caso in cui il valore del bene originariamente costituito in pegno non fosse pienamente sufficiente a garantire il credito: in tal caso la sostituzione del primo bene, con un bene di maggior valore, migliorerebbe unicamente la condizione del creditore pignoratizio a discapito dei creditori chirografari. Invertendo i termini del ragionamento, analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo all'ipotesi in cui il valore del bene sostitutivo sia inferiore rispetto al valore del bene sostituito"

In linea di principio, il possesso della cosa da parte del creditore pignoratizio lo legittima all'esercizio delle azioni possessorie in nome proprio e dell'azione di rivendicazione che spetti al costituente *nomine alieno*.

Lo spossessamento è un requisito richiesto dal pegno disciplinato dal codice civile, poiché, indipendentemente dalla tutela accordata al possessore dal codice civile, lo spossessamento ha l'originaria e tradizionale funzione di realizzare una pubblicità di fatto della garanzia reale.

Lo spossessamento, da un punto di vista teorico, ha la funzione di rendere evidente che il debitore non può disporre liberamente del suo bene; tuttavia, questa funzione risulta oggi attenuata alla luce della complessità del mondo dell'impresa, ove l'imprenditore dispone di molti beni che non sono di sua proprietà ma che semplicemente utilizza, poiché oggetto, ad esempio di contratti di locazione, leasing, comodato.

Per tale ragione, non si può più sostenere che il mancato spossessamento del bene dato in pegno ingeneri l'apparenza che il bene non sia di proprietà del debitore.

Peraltro, l'idea che potesse esistere una forma di spossessamento attenuato²¹² affonda le sue radici storiche del codice francese ed è stata poi accolta ed elaborata anche dalla dottrina italiana.

Lo spossessamento attenuato consiste nell'effettuare lo spossessamento in modo non equivoco ma allo stesso tempo in forma meno rigida dal materiale allontanamento del bene dal debitore.

Peraltro vi sono diversi espedienti²¹³ per realizzare lo spossessamento dalle mani del debitore, senza tuttavia privarlo della disponibilità dei beni e quindi contemplando da un lato le esigenze della tutela dei creditori e dall'altro quelle della produzione.

Si tratta della possibilità di concordare il deposito in un magazzino in comodato o in locazione al creditore, di costituire un compossesso consentendo al creditore l'accesso ai locali dove si trovano i beni, del trasferimento della detenzione ad un terzo che garantisca l'accesso del creditore.

Si segnala anche un'interessante opinione in dottrina²¹⁴ che "ridimensiona" il ruolo dello spossessamento, nella misura in cui le garanzie che non lo richiedono risultano essere

²¹² La questione è ampiamente trattata da PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999 p.109 e seguenti. In particolare, sulla legislazione francese si occupa del pegno senza spossessamento come vincolo opponibile ai terzi ma non idoneo a generare un diritto di prelazione.

²¹³ Sono definiti come tali da PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999

più efficienti perché non sottraggono il bene al ciclo produttivo; allo stesso tempo, tuttavia, concedere una garanzia su un bene produttivo è garanzia di pronta liquidazione. Infine, oltre alla dottrina ed alla giurisprudenza sul tema, si rinvergono anche nella legislazione delle ipotesi di pegno senza spossessamento; il riferimento è da ultimo al decreto legge 3 maggio n.59 convertito in legge 30 giugno 2016 n. 119, per cui si rinvia a quanto già scritto nel capitolo precedente.

In conclusione, il profilo dello spossessamento nel caso della clausola di rotatività può essere affrontato diversamente a seconda della tipologia di pegno, del suo oggetto e della situazione concreta.

Per quanto riguarda la compatibilità tra la clausola di rotatività ed il petrolio si può domandare se il petrolio ed i suoi derivati siano beni che si prestino ad essere oggetto del pegno rotativo.

In via di prima approssimazione, non sembra che vi siano particolari ostacoli, legati alla natura del bene. Peraltro è facilmente immaginabile come possa essere costituito un pegno su del petrolio greggio successivamente oggetto di raffinazione e quindi suscettibile di acquisire un valore superiore.

In questa sede non è necessario affrontare i dettagli tecnici che possono riguardare la trasformazione del petrolio greggio in una pluralità di prodotti differenti, soprattutto poiché il pegno su bene oggetto di trasformazione non è fattispecie oggetto di trattazione in questa sede.

Al contrario è interessante riportare qualche breve cenno su una fattispecie di pegno rotativo che riguarda il settore dell'energia.

²¹⁴CANDIAN A., *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, p.265
“Le garanzie senza spossessamento, ci è stato detto infinite volte, sono più efficienti di quelle che richiedono la consegna del bene che ne costituisce l’oggetto, perché consentono all’imprenditore di continuare ad utilizzarlo nella sua azienda. In effetti l’imprenditore non ha bisogno della proprietà dei beni produttivi, essendo sufficiente un diritto grosso modo analogo a quel diritto di “gestione operativa” che i sistemi socialisti riconoscevano alle imprese statalizzate. Tuttavia, se si insiste su questo primo aspetto della questione, si perde di vista il suo vero nocciolo. Le garanzie senza spossessamento sono più efficienti di quelle che richiedono la consegna del bene perché consentono la sostituzione dei beni gravati, ossia quando prevedono un meccanismo grazie al quale la garanzia iniziale si estende anche ai beni futuri senza con ciò perdere la priorità temporale iniziale. Sotto un profilo economico ciò che tranquillizza maggiormente i finanziatori è la possibilità di pronta liquidazione dei beni oggetto di garanzia e questa caratteristica risponde a quella riscontrabile nei beni inseriti nel ciclo produttivo, come le merci, i semilavorati e, soprattutto, il portafoglio crediti, piuttosto che i beni strumentali i quali sono spesso gravati dalla garanzia che compete al venditore.”

Il riferimento riguarda la prassi di concedere un pegno irregolare, eventualmente corredato da clausola di rotatività, sul gas naturale depositato in stoccaggio²¹⁵.

Nel caso delle scorte di petrolio, certamente non si può discutere di pegno irregolare dal momento che un bene “intangibile” certo non può passare in proprietà del creditore pignoratizio; tuttavia si può focalizzare l’attenzione sulla clausola di rotatività che può accedere al pegno sul gas.

In particolare si può richiamare la prassi recepita dal Codice di Snam Rete Gas che prevede la possibilità per l’utente di modificare il quantitativo di gas prestato in garanzia grazie alla cooperazione del depositario²¹⁶. Dal combinato disposto delle disposizioni normative di settore emergerebbe l’ammissibilità di un pegno irregolare rotativo.

Tuttavia, tale conclusione da un lato non è condivisa dalla giurisprudenza di legittimità che ritiene che il pegno rotativo non sia compatibile con la funzione del pegno irregolare²¹⁷; dall’ altro non è avallata dalla prassi visto che le parti concordano di volta in volta, con successivi atti scritti, la modifica dell’ oggetto della garanzia reale²¹⁸.

In ogni caso, il dato che qui maggiormente interessa è l’accordo dei contraenti per la modifica dell’oggetto della garanzia reale nel corso del rapporto.

Lo stesso potrebbe avvenire rispetto alle scorte petrolifere, con la differenza che l’accordo sulle successive modifiche dell’oggetto del pegno dovrebbe essere già previsto nel contratto originario costituendosi un vero e proprio pegno rotativo.

La differenza tra la pattuizione di rotatività originaria e le pattuizioni di sostituzione dell’ oggetto che intervengono nel corso del rapporto è fondamentale poiché solo nel primo caso si conserva il diritto di prelazione a far data dalla costituzione del pegno mentre nel secondo caso ogni atto costituisce una modificazione novativa del rapporto originario.

²¹⁵SILIPO A., Il pegno irregolare sul gas naturale depositato in stoccaggio, in ODCC, n.2 del 2014 p. 249-282 che si occupa dell’ ammissibilità del pegno irregolare sul gas costituito dall’ utente sia a favore dell’ impresa di stoccaggio che a favore di terzi.

²¹⁶ Cfr. il capitolo 5 §1.4.2.3 del codice di Rete ed il capitolo 7 §7.3.4 e gli allegati 7A3 e 7A4 del codice di Stoccaggio Stogit.

²¹⁷ Cassazione sezione I, 31 gennaio 2014 n. 2120: infatti il pegno irregolare, prevedendo il passaggio in proprietà del bene dato in pegno, mira a soddisfare tempestivamente e definitivamente le pretese creditorie.

²¹⁸ Così come rilevato da SILIPO A., Il pegno irregolare sul gas naturale depositato in stoccaggio, in ODCC, n.2 del 2014 p. 279

§3.3 Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio:l'interesse economico dell'operazione

Dopo aver svolto delle considerazioni in merito all'ammissibilità di un pegno su beni impignorabili ed al concreto atteggiarsi della clausola di rotatività, l'ultimo aspetto da considerare nella costruzione di un pegno rotativo sulle scorte di petrolio riguarda l'interesse delle parti a realizzare tale operazione economica.

Tale aspetto è strettamente legato alla natura impignorabile dei beni.

Infatti, in primo luogo è necessario comprendere quale sia l'interesse delle parti a costituire una garanzia su un bene impignorabile ed in particolare quale sia l'interesse del creditore ad accettare una garanzia su un bene impignorabile.

Tuttavia, questo aspetto è già stato affrontato in precedenza quando si è visto che la clausola di rotatività consente di spostare la garanzia al momento della scadenza dell'obbligazione in modo da farla insistere su dei beni pignorabili.

A questo punto, tuttavia, ci si può domandare se vi sia una convenienza per il debitore a concedere in garanzia dei beni impignorabili per poi doverli sostituire con dei beni pignorabili. In altri termini nel caso di specie, significa indagare la convenienza di concedere in garanzia delle scorte di sicurezza destinate ad essere sostituite da scorte commerciali.

Allo stato attuale, le compagnie petrolifere italiane detengono la maggior parte delle scorte di sicurezza poiché solo una piccola parte è attualmente di proprietà dell'Organismo di Stoccaggio. Per tale ragione, ciascun soggetto obbligato, subisce una limitazione di un bene in sua proprietà poiché deve tenerlo a disposizione delle esigenze nazionali.

L'immobilizzazione quotidiana e ripetuta nel tempo di una grande quantità di prodotto rappresenta non solo una limitazione alla libertà economica del legittimo proprietario ma rappresenta anche un'attività immobilizzata.

Infatti, la detenzione delle scorte implica una serie di costi che, seppur analoghi a quelli già sostenuti per le proprie scorte commerciali, sono comunque delle risorse aggiuntive destinate all'adempimento dell'obbligo.

A titolo esemplificativo e riassuntivo, si possono indicare i costi del personale impiegato nella gestione delle scorte e delle infrastrutture ed i rischi legati allo *status* di proprietario del prodotto. Per quanto non vi siano delle infrastrutture dedicate esclusivamente allo stoccaggio delle scorte di sicurezza poiché le stesse sarebbero

economicamente sconvenienti e per quanto vi sia un ampio ricorso al mercato dei *tickets*, è innegabile che l'adempimento dell'obbligo europeo risulti essere oneroso, come dimostrato anche dalle precedenti consultazioni riguardanti l'implementazione del sistema²¹⁹.

Per meglio comprendere la questione sono necessarie delle elementari considerazioni di analisi del bilancio e di “*corporate banking*” che da un lato possano far capire quali siano i costi per il debitore in un'operazione di finanziamento garantita da pegno; dall'altro quali siano i vincoli per un creditore professionale.

Un soggetto che voglia ottenere un finanziamento deve programmare i costi dell'operazione e organizzare un piano per la restituzione del finanziamento.

Tale operazioni risulta essere rilevante per tutti i suoi creditori, sia attuali che potenziali, nonché per una serie di soggetti terzi(ad esempio gli investitori): per tale ragione si tratta di circostanze che emergono dal bilancio della società.

L'analisi del bilancio di una società è fonte di una serie di utili informazioni, soprattutto per gli operatori del mercato in grado di valutare non solo le singole poste ma il bilancio nel suo complesso.

Quando viene contratto un prestito, il suo ammontare comprensivo della sorte capitale e degli interessi passivi risulterà tra le passività dello stato patrimoniale, e come contropartita, nel conto economico la sola quota di interessi di competenza dell'anno .

Dall'altro lato, l'attività di concessione del credito e di intermediazione è un' attività sottoposta a vigilanza e per tale motivo devono essere rispettate determinate regole a tutela di un interesse generale che può essere individuato come la stabilità dei mercati, la tutela dei clienti (di alcuni di essi in particolare) e l'andamento generale dell'economia.

Per tale ragione, un operatore professionale quando deve stipulare un contratto di finanziamento è tenuto a rispettare determinati vincoli a tutela dell' intero mercato, sia nazionale che internazionale.

Infatti per una pluralità di ragioni studiate dalla scienza economica, quando viene concesso del credito è necessario “analizzare” la capienza del proprio debitore per

²¹⁹ Peraltro un ulteriore valutazione dell'implementazione al fine di valutare il funzionamento e le eventuali modifiche al sistema è attualmente in corso. Le società italiane soggette all'obbligo di tenuta delle scorte, partecipano al sondaggio guidato dalla Commissione Europea e svolto dalla società Triconomics, attraverso l'Unione petrolifera italiana.

stabilire se vi siano le condizioni per concedere un finanziamento e determinare quale siano le condizioni a cui può essere stipulato.

In tal senso i vincoli per un creditore professionale sono contenuti da “Basilea 2”, un accordo stipulato dalle banche centrali europee per rafforzare i controlli prudenziali degli intermediari finanziari volto a ridurre il rischio di *default* dovuto ad errate valutazioni e qualificazione dei rischi²²⁰.

Nel caso di specie, quando il finanziatore determina quali sono le condizioni a cui può concedere un prestito e stipulare un contratto di finanziamento assistito da garanzia reale, a livello del bilancio si verifica che i beni oggetto di garanzia, indicati nell’attivo dello stato patrimoniale, risultano essere gravati da una garanzia. Nella nota integrativa sono annotate le garanzie reali su beni sociali, con specifica indicazione della natura delle garanzie e con specifica ripartizione secondo le aree geografiche .

In caso di pegno rotativo si verifica che i beni oggetto di garanzia sono mutevoli nel corso del tempo.

Nel caso di specie, la rotazione riguarda tipologie differenti di scorte di petrolio: si tratta delle scorte di sicurezza e di quelle specifiche che sono indicate variamente nei bilanci delle società tenute all’obbligo di detenzione: ad esempio, compare la voce “spese per la tenuta delle scorte d’obbligo”²²¹ , tra i “costi per i servizi” nella parte dedicata ai costi della produzione del conto economico.

In altri bilanci²²² le scorte sono espressamente contemplate anche nello stato patrimoniale nella parte riguardante il “Capitale immobilizzato”, ove compare la voce “Scorte d’obbligo”; tra le attività non correnti ove tra le “Rimanenze immobilizzate”; come “Esposizione strategica tra i rischi di mercato”; ed infine rispetto ai rapporti con le parti correlate vi è un riferimento ai rapporti con OCSIT per le scorte specifiche.

Di conseguenza l’annotazione del vincolo giuridico (pegno) cui sono sottoposte le scorte riguarderà in un primo momento un particolare valore corrispondente ad una determinata quantità di scorte; solo successivamente, allo scadere del periodo di tempo concordato tra le parti (cioè all’approssimarsi del momento della scadenza del

²²⁰ Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, Convergenza internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti del capitale, Banca dei regolamenti internazionali, 2006.

²²¹ Bilancio al 31 maggio 2014 di Qaser s.r.l.

²²² Il riferimento è alla Relazione finanziaria annuale 2015 di Eni

finanziamento), il pegno si trasferirà su delle scorte commerciali (o sui beni stabiliti dalle parti al momento della stipulazione originaria del pegno).

In tal caso, da un punto di vista prettamente finanziario, durante la prima fase la società apparirà con un indice di liquidità più elevato, che rappresenta la capacità dell'impresa di onorare le obbligazioni che scadono nel breve termine attraverso le risorse finanziarie che si rendono disponibili nello stesso arco temporale.

In definitiva, il valore complessivo delle attività iscritte nello Stato Patrimoniale rimane invariato, ma questa particolare operazione ha il grande vantaggio di smobilizzare le risorse che altrimenti avrebbe dovuto impiegare come garanzia in luogo delle scorte, e quindi tenerle immobilizzate per lungo tempo.

Infatti, il pegno nella prima fase grava su dei beni che hanno un particolare regime giuridico poiché oltre ad essere impignorabili devono anche essere immediatamente a disposizione delle parti per le quali, come si è già detto, non è immaginabile nessun altro impiego giuridico ed economico, fuorché la concessione in garanzia.

Per tale ragione, da un lato risulterà nelle relative poste del bilancio che vi sarà un finanziamento garantito da pegno da restituire entro una determinata data e con la stima dei costi e la loro ripartizione; dall'altro, il fatto che la garanzia insista, almeno per un certo periodo di tempo su dei beni che sono destinati ad essere delle immobilizzazioni, determina che per quello stesso periodo di tempo la società risulterà avere a disposizione una maggiore liquidità e meno vincoli sul proprio patrimonio.

E' pur vero che il finanziamento deve essere restituito e che lo stesso è garantito, alla fine dell'operazione, dalle scorte commerciali o altro bene; ma è pur vero che nei mesi in cui la garanzia insiste sulle scorte d'emergenza, le *performance* di bilancio saranno per alcuni profili più favorevoli per la società, tanto che sarà valutata in maniera "superiore" grazie all'effettiva presenza di un maggiore patrimonio libero da pesi e avrà la possibilità di accedere a delle migliori soluzioni di gestione e di amministrazione rispetto al caso in cui vi fosse un semplice pegno non rotativo su delle scorte commerciali o su un altro bene.

§4.1 Le scelte legislative degli altri paesi europei: la Francia

Al fine di ottenere un quadro quanto più completo possibile sul regime giuridico delle scorte petrolifere è interessante notare come la direttiva è stata recepita dagli altri Stati membri.

Per una pluralità di ragioni, la prima comparazione può essere effettuata con la Francia. Infatti, il francese è una delle lingue ufficiali di lavoro dell'Unione Europea ed ha una sintassi molto simile a quella italiana, tanto che la traduzione di un testo di legge ufficiale in italiano è particolarmente agevole quando il punto di partenza è la lingua francese.

Inoltre il diritto francese, come quello italiano, è di matrice romanistica ed in particolare rispetto al diritto civile possono essere rinvenute numerose somiglianze, a cominciare dal sistema delle garanzie reali.

Ad esempio il diritto francese, come quello italiano, conosce la categoria dell'impignorabilità²²³.

L'impignorabilità dei beni prevista dalla legge trova fondamento nella necessità di garantire al debitore ed alla sua famiglia la sussistenza e di mettere al riparo l'imprenditore (ed in una certa misura anche il comune cittadino) dal rischio di mutamenti economici improvvisi²²⁴.

²²³ *Insaisissabilité* significa letteralmente impignorabilità; Daverat Xavier, *Saisie (protection du débiteur)*, in *Répertoire de procédure civile*, voce dell'Enciclopedia Dalloz, versione on line, copyright 2016

²²⁴ *Trois ordres principaux de préoccupations apparaissent au travers des textes applicables. 1 o La tradition selon laquelle des biens doivent demeurer insaisissables répond au souci d'assurer au débiteur saisi la possibilité de conserver un certain nombre de biens meubles indispensables à la vie quotidienne et familiale, à son activité ou à l'éducation des enfants. 2o Les textes soucieux du sort de l'entreprise face aux aléas de la vie économique, sortes de voies collectives d'exécution, interfèrent avec les procédures civiles d'exécution, typiquement individuelles. S'y ajoutent des mesures de protection plus ponctuelles, destinées à encourager les initiatives, notamment liées à l'entreprise individuelle, comme la subsidiarité de l'action engagée sur des biens personnels (V. infra, no 112) et l'insaisissabilité de certains biens fonciers de l'entrepreneur individuel (V. infra, nos 14 s.). 3o La prise en compte d'une précarité de l'individu est également essentielle, en particulier depuis les années 1980 et les diverses périodes au cours desquelles la croissance économique n'est plus au rendez-vous. Il est, à ce titre, significatif de remarquer que l'instauration du RMI (devenu RSA) et la création des procédures de surendettement des particuliers sont quasiment contemporaines. La prise en compte des difficultés économiques du débiteur a également conditionné la mise en œuvre de dispositifs de protection spécifiques, et l'inflation récente de textes dans ce domaine prouve à la fois l'importance du développement des situations d'exclusion et la diversité des conséquences de celles-ci. Par exemple, depuis les premières dispositions relatives au surendettement des particuliers, une adaptation à des situations de surendettement durables ou définitives et une prévention des expulsions locatives lorsque le débiteur ne pouvait payer son loyer ont été nécessaires avant que le législateur ne consacre une possibilité d'effacement de la dette. Sans s'engager dans un débat sur la consécration d'un « droit de ne pas payer ses dettes », selon la vieille formule du doyen RIPERT (*Le droit de ne pas payer ses dettes*, DH 1936. Chron. 57), il s'agit d'une limite au droit de créance dont l'incidence sur les voies d'exécution est considérable. Mais, ainsi que l'a dit le*

Oltre alla categoria dell'impignorabilità esiste anche l'inalienabilità²²⁵ che è una categoria prettamente civilistica che viene confrontata dalla dottrina francese con la categoria processual- civilistica dell' impignorabilità. In particolare, si tratta di due nozioni distinte. L'impignorabilità impedisce al creditore di ottenere il pagamento del suo credito sui beni del debitore ma l'impignorabilità non impedisce di alienare il bene. Tuttavia, i beni inalienabili ed i beni extra commercium sono sempre impignorabili.

