

University of Trieste

From the Selected Works of Francesca Fiorentini Prof.

2011

Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei

Francesca Fiorentini, Prof., *University of Trieste*



Available at: https://works.bepress.com/francesca_fiorentini/3/

TRATTATO NOTARILE

diretto da

FILIPPO PREITE

VOLUME 4 - Tomo I

hanno collaborato:

Matteo Bordoni, Alessandra Cagnazzo, Laura Carpaneto, Marina Castellaneta,
Angelo Chianale, Giuseppe D'Angelo, Carmelo Di Marco, Francesca Fiorentini,
Maria Cristina Folliero, Alberto Gallarati, Costanza Honorati, Cesare Licini,
Giovanni Liotta, Emilia Maria Magrone, Eliana Morandi, Paolisa Nebbia,
Chiara Nobili, Margherita Salvadori, Pietro Sbordone, Alberto Valeriani,
Carlo Venditti, Walter Virga, Maria Gabriella Zimpo

UTET
GIURIDICA

TRATTATO NOTARILE
diretto da
FILIPPO PREITE

ATTI NOTARILI
DIRITTO COMUNITARIO
E INTERNAZIONALE

a cura di

FILIPPO PREITE e ANTONIO GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE

VOLUME 4

Diritto comunitario

Tomo I

UTET
GIURIDICA

© 2011 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione UTET Giuridica:
Corso Vittorio Emanuele II, 44 - 10123 Torino
Sito Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wkigiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - e-mail: segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Project editor: Maria Cristina Bozzo

Redazione: Antonella Prandino

Editing: Gaia Graziano

Ufficio tecnico: Mario Cambria

Composizione: Finotello - Borgo San Dalmazzo (CN)

Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

ISBN: 978-88-598-0604-2

INDICE SOMMARIO

Tomo I

Capitolo I	Condizione e protezione internazionale del rifugiato		pag.	
	<i>(Carmelo Di Marco)</i>		1
	1. Premessa. La protezione internazionale e le deroghe alle norme sulla capacità dello straniero	»		1
	2. Le prime fonti di diritto internazionale in materia di protezione	»		3
	3. L'evoluzione delle fonti di diritto internazionale: il panorama europeo	»		7
	4. La normativa italiana	»		18
	5. Le norme italiane a protezione dell'integrità familiare e a tutela del minore non accompagnato	»		27
	6. Gli effetti della protezione internazionale sulla capacità di agire nell'ordinamento italiano	»		28
	7. (<i>Segue</i>). I riflessi nell'attività notarile: l'acquisto di beni immobili e la partecipazione a società	»		30
	8. La comparizione del soggetto protetto nell'atto notarile	»		31
Capitolo II	La cittadinanza europea			» 33
	<i>(Cesare Licini)</i>		
	1. Storia ed evoluzione dei principi ispiratori. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea	»		33
	2. La cittadinanza dell'Unione Europea nelle sue configurazioni originarie	»		40
	3. Contenuti della cittadinanza comunitaria, a confronto con il concetto giuridico di cittadinanza in generale	»		43
Capitolo III	Doppio cognome: panorama comunitario			» 55
	<i>(Marina Castellaneta)</i>		
	1. L'influenza del principio del mutuo riconoscimento sulle norme di diritto internazionale privato	»		55
	2. Panorama delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di attribuzione del cognome	»		57
	3. L'incidenza della giurisprudenza della Corte UE sul diritto italiano	»		64
Capitolo IV	La tutela dei minori stranieri nelle Convenzioni internazionali			» 71
	<i>(Emilia Maria Magrone)</i>		
	1. Premessa	»		71
	1.1. La protezione internazionale dei minori e il rilievo della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo	»		71

INDICE SOMMARIO

1.2. (Segue). La tutela del minore straniero nel quadro della protezione generalizzata dei fanciulli apprestata dalla Convenzione: le specifiche norme rilevanti in materia	pag. 74
2. Analisi delle convenzioni a tutela del minore straniero e i riflessi sulle norme di conflitto	» 75
3. La Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori	» 77
4. (Segue). Le Convenzioni del 1980 dirette a contrastare il <i>legal kidnapping</i>	» 78
5. (Segue). La Convenzione dell'Aja del 1993 sulla protezione del bambino e la cooperazione relativa all'adozione internazionale	» 81
6. (Segue). La nuova Convenzione dell'Aja del 1996 sulla protezione dei minori ..	» 82
7. Conclusioni	» 84
Capitolo V Il diritto di visita nel diritto dell'Unione europea	
(<i>Laura Carpaneto</i>)	» 85
1. Verso una crescente attenzione dell'ordinamento europeo per il rapporto tra genitori e figli: l'adozione del Regolamento "Bruxelles II-bis"	» 85
2. Il giudice competente in materia di diritto di visita: le regole generali	» 95
3. (Segue). I criteri specificamente dedicati al diritto di visita ed al momento patologico dell'esercizio di tale diritto (il c.d. mancato ritorno)	» 101
4. Il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti in materia di diritto di visita. L'abolizione dell' <i>exequatur</i>	» 106
5. Le altre disposizioni rilevanti in materia di diritto di visita	» 111
Capitolo VI L'adozione internazionale	
(<i>Maria Gabriella Zimpo e Alessandra Cagnazzo</i>)	» 117
SEZIONE PRIMA - INQUADRAMENTO NORMATIVO DELL'ISTITUTO. I SOGGETTI: REQUISITI, RUOLI, COMPETENZE	» 117
1. Premesse	» 117
2. Normativa vigente	» 119
3. La Convenzione dell'Aja e le modifiche apportate all'istituto dell'adozione internazionale	» 121
4. La disciplina dell'adozione internazionale. Gli organismi competenti	» 124
4.1. Il ruolo della Commissione per le adozioni internazionali	» 126
4.2. Gli Enti autorizzati	» 128
4.3. Il procedimento dinanzi al tribunale per i minorenni	» 130
4.4. I servizi socio-assistenziali	» 132
4.5. Le regioni	» 135
4.6. I coniugi aspiranti all'adozione: i requisiti	» 136
4.7. L'Autorità consolare: cenni	» 138
SEZIONE SECONDA - IL PROCEDIMENTO	» 139
5. Adempimenti da effettuarsi nel Paese di residenza dei genitori	» 139
5.1. La dichiarazione di idoneità degli aspiranti genitori adottivi	» 139
5.2. (Segue). L'indagine operata dai servizi socio-assistenziali	» 141
5.3. (Segue). Il provvedimento del tribunale per i minorenni	» 142
5.4. (Segue). Conferimento dell'incarico all'Ente autorizzato	» 142
6. Il procedimento: adempimenti da effettuarsi nel Paese di origine del minore ...	» 142
6.1. La condizione di abbandono	» 142

INDICE SOMMARIO

6.2. L'abbinamento tra minore ed aspiranti genitori	<i>pag.</i> 143
7. Le adozioni internazionali operate da stranieri in Italia	» 145
8. La trascrizione e la dichiarazione di efficacia nelle adozioni pronunciate all'estero nei procedimenti adottivi	» 147
8.1. Minori provenienti da Stati membri aderenti alla Convenzione dell'Aja: controlli e trascrivibilità del provvedimento straniero di adozione	» 148
8.2. Minori provenienti da Stati che con lo Stato italiano abbiano contratto Convenzioni bilaterali: controlli e trascrivibilità del provvedimento straniero di adozione	» 153
8.3. Minori provenienti da Stati che non siano membri della Convenzione dell'Aja e che non abbiano contratto con lo Stato italiano Convenzioni bilaterali	» 154
Capitolo VII I divorzi internazionali europei (Alessandra Cagnazzo)	» 159
1. Premessa	» 159
2. Quadro normativo	» 162
3. Panorama normativo europeo in materia di scioglimento del matrimonio	» 165
4. Conclusioni	» 178
Capitolo VIII Dichiarazioni anticipate di trattamento e autodeterminazione (Carlo Venditti)	» 181
1. Oggetto dell'indagine	» 181
2. Una scelta sul linguaggio	» 183
3. La Convenzione di Oviedo nella prospettiva italiana e alcune soluzioni normative adottate nell'Europa continentale	» 186
4. Il diritto all'autodeterminazione	» 196
5. D.A.T. e pratiche che si configurano come eutanasia	» 207
6. I nessi col consenso informato	» 215
7. Dichiarazione anticipata e successiva sua attualità	» 224
8. Efficacia della dichiarazione anticipata rispetto ai terzi destinatari	» 227
9. Il sostituto del dichiarante divenuto incapace	» 234
10. Conclusione	» 240
Capitolo IX Il certificato europeo di eredità (Walter Virga)	» 245
1. Il diritto delle successioni nel quadro dell'armonizzazione	» 245
2. Un primo (non riuscito) tentativo	» 247
3. Modelli a confronto	» 249
4. Dal Libro verde al Certificato di Eredità Europeo	» 252
Capitolo X Il diritto di stabilimento (Paolisa Nebbia)	» 255
1. Introduzione	» 255
2. Efficacia diretta	» 257
3. Il concetto di "stabilimento"	» 260
4. Accesso e svolgimento di attività economiche	» 261
5. Riconoscimento dei titoli	» 263
6. Persone giuridiche	» 271
7. Deroghe alla libertà di stabilimento	» 278

INDICE SOMMARIO

Capitolo XI Le regole della concorrenza e la professione notarile (<i>Giovanni Liotta</i>)	<i>pag.</i> 283
1. Premessa	» 283
2. La tutela della concorrenza nel diritto comunitario	» 286
3. La libertà di esercizio della professione e la libertà di circolazione	» 296
4. Il contesto nazionale	» 299
5. I risvolti pratici	» 301
 Capitolo XII Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201 del consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (<i>Ilaria Queirolo</i>)	» 303
SEZIONE PRIMA - LA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE	» 303
1. L'azione della Comunità europea nel diritto internazionale privato	» 303
2. L'approvazione del Regolamento (CE) n. 2201/2003	» 309
3. Il Regolamento n. 2201/2003: ambito di applicazione <i>ratione materiae</i>	» 313
4. Gli ulteriori limiti applicativi e la giurisdizione nazionale "residuale"	» 318
5. I criteri di competenza in materia di responsabilità genitoriale	» 322
6. Il coordinamento dell'esercizio della competenza	» 330
7. La libera circolazione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale	» 332
8. L'esecuzione automatica delle decisioni inerenti rimpatrio e diritto di visita: il rilievo della Convenzione dell'Aja del 1980	» 337
SEZIONE SECONDA - SEPARAZIONE, DIVORZIO E ANNULLAMENTO DEL MATRIMONIO	» 344
9. Il Regolamento n. 2201/2003: ambito di applicazione e giurisdizione nazionale "residuale"	» 344
10. I criteri di competenza in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale ed il loro coordinamento	» 350
11. La libera circolazione delle sentenze in materia matrimoniale	» 354
12. La proposta di cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale ed il ruolo dell'autonomia privata	» 358
 Capitolo XIII Immobili situati in zone di confine (<i>Chiara Nobili</i>)	» 363
1. Il concetto di "immobile posto in zona di confine" e la nascita del relativo regime vincolistico	» 363
2. La legge 3 giugno 1935, n. 1095: l'approvazione del Prefetto ed il parere dell'autorità militare	» 368
3. La legge 24 dicembre 1976, n. 898: il nuovo ambito soggettivo di applicazione della normativa ed i connessi problemi interpretativi. La differenza tra "approvazione" ed "autorizzazione"	» 371
4. La compatibilità della disciplina dell'alienazione di immobili siti in zone di confine con il Trattato CE e con il principio della libertà di stabilimento dei cittadini degli Stati facenti parte dell'Unione europea	» 378
5. Il caso di Barano d'Ischia e la conseguente questione riguardante l'applicazione della legislazione vincolistica ai cittadini comunitari. La decisione del Tribunale di Napoli del 20 maggio 1998	» 382

INDICE SOMMARIO

6. Le pronunce della Corte d'appello di Napoli e la circolare ministeriale del 26 aprile 2000, n. 45	<i>pag.</i> 384
7. La pronuncia della Corte di Giustizia europea del 13 luglio 2000	» 386
8. Le successive vicende legislative in materia: la legge 24 novembre 2000, n. 340, e la legge comunitaria 23 dicembre 2000, n. 242 a confronto. Il d.legisl. 15 marzo 2010, n. 66 (c.d. Codice dell'ordinamento militare)	» 388
Capitolo XIV L'e-conveyancing e l'e-Gov (Elia Morandi)	» 395
1. <i>E-conveyancing</i>	» 395
2. Individuazione dei problemi: come si attua l' <i>e-conveyancing</i>	» 397
3. Conclusioni	» 406
Capitolo XV Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I") (Angelo Chianale e Alberto Gallarati)	» 409
SEZIONE PRIMA - DALLA CONVENZIONE DI ROMA DEL 19 GIUGNO 1980 AL REGOLAMENTO "ROMA I"	» 410
1. La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 e il Regolamento "Roma I"	» 410
2. L'ambito di applicazione del Regolamento "Roma I"	» 412
2.1. La sostituzione della Convenzione di Roma	» 412
2.2. Il rapporto con altre Convenzioni internazionali	» 413
2.3. L'operatività del Regolamento	» 414
2.3.1. Il conflitto di leggi	» 415
2.3.2. Le obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale	» 416
2.4. Le esclusioni	» 417
2.4.1. Le persone fisiche	» 418
2.4.2. I rapporti di famiglia	» 419
2.4.3. Le successioni	» 420
2.4.4. Titoli di credito	» 420
2.4.5. Le clausole compromissorie	» 421
2.4.6. Il diritto societario	» 421
2.4.7. Il <i>trust</i>	» 426
2.4.8. Il mandato, le obbligazioni derivanti da trattative precontrattuali e alcuni contratti di assicurazione	» 432
2.5. L'universalità del Regolamento e gli Stati plurisoggettivi	» 433
2.6. Il rinvio	» 434
SEZIONE SECONDA - LA LEGGE APPLICABILE AL CONTRATTO SECONDO IL SISTEMA INTRODOTTO DAL REGOLAMENTO "ROMA I"	» 436
3. La libertà di scelta	» 436
3.1. Contratto interno di diritto straniero	» 437
3.2. Il "contratto senza legge"	» 438
3.3. Il <i>depeçage</i> volontario e la variazione della legge scelta	» 439
4. L'assenza di scelta e la legge applicabile	» 440
4.1. La legge dello Stato in cui il prestatore caratteristico ha residenza abituale	» 441
4.1.1. La prestazione caratteristica	» 441
4.1.2. La residenza abituale	» 444

INDICE SOMMARIO

4.2. I criteri di collegamento speciali	<i>pag.</i> 445
4.2.1. La vendita di beni e la vendita all'asta	» 446
4.2.2. I contratti di prestazione di servizi, di affiliazione e di distribuzione	» 449
4.2.3. I contratti relativi a diritti reali immobiliari	» 450
4.2.4. La negoziazione di strumenti finanziari	» 452
4.2.5. Il contratto di trasporto	» 453
4.2.6. I contratti con i consumatori	» 456
4.2.6.1. Consumatore e professionista	» 456
4.2.6.2. L'applicazione del criterio speciale per il consumatore, l'autonomia delle parti e le eccezioni	» 457
4.2.7. Il contratto di assicurazione	» 459
4.2.8. Il contratto di lavoro	» 462
5. I collegamenti più stretti con un ordinamento	» 463
5.1. Il superamento della prestazione caratteristica e dei criteri di <i>default</i> per i contratti nominati	» 463
5.2. L'impossibilità di determinare la legge applicabile e il Paese del collegamento più stretto	» 465
6. Il <i>dépeçage</i> del giudice	» 466
SEZIONE TERZA - L'OGGETTO DELLA LEGGE APPLICABILE AL CONTRATTO SECONDO IL REGOLAMENTO "ROMA I"	» 467
7. Materie regolate dalla legge applicabile	» 467
7.1. Esistenza e validità sostanziale del contratto	» 467
7.2. Interpretazione e conseguenze della nullità del contratto	» 469
7.3. Esecuzione, inadempimento, estinzione delle obbligazioni contrattuali, prescrizioni e decadenze	» 470
8. Materie non regolate dalla legge applicabile	» 471
8.1. La capacità	» 471
8.2. La forma	» 472
8.3. La prova del contratto	» 474
SEZIONE QUARTA - LA LEGGE APPLICABILE AL CONTRATTO SECONDO IL REGOLAMENTO "ROMA I" E LE MATERIE PARTICOLARI DI CUI AGLI ARTT. 14-17 DEL REGOLAMENTO "ROMA I"	» 474
9. Cessione del credito	» 474
10. La surrogazione (convenzionale e legale) e le obbligazioni in solido	» 476
11. La compensazione legale	» 477
SEZIONE QUINTA - I LIMITI ALLA LEGGE APPLICABILE SECONDO IL REGOLAMENTO "ROMA I": LE NORME DI APPLICAZIONE NECESSARIA E L'ORDINE PUBBLICO	» 478
12. Le norme di applicazione necessaria	» 478
13. Ordine pubblico	» 480
Capitolo XVI Regolamento n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali (Costanza Honorati)	» 483
1. Genesi del Regolamento n. 864/2007 e quadro generale	» 483
2. Ambito di applicazione soggettivo e oggettivo. Le materie escluse. Coordinamento con le norme nazionali	» 486

