

Studi sul diritto delle imprese

diretti da
Andrea Zoppini

MONOGRAFIE

03

Direttore

ANDREA ZOPPINI
Università degli Studi Roma Tre

Comitato scientifico

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH
Università degli Studi Roma Tre

LUIGI NONNE
Università degli Studi di Sassari

GIORGIO RESTA
Università degli Studi Roma Tre

Studi sul diritto delle imprese

diretti da

Andrea Zoppini

MONOGRAFIE

La collana Studi sul diritto delle imprese intende promuovere un rinnovato spazio per la riflessione giuridica, animato da contributi monografici volti a indagare le più rilevanti problematiche poste all'operatore del diritto, pratico e teorico, dalle attuali esigenze di regolazione dei rapporti produttivi e di consumo, e dalle più moderne forme di organizzazione dell'attività imprenditoriale.

Il diritto dello sviluppo economico si confronta oggi, tra l'altro, con gli sconvolgimenti imposti dalle rapidissime evoluzioni del capitalismo tecnologico, e con la sua evidente dimensione sovra-nazionale. Ciò solleva rinnovate questioni nell'analisi dei processi di mercato, e delle loro implicazioni, non necessariamente di rilievo patrimoniale, nei rapporti tra i consociati, e poi tra questi e le autorità "pubbliche", diversamente dislocate nell'arena internazionale.

La dottrina giuridica è quindi chiamata a rivisitare tradizionali categorie concettuali, come quelle poste alla base della distinzione tra diritto pubblico e privato, così come la rigida settorializzazione tra le aree civilistica e commercialistica, in una rinnovata prospettiva d'indagine aperta alla comparazione e ai contributi provenienti da altre scienze sociali.

Vai al contenuto multimediale



Giulia Fatano

Funzione di garanzia e beni sottratti alla circolazione giuridica





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2679-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: luglio 2019

Indice

9 *Premessa*

II *Capitolo I*

Funzione di garanzia e beni sottratti alla circolazione giuridica

1.1. Introduzione: delimitazione della nozione di garanzia, 11 – 1.2. Delimitazione della nozione di “funzione di garanzia”, 13 – 1.3. La funzione di garanzia da un punto di vista economico, 16 – 1.4. Garanzie legali e garanzie convenzionali, 19 – 1.5. Beni sottratti alla circolazione giuridica, 25 – 1.6. Funzione di garanzia e beni sottratti alla circolazione giuridica, 30.

33 *Capitolo II*

Funzione di garanzia e beni impignorabili

2.1. Premessa, 33 – 2.2. Beni impignorabili: impignorabilità “codicistica”, 34 – 2.3. Beni impignorabili: impignorabilità temporanea, 36 – 2.4. Beni impignorabili: impignorabilità sopravvenuta, 39 – 2.5. Beni impignorabili: impignorabilità convenzionale, 41 – 2.6. Beni impignorabili di nuova generazione: l’articolo 5 del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 249, 42 – 2.6.1. *Il contesto storico-normativo in cui viene introdotta la direttiva*, 42 – 2.6.2. *Le principali scelte operate dalla direttiva*, 45 – 2.6.3. *Il rilievo del decreto legislativo 249/2012*, 47 – 2.7. Indagine sulla giustificazione teorica del pegno su un bene impignorabile e profili rilevanti di alcune tipologie di pegno, 49 – 2.8. Generalità sul pegno e peculiarità riguardanti l’oggetto, 49 – 2.9. Pegno su beni impignorabili, 53 – 2.9.1. *La possibile utilità di un pegno su beni impignorabili*, 57 – 2.10. Pegno rotativo e variabilità dell’oggetto, 58 – 2.11. Prime conclusioni sull’indagine rispetto al pegno rotativo di valori mobiliari, titoli di Stato, titoli di debito pubblico e garanzie finanziarie, 66 – 2.12. Pegno non possessorio e prospettive de jure condendo, 69 – 2.13. Il privilegio ex articolo 46 TUB e le scorte di petrolio, 73.

79 *Capitolo III*

Il pegno sulle scorte di petrolio

3.1. Premessa, 79 – 3.2. Approfondimento sul regime giuridico delle scorte di petrolio, 80 – 3.2.1. *Gli ostacoli ed i gravami sulle scorte*, 80 – 3.2.2. *L’impignorabilità delle scorte*, 82 – 3.3. Variazioni della clausola di rotatività, 86 – 3.3.1. *Qual è l’interesse che spinge alla costituzione di un pegno rotativo su un bene impignorabile?*, 88 – 3.3.2. *La natura deperibile del bene e la conservazione del prodotto*, 90 – 3.4. Il modello originario della legge 401/1985, 93 – 3.5. Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: introduzione, 97 – 3.5.1. *Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: struttura*, 98 – 3.5.2. *Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: clausola di rotatività*, 101 –

3.6. Il pegno rotativo sulle scorte di petrolio: l'interesse economico dell'operazione, 108 – 3.7. Le scelte legislative degli altri paesi europei: la Francia, 111 – 3.8. La Gran Bretagna, 116 – 3.9. Germania, 121 – 3.10. Austria, 124 – 3.11. Belgio, 130 – 3.12. Lussemburgo, 134 – 3.13. Malta, 137 – 3.14. Irlanda, 139 – 3.15. Spagna, 140 – 3.16. Conclusioni sulla validità del pegno rotativo sulle scorte di petrolio, 145.

151 *The function of guarantees on assets inadmissible for legal circulation*

157 *Bibliografia*

165 *Abbreviazioni*

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.

Funzione di garanzia e beni sottratti alla circolazione giuridica

SOMMARIO: 1.1. Introduzione: delimitazione della nozione di garanzia, 11 – 1.2. Delimitazione della nozione di “funzione di garanzia”, 13 – 1.3. La funzione di garanzia da un punto di vista economico, 16 – 1.4. Garanzie legali e garanzie convenzionali, 19 – 1.5. Beni sottratti alla circolazione giuridica, 25 – 1.6. Funzione di garanzia e beni sottratti alla circolazione giuridica, 30.

1.1. Introduzione: delimitazione della nozione di garanzia

La nozione di garanzia può assumere diversi significati¹ in ambito giuridico ma l'elemento comune di 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.

1. FRAGALI 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.

2. PIAZZA 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 offrirne 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”.

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 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.

3. Per questa ragioni 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.

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 I §3 p. 23; CABELLA PISU L., *Garanzia e responsabilità nelle venditecommerciali*, 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.

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 o del creditore e come possa essere rivolta al miglioramento del sistema economico generale.

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.

Come già chiarito, l'obiettivo dell'elaborato non è quello di analizzare le varie forme di garanzia, le stesse verranno soltanto brevemente richiamate nel prosieguo.

1.2. 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,

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

10. GORLA 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.”

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 ed il contratto autonomo di garanzia quali garanzie personali¹³.

Tuttavia è necessario considerare che i contratti tipici possono essere stipulati in funzione di garanzia¹⁴ ove tale finalità emerga dalla causa in concreto del contratto, 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

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.

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.dr. 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. I 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

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, ad esempio, per mezzo di 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.

Per funzione generica di garanzia 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.

In ogni caso, 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.

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 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 I, pagina 51.

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