Tra i beni impignorabili vi rientrano alcuni beni della famiglia, i beni donati ed i beni costituiti in legato. Nel diritto francese emerge più chiaramente la distinzione tra impignorabilità legale e convenzionale; quest'ultima, in particolare, può riguardare i beni oggetto di testamento o di legato ed è altresì un diritto riservato a chi esercita una professione liberale.

E' interessante approfondire meglio almeno uno dei regimi di impignorabilità convenzionale del diritto francese, soprattutto perché alcuni profili sono espressamente disciplinati dalla legge, al contrario di quanto avviene nel diritto italiano.

législateur de manière emblématique dès l'article 1er de la loi du 29 juillet 1998, « la lutte contre les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égalité de tous les êtres humains et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation »

²²⁵*Inalienabilité. Définition et notions voisines, in Répertoire de droit civil, Encyclopédia Dalloz, version en ligne, copyright 2016 : L'inaliénabilité et l'insaisissabilité sont deux notions distinctes mais souvent complémentaires. L'insaisissabilité interdit aux créanciers impayés de poursuivre le paiement de leur créance sur les biens du débiteur ; en soi elle n'empêche pas d'aliéner le bien. Cependant, les choses inaliénables et, a fortiori, les choses hors du commerce sont toujours insaisissables. L'inaliénabilité ne doit, en effet, pas être tournée par un transfert forcé résultant d'une saisie. En principe, l'insaisissabilité découle donc de l'inaliénabilité (sur l'insaisissabilité du bien faisant l'objet d'une clause d'inaliénabilité, V. infra, nos 121 s.). Il arrive toutefois que l'insaisissabilité soit stipulée à titre principal. C'est l'exemple, désormais obsolète, des biens de famille créés par la loi du 12 juillet 1909 abrogée par la loi no 2011-1862 du 13 décembre 2011 (JO 14 déc.) relative à la répartition du contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles qui sont insaisissables mais qui restent aliénables, sous certaines conditions (L. du 12 juill. 1909, art. 10 et 11. - V. Bien de famille). C'est encore le cas de l'insaisissabilité qui peut accompagner une donation ou un legs. La validité de cette clause n'est pas subordonnée à une limitation dans le temps. L'article L. 112-2, 4 o, du code des procédures civiles d'exécution (anc. art. 14-3o de la loi no 91-650 du 9 juill. 1991) permet cependant au juge, dans la portion qu'il détermine, d'autoriser les créanciers postérieurs à l'acte de donation de saisir les biens disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur (V. Libéralités [3o Conditions et charges]). C'est aussi le droit de toute personne physique exerçant une profession indépendante (commerçant, artisan, agriculteur, profession libérale) de déclarer insaisissables ses droits « [...] sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel » (C. com., art. L. 526-1 s. - V. Rép. com., v o Déclaration d'insaisissabilité. - VIGUIER, La protection du patrimoine personnel du chef d'entreprise [La déclaration d'insaisissabilité], D. 2009. Chron. 175). C'est enfin le cas de la valeur de rachat d'un contrat d'assurance-vie qui ne peut être saisie par les créanciers du souscripteur alors que le droit de rachat demeure cessible tant que le bénéficiaire n'a pas accepté (Civ. 2 e , 10 févr. 2011, no 10-12.172 . - Civ. 1 re , 28 avr. 1998, no 96-10.333 , Defrénois 1998. 861, obs. Hovasse-Banguet).*

Ad esempio, la legge 721 del 3 agosto 2003²²⁶, introduce la possibilità per l'imprenditore individuale di dichiarare impignorabile la propria abitazione di residenza. Si potrebbe dire che si tratta di una dichiarazione "volontaria" di impignorabilità, sottoposta a delle rigide formalità come la dichiarazione notarile e la pubblicità legale²²⁷.

A parte questa interessante precisazione sull'impignorabilità volontaria, non è questa la sede per soffermarsi oltre sul sistema francese poiché ciò che interessa è confrontare come è stata recepita la direttiva europea 119/2009/CE dallo Stato francese.

Il caso della Francia appare particolarmente significativo poiché era uno Stato con un'ampia legislazione sul punto, riconducibile a due leggi degli anni novanta, ad c.d. codice dell'energia²²⁸ e al codice della difesa²²⁹. A partire dal 2012, termine per il recepimento della direttiva, prima sono state effettuate diverse modifiche alle disposizioni preesistenti ed infine la materia è stata riordinata in un ultimo intervento del marzo 2016²³⁰, fermo restando la vigenza del codice dell'energia e del codice della difesa.

La disposizione rilevante è l'articolo 27 della legge del 25 marzo 2016 secondo cui *"Tout contrat ayant trait à la gestion des stocks stratégiques nationaux ou étrangers, incluant les stocks spécifiques, doit intégrer un article traduisant l'obligation*

²²⁶Loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique.

²²⁷L'insaisissabilité doit être consignée dans une déclaration notariée, sous peine de nullité. L'article L. 526-2, alinéa 1e r, du code de commerce précise que cette déclaration doit contenir la « description détaillée de l'immeuble et l'indication de son caractère propre, commun ou indivis » (dans le cas de l'indivision, la déclaration d'insaisissabilité permet de préserver les biens de l'entrepreneur individuel au cas où le créancier provoquerait le partage). Cette déclaration fait l'objet d'une publication à la conservation des hypothèques du lieu de situation de l'immeuble. La publication ne produit d'effet « qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant » (C. com., art. L. 526-1, al. 1 e r. - DUFOUR, Le projet de loi « initiative économique » soulève la polémique, LPA 14 mars 2003, p. 4. - HUMBERT, Le système de la publicité foncière est à la fois le meilleur et le seul moyen de protéger tant le professionnel que les tiers, LPA 2 avr. 2003, p. 4). La déclaration d'insaisissabilité doit en outre faire l'objet d'une publicité dans un registre de publicité légale à caractère professionnel si l'entrepreneur y est immatriculé, ou dans un journal d'annonces légales du département si l'entrepreneur n'était pas tenu d'immatriculation dans un registre de publicité légale. À défaut, l'intéressé ne pourra pas se prévaloir de l'insaisissabilité du bien (C. com., art. L. 526-2, al. 3). Il a été jugé que le tableau des avocats inscrits auprès d'une cour d'appel ne constituait pas un registre de publicité légale au sens de l'article L. 526-2 du code de commerce ; la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale d'un avocat suppose donc une double publicité au bureau des hypothèques et dans un journal d'annonces légales (Civ. 1re, 15 mai 2007, no 05-19.189, D. 2007. 1511).

²²⁸Code de l'énergie

²²⁹Code de la défense

²³⁰Arrêté du 25 mars 2016 relatif à la constitution des stocks stratégiques pétroliers en France métropolitaine, en Martinique, en Guadeloupe, en Guyane, à La Réunion et à Mayotte

derésultats du prestataire à faire en sorte que l'exécution des actions de gestion des stocks ne puisse être ni entravée ni soumise à conditions non préalablement établies qui empêcheraient la bonne exécution de ces actions, hors cas de force majeure. La force majeure s'entend de tout acte, événement, situation de droit ou de fait, extérieurs aux parties impliquées par le contrat, présentant à la fois un caractère imprévisible, irrésistible et insurmontable, et empêchant l'exécution du contrat²³¹”

La prospettiva adottata dal legislatore francese nel recepimento della direttiva è completamente diversa da quella italiana. Infatti, il legislatore francese sembra ritenere che gli ostacoli ed i gravami che possano compromettere la disponibilità delle scorte siano eventuali contratti stipulati sulle stesse. Il legislatore francese, dopo aver identificato i potenziali ostacoli con i contratti sulle scorte, effettua un' altra importante scelta di campo: non vieta in alcun modo la stipulazione dei contratti ma al contrario stabilisce che gli stessi contengano una clausola da cui scaturisca l'obbligazione di risultato a carico dell'operatore petrolifero consistente nel non compromettere la corretta esecuzione delle azioni sulle scorte. In particolare, l'operatore che detiene le scorte si deve impegnare a fare in modo di non ostacolare né apporre condizioni precedentemente non pattuite tali da impedire l'attuazione delle azioni necessarie, cioè delle azioni volte ad ottenere l'immediata disponibilità delle scorte.

Peraltro, l'operatore economico assume la suddetta obbligazione di risultato da cui viene espressamente eccettuato il caso della forza maggiore, così come definita nello stesso articolo.

Quindi, dall' interpretazione della presente disposizione emerge che l'operatore economico che detiene le scorte può sicuramente stipulare un contratto sulle stesse, a condizione di garantirne la disponibilità quando necessario e di non aggravare gli obblighi contrattualmente previsti al momento della stipulazione. Inoltre, in caso si verifichi una situazione riconducibile ad un'ipotesi di forza maggiore, l'operatore è liberato dalla responsabilità per l'eventuale inadempimento.

²³¹Ogni contratto avente ad oggetto la gestione delle scorte strategiche nazionali o straniere, includendo le scorte specifiche, devono rispondere ad un articolo che preveda l'obbligazione di risultato di chi le presta di fare in modo che l'esplicazione delle azioni di gestione delle riserve non possa essere né ostacolato né sottoposta a delle condizioni non previamente stabilite che impediscano la buona riuscita di queste azioni, fuori dai casi di forza maggiore. Per forza maggiore si intende ogni atto, evento, situazione di diritto o di fatto, estraneo alle parti coinvolte nel contratto, che presente un carattere imprevedibile, irresistibile ed insormontabile, e che impedisca l'adempimento del contratto.

In altri termini, la trasposizione della direttiva avviene in modo più “consapevole” da parte del legislatore francese poiché individua gli ostacoli da evitare nelle clausole contrattuali di eventuali accordi tra i soggetti obbligati a detenere le scorte e terzi. Così l’adempimento della direttiva europea sul punto avviene imponendo agli operatori del mercato un’obbligazione di risultato. Peraltro, la formulazione dell’articolo 27 è mutata rispetto al passato, poiché il previgente articolo 12ter comma 2²³², derivante dall’articolo 9 dell’*Arrêté du 28 décembre 2012*²³³, successivamente abrogato dall’articolo 32 dell’*Arrêté du 25 mars 2016*, prevedeva soltanto un’obbligazione di mezzi in capo all’operatore economico.

La novella legislativa dimostra quindi che, ancorché il punto sia stato rimeditato dal legislatore francese, non è cambiata l’impostazione di fondo con cui la Francia ha recepito la direttiva; l’unica novità riscontrata è proprio quella del mutamento della natura dell’obbligazione in capo a chi deve detenere le scorte: si passa da un’obbligazione di soli mezzi ad un’obbligazione di risultato. Peraltro, l’obbligazione di detenere delle scorte di prodotto è un’obbligazione che ha ad oggetto un *facere* materiale e ben può essere un’obbligazione di risultato. Infatti, perlomeno alla stregua del diritto italiano, le obbligazioni che hanno ad oggetto un bene fungibile e quelle di custodia di un bene sono obbligazioni che ben possono essere di risultato, tenuto conto della loro natura intrinseca: per tale ragione, nel caso di specie si tratta di una tipica obbligazione di risultato consistente nel custodire, alle condizioni previste dalla legge, del petrolio e di metterlo immediatamente a disposizione quanto necessario.

Infine, l’ultimo dato interessante è quello che emerge dal confronto tra la legge francese e quella italiana di trasposizione della direttiva: nella legge francese non vi è alcun riferimento all’impignorabilità delle scorte.

Infatti, la legge italiana da un lato sembra interpretare la direttiva in maniera più stringente nella misura in cui prevede il divieto di pignoramento delle scorte; dall’

²³² “*Tout contrat ayant trait à la gestion de stocks spécifiques doit intégrer un article traduisant l’obligation de moyens du prestataire à faire en sorte que l’exécution des actions de gestion des stocks spécifiques ne puisse être ni entravée ni soumise à conditions non préalablement établies qui empêcheraient la bonne exécution de ces actions, hors cas de force majeure. La force majeure s’entend de tout acte, événement, situation de droit ou de fait, extérieurs aux Parties impliquées par le contrat, présentant à la fois un caractère imprévisible, irrésistible et insurmontable, et empêchant l’exécution du contrat.*”

²³³ *Arrêté du 28 décembre 2012 modifiant l’arrêté du 15 mars 1993 relatif à la constitution des stocks stratégiques pétroliers en France métropolitaine*

altro, non fa alcun riferimento alle possibili obbligazioni che potrebbero essere contratte da chi detiene le scorte.

Tanto premesso finora sulla disciplina italiana e francese, si possono trarre differenti conclusioni: da un lato, la legge francese, che consente di stipulare contratti sulle scorte, sicuramente consente anche di stipulare un contratto di pegno sulle stesse, secondo il modello di garanzia reale rotativa.

Dall'altro, la disciplina francese che prevede espressamente la possibilità di stipulare contratti sulle scorte, induce ad avvalorare la conclusione sopra prospettata secondo cui è possibile avere una garanzia rotativa sulle scorte. Infatti, grazie all'analisi della disciplina francese emerge in primo luogo che la stipulazione di contratti, a determinate condizioni, non è vietata e, soprattutto, non è contraria alla direttiva europea. In secondo luogo, il fatto che lo Stato membro dell'Unione Europea, con il sistema giuridico ed il *corpus* di diritto civile più simile a quello italiano, contempli espressamente la stipulazione di contratti, avvalorare maggiormente la tesi secondo cui le scorte siano dei beni, benché impignorabili, possibile oggetto di contratti e più in generale di sfruttamento economico.

§4.2 La Gran Bretagna

La Gran Bretagna è il maggiore rappresentante tra gli ordinamenti di *common law* in Europa.

Per tale ragione, al contrario di quanto premesso in sede di comparazione con la Francia, il confronto tra i due ordinamenti non è particolarmente agevole poiché, soprattutto da un punto di vista della tassonomia non vi è mai esatta corrispondenza tra gli istituti a causa dell'intrinseca diversità dei due sistemi.

Le considerazioni comparatistiche, in questo caso riguarderanno soltanto la legge di recepimento della direttiva, senza spingersi fino ad un'analisi delle garanzie reali e di altre forme di garanzia affini²³⁴.

Il quadro legislativo in cui si inserisce la direttiva 119/2009/CE è quello dell'*Energy Act* del 1976²³⁵ che già imponeva il possesso di alcune scorte ed è stato applicato ben tre

²³⁴ Il riferimento è al *pledge* e più in generale alle c.d. "*secured transactions*"

²³⁵ HEFFRON, RAPHAEL J., *An Introduction to Energy law*, Springer, 2015

volte²³⁶ ed ha determinato l' utilizzo delle scorte come effetto degli accordi tra gli Stati membri dell' IEA e quelli dell' Unione Europea. Infatti, ai sensi della sesta sezione dell' *Energy Act*, il Segretario di Stato Generale per l'energia ed i cambiamenti climatici ha il potere di imporre alle compagnie petrolifere che detengono le scorte l'utilizzo delle stesse.

Solo successivamente, il 31 dicembre del 2012 , è entrato in vigore “*The Oil Stocking Order*”, quale legge di recepimento della direttiva 119/200/CE.

Il Regno Unito è uno dei paesi europei che produce petrolio e per tale ragione è particolarmente attento al tema; attualmente, l'obbligo imposto dalla Direttiva Europea viene soddisfatto facendo affidamento sulle società che operano nel settore petrolifero²³⁷ cui viene imposto, in via esclusiva, l'obbligo di stoccaggio delle riserve; tale obbligo risulta essere differenziato in base alle compagnie che ne sono destinatarie²³⁸, all'attività ed il volume d'affari dalle stesse svolte²³⁹, nonché in base alla tipologia di prodotti²⁴⁰. Tuttavia, è oggetto di discussione²⁴¹ la possibilità di creare

²³⁶ Come si apprende dal document pubblicato dal Departement of Energy and Climate Change il 4 aprile 2013 “Future management of the compulsory stocking obligation in the UK”, alcune scorte, sotto il previgente regime legislativo, sono state utilizzate la prima volta nel 1991 durante la guerra del Golfo, la seconda volta nel 2005 a vantaggio degli Stati Uniti, a seguito della dell'uragano Katrina e l'ultima volta nel 2011 durante la guerra in Libia.

²³⁷ In particolare, l'obbligo viene imposto a tre categorie differenti di società: le compagnie di raffinazione (*Refiners are those companies whose business is to produce oils from crude oil, the stocks they hold toward the obligation are likely to be varied (depending on refining output) while the businesses are likely to hold significant stocks in order to feed the refining process – they are obligated at 67.5 day's supply and there are approximately 10 companies obligated in this grouping*) gli importatori ed i finanziatori (*Importers and financiers are those companies who do not produce oil products but who supply the market from outside UK-production sources, usually in order to supply direct to retailers or in order to supply their own business needs (as with the airline industry) – they are obligated at 58 day's supply and there are approximately 12 companies obligated in this grouping*) ed i grandi venditori di prodotto (*Significant traders are those remaining companies who will at times hold legal right to considerable oil stocks but may not supply direct to retailers (this may include ticket holders or those who organise trades for others) – they are also obligated at 58 day's supply and there are approximately 8 companies obligated in this grouping*).

²³⁸ “Only companies producing or importing substantial volumes of oil are obligated. To receive an obligation, companies must be supplying at least 50 000 tonnes of obligated oil products to the UK market, either by importing these products or producing them through the refining process. If companies source their oil from other companies in the UK market they do not incur an obligation to hold stocks.

²³⁹ “The level of the obligation of an individual company is different depending on whether the company is a refiner or non-refiner. (Non-refiners subject to the obligation could be importers and significant consumers, such as airlines). This differential was last reviewed in 2006 and currently stands at 9.5 days, meaning that refiners are required to hold 67.5 days of stock (crude oil equivalent), whereas non-refiners are required to hold 58 days of stock. The level of the differential is being kept under review, and as part of this consultation DECC is seeking views on whether this should be revised, considering the current market for refined products and relative market share of different types of obligated company.”

²⁴⁰ “Under the terms of the Oil Stocking Order 20121 and as required by the EU, DECC must also ensure that 22.5 days of stock of the UK's most critical fuels – petrol, gasoil & diesel, and aviation fuel - are held as finished products so as to ensure oil can be made available quickly in the event of a supply disruption.

un'agenzia nazionale che possa in parte ed in via autonoma adempiere all'obbligo di detenzione delle scorte di emergenza. Il principale vantaggio deriverebbe dal fatto di poter affidare la gestione a questo soggetto, CSE (*Central Stocking Entity*) che potrebbe investire in particolare sulle infrastrutture necessarie per lo stoccaggio.

Per quanto riguarda specificamente “*The oil stocking order*”, la terza parte dell'atto, rubricata “Misure che riguardano la disponibilità delle scorte”, contiene l'articolo 7 a sua volta rubricato “Restrizione ai procedimenti di esecuzione²⁴²”. Il termine utilizzato nella versione inglese è “*enforcement*”, sopra tradotto come esecuzione; infatti dal contesto emerge che l'articolo si occupa delle restrizioni al procedimento di esecuzione delle procedure previste dalla direttiva in caso di emergenza, cioè, in definitiva dell'applicazione delle procedure previste dall'Unione Europea in caso di necessità. In particolare, l'articolo 7 impone tre differenti divieti in capo alla persona che ha il dovere di trasportare o mantenere delle scorte del Regno Unito o per conto dello stesso. In particolare si tratta del divieto di cominciare o continuare un'esecuzione²⁴³, il divieto di porre in essere dei procedimenti giudiziari²⁴⁴ ed il divieto di “to seek a levy distress”. Non è facile tradurre in *italiano*, attribuendo il corretto significato giuridico a questa

Companies can meet this part of the obligation through stock held in tanks, through national tickets, or international tickets on stock (more detail on these arrangements is set out below). The remainder of the obligation can be met through crude oil or any other of a wide range of petroleum products held either domestically or internationally”.

²⁴¹ In particolare è stato oggetto di consultazione come si apprende dal documento del Department of Energy and Climate Change il 4 aprile 2013 “Future management of the compulsory stocking obligation in the UK”

²⁴² Article 7 :”Restrictions on enforcement proceedings “(1) A person must not, in respect of specific stocks maintained or transported within the United Kingdom on behalf of another member State, commence or continue execution or other legal process or seek to levy distress. (2) In the application of paragraph 1 to:(a) Scotland, reference to execution being commenced or continued includes reference to diligence being carried out or continued and reference to seeking to levy distress is omitted; (b) Northern Ireland, reference to other legal process includes enforcement of a judgment under the Judgments Enforcement (Northern Ireland) Order 1981(a).

²⁴³ Una definizione di “execution” valida in questo contesto può essere quella di “The enforcement of the right of judgement creditor .The term is ofet used to mean the recovery of a debt only, especially by the seizure of goods belonging to the debtor under a writ of *fiery facias* or a warrant of execution. In the case of property not subject to ordinary forms of executions, e.g. an interest under a trust, judgement is enforced by means of equitable execution” tratta da Martin, Elizabeth A.,A Dictionary of law, Oxford University press, 2002,p.190. Un'altra soddisfacente nozione è tratta da Burke John, Jowitts dictionary of English law, Sweet and Maxwell limited, London 1977,p.742 secondo cui “execution” è “the last state of a suit whereby judgement is enforces. It is regulated by R.C.S.,Ord.46. The ordinary writs of execution are fiery facias, of passion, of delivery,of sequestration and any further writ in aid of any aforementioned writs”.