INDICE SOMMARIO

3. Struttura del Regolamento e criterio generale. La <i>lex loci damni</i>	pag. 493
4. La <i>lex communis</i> delle parti	» 504
5. La clausola di eccezione e il criterio del collegamento più stretto	» 508
6. La facoltà di scelta della legge applicabile	» 513
7. Le norme speciali. Il danno da responsabilità da prodotto	» 518
8. Il danno da concorrenza sleale e da atto restrittivo della concorrenza	» 528
9. Il danno ambientale	» 540
10. I danni da fatto lecito: arricchimento senza causa, <i>negotiorum gestio</i> e <i>culpa in contrabendo</i>	» 545
11. L'ambito di applicazione della legge regolatrice	» 553

Capitolo XVII **Notificazioni e comunicazioni internazionali**

(*Margherita Salvadori*)

1. L'assistenza giudiziaria tra Stati in materia di notificazioni all'estero	» 559
2. La Convenzione dell'Aja del 1965	» 561
3. Cooperazione giudiziaria in materia civile: il Regolamento 1393 del 2007	» 565
3.1. L'ambito di applicazione	» 569
3.2. Le modalità di trasmissione ammesse	» 573
3.3. Gli adempimenti previsti e gli effetti della mancata traduzione dell'atto ...	» 575
3.4. Il principio della scissione degli effetti dell'atto	» 582
4. Conclusioni	» 584

Capitolo XVIII **Il regime dei trasferimenti dei beni ecclesiastici e relativi procedimenti in Italia e negli Stati della comunità europea** (*Maria Cristina Folliero e Giuseppe D'Angelo*)

1. Premessa	» 587
2. La proprietà ecclesiastica quale proprietà funzionale. La disciplina canonistica ..	» 590
2.1. Ambito di applicazione: i beni ecclesiastici e le persone giuridiche pubbliche	» 590
2.2. La disciplina degli atti di amministrazione straordinaria	» 591
2.3. In particolare, i controlli canonici sulle alienazioni	» 595
3. I beni ecclesiastici negli ordinamenti civili: Italia	» 596
3.1. La proprietà ecclesiastica quale <i>res mixta</i>	» 596
3.2. La rilevanza civile della normativa canonica in materia di trasferimenti della proprietà ecclesiastica	» 597
3.3. Vincoli e limitazioni statali alla circolazione della proprietà ecclesiastica ed ipotesi ulteriori di rinvio al diritto canonico	» 605
4. Spagna	» 608
4.1. La riproduzione dello schema per collegamento ordinamentale	» 608
4.2. Il riconoscimento di personalità giuridica	» 609
4.3. L'efficacia civile delle <i>licentiae canoniche</i> : a) <i>gli Istituti di vita consacrata</i> ; b) <i>enti organici, altri enti (canonicamente) pubblici ed enti (canonicamente) privati</i>	» 611
5. Germania	» 615
5.1. Le confessioni religiose quali organismi di diritto pubblico	» 615
5.2. Diritto di autodeterminazione ed enti giuridici ecclesiastici	» 617

INDICE SOMMARIO

5.3. Diritto di autodeterminazione e proprietà ecclesiastica	pag. 618
6. Francia	» 620
6.1. La tendenziale riconduzione di enti e patrimonio religiosi sul comune terreno civilistico	» 620
6.2. La disciplina comune delle associazioni religiose	» 621
6.3. Proprietà ecclesiastica ed associazioni diocesane	» 623
Capitolo XIX La certificazione energetica nei trasferimenti immobiliari: rapporti tra diritto interno e diritto comunitario <i>(Alberto Valeriani e Pietro Sbordone)</i>	» 627
SEZIONE PRIMA - IL DIRITTO COMUNITARIO	» 628
1. I presupposti per l'intervento del diritto comunitario in materia di "Rendimento energetico nell'edilizia"	» 628
2. L'intervento del diritto comunitario in materia di "Rendimento energetico nell'edilizia"	» 629
3. La Direttiva 2002/91/CE	» 631
4. Gli atti comunitari e il diritto interno	» 634
4.1. Gli atti comunitari in generale e il diritto interno	» 634
4.2. La Direttiva 2002/91/CE in rapporto al diritto interno	» 640
SEZIONE SECONDA - IL DIRITTO INTERNO	» 642
5. La competenza legislativa nel diritto interno italiano	» 642
5.1. L'art. 117 Cost.	» 642
5.2. La competenza esclusiva dello Stato e le "materie trasversali"	» 645
5.3. La competenza concorrente	» 646
5.4. Il principio di sussidiarietà e il principio di leale collaborazione	» 649
5.5. Il potere sostitutivo statale	» 651
5.6. La potestà regolamentare	» 655
6. La normativa statale in materia di "Rendimento energetico nell'edilizia"	» 658
7. Il recepimento della Direttiva 2002/91/CE nell'ambito delle competenze legislative interne; rapporti fra diritti; la "clausola di cedevolezza"	» 671
7.1. Collocazione della materia nell'ambito dell'art. 117 Cost.	» 671
7.2. L'intervento statale	» 673
7.3. La "clausola di cedevolezza"	» 675
7.4. L'intervento regionale; i "principi fondamentali"	» 677
8. Le Linee Guida Nazionali per la certificazione energetica degli edifici	» 681
9. Normativa statale: l'Attestato di Certificazione Energetica	» 686
10. Normativa statale: gli edifici	» 692
10.1. Il concetto di "edificio" e le categorie di edifici	» 692
10.2. I casi esclusi	» 694
10.3. I casi dubbi	» 698
10.4. Gli edifici provvisti del solo impianto di illuminazione e gli edifici totalmente privi di impianti	» 699
11. Normativa statale: gli obblighi di dotazione e consegna; le fattispecie giuridiche interessate; l'"autodichiarazione"	» 699
11.1. L'obbligo di dotazione	» 699
11.2. L'obbligo di consegna	» 706
11.3. Le fattispecie giuridiche interessate	» 707

INDICE SOMMARIO

11.4. L'“autodichiarazione”	<i>pag.</i> 708
12. Normativa statale: l'abrogato obbligo di allegazione	» 710
13. La competenza statale in materia di “ordinamento civile” e i rapporti con le normative regionali	» 724
13.1. L'“ordinamento civile”	» 724
13.2. La nullità <i>ex art.</i> 1418, I comma, c.c.	» 728

Capitolo XX Il contratto di appalto e il contratto di subfornitura nel diritto comunitario (Matteo Bordoni) » 737

1. Premessa	» 737
2. La nozione di appalto pubblico nella normativa comunitaria	» 737
3. Il <i>framework</i> degli appalti nel diritto comunitario. Evoluzione storica	» 739
4. L'attuazione nell'ordinamento italiano delle direttive comunitarie	» 743
5. La Direttiva 18/2004	» 744
5.1. L'ambito di applicazione oggettivo	» 744
5.1.1. Gli appalti pubblici misti	» 747
5.1.2. I settori esclusi	» 748
5.2. L'ambito di applicazione soggettivo. La nozione di organismo pubblico ...	» 749
5.2.1. L'affidamento <i>in house</i>	» 752
5.3. Le differenti modalità di aggiudicazione degli appalti pubblici	» 754
5.4. I requisiti di partecipazione e i criteri di selezione delle offerte	» 756
6. Il regime delle <i>utilities</i> di cui alla Direttiva 17/2004	» 757
7. La Direttiva 2007/66/CE	» 759
7.1. La sua attuazione in Italia in via giurisprudenziale	» 762
7.2. La sua attuazione in Italia in via normativa	» 764
8. Il riparto di competenze tra Stato e regioni in materia di appalti pubblici	» 768
9. La subfornitura ed il diritto comunitario	» 770
9.1. La disciplina dei ritardi nei pagamenti	» 772
9.2. Il regime della subfornitura in Italia	» 772

Capitolo XXI Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati Europei (Francesca Fiorentini) » 783

1. Tassonomia	» 783
2. Efficienza dei diritti di garanzia	» 784
3. Le garanzie personali in Europa: classificazioni e regole	» 786
3.1. La fideiussione e le garanzie accessorie	» 787
3.1.1. Le fideiussioni omnibus	» 794
3.1.2. Le fideiussioni rovinose	» 795
3.2. Le garanzie non accessorie o autonome	» 800
3.3. Le garanzie personali “funzionali”	» 805
3.4. Verso un diritto europeo delle garanzie personali	» 809
4. Le garanzie reali in Europa: classificazioni e percorsi	» 810
5. Le garanzie reali immobiliari: principi e regole, somiglianze e differenze	» 812
5.1. Il principio di accessorietà	» 813
5.2. Il ruolo della pubblicità	» 815
5.3. La realizzazione delle garanzie immobiliari	» 817
5.4. Le garanzie immobiliari e l'integrazione giuridica europea	» 818

INDICE SOMMARIO

6. Le garanzie mobiliari “formali”	pag. 821
6.1. Le garanzie mobiliari “funzionali”: la proprietà a scopo di garanzia	» 825
6.2. L’alienazione a scopo di garanzia	» 827
6.3. La riserva di proprietà	» 829
6.4. Il <i>leasing</i> finanziario e il <i>sale and lease-back</i>	» 830
6.5. Garanzie mobiliari e integrazione giuridica	» 832

Tomo II

Capitolo XXII La disciplina comunitaria in materia di protezione dei consumatori nell’ambito del diritto contrattuale (<i>Maria Laura Mattia</i>)	» 837
1. Cenni sul diritto contrattuale europeo	» 837
2. La normativa comunitaria in materia di contratti dei consumatori	» 843
3. Cenni sul processo di revisione in atto	» 847
4. Le misure nazionali di attuazione e il codice del consumo	» 850
5. Tematiche di maggiore rilevanza notarile: clausole vessatorie e nullità di protezione	» 852
6. La multiproprietà	» 862
7. Alcune precisazioni in relazione alla disciplina dei contratti porta a porta	» 868
8. Conclusioni	» 869
Capitolo XXIII La nozione di impresa nel diritto europeo (<i>Raffaele Torino</i>)	» 871
1. Rilevanza della nozione di impresa nel diritto europeo e riferimenti normativi	» 871
2. La nozione di impresa nell’ambito del diritto europeo della concorrenza	» 874
2.1. Soggetti giuridicamente distinti e unica entità economica	» 876
2.2. Enti pubblici e nozione di impresa	» 878
2.2.1. Enti pubblici svolgenti attività economica	» 879
2.2.2. Enti pubblici svolgenti attività ispirate al principio di solidarietà	» 880
2.2.3. Enti pubblici ed esercizio di pubblici poteri	» 885
2.3. Riconducibilità dei professionisti nella nozione di impresa rilevante ai fini della normativa europea in materia di concorrenza	» 887
2.3.1. La libera professione dell’avvocatura	» 891
2.4. Imprese pubbliche, imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o in regime di monopolio fiscale	» 892
3. La nozione di “piccole” e “medie” imprese	» 896
Capitolo XXIV La società europea (<i>Giuliana Grumetto e Francesco Pericle Alberini</i>)	» 901
1. La nascita della società europea. L’iter di approvazione del Regolamento n. 2157/2001 e della Direttiva 2001/86/CE	» 901
2. I caratteri essenziali della società europea	» 908
2.1. Sede della società europea e trasferimento	» 910
3. La costituzione di una società europea	» 911

INDICE SOMMARIO

3.1.	La fusione	<i>pag.</i>	912
3.2.	La costituzione di una <i>holding</i>	»	916
3.3.	Creazione di una filiale comune	»	917
3.4.	Costituzione mediante trasformazione	»	917
4.	Gli organi della SE	»	918
4.1.	Sistema dualistico	»	919
4.2.	Sistema monistico	»	920
4.3.	Norme comuni ai due sistemi	»	921
4.4.	L'assemblea generale	»	921
4.5.	Trasformazione della società europea	»	922
4.6.	Scioglimento, liquidazione e procedure concorsuali	»	922
5.	La Direttiva CE/2001/86: il coinvolgimento dei lavoratori	»	923
5.1.	Principi e caratteri della normativa sul coinvolgimento dei lavoratori, la clausola di <i>opting-out</i>	»	923
5.2.	La negoziazione sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori: la reazione e il funzionamento della Delegazione Speciale di Negoziazione	»	927
5.3.	Esito positivo della negoziazione: accordo sul coinvolgimento dei lavoratori, contenuto e validità	»	932
5.4.	Esito negativo della negoziazione e sue conseguenze	»	933
5.5.	Coinvolgimento per effetto delle disposizioni di riferimento: costituzione di un organo di rappresentanza dei lavoratori titolare di diritti di informazione e consultazione e coinvolgimento mediante partecipazione agli organi societari	»	935
6.	Attuazione della normativa comunitaria in Italia	»	941
Capitolo XXV La società cooperativa europea (SCE)			
	(<i>Giuliana Grumetto e Francesco Pericle Alberini</i>)	»	965
1.	La disciplina della società cooperativa europea	»	965
2.	La procedura di costituzione	»	971
3.	Le caratteristiche della società cooperativa europea	»	974
4.	Gli organi sociali	»	981
4.1.	L'assemblea	»	981
4.2.	I sistemi di amministrazione	»	984
4.3.	L'organo di revisione	»	986
5.	Scioglimento, insolvenza, trasformazione	»	986
Capitolo XXVI La società privata europea (SPE)			
	(<i>Giuliana Grumetto e Francesco Pericle Alberini</i>)	»	1009
1.	La creazione della SPE come forma giuridica sovranazionale	»	1009
2.	Bozza di Regolamento della SPE	»	1012
3.	I fondamenti dello statuto della SPE	»	1013
4.	Costituzione della SPE	»	1014
5.	Il capitale sociale	»	1015
6.	I soci della SPE	»	1019
7.	Organi della SPE	»	1021
8.	Il coinvolgimento dei lavoratori nella SPE	»	1023
9.	Trasferimento della sede di costituzione fuori dai confini nazionali	»	1024

INDICE SOMMARIO

Capitolo XXVII	La circolazione delle società comunitarie nello spazio interno dell'Unione europea (<i>Cesare Licini</i>)	<i>pag.</i> 1035
1.	Premesse di d.i.p.	» 1035
2.	La struttura del sistema previgente	» 1040
3.	La disciplina vigente	» 1045
4.	Applicazione dei principi enunziati rispetto al trasferimento della sede sociale di società estera in Italia	» 1054
5.	Le società italiane dall'origine	» 1057
6.	(<i>Segue</i>). Significati del fattore della sede (delle sedi)	» 1058
7.	Il criterio di collegamento nel d.i.p. italiano. Teoria dell'incorporazione e teoria dell'amministrazione	» 1063
8.	Nazionalità e riconoscimento	» 1072
9.	Divergenza fra sede statutaria e sede effettiva	» 1073
10.	Convenzioni internazionali	» 1074
11.	Circolazione delle società "comunitarie" all'interno dello spazio UE e diritto di libertà di stabilimento	» 1076
12.	L'applicazione delle disposizioni del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento: la sentenza <i>Überseering</i>	» 1080
13.	(<i>Segue</i>). La sentenza <i>Inspire Art Ltd</i>	» 1082
14.	(<i>Segue</i>). La sentenza <i>Sevic</i>	» 1084
15.	Il paradigma dei limiti consentiti dal Trattato di Roma non è d.i.p.	» 1086
16.	La sentenza <i>Cartesio</i>	» 1097
Capitolo XXVIII	La partecipazione di società italiane alla costituzione di società europee (<i>Giuliana Grumetto e Francesco Pericle Alberini</i>)	» 1103
1.	Introduzione	» 1103
2.	"Attuazione" del Regolamento e partecipazione di società italiane al procedimento costitutivo di Società Europea	» 1104
3.	Attuazione della Direttiva 2001/86/CE	» 1114
Capitolo XXIX	I patti parasociali nel diritto comunitario (<i>Giuliana Grumetto e Francesco Pericle Alberini</i>)	» 1119
1.	Premessa introduttiva	» 1119
2.	I patti parasociali. Origine, breve evoluzione storica tra interventi dottrinali e giurisprudenziali	» 1122
3.	Il diritto positivo attuale: gli artt. 2341- <i>bis</i> e 2341- <i>ter</i> c.c.	» 1127
3.1.	Profili generali	» 1127
3.2.	La disciplina codicistica	» 1128
3.3.	Forma e durata	» 1130
3.4.	Pubblicità	» 1132
4.	Gli artt. 122 e 123 del T.U.F.	» 1133
5.	La legge applicabile ai patti parasociali nel diritto internazionale privato e nel diritto comunitario	» 1136
Capitolo XXX	Le fusioni transfrontaliere delle società di capitali (<i>Marcello Claudio Lupetti</i>)	» 1153
1.	Significato del termine	» 1153
2.	Normativa di riferimento	» 1153

INDICE SOMMARIO

3. Il d.legisl. 30 maggio 2008, n. 108: ambito di applicazione (art. 2)	<i>pag.</i> 1155
4. (<i>Segue</i>). Condizioni relative alle fusioni transfrontaliere (art. 3)	» 1156
5. (<i>Segue</i>). Disciplina applicabile (art. 4)	» 1156
6. (<i>Segue</i>). Il recesso (art. 5)	» 1158
7. (<i>Segue</i>). Progetto di fusione transfrontaliera (art. 6)	» 1159
8. (<i>Segue</i>). Pubblicazione nella <i>Gazzetta Ufficiale</i> (art. 7)	» 1161
9. (<i>Segue</i>). Relazione dell'organo amministrativo (art. 8)	» 1162
10. (<i>Segue</i>). Relazione degli esperti (art. 9)	» 1163
11. (<i>Segue</i>). Decisione sulla fusione transfrontaliera (art. 10)	» 1164
12. (<i>Segue</i>). Certificato preliminare alla fusione transfrontaliera (art. 11)	» 1165
13. (<i>Segue</i>). Atto di fusione transfrontaliera (art. 12)	» 1167
14. (<i>Segue</i>). Controllo di legittimità della fusione transfrontaliera (art. 13)	» 1168
15. (<i>Segue</i>). Pubblicità (art. 14)	» 1169
16. (<i>Segue</i>). Efficacia della fusione transfrontaliera (art. 15)	» 1173
17. (<i>Segue</i>). Effetti della fusione transfrontaliera (art. 16)	» 1174
18. (<i>Segue</i>). Invalidità della fusione transfrontaliera (art. 17)	» 1174
19. (<i>Segue</i>). Formalità semplificate (art. 18)	» 1175
20. (<i>Segue</i>). Partecipazione dei lavoratori (art. 19)	» 1176