²⁴⁴ Process viene definito da Burke John, Jowitts dictionary of English law, Sweet and Maxwell limited, London 1977,p.1438 come “the proceedings in any action or prosecution, real or personal, civil or criminal, from the beginning to the end; strictly the summons by which one is cited into a court, because it is the beginning or principal part thereof by which the rest is directed”.

espressione. Per tale ragione è molto difficile apprezzarne la portata, dal momento che l'unico dato certo è che sia legato al divieto di imporre ostacoli e gravami.

Infatti sia *levy* che *distress* hanno una pluralità di significati, anche in ambito giuridico; in particolare, *levy*, come sostantivo, significa tributo, tassa; *distress*, invece, ha una radice latina e deriva dal verbo latino “distringere” e dal sostantivo “districtio” e può avere una pluralità di significati²⁴⁵. In ogni caso, dal contesto si può dedurre che *levy distress* abbia un significato assimilabile ai precedenti divieti di non iniziare esecuzioni o procedimenti legali sulle scorte.

Inoltre, si può segnalare come l'articolo 11 della stessa legge è rubricato “Protezione delle riserve in una crisi di approvvigionamento petrolifero²⁴⁶,” secondo cui una persona che sa o ha ragione di credere che sia in corso una decisione rilevante non deve impedire il trasferimento, l'uso o il rilascio delle scorte di emergenza detenute dal Regno Unito per conto di un altro Stato membro. In particolare per persona si deve intendere, colui o coloro che hanno ricevuto delle istruzioni da seguire in questa evenienza, conformante a quanto stabilito dalle definizioni riportate nel preambolo²⁴⁷ del medesimo atto legislativo.

Tuttavia, delle indicazioni utili all'interpretazione sul punto provengono dal documento ufficiale del governo inglese²⁴⁸, ove viene affrontato più nel dettaglio il profilo della disponibilità delle scorte.

In particolare, si ricorda come i depositari delle scorte siano tenuti a notificare al Segretario di Stato tutte le circostanze che mettano in pericolo o possano mettere a

²⁴⁵BURKE JOHN, *Jowitts dictionary of English law*, Sweet and Maxwell limited, London 1977,p.630 : a taking, without legal process,of a personal chattel from the possession of a wrongdoer into the hands of a party grieved, as a pledge for the redressing an injury, the performance of a duty or the satisfaction of a demand. Distress is effected by seizing the goods and impounding them or placing them in a pound. Distress also signifies property distrained. Un'altra definizione di “distress” è fornita da MARTIN, ELIZABETH A.,*A Dictionary of law*, Oxford University press, 2002,p.157: The seizure of goods as security for the performance of an obligation. The two principal situations covered by the remedy of distress are between landlord and tenant when the rent is in arrears (distress for rent); and when goods are unlawfully on an occupier's land and have done or are doing damage (distress damage feasant). In the latter case the occupier may detain the chattel until compensation is paid for the damage.

²⁴⁶ Article 11 “Protection of stocks in an oil supply crisis”: A person who knows or has reason to believe that there is in force a relevant decision, must not hinder the transfer, use or release of emergency stocks or specific stocks held within the United Kingdom on behalf of another member State.

²⁴⁷ “P” means a person who has been given a direction

²⁴⁸ Si tratta di “UK emergency oil stock – Guide to measures the UK has adopted to meet its international obligations to maintain emergency oil stocks”, pubblicato dal Department of Energy and Climate Change, version 2, February 2015 .

repentaglio la stessa disponibilità delle scorte²⁴⁹. Tuttavia, la guida effettua anche un elenco esemplificativo delle circostanze che devono essere notificate, in quanto ritenute come ipotesi di rischio, tra cui rientrano anche l'esecuzione di diverse forme di contratto riconducibili a varie forme di garanzia²⁵⁰. Ciò che interessa evidenziare è che si tratta di situazioni che devono essere segnalate e non sono vietate; anzi, per il solo fatto che sono contemplate si può dedurre che sono consentite.

Peraltro, nel prosieguo il documento esemplifica le circostanze che sono ritenute incompatibili con la prescritta disponibilità delle scorte²⁵¹. In particolare, viene richiamata l'ipotesi secondo cui vi sia una garanzia²⁵² che impedisca alla compagnia obbligata di disporre liberamente delle scorte, in particolare di dover chiedere il preventivo consenso ad un terzo per poterne disporre.

L'aspetto più interessante è rappresentato dal fatto che qualora venga iniziata una azione esecutiva sulle scorte, la stessa rimane sospesa, ai sensi della legge inglese, fino alla scadenza dell'obbligo assunto dalla compagnia petrolifera nei confronti del governo inglese di mantenere le scorte²⁵³.

²⁴⁹ Dalla guida di cui sopra si legge: "10.2. Obligated companies are required under their Directions to notify the Secretary of State as soon as reasonably possible in the event of any circumstances which: a) cause or are reasonably likely to cause your United Kingdom stocks to fall below the minimum levels stipulated in this direction; b) are reasonably likely to cause you to cease to produce, supply or use crude liquid petroleum or petroleum products before 10.3. These circumstances include, but are not limited to: a) the commencement of any insolvency proceedings, including in relation to bankruptcy; b) the making of any arrangement or composition with creditors; c) the appointment of a receiver or administrator or any liquidation whether compulsory or voluntary; d) the commencement of execution or other legal process (including the carrying out of diligence), or levying of distress, against United Kingdom stocks; e) the enforcement of any mortgage, charge, lien or other security over United Kingdom stocks. the date on which this direction ceases to have effect."

²⁵⁰ Dovrebbe trattarsi di ipoteca, oneri, prestito e garanzie generali; non viene espressamente richiamato il "pledge";

²⁵¹ The Directive makes clear that the existence of enforcement proceedings against stocks or insolvency proceedings affecting the obligated company (or, if different, the person holding the stocks) may affect the availability of stocks. In particular, the Department considers that stocks should be considered unavailable in the following circumstances: Where execution or similar legal proceedings have been taken which have resulted or are likely to result in the seizure of the company's stocks; Where the stocks are subject to a mortgage, charge, lien or other security, the terms of which could prevent the obligated company from freely disposing of the stocks (for example, where disposal of the stocks would require prior consent from a third party); Where the stocks form part of the assets of a company in respect of which a petition has been presented for winding up in a compulsory liquidation, or a creditors' voluntary resolution for winding up has been made.

²⁵² Anche il questo caso non viene espressamente richiamato il "pledge".

²⁵³ 10.5. However, stocks subject to enforcement action may be considered to remain available for the period of any stay or suspension of action against the stocks obtained from the Courts (for instance, if an application is made under the Insolvency Act 1986 or the civil procedure rules). The obligated company must continue to meet the terms of its Direction at all times, and is responsible for ensuring that it has alternative stockholding arrangements in place in time before the end of the period of any stay or suspension.

§4.3 Germania

La Germania recepisce la direttiva 119/2009/CEE con un'unica legge che è intitolata “*Gesetz zur Neufassung des Erdölbevorratungsgesetzes, zur Änderung des Mineralödatengesetzes und zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes*”²⁵⁴ ed è interamente dedicata al sistema adottato in materia di scorte di petrolio e prodotti petroliferi.

L'articolo 1²⁵⁵ assegna una serie di competenze all'organismo centrale di stoccaggio, denominato “*Erdölbevorratungsverband*”, con sede ad Amburgo. L'organismo di stoccaggio tedesco (EBV) è stato creato nel 1978 a seguito dell'*Erdölbevorratungsgesetz*²⁵⁶ ed è costituito nella forma di società pubblica di cui fanno obbligatoriamente parte tutte le società che producono prodotti petroliferi in modo rilevante a livello domestico o che importano tali prodotti; tali soggetti finanziano EBV attraverso il pagamento di quote di adesione. Tali quote servono a coprire i costi di EBV che sono soprattutto rappresentati dallo stoccaggio del prodotto nelle cisterne e nelle caverne. In caso di scioglimento dell' EBV, le parti non hanno diritto a nessuna forma di liquidazione proprio perché, pur essendo una società, non ha la finalità di lucro e di divisione dei profitti ma al contrario di gestione delle riserve di emergenza.

L'aspetto più interessante è rappresentato dal fatto che l'EBV è proprietario del 90% delle scorte energetiche tedesche e solo il 10% delle stesse è in mano privata, secondo quanto prevista dalla legge tedesca sul punto. Nel caso in cui sia necessario il rilascio delle scorte petrolifere è necessaria l'autorizzazione del Ministro federale dell'economia e della tecnologia; nel caso in cui il Ministro autorizzi il rilascio delle scorte, EBV le mette a disposizione delle società che lo compongono al prezzo di mercato ed in misura proporzionale alla contribuzione delle stesse all'organismo di stoccaggio; le compagnie socie di EBV commercializzano i prodotti ricevuti nell'ambito della procedura di emergenza secondo i consueti canali di vendita.

²⁵⁴ “Legge di sul petrolio che modifica la precedente disposizione sul petrolio e la legge sull'energia”, pubblicata in Bundesgesetzblatt Teil 1 (BGB 1); Number: 4; Pubblicata in data 23 gennaio 2012, pagine 74-89

²⁵⁵ §1 *Bevorratung* : Zur Sicherung der Energieversorgung werden nach Maßgabe dieses Gesetzes Vorräte an Erdöl und Erdölerzeugnissen durch den Erdölbevorratungsverband als zentrale Bevorratungsstelle gehalten.

²⁵⁶ Si tratta della legge sullo stoccaggio del petrolio, tradotto sul sito ufficiale di EDV come *Petroleum stockholding act*

L'EBV effettua lo stoccaggio ed il controllo delle sue scorte energetiche grazie a dei contratti conclusi con delle industrie petrolifere che sono suoi partner. I contratti hanno una durata variabile da 1 a 5 anni, salvo che per il kerosene ove la durata può anche essere più lunga. I contratti non hanno ad oggetto solo lo stoccaggio ma anche la "manutenzione" dei prodotti depositati che devono essere di frequente rinnovati per garantire che siano "funzionali" e conformi alle leggi nel momento in cui vengono rilasciati per l'utilizzo²⁵⁷.

Tanto premesso sull'organizzazione dell'organismo tedesco di stoccaggio, si può soffermare l'attenzione sul testo legislativo.

In particolare, è interessante notare come la legge tedesca sembra denominare le scorte di sicurezza soltanto come "*Vorräte*" e per le scorte specifiche utilizza invece lo stesso lemma utilizzato dall'articolo 5 della direttiva.

In particolare, l'articolo 3 "*Vorräte*" si occupa dell'obbligo di stoccaggio delle scorte di sicurezza, indicandone i requisiti. Tuttavia si noti che l'articolo 3 adotta una denominazione diversa rispetto a quella utilizzata dalla direttiva 119/2009/EC che per indicare le scorte di sicurezza utilizza il termine "*Sichervorräte*". Infatti le scorte di sicurezza sono delle scorte obbligatorie poiché ai sensi dell'articolo 2 c.1 lettera j) della succitata direttiva sono le scorte che ciascuno Stato membro è tenuto a mantenere ai sensi dell'articolo 3, ove vengono indicati i metodi di calcolo.

L'articolo 5 invece si occupa delle scorte specifiche, cioè quelle che possono essere definite come facoltative, in quanto dal combinato disposto dell'articolo 3 c.1 lettera k) e l'articolo 9 emerge che qualora siano previste dallo Stato membro, allora debbano rispettare le condizioni previste dalla direttiva. Si tratta di scorte che hanno ad oggetto solo il petrolio ed i prodotti petroliferi e sono dette specifiche proprio perché includono soltanto una parte delle sostanze ivi elencate, caratterizzate dal fatto di essere prodotti finiti²⁵⁸.

²⁵⁷ Tutte le informazioni finora riportate sono tratte da <http://www.ebv-oil.org/>

²⁵⁸ Si tratta di etano, GPL, benzina per motori, benzina avio, jet fuel di tipo benzina (nafta o JP4) e di tipo cherosene, altro cherosene, gasolio (olio combustibile distillato), olio combustibile (ad alto o basso tenore di zolfo), acqua ragia minerali e benzine speciali, lubrificanti, bitume, cere paraffiniche e coke di petrolio, così come definiti dal Regolamento CE 1099/2008.

La legge tedesca a sua volta indica la composizione delle sue scorte specifiche all'articolo 5 comma 2²⁵⁹, ai sensi del quale vi è benzina, gasolio da riscaldamento extra-leggero e jet fuel di tipo kerosene. I commi 3²⁶⁰, 4²⁶¹ e 5²⁶² sono dedicati ad alcune precisazioni tecniche inerenti il metodo di calcolo delle riserve specifiche. Il comma 6²⁶³ riguarda le modalità di stoccaggio delle riserve specifiche. Il comma 7²⁶⁴ si occupa dei poteri del EBV rispetto alle scorte specifiche. Infine il comma 8²⁶⁵ prevede che le scorte specifiche non possono essere oggetto di pignoramento o di esecuzione forzata. E' interessante come la legislazione tedesca, similmente a quella italiana, preveda espressamente che le scorte siano impignorabili. E' singolare che il legislatore tedesco preveda l'impignorabilità soltanto per le scorte specifiche e non anche per quelle d'emergenza.

La scelta del legislatore tedesco sembra emergere nella relazione di accompagnamento alla legge²⁶⁶ ove si risulta che l'articolo 5 comma 8 si pone come recepimento

²⁵⁹ (2) Die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie nach Absatz 1 Satz 3 festgelegte Anzahl an Bevorratungstagen spezifischer Vorräte stellt ein Mindestniveau dar. Dieses Mindestniveau gilt in gleicher Weise für 1. Ottokraftstoff, 2. Dieselmotorenkraftstoff und Heizöl Extra Leicht sowie für 3. Flugturbinenkraftstoff auf Petroleumbasis, sofern diese als spezifische Vorräte ausgewählt wurden.

²⁶⁰ (3) Die Summe der Rohöläquivalente der im Inland (3) Die Summe der Rohöläquivalente der im Inlandverbrauchten Mengen an Erdölzeugnissen, die als spezifische Vorräte ausgewählt wurden, muss in dem Kalenderjahr vor dem Bevorratungszeitraum mindestens 75 Prozent des Rohöläquivalents des Inlandsverbrauchs nach Absatz 4 ausmachen. Bei der Berechnung der in Satz 1 genannten Mengen gilt § 3 Absatz 5 entsprechend. Die in Satz 1 genannten Rohöläquivalente ergeben sich durch Multiplikation der jeweiligen Mengen an Erdölzeugnissen mit dem Faktor 1,2.

²⁶¹ (4) Der Inlandsverbrauch an Erdölzeugnissen ist die Summe des Aggregats „Erfasste Bruttoinlandslieferung“ gemäß Anhang C Abschnitt 3.2.1 der Verordnung (EG) Nr. 1099/2008 lediglich der Erzeugnisse Motorenbenzin, Flugbenzin, Flugturbinenkraftstoff (auf Naphthabasis oder JP4), Flugturbinenkraftstoff auf Petroleumbasis, sonstiges Kerosin, Dieselöl/Gasöl (destilliertes Heizöl) und Heizöl (mit hohem oder niedrigem Schwefelgehalt) gemäß Anhang B Abschnitt 4 der Verordnung (EG) Nr. 1099/2008. Bestände zur Bebunkerung der internationalen Seeschifffahrt werden nicht berücksichtigt.

²⁶² (5) Die Anzahl der Bevorratungstage der einzelnen gehaltenen spezifischen Vorräte errechnet sich aus dem Quotienten des Rohöläquivalents dieser Vorräte und dem Rohöläquivalent des tagesdurchschnittlichen Inlandsverbrauchs dieser Erdölzeugnisse in dem Kalenderjahr vor dem Bevorratungszeitraum.

²⁶³ (6) Spezifische Vorräte sind in Vorratsbehältern von Raffinerien, in Tanklagern an Rohrleitungen, in Umschlaglagern für nicht abgefülltes Öl oder in Kavernen zu halten.

²⁶⁴ (7) Der Erdölbevorratungsverband hat das Mindestniveau an spezifischen Vorräten nach Absatz 2 während des gesamten gemäß § 36 Absatz 4 mitgeteilten Zeitraums zu halten. Er darf das Mindestniveau nur dann vorübergehend unterschreiten, wenn dies auf Grund einzelner Wiederbeschaffungsmaßnahmen einschließlich Austauschmaßnahmen zur Qualitätserhaltung oder zur Anpassung der Vorräte an geänderte Spezifikationen oder Verbrauchsstrukturen geschieht.

²⁶⁵ Spezifische Vorräte, die im Geltungsbereich dieses Gesetzes gehalten oder transportiert werden, unterliegen weder der Pfändung noch sonstigen Maßnahmen der Zwangsvollstreckung

²⁶⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung des Erdölbevorragungsgesetzes und zur Änderung des Mineralölsteuergesetzes, veröffentlicht am 5. Oktober 2011 (Drucksache 17/7273)

dell'articolo 10 della direttiva²⁶⁷. L'articolo 10 della direttiva è specificamente dedicato alla gestione delle scorte specifiche di petrolio e prevede che siano adottate “le misure necessarie per garantire un'immunità incondizionata contro misure di esecuzione a tutte le scorte specifiche”. Quindi, il legislatore tedesco ha previsto l'impignorabilità delle scorte specifiche come misura per garantire la c.d. “immunità incondizionata” ed ha adottato la misura dell'impignorabilità solo per le scorte specifiche e non anche per le scorte di sicurezza. In tal modo ha ritenuto che ai fini della loro disponibilità non serve dichiararle impignorabili. Infatti, rispetto alle scorte di sicurezza, non solo non le ha dichiarate impignorabili, ma non sembra aver adottato alcuna altra misura specifica rispetto alla disponibilità delle stesse.

§4.4 L'Austria

La disciplina legislativa adottata dall'Austria è particolarmente interessante, soprattutto alla luce delle considerazioni svolte sulla disciplina tedesca.

Il diritto civile austriaco presenta numerose somiglianze con quello tedesco²⁶⁸ anche se i due Stati hanno effettuato delle scelte molto differenti rispetto al recepimento della Direttiva. Il quadro legislativo austriaco risulta essere più articolato poiché è caratterizzato da due leggi coeve, del 2012, ove la prima riguarda esclusivamente il recepimento della direttiva 119/2009/CE e la si può tradurre come “legge sulle scorte”; mentre la seconda²⁶⁹, c.d. “legge sull'energia”, riguarda più in generale l'approvvigionamento energetico austriaco, secondo una prospettiva squisitamente nazionale. Entrambe le leggi in considerazione, sono delle leggi costituzionali ed alla luce dell'ordinamento austriaco sono caratterizzate da una particolare resistenza al

²⁶⁷ A pagina 28 della suddetta relazione si legge: “Zu Absatz 8. Mit dieser Vorschrift wird Artikel 10 Absatz 3 der Richtlinie umgesetzt, nach der für alle spezifischen Vorräte unbedingte Immunität gegenüber jeglichen Vollstreckungsmaßnahmen zu gewährleisten ist.“

²⁶⁸ Posch Willibald, *Contract law in Austria*, Wolter&Kluwer, 2015, p.27 e seguenti, ove si evidenzia come l'Austria era una gran parte del Sacro Romano impero di Germania, tanto che si può certamente affermare che il diritto austriaco appartenga alla famiglia di diritto Tedesco. Nonostante ciò, il codice austriaco è stato refatto prima di quello tedesco e già nel 1811 era in vigore il codice civile, secondo un impianto c.d. pre pandettistico; il codice del 1811 è ancora oggi in vigore per quanto circa la metà delle sue disposizioni sono state modificate perché risentivano di un impianto pre-industriale.

²⁶⁹ Bundesgesetz über Lenkungsmaßnahmen zur Sicherung der Energieversorgung (Energienkungsgesetz 2012 – EnLG 2012) ossia Legge federale sulle misure di controllo per la sicurezza dell'approvvigionamento energetico

giudizio dicostituzionalità²⁷⁰, così come emerge dal primo articolo, contenuto in forma identica in ciascuna delle due leggi²⁷¹. L'articolo 2 dell'*Energielenkungsgesetz* si auto-dichiara come l'atto di recepimento di due direttive europee ed un regolamento, riguardanti rispettivamente il mercato del gas, dell'energia elettrica e le misure per l'approvvigionamento del gas²⁷².

L'*Energielenkungsgesetz* è composto da diverse sezioni riguardanti i combustibili solidi e liquidi²⁷³, la fornitura di energia elettrica²⁷⁴ e l'approvvigionamento del gas²⁷⁵.

Nella sezione seconda, quella dedicata anche ai combustibili liquidi, dal combinato disposto degli articoli 7 ed 8 emerge che le misure previste da questa legge non interferiscono con quelle in materia di scorte d'emergenza; in particolare, per quanto l'articolo 7²⁷⁶ preveda che possano esservi delle misure di controllo dell'energia, che possano spingersi fino a limitazioni al diritto all'accesso alle fonti di energia ed al sequestro dei carburanti, successivamente l'articolo 8²⁷⁷ precisa che tali misure non

²⁷⁰ Infatti, la Corte Costituzionale austriaca, di regola, può scrutinare solo disposizioni di legge ordinaria e non ha competenza sulle leggi costituzionali; cfr. POSCH WILLIBALD, *Contract law in Austria*, Wolter&Kluwer, 2015, p.32 ove letteralmente dice: "The Court was created to ensure that conflicts concerning questions of constitutional law be decided by an independent judicial body. In particular, it lies with this Court to examine whether a regular statute complies with the constitutional order and scrutinize in a given case if a constitutionally protected fundamental right is violated by a state authority".

²⁷¹ La formulazione è identica in entrambi i testi legislativi: *Verfassungsbestimmung § 1. (Verfassungsbestimmung) Die Erlassung, Aufhebung und Vollziehung von Vorschriften, wie sie in diesem Bundesgesetz enthalten sind, sind auch in den Belangen Bundessache, hinsichtlich derer das Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. Nr. 1/1930 (B-VG), etwas anderes vorsieht. Die in diesen Vorschriften geregelten Angelegenheiten können – unbeschadet der Stellung des Landeshauptmannes gemäß Art. 102 Abs. 1 des B-VG – nach Maßgabe des § 7 Abs. 6 von Einrichtungen der gesetzlichen Interessenvertretungen im übertragenen Wirkungsbereich sowie von der E-Control, den Regelzonenführern und den Verteilergiebtsmanagern unmittelbar besorgt werden.*

²⁷² § 2. Durch dieses Gesetz werden 1. die Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. Nr. L 211 vom 14.08.2009 S. 55, und 2. die Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. Nr. L 211 vom 14.08.2009 S. 94, umgesetzt sowie die in der Verordnung (EU) Nr. 994/2010 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Erdgasversorgung und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/67/EG des Rates, ABl. Nr. L 295 vom 12.11.2010 S. 1, der Durchführung durch die Mitgliedstaaten vorbehaltenen Bestimmungen durchgeführt.

²⁷³ *Lenkungsmaßnahmen für feste und flüssige Energieträger*

²⁷⁴ *Lenkungsmaßnahmen zur Sicherung der Elektrizitätsversorgung*

²⁷⁵ *Lenkungsmaßnahmen zur Sicherung der Erdgasversorgung*

²⁷⁶ §7.(1) *Energieträger, die Lenkungsmaßnahmen unterzogen werden können, sind: 1. Erdöl und Erdölprodukte; 2. sonstige flüssige Brenn- und Treibstoffe, ausgenommen betrieblich anfallende Abfallstoffe; 3. feste fossile Brennstoffe. (2) Der Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend kann, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 zutreffen, nach den Bestimmungen des § 4 Abs. 2 bis Abs. 4 durch Verordnung folgende Lenkungsmaßnahmen für Energieträger vorsehen: 1. Verfügungs-, Zugriffs- und Beschlagnahmrechte für Energieträger (§ 8);(etc)*

²⁷⁷ *Verfügungs-, Zugriffs- und Beschlagnahmrechte § 8. Maßnahmen gemäß § 7 Abs. 2 Z 1 haben sich zunächst auf die nach anderen Rechtsvorschriften gebildeten Pflichtnotstandsreserven an*

riguardano le riserve di emergenza e sono indipendenti, oltre che precedenti, all'uso delle riserve stesse.

Al contrario, l'*Erdölbevorrattungsgesetz* è la legge che direttamente recepisce la direttiva 2009/119/CEE²⁷⁸.

La struttura utilizzata da questa legge è simile a quella di altri Paesi, a cominciare dalla Germania. Tuttavia, si può soffermare l'attenzione su due principali profili.

Il primo è di carattere organizzativo, nel senso che l'Austria, avvalendosi di una facoltà concessa dalla direttiva, ha concluso un accordo con l'Italia, la quale detiene, alle condizioni previste dalla stessa legge, una parte delle sue scorte in virtù di un accordo richiamato dall'articolo 9 comma 4²⁷⁹ che prevede la loro detenzione e l'eventuale immediata disponibilità attraverso il trasporto per mezzo di un oleodotto italiano ed il passaggio su quello austriaco .

Il secondo profilo di interesse emerge dall'articolo 7 comma 1²⁸⁰ che può essere individuato come l'articolo in cui sono adempiuti gli obblighi europei previsti dall'articolo 5 della direttiva, inerente la disponibilità delle scorte. L'articolo 7 prevede che l'obbligo di detenere le scorte di sicurezza possa essere adempiuto in modi differenti cioè attraverso il diretto impegno dello Stato, con la stipulazione di accordi con altri Stati Europei o grazie anche a dei contratti con soggetti privati, siano essi compagnie petrolifere o semplicemente dei depositari del prodotto che costituisce scorta.

Energieträgern zu beziehen. Wenn es sich als unabdingbar erweist, können sie auch Transportmittel, Lagereinrichtungen und Verteilungseinrichtungen für Energieträger umfassen.

²⁷⁸ §2. Durch dieses Gesetz wird die Richtlinie 2009/119/EG zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Mindestvorräte an Erdöl und/oder Erdölzeugnissen zu halten, ABl. Nr. L 265 vom 09.10.2009 S. 9, umgesetzt.

²⁷⁹ *Zentrale Bevorrattungsstelle 4) Die ZBS hat dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend über Aufforderung jederzeit nachzuweisen, dass die in Triest gelagerten Rohölbestände ständig verfügbar sind und über das Pipelinesystem der TAL und der Adria-Wien Pipeline GmbH (AWP) innerhalb angemessener Zeit in das Inland gebracht werden können. Tratta del medesimo accordo anche il quinto comma: (5) Der Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend kann die Ermächtigung zur Lagerung von Rohölbeständen in Tanklager Triest bescheidmäßig aufheben, wenn die ZBS den ihr gemäß Abs. 3 und 4 auferlegten Verpflichtungen nicht nachkommt.*

²⁸⁰ *Erfüllung der Vorratspflicht §7. (1) Die Vorratspflicht kann nach Wahl des Vorratspflichtigen auf folgende Weise erfüllt werden: 1. durch Haltung von Pflichtnotstandsreserven durch den Vorratspflichtigen; 2. durch gemeinsame Haltung von Pflichtnotstandsreserven durch zwei oder mehrere Vorratspflichtige; 3. durch privatrechtlichen Vertrag, der den Vertragspartner verpflichtet, eine bestimmte Menge an Erdöl oder Erdölprodukten, Biokraftstoffen oder Rohstoffen zur direkten Erzeugung von Biokraftstoffen zur Verfügung zu halten, wobei sich diese Mengen entweder im Eigentum des Vorratspflichtigen oder des Vertragspartners befinden müssen. 4. durch Übernahme der Vorratspflicht durch Lagerhalter gemäß § 8.*

In particolare, la possibilità di stipulare un contratto per adempiere all'obbligo europeo è contemplato dall'articolo 7 comma 1 n°3 ove si prevede che una delle due parti che stipula il contratto debba essere necessariamente proprietario del petrolio o dei prodotti che si impegna a mettere a disposizione. La stessa formulazione di questo periodo è molto generica, proprio perché si parla semplicemente di contraenti. Tuttavia, dal contesto si può dedurre che una parte sia il soggetto tenuto ad adempiere alla direttiva, cioè lo Stato austriaco o comunque l'Autorità specificamente designata; l'altra parte deve necessariamente essere un soggetto del settore petrolifero che sia in grado adempiere all'obbligazione, cioè un produttore, un raffinatore, un importatore o un depositario, secondo le classificazioni richiamate nella medesima legge.

Il secondo comma prevede ulteriori requisiti, consistenti nella durata minima del contratto individuata in un anno; nella comunicazione al Ministero competente; nella dimensione minima di 500 metri cubi del deposito presso cui sono conservate le scorte; nel divieto di prevedere clausole di cessione a terzi.

Alla luce dell'analisi testuale delle disposizioni di legge riguardanti la direttiva 119/2009/CE, emerge che non vi è un riferimento né esplicito né implicito al divieto di apporre ostacoli e gravami.

In particolare, al contrario di quanto avviene nella legislazione italiana, non viene riprodotto testualmente il "divieto di apporre ostacoli e gravami" posto dall'articolo 5 della direttiva, né vengono usati sinonimi o perifrasi dal significato equivalente.

Il divieto di ostacoli e gravami non viene in rilievo nemmeno implicitamente, in quanto non si riscontrano nel testo legislativo dei divieti che siano connessi a quello di apporre ostacoli e gravami come un divieto di concederle in pegno o una disposizione che le dichiari espressamente impignorabili, similmente al testo legislativo italiano.

Infatti, la legislazione austriaca conosce sia l'istituto del pegno che la categoria dell'impignorabilità.

Per quanto riguarda il pegno, la disciplina generale si rinviene nel codice civile austriaco (ABGB) ove al §447 dell'ABGB definisce le garanzie reali²⁸¹ nell'ambito della sezione dedicata alla proprietà. La disciplina del sesto capitolo "Von dem Pfandrecht" conta trentadue articoli tra cui si può ricordare il §448 "Arten des Pfandes" ove si distingue tra garanzia reale su bene mobile che può essere rappresentata da

²⁸¹ "Begriff von dem Pfandrecht und Pfand"

“Handpfand” o da “Pfand in enger Bedeutung genannt” e garanzia su bene immobile che può essere o un “Hypothek” o un “Grundpfand”²⁸².

Peraltro, anche la disciplina codicistica del pegno austriaco e tedesca sono tra loro molto simili.

Tuttavia una differenza si riscontra rispetto all’istituto del “Sicherungsübereignung”, un istituto che nasce nella giurisprudenza tedesca²⁸³ come una forma di pegno ove viene trasferita la proprietà, in luogo del possesso. Tale istituto si è diffuso particolarmente nella prassi, tanto da confinare l’utilizzo del contratto di pegno²⁸⁴. Infatti, il “Sicherungsübereignung” è particolarmente vantaggioso per il creditore nella misura in cui consegue il diritto di proprietà pur senza il possesso²⁸⁵; inoltre, il mancato conseguimento del possesso rappresenta un vantaggio per tutti i creditori professionali ove il possesso rappresenterebbe in primo luogo un aggravio di spese.

Al contrario, la giurisprudenza austriaca, pur riconoscendo l’istituto del “Sicherungsübereignung” ritiene che, nonostante il creditore consegua il diritto la

²⁸²ESCHIG PETER ANDREAS, *ABGB – The Austrian Civil Code*, LexisNexis, 2013 traspone in inglese la rubrica del §447 come “*Definition of the pledge and the pledged asset*” e le garanzie reali su beni mobile rispettivamente come “*pledge of movables*” e “*pledge in a narrow meaning*”; mentre le garanzie reali su immobile come “*mortgage*” e “*real security*”.

²⁸³REIMANN M.-ZEKOLL J., *Introduction to German law*, Verlag C.H. Beck München, 2005, p. 245: “*Sections 929 sentence 1, 930 BGB enable the debtor to transfer his title for the purpose of securing his debt without an actual transfert of possession by entering into an agreement to retain physical custody for a limited period of time on behalf of the creditor as the new owner. With claims serving as a security, the right of assignement allows the passing of title to the creditor by means of simple contractual agreement (§398BGB), without disclosure of this legal act to the third part debtor (Sicherungsabtretung or Sicherungzession, i.e. security assignement). Both acts may take place even before the debtor himself has acquired the collateral although they can become effective only when the debtor acquires it.*”

²⁸⁴Cfr. REIMANN M.-ZEKOLL J., *Introduction to German law*, Verlag C.H. Beck München, 2005, p. 244: “*As to banks, the right of pledge is designed in §1204-1296 BGB fails to meet practical needs both with respect to things and rights. The requirement that possession of personal property actually pass in order to establish a Pfandreht is highly impractical, and so is the need to disclose the existence of a Pfandreht on a debtor’s claims against a third party to a third party debtor (§1280 BGB). The legal dependency of the pledge on the existence of a claim to be secured is disadvantageous in case of long-term credit relations with varying levels of credit. Futhermore, the rigid and cumbersome rules governing the sale of pledged property (§1233-1246 BOB) are an obstacle to achieving market prices. In practice, these drawbacks have to led to a widespread avoidance of pledges in favour of transfers of title of movable goods (Sicherungsübereignung, i.e., security transfer). The security effect for the creditor is threefold. Being the new owner or the new creditor vis-à-vis the third party debtor, he can sell the object or enforce the claim if his debtor fails to pay. In the case of his debtor’s insolvency, the creditor can seek a preferential treatment on his security by means of selling the object or by proceedings directly against the third party debtor; however in the contest of insolvency proceedings, both the sale of movables and the claim and enforcement of against their party debtors is to be carried out of trustee.*”

²⁸⁵REIMANN M.-ZEKOLL J., *Introduction to German law*, Verlag C.H. Beck München, 2005, p. 245: “*The debtor promises and transfer sto his creditor certain movable goods in accordante with §§929, 930 BGB, or right sto be acquired in the furure.(...)As long as the debtor is not in default, the creditor promises not to make use of his title. However, as sessed previously, due to the merely obligatory nature of the promise, any acts in violation of this promise may well be valid in relation to third parties.*”

proprietà, in ogni caso debba conseguire anche il possesso perché la caratteristica peculiare del pegno è proprio lo spossessamento²⁸⁶.

Infatti, la legge austriaca conosce soltanto forme di pegno con spossessamento²⁸⁷ e non sono possibili nemmeno forme di garanzie rotative²⁸⁸.

Tanto premesso sulle garanzie reali e sulla loro disciplina nel codice austriaco, si può altresì notare come il diritto austriaco conosca la categoria dei beni impignorabili i quali sono disciplinati agli articoli 250 e seguenti del c.d. codice delle esecuzioni (EO)²⁸⁹.

In particolare, l'articolo 250EO²⁹⁰ corrisponde all'articolo 514 del codice di procedura civile italiano, poiché vengono qualificati come impignorabili alcuni beni

²⁸⁶ Infatti, in GRABENWARTER C.- SCHAUER M., *Introduction to the Law of Austria*, Wolters&Kluwer, 2015 p. 138 si può leggere: "Outside the wording of the ABGB, but firmly embedded in practice Austrian law knows other important security options, such as the transfer of ownership for security reason (*Sicherungsübereignung*), whereby creditor become the full legal owner of the object serving as security but is under a fiduciary duty to transfer ownership back once the debt is paid off. While no registration of that security right is necessary as in other jurisdictions, chattel has to be handed over to the creditor physically and cannot remain with the debtor for reason of publicity."

²⁸⁷ GRABENWARTER C.- SCHAUER M., *Introduction to the Law of Austria*, Wolters&Kluwer, 2015 p. 139: "For reasons of publicity, the only valid *Modus* for movable objects is to physically hand them over to the creditor or a third party on behalf of the latter (§451 paragraph 1 ABGB), which means that the so-called *Besitzkonstitut* (where the object would remain with the person providing the security) does not suffice as a mode of transfer. Due to this *Faustpfandprinzip* (principle of of possessory pledge), the security interest lapses once the object returns to the pledgor (§467 ABGB).

²⁸⁸ GRABENWARTER C.- SCHAUER M., *Introduction to the Law of Austria*, Wolters&Kluwer, 2015 p. 139: "Also, it is impossible to provide a security right in bulk items as such or in the debtor's assets as a whole (*specialty principle* or *Spezialitätgrundsatz*), so floating charges are no option under Austrian law"; in realtà, dalla citazione riportata, il divieto di pegno rotativo è collegato alla violazione del principio di specialità del pegno, principio presente anche nella legislazione italiana, che, tuttavia, conosce alcune eccezioni. In ogni caso è vero che nel pegno rotativo può risultare difficoltoso procedere allo spossessamento poiché la rotazione dell'oggetto del pegno e la necessità di privarne del possesso il debitore renderebbe necessarie più sostituzioni del bene (con i relativi tempi e costi da affrontare), oltre che in alcuni casi non avrebbe senso procedere allo spossessamento.

²⁸⁹ *Exekutionsordnung* (EO), RGBl 1896/79 ove sono indicati sia i beni impignorabili nell'ambito della parte dedicata alla procedura esecutiva.

²⁹⁰ §250 „*Unpfändbare Sachen*“. *Unpfändbar sind: 1. die dem persönlichen Gebrauch oder dem Haushalt dienenden Gegenstände, soweit sie einer bescheidenen Lebensführung des Verpflichteten und der mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienmitglieder entsprechen oder wenn ohne weiteres ersichtlich ist, daß durch deren Verwertung nur ein Erlös erzielt werden würde, der zum Wert außer allem Verhältnis steht; 2. bei Personen, die aus persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, sowie bei Kleingewerbe treibenden und Kleinlandwirten die zur Berufsausübung bzw. persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstände sowie nach Wahl des Verpflichteten bis zum Wert von 750 Euro die zur Aufarbeitung bestimmten Rohmaterialien; 3. die für den Verpflichteten und die mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienmitglieder auf vier Wochen erforderlichen Nahrungsmittel und Heizstoffe; 4. nicht zur Veräußerung bestimmte Haustiere, zu denen eine gefühlsmäßige Bindung besteht, bis zum Wert von 750 Euro sowie eine Milchkuh oder nach Wahl des Verpflichteten zwei Schweine, Ziegen oder Schafe, wenn diese Tiere für die Ernährung des Verpflichteten oder der mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienmitglieder erforderlich sind, ferner die Futter- und Streuvorräte auf vier Wochen; 5. bei Personen, deren Geldbezug durch Gesetz unpfändbar oder beschränkt pfändbar ist, der Teil des vorgefundenen Bargelds, der dem unpfändbaren, auf die Zeit von der Vornahme der Pfändung bis zum nächsten Zahlungstermin des Bezugs entfallenden Einkommen*

fondamentali per la sussistenza del debitore; l'articolo 251EO²⁹¹ dispone l'impignorabilità relativa di alcuni oggetti sacri per ragioni di "pietas" legati alla religione. Tuttavia, ciò che qui interessa è proprio il fatto che tale categoria non è in alcun modo richiamata dalla legge austriaca di recepimento della direttiva 119/2009/CEE; così come non è richiamato il divieto di costituire un pegno o una garanzia reale, fermo restando che, come appena visto, dovrebbe esserci lo spopolamento del bene concesso in garanzia. Inoltre, non è imposto espressamente neppure un obbligo di risultato alle compagnie che devono detenere le scorte, per quanto emerga che le stesse devono essere immediatamente disponibili. Così, l'unica prescrizione funzionale all'attuazione dell'articolo 5 della direttiva è il divieto in capo al depositario privato delle scorte di cederle a terzi.

§4.5 Belgio

La legislazione belga in materia di scorte petrolifere può essere segnalata poiché presenta degli aspetti in comune alla legge italiana, si discosta per alcuni aspetti dalla direttiva europea ed affronta espressamente il nodo delle garanzie reali.

Il Belgio ha recepito la direttiva 119/2009/EC con un lieve ritardo rispetto al termine imposto dalla Commissione europea, grazie ad una legge del 13 giugno 2016, c.d. "legge che modifica la legge del 26 gennaio 2006 relativa alla detenzione delle riserve obbligatorie di petrolio e di prodotti petroliferi e la creazione di un'agenzia per la gestione di una parte di queste scorte e che modifica la legge del 10 giugno 1997

entspricht; 6. die zur Vorbereitung eines Berufs erforderlichen Gegenstände sowie die Lernbehelfe, die zum Gebrauch des Verpflichteten und seiner im gemeinsamen Haushalt mit ihm lebenden Familienmitglieder in der Schule bestimmt sind; 7. die zum Betrieb einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Warenvorräte, unbeschadet der Zulässigkeit der Zwangsverwaltung dieses Betriebs; 8. Hilfsmittel zum Ausgleich einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung oder einer Sinnesbehinderung und Hilfsmittel zur Pflege des Verpflichteten oder der mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienmitglieder sowie Therapeutika und Hilfsgeräte, die im Rahmen einer medizinischen Therapie benötigt werden; 9. Familienbilder mit Ausnahme der Rahmen, Briefe und andere Schriften sowie der Ehering des Verpflichteten. (2) Das Vollstreckungsorgan hat Gegenstände geringen Werts auch dann nicht zu pfänden, wenn offenkundig ist, daß die Fortsetzung oder Durchführung der Exekution einen die Kosten dieser Exekution übersteigenden Ertrag nicht ergeben wird.

²⁹¹ §251 "Unpfändbar sind weiter" 1. Gegenstände, die zur Ausübung des Gottesdienstes einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft verwendet werden, 2. Kreuzpartikel und Reliquien mit Ausnahme ihrer Fassung. (2) Bei einer Exekution auf die Fassung von Kreuzpartikeln und Reliquien darf die Authentika nicht verletzt werden.

relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accise²⁹²”.

Per quanto il recepimento sia avvenuto attraverso un complesso sistema di novelle e modifiche legislative²⁹³, il nucleo fondamentale della direttiva è stato recepito dalla legge del 13 giugno 2013 che all'articolo 10 si occupa delle scorte obbligatorie, che non sono altro, secondo la terminologia utilizzata dalla direttiva, le c.d. scorte di sicurezza. L'articolo 10 della legge del 13 giugno 2013 sostituisce l'articolo 9 della summenzionata legge del 26 gennaio 2006.

In particolare, l'articolo 10²⁹⁴ al primo comma dispone che le scorte obbligatorie possono essere detenute sia dai singoli soggetti obbligati che dall'“Apetra”, l'organismo di stoccaggio belga e possono essere di proprietà sia dei titolari dell'obbligo di mantenere la riserva che della stessa “Apetra”, secondo il modello adottato dalla maggior parte degli Stati membri, secondo il quale le riserve possono essere sia in manopubblica, per mezzo di un apposito organismo, che in mano privata, cioè di proprietà dei soggetti obbligati (e talvolta anche di terzi).