Capitolo XXXI Le Direttive 65/2001 e 51/2003. Gli IAS/IFRS: loro incidenza sul capitale sociale (Carlo Alberto Busi)	» 1189
1. Il dato normativo	» 1189
2. La modernizzazione del diritto contabile in Italia. Il concetto di <i>fair value</i>	» 1193
3. Il principio <i>substance over form</i>	» 1198
4. Il regime del patrimonio netto proprio dell'ordinamento italiano alla luce degli IAS/IFRS	» 1199
5. Le riserve da <i>fair value</i>	» 1201
6. L'incidenza degli IAS/IFRS sulla situazione patrimoniale che rileva la perdita ..	» 1203
7. IAS/IFRS e aumento gratuito del capitale	» 1207

Capitolo XXXII Il recepimento in Italia della Direttiva sui diritti degli azionisti 11 luglio 2007, n. 36/CE e le modificazioni statutarie conseguenti (Carlo Alberto Busi)	» 1209
1. La Direttiva comunitaria 2007/36	» 1209
2. Il d.legisl. 27 gennaio 2010, n. 27, attuativo della Direttiva 2007/36/CE ed il suo recepimento negli statuti	» 1211
3. L'adeguamento statutario realizzabile senza l'intervento dell'assemblea	» 1213
4. L'adeguamento del regolamento assembleare realizzabile senza l'intervento del- l'assemblea	» 1215
5. L'unica ipotesi di modifica obbligatoria. La notificazione in forma elettronica della delega	» 1217
6. La modifica opportuna/obbligatoria in tema di convocazione su richiesta della minoranza	» 1220
7. La modifica opportuna/obbligatoria in tema di termini e modalità di convoca- zione dell'assemblea	» 1223
8. La modifica opportuna/obbligatoria riguardante l'abolizione dei limiti alla rap- presentanza in assemblea	» 1225
9. L'avviso di convocazione e l'informazione riguardante l'assemblea	» 1227

INDICE SOMMARIO

10. Assemblea in unica convocazione e termini per la convocazione di approvazione del bilancio. Modifiche facoltative (<i>opt-in</i>)	pag. 1231
11. Partecipazione telematica alle assemblee e voto <i>on line</i>	» 1235
12. La disciplina del c.d. <i>record date</i>	» 1236
13. Identificazione degli azionisti	» 1238
14. Rappresentante dei soci designato dalla società	» 1239
15. Il dividendo maggiorato	» 1240

Capitolo XXXIII Il gruppo europeo di interesse economico (G.E.I.E.) (<i>Marco Maltoni</i>)	» 1243
1. Strumenti di cooperazione fra imprese e attualità del G.E.I.E.	» 1243
2. La funzione del G.E.I.E.	» 1245
3. Costituzione, natura giuridica del G.E.I.E. e legge applicabile	» 1249
4. L'organizzazione del gruppo. In particolare: le decisioni dei partecipanti	» 1251
5. L'amministrazione del G.E.I.E.	» 1254
6. La struttura patrimoniale del G.E.I.E., gli obblighi e la responsabilità dei partecipanti	» 1255
7. Le vicende della partecipazione dei membri	» 1257

Capitolo XXXIV La remunerazione degli amministratori nelle società di capitali. Profili di armonizzazione europea (<i>Luigi Cesaro</i>)	» 1259
1. Premessa	» 1259
2. La remunerazione in forma di azioni e riflessi sul governo societario: il quadro generale	» 1260
3. Le criticità riscontrate	» 1264
4. L'esigenza di armonizzazione in materia di remunerazione variabile nel contesto europeo	» 1266
5. Gli interventi del legislatore europeo	» 1268
6. Gli strumenti di <i>soft law</i> europei e le risposte della Commissione Europea alle criticità insite nella remunerazione variabile	» 1269
7. Il recepimento dell' <i>imprinting</i> europeo	» 1276
8. Conclusioni	» 1277

Capitolo XXXV La Direttiva sui diritti degli azionisti (<i>Filippo Palmieri</i>)	» 1281
1. La Direttiva 2007/36/CE sui diritti degli azionisti	» 1281
2. Le modifiche del procedimento assembleare	» 1284
2.1. L'informativa pre-assembleare	» 1285
2.2. I diritti degli azionisti	» 1286
2.3. La <i>Record Date</i>	» 1287
2.4. Le modalità di voto	» 1288
2.5. L'informativa post-assemblea	» 1291
3. La disciplina italiana di recepimento: il d.legisl. 27 gennaio 2010, n. 27	» 1292
3.1. Gli obblighi informativi pre-assembleari	» 1293
3.2. I diritti degli azionisti	» 1297
3.3. Legittimazione all'intervento in assemblea ed al voto	» 1298
3.4. Le modalità di voto	» 1301

INDICE SOMMARIO

3.5. Gli obblighi informativi post-assemblea	<i>pag.</i> 1305
3.6. L'identificazione degli azionisti	» 1305
3.7. Il dividendo maggiorato	» 1306
4. Rilievi conclusivi	» 1307
Capitolo XXXVI Appunti sull'attuazione della Direttiva 2006/68/CE in tema di conferimenti non in contanti, acquisto di azioni proprie e assistenza finanziaria <i>(Marco Saverio Spolidoro)</i>	» 1309
1. Premessa e ambito di applicazione delle nuove norme	» 1309
2. Successione delle norme	» 1311
3. Controlli del notaio sul procedimento di acquisizione dei conferimenti in natura secondo le nuove norme	» 1312
4. Facoltà di evitare la stima dell'esperto nominato dal tribunale per i conferimenti di valori mobiliari e strumenti del mercato monetario negoziati in mercati rego- lamentati	» 1313
5. Facoltà di far stimare valori mobiliari e strumenti del mercato monetario da un esperto indipendente scelto dalla società	» 1314
6. Calcolo del prezzo medio ponderato dei valori mobiliari e degli strumenti nego- ziati in mercati regolamentati	» 1316
7. Facoltà di evitare la stima per i conferimenti in natura effettuati al valore risul- tante da un bilancio "revisionato" recente	» 1318
8. Facoltà di utilizzare una valutazione aggiornata di un esperto indipendente e dotato di adeguata professionalità	» 1321
9. Deposito della relazione dell'esperto indipendente in vista dell'assemblea convo- cata per deliberare l'aumento di capitale	» 1324
10. Verifiche degli amministratori	» 1324
11. Dichiarazione degli amministratori ed iscrizione nel registro delle imprese	» 1328
12. Aumento di capitale delegato e nuove disposizioni in tema di conferimenti non in contanti	» 1329
13. Liberalizzazione, per le società chiuse, dell'acquisto di più del 10% di azioni proprie	» 1331
14. Nuova disciplina dell'assistenza finanziaria per l'acquisto di azioni proprie	» 1333
15. Modifiche al Testo Unico della Finanza	» 1336
Capitolo XXXVII Il Regolamento "Bruxelles I" in trasformazione: ap- punti su alcune novità previste nella recente propo- sta di revisione <i>(Francesco Seatzu)</i>	» 1339
1. Premessa	» 1339
2. Cenni alle principali novità previste nella proposta di revisione del Regolamento "Bruxelles I"	» 1341
3. Le prime reazioni della dottrina nei confronti della disciplina <i>ad hoc</i> sui provve- dimenti provvisori e protettivi contenuta nella proposta di revisione del Regola- mento "Bruxelles I"	» 1342
4. <i>(Segue)</i> . Osservazioni critiche sui rilievi fatti finora in sede di primi commenti nei confronti della disciplina sui provvedimenti provvisori e protettivi nella proposta di revisione del Regolamento "Bruxelles I"	» 1344
5. Osservazioni finali	» 1348

INDICE SOMMARIO

Capitolo XXXVIII	Regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 “Titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati” (<i>Angelo Chianale</i>)	<i>pag.</i> 1351
1.	In generale	» 1351
2.	Requisiti	» 1353
3.	Mezzi di revoca ed impugnazione	» 1354
4.	Atti pubblici	» 1355
Capitolo XXXIX	Il regime di trasferimento dei diritti all’aiuto previsti dal Regolamento (CE) n. 1782/2003 “Nell’ambito della riforma della politica agraria comune” (<i>Maria Laura Mattia</i>)	» 1359
1.	Brevi cenni sulla politica agraria comune (PAC)	» 1359
2.	Generalità della riforma	» 1362
3.	Le peculiarità del regime unico di pagamento: la divisione del sussidio in quote (diritti/titoli all’aiuto) e la loro trasferibilità	» 1365
4.	Fase genetica e utilizzazione dei diritti/titoli all’aiuto	» 1368
5.	Il regime di circolazione	» 1371
6.	La natura giuridica dei diritti/titoli all’aiuto e le norme in materia di costituzione di pegno, sequestro e pignoramento	» 1377
Capitolo XL	La disciplina dell’antiriciclaggio (<i>Roberto Dini e Gea Arcella</i>)	» 1383
SEZIONE PRIMA - OBBLIGHI ANTIRICICLAGGIO NELLE PROFESSIONI LEGALI		» 1384
1.	La disciplina comunitaria dell’antiriciclaggio	» 1384
1.1.	Le direttive antiriciclaggio	» 1384
1.2.	Il d.legisl. 21 novembre 2007, n. 231	» 1386
1.3.	Unità di informazione finanziaria	» 1386
2.	Principi generali	» 1386
2.1.	La nozione di riciclaggio	» 1386
2.2.	La collaborazione attiva dei professionisti	» 1387
2.3.	Nozione di professionista	» 1388
2.4.	Nozione di cliente	» 1388
2.5.	Soggetti che non assumono la veste di cliente	» 1389
2.6.	Controllo costante della prestazione professionale	» 1389
3.	Le prestazioni rilevanti ai fini di R&FT	» 1390
3.1.	Operazioni o prestazioni rilevanti ai fini di R&FT	» 1390
3.2.	Gli atti notarili rilevanti ai fini degli obblighi di adeguata verifica	» 1391
3.2.1.	Apertura e gestione di conti bancari, libretti di deposito e conti di titoli	» 1391
3.2.2.	Associazioni temporanee di imprese o di scopo	» 1392
3.2.3.	Atti senza contenuto patrimoniale	» 1392
3.2.4.	Attività in nome o per conto di propri clienti	» 1392
3.2.5.	Attività in qualità di organi di gestione, amministrazione, controllo e liquidazione	» 1392
3.2.6.	Autoveicoli, natanti o aeromobili	» 1393
3.2.7.	Cancellazioni e svincoli da garanzie	» 1393

INDICE SOMMARIO

3.2.8. Contratti preliminari o di opzione	pag. 1393
3.2.9. Costituzione, gestione e amministrazione di società, enti, <i>trust</i> o soggetti giuridici analoghi	» 1393
3.2.10. Dichiarazioni di successione	» 1393
3.2.11. Divisioni	» 1394
3.2.12. Donazioni e atti ricognitivi di liberalità	» 1394
3.2.13. Esecuzioni immobiliari	» 1394
3.2.14. Gestione di denaro, strumenti finanziari o altri beni	» 1395
3.2.15. Mutui e finanziamenti	» 1395
3.2.16. Organizzazione apporti per costituzione, gestione o amministra- zione di società	» 1396
3.2.17. Protesto	» 1396
3.2.18. Scioglimento di società di capitali	» 1396
3.2.19. Scioglimento di società di persone	» 1396
3.2.20. Trasferimenti immobiliari <i>inter vivos</i>	» 1397
3.2.21. Trasferimenti <i>mortis causa</i>	» 1397
3.2.22. Verbali di inventario	» 1397
3.2.23. Verbalizzazione delle assemblee	» 1397
3.3. Riepilogo e prospetto degli atti soggetti agli obblighi di identificazione e archiviazione	» 1398
4. I principali obblighi antiriciclaggio	» 1402
4.1. Scopo degli obblighi antiriciclaggio	» 1402
4.2. Obbligo di adeguata verifica	» 1402
4.3. Comunicazioni notaio/cliente	» 1403
5. L'adeguata verifica ordinaria	» 1406
5.1. Obblighi di identificazione	» 1406
5.2. Esecuzione dell'identificazione	» 1407
5.3. Identificazione diretta	» 1408
5.4. Documento di identità scaduto	» 1409
5.5. Titolare effettivo	» 1409
5.6. Titolare effettivo in ultima istanza	» 1411
5.7. Società fiduciarie	» 1411
6. Identificazione a distanza	» 1414
6.1. La identificazione a distanza	» 1414
6.2. Identificazione da parte di terzi	» 1414
6.3. Le informazioni sullo scopo e natura della prestazione professionale	» 1415
6.4. Obbligo a carico del notaio di ricevere l'atto	» 1416
7. Obblighi di adeguata verifica semplificata	» 1416
7.1. Adeguata verifica semplificata	» 1416
8. Obblighi rafforzati di adeguata verifica	» 1417
8.1. Cliente non fisicamente presente	» 1417
8.2. <i>Black list</i> dei Paesi a rischio R&T o di contrasto all'evasione e all'elusione fiscale	» 1418
8.3. Persona politicamente esposta	» 1419
9. Astensione dalla prestazione	» 1420
9.1. Obbligo di astensione	» 1420
9.2. Deroga all'obbligo di astensione per i notai	» 1421
9.3. L'eccezione alla deroga all'obbligo di astensione per i notai	» 1422

INDICE SOMMARIO

9.4. Segreto professionale	<i>pag.</i> 1422
10. Gli obblighi di conservazione e di registrazione	» 1424
10.1. Obblighi di conservazione e di registrazione	» 1424
11. Le operazioni sospette	» 1425
11.1. Operazioni sospette	» 1425
11.2. Il ragionevole sospetto	» 1425
11.3. Criteri generali per la valutazione del rischio	» 1426
11.4. Gli indicatori di anomalia	» 1426
11.5. Indicatori di anomalia in caso di imprese in difficoltà economica o finanziaria, in periodi di crisi	» 1429
11.6. Indicatori di anomalia connessi al rischio di usura	» 1430
11.7. Coefficienti di moltiplicazione e sistemi tabellari	» 1430
11.8. Fattispecie segnate da discutibili indici di anomalia	» 1430
11.8.1. Compravendita per corrispettivo non proporzionato all'attività lavorativa svolta dall'acquirente o al suo dichiarato <i>status</i> economico	» 1430
11.8.2. Compravendita a prezzo sproporzionato rispetto al valore dell'immobile (in eccesso o in difetto)	» 1431
11.8.3. Società con capitale nominale minimo che effettua una transazione finanziaria di notevole importo	» 1431
11.8.4. Compravendita con prezzo frazionato senza documentazione delle modalità di pagamento, perché avvenute in data anteriore al 4 luglio 2006	» 1431
11.8.5. Compravendita con prezzo pagato utilizzando come provvista danaro proveniente dai genitori a titolo di liberalità e simulazione del prezzo	» 1431
11.8.6. Compravendita ove il pagamento del prezzo avviene mediante rilascio di effetti cambiari	» 1431
11.8.7. Emissione di prestito obbligazionario mediante titoli al portatore	» 1432
11.8.8. Rinvenimento all'interno di una cassetta di sicurezza di ingenti somme di denaro contante	» 1433
12. La segnalazione delle operazioni sospette	» 1433
12.1. Segnalazione delle operazioni sospette	» 1433
12.2. Segnalazione e obbligo di rapporto <i>ex art.</i> 331 c.p.p.	» 1434
12.3. Modalità di segnalazione da parte dei professionisti	» 1435
12.4. Termine entro il quale effettuare la segnalazione di operazioni sospette ..	» 1436
12.5. Segnalazione tramite gli ordini professionali	» 1436
12.6. Il ruolo del Consiglio Nazionale del Notariato	» 1436
12.7. Riservatezza delle segnalazioni e protezione dei dati del segnalante	» 1437
12.8. Divieto di comunicazione	» 1438
12.9. Obbligo di comunicazione al MEF	» 1439
13. Le limitazioni all'uso del contante e titoli al portatore	» 1439
13.1. Limitazioni all'uso del contante	» 1439
13.2. Problematiche in tema di limitazioni all'uso del contante	» 1441
13.3. Assegni bancari e postali con e senza clausola di trasferibilità	» 1444
13.4. Assegni bancari all'ordine del traente	» 1445
13.5. Assegni circolari, vaglia postali e cambiari	» 1445
13.6. Assegni e vaglia postali e cambiari rilasciati in forma libera	» 1445
13.7. Servizio di cassa cambiari	» 1446