Il §2 dell'articolo 10 è particolarmente interessante in quanto recepisce il nucleo fondamentale dell'articolo 5 della Direttiva 119/2009/CE. Infatti, il primo periodo

²⁹² „Loi modifiant la loi du 26 janvier 2006 relative à la détention des stocks obligatoires de pétrole et des produits pétroliers et à la création d'une agence pour la gestion d'une partie de ces stocks et modifiant la loi du 10 juin 1997 relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accises“ pubblicato a cura del service public federal économie, p.m.e., classes moyennes et énergie sul *Moniteur Belge*, in data 25 giugno 2013 alle pagine 40302-40311

²⁹³ *Prorogation de plein droit du contrat de gestion entre l'Etat belge et la société anonyme de droit public à finalité sociale « APETRA »*. Official publication: *Moniteur Belge*; Publication date: 2012-04-04; Page: 21273-21273; *Loi modifiant la loi du 26 janvier 2006 relative à la détention des stocks obligatoires de pétrole et des produits pétroliers et à la création d'une agence pour la gestion d'une partie de ces stocks et modifiant la loi du 10 juin 1997 relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accises* Official publication: *Moniteur Belge*; Publication date: 2013-06-25; Page: 40302-40311; *Loi portant insertion du Livre XVIII "Instruments de gestion de crise" dans le Code de droit économique et portant insertion des dispositions d'application de la loi propres au livre XVIII, dans le livre XV du Code de droit économique*. Official publication: *Moniteur Belge*; Publication date: 2014-04-29; Page: 35198-35200

²⁹⁴ Articolo 10 : L'article 9 de la même loi, modifié par la loi du 4 mai 2007, est remplacé par ce qui suit : "Art. 9. § 1er. Les stocks obligatoires qui sont détenus pour couvrir une obligation de stockage individuelle ou qui sont mis à disposition d'APETRA sont la propriété des assujettis au stockage ou de l'entreprise qui met à disposition. § 2. Les stocks obligatoires sont, en cas de crise d'approvisionnement, en permanence disponibles et physiquement accessibles. Les stocks obligatoires sont insaisissables par des tiers. Ils ne peuvent pas être grevés d'une sûreté réelle ou personnelle, sauf quand ils servent comme garantie pour le financement de la somme d'achat du produit à concurrence du volume détenu comme stock obligatoire. En cas de stocks mis à disposition d'APETRA, cette sécurité ne peut néanmoins pas nuire au droit d'APETRA d'acheter ces stocks en cas d'une crise d'approvisionnement. § 3. Les stocks spécifiques de la Belgique ou d'un autre Etat membre maintenus ou transportés sur le territoire belge bénéficient d'une immunité inconditionnelle contre des mesures d'exécution."

dispone che, in caso di crisi le scorte debbano essere permanentemente disponibili e fisicamente accessibili; già nel primo periodo si possono riscontrare delle lievi ma sostanziali differenze tra il testo legislativo belga e la direttiva europea. Infatti ai sensi della direttiva europea, la disponibilità delle scorte di sicurezza deve essere garantita in qualsiasi momento; al contrario, la legge belga prevede la disponibilità e l'accessibilità permanente delle scorte solo in caso di crisi.

Il secondo periodo del §2 risulta essere ancora più interessante poiché in primo luogo dispone che le scorte di sicurezza siano impignorabili da parte dei terzi²⁹⁵; in secondo luogo, prevede il divieto che siano gravate da garanzie reali o personali salvo il caso in cui le stesse servano come garanzia per ottenere il finanziamento per l'acquisto del prodotto destinato a divenire scorta, fino alla concorrenza della quantità necessaria per costituire le scorte obbligatorie²⁹⁶. Il §2 termina imponendo un'altra limitazione alla possibilità per i terzi di concedere garanzie sulle scorte; tale limitazione è volta a garantire che "Apetra" non subisca alcun nocumento nell'eventuale utilizzo delle scorte che non siano di sua proprietà ma siano solo nella sua disponibilità²⁹⁷.

Infine il §3 riguarda le scorte specifiche detenute dal Belgio o che transitano sul territorio belga, che beneficiano di un'immunità incondizionata dall'esecuzione, secondo quanto previsto dall'articolo 10 della direttiva.

Come anticipato nell'incipit, il §2 dell'articolo 10 dichiara le scorte obbligatorie come impignorabili da parte dei terzi; è interessante notare come sia specificato che le scorte siano impignorabili solo per i terzi, poiché si tratta di una precisazione singolare che non compare né nella legge italiana né in quella tedesca, che, al pari di quella belga, prevede l'impignorabilità delle scorte. Peraltro si noti che ai sensi della legge italiana sono impignorabili sia le scorte di sicurezza che quelle specifiche; ai sensi della legge tedesca sono impignorabili solo le scorte specifiche; infine, la legge belga dichiara, di regola, impignorabili le scorte di sicurezza. Sul punto non risultano determinanti i lavori preparatori²⁹⁸ della legge belga; infatti nella parte in cui sono riportati i chiarimenti circa

²⁹⁵ Articolo 10, §2, primo periodo: *Les stocks obligatoires sont insaisissables par des tiers.*

²⁹⁶ Articolo 10, §2, secondo periodo *"Ils ne peuvent pas être grevés d'une sûreté réelle ou personnelle, sauf quand ils servent comme garantie pour le financement de la somme d'achat du produit à concurrence du volume détenu comme stock obligatoire."*

²⁹⁷ Articolo 10, §2, terzo periodo: *"En cas de stocks mis à disposition d'APETRA, cette sécurité ne peut néanmoins pas nuire au droit d'APETRA d'acheter ces stocks en cas d'une crise d'approvisionnement."*

²⁹⁸ *Project de loi modifiant la loi du 26 janvier 2006 relatif à la détention des stocks obligatoires de pétrole et des produits pétroliers et à la création d'une agence pour la gestion d'une partie de ces stocks*

la formulazione dell'articolo 10, il progetto della Camera dei Rappresentanti spiega che la formulazione proposta risulta più comprensibile rispetto al testo originale²⁹⁹. Il testo originale è quello del progetto reale³⁰⁰; infatti, se si ripercorre a ritroso l'iter legislativo dell'attuale legge in vigore, si può notare come nella formulazione proposta dal progetto di legge del Re Alberto viene fatto un riferimento alle “*sécurité commerciale*” invece che alle garanzie reali³⁰¹.

Peraltro l'uso della dizione “*sécurité commerciale*” in luogo di “*sûreté réelle*” non viene preso in considerazione dal parere del Consiglio di Stato³⁰² e viene modificato soltanto successivamente dalla Camera dei Rappresentanti. Infine è interessante notare che l'attuale formulazione dell'articolo 9 si limita a riprodurre l'articolo 10 della c.d. Loi Apetra, cioè la legge del 2006, formulata sotto la vigenza delle regole dell'Agenzia Internazionale dell'Energia.

Per tale motivo, per comprendere in quali casi le scorte siano pignorabili, uno spunto può probabilmente derivare dal seguito del §2, ove viene stabilito un parziale divieto di concedere garanzie personali o reali sulle scorte. Infatti, così come risulta dal secondo periodo del §2, si possono stipulare dei contratti di garanzia solo quando servono al finanziamento delle scorte. In tal caso, il creditore, nella sua qualità di parte del

et modifiant la loi du 10 juin 1997 relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accises publié dans le Doc 53 5690/001, Chambre de Représentants de Belgique, 8 Mars 2013.

²⁹⁹ A pagina 9 del suddetto progetto di legge, si può leggere: “*Article 10. La disposition selon laquelle les stocks destinés à couvrir une obligation individuelle et les stocks mis à disposition d'APETRA, doivent être en propriété de l'entreprise et le fait que les stocks obligatoires ne sont pas susceptibles d'être saisis par des tiers sont déjà fixés dans la loi-APETRA. Les paragraphes 1er et 2 du nouvel article 9 rendent plus compréhensible le texte original. Le paragraphe 3 ne concerne que les stocks qui ont le statut de “stocks spécifiques”, et est imposé par la nouvelle Directive”.*

³⁰⁰ Doc 53 2690/001, *Projet de loi, Albert II, Roi de Belges* da pagina 33 a pagina 50.

³⁰¹ A pagina 43 del medesimo documento, è riportato l'articolo 10 del progetto di legge del Re ove si può leggere: “*L'article 9 de la même loi est remplacé par ce qui suit: Art. 9. §1er. Les stocks obligatoires qui sont détenus pour couvrir une obligation de stockage individuelle ou qui sont mis à disposition d'APETRA sont la propriété des assujettis au stockage ou de l'entreprise qui met à disposition. §2. Les stocks obligatoires sont, en cas de crise d'approvisionnement, en permanence disponibles et physiquement accessibles. Les stocks obligatoires ne sont pas sensibles à saisie par des tiers. Ils ne peuvent pas être chargés d'une sécurité commerciale ou personnelle, sauf quand ils servent comme garantie pour le financement de la somme d'achat du produit à concurrence du volume détenu comme stock obligatoire. En cas de stocks mis à disposition, cette sécurité ne peut néanmoins pas nuire au droit d'APETRA d'acheter les stocks en cas d'une crise d'approvisionnement. § 3. Les stocks spécifiques de la Belgique ou d'un autre État-membre maintenus ou transportés sur le territoire belge bénéficient d'une immunité inconditionnelle contre des mesures d'exécution.”*

³⁰² Nel documento 53 2690/2013 da pagina 29 a pagina 32 è altresì riportato l'avis du Conseil d'État n° 52.491/3 du 18 Décembre 2012.

contratto di finanziamento, non può essere considerato un terzo a cui è interdetto il pignoramento del bene ottenuto in garanzia.

Infatti, secondo lo schema tradizionale delle garanzie reali, il bene dato in garanzia può essere successivamente pignorato dal creditore privilegiato in quanto dotato di una causa di prelazione. Nel caso delle garanzie personali, invece, un soggetto assume in prima persona l'impegno di garantire, con tutta o una parte del suo patrimonio, l'adempimento dell'obbligazione assunta. Nel caso di specie si può immaginare una fideiussione per garantire il finanziamento richiesto per affrontare le spese necessarie alla costituzione di una scorta di sicurezza. In tal caso, il fideiussore, qualora sia chiamato a garantire il debitore, potrebbe arrivare ad un'azione esecutiva sul patrimonio del debitore in sede di regresso nei confronti di quest'ultimo. In questo caso, potrebbe anche aggredire le scorte detenute dal suo debitore, poiché il garante non può essere considerato un terzo rispetto al suo debitore.

Alla luce di questi due esempi si può concludere che, sia nel caso di una garanzia reale che nel caso di una garanzia personale, si può verificare che le scorte siano pignorabili, nel caso in cui l'azione venga promossa da una parte del contratto.

Così, per concludere sul punto, si può dire che l'impignorabilità delle scorte imposta ai terzi riguarda i creditori chirografari ed anche tutti i creditori privilegiati salvo quelli che si trovino nella posizione descritta dal §2 secondo periodo, cioè coloro che siano parte di un contratto con determinate caratteristiche: per tale ragione l'impignorabilità delle scorte appare essere come una forma di generale protezione delle scorte di sicurezza, che trova una limitata eccezione in relazione a taluni rapporti contrattuali.

Tuttavia, anche nei rari casi in cui le scorte di sicurezza siano pignorabili, viene enucleata l'ipotesi in cui le stesse siano a disposizione di "Apetra" e vi sia una crisi di approvvigionamento: in questo caso, il creditore, deve garantirne l'immediata disponibilità ed accessibilità.

§4.6 Lussemburgo

Il Granducato del Lussemburgo ha adottato la direttiva 119/2009/EC grazie alla legge del 10 febbraio 2015, divisa in due titoli, a loro volta suddivisi in una pluralità di capitoli; in particolare, all'interno del primo titolo, si trovano i capitoli dedicati

rispettivamente alle “Definizioni”, alla “Dichiarazione degli importatori di petrolio”, alle “Scorte commerciali”, alle “Scorte di sicurezza”, alle “Scorte specifiche”, al “Calcolo dei livelli di scorte”, ai “Biocarburanti ed additivi”, alle “Disposizioni complementari che riguardano la comunicazione di informazioni”, alla “Sorveglianza del mercato dei prodotti petroliferi” ed infine alle “Investigazioni, controlli e sanzioni penali”.

Dall’analisi della struttura del primo titolo emerge che alcuni capitoli sono incentrati sulle obbligazioni dei soggetti che operano sul mercato ed altri capitoli vertono sugli obblighi che devono essere soddisfatti.

Il capitolo quarto del titolo primo della legge del 10 febbraio 2015, contiene la sezione quarta che è rubricata “*Disponibilité des stocks de sécurité*” ed è composta dal solo articolo 19. L’articolo 19 stabilisce che “L’importatore di petrolio, il responsabile di una infrastruttura petrolifera di stoccaggio ed il proprietario delle scorte di sicurezza assicurano costantemente la disponibilità e l’accessibilità fisica delle scorte di sicurezza. Essi devono assicurare costantemente il censimento, la compatibilità ed il controllo delle predette scorte in modo da permetterne una verifica delle stesse in qualsiasi momento. Questa esigenza si applica ugualmente ad ogni scorta di sicurezza che è mescolata a delle altre scorte costituite e mantenute da degli operatori petroliferi”³⁰³.

Lo Stato lussemburghese, peraltro, ha deciso di costituire anche delle scorte specifiche, disciplinate dal quinto capitolo della medesima legge agli articoli 20 e seguenti.

La terza sezione del capitolo quinto si occupa della disponibilità delle scorte specifiche; in particolare, l’articolo 26³⁰⁴ tratta dell’accessibilità delle stesse, in modo molto simile a quanto previsto per le scorte di sicurezza dall’ articolo 19.

³⁰³ Articolo 19 della Loi du 10 février 2015, relative à l'organisation du marché de produits pétroliers, Mémorial Luxembourgeois A; Number: 28; Publication date: 2015-02-18; Page: 00308-00325 :L'importateur pétrolier, le responsable d'une infrastructure pétrolière de stockage et le propriétaire de stocks de sécurité assurent en permanence la disponibilité et l'accessibilité physique des stocks de sécurité. Ils doivent assurer en permanence le recensement, la comptabilité et le contrôle desdits stocks de façon à permettre une vérification de ces stocks à tout moment. Cette exigence s'applique également à tout stock de sécurité qui est mélangé à d'autres stocks constitués et maintenus par des opérateurs pétroliers.”

³⁰⁴ “Le responsable d'une infrastructure pétrolière de stockage et le propriétaire de stocks spécifiques assurent en permanence la disponibilité et l'accessibilité physique des stocks spécifiques. Ils doivent assurer en permanence le recensement, la comptabilité et le contrôle desdits stocks de façon à permettre une vérification de ces stocks à tout moment. Cette exigence s'applique également à tout stock spécifique qui est mélangé à d'autres stocks.”

L'articolo 27³⁰⁵ prevede la possibilità che le scorte specifiche siano mescolate ad altre scorte ma prevede altresì che non possano essere spostate senza autorizzazione del Ministro, come misura a tutela del mantenimento delle stesse.

Infine, l'articolo 28³⁰⁶ recepisce l'articolo 10 comma 3 della direttiva 119/2009/EC, secondo cui è necessario garantire l'immunità incondizionata contro le misure di esecuzione a tutte le scorte specifiche mantenute o trasportate sul territorio di uno Stato membro.

Tanto premesso sul primo titolo della legge lussemburghese, si può rilevare come nei confronti degli operatori del mercato petrolifero, non siano stati posti dei limiti più stringenti rispetto a quelli imposti dalla direttiva europea; il legislatore lussemburghese, al contrario di quello italiano, ha ritenuto di disciplinare separatamente le scorte di sicurezza e le scorte specifiche ed a disporre un sistema di autorizzazione e notifica delle operazioni compiute su queste ultime.

Proseguendo l'analisi della legge lussemburghese in relazione alla disponibilità delle scorte ed alla possibilità di costituirvi una garanzia reale, si possono rinvenire delle disposizioni rilevanti anche all'interno del secondo titolo, interamente dedicato all'Agenzia nazionale di stoccaggio dei prodotti petroliferi.

In particolare, nell'ambito del terzo capitolo, dedicato agli "Obblighi dell'Agenzia", si deve evidenziare l'articolo 49 comma primo³⁰⁷, il quale recepisce l'articolo 5 della Direttiva 119/2009/EC. L'articolo stabilisce che l'Agenzia deve garantire l'accessibilità e la disponibilità delle scorte di sicurezza; che le scorte di sicurezza e quelle specifiche possono essere mescolate ad altre scorte; e che l'Agenzia

³⁰⁵ "Lorsque des stocks spécifiques maintenus sur le territoire national sont mélangés à d'autres stocks pétroliers, le responsable d'une infrastructure pétrolière de stockage prend les dispositions nécessaires pour empêcher tout déplacement de la part des stocks spécifiques sans autorisation écrite préalable du propriétaire des stocks spécifiques et du ministre."

³⁰⁶ Une immunité inconditionnelle d'exécution est conférée à tous les stocks spécifiques maintenus ou transportés sur le territoire national.

³⁰⁷ "L'agence assure en permanence la disponibilité et l'accessibilité physique des stocks de sécurité constitués et maintenus par elle sur le territoire national et des stocks spécifiques pour lesquels l'agence assure des tâches ayant trait à la gestion de stocks spécifiques sur le territoire national pour d'autres États membres de l'Union européenne ou d'autres entités centrales de stockage. L'agence doit assurer en permanence le recensement, la comptabilité et le contrôle desdits stocks de façon à permettre une vérification de ces stocks à tout moment. Cette exigence s'applique également à tout stock de sécurité et à tout stock spécifique qui est mélangé à d'autres stocks. L'agence prend toutes les mesures nécessaires pour prévenir les obstacles et les contraintes susceptibles de compromettre la disponibilité des stocks de sécurité."

adotta tutte le misure necessarie a prevenire gli ostacoli ed i gravami suscettibili di compromettere la disponibilità delle scorte di sicurezza.

Il secondo comma dell'articolo 49³⁰⁸ è dedicato alle scorte specifiche detenute dall'Agenzia per conto di altri Stati dell'Unione Europea o per conto di altri organismi di stoccaggio e mescolate con altre scorte petrolifere; anche in questo caso, come sopra visto per i responsabili di una struttura petrolifera, l'Agenzia ha bisogno dell'autorizzazione scritta del proprietario delle scorte e di quella del Ministro per il loro eventuale spostamento.

Il quinto comma dell'articolo 49³⁰⁹ prevede che nel caso in cui sia attivata una procedura di emergenza, l'Agenzia non può opporre ostacoli al trasferimento, all'utilizzazione ed alla messa in circolazione delle scorte specifiche o di sicurezza detenute sul territorio lussemburghese.

Alla luce di un'attenta lettura della legge lussemburghese ed in particolare degli articoli che sono stati espressamente richiamati, si possono svolgere delle brevi considerazioni in relazione al profilo analizzato.

In aggiunta alle considerazioni già svolte sulle disposizioni legislative, si può rilevare come nulla sia detto sulla possibilità di stipulare un contratto di garanzia; infatti, al contrario di altre legislazioni, come in quella belga ove le garanzie reali e personali sono consentite solo a determinate condizioni, nel caso lussemburghese la questione non è presa in considerazione.

In conclusione, anche senza approfondire il contesto normativo del Lussemburgo, si può certamente affermare che il Legislatore ha effettuato un recepimento "puro e semplice" della direttiva, garantendo il rispetto dell'obbligo di trasposizione ma senza alcuno sforzo esegetico ulteriore di "adattare" la direttiva europea al contesto normativo nazionale.

³⁰⁸ Lorsque des stocks spécifiques maintenus par l'agence sur le territoire national pour le compte d'autres Etats membres de l'Union européenne ou d'entités centrales de stockage d'autres Etats membres de l'Union européenne sont mélangés à d'autres stocks pétroliers, l'agence ne pourra déplacer la part des stocks spécifiques sans autorisation écrite préalable du propriétaire des stocks spécifiques et du ministre.

³⁰⁹ Lorsqu'il y a lieu de mettre en oeuvre les procédures d'urgence prévues à l'article 40, l'agence ne peut faire obstacle au transfert, à l'utilisation ou à la mise en circulation de stocks de sécurité ou de stocks spécifiques détenus sur le territoire national pour le compte d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou de son entité centrale de stockage.

§4.7 Malta

La legislazione maltese in materia di mantenimento di un livello minimo di scorte di petrolio greggio e prodotti petroliferi si fonda un unico regolamento³¹⁰, adottato a seguito della direttiva europea 119/2009/EC.

Nell'articolo 2, dedicato alle definizioni, viene fin da subito definito il concetto di "accessibilità fisica³¹¹", consistente negli accordi funzionali alla collocazione ed al trasporto delle riserve per assicurare il loro rilascio e l'effettiva consegna agli utilizzatori finali ed ai mercati in una cornice temporale ed alle condizioni che contribuiscano ad alleviare i problemi di approvvigionamento che potrebbero sorgere.

L'articolo 5 è dedicato alla disponibilità delle scorte, sia a quelle di emergenza che a quelle di sicurezza; in particolare, il primo comma³¹² dispone che siano disponibili, accessibili e possano essere rendicontate e controllate in qualsiasi momento, sotto il controllo dell'operatore. Il secondo comma³¹³ ripete la formula utilizzata nella direttiva, secondo cui gli operatori devono adottare le misure necessarie per impedire che siano apposti ostacoli e gravami che possano impedire l'accessibilità delle scorte specifiche e di emergenza. Tale previsione viene completata dal potere dell'Autorità maltese per le risorse³¹⁴ di apporre ulteriori limiti o condizioni alla possibilità di detenere le riserve al di fuori del territorio maltese, così come previsto dalla direttiva.