INDICE SOMMARIO

13.8. Comunicazione delle infrazioni riguardanti assegni, libretti al portatore o similari	<i>pag.</i> 1447
13.9. La segnalazione <i>ex art.</i> 41 esonera da comunicazione di infrazione all'uso del denaro contante	» 1447
13.10. Tracciamento modalità di pagamento	» 1447
14. Il sistema sanzionatorio	» 1448
14.1. Sanzioni penali	» 1448
14.2. Sanzioni amministrative	» 1450
14.3. Procedura di applicazione delle sanzioni amministrative	» 1451
SEZIONE SECONDA - REGISTRAZIONE E CONSERVAZIONE DEI DATI	» 1452
15. Introduzione	» 1452
16. Le fonti normative comunitarie e nazionali	» 1454
16.1. La disciplina comunitaria	» 1454
16.1.1. La tenuta delle registrazioni	» 1455
16.1.2. L'ambito di applicazione	» 1456
16.2. I principi della legge di recepimento nazionale	» 1457
17. Gli obblighi di registrazione e conservazione	» 1458
17.1. Gli obblighi di registrazione	» 1459
17.2. Gli obblighi di conservazione	» 1462
18. L'archivio formato e gestito a mezzo strumenti informatici	» 1464
19. Il registro della clientela	» 1466
20. La custodia dei documenti, attestazioni ed atti presso il notaio e la tenuta del repertorio notarile	» 1467
21. Le modalità di pagamento	» 1470
Capitolo XLI La disciplina sull'antiterrorismo (Chiara Nobili)	» 1473
1. Introduzione	» 1473
2. Il quadro normativo internazionale e comunitario in materia di contrasto al finanziamento del terrorismo. La Terza Direttiva comunitaria	» 1476
3. I provvedimenti di contrasto al terrorismo adottati nell'ordinamento italiano ...	» 1482
4. Le forme di finanziamento al terrorismo nella realtà attuale	» 1485
5. Gli strumenti di prevenzione e contrasto del finanziamento al terrorismo	» 1489
6. L'analisi del d.legisl. 22 giugno 2007, n. 109	» 1493
7. Gli obblighi a carico dei professionisti previsti dal d.legisl. 22 giugno 2007, n. 109, e dal d.legisl. 16 novembre 2007, n. 231, per il contrasto al finanziamento del terrorismo	» 1498
8. Le garanzie per i destinatari delle misure di contrasto al finanziamento del terrorismo	» 1504
Capitolo XLII Il diritto consolare (Carla Zuppetti e Marilina Armellin)	» 1509
1. I profili notarili dell'attività consolare	» 1509
2. Le fonti di diritto internazionale e di diritto interno della competenza consolare in materia notarile	» 1513
3. La figura del Console nell'esercizio delle funzioni notarili	» 1517
4. Soggetti competenti all'esercizio all'estero delle funzioni notarili. La facoltà di delega da parte del capo dell'ufficio consolare. I poteri dei consoli onorari	» 1521
5. Obbligatorietà o discrezionalità dell'esercizio delle funzioni notarili da parte dei Consoli	» 1523

INDICE SOMMARIO

6. La validità degli atti notarili ricevuti dal capo dell'ufficio consolare. Le specificità previste negli accordi bilaterali in materia consolare	<i>pag.</i> 1526
7. L'efficacia in Italia di atti notarili stranieri e l'attività di legalizzazione dell'autorità consolare	» 1530
8. Gli atti ricevibili all'estero e le deroghe previste alla normativa interna in materia notarile	» 1535
9. L'evoluzione delle funzioni notarili dei capi degli uffici consolari operanti nei Paesi dell'Unione europea e considerazioni conclusive	» 1536
Capitolo XLIII La normativa valutaria, libertà di movimenti di capitali e adempimenti amministrativi (<i>Pier Francesco Lotito e Michele Alliegro</i>)	» 1541
1. La normativa valutaria per i residenti in Italia	» 1541
1.1. Residenza valutaria in Italia	» 1541
1.2. Libertà nelle relazioni economiche e finanziarie con l'estero	» 1543
1.3. Limiti alla libertà nelle relazioni economiche e finanziarie con l'estero ...	» 1546
1.4. La canalizzazione delle operazioni valutarie e in cambi	» 1549
1.5. La verifica sulle operazioni con l'estero, valutarie e in cambi. Adempimenti fiscali	» 1551
2. La normativa valutaria per i non residenti in Italia	» 1552
2.1. Residenza valutaria all'estero	» 1552
2.2. Conti di non residenti	» 1553
2.3. Trasferimenti valutari verso l'estero di non residenti	» 1554
2.4. Investimenti in Italia di cittadino straniero	» 1557
2.5. Procura e apostille	» 1558
Capitolo XLIV Le imposte indirette nel diritto europeo (<i>Gianluigi Bizioli</i>)	» 1561
1. Introduzione	» 1561
2. Le basi dell'integrazione (fiscale) europea. Il mercato interno quale spazio di libertà economica	» 1562
3. Profili ricostruttivi dell'unione doganale	» 1566
3.1. Il divieto di dazi doganali e tasse d'effetto equivalente	» 1567
3.2. (<i>Segue</i>). Il divieto di trattamenti fiscali discriminatori	» 1572
3.3. Il Codice doganale e la tariffa doganale comunitaria	» 1576
4. L'armonizzazione delle imposte indirette. Profili generali	» 1578
4.1. L'imposta sul valore aggiunto (Iva)	» 1587
4.2. (<i>Segue</i>). Le accise e le altre imposte indirette	» 1590
5. Fisco e politica ambientale europea	» 1592
6. Conclusioni	» 1593
Capitolo XLV Le imposte dirette nel diritto dell'Unione europea (<i>Federica Persano</i>)	» 1595
1. Globalizzazione, crisi dei mercati finanziari e azioni promosse dall'Unione europea nel contesto internazionale	» 1595
2. (<i>Segue</i>). Le relazioni esterne dell'UE	» 1600

INDICE SOMMARIO

3. La disciplina in ambito europeo: l'assenza di disposizioni di diritto primario specificamente volte ad assicurare il coordinamento delle politiche degli Stati membri in materia di fiscalità diretta	pag. 1604
4. Le misure di diritto derivato volte ad assicurare una buona <i>governance</i> in materia fiscale nell'UE. In particolare, la Direttiva 77/799/CEE, del 19 dicembre 1977, concernente la reciproca assistenza fra amministrazioni finanziarie	» 1609
5. (<i>Segue</i>). La Direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003, in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi e la Direttiva 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi	» 1616
6. Il ruolo della Corte di Giustizia UE al fine di garantire l'applicazione delle misure in esame e, più in generale, ai fini della creazione di uno "spazio fiscale europeo"	» 1620
Capitolo XLVI Connessioni fiscali del diritto comunitario	
(<i>Victor Uckmar</i>)	» 1627
1. Connessioni fiscali con il diritto comunitario	» 1627
Capitolo XLVII Iva comunitaria (<i>Caterina Corrado Oliva</i>)	
1. Premessa. L'Iva quale tributo "comunitario", per origine e finalità	» 1631
2. Il regime "stabilmente" provvisorio dell'Iva intracomunitaria, incentrato sulla imposizione nel Paese di destinazione, e la sua tensione verso il regime definitivo fondato sulla tassazione nel Paese di origine	» 1634
3. Un nuovo presupposto per l'imposta sul valore aggiunto: l'acquisto intracomunitario	» 1638
3.1. (<i>Segue</i>). Fattispecie assimilate all'acquisto intracomunitario	» 1641
3.2. (<i>Segue</i>). Operazioni che non sono considerate acquisti comunitari	» 1643
4. Le cessioni intracomunitarie	» 1644
5. Le triangolazioni	» 1649
6. Le prestazioni di servizi accessorie agli acquisti intracomunitari (cenni)	» 1652
7. Rinvii alla disciplina del tributo interno	» 1652
8. Adempimenti formali relativi alle operazioni intracomunitarie	» 1653
8.1. Fatturazione delle operazioni intracomunitarie e loro registrazione	» 1653
8.2. Obbligo di presentazione elenchi Intrastat	» 1656
8.3. Il regime autorizzato per gli scambi comunitari	» 1657
8.4. L'obbligo di segnalazione delle operazioni Iva sopra soglia	» 1658
9. Le disfunzioni del regime transitorio. Le cc.dd. "frodi carosello"	» 1659
10. Brevi note conclusive	» 1664
Capitolo XLVIII Il <i>trust</i> (<i>Daniele Muritano e Paolo de' Capitani di Vimercate</i>)	
SEZIONE PRIMA - PROFILI CIVILISTICI DEL <i>TRUST</i>	
1. La Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 e il <i>trust</i> interno	» 1665
2. <i>Trust</i> "estero", sua circolazione in Italia, compiti del notaio	» 1675
2.1. Deposito dell'atto e verifica della legittimazione del <i>trustee</i>	» 1675
2.2. Il <i>trust</i> testamentario (cenni)	» 1691
3. <i>Trust</i> interno e scelta della legge regolatrice	» 1694
4. <i>Trust</i> e formalità pubblicitarie	» 1699
4.1. Considerazioni generali	» 1699

INDICE SOMMARIO

4.2. Atto di destinazione <i>ex art. 2645-ter c.c.</i> e trascrizione del <i>trust</i> immobiliare	<i>pag.</i> 1704
4.3. Le modalità attuative della pubblicità	» 1708
5. <i>Trust</i> e responsabilità del notaio	» 1717
5.1. Premessa	» 1717
5.2. <i>Trust</i> , notaio e legge straniera	» 1718
5.3. Profili di responsabilità notarile	» 1723
SEZIONE SECONDA - GLI ASPETTI FISCALI DEL TRUST	» 1731
6. Premessa	» 1731
7. Struttura del <i>trust</i> e suoi effetti	» 1733
8. Le categorie del <i>trust</i>	» 1735
9. L'impatto sulla disciplina fiscale delle diverse tipologie di <i>trust</i>	» 1736
10. I <i>trust</i> nella disciplina Ires	» 1738
10.1. La residenza fiscale del <i>trust</i>	» 1740
10.2. Le presunzioni di residenza dei <i>trusts</i>	» 1743
10.3. La tassazione dei redditi prodotti da un <i>trust</i>	» 1744
11. Il <i>trust</i> e le altre imposte	» 1748
11.1. L'imposta di successione e donazione	» 1748
11.2. La struttura giuridica del <i>trust</i> rilevante ai fini delle imposte di successione e donazione	» 1750
11.3. La soggettività del <i>trust</i> ai fini dell'imposta sul valore aggiunto	» 1753
11.4. La soggettività del <i>trust</i> ai fini dell'imposta regionale sulle attività produttive	» 1761
11.5. La soggettività del <i>trust</i> ai fini Ici e ai fini delle imposte ipotecarie e catastali; la disciplina Onlus	» 1763
Capitolo XLIX Il patto di famiglia (Adriano Pischetola e Giuseppe Corasaniti)	» 1765
SEZIONE PRIMA - PROFILI CIVILISTICI DEL PATTO DI FAMIGLIA	» 1765
1. Premessa	» 1765
2. La deroga al divieto dei "patti successori"	» 1769
3. La natura giuridica	» 1772
4. La forma e l'"intervento contestuale"	» 1775
5. L'oggetto	» 1776
6. La liquidazione dei legittimari non assegnatari	» 1780
7. Collazione, riduzione ed imputazione <i>ex se</i>	» 1783
8. Le problematiche	» 1785
9. Il patto di famiglia a raffronto con gli strumenti negoziali alternativi al testamento o comunque con funzione successoria	» 1790
9.1. Il negozio <i>mortis causa</i> e il negozio con effetti <i>post mortem</i> o "transmorte"	» 1791
9.2. Analisi di singole fattispecie	» 1793
9.3. Patto di famiglia e <i>trust</i>	» 1799
9.4. Patto di famiglia e divisione fatta dal testatore	» 1801
10. Conclusioni	» 1804
SEZIONE SECONDA - ASPETTI FISCALI DEL PATTO DI FAMIGLIA	» 1819
11. Il trattamento impositivo del patto di famiglia ai fini delle imposte dirette	» 1819
11.1. La rilevanza reddituale per il disponente del trasferimento dell'azienda ..	» 1820

INDICE SOMMARIO

11.2. La rilevanza reddituale per il disponente del trasferimento di partecipazioni	<i>pag.</i> 1822
11.3. La possibile rilevanza reddituale per l'assegnatario dell'azienda	» 1823
11.4. L'irrelevanza reddituale, per i legittimari non assegnatari, dei trasferimenti "compensativi" effettuati a loro favore all'interno del patto di famiglia ..	» 1824
11.5. In merito alla (in)deducibilità per l'assegnatario delle liquidazioni "compensative"	» 1824
12. Trattamento impositivo del patto di famiglia ai fini delle imposte indirette	» 1826
12.1. La "nuova" imposta di donazione ed il patto di famiglia. La previsione di uno specifico regime di esclusione dall'imposizione	» 1826
12.2. L'esenzione dalle imposte ipotecarie e catastali	» 1830
12.3. Il trattamento impositivo delle attribuzioni "compensative"	» 1831
Capitolo L I patrimoni destinati <i>(Alessandro Alessandrini Calisti e Giuseppe Corasaniti)</i>	» 1833
SEZIONE PRIMA - PROFILI CIVILISTICI DEI PATRIMONI DESTINATI	» 1833
1. Premessa	» 1833
2. Il vincolo di destinazione dei beni allo scopo ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. La meritevolezza degli interessi e la disponibilità dei beni	» 1834
3. (<i>Segue</i>). Il dibattito sulla natura reale o personale del vincolo	» 1839
4. La trascrizione dell'atto di destinazione	» 1841
5. Brevi cenni sulla costituzione di vincoli di destinazione per testamento	» 1842
6. Spunti per un'applicazione concreta degli atti di destinazione	» 1844
7. Conclusione	» 1846
SEZIONE SECONDA - ASPETTI FISCALI DEI PATRIMONI DESTINATI	» 1851
8. Patrimoni e finanziamenti destinati: riflessioni introduttive nella prospettiva della finanza di progetto	» 1851
9. Patrimoni e finanziamenti destinati: disciplina sostanziale	» 1856
10. L'emissione di strumenti finanziari: cenni civilistici	» 1862
11. La questione della soggettività tributaria dei patrimoni destinati	» 1865
12. Strumenti finanziari di partecipazione all'affare: cenni fiscali	» 1876
13. Partecipazione del terzo non costituita dalla sottoscrizione di strumenti finanziari	» 1879
14. I profili fiscali del finanziamento destinato	» 1882
15. Patrimoni destinati e imposta sul valore aggiunto	» 1885

CAPITOLO XXI

LE GARANZIE PERSONALI E REALI NEL DIRITTO
COMPARATO DEGLI STATI EUROPEIdi
Francesca Fiorentini¹

SOMMARIO. 1. Tassonomia. – 2. Efficienza dei diritti di garanzia. – 3. Le garanzie personali in Europa: classificazioni e regole. – 3.1. La fideiussione e le garanzie accessorie. – 3.1.1. Le fideiussioni *omnibus*. – 3.1.2. Le fideiussioni “rovinose”. – 3.2. Le garanzie non accessorie o autonome. – 3.3. Le garanzie personali “funzionali”. – 3.4. Verso un diritto europeo delle garanzie personali. – 4. Le garanzie reali in Europa: classificazioni e percorsi. – 5. Le garanzie reali immobiliari: principi e regole, somiglianze e differenze. – 5.1. Il principio di accessorietà. – 5.2. Il ruolo della pubblicità. – 5.3. La realizzazione delle garanzie immobiliari. – 5.4. Le garanzie immobiliari e l’integrazione giuridica europea. – 6. Le garanzie mobiliari “formali”. – 6.1. Le garanzie mobiliari “funzionali”: la proprietà a scopo di garanzia. – 6.2. L’alienazione a scopo di garanzia. – 6.3. La riserva di proprietà. – 6.4. Il *leasing* finanziario e il *sale and lease-back*. – 6.5. Garanzie mobiliari e integrazione giuridica.

1. Tassonomia.

Nel diritto comparato delle garanzie del credito il compito di elaborare una tassonomia della materia è stato svolto principalmente dalla dottrina, all’opera della quale i legislatori nazionali o sovranazionali hanno attinto quando si è trattato di cristallizzare (nuove) regole. La dottrina², negli Stati europei, concorda su di una nozione di “diritto di garanzia” intesa quale diritto protetto dall’ordinamento, riconosciuto in capo al creditore al fine di rafforzare la sua pretesa nei confronti del debitore, e su questa base adotta una distinzione unanime tra garanzie personali e reali dell’obbligazione³.

¹ Ricercatore di Diritto comparato nell’Università di Trieste.

² Per il versante di *common law* v. GOODE R., *Legal Problems of Credit and Security*, 3rd ed., London, 2003, 3 ss.; ALI P., *The Law of Secured Finance. An International Survey of Security Interests over Personal Property*, Oxford, 2002, 16; e per il *civil law* v., e.g., GRÉGOIRE M., *Le présent et l’avenir des sûretés réelles mobilières et des sûretés personnelles*, in *The Belgian Reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of Comparative Law*, Brussels, 2002, 177. Per le definizioni dottrinali diffuse negli Stati europei v. ora DROBNIG U., *Personal Security*, in *Principles of European Law*, Monaco, 2007, 88 ss. e 101 ss.

³ Per la distinzione tra garanzie reali e personali in diritto comparato v. GOODE R., *Legal Problems*

Francesca Fiorentini

Come è noto, alla prima categoria appartengono una gran varietà di rapporti contrattuali che creano una obbligazione personale di un terzo (garante) nei confronti del creditore. In linea generale, il garante si obbliga ad eseguire una prestazione – usualmente il pagamento di una somma di denaro – al fine di garantire l'esatto adempimento dell'obbligazione del debitore nei confronti del creditore. Pertanto, carattere condiviso delle garanzie personali è che per loro tramite si costituisce una responsabilità patrimoniale del garante (che risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri), che si aggiunge alla responsabilità patrimoniale del debitore e la rinforza. La classe delle garanzie reali comprende invece istituti dotati di una struttura diversa, ossia diritti reali riconosciuti al creditore per garantire l'obbligazione del debitore. Essi conferiscono al creditore un diritto di soddisfazione preferenziale su di uno specifico bene oggetto di garanzia per il caso di inadempimento del debitore⁴.