Il terzo comma³¹⁵ rafforza quanto già contenuto nel secondo, poiché pone delle specifiche condizioni sul rilascio delle scorte nel caso di una procedura di emergenza.

³¹⁰Maintenance of Minimum Stocks of Crude Oil and, or Petroleum Products Regulations, 2013 Official publication: The Malta government gazette; Number: 19,044; Publication date: 2013-03-08; Page: 01259-01278

³¹¹ "physical accessibility" means arrangements for locating and transporting stocks to ensure their release or effective delivery to end users and markets within time frames and conditions conducive to alleviating the supply problems which may have arisen;

³¹²5. Availability of stocks (1) At all times, economic operators shall ensure that emergency stocks and specific stocks are available and physically accessible for the purposes of these regulations. Economic operators shall ensure that stocks are identifiable and accountable and under their control and that such stocks may be verified at any time. This requirement shall also apply to any emergency stocks and specific stocks that are commingled with other stocks held by economic operators.

³¹³ (2) Economic operators shall take all necessary measures to prevent all obstacles and encumbrances that could hamper the availability of emergency stocks and specific stocks. The Authority may set limits or additional conditions on the possibility of emergency stocks and specific stocks being held outside Malta.

³¹⁴ Ai sensi dell'articolo "the Authority" means the Malta Resources Authority established by article 3 of the Act; mentre, ai sensi dello stesso articolo, per Act si deve intendere: "the Act" means the Malta Resources Authority Act;

³¹⁵ (3) Where there is reason to implement the emergency procedures provided for in regulation 20, the Authority shall

Infine, il quarto comma³¹⁶ è una disposizione di chiusura poiché attribuisce all’Autorità maltese per le risorse il potere di adottare le decisioni e le direttive per assicurare che le scorte siano accessibili e disponibili per le finalità descritte dalla legge maltese.

Tutti gli obblighi della direttiva vengono adempiuti, inclusa anche la facoltà di costituire delle scorte specifiche³¹⁷. Al termine della disciplina riguardante le scorte specifiche, viene inserita una precisazione riguardante il fatto che nel computo delle scorte non si deve far riferimento ai prodotti sottoposti a sequestro o ad esecuzione forzata³¹⁸. L’ambito di applicazione della disposizione si deduce dal combinato disposto dell’articolo 12 e dell’articolo 3³¹⁹. Il divieto di includere tra le scorte prodotti sottoposti a sequestro o ad esecuzione è una misura di protezione “ab origine” delle scorte stesse. Il legislatore maltese, al contrario, non prende posizione sull’ipotesi contraria, cioè quella di sottoporre ad esecuzione una parte delle scorte. Per quanto in alcuni paesi vi siano delle disposizioni specificamente dedicate a questa ipotesi, in generale procedere ad un sequestro o ad un’esecuzione su delle scorte risulta essere

prohibit, and the economic operators shall refrain from taking, any measure hindering the transfer, use or release of emergency stocks or specific stocks held within Malta on behalf of another Member State. Emergency stocks and specific stocks being held outside Malta.

³¹⁶ (4) The Authority may issue any decision or give a directive as it may deem necessary, and economic operators shall observe any such decision or directive, to ensure that emergency stocks and specific stocks are available and physically accessible for the purposes of these regulations

³¹⁷ Le scorte specifiche sono disciplinate dagli articoli 9 e seguenti.

³¹⁸ Art 12(2) The Authority may not include quantities of crude oil or petroleum products which are subject to a seizure order or enforcement action in its statistical summary of emergency stocks. This also applies to stocks owned by companies that are bankrupt or have entered into an arrangement with creditors.

³¹⁹ Il primo comma (1) With regard to the levels of stocks to be held pursuant to regulation 3, the Authority shall draw up statistical summaries and submit them to the Minister in accordance with the rules set out in the Fourth Schedule.) fa riferimento al “regulation 3” che recita “3. (1) Economic operators shall carry out any necessary measures in pursuance of the national obligation that the total oil stocks maintained at all times correspond, at the very least, to ninety days of average daily net imports or sixty-one days of average daily inland consumption, whichever of the two quantities is greater. The Authority may, from time to time, adopt such administrative measures, as it may deem necessary, to ensure the fulfilment of such national obligation. The Authority shall calculate the total oil stocks which shall be maintained at all times by each economic operator as required by the Authority to be held by them: Provided that, until the 31st December 2014, the total oil stocks maintained shall at all times correspond, at the very least, to eighty-one days of average daily net imports. (2) The average daily net imports to be taken into account shall be calculated on the basis of the crude oil equivalent of imports during the previous calendar year, determined in accordance with the method and procedures set out in the First Schedule. The average daily inland consumption to be taken into account shall be calculated on the basis of the crude oil equivalent of inland consumption during the previous calendar year, established and calculated in accordance with the method and procedures set out in the Second Schedule.

(3) Without prejudice to sub-regulation (2), the daily averages of net imports and inland consumption, as referred to in that subregulation, shall be determined, as regards the period from 1 January to 31st March of each calendar year, on the basis of the quantities imported or consumed during the last year but one before the calendar year in question.”

contrario alla disciplina enunciata sulla disponibilità ed accessibilità delle scorte, a cui la legge maltese dedica più di una disposizione.

Tuttavia, lo stesso non si può dire nel caso in cui le scorte siano oggetto di una garanzia reale; infatti, in questo caso, tra le tante motivazioni si può perlomeno ricordare che l'esecuzione sulle scorte è soltanto eventuale. Per tale ragione, l'unico dato che si può rilevare con certezza è che la costituzione di una garanzia reale sulle scorte non è espressamente vietata.

§ 4.8 Irlanda

La legislazione irlandese in materia di scorte è molto scarna ed essenziale; in particolare il primo atto di recepimento³²⁰ della direttiva 119/2009/EC si limita semplicemente a definire alcuni concetti chiave. Ad esempio, ai sensi della legge irlandese per “Disponibilità ed accessibilità delle scorte³²¹” si deve intendere che in caso di particolare urgenza, le scorte sono a disposizione del Ministro e sono descritte le operazioni per rilasciare le scorte sul mercato nei tempi e ed alle condizioni previste per alleviare una crisi di approvvigionamento del petrolio.

Inoltre, la legislazione irlandese distingue le scorte in tre categorie diverse: le scorte europee di emergenza³²², le scorte irlandesi di emergenza³²³ e le scorte specifiche³²⁴.

Al contrario di molte altre legislazioni, l'articolo 3 dell'atto regolatorio in parola si limita a dire che l'Agenzia deve assicurare il mantenimento delle scorte e la loro accessibilità e disponibilità fisica quando richieste dal Ministro³²⁵; ai sensi dell'articolo

³²⁰ Statutory Instrument (S.I.) No. 541 of 2012 “EUROPEAN UNION (OIL RESERVES) REGULATIONS 2012”, Iris Oifigiúl; Number: 1; Publication date: 2013-01-01

³²¹ “available and physically accessible” in respect of stocks means that, in a case of particular urgency, the stocks are at the disposal of the Minister and arrangements are in place to release the stocks to the market within time frames and under conditions conducive to alleviating an oil supply disruption;”

³²² “EU emergency stocks” means at any time the total volume of oil stocks held in the State on behalf of another Member State, where such stocks have been notified in advance in accordance with the terms of an oil stocks agreement between the State and that Member State;

³²³ “Irish emergency stocks” means at any time the total volume of oil stocks held at that time by—(a) the Agency or another person on its behalf under a holding contract (within the meaning of section 33 of the Act of 2007), and (b) oil consumers (within the meaning of the Act of 2007), where such stocks are held as calculated in accordance with section 38 of the Act of 2007;

³²⁴ “specific stocks” means oil stocks that meet the criteria set out in Article 9 of the Council Directive and which are held in the State on behalf of another Member State in accordance with an oil stocks agreement.

³²⁵ 3. The Agency shall ensure that stocks maintained at the Minister’s disposal shall be at all times available and physically accessible

5³²⁶ deve essere tenuto un registro, come misura di adempimento all' articolo 5 comma 2 della direttiva. Ai sensi dell'articolo 6³²⁷ deve essere tenuto un registro riguardante soltanto le scorte specifiche, come misura di adempimento dell'articolo 10 della direttiva europea.

Infine la legge irlandese del 2012 modifica altresì, in diversi punti, il c.d. "Act 2007"³²⁸; tuttavia, si deve rilevare che si tratta di modifiche meramente formali³²⁹, che incidono soltanto nella terminologia precedentemente usata, ai fini di uniformarla al quella utilizzata dalla direttiva.

Tanto premesso sulla disciplina irlandese, non vi sono particolari notazioni da aggiungere dal momento che la disciplina essenziale sulla materia, unitamente ad un contesto normativo differente da quello della tradizione italiana, non consentono di analizzare il rapporto tra scorte e garanzie reali.

4.9 Spagna

Il Regno di Spagna presenta una copiosa legislazione relativa al settore petrolifero ma le principali fonti possono essere individuate nella Legge del 7 ottobre 1998 sul settore degli idrocarburi³³⁰ e nel Decreto reale del 23 luglio 2004 n. 1716, che regola l'obbligazione di mantenere una quantità minima di scorte di sicurezza, la diversificazione delle scorte di gas naturale e la Società delle riserve strategiche dei prodotti petroliferi³³¹.

Per tale ragione, a seguito della direttiva 2009/119/EC, il legislatore spagnolo ha dovuto in alcuni casi modificare la legislazione preesistente ed in altri casi varare nuove leggi.

Limitando l'attenzione alle fonti successive alla data di recepimento della direttiva, si possono segnalare i seguenti interventi normativi: Ordine del 27 dicembre con il quale si approvano le quote della società delle riserve strategiche di prodotti petroliferi

³²⁶ 5. The Minister shall keep the register of EU Emergency Stocks for the purposes of compliance with an oil stocks agreement and for the purposes of Article 5(2) of the Council Directive.

³²⁷ 6. The Minister shall keep the register of specific stocks for the purposes of compliance with an oil stocks agreement and for the purposes of Article 10 of the Council Directive.

³²⁸ National Oil Reserves Agency Act 2007 (No. 7 of 2007), Iris Oifigiúl; Number: 36; Publication date: 2007-05-04

³²⁹ Le modifiche sono riportate dagli articoli da 10 a 15 del succitato S.I. del 2012

³³⁰ Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. (BOE 241 de 8/10/1998)

³³¹ Real Decreto 1716/2004, de 23 de julio, por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (BOE 206 de 26/8/2004)

corrispondenti all'esercizio 2013³³²; l'Accordo tra il Regno di Spagna e l'Irlanda sul mantenimento reciproco delle riserve di emergenza di petrolio greggio e prodotti petroliferi³³³; il Decreto reale del 13 dicembre 2013 n. 15 sulla ristrutturazione dell'ente pubblico imprenditoriale "Amministratore delle strutture ferroviarie" e altre misure urgenti per l'ordine economico³³⁴; ed infine il Decreto reale del 30 ottobre 2015 n.984 che disciplina il mercato regolamentato del gas e l'accesso dei terzi alle infrastrutture per il reperimento del gas naturale.³³⁵

Più nel dettaglio, l'Ordine del 27 dicembre 2012 non è una fonte particolarmente significativa per la prospettiva di analisi adottata in questo elaborato, poiché si limita ad indicare le quantità da destinare a riserva per ogni categoria di prodotto, attraverso un'elencazione di dettagli tecnici.

Allo stesso modo, l'Accordo tra la Spagna e l'Irlanda è uno dei tanti accordi bilaterali stipulati dallo stato iberico con altri paesi europei³³⁶ ed extra-europei³³⁷, in alcuni casi già prima del 2012.

Di maggiore interesse risulta il Decreto Reale del 2013 che, pur occupandosi per la maggior parte delle infrastrutture ferroviarie, modifica gli articoli 50,51 e 52 della legge 34 del 7 ottobre 1938.

³³²Orden IET/2813/2012, de 27 de diciembre, por la que se aprueban las cuotas de la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos correspondientes al ejercicio 2013, Official publication: Boletín Oficial del Estado (B.O.E); Number: 314/2012; Publication date: 2012-12-31; Page: 89603-89604

³³³Acuerdo entre el Reino de España e Irlanda sobre el mantenimiento recíproco de reservas de emergencia de petróleo crudo y productos petrolíferos, hecho en Madrid el 12 de diciembre de 2012 Official publication: Boletín Oficial del Estado (B.O.E); Number: 37/2013; Publication date: 2013-02-12; Page: 12143-12147

³³⁴Real Decreto-ley 15/2013, de 13 de diciembre, sobre reestructuración de la entidad pública empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias" (ADIF) y otras medidas urgentes en el orden económico, Official publication: Boletín Oficial del Estado (B.O.E); Number: 299/2013; Publication date: 2013-12-14; Page: 98825-98889 ed il successivo decreto correttivo Corrección de errores del Real Decreto-ley 15/2013, de 13 de diciembre, sobre reestructuración de la entidad pública empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias" (ADIF) y otras medidas urgentes en el orden económico. Official publication: Boletín Oficial del Estado (B.O.E); Number: 302/2013; Publication date: 2013-12-18; Page: 10285-10285

³³⁵Real Decreto 984/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el mercado organizado de gas y el acceso de terceros a las instalaciones del sistema de gas natural, Official publication: Boletín Oficial del Estado (B.O.E); Number: 261/2015; Publication date: 2015-10-31; Page: 03520-03570

³³⁶E' stato stipulato un accordo bilaterale anche con l'Italia nel 2001: Agreement between the Kingdom of Spain and the Italian Republic relative to the reciprocal allocation of minimum security stocks of crude oil, intermediate petroleum products and petroleum products, signed in Madrid on 10 January 2001. (BOE 28 of 1/2/2001)

³³⁷Ad esempio, si può richiamare l'accordo stipulato con la Nuova Zelanda: Agreement between the Government of the Kingdom of Spain and the Government of New Zealand relative to Oil Reserve Contracts, signed in Madrid on 28 October 2013 (BOE 291 of 5/5/2013)

La legge 34 del 1938 tratta ampiamente degli idrocarburi, spaziando dalla ricerca e l'estrazione al mercato del petrolio e dei prodotti derivati, fino ad occuparsi anche del gas.

Il capitolo quarto, rubricato "Garanzia di fornitura", è composto soltanto da cinque disposizioni, dall'articolo 49 all'articolo 53.

L'articolo 50³³⁸, modificato dal decreto reale del 2013 per adeguarlo ai dettami della direttiva 119, è rubricato "Esistenza delle riserve minime di sicurezza" e nei primi due commi indica chi sono i soggetti tenuti a rispettare l'obbligo e le modalità di computo delle riserve. La seconda parte dell' articolo 50³³⁹ dispone invece la disponibilità ed accessibilità delle scorte per la sicurezza nazionale, nonché i procedimenti da seguire in

³³⁸Artículo 50. Existencias mínimas de seguridad:1. Todo operador autorizado a distribuir al por mayor productos petrolíferos en territorio nacional, y toda empresa que desarrolle una actividad de distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos no adquiridos a los operadores regulados en esta Ley, deberán mantener en todo momento existencias mínimas de seguridad de los productos que el Gobierno determine reglamentariamente, en lo que se refiere a la cantidad, tipos de productos, lugar de almacenamiento y localización geográfica, hasta un máximo de ciento veinte días de sus ventas anuales, computados de acuerdo con la metodología que asimismo se establezca. Dicho máximo podrá ser revisado por el Gobierno cuando los compromisos internacionales del Reino de España lo requieran. Los consumidores de carburantes y combustibles, en la parte no suministrada por los operadores regulados en esta Ley, deberán igualmente mantener existencias mínimas de seguridad en la cantidad que reglamentariamente resulte exigible atendiendo a su consumo anual. Las existencias mínimas de seguridad anteriormente citadas tendrán la consideración de reservas de emergencia a los efectos de garantizar el cumplimiento por parte de España de los compromisos internacionales asumidos para garantizar la seguridad de suministro del mercado petrolífero. Asimismo, se determinarán reglamentariamente las distintas categorías de reservas petrolíferas, incluidas las reservas comerciales, pudiendo el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, establecer reservas específicas para garantizar la seguridad de abastecimiento 2. Cuando se trate de gases licuados del petróleo los operadores al por mayor de este producto, así como los comercializadores o consumidores que no adquieran el producto a operadores o comercializadores autorizados, estarán obligados a mantener existencias mínimas de seguridad hasta un máximo de treinta días de sus ventas o consumos anuales.

³³⁹Artículo 50. Existencias mínimas de seguridad:3. A efectos del cómputo de las existencias mínimas de seguridad, que tendrá carácter mensual, se considerarán la totalidad de las existencias almacenadas por los operadores y empresas a las que se refieren los apartados anteriores en el conjunto del territorio nacional. Dichas existencias estarán disponibles y accesibles físicamente para garantizar la seguridad de abastecimiento del mercado nacional y su verificación podrá ser realizada en cualquier momento por la autoridad competente o la Entidad Central de Almacenamiento a la que se refiere el artículo 52.4. Reglamentariamente se establecerán los procedimientos administrativos y obligaciones necesarias para garantizar que se mantiene de forma permanente un nivel de existencias mínimas de seguridad equivalente, al menos, a la mayor de las cantidades correspondientes bien a noventa días de importaciones netas diarias medias, bien a sesenta y un días de consumo interno diario medio correspondiente al año de referencia, en petróleo equivalente. Asimismo, se podrán establecer obligaciones de remisión de información a entidades que, no siendo sujetos obligados al mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, introduzcan en territorio español crudos y/o productos petrolíferos. 5. La inspección del cumplimiento de la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad corresponderá al Ministerio de Industria, Energía y Turismo cuando el sujeto obligado sea un operador al por mayor y a las Administraciones autonómicas cuando la obligación afecte a distribuidores al por menor o a consumidores. Reglamentariamente, se establecerá el procedimiento de comunicación de información entre la Administración pública competente para la inspección y la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos a la que se refiere el artículo 52.

materia di controllo delle scorte e informazioni sull' andamento delle stesse. L'articolo 51³⁴⁰ individua i soggetti obbligati ed il contenuto delle loro obbligazioni.

In particolare, il terzo comma³⁴¹ precisa che sarà garantita la disponibilità delle riserve di emergenza e di quelle di sicurezza depositate sul territorio spagnolo per conto di un altro stato membro. L'articolo 52³⁴² è dedicato all'organismo centrale di stoccaggio, alle sue funzioni³⁴³, ai suoi poteri ed alle modalità di funzionamento; questo articolo è stato

³⁴⁰ Artículo 51. Sujetos obligados al mantenimiento de existencias mínimas de seguridad. 1. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para que, con anterioridad al 31 de mayo de cada año, todos los sujetos conozcan las modalidades que vayan a aplicarse para calcular las obligaciones de almacenamiento en vigor a partir del 1 de enero del siguiente año. Asimismo, se establecerán las cantidades de reservas de los sujetos obligados que obligatoriamente mantendrá la Corporación y aquellas otras reservas que la Corporación podrá mantener a su favor más allá de los porcentajes obligatorios. En el caso de que los operadores deseen ejercer tal derecho más allá de las obligaciones establecidas, deberán comunicarlo antes del 30 de junio del año precedente. Los sujetos obligados al mantenimiento de existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos deberán ceder o arrendar existencias, así como facilitar instalaciones a la Corporación en la forma que se determine reglamentariamente. Las operaciones de compra, venta y arrendamiento de reservas, así como las referentes a su almacenamiento, se ajustarán a contratos tipo cuyo modelo será aprobado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo. 2. Los sujetos obligados podrán cumplir sus obligaciones de reservas en beneficio del Reino de España, en los términos que reglamentariamente se establezcan, mediante existencias que sean de su propiedad o estén a su plena disposición en virtud de contratos de arrendamiento, siempre que no hayan sido cedidas o arrendadas a terceros en forma alguna, con entidades centrales de almacenamiento u operadores económicos de otros Estados miembros de la Unión Europea con capacidad de almacenamiento fuera del territorio nacional, y previa autorización del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Recíprocamente, se determinará la forma y las condiciones en las que los sujetos obligados en otros Estados miembros de la Unión Europea y terceros países podrán constituir existencias mínimas de seguridad en territorio español. Asimismo, podrán cumplir sus obligaciones mediante existencias que sean de su propiedad o estén a su plena disposición en virtud de contratos de arrendamiento, siempre que no hayan sido cedidas o arrendadas a terceros en forma alguna, con otros sujetos obligados u operadores económicos con capacidades de almacenamiento en el territorio nacional, y previa comunicación a la Corporación.

³⁴¹ Artículo 51. 3. Se garantizará, en todo caso, la disponibilidad de las reservas de emergencia y las reservas específicas almacenadas en territorio nacional por cuenta de otro Estado miembro. Asimismo, en caso de interrupción grave del suministro, las medidas que el Reino de España adopte en aplicación del artículo 49 de esta Ley, no supondrán obstáculo e impedimento para la transferencia, el uso o distribución de las reservas de emergencia y las reservas específicas almacenadas por cuenta de otro Estado miembro

³⁴² Artículo 52. Entidad Central de Almacenamiento. 1. La Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos, en su calidad de Entidad Central de Almacenamiento, tendrá por objeto la adquisición, constitución, mantenimiento y gestión de las reservas de hidrocarburos, incluidas las de gas natural en la forma y por la cuantía que se determine reglamentariamente, el control del mantenimiento de las existencias mínimas de seguridad previstas en esta Ley, así como la obligación de diversificación de suministros de gas natural. 2. Asimismo, como corporación de derecho público sin ánimo de lucro actuará a favor del interés general y en régimen de derecho privado con personalidad jurídica propia. Se registrará por lo dispuesto en la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo. La Corporación estará sujeta, en el ejercicio de su actividad, a la tutela de la Administración General del Estado, que la ejercerá a través del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. (segue)

³⁴³ Artículo 52.3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado primero, la Corporación realizará las siguientes funciones: a) Identificación, verificación, contabilidad y control de las reservas definidas en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo, incluidas las reservas comerciales, debiendo informar al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, al menos con carácter mensual, de los niveles de reservas almacenados por los sujetos obligados y operadores económicos. b) Establecer un inventario detallado y permanentemente actualizado de todas las reservas de emergencia almacenadas, con exclusión, en su

leggermente modificato dalla legge del 2015 ma ha mantenuto la sua struttura ed i suoi principali contenuti. Si noti come il comma 8³⁴⁴ effettua un esplicito riferimento al mercato dei ticket, cioè alla stipulazione di contratti che garantiscano la presenza materiale di una certa quantità di petrolio da destinare a scorta presso un altro paese dell'Unione Europea.

caso, de las reservas específicas. Dicho inventario incluirá, en particular, los datos necesarios para poder localizar el depósito, la refinería o la instalación de almacenamiento en que se encuentren las reservas en cuestión, así como las cantidades, el propietario y la naturaleza con arreglo a las categorías definidas por las normas del Derecho de la Unión Europea obligatorias y que sean de aplicación en cada momento. Dichos datos deberán mantenerse por un período de cinco años. En cualquier momento, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá requerir dicho inventario a la Corporación, que dispondrá de un plazo máximo de diez días para su remisión. Antes del 31 de enero de cada año, remitirá al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, una versión resumida de dicho inventario en la que se indiquen como mínimo las cantidades y la naturaleza de las reservas de emergencia incluidas en el inventario a fecha del último día del año natural anterior. c) Publicar de manera permanente información completa, clasificada por categoría de productos, sobre los volúmenes de reservas cuyo mantenimiento la Corporación podrá garantizar a los sujetos obligados, a otros operadores económicos o a otras entidades centrales de almacenamiento. Asimismo, publicará con anterioridad al 31 de mayo de cada año las condiciones en las que ofrecerá los servicios de mantenimiento de reservas por cuenta de los sujetos obligados. d) Adquirir o vender, con carácter exclusivo, las reservas específicas que, en su caso, puedan establecerse por mandato del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. e) Constitución, mantenimiento y gestión de las reservas de los operadores económicos o sujetos obligados en los términos que reglamentariamente se establezcan. Las reservas que estén a su plena disposición en virtud de contratos de arrendamiento no podrán ser cedidas o arrendadas, a terceros, en forma alguna. f) Cálculo y verificación de los niveles totales de reservas de petróleo equivalente y cantidades de productos que, de forma permanente, mantiene el Reino de España, calculadas tanto en días de importaciones netas diarias medias, como en días de consumo interno diario medio correspondiente al año de referencia en conformidad con la normativa europea y las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales en los que el Reino de España sea Parte. Asimismo, deberá remitir al Ministerio de Industria, Energía y Turismo las relaciones estadísticas sobre hidrocarburos que reglamentariamente se establezcan. g) Proponer al Ministerio de Industria, Energía y Turismo las actuaciones y medidas orientadas a la implementación y actualización de las obligaciones en materia de seguridad de suministro del mercado de hidrocarburos de acuerdo con los compromisos internacionales asumidos por el Reino de España. h) Colaborar con las distintas Administraciones Públicas, a efectos de proporcionar información, asesoramiento y realizar cualquier otra actividad respecto a aquellos aspectos de su competencia en el sector de hidrocarburos, en particular en la revisión del grado de preparación de España y del almacenamiento de reservas para emergencias. i) Aquellas funciones relativas a la seguridad de suministro del sector de hidrocarburos que le sean encomendadas por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo

³⁴⁴ 8. Quienes vengán obligados a mantener existencias mínimas de seguridad, porque en el ejercicio de su actividad se suministren con carburantes y combustibles petrolíferos no adquiridos a los operadores regulados en esta Ley, podrán, en las condiciones y casos determinados reglamentariamente y en función del volumen de sus actividades, satisfacer la obligación establecida en el artículo 50 de la Ley mediante el pago de una cuota por tonelada de producto importado o adquirido para su consumo, destinada a financiar los costes de constitución, almacenamiento y conservación de las existencias mínimas de seguridad que reglamentariamente se establezcan. Esta cuota será determinada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo con la periodicidad necesaria y será percibida por la Corporación en la forma que se determine reglamentariamente

Infine, l'articolo 53³⁴⁵ conclude il capitolo quarto ricapitolando le obbligazioni generali dei soggetti tenuti a detenere le scorte di sicurezza, tra cui spiccano il mantenimento, la sicurezza, la qualità e le informazioni riguardanti i prodotti petroliferi.

In conclusione la legislazione spagnola appare essere scarna e frammentaria, nonché, relativamente all'aspetto della disponibilità delle scorte di petrolio risulta essere altresì imprecisa.

§5 Conclusioni sulla validità del pegno rotativo sulle scorte di petrolio.

Alla luce di tutto quanto premesso nel presente capitolo si possono svolgere delle considerazioni ulteriori e trarre infine delle conclusioni.

Per quanto riguarda il piano nazionale non è necessario aggiungere altre considerazioni, oltre quelle già svolte in precedenza.

Infatti, dal quadro normativo e giurisprudenziale emerge con sicurezza che l'operazione negoziale in parola non è vietata ed in aggiunta vi sono numerosi spunti, soprattutto da parte della dottrina, che inducono a tentare un'elaborazione sempre più complessa sul punto.

Da ultimo, la novella legislativa più volte richiamata riguardante il pegno non possessorio, conferma ulteriormente la bontà di tale ricostruzione e fa ben sperare negli sviluppi che la stessa potrebbe assumere nel corso del tempo.

Per quanto riguarda il piano europeo si possono svolgere delle ulteriori considerazioni riassuntive che emergono dall'analisi della legislazione sopra riportata, prima di formulare delle considerazioni conclusive, similmente a quanto avvenuto per il piano nazionale.

I dati che emergono dall'analisi delle legislazioni nazionali sono estremamente variegati e le disposizioni di alcuni paesi meritano dei brevi commenti.

La legislazione francese si distingue per l'innovatività della soluzione scelta: infatti, la legge francese non pone alcun divieto al soggetto che ha l'obbligo di tenere le scorte ma

³⁴⁵ Artículo 53. Obligaciones generales. Quienes en virtud del artículo 50 de la presente Ley estén obligados a mantener existencias mínimas de seguridad, así como toda aquella compañía que preste servicios de logística de productos petrolíferos, quedan obligados a cumplir las directrices dictadas por el Ministerio de Industria y Energía respecto de sus instalaciones y mantenimiento, seguridad, calidad de los productos y aportación de información. Igualmente, quedarán obligados a poner a disposición los suministros prioritarios que se señalen por razones de estrategia o dificultad en el abastecimiento.

pone solo un'obbligazione di risultato, cioè garantire la disponibilità e l'accessibilità delle stesse a tempo debito.

La soluzione legislativa austriaca colpisce poiché, almeno *prima facie*, non affronta espressamente la questione, salvo il divieto di cedere le scorte ai terzi.

La scelta legislativa tedesca disciplina differentemente il regime delle scorte di sicurezza da quelle specifiche: ciò che colpisce è che solo le scorte specifiche, anche se *ab origine* facoltative, siano impignorabili; al contrario, nulla è detto per le scorte di sicurezza.

Infine, il caso belga è il più significativo, poiché si pone espressamente il problema della possibilità di concedere una garanzia, reale o personale, e disciplina tale ipotesi.

Dall'analisi aggregata dei dati normativi riportati, oltre alla diversa "intensità" con cui è stato recepito l'articolo 5 della Direttiva, si può evidenziare che in nessuna delle legislazioni esaminate viene espressamente vietata la costituzione di garanzie reali sulle scorte.

Certamente tale considerazione può essere spiegata in una pluralità di modi differenti, anche in relazione ad un esame più approfondito del contesto legislativo di ogni Stato Membro.

Tuttavia è interessante il dato che emerge dal c.d. *impact assessment*³⁴⁶ formulato dalla Commissione Europea nel 2008 nella valutazione delle varie opzioni da adottare tra le diverse politiche possibili.

In particolare risultano particolarmente interessanti la seconda³⁴⁷ e la terza³⁴⁸ opzione.

³⁴⁶ Accompanying document to the Proposal for a Directive of the Council imposing an obligation on Member States to maintain minimum stocks of crude oil and/or petroleum products Impact Assessment {COM(2008) 775} {SEC(2008) 2859}, Brussels, 13.11.2008

³⁴⁷ §4.3 Option 2: Establishing centralized EU system with mandatory state/public ownership of emergency stock : This option endeavours to address the problems identified in chapter 2 through a comprehensive reshaping of the existing legislation. The proposed option would decrease the current diversity of stockholding systems adopted by individual Member States through the introduction of an optimized common system. This option would largely follow the changes proposed in the earlier attempt to revise the stockholding legislation in 2002 (mentioned in section 2.1.1.), with the omission of its most controversial elements (increasing the obligation to 120 days and providing a possibility for market management using emergency stocks).

³⁴⁸ §4.4 Option 3: Creating "dedicated" EU emergency stocks within a revised version of the existing system: This option would entail a revision of the current system in order to remove its main weaknesses other than possible constraints on the availability of stocks in time of crises. On top, the system would be amended to require Member States to maintain some part of their stockholding as compulsory government or agency stocks. The rest of the full stockholding obligation could be undertaken in any manner suitable to each Member State, including by leaving it to the industry, which could be partly covered by the minimum operational requirements (MOR).

La seconda opzione si poneva come più rigorosa rispetto alla precedente, poiché prevedeva una serie di limiti stringenti, come il divieto di mescolare le scorte commerciali a quelle di sicurezza o delle limitazioni all'uso dei *tickets* come emerge dalla rassegna dei punti fondamentali³⁴⁹ di questa ipotizzata politica. Tra i punti programmatici si può ricordare quello in cui si ponevano una serie di limitazioni tra cui anche quella di sottoporre a pegno e ad un'altra numerosa serie di vincoli, le scorte: *“None of the concerned crude oil and products should be transferred, mortgaged, assigned, conveyed, charged, leased, pledged or otherwise encumbered, ensuring that they are fully at the disposal of Member States;”*.

Al contrario la terza opzione prevedeva una revisione del precedente sistema, prevedendo un intervento meno “deciso”, come emerge dai caratteri eventuali della riforma³⁵⁰. Peraltro, anche in questo caso era previsto l'esplicito divieto di sottoporre a pegno (ed ad altre limitazioni) le scorte.

Tuttavia, *res melius perpensa*, il testo finale della direttiva è stato consapevolmente formulato in maniera differente, senza includere alcun riferimento a nessuna tipologia di limitazione in particolare.

³⁴⁹ The most important elements of this option: The level of the stocks would continue to be 90 days but stocks should be owned in the form of physical oil or oil product by the government and managed as necessary by the government or a stockholding agency which is directly controlled by a national administration; Member States would be free to establish joint stockholding entities together with other Member States in order to comply with the above obligation; At least part of the stocks should be in the form of products (as opposed to crude oil and other feedstock), ensuring supply even if refineries are disrupted; the composition of product stocks should reflect consumption patterns, with a focus on products the shortage of which may cause serious disturbances in the economic activity of the EU; Emergency stocks are to be stored separately from commercial stocks and are therefore clearly visible and fully available as supplementary oil in a crisis; moreover, it also facilitates effective control and swift reporting of stock levels; None of the concerned crude oil and products should be transferred, mortgaged, assigned, conveyed, charged, leased, pledged or otherwise encumbered, ensuring that they are fully at the disposal of Member States; Subject to the above conditions, stocks may be held in the territory of another Member State, without compromising prompt availability in a crisis; The use of "tickets" written by the oil industry is limited to the turnover of products for quality reasons (to prevent degradation or to comply with changing product specifications); Running costs could be financed by a levy included in the final consumer price of the oil products.

³⁵⁰ Additional characteristics of this system would include: prohibiting that the emergency stocks be transferred, mortgaged, assigned, conveyed, charged, leased, pledged or otherwise encumbered; if an industry obligation is retained, giving the right to companies to delegate their obligation to the government or the agency, thereby not discriminating small and medium sized importers with no access to storage facilities; requesting to hold at least some product stocks; limiting the agencies' possibility to use tickets to those drawn against stocks satisfying the same requirements of government control in another Member State; Member States would be free to resort to existing stockholding entities across the EU or to establish joint stockholding entities together with other Member States in order to comply with the obligation.

La scelta finale trova spiegazione in una pluralità di ragioni che sono emerse sia in sede di consultazione formale che informale quando nel normale *iter* di stesura della direttiva (e successivamente durante la sua implementazione), sono stati ascoltati i vari attori coinvolti; in questo caso si tratta non soltanto dei rappresentanti competenti di ciascuno degli Stati membri ma anche gli altri *stakeholders*, tra cui spiccano in questo caso le società che operano nel mondo petrolifero, grazie all'intermediazione delle associazioni di categoria³⁵¹.

Da tale consultazione emerge la contrapposizione di interessi delle parti e la successiva decisione assunta nel testo della direttiva.

Nel caso della direttiva 119 gli operatori hanno sollevato e continuano a sollevare numerose questioni, cercando di ridurre gli oneri a cui sono sottoposti a causa di questa legislazione da un lato molto stringente e dall'altro con una forte finalità pubblica.

Per tale ragione si può affermare che il legislatore europeo ha ritenuto di non imporre il divieto di garanzie reali ma soltanto l'obbligo positivo di rendere disponibili le scorte.

Tale opzione legislativa da un lato fa emergere come l'imposizione del solo obbligo della disponibilità delle scorte, così come formulato all'articolo 5, è stato ritenuto sufficiente al raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

Dall'altro è pur vero che gli Stati membri possono recepire la direttiva nel modo ritenuto migliore sia per adempiere all'obbligo europeo sia per adattare il diritto europeo al contesto legislativo nazionale.

Nel caso italiano la scelta di dichiarare impignorabili le scorte non trova una precisa giustificazione nei lavori preparatori. Infatti, come già evidenziato, nessuna considerazione è svolta sul punto e non è quindi possibile comprendere la *volutas legis*; infatti si può ipotizzare che si sia trattata di una scelta dettata dalla volontà di non incorrere in procedure di infrazione per non aver adempiuto correttamente la direttiva od al contrario di aver effettuato una scelta mirata al miglior adattamento al contesto normativo nazionale.

Tuttavia il recepimento della Direttiva 119 è avvenuto in maniera rigida da parte del legislatore italiano, che è stato tra i più esigenti in punto di disponibilità delle scorte, nonostante l'Italia acceda ad un sistema in cui la maggior parte delle scorte sia detenuta da privati.

³⁵¹ Nel caso dell'Italia si tratta dell'UPI, l'Unione Petrolifera Italiana

Peraltro, tale rigore sul regime giuridico delle scorte appare essere stato applicato esclusivamente dall'Italia che è l'unico paese (tra quelli che conoscono la categoria dell'impignorabilità) che definisce sia le scorte di sicurezza che le scorte specifiche come impignorabili.

Allo stesso tempo nulla è detto a proposito delle garanzie reali, sia nei lavori preparatori che nella legge 249/2012.

Di conseguenza, ancora una volta non emerge la *ratio* della scelta legislativa assunta sul punto. Tuttavia, in questo caso la questione si pone in termini differenti poiché sono eccezionali i casi in cui il legislatore ha preso espressamente posizione sul punto. Si tratta del caso belga ove le garanzie reali sulle scorte possono essere stipulate entro alcuni limiti.

Tuttavia, per quanto riguarda il caso italiano, rispetto alle garanzie reali si possono considerare diversi fattori: il legislatore italiano, come quello europeo, non le prende espressamente in considerazione; tuttavia, alla luce della *ratio legis* della Direttiva 119 si deve concludere che non sono state vietate proprio con l'obiettivo di lasciare tale opzione aperta ai vari Stati. In particolare, ogni legislatore nazionale può decidere se prevederle espressamente, vietarle espressamente o non prendere posizione sul punto.

Il legislatore italiano ha deciso di non prendere posizione su punto né nel testo legislativo né nei lavori preparatori. Per tale motivo, come di consueto, spetta all'interprete stabilire se una determinata operazione giuridica sia consentita alla luce della legislazione vigente e dell'ordinamento giuridico generale.

Alla luce di quanto emerso finora anche rispetto alla *ratio legis* della Direttiva, dal momento che non vi è incompatibilità tra una garanzia reale ed un bene impignorabile si deve ritenere che sia consentito avere un pegno sulle scorte di sicurezza o specifiche di petrolio.

THE FUNCTION OF GUARANTEES ON ASSETS INADMISSIBLE FOR LEGAL CIRCULATION

Under Italian law, a number of extensive yet varying interpretations apply to the concept of the “function of guarantees”.

In cases where the guarantee function relates to the protection of a statutory relationship, it may be defined as “*a remedy that gives the creditor a certainty of achieving the result inferred from the obligation in which he is interested, or at least its economic equivalent, should the debtor’s performance fall short or in spite of his opposition or inertia, acting on his assets, or via activities carried out by a third party.*”³⁵²

This definition has the advantage of highlighting a variety of functions that lie within the guarantee, including a guarantee to fulfil an obligation, the debtor’s interest in temporarily being held harmless from the consequences of non-fulfilment, the exercise of rights acquired from a creditor, as well as the expectations of the other parties involved.

It should be noted that the main end purposes of something that acts as a guarantee for an obligation are highlighted in legal theory³⁵³ through an effective quadripartite classification: guarantees oriented towards diminishing or protecting against risks, that make it possible to exercise a right belonging to somebody else, that raise levels of economic security, and that offset a debtor’s weak asset situation.

More specifically, a guarantee function can be either generic or specific. A generic guarantee function, based on the general rule laid down in Section 2740 of the Italian Civil Code, means that the debtor is liable through all of his assets present and future for the obligation contracted. This fundamental rule, known as a generic guarantee, should be considered a form of guarantee in an atechanical sense, given that it concerns a situation pre-existing non-fulfillment; it is generic given that it covers all of the creditors of the obligated subject, without establishing a differentiated situation in favour of a given subject, as is the case with preferential claims.

³⁵²MASTROPAOLO F., *Contratti di garanzia*, in Trattato dei contratti (edited by Rescigno), t.I, Turin, Utet, 2006 p.36.

³⁵³MASTROPAOLO F., *Contratti di garanzia*, in Trattato dei contratti (edited by Rescigno), t.I, Turin, Utet, 2006 p.33

The guarantee function we are interested in here concerns a given subject, a given legal relationship and a given performance of *dare, facere o non facere*. The guarantee function encompasses personal and collateral guarantees, and contracts and negotiations that entail a guarantee function.

Notwithstanding this, both general and specific guarantees serve to ensure that the credits realized. As may be seen from the Draft Common Frame of Reference (DCFR), guarantee functions may also be analyzed from an economic and international standpoint.

“Assets inadmissible for legal circulation” do not make up a homogeneous category covered by systematic research. Nevertheless, we may include unattachable assets, public assets, state-owned assets, assets subject to seizure or confiscation, private cultural assets, and other assets such as, for example, assets placed under certain types of lien.

Although we do not have the scope here to investigate unattachable assets under Italian law, we may draw attention to Section 5, Legislative Decree no. 249 of 31 December 2012, ratifying “Council Directive 2009/119/EC of 14 September 2009, imposing an obligation on Member States to maintain minimum stocks of crude oil and/or petroleum products”. Section 5, sub-section 4 envisages that, “It is forbidden to place obstacles or encumbrances of whatsoever nature that may compromise the availability of emergency stocks and specific stocks. Emergency stocks and specific stocks may not be attached”; this incorporates Section 5 of the “Availability of stocks” Directive – specifically, the section that envisages, “Member States shall take all necessary measures to prevent all obstacles and encumbrances that might hamper the availability of emergency stocks and specific stocks.”

It is interesting to examine whether a pledge may be made on these stocks, that is to say whether a collateral guarantee may be issued on an unattachable asset. Indeed, the economic attractiveness of energy assets and the notable volume of stocks render this question both pressing and of interest. Moreover, the exploitation of an unattachable asset constitutes an interesting economic and juridical frontier. In particular, pledge rights are regulated in the Italian Civil Code under Sections 2784 and following. A number of further approaches feature in special laws (i.e. liens on

dematerialized securities), while case law has also made a fundamental contribution (i.e. liens in banking).