2. Efficienza dei diritti di garanzia.

Un'ampia letteratura⁵ sottolinea come l'espansione delle economie di mercato sia avvenuta di pari passo con lo sviluppo di un sistema del credito fondato sui diritti di garanzia, tanto "personali" quanto "reali". Nella prassi bancaria e commerciale internazionale è diffusa l'opinione, basata su modelli razionali di analisi economica del diritto, secondo la quale ciò è dovuto ad una sorta di efficienza intrinseca delle garanzie del credito⁶. Senza che sia necessa-

of *Credit and Security*, 5 ss.; DROBNIG U., *Present and Future of Real and Personal Security*, in *European Review of Private Law*, 5, 2003, 623 ss., 625 e ora DROBNIG U., *Personal Security*, 100. Talvolta anche i codici civili fanno riferimento alla distinzione elaborata dalla dottrina: c.c. italiano, artt. 156, IV comma, 1179, 1828, I comma, 1844, I comma; c.c. francese: art. 2287, I comma.

⁴ Da noi v., per tutti, MONTEL A., voce "Garanzia (Diritti reali di)", in *Nss. D.I.*, VII, Torino, 1962, 742 ss.; TUCCI G., voce "Garanzia, III) Diritti di garanzia – Dir. comp. e stran.", in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; TUCCI G., voce "Garanzia", in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, 581 ss.; PIAZZA L., voce "Garanzia, I) Diritto civile", in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989.

⁵ Ampii riferimenti bibliografici in materia di analisi economica delle garanzie del credito si trovano, ad esempio, in MCCORMACK G., *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge, 2004, 4 ss.; FLEISIG H., *Economic Functions of Security in a Market Economy*, in NORTON J.-ANDENAS M. (eds.), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, London, The Hague, Boston, 1998, 15 ss.; ALI P., *The Law of Secured Finance. An International Survey of Security Interests over Personal Property*, 34 ss.; ARMOUR J., *The Law and Economics Debate About Secured Lending: Lessons for European Lawmaking?*, in EIDENMÜLLER H.-KINENINGER E.M. (eds.), *The Future of Secured Credit in Europe*, in *European Company and Financial Law Review*, Special Volume 2, Berlin, 2008, 3 ss. Per le garanzie personali v. soprattutto KATZ A.W., *An economic analysis of guaranty contract*, in 66 *Chicago Law Review* 1999, 47-116 e, da ultimo, HEINE K.-JANAL R., *Suretyships and Consumer Protection in the European Union through the Glasses of Law and Economics*, in COLOMBI CIACCHI A.-WEATHERHILL S. (eds.), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe. The Case of Personal Suretyships*, Oxford, 2010, 5 ss.

⁶ Un sistema funzionante di garanzie del credito è considerato uno dei requisiti più importanti

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

rio, in questa sede, entrare nel dettaglio dell'analisi economica delle garanzie, è tuttavia utile ricordare almeno i profili essenziali che possono essere utili a spiegare i possibili significati economici delle garanzie, e sui quali esiste un certo consenso in letteratura.

In breve, le garanzie consentono al creditore di controbilanciare le asimmetrie informative che accompagnano la concessione del credito. Le garanzie personali sono considerate efficienti laddove il creditore non disponga di informazioni sufficienti circa la solvibilità del debitore e possa ottenerle solo affrontando alti costi di monitoraggio del debitore stesso, costi che la garanzia consente di evitare. Funzione precipua della garanzia è infatti quella di spostare il rischio di inadempimento del debitore, dal creditore al terzo garante. Quest'ultimo, assumendo un'obbligazione nei confronti del creditore, che diventa esigibile in caso di inadempimento del debitore, ha forti incentivi a monitorarne il comportamento in luogo del creditore⁷. L'operatività della garanzia reale è in parte diversa, poiché la concessione di garanzia sposta il rischio di inadempimento del debitore sul valore del bene vincolato; con ciò, in vero, si elude la necessità di un monitoraggio del comportamento del debitore: il valore del bene è la contropartita per un rischio di inadempimento difficilmente valutabile⁸.

In ogni caso, il vantaggio per il debitore consiste essenzialmente in un

per lo sviluppo delle economie di mercato: per un quadro generale del problema v. MODIGLIANI F.-PEROTTI E., *Security versus Bank Finance: The Importance of Proper Enforcement of Legal Rules* (FEEM Working Paper no. 37.99 2000); DJANKOV S.-MCLIESH C.-SHLEIFER A., *Private Credit in 129 Countries*, January 2005, NBER Working Paper No. W11078, disponibile al sito <http://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/11078.html>; DROBNIG U.-FLESSNER A.-GOODE R.-KLEINEMANN J.-WESTBROOK J.-ZIEGEL J., *Building Effective Insolvency Systems. Debtor-Creditor Regimes*, Washington D.C., 1999; GOODE R., *Security in Cross Border Transactions*, in 33 *Tex Int'l L.J.*, 1998, 47 e DROBNIG U., *Secured Credit in International Insolvency Proceedings*, in 33 *Tex Int'l L.J.*, 1998, 54. Vero è, però, che i risultati degli studi empirici sull'efficienza delle garanzie sono talvolta contraddittori, oppure non offrono dati di facile e sicuro utilizzo. Voci autorevoli mettono poi in luce come queste ricerche non considerino sufficientemente le ragioni psicologiche che presiedono le scelte sull'erogazione del credito e che pure giocherebbero un ruolo non trascurabile: GOODE R., *Security: A Pragmatic or Conceptualist's Response*, in 15 *Mon ULR*, 1989, 361 ss., 363. Il potenziale costo di valutazioni soggettive e discrezionali nella decisione sul credito è studiato da Inderst R.-Möllers H.M., *Credit Risk Analysis and Security Design*, London, 2003, CEPR Discussion Paper No. 3686; SAUNDERS A.-ALLEN L., *Credit Risk Measurement*, 2^a ed., New York, 2002. V. pure CANDIAN ALBINA, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001, 47 ss.

⁷ Ulteriori dettagli in HEINE K.-JANAL R., *Suretyships and Consumer Protection in the European Union through the Glasses of Law and Economics*, 5 ss.

⁸ Vi sono dati a riprova che la concessione di garanzie reali si sposa ad attività maggiormente rischiose rispetto a quelle finanziate senza garanzie: JACKSON T.-KRONMAN A., *Secured Financing and Priorities among Creditors*, in 88 *Yale Law Journal*, 1979, 1143 ss., 1149-50.

Francesca Fiorentini

abbassamento del tasso di interesse al quale è concesso il finanziamento a fronte della presenza di una garanzia⁹.

3. Le garanzie personali in Europa: classificazioni e regole¹⁰.

Sebbene, diversamente da quanto accade per le garanzie reali¹¹, il territorio delle garanzie personali sia dominato dal principio della libertà contrattuale¹², le somiglianze tra i vari sistemi giuridici sovrastano le differenze¹³.

Tutti i sistemi europei conoscono infatti la fondamentale distinzione tra garanzie “accessorie” (ora dette anche “dipendenti”), e “non accessorie” (dette pure “autonome” e ora anche “indipendenti”¹⁴) rispetto ad un’obbligazione principale. Mentre le figure riconducibili alla prima partizione derivano tutte dalla *fideiussio* romana¹⁵ e sono ovunque regolate da un corpo di regole (quasi sempre cristallizzate nei codici civili o in leggi speciali¹⁶), ormai ben consolidate e in gran parte comuni, le figure che costituiscono la seconda categoria sono il risultato di un’evoluzione moderna, che in molti sistemi ha tardato a farsi strada – per lo più attraverso le vie del riconoscimento giurisprudenziale – e che solo eccezionalmente è stata fatta oggetto di disciplina da parte del diritto positivo¹⁷.

⁹ V. Autori citati *supra*, nt. 5.

¹⁰ I materiali relativi alla comparazione europea sulle garanzie personali sono prevalentemente tratti dalle *National Notes* di DROBNIG U., *Personal Security*, alla cui redazione l’Autrice delle presenti pagine ha partecipato dall’ottobre 2004.

¹¹ V. *infra*, § nn. 4 ss.

¹² SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 785 ss., 796 ss.; GIUSTI A., *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1998, 6 ss., 10 ss.

¹³ *E multis v. MACARIO F.*, *I singoli contratti*, 10, *Garanzie personali*, in *Trattato Sacco*, Torino, 2009, 13 ss.

¹⁴ La contrapposizione tra garanzie “dipendenti” e “indipendenti” è un’innovazione del lessico specialistico del diritto europeo delle garanzie personali introdotta da DROBNIG U., *Personal Security*, 88, n. 3.

¹⁵ JONES P.K., *Roman Law Bases of Suretyships in Some Modern Civil Codes*, in *52 Tulane Law Rev.*, 1977/1978, 129-155; PHILLIPSON D.E., *Development of the Roman Law of Debt Security*, in *20 Stanford Law Rev.*, 1968, 1230 ss.; in letteratura italiana v. CAMPOGRANDE V., *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*, Torino, 1903, 12 ss., 22 ss., 28 ss.; DE MARTINO, voce “Fideiussione (diritto romano)”, in *Nss. D.I.*, VII, Torino, 1961, 271 ss.; TALAMANCA M., voce “Fideiussione (parte storica)”, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 322 ss.; SIMONETTO E., *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, 31 ss.; CALDERALE A., *Clausole di pagamento a prima richiesta e buona fede*, in CALDERALE A., *Autonomia contrattuale e garanzie personali*, Bari, 1999, 131.

¹⁶ V. ad esempio, per l’Austria, il *Kautionsschutzgesetz* del 14 luglio 1937, in *BGBI*, 1937, n. 229; per la Finlandia, la *Lag om borgen och tredjemanspant* (*Law on Dependent Guarantees and Third Person’s Pledge*) del 19 marzo 1999, in *FFS* 1999/361; per l’Inghilterra e la Scozia le *Consumer Credit* (*Guarantees and Indemnities*) *Regulations* 1983 (S.I. 1983 n. 1556).

¹⁷ V. *infra*, § n. 3.2.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

Accanto a queste due principali categorie si trovano una serie di altri rapporti contrattuali atipici che sono, o possono essere, utilizzati dalle parti in via funzionale per realizzare lo scopo del rafforzamento di un credito, come le lettere di *patronage* cc.dd. forti o vincolanti, le lettere di credito cc.dd. *stand-by* o l'assunzione cumulativa del debito a scopo di garanzia. Usualmente, la disciplina che queste figure ricevono quando sono piegate dalle parti a scopo di garanzia viene ricondotta all'una o all'altra delle due principali categorie appena descritte¹⁸.

Nelle pagine che seguono si considerano solo le regole e i problemi principali che accomunano (o allontanano) le garanzie personali degli Stati europei.

3.1. La fideiussione e le garanzie accessorie.

Ovunque il cuore del diritto delle garanzie personali accessorie è essenzialmente costituito dall'individuazione: (i) della natura e (ii) del contenuto dell'obbligazione di garanzia, (iii) dei tipi di obbligazioni garantite, (iv) del significato dell'accessorietà dell'obbligazione di garanzia rispetto alle obbligazioni garantite.

In relazione ai primi due aspetti, si può notare che in tutti i Paesi europei l'obbligazione di garanzia è un'obbligazione contrattuale assunta dal garante e avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro o l'esecuzione di un'altra prestazione, che potrà consistere o in un'obbligazione risarcitoria – come avviene nel caso delle lettere di *patronage* vincolanti (v. *infra*, § n. 3.3) – oppure nell'obbligazione di trasferire certi beni, come merci o strumenti finanziari¹⁹.

D'abitudine, il garante persona fisica, che agisca al di fuori di un'attività professionale (consumatore), assume l'obbligazione di garanzia gratuitamente, mentre quando è un professionista (come un istituto bancario o assicurativo) egli agisce dietro corrispettivo. Da ciò deriva l'inquadramento giuridico della garanzia all'interno di un contratto bilaterale – talvolta però si è autorevolmente parlato di contratto unilaterale²⁰ – gratuito o oneroso, concluso tra il

¹⁸ V. per tutti SACCO R., in SACCO R.-DE NOVA G., *Il contratto*, II, 3^a ed., in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, 439 ss. e, sulla sua scia, BUSSANI M., *La libertà contrattuale*, Torino, 2005, 28 ss., ora pure in BUSSANI M.-INFANTINO M., *Diritto contrattuale europeo: un'introduzione*, Torino, 2010, 24 ss.

¹⁹ DROBNIG U., *Personal Security*, 89 ss.

²⁰ Così C. giust. CE nel caso *Berliner Kindl Brauerei AG v. Siepert* (caso n. C-208/98) del 23 marzo 2000, in *Racc.*, 2000, I, 1741, 1752, nn. 36-37, ma v. pure nt. seguente. Da noi la teoria del contratto unilaterale è efficacemente supportata, sulla base dell'art. 1333 c.c., da SACCO R., in SACCO R.-DE NOVA G., *Il contratto*, I, 267 ss. In giurisprudenza v., ad es., Cass. 27 settembre 1995, n. 10235, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 738; Cass. 25 settembre 2001, n. 11987, in *Studium iuris*, 2002, 393.

Francesca Fiorentini

garante ed il creditore, dal quale sorge (almeno) un'obbligazione per il garante. Il debitore resta estraneo, da un punto di vista strettamente tecnico, alla conclusione del contratto di garanzia. Essendo il beneficiario materiale del rapporto di garanzia, egli è solo indirettamente coinvolto nel contratto in relazione a due aspetti fondamentali: *a*) in virtù del contratto di credito che lo lega al creditore, e che è la fonte del rapporto garantito, il debitore è usualmente obbligato a prestare una garanzia presentando un garante che soddisfi una serie di requisiti stabiliti dal creditore; *b*) in conseguenza dell'obbligazione di prestare garanzia, il debitore deve ingaggiare il garante chiedendogli di entrare in relazione contrattuale con il creditore. Peraltro, per lo meno dal punto di vista dell'operazione economica, il rapporto di garanzia consta di una relazione triangolare²¹, anche se dal punto di vista giuridico ciascun lato del triangolo è trattato diversamente: il contratto di credito tra debitore e creditore; il contratto di mandato tra il debitore ed il garante, e il contratto tra garante e creditore, ossia il vero e proprio contratto di garanzia personale accessoria.

Nella maggior parte dei casi l'obbligazione garantita è un'obbligazione monetaria (restituzione del mutuo, pagamento di un prezzo di acquisto o di un canone, risarcimento del danno), che può essere presente o futura²². Assai frequente è poi il caso in cui le obbligazioni garantite siano solo eventuali, come quando esse consistono, a loro volta, in un'obbligazione di garanzia; in questo caso il garante di garanzie personale o reale intende procurarsi un soggetto contro cui rivalersi nel caso in cui sia escusso dal creditore. Oltre che nei noti casi di fideiussione del fideiussore²³, la situazione ricorre nelle controgaranzie²⁴, figure assai utilizzate nella prassi del commercio internazionale.

Un rilievo particolare merita poi il caso in cui l'obbligazione garantita da una garanzia personale accessoria sia un diritto derivante da un rapporto

²¹ Per una considerazione dei contratti di garanzia personale come un processo triangolare o contratto trilaterale v. C. giust. CE, caso *Préservatrice Foncière TLARD SA v. Staat der Nederlanden* (caso n. C-266/01) del 15 maggio 2003, in *Racc.*, 2003, I, 4867 ss., 4891, n. 27, anche se solo *obiter*; e caso *Frahuil SA v. Assitalia SpA* (caso n. C-265/02) del 5 febbraio 2004, in *Racc.*, 2004, I, 1543 ss., 1555, n. 25.

²² Riferimenti comparatistici in DROBNIG U., *Personal Security*, 204 ss.

²³ Austria: § 1348 ABGB; Francia art. 2291, II comma, c.c.; Italia: artt. 1940, 1948 c.c.; Olanda: art. 7:870 c.c.; Portogallo: art. 630 c.c.; Spagna: art. 1823, II comma, c.c. Sulle controgaranzie v. pure *infra*, nt. seguente e 89.

²⁴ Le controgaranzie sono classificabili come sottotipi delle garanzie sia accessorie che autonome (in questo senso DROBNIG U., *Personal Security*, 111-112) ed assumono rilievo come garanzie dei rapporti di credito che coinvolgono banche di diversa nazionalità. In esse si realizza un rapporto quadrangolare, in cui la banca avente sede nello stato del debitore o dell'ordinante, invitata a prestare una garanzia, incarica una seconda banca del Paese del creditore garantito o beneficiario di farsi garante nei confronti di quest'ultimo, dietro prestazione della suddetta controgaranzia con la quale la prima banca si impegna a rifondere alla seconda "a prima richiesta" quanto corrisposto al creditore garantito o beneficiario: MACARIO F., *Garanzie personali*, 433 ss.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

regolato dal diritto pubblico. Esiste, infatti, una cospicua giurisprudenza nazionale e comunitaria in relazione alla fideiussione di crediti derivanti dall'obbligazione di pagamento di diritti doganali²⁵, che qualifica queste obbligazioni garantite come crediti di diritto privato. Questi non sarebbero attratti dalla natura pubblicistica del rapporto fonte del credito, ma al garante sarebbe concesso di sollevare nei confronti del creditore le eccezioni che derivano dal rapporto pubblicistico garantito²⁶.

In tutti i sistemi giuridici europei l'accessorietà che caratterizza le garanzie personali di tipo fideiussorio è uniformemente ravvisata, *in primis*, in un nesso di dipendenza giuridica della validità della garanzia da validità, termini e condizioni della/e obbligazione/i garantita/e²⁷. Si noti che non è sufficiente una mera corrispondenza di condizioni tra il testo contrattuale della garanzia e quello del rapporto garantito, occorre invece che il tenore letterale della prima sia tale da stabilire una vera connessione con il secondo²⁸. L'unica eccezione al legame di accessorietà tra obbligo del garante e obbligo del debitore del rapporto garantito si ha in caso di insolvenza di quest'ultimo. In questa eventualità occorre che la garanzia non si estingua, al fine di evitare che venga meno la sua funzione precipua in rapporto agli interessi del creditore²⁹.

L'accessorietà è il vero fulcro attorno al quale si sviluppa l'intera disciplina delle garanzie di tipo fideiussorio, tanto da poter essere considerata la *ratio* ispiratrice della maggior parte delle regole che sono cristallizzate nel diritto

²⁵ V., ad esempio, la c.d. UNECE TIR-Convention del 14 novembre 1975 (*Convention on International Transport of Goods Under Cover of TIR Carnets*), approvata dalla Comunità Europea con il Regolamento n. 2112/78 CE e ratificata dall'Italia il 12 agosto 1982. Essa stabilisce che il trasporto internazionale di merci su strada è esentato da controlli doganali e pagamenti di diritti doganali (si dice che il trasporto è "senza rottura di carico") se è effettuato sotto la copertura di un carnet-TIR (documento doganale internazionale). Tale documento è emesso solo dietro prestazione di garanzia fideiussoria da parte di una *guaranteeing association* che è responsabile in via sussidiaria insieme ai debitori dei diritti doganali (art. 8, commi I e VII).

²⁶ C. giust. CE, *Bundesverband Güterkraftverkehr und Logistik e V (BGL) v. Bundesrepublik Deutschland* (caso C-78/01) del 23 settembre 2003, in *Racc.*, 2003, I, 9543, nn. 6-11; *Berliner Kindl Brauerei AG v. Siepert* (caso n. C-208/98) del 23 marzo 2000, in *Racc.*, 2000, I, 1741, 1752, nn. 36 ss. Ulteriori riferimenti in DROBNIG U., *Personal Security*, 90.

²⁷ Le disposizioni di riferimento in tema di accessorietà della garanzia fideiussoria per alcuni dei più rappresentativi sistemi europei sono: Austria: § 1351 ABGB; Francia: art. 2289 c.c.; Italia: art. 1939 c.c.; Germania: § 767 BGB; Portogallo: art. 632 c.c.; Spagna: art. 1822 c.c.; per l'Inghilterra v. O'DONOVAN J. AND PHILLIPS J., *The Modern Contract of Guarantee*, London, 2003, n. 1-04 e *Harburg India Rubber Com co v. Martin* [1902] 1 KB 778. Molti diritti riconoscono l'eccezione della validità della garanzia qualora l'invalidità dell'obbligazione garantita derivi da incapacità del debitore principale (soprattutto per il caso che costui sia un minore): Austria: § 1352 ABGB; Francia: artt. 2289, II comma, e 2313, II comma; Grecia: art. 850 c.c.; Italia: art. 1939 c.c. *in fine*; Portogallo: art. 632, II comma, c.c.

²⁸ DROBNIG U., *Personal Security*, 92, 103.

²⁹ Riferimenti comparatistici in DROBNIG U., *Personal Security*, 208.

Francesca Fiorentini

positivo degli Stati europei³⁰. Anche la Corte di Giustizia europea in talune occasioni ha riconosciuto il principio di accessorietà come caratteristica fondamentale delle garanzie personali di tipo fideiussorio³¹.

Com'è noto, il significato precipuo dell'accessorietà è quello di approntare un'adeguata tutela del garante. Quest'ultimo, costituendosi quale garante, accetta il rischio economico di dover essere chiamato a rispondere con l'intero proprio patrimonio in caso di inadempimento del debitore. Il diritto si sforza di trovare un punto di equilibrio tra questo rischio e l'esigenza di evitare abusi a danno del garante³². Oltre al primissimo profilo della validità dell'obbligazione del garante solo in caso di validità dell'obbligazione garantita, il compromesso tra questi due contrapposti poli è rappresentato dalle seguenti regole diffuse nei (e condivise dai) sistemi giuridici europei.

Innanzitutto, in conseguenza dell'accessorietà, la responsabilità del garante non ha – di norma³³ – un ambito di estensione oggettiva maggiore rispetto a quella del debitore garantito, e ciò in termini di ammontare³⁴, condizioni di pagamento, tempo stabilito per l'adempimento, ecc. In relazione a questo profilo sono diffuse in Europa regole che hanno l'effetto di limitare automaticamente le obbligazioni fideiussorie più estese ai termini ed alle condizioni dell'obbligazione garantita³⁵. Inoltre, sempre in virtù dell'accessorietà, in caso

³⁰ In una prospettiva comparatistica v. VAN ERP S., *Surety Agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Property Law Principle*, in 13 *European Review of Private Law*, 2005, 309 ss.; sulle conseguenze dell'accessorietà nel diritto italiano delle fideiussioni v. GIOIA G., *In Search of the Effective Protection of the Weak Surety in the Web of the Italian Legal System*, in COLOMBI CIACCHI A. (ed.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007, 211 ss., 223 ss.; MACARIO F., *Garanzie personali*, 202 ss.

³¹ L'obbligazione del garante non è esigibile fino alla scadenza dell'obbligazione garantita e l'obbligazione del garante non può eccedere quella del debitore del rapporto garantito (divieto di fideiussione c.d. *in duriolem causa*): *Préservatrice Foncière TIARD SA v. Staat der Nederlanden*, *supra*, nt. 21, 4891 ss., n. 29 e 4893, n. 34; sull'accessorietà della garanzia cfr. pure *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG v. Dietzinger* (caso n. C-45/96) del 17 marzo 1998, in *Racc.*, 1998, I, 1199, 1221, nn. 18 e 20; *Berliner Kindl Brauerei AG* (caso n. C-208/98) del 23 marzo 2000, in *Racc.*, 2000, I, 1741, 1744, n. 26.

³² COLOMBI CIACCHI A. (ed.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, *passim*.

³³ L'eccezione sono le garanzie cc.dd. *omnibus*, per le quali v. *infra*, § n. 3.1.1.

³⁴ Usualmente l'obbligazione di garanzia copre anche le obbligazioni accessorie all'obbligazione principale: art. 2293, I comma, c.c. per la Francia; art. 1942 c.c. per l'Italia; art. 634 c.c. per il Portogallo; art. 1827 c.c. per la Spagna.

³⁵ Francia: art. 2290 c.c.; Germania: § 767, I comma, I frase, BGB; Grecia: art. 851 c.c.; Italia: art. 1941 c.c.; Olanda: artt. 7:851 e 7:860 c.c.; Portogallo: artt. 627, II comma, e 631 c.c.; Spagna: art. 1826 c.c. Per la co-estensività della responsabilità del garante nelle garanzie accessorie di diritto inglese v. ANDREWS G.M. AND MILLETT R., *Law of Guarantees*, 4th ed., London, 2005, n. 6-002.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

di cessione dell'obbligazione garantita la garanzia passa automaticamente al cessionario, salvo che le parti non stabiliscano espressamente in contrario³⁶.

Ulteriore cruciale manifestazione del nesso di dipendenza tra garanzia e obbligazione garantita è ravvisabile in punto di eccezioni opponibili dal garante escusso al creditore garantito. La regola in base alla quale il garante, in aggiunta alle eccezioni personali spettantigli contro il creditore, può opporgli tutte le eccezioni (non personali) spettanti al debitore del rapporto garantito in relazione all'esistenza, alla validità, all'esigibilità e ai termini dell'obbligazione garantita, è unanimemente riconosciuta³⁷. Generalmente, questo regime è concesso anche per le eccezioni che non spettano più al debitore del rapporto garantito a causa di atti od omissioni a lui imputabili, compiuti successivamente al prodursi dell'efficacia della garanzia³⁸. Come eccezione alla regola dell'opponibilità delle eccezioni, molti sistemi giuridici prevedono che il garante non possa invocare l'incapacità del debitore del rapporto garantito (o la mancanza di personalità giuridica, nel caso in cui il debitore sia una persona giuridica); quasi sempre ciò vale però nei limiti in cui tale incapacità fosse nota al garante al momento della stipulazione della garanzia³⁹.

Anche in punto di tipologia della responsabilità del garante si possono individuare importanti tratti comuni di disciplina in Europa. In connessione all'origine romanistica delle garanzie fideiussorie, improntate all'idea che il garante sia un amico del debitore che agisce disinteressatamente e gratuitamente, e dunque bisognoso di tutela⁴⁰, molti codici civili europei (e il diritto scandinavo) hanno previsto una regola di *default* di responsabilità solo sussidiaria del garante rispetto a quella del debitore del rapporto principale⁴¹. Tale

³⁶ Germania: §§ 398, 401 BGB; Italia: art. 1263, I comma, c.c.; Olanda: artt. 6:142 e 3:82 c.c.; Portogallo: art. 482 c.c.; Spagna: art. 1528 c.c. Per la Francia v. Cass. ass. plén. 6 dicembre 2004, in D. 2005, 227.

³⁷ Austria: § 1351 ABGB; Francia: art. 2313 c.c.; Germania: § 767, I comma, I frase e § 768 BGB; Italia: art. 1945 c.c.; Olanda: art. 7:852 c.c.; Portogallo: art. 637, I comma, c.c.

³⁸ Germania: § 768, II comma, BGB; Grecia: art. 853 c.c.; Portogallo: art. 637, II comma, c.c.; Spagna: art. 1853 c.c.

³⁹ Austria: § 1352 ABGB; Francia: artt. 2289, II comma, e 2313, II comma, 2 c.c.; Inghilterra: Minors Contracts Act 1987, sec. 2; Grecia: art. 850, II comma, c.c.; Italia: art. 1939 *in fine* c.c.; Portogallo: art. 632, II comma, c.c.; Spagna: art. 1824, II comma, c.c. Solo in Austria è previsto espressamente che il garante è vincolato anche se non conosceva il difetto di capacità del debitore: § 1352 ABGB. Talvolta alla situazione di incapacità del debitore è stato assimilato il caso di atti compiuti *ultra vires* da un debitore persona giuridica (frequente il caso di società); in quest'ipotesi però il garante è usualmente ritenuto responsabile: cfr. per Inghilterra, Francia e Germania le fonti e le note riportate in DROBNIG U., *Personal Security*, 219 ss.

⁴⁰ JONES P.K., *Roman Law Bases of Suretyships in Some Modern Civil Codes*, 129 ss.

⁴¹ V. c.c. italiano del 1865, art. 1907; Austria: § 1355, 1351, I comma, II fras, ABGB; Francia: artt. 1202 e 2288 c.c.; Danimarca: GODSK PEDERSEN H.V., *Kaution*, 7^a ed., Copenhagen, 2005, 78; Olanda: art. 7:855, I comma, c.c.; Finlandia: *Lag om borgen och tredjemanspant (Law on Dependent Guarantees and Third Person's Pledge)*, § 3, I comma; Germania: § 771 BGB; Grecia:

Francesca Fiorentini

responsabilità sussidiaria di solito non è rilevabile d'ufficio dal giudice, ma dà luogo ad un'eccezione che deve essere sollevata dal garante allorquando venga escusso dal creditore (è il c.d. *beneficium excussionis* o *discussionis*)⁴². L'unica sfumatura di questa regola – per la verità si tratta di una sfumatura che porta con sé importanti ricadute operative – si apprezza in relazione al significato di questa sussidiarietà: in alcuni Paesi il garante può essere escusso solo se il creditore ha iniziato un procedimento esecutivo contro il debitore principale inadempiente⁴³; in altri, invece, è sufficiente che il creditore abbia chiesto il pagamento al debitore in via stragiudiziale e sia rimasto insoddisfatto⁴⁴. Nei Paesi che, diversamente dall'Italia, non hanno conosciuto la c.d. “comercializzazione” del diritto civile, la sussidiarietà della responsabilità del garante è rimasta come regola di *default* nel settore delle garanzie rette dal diritto civile, in contrapposizione a quelle rette dal diritto commerciale, per le quali ha sempre prevalso la regola della responsabilità solidale del garante⁴⁵.

Condivisi sono poi i rimedi riconosciuti al garante escusso che abbia adempiuto alla propria obbligazione di garanzia. Come è noto, egli gode del diritto di regresso nei confronti del debitore principale⁴⁶ e del diritto di surrogarsi nei

art. 855 c.c.; Portogallo: art. 638 c.c.; Spagna: art. 1822, I comma, c.c.; Svezia: c. comm. chap. 10, § 9. In tutti questi casi la responsabilità solidale può essere scelta dall'accordo delle parti.

⁴² DROBNIG U., *Personal Security*, 246. Per l'utilizzo di entrambi i termini nelle fonti romane v. ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civil Law Tradition*, Oxford, 1990, 130, nt. 104.

⁴³ È così in Francia: art. 2298 c.c.; Danimarca: GODSK PEDERSEN H.V., *Kaution*, 33; Germania: §§ 771 ss. BGB; Grecia: art. 855 c.c.; Portogallo: art. 638 c.c.; Spagna: artt. 1830, 1832, 1833 e 1834 c.c.; Svezia: WALIN G., *Borgen och tredjemanspant*, 2^a ed., Stockholm, 1996, 157. Per le condizioni d'esercizio del *beneficium excussionis* in Italia v. art. 1944 *in fine* c.c. e, per tutti, DISTASO, voce “Beneficio di escussione”, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 103 ss.; cfr. pure, da ultimo, MACARIO F., *Garanzie personali*, 230 ss.

⁴⁴ È così in Austria (§ 1355 ABGB), in Belgio per i crediti al consumo garantiti da consumatori e non: v. legge sul credito al consumo, *Loi relative au crédit à la consommation* del 12 giugno 1991, BS 9 luglio 1991, art. 36, che impone speciali requisiti per l'inadempimento del debitore idoneo a far scattare la responsabilità del garante; in Olanda (art. 7:855, I comma, c.c.), e in Scozia, grazie alla speciale influenza del diritto romano, quando l'obbligazione garantita è un *ad factum prestando*, ossia se il debitore principale è obbligato a tenere certi comportamenti: SIR SMITH AND BLACK (eds.), *Stair Memorial Encyclopaedia – The Laws of Scotland*, III, Edinburgh, 1994, nn. 923-926.

⁴⁵ Austria: c. comm., §§ 343 e 349 (ma dal 1° gennaio 2007 il § 349 c. comm. è stato abrogato e pertanto le garanzie create da questa data creano solo una responsabilità sussidiaria); Francia: AYNÈS L.-CROCC P., *Les sûretés, La publicité foncière*, in MALAURIE P.-AYNÈS L. (eds.), *Droit civil*, 3^a ed., Parigi, 2008, 47, nn. 147 e 86 ss., nn. 230 ss.; Germania: c. comm. §§ 343 e 349; Portogallo: art. 101 c. comm; Spagna: in mancanza di un'apposita previsione legislativa si è espressa nel senso della responsabilità solidale delle garanzie personali commerciali la giurisprudenza: TS 4 dicembre 1950, RAJ, 1951, n. 227; TS 14 febbraio 1997, RAJ 1997, n. 1419; peraltro, talvolta in Spagna vi sono state anche decisioni in senso contrario: TS 5 marzo 1990, RAJ 1990, n. 1665.

⁴⁶ Francia: art. 2305 c.c.; Italia: art. 1950 c.c.; Olanda: art. 7:866 c.c.; Spagna: art. 1838 c.c.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

diritti (personali e reali) spettanti al creditore nei confronti del debitore⁴⁷. Mentre il primo diritto solitamente è fondato sul mandato che d'abitudine intercorre tra debitore e garante, oppure sulla *negotiorum gaestio*, o sulla *restitutio*⁴⁸, il secondo, è espressione di un principio di tradizione romanistica che consente di equipaggiare il garante che paghi il debito altrui affinché possa esercitare al meglio il proprio regresso contro il debitore⁴⁹. La surrogazione opera solitamente in relazione a tutti i diritti accessori rispetto al rapporto garantito, come le garanzie⁵⁰. In Europa prevale l'opinione che i due diritti siano cumulabili⁵¹.

I codici tedesco e portoghese non prevedono espressamente il diritto di regresso del garante che ha pagato, ma tale diritto è riconosciuto in via interpretativa, sulla base del rapporto di mandato o *negotiorum gaestio* intercorrente tra garante e debitore. Per la Germania: **ERMAN U.-HERRMANN E.**, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11^a ed., Münster e Köln, 2004, § 774 n. 12; per il Portogallo: **ALMEIDA COSTA M.J.**, *Direito das obrigações*, 6^a ed., Coimbra, 1994, 780.

⁴⁷ Austria: § 1358 ABGB; Francia: art. 2306 c.c.; Germania: § 774, I comma, I frase, BGB; Italia: art. 1949 c.c.; Portogallo: art. 644 c.c.; Spagna: art. 1939 c.c. In Inghilterra il *right to subrogation* è un diritto di natura equitativa derivante dal rapporto tra garante e creditore: *Duncan Fox & Co. v. North and South Wales Bank* (1880) 6 App. Cas. 1 (HL) e **ANDREWS G.M. AND MILLETT R.**, *Law of Guarantees*, nn. 11-017.

⁴⁸ Per l'Italia v., e.g., **FRAGALI M.**, voce "Fideiussione (diritto privato)", in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1969, 346 ss., 370 ss. Per la Francia v. **SIMLER P.**, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^a ed., Paris, 2000, n. 558. Per il diritto inglese v. **ANDREWS G.M. AND MILLETT R.**, *Law of Guarantees*, nn. 10-002 ss. Peraltro, in certi Paesi la questione della base giuridica su cui si fonda il regresso è controversa. Riferimenti in **DROBNIG U.**, *Personal Security*, 308 ss.