According to an initial opinion,³⁵⁴ an unattachable asset may be subject to a lien, given that it is an asset that may in any event be freely disposed of. So, from the viewpoint of the unattachable asset's owner, given that he or she may freely dispose of that asset, he or she may also pledge that asset. The legal theory that backs this favourable opinion also adopts the argument whereby the unattachable nature of certain assets may not be overlaid over their inalienability; consequently, one may draw an additional conclusion that, if an asset that may not be attached may be disposed of, then it may also be covered by a collateral guarantee. According to another area of legal theory, unattachable assets are not liable to be placed under a lien. In particular, according to many authors, it is always necessary for the pledged asset to contemporaneously be available potentially for expropriation and transfer, given that these two qualities do not always co-exist at the same time (given that selling and assigning an asset are just some of the potential paths of execution).³⁵⁵

According to other authors,³⁵⁶ pledges of an asset that may not be attached are invalid, given that the parties cannot rescind the statutory limitations of the potential for expropriation. This opinion highlights an aspect that may be subject to further investigation: whether making a pledge on an unattachable asset truly means derogating from the rules on expropriation, or whether it is possible to offer a pledge of this nature without creating interference with these rules. At this point, it behooves us to reflect on the relationship between collateral securities (pledges in particular) and Section 2740 of the Italian Civil Code on debtor's financial liability, to explore whether there is indeed a restriction of a legal nature (sub-section 1) or in the form of a convention (sub-section 2) when it comes to the debtor's liability; this interpretation does not in any event impinge upon the eligibility of a pledge of an unattachable asset.

³⁵⁴ Put forward in legal theory by GORLA G., *Del pegno. Delle ipoteche: artt. 2784-2899*, in Gorla G-Zanelli P. (eds.), *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Vol VI, Bologna-Rome, 1992 p.29.

³⁵⁵ RUBINO D., *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*. in Vassalli (ed.), *Trattato di diritto civile italiano*, Turin, 1952, Volume 14, Tomo 1, p. 202.

³⁵⁶ For example, BIANCA C.M., *Le garanzie reali. La prescrizione*. in *Diritto civile*, Vol. VIII, Milan 2012 p.157

Having expressed the issue in general terms from a theoretical point of view, we may now move on to theorize the establishment of a revolving pledge without a deed of grant, as is the case with emergency and specific oil stocks.

The main regulatory framework for revolving pledges is Law no. 401, 24 July 1985, concerning pledges on goods-in-process; other legal provisions may exist,³⁵⁷ but they are of less use to our purpose at hand and our reconstruction.

The key points of these provisions to be borne in mind are the formulation and contents of the clause, and the mechanism and effects of substituting the asset, in particular with regard to the conditions under which pre-emption, dispossession and effects vis-à-vis third parties go into effect.

Given these legal frameworks of reference, we may trace out a line of reasoning that identifies what the interest of the parties may be, and the form in which a pledge on stocks may be made.

To be more specific, a revolving pledge covers a given value, and must be made on a quantity of emergency stock equal to the value covered by the pledge at such time as the guarantee is made. In this case, the value of the pledge to be made is equal to € million, on the day on which the contract is signed, showing how many tonnes may be purchased on the market at that moment for that sum. The pledge is made on a certain number of tonnes of stock, up to the amount that may be acquired with the guaranteed sum on that day. From the day the contract is signed, for a certain period of time as determined in the agreement, the pledge covers the emergency stocks. The figure is periodically updated to reflect the guaranteed amount, dependent upon the price of oil, and without any need to specifically indicate what oil is covered by the pledge. As the contract maturity date draws near— at which point the guarantee expires — the guaranteed value/quantity pledged may once again be updated. Indeed, at this time it is necessary to “transfer” the pledge from emergency stocks to commercial stocks.

An aggregated analysis of the legal findings cited above, as well as the varying degrees of “intensity” with which Section 5 of the Directive has been absorbed, reveals

³⁵⁷ Law no. 289, 19 June 1986 “Provisions on the central administration of transferable securities through ‘Monte Titoli S.p.A.’ ”, which was repealed by Section 214³⁵⁷ of Legislative Decree no. 58, 24 February 1998; by Section 34 of Legislative Decree no. 213, 24 June 1998 (known as the “euro decree”); Section 1(1)(c) of Legislative Decree 170/2004; and Section 46 of the Consolidated Banking Act (Legislative Decree no. 385, 1 September 1993);

that none of the laws examined expressly prohibits making collateral guarantees on stocks. Certainly, this may be explained in a number of different ways, including in regard to a more profound examination of each Member State's legislative backdrop.

The 2008 European Commission Impact Assessment³⁵⁸ on the various options that could potentially be adopted from the different possible policies is of interest to us here. Nevertheless, *res melius perpensa*, the definitive wording of the directive was knowingly formulated in a different manner, without including any reference to any type of limitation in particular. Stakeholders have raised and continue to raise a number of questions regarding the application scope of Directive 119, seeking to reduce the charges they are liable for as a result of this legislation, which, on one hand, is very strict, while on the other pursuing a strong public end-purpose. For this reason, it may be stated that European lawmakers decided not to institute a prohibition against collateral guarantees, but merely established the positive obligation of making stocks available. On one hand, this legislative option shows that the establishment of the sole obligation of making stocks available, as formulated in Section 5, was deemed sufficient to achieve the pre-established goal. Further, it remains true that Member States may absorb the directive in whatever they deem to be an optimal manner, both to comply with European obligations and to adapt European law to national legislative frameworks.

In Italy's case, the decision to declare stocks unattachable does not draw specific justification from the preparatory proceedings. Indeed, as highlighted previously, no consideration was undertaken of the issue, and it is therefore not possible to understand the *volutas legis*; indeed, we may theorize that this choice was fostered by a desire not to undergo infringement procedures for failing to correctly comply with the Directive, or, on the contrary, to have made a choice targeted at the best possible adaptation to the domestic regulatory context.

Nevertheless, the absorption of Directive 119 into domestic law was undertaken in a strict manner by Italian lawmakers, who were among the most stringent regarding the availability of stocks, despite the fact that Italy is moving towards a system in which the majority of stock are held by private players. At the same time, there is no

³⁵⁸Accompanying document to the Proposal for a Directive of the Council imposing an obligation on Member States to maintain minimum stocks of crude oil and/or petroleum products Impact Assessment {COM(2008) 775}{SEC(2008) 2859}, Brussels, 13.11.2008

mention of collateral guarantees, either in the preparatory proceedings or in Law no. 249/2012.

Given what we have examined thus far, including in terms of the *ratio legis* of the Directive and the framework of European legislation, and given that there is no incompatibility between a collateral guarantee and an unattachable asset, it should be considered permissible for a pledge to exist on emergency or specific oil stocks.

BIBLIOGRAFIA

ALLORIO E., *Esecuzione forzata in genere*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol.VI,Unione Tipografica, Torino, 1957

ALLORIO E.-COLESANTI V., *Esecuzione forzata (diritto processuale civile)*,in *Nuovo Digesto Italiano*, vol.5,Unione Tipografica, Torino, 1938

ANDRIOLI V., *Dei privilegi*, in *Commentario al codice civile*, in Scialoja Branca (a cura di), Zanichelli, Bologna-Roma, 1958

ANDRIOLI V., *Dei privilegi*, in *Commentario al codice civile*, in Scialoja Branca (a cura di), Zanichelli, Bologna-Roma, 1945

ANDRIOLI V., *Appunti di diritto processuale civile*,Jovene, Napoli, 1964

ANGELICI C., *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto privato*, Rescigno (a cura di), Utet, Torino 1998

BARBIERA L., *Garanzia del credito ed autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1971

BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Articoli 2740-2744*, in Schlesinger P., a cura di, *Il Codice civile, Commentario*, Giuffrè, Milano,1991

BARILLÀ G.M., *Il pegno tra il codice civile e legislazione speciale: in particolare sulla rotatività*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, Cedam, Padova, 2006

BELCREDI M., *A che servono le garanzie? Analisi economica, evidenze empiriche e alcune implicazioni normative*, in Caprio L. e Presti G. (a cura di), *Le garanzie nel credito alle imprese . Funzione economica, disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, Giappichelli, Torino, 2001

BOCCHINI F., *I vincoli al trasferimento dei diritti*, in Valentino D. (a cura di) *I contratti di vendita*, in Rescigno P. Gabrielli E., *Trattato dei contratti* (diretto da), Utet, Torino, 2007

BOCCHINI F., *I vincoli al trasferimento dei diritti*, in Valentino D. (a cura di), *I contratti di vendita*, in Rescigno P. Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2007

BOZZI G., voce *Garanzie atipiche*, in MARTUCCELLI S., PESCATORE V. (a cura di), *Diritto civile*, in *Dizionario di diritto privato*, Irti, Milano, 2011

BRECCIA U., *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, in *Scienza ed insegnamento del diritto civile in Italia*, Scalisi V. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2004

BRIOLINI F., *Testo unico della finanza*, in Campobasso F. (a cura di), tomo I, Torino, Utet, 2002

BURKE JOHN., *Jowitts dictionary of English law*, Sweet and Maxwell limited, London 1977

BUSSANI M., *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contratto ed impresa*, Cedam, Padova, 1997

CABELLA PISU L., *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983

CALLEGARI M., *Il pegno su titoli dematerializzati*, Milano, 2004

CALVO R., *Vincoli di destinazione*, Zanichelli, Bologna, 2012

CANDIAN A., *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Giuffrè, Milano, 2001

CAPPONI B., voce *Pignoramento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVI, Treccani, Roma, 1991

CARNELUTTI F., *Teoria della circolazione giuridica*, Cedam, Padova, 1933

- CENDON P.**, *Le garanzie personali e reali, Il diritto privato nella giurisprudenza*, Utet, Torino, 2006
- CENINI M.**, voce *Garanzie atipiche*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, VIII, Torino, 2013
- CHERTI S.**, *Le garanzie convenzionali nella vendita*, Padova, 2004
- CHIANALE A.**, voce *Ipoteca*, in *Digesto IV, Discipline privatistiche, Sezione civile*, Unione Tipografica, Torino, 1993
- CHINÈ G.**, *I contratti di garanzia*, in *Tratt. Lipari, IV, Singoli contratti. La responsabilità civile. Le forme di tutela*, Padova, 2003
- CHINÈ A.- ZOPPINI A.**, *Manuale di diritto civile*, Nel diritto, Roma, 2013, p.570
- CHIRONI G.**, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol I, Torino, 1917
- CICCARELLO S.**, *Pegno*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982
- CICCARELLO S.**, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Giuffrè, Milano, 1983
- CICU A.**, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Giuffrè, Milano, 1948
- COMPORITI M.**, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciali*, Cicu-Messineo (a cura di), Giuffrè, Milano, 1980
- COSTANTINO G.-JANNARELLI A.**, *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401* in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova, 1986,
- DEL VECCHIO F.**, *I privilegi nella legislazione civile, fallimentare e speciali*, Giuffrè, Milano 1994
- DI MAJO A.**, *Dell'adempimento in generale. Art. 1177-1200*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994
- DI PACE P.**, *Il pegno dei crediti*, Cedam, Padova 1939
- ESCHIG PETER ANDREAS**, *ABGB – The Austrian Civil Code*, LexisNexis, 2013

FINARDI D., *Efficacia reale del pegno rotativo:posizione consolidata della giurisprudenza*, in *Il fallimento*, Ipsoa, Milano, 2000

FONTANA A., *Pegno senza spossessamento: ancora qualche riflessione sulla legge 24 luglio 1985 n.401*, in *Quadrimestre*, Giuffrè, Milano, 1991

FRAGALI M., *Garanzia (dir.priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969

FRAGALI M., *Ipotecche (dir.priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Giuffrè, Milano, 1972

FRATINI M., *La tutela del credito*, in Fava.P. (a cura di), *La responsabilità civile. Trattato teorico-pratico*, Giuffrè, Milano, 2010

GABRIELLI E., *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Rivista critica di diritto privato*, Jovene, Napoli, 1995

GABRIELLI E., *Contratto e contratti*, Utet, Torino, 2010

GABRIELLI E., voce *I contratti di garanzia finanziaria*, in *Digesto IV Discipline privatistiche Sezione civile*, Utet, Torino, 2007

GABRIELLI E., *Le garanzie rotative*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario. Trattato diretto da Galgano*, Utet, Torino, 1995

GABRIELLI E., *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, Sacco (a cura di), Utet, Torino, 2005

GABRIELLI E., *Il pegno anomalo*, Cedam, Padova, 1990

GABRIELLI E., voce *Pegno*, in *Digesto IV Discipline privatistiche Sezione civile*, volume XIII, Utet, Torino, 1995

GABRIELLI E., voce *Rotatività della garanzia*, in *Digesto IV Discipline privatistiche Sezione civile*, volume XVIII, Utet, Torino 1998

GABRIELLI E., *Sulle garanzie rotative*, Esi, Napoli, 1998

GABRIELLI E., *Studi sulle garanzia reali*, Giappichielli, Torino, 2015

- GALGANO F.**, *Trattato di diritto civile*, volume terzo, Cedam, Padova, 2010
- GAETANO G.**, *I privilegi*, in Trattato di diritto civile, Vassalli F. (a cura di), Utet, Torino, 1956
- GIORGIANNI M.**, *Diritti reali (diritto civile)*, in Nuovissimo Digesto Italiano, vol.V, Utet, Torino, 1960
- GORGONI M.**, voce *Deposito in funzione di garanzia*, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 2007
- GORLA G.**, *Pegno*, in Commentario al codice civile, in Scialoja Branca (a cura di), Zanichelli, Bologna-Roma, 1945
- GORLA G.-ZANELLI P.**, *Del pegno. Delle ipoteche*, in Galgano F.(a cura di) , Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Zanichelli, 1992
- GORLA G.**, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1936
- GRABENWARTER C.-SCHAUER M.**, Introduction to the Law of Austria, Wolters&Kluwer, 2015
- HEFFRON, RAPHAEL J.**, *An Introduction to Energy law*, Springer, 2015
- LENZI R.**, *Deposito fiduciario e funzione di garanzia*, in Rivista del diritto privato, Cacucci, Bari, 2016
- LOBUONO M.**, *I contratti di garanzia*, in Trattato di diritto civile del notariato, diretto da Perlingeri, Napoli, 2007
- LUZZATTO L.**, *Esecuzione mobiliare*, Nuovo Digesto Italiano, vol.5,Unione Tipografica, Torino, 1938
- MAGNANO M.**, *L'autonomia privata e le garanzie reali: il tentativo di superamento del principio di tipicità*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, Cedam, Padova, 2006
- MAIORCA C.**, *Il pegno di cosa futura ed il pegno di cosa altrui*, Società editrice libraria, Milano, 1938

MAIORCA C., *Ipoteca (diritto civile)*, in Nuovissimo Digesto Italiano, vol.IX, Unione Tipografica, Torino, 1975

MARCUCCI M., *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in Alpa- Capriglione (a cura di), tomo I, Utet,Torino, 2002

MARTIN ELIZABETH A., *A Dictionary of law*, Oxford University press, 2002

MASTROPAOLO E., voce *Garanzie finanziarie (mercati finanziari)*, in Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale, volume VI, Unione tipografica,Torino, 1991

MASTROPAOLO F., *I contratti di garanzia*, in Rescigno P. e Gabrielli E.(diretto da), Trattato dei contratti,Torino, Utet, 2006.

MASTROPAOLO M., MASTROPAOLO F., DE VECCHIS, *Contratti di garanzia reale mediante pegno di beni mobili, i crediti, di moneta, di azienda* in F. Mastropaolo (a cura di), I contratti di garanzia, in Trattato Rescigno- Gabrielli, Torino, 2006

MERTZ S., *Manuale pratico dei privilegi, delle prelazioni e delle garanzie*,Cedam, Padova, 2005

MERTZ S.-ZANCONATI G., *I privilegi e le prelazioni*, Cedam,Padova,2005

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, III, *Diritto delle obbligazioni (Parte generale)*, Milano, 1959

MONTEL A., *Casi pratici in materia di pegno, ipoteca e privilegi*,Casa molisana del libro, Campobasso, 1968

MONTEL A., *Pegno*, in Nuovissimo Digesto Italiano,vol.XII, Unione tipografica,Torino, 1965

NICOLÒ R., *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in Foro italiano, Utet, Torino 1937,

NICOLÒ R., *Responsabilità patrimoniale*, in Commentario al codice civile, in Scialoja Branca (a cura di), Zanichelli, Bologna-Roma, 1945

NICOLUSSI A., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in Europa e diritto privato, Giuffrè, Milano, 2003

OLIVA G., *Pegno di titoli de materializzati e privilegio del credito*, in Il fallimento, Ipsoa, Milano, 1997

PERLINGERI P., *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2005

PIAZZA L., voce *Garanzia, I) diritto civile* in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XVI, Milano, 1989

PIEPOLI G., *Garanzia sulle merci e spossessamento*, Jovene, Napoli 1980.

PIRAINO F., *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in Europa e diritto privato, Giuffrè, Milano 2006

PISCITELLO P., *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, Torino, 1999

POSCH WILLIBALD, *Contract law in Austria*, Wolter&Kluwer, 2015

PROTETTI E., *Il pegno nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1970

PROTO C., *Profili evolutivi delle garanzie reali*, in Il fallimento, Ipsoa, Milano, 2000

RAVAZZONI A., *Le ipoteche*, in Trattato di diritto privato, Rescigno (a cura di), Utet, Torino, 1998

RAVAZZONI A., *Garanzia (diritti reali di)*, in Digesto IV, VIII, Unione tipografica, Torino, 1992

RAZZANTE R., *I rapporti tra banche e clienti*, (a cura di), Cedam, Padova, 2005

REALMONTE F., *Il pegno*, in Trattato di diritto privato, Rescigno P. (a cura di), vol 19, Utet, Torino, 1997

REIMANN M.-ZEKOLL J., *Introduction to German law*, Verlag C.H. Beck München, 2005

- RESCIGNO M.**, *Titoli rappresentativi e circolazione delle merci*, Milano, 1992
- ROPPO E.**, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in Trattato di diritto privato, Rescigno P.(a cura di), vol 19, Utet, 1997
- ROPPO E.**, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore.Spunti sistematici intorno all'art.2740 2°co. c.c.*, in Giurisprudenza civile commentata,Giuffrè, Milano, 1982,
- ROJAS ELGUETA G.**, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Giuffrè, Milano, 2012
- RUBINO D.**, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in Trattato di diritto civile e commerciale, Cicu-Messineo (a cura di), Giuffrè, Milano, 1956
- RUBINO D.**, *La responsabilità patrimoniale*,in Vassalli F.(a cura di), Trattato di diritto civile italiano, Unione tipografico, Torino, 1952
- RUBINO D.**, *Il pegno*, in Vassalli F.(a cura di) , Trattato di diritto civile italiano, Unione tipografico, Torino, 1952
- SALVESTRONI U.**, *Incommerciabilità di beni ed autonomia negoziale*, Cedam, Padova, 1989
- SANDULLI A.**, voce *Beni pubblici*, in Enciclopedia del diritto, vol.V, Giuffrè,Milano,1959
- SCALISI V.**, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Giuffrè, Milano, 1998
- SCOGNAMIGLIO R.**, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1950
- SERICK ROLF**, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco. Traduzione di Paolo M. Vecchi.*, Giuffrè, Milano, 1990
- SICLARI D.**, *European Capital Markets Union e ordinamento nazionale*, in Banca,borsa e titoli di credito, Giuffrè, Milano, 2016
- SILIPO A.**, *Il pegno irregolare sul gas naturale depositato in stoccaggio*, in Osservatorio del diritto civile e commerciale, n.2 del 2014, Il Mulino,Bologna, 2014

- STELLA G.**, *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Cedam, Padova, 2003
- STOLFI G.**, *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1947
- TRAPANI G.**, *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento*, Giuffrè, Milano, 1963
- TRIMARCHI M.**, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1940
- TUCCI G.**, voce *Garanzia*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, volume XIV, Roma, 1989
- TUCCI G.**, *I privilegi*, in *Trattato di diritto privato*, Rescigno P. (a cura di), vol. 19, Utet, Torino, 1985
- TUCCI G.**, *Privilegi. I) Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica*, volume XXIV, Roma, 1991
- VACCA L.**, *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, (a cura di), Giappichielli, Torino, 2001
- VENEZIANO A.**, voce *Garanzie del credito (diritto privato europeo)*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ. Aggiornamento*, IX, Torino, 2014
- VENEZIANO A.**, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000
- VERDE G.**, voce *Pignoramento in generale*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983
- VERDE G.**, voce *Pignoramento mobiliare*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983
- VIALE M.**, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Galgano F. (a cura di), Padova, 1994
- ZACCARIA E.C.**, *Diritti di proprietà intellettuale e finanziamento alle imprese: le garanzie reali sulla proprietà industriale*, in *Rivista del diritto privato*, Cacucci, Bari, 2013

ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in Olivieri G.(a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Roma-Bari, 2008

ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Rivista del diritto civile*, Cedam, Padova, 2002

ZOPPINI A., ROJAS ELGUETA G., *Garanzie più «moderne» senza lo spossessamento*, in *Il sole 24 ore. Norme e tributi*, 10 marzo 2016

ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza* in *Rivista del diritto civile*, Cedam, Padova, 2008

ABBREVIAZIONI

BBTC: Banca, borsa e titoli di credito

Contratto impr.: Contratto ed impresa

Dir. banc. merc. fin.: Diritto della banca e del mercato finanziario

Dir. fall.: Diritto fallimentare e delle società commerciali

Dig. disc. priv.-sez. civ.: Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile

Enc. dir.: Enciclopedia del diritto

Enc. giur. Treccani: Enciclopedia giuridica Treccani

Eu.DP: Europa e diritto privato

G.mer: Giurisprudenza di merito

GI: Giurisprudenza italiana

Nuova giur.civ.comm.: Nuova giurisprudenza civile commentata

ODCC: Osservatorio di diritto civile e commerciale

Riv.dir.civ.: Rivista di diritto civile

Riv.dir.priv.: Rivista di diritto privato

Riv.dir.proc.: Rivista di diritto processuale

Studium: Studium Iuris