⁴⁹ Da noi v. **MAGAZZÙ A.**, voce "Surrogazione per pagamento", in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1519 ss.; **CARPINO B.**, *Del pagamento con surrogazione*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca (artt. 1201-1205)*, Bologna-Roma, 1988; **BIANCA C.M.**, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 346 ss. e **GIUSTI A.**, *La fideiussione e il mandato di credito*, 222 ss. In Italia si discute ancora sulla distinzione tra il diritto di regresso e quello di surrogazione spettante al fideiussore: ad esempio, **ANDREANI F.M.**, voce "Regresso", in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 703 ss., 710. Alcuni Autori sono a favore di un'identificazione delle due azioni perché il regresso è visto come l'espedito tecnico con cui far valere la surrogazione: **FRAGALI M.**, voce: "Fideiussione (diritto privato)", 375. L'opinione maggioritaria considera tuttavia che i due diritti siano separati in quanto fondati su diverse norme di legge, appunto gli artt. 1949 e 1950 c.c.: **BOZZI G.**, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in *Tratt. Rescigno*, XIII, Torino, 1985, 205 ss., 261. Così pure in Austria, dove i due diritti godono di regimi separati, ad esempio in tema di prescrizione: **ÖGH** 26 marzo 1987, SZ 60 n. 55, p. 285 ss.

⁵⁰ Francia: art. 1250, n. 1, c.c.; Germania: § 774, I comma, BGB in combinato disposto con i §§ 412, 401 BGB; Italia: art. 1955 c.c. e, più in generale, art. 1204 c.c.; **BOZZI G.**, *La fideiussione*, 259. Per il diritto inglese v. *Duncan Fox & Co. v. North and South Wales Bank* (1880) 6 App. Cas. 1; *Chatterton v. McLean* [1951] 1 ALLER 761. Ma è dubbio se il garante possa surrogarsi nei *floating charges*: riferimenti in **ANDREWS G.M. AND MILLETT R.**, *Law of Guarantees*, n. 11-023.

⁵¹ Solo in Francia e Belgio l'opinione tradizionale (anche se non priva di critiche) è per la non cumulatività delle azioni. Riferimenti in **DROBNIG U.**, *Personal Security*, 314.

Francesca Fiorentini

3.1.1. Le fideiussioni *omnibus*.

Un problema particolare che si è ugualmente diffuso in Europa è quello delle garanzie accessorie di tipo *omnibus*, ossia contratte per garantire tutti i debiti, presenti e futuri, del debitore principale⁵², come avviene nel caso di garanzia che acceda ad un conto corrente bancario⁵³. Nella clausola *omnibus*, il numero, la natura e il tipo delle obbligazione garantite possono variare nel tempo e non sono determinate *ab initio*⁵⁴. Il panorama europeo mostra come negli ultimi decenni si sia sviluppata una tendenza, da parte dei legislatori nazionali, ad accrescere il livello di tutela del garante di questo tipo di garanzia, e ciò per lo più in seguito a dibattiti dottrinali e giurisprudenziali anche assai aspri concernenti la stessa validità delle clausole *omnibus*, a fronte dell'indeterminatezza del rischio che esse comportano a carico del garante.

Se in Inghilterra sembra che la validità di queste clausole non sia mai stata posta in discussione⁵⁵, gli altri Paesi europei possono essere distinti in relazione agli approcci adottati per questo problema, in Paesi più o meno liberali. Tra i primi si annoverano, ad esempio, Austria e Portogallo. L'*Oberster Gericht* ed il *Supremo Tribunal de Justiça* hanno ripetutamente confermato la validità delle garanzie *omnibus*, sempre che le obbligazioni garantite siano in qualche modo determinabili, come avviene quando vi sia un qualche riferimento alla loro origine o natura⁵⁶. Tra i secondi contano, invece, Paesi come Finlandia e Italia, ove la legislazione degli anni '90 del Novecento ha imposto la necessaria indicazione di un ammontare massimo della garanzia affinché essa sia valida⁵⁷.

⁵² Sono le *Globalbürgschaften* dei Paesi di lingua tedesca, o le "all moneys" securities dei Paesi di *common law*. In molti sistemi continentali sono disciplinate nei codici civili: cfr. art. 1938 c.c. italiano per le fideiussioni *omnibus*; art. 628, II comma, c.c. portoghese per la *fiança geral*; art. 1825 c.c. spagnolo per la *fianza omnibus* o *general*.

⁵³ In questo caso la garanzia non si estingue per il solo fatto che il rendiconto sia pari a zero in un certo momento, in costanza di rapporto: art. 1844, I comma, c.c. italiano.

⁵⁴ Si noti che una garanzia non è *omnibus* solo perché non è stabilito un ammontare massimo per la responsabilità del garante; occorre piuttosto che numero, natura e tipo delle obbligazioni garantite siano indeterminate al momento della conclusione del contratto. Pertanto una garanzia per un'obbligazione specifica, per la quale non è stabilito un limite massimo, non è una garanzia *omnibus*: DROBNIG U., *Personal Security*, 98.

⁵⁵ ANDREWS G.M. AND MILLETT R., *Law of Guarantees*, nn. 6-004 ss. Sembra che l'unica limitazione all'autonomia privata in questo tipo di garanzie sia che debiti originariamente dovuti dal debitore del rapporto principale ad un terzo, e che siano successivamente ceduti al creditore, non sono coperti dalla garanzia *omnibus* e pertanto non incidono sul livello di responsabilità del garante: *Kova Establishment v. Sasco Investment Ltd* [1998] 2 BCLC 83.

⁵⁶ Per l'Austria: OGH 1° dicembre 1976, ÖRZ 1977, 169, n. 76; OGH 18 febbraio 1987, ÖBA 1987, 576. Per il Portogallo: STJ 29 aprile 1999, 131/99; STJ 2 ottobre 2001, 3353/01; STJ 29 novembre 2001, 3592/01, tutte disponibili al sito: www.dsgi.pt.

⁵⁷ Per la Finlandia v. § 5, I comma, della *Lag om borgen och tredjemanspant* (*Law on Dependent Guarantees and Third Person's Pledge*), secondo il quale oltre a contenere l'indicazione dell'am-

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

In Francia il livello di tutela del garante è invece diversamente calibrato a seconda che costui agisca come consumatore o no. Una garanzia priva di un ammontare massimo non può essere prestata da un consumatore⁵⁸, nemmeno per garantire debiti professionali (c. cons., art. L 341-2 e *Loi Madelin*⁵⁹ art. 47, II comma, per le garanzie accessorie a responsabilità solidale). Negli altri casi le garanzie *omnibus* sono valide in Francia, sempre che l'obbligazione garantita sia almeno determinabile⁶⁰.

In Germania, dove le garanzie *omnibus* erano tradizionalmente considerate valide a condizione che le obbligazioni garantite fossero sufficientemente determinabili, come nel caso scaturissero da una specifica relazione commerciale tra debitore e creditore⁶¹, dal 1995 quei contratti stipulati mediante clausole standard diffuse nella prassi del commercio sono – in genere – considerati produrre un effetto a sorpresa (§ 305c BGB) e uno svantaggio irragionevole a danno del garante (§ 307 BGB). L'invalidità, però, riguarda solo la clausola *omnibus*, non l'intera garanzia⁶².

3.1.2. Le fideiussioni “rovinose”.

Il tema maggiormente di frontiera, meritevole di menzione per aver messo a dura prova, negli ultimi decenni, la tenuta del diritto delle garanzie personali accessorie in Europa, è stato quello della tutela dei consumatori⁶³ che accedono a questo tipo di contratto sotto la pressione di legami di dipendenza

montare massimo, la garanzia deve essere temporalmente limitata. In assenza di questi speciali contenuti la garanzia è valida solo per le obbligazioni assunte al tempo della sua conclusione e per quelle precedenti che fossero note al garante, ai sensi del II comma del medesimo paragrafo. Cfr. DROBNIG U., *Personal Security*, 114. Per l'Italia v. art. 1938 *in fine* c.c., così come modificato dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154. Come è noto, da noi l'assenza del limite massimo comporta la nullità *in toto* della garanzia (cfr. Trib. Roma 18 dicembre 2002, in *Giur. mer.*, 2003, 1661 per un'applicazione analogica della regola ad una lettera di *patronage* vincolante). Accordi eccedenti il limite massimo sono invece ridotti al limite massimo: DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, 207 ss., 332 ss.

⁵⁸ C. cons. art. L 313-7 e L 341-2.

⁵⁹ *Loi relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle*, dell'11 febbraio 1994, JO n. 26-49 del 13 febbraio 1994, 2493.

⁶⁰ DROBNIG U., *Personal Security*, 114.

⁶¹ BGH 10 ottobre 1957, BGHZ 25, 318; BGH 5 aprile 1990, in *NJW*, 1990, 1099; BGH 16 gennaio 1992, *NJW*, 1992, 897.

⁶² Il *leading case* è BGH 18 maggio 1995, BGHZ 130, 19. Queste regole non sono applicabili se il garante esercita una considerevole influenza sul debitore, come nel caso in cui ne sia il *manager*: BGH 18 maggio 1995, BGHZ 130, 30 e BGH 16 dicembre 1999, in *NJW*, 2000, 1179, 1182.

⁶³ Ci si riferisce essenzialmente alle persone fisiche che agiscono al di fuori della professione, ma la nozione di consumatore-concedente garanzia personale cui accordare tutela varia a seconda del Paese considerato: DROBNIG U., *Personal Security*, 383 ss.

Francesca Fiorentini

economica o “emozionale” nei confronti del debitore garantito. Ovunque nella regione europea si sono diffuse pratiche bancarie che accettano (o richiedono) garanzie personali prestate da parenti o amici del debitore principale. Questi garanti possono talvolta essere soggetti “deboli”: i figli minori o il coniuge del debitore, oppure persone che mancano di esperienza professionale e sono talvolta incapaci di apprezzare il rischio economico insito nei contratti di garanzia, vuoi perché offuscati dall’influenza dei legami familiari, vuoi perché altrimenti incapaci di ottenere le informazioni necessarie ad apprezzare i rischi cui vanno incontro. In particolare, dette prassi sono pure diffuse per garantire i crediti delle piccole e medie imprese che costituiscono una rilevante porzione del tessuto economico europeo. A seconda della maggior o minor sensibilità della cultura dei vari Paesi – e delle loro organizzazioni dei consumatori – questi orientamenti hanno provocato varie reazioni di rigetto in taluni Stati europei, in prima battuta da parte della giurisprudenza, che in certi casi è stata seguita anche dal legislatore⁶⁴. La dottrina che ha iniziato a dedicarsi al tema negli anni più recenti⁶⁵ è riuscita a dimostrare che sul tema delle cc.dd. *unfair suretyships* le differenze tra i diritti nazionali sono ancora acute. Il panorama varia da una completa mancanza di azione, come in Italia⁶⁶, all’introduzione di

⁶⁴ DROBNIG U., *Personal Security*, 379 ss.

⁶⁵ COLOMBI CIACCHI A.-WEATHERILL S. (eds.), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe. The Case of Personal Suretyships*, Oxford, 2010; COLOMBI CIACCHI A. (ed.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007.

⁶⁶ Il resoconto sullo stato dell’arte in Italia è in FIORENTINI F., *Country Report: Italy*, in COLOMBI CIACCHI A.-WEATHERILL S. (eds.), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe*, Oxford, 2010, 353-388. In sintesi, in Italia si ritiene che al garante sia applicabile la legislazione generale a tutela del consumatore nelle seguenti circostanze: (i) quando il garante agisce come consumatore; (ii) quando il garante agisce come professionista, ma il debitore principale è un consumatore: Cass. 11 gennaio 2001, n. 314, in *Foro it.*, 2001, I, 1598; Cass. 13 maggio 2005, n. 10107, in *For. it. mass.*, 2005, 1203. Il carattere accessorio della garanzia rispetto al rapporto tra debitore e creditore rende possibile applicare alla garanzia le regole a tutela del consumatore che disciplinano il rapporto garantito: cfr. PALMIERI A., *Fideiussione e clausole vessatorie: quali garanzie per il consumatore?*, in *Foro it.*, 2001, I, 1590 ss., 1598; RUGGERI L., *Fideiussione bancaria e tutela del consumatore: il problema dell’applicazione dell’art. 25 della l. 21 dicembre 1999, n. 526 ai rapporti in corso*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 656 ss., 685 ss.; FALCONE G., *Alcune riflessioni a margine del recente schema di contratto di fideiussione “omnibus” concordato tra Associazione Bancaria Italiana e talune associazioni dei consumatori*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2003, 81 ss., 92. Anche se in Italia non vi è stato, sul tema delle fideiussioni rovinose, un dibattito paragonabile a quello registratosi in Francia, Germania, o Inghilterra, merita menzione una giurisprudenza che si è sviluppata in relazione alle situazioni in cui un consumatore presta fideiussione per un debitore professionista. Quando il coniuge presta garanzia a favore dell’impresa dell’altro coniuge, e la garanzia è considerata indispensabile per l’attività commerciale, le corti ravvisano la costituzione di una società *de facto* tra i coniugi; il garante è considerato socio occulto (con o senza il beneficio della responsabilità limitata, a seconda dei casi) dell’impresa del debitore: Cass. 14 febbraio 2003, n. 2200, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1220. Tuttavia, occorrono indicatori qualificati della volontà implicita di creare una società apparente, come la divisione dei profitti tra garante e debitore

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

regole molto dettagliate a tutela del garante consumatore, come in Francia⁶⁷.

In sintesi, gli interventi si suddividono nell'applicazione – soprattutto da parte della giurisprudenza – di principi generali alle garanzie concesse da parti “deboli” per sancirne la nullità, e/o nella creazione di requisiti di informazione precontrattuale a carico del creditore, che se non osservati comportano la nullità della garanzia.

Ecco allora che l'*Oberster Gerichtshof* austriaco ha elaborato tre criteri per determinare se l'assunzione di una garanzia personale è nulla per violazione delle *gute Sitten* (i buoni costumi, § 879, II comma, n. 4, ABGB): (i) l'esistenza di un'evidente differenza tra l'ammontare della garanzia e la capacità economica del garante; (ii) le circostanze dell'assunzione della garanzia, come la compressione dell'autonomia contrattuale del garante dovuta all'incidenza emozionale dei legami familiari; e (iii) la conoscenza o l'ignoranza colposa di queste circostanze da parte del creditore⁶⁸. Nel 1997 il legislatore austriaco ha introdotto una regola specifica per la tutela del garante consumatore [§ 25 d) del *Konsumentenschutzgesetz*], che prevede requisiti simili a quelli stabiliti dalla Corte Suprema – anche se meno stringenti – e stabilisce un diritto giudiziale alla riduzione dell'obbligazione del garante. Il *Konsumentenschutzgesetz* introduce pure dettagliate e specifiche regole in materia di informazione precontrattuale del garante consumatore, ai §§ 25 a), b) e c). La norma più significativa dal punto di vista operativo è il § 25 c) della medesima legge, che impone al creditore di informare il garante, nella fase precontrattuale, circa la situazione finanziaria del debitore; in caso contrario il garante non sarà vincolato dalla garanzia, salvo che si provi che costui avrebbe assunto il rischio nonostante l'informazione⁶⁹. Peraltro, occorre sottolineare che la giurispruden-

principale: Cass. 23 dicembre 1982, n. 7119, in *Giur. comm.*, 1983, II, 847; Trib. Napoli 25 marzo 1996, in *Riv. not.*, 1996, 1240; Trib. Catania 15 luglio 1992, in *Dir. fall.*, 1993, II, 167; GALGANO F., *Il fallimento delle società*, in *Tratt. Dir. comm. Galgano*, X Padova, 1988, 66; BRONZINI M., *Estensione del fallimento a chi presta fidejussioni bancarie?*, in *Dir. fall.*, 1968, II, 900 ss. In questi casi il fallimento può aprirsi nei confronti della società di fatto e può estendersi pure al garante socio occulto. Quest'ultimo può essere considerato responsabile con tutti i suoi beni presenti e futuri nei confronti di tutti i creditori della società, non solo del creditore dell'obbligazione garantita, e ciò senza che vi sia un limite massimo di responsabilità. Ciò è vero soprattutto laddove il garante abbia agito gratuitamente e abbia rinunciato al regresso nei confronti del debitore principale: Trib. Napoli 12 dicembre 1996, in *Banca, borsa*, 1998, II, 84 ss.

⁶⁷ Per un dettagliato resoconto del tema in Francia v. BARTHEZ A.-S., FAMILY R., VIGNERON S., France, in COLOMBI CIACCHI A.-WEATHERILL S. (eds.), *Regulating Unfair Banking Practices in Europe*, Oxford, 2010, 229-251. Per le differenze nazionali in Europa si rimanda agli Autori citati *supra*, nt. 65 e a DROBNIG U., *Personal Security*, 383 ss.

⁶⁸ Il *leading case* è OGH 30 giugno 1998, in SZ 71, n. 117, 125 ss.; v. pure OGH 28 giugno 2000, in JBl. 2000, 794 ss.

⁶⁹ Per la giurisprudenza l'informazione deve essere fornita specificamente al garante, non essendo sufficiente un semplice formulario generale: OGH 26 gennaio 2006, ÖJZ 2006, 454 ss.

za va oltre la lettera della legge e stabilisce talvolta una mera riduzione della responsabilità del garante⁷⁰.

Anche in Germania, dopo due decisioni della Corte costituzionale⁷¹, il *Bundesgerichtshof* ha attinto alla regola del divieto di negozi contrari ai buoni costumi (§ 138 BGB) per sviluppare una specifica tecnica di protezione del garante consumatore che accede a contratti sproporzionati in relazione alla propria capacità economica, in ragione di particolari legami di dipendenza sussistenti con il debitore del rapporto principale. Tale tecnica si è ora assestata lungo la seguente linea. Si presume che la garanzia assunta nei confronti di un creditore professionale o commerciale sia immorale se: (i) è estremamente sproporzionata rispetto alla sua presente e futura situazione finanziaria; (ii) sussiste una relazione di prossimità tra il garante e il debitore principale (*Näheverhältnis*)⁷², che può riguardare situazioni anche estranee ai rapporti di famiglia, come è nel caso della garanzia prestata dal dipendente a favore del datore di lavoro⁷³. Se queste circostanze sono date, si presume che la garanzia sia stata concessa solo in ragione dei legami emozionali e che il creditore abbia fraudolentemente preso vantaggio di questa situazione⁷⁴. Si noti che in Germania non esiste un generale dovere, per il creditore, di informazione precontrattuale nei confronti del garante in relazione ai rischi che assume, poiché si presume che tali rischi siano noti a tutti i garanti. Tuttavia in determinate, eccezionali circostanze, un simile dovere viene ricavato in via interpretativa dalla regola di buona fede (§ 242 BGB), qualora il creditore taccia al garante il peggioramento della situazione finanziaria del debitore e dunque l'ampliarsi del rischio a carico del garante⁷⁵.

In Francia il creditore deve verificare se l'obbligazione assunta dal garante è proporzionata rispetto alla sua capacità finanziaria, altrimenti può essere chiamato a rispondere per i danni contrattuali in applicazione del principio di proporzionalità⁷⁶. Inoltre, è la stessa legislazione a tutela del consumatore a

⁷⁰ OGH 25 luglio 2000, SZ 73, n. 121, 69 ss.

⁷¹ Bundesverfassungsgericht 19 ottobre 1993, BVerfGE 89, 214 e 5 agosto 1994, in *NJW*, 1994, 2749.

⁷² BGH 29 giugno 1999, in *NJW*, 1999, 2584; BGH 4 dicembre 2001, in *NJW*, 2002, 744.

⁷³ BGH 14 ottobre 2003, ZIP 2003, 2193. Tuttavia la garanzia non si presume immorale se è concessa come controprestazione per un legittimo diritto al risarcimento dei danni spettante al datore di lavoro per danni causati dal dipendente di posizione elevata: *Landesarbeitsgericht Köln*, 12 dicembre 2002, EWiR 2003, 1129.

⁷⁴ BGH 4 dicembre 2001, in *NJW*, 2002, 744.

⁷⁵ BGH 27 maggio 2003, ZIP 2003, 1596, 1599: la banca creditrice assicura al garante che la garanzia è richiesta solo *pro forma*; *Oberlandsgericht Oldenburg* 22 luglio 1997, WM 1997, 2076: il creditore sa che il garante sarà escusso. Si noti però che il dovere di informazione precontrattuale a carico del creditore non si ravvisa se costui può presumere che il garante riceva l'idonea informazione dal debitore: *Oberlandsgericht Koblenz* 14 marzo 1996, in *WM*, 1997, 719.

⁷⁶ Cass. 6 aprile 2004, in *Bulletin civil*, 2004, I, n. 110, 90.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

prevedere che l'obbligazione del garante non sia azionabile qualora, al tempo della sua assunzione, fosse evidentemente sproporzionata rispetto alla capacità finanziaria del garante, salvo che il patrimonio di quest'ultimo sia sufficiente al momento dell'adempimento (c. cons., art. L 313-10, per il credito al consumo). Questa regola protettiva non si applica solo ai consumatori, ma a partire dalla *loi Dutreuil* del 2003⁷⁷ anche se il debitore è un professionista (c. cons., art. L 314-4 per tutti i tipi di credito). A ciò si aggiunga che una serie di doveri di informazione precontrattuale è ravvisabile in capo al creditore, sia sulla base di specifiche disposizioni di legge⁷⁸, sia in virtù del principio di buona fede⁷⁹. Ad esempio, il creditore deve informare il garante di tutte le circostanze essenziali che possono incidere sul suo consenso, altrimenti la garanzia può essere annullata per errore⁸⁰, oppure il creditore può essere tenuto a risarcire il danno contrattuale al garante⁸¹.

Il diritto inglese affronta le *unfair suretyships* sotto l'ombrello della dottrina di *equity* dell'*undue influence*, ossia dell'indebita influenza o pressione esercitata da una parte sull'altra per ottenere un vantaggio patrimoniale manifestamente sproporzionato⁸². Mentre in certe situazioni vige una presunzione assoluta di *undue influence* tra le parti, come nel caso del rapporto genitore-figlio o avvocato-cliente, in altre ipotesi, se il garante può dimostrare di aver riposto affidamento (*trust and confidence*) nella persona del debitore, esiste una presunzione semplice di *undue influence* tra il debitore e il garante⁸³. Questa presunzione semplice, se non superata dalla prova contraria, conferisce al garante un'eccezione valida pure nei confronti del creditore, qualora quest'ultimo risulti essere stato a conoscenza (effettiva o presunta: c.d. *actual* o *constructive notice*) dell'*undue influence*⁸⁴. Soprattutto in relazione alle garanzie

⁷⁷ *Loi pour l'initiative économique*, del 1° agosto 2003, in *J.O.* n. 176-201 del 5 agosto 2003, 13449.

⁷⁸ La natura dell'obbligazione del garante e l'importo del debito garantito devono essere indicati per iscritto nel contratto di garanzia: Cons. c. artt. L 341-2 ss. per tutti i tipi di credito; artt. L 313-7 ss. per il credito al consumo.

⁷⁹ Cour d'Appel Versailles 9 novembre 1995, D. 1996, I.R. 17.

⁸⁰ Cass. 26 novembre 1991, in *JCP*, G 1992, IV, n. 369; Cass. 8 luglio 2003 e 13 maggio 2003 in D. 2003, 2308 ss.

⁸¹ Cass. 24 giugno 2003, D. 2003, 2309 ss.

⁸² La dottrina ha origini in *equity*: v. per tutti BEALE H.G. (ed.), *Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 28^a ed., London, 1999, 7-041 ss.

⁸³ *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2)* [2002] 2 AC 773, 798 (HL). Si noti però che questa presunzione semplice non nasce automaticamente per il solo fatto dell'esistenza di una relazione coniugale. Il garante dovrà dimostrare di aver riposto affidamento nella persona del debitore e di aver concesso la garanzia in virtù di questa specifica circostanza, e non in considerazione dell'operazione economica in sé: *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2)* [2002] 2 AC 773, 822.

⁸⁴ V. già *Barclays Bank plc v. O'Brien* [1993] 4 ALLER 417 (HL) e *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2)* [2002] 2 AC 773, 798 (HL).

Francesca Fiorentini

concesse dal coniuge del debitore principale, le Corti hanno sviluppato talune regole di dettaglio che impongono al creditore professionale una serie di oneri per superare la presunzione di *constructive notice*. Il creditore deve cioè rendere edotto il garante dei rischi cui va incontro assumendo la garanzia, inducendolo a servirsi di una consulenza indipendente, e deve informare il garante o il suo legale della situazione economica del debitore principale⁸⁵. Esistono, poi, speciali disposizioni legislative a tutela del garante consumatore, le quali introducono un dovere di informazione precontrattuale a carico del creditore: l'informazione deve essere fornita per iscritto e deve contenere l'ammonimento: "YOU MAY HAVE TO PAY INSTEAD" in lettere maiuscole; inoltre, entro dodici giorni dalla conclusione del contratto il creditore deve consegnare al garante copia scritta, tra l'altro, della garanzia e dell'obbligazione garantita⁸⁶.

Pure nei Paesi scandinavi esistono doveri precontrattuali di informazione a carico del creditore e a favore del garante consumatore, talvolta basati su previsioni apposite, talaltra su principi generali. Ad esempio, in Svezia l'informazione deve essere fornita per iscritto e deve contenere tutte le circostanze che il garante può effettivamente aspettarsi di conoscere, come i costi annessi alla conclusione della garanzia o la situazione patrimoniale del debitore principale, qualora questa stia peggiorando da un certo periodo⁸⁷. Inoltre, la garanzia può essere invalidata in ragione di una *undue influence* se è stata assunta da un garante che non ha ricevuto un'adeguata informazione precontrattuale, così come stabilito dalle regole generali in materia di contratti⁸⁸.

3.2. Le garanzie non accessorie o autonome.

L'indagine comparatistica mostra che è possibile raggruppare l'ampio spettro di garanzie non fideiussorie all'interno di un'unica categoria, quella appunto delle garanzie non accessorie o autonome rispetto ad un rapporto sottostante che esse intendono garantire, e ciò a dispetto della molteplicità delle figure

⁸⁵ *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2)* [2002] 2 AC 773, 803 (HL); *First National Bank v. Achampong* [2003] EWCA Civ 487 (CA); *Yorkshire Bank v. Tinsley* [2004] 3 ALLER 463 (CA).

⁸⁶ *Consumer Credit Act 1974* sec. 105, V comma, *Consumer Credit (Guarantees and Indemnities) Regulations*, 1983 (S.I. 1983 n. 1556), reg. 3; Part IV della *Schedule to the Consumer Credit (Guarantees and Indemnities) Regulations 1983*; *Consumer Credit (Prescribed Periods for Giving Information) Regulations*, 1983 (S.I. 1983 n. 1557), reg. 2. Maggiori dettagli in O'DONOVAN J. AND PHILLIPS J., *The Modern Contract of Guarantee*, nn. 3-176 ss.

⁸⁷ *Konsumentkreditlag* (Legge sul credito al consumo) del 18 giugno 1992 (SFS 1992:830), §§ 6 e 7. Maggiori dettagli in DROBNIG U., *Personal Security*, 406 ss.

⁸⁸ Ad esempio, *ex* §§ 30, 31 o 33 (frode) del *Lag om rättschhandlingar på förmögenhetsrättens område* (Legge sul diritto dei contratti) del 13 giugno 1929, in FFS 1929/228, per la Finlandia. Per gli altri Paesi scandinavi v. le note e le fonti in DROBNIG U., *Personal Security*, 406 ss.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

utilizzate dalla prassi commerciale⁸⁹, a dispetto delle opinioni dubitative che talvolta si ritrovano nelle dottrine nazionali⁹⁰. Il tratto essenziale che accomuna le varie figure di garanzia autonoma si ravvisa infatti nel significato della autonomia o indipendenza della garanzia, che ovunque si traduce in un regime di immunità della garanzia dalle eccezioni derivanti dal rapporto sottostante⁹¹.

Come anticipato sopra (n. 3), le garanzie non accessorie o autonome sono il risultato di prassi moderne del mercato del credito nazionale ed internazionale⁹², e come tali sono istituti governati principalmente dal diritto giurisprudenziale. Le regole legali dedicate alle garanzie autonome sono sparute nei codici civili europei. L'Austria ha introdotto nell'ABGB una disposizione generale già nel 1915 (§ 880a). In Francia solo la riforma delle garanzie del 2006 ha inteso riconoscere legalmente l'esistenza di queste garanzie con il nuovo art. 2321 c.c. Il Belgio e l'Olanda prevedono poche norme a tutela del consumatore che assume una garanzia, inclusa la garanzia autonoma⁹³. La giurisprudenza inglese conosce e regola l'*indemnity* già dall'inizio del diciottesimo secolo⁹⁴. In Germania, dove l'abitudine a ragionare in materia di contratto con

⁸⁹ Nel settore degli appalti, specie internazionali, operano garanzie in cui le eccezioni opponibili dal garante sono ancora più limitate, in particolare si escludono d'abitudine quelle derivanti dal rapporto sottostante. Si tratta delle seguenti figure: il *bid bond*, che opera nella fase precontrattuale come garanzia di mantenimento dell'offerta, richiesta dalla società appaltante per attestare la serietà dei partecipanti alla gara d'appalto; questa garanzia è azionabile quando il concorrente si ritira dalla gara, o l'aggiudicatario si rifiuta di stipulare il contratto; il *performance bond*, con cui il garante si obbliga a corrispondere una certa somma di denaro nel caso di inadempimento della prestazione dedotta nel contratto; il *retention bond*, mediante il quale il committente trattiene una parte dei pagamenti che sarebbe obbligato a versare in relazione alle varie fasi di avanzamento dei lavori, per costituire un fondo a copertura di errori commessi dall'appaltatore nell'esecuzione dei lavori. Anche al di fuori del diritto degli appalti operano poi le controgaranzie (su cui v. *supra* nt. 24). Per queste figure ed ulteriori riferimenti v. ora MACARIO F., *Garanzie personali*, 436 ss.

⁹⁰ Per i riferimenti italiani si rimanda a MACARIO F., *Garanzie personali*, 411.

⁹¹ DROBNIG U., *Personal Security*, 320.

⁹² La frequenza con cui le garanzie autonome compaiono nel traffico commerciale internazionale soprattutto quando sono concesse da garanti professionali come banche e assicurazioni spiega l'esistenza di contratti standard elaborati dalle organizzazioni professionali, taluni dei quali hanno ricevuto l'approvazione della Camera del Commercio Internazionale, come le Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 1993 Revision – UCP 500 (1993) (letters of credit). La stessa Camera del Commercio Internazionale ha prodotto le Uniform Rules for Contract Guarantees del 1978 e le Uniform Rules for Demand Guarantees del 1991. Sembra però che la pratica negoziale presenti una notevole varietà di forme e registri il proliferare di sempre nuove figure, sicché scarso è stato il successo dei contratti modello predisposti dalla CCI di Parigi: MACARIO F., *Garanzie personali*, 436 e nt. 86. Esiste poi la UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit del 1995, in vigore dal 1° gennaio 2000, ratificata solo da otto Stati e di limitato ambito d'applicazione, essendo destinata alle sole garanzie internazionali.

⁹³ Belgio: *Loi relative au crédit à la consommation* del 12 giugno 1991, BS 9 luglio 1991, artt. 34-36, 38, 97; Olanda: art. 7:863 e artt. 7:857-7:862 c.c.

⁹⁴ *Birkmeyer v. Darnell* (1704) 1 Salk 27.

Francesca Fiorentini

una certa indipendenza dal dogma della causa è più consolidata che nei sistemi di tradizione francese, la categoria del *Garantievertrag* è stata elaborata compiutamente dalla dottrina almeno dalla fine del diciannovesimo secolo, come contratto *sui generis* basato sul principio dell'autonomia contrattuale⁹⁵. A causa della difficoltà di metabolizzare il profilo dell'autonomia della garanzia dal rapporto sottostante, la giurisprudenza spagnola ed italiana ha riconosciuto piena cittadinanza alle garanzie autonome quali contratti atipici relativamente tardi, cioè solo a partire dagli ultimi 25 anni⁹⁶.

In relazione al nucleo di caratteristiche e di disciplina che accomuna questi contratti basti ricordare che è unanimemente riconosciuto come il carattere di autonomia della garanzia dal rapporto sottostante dipenda, in ultima istanza, dall'interpretazione del contratto, non essendo determinante il *nomen iuris* attribuito dalle parti al loro accordo⁹⁷.

È poi ricorrente la clausola di pagamento "a prima/semplice domanda/ richiesta" del beneficiario. Con tale clausola il garante si obbliga a pagare dietro semplice richiesta del beneficiario/creditore, che non deve fornire la prova dei presupposti legittimanti la richiesta di pagamento. Essa non è, di per sé, un indice autosufficiente di autonomia della garanzia dal rapporto sottostante, tanto che gli interpreti dei Paesi europei spesso ne ha segnalato la compatibilità con la figura fideiussoria⁹⁸. Dovranno invece ricorrere, oltre alla suddetta clausola, altri indizi che confermino la volontà delle parti di creare una garanzia

⁹⁵ STAMMLER R., *Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung*, in 60 *AcP*, 1886, 1 ss.

⁹⁶ Italia: Cass., S.U., 1° ottobre 1987, n. 7341, in *Giur. it.*, 1988, I, 1204; Cass. 6 ottobre 1989, n. 4006, in *Banca borsa*, 1990, II, 553 e da ultimo significativamente Cass., S.U., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giust. civ.*, 2010, 6, 1349; in dottrina v. per tutti PORTALE G.B., *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in PORTALE G.B. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, 1043 ss. Per la Spagna: TS 27 ottobre 1992, in *RA*, 1992, n. 8584.

⁹⁷ Diritto inglese: *Stadium Finance Co Ltd v. Helm* [1965] 109 SJ 471 e O'DONOVAN J. AND PHILLIPS J., *The Modern Contract of Guarantee*, nn. 1-94. Germania: §§ 133 e 157 BGB; OLG Hambrug 18 dicembre 1981, WM, 1983, 188, 189; BGH 5 marzo 1975, WM, 1975, 348; CANARIS C.-W., *Bankvertragsrecht*, 3ª ed., Berlin-N.Y., 1988, n. 1124; Italia: art. 1362 c.c. e MACARIO F., *Garanzie personali*, 436 e nt. 88, che si rifà alla comparazione di DROBNIG U., *Personal Security*, 325 ss., alla quale si rimanda per ulteriori riferimenti.

⁹⁸ In Italia si ritiene che in questo caso la clausola produrrà il mero effetto di un'inversione dell'onere della prova (*solve et repete*): il garante sarà tenuto a pagare a semplice richiesta, ma una volta pagato indebitamente – ad esempio per essere il rapporto sottostante già stato esattamente adempiuto – potrà esperire l'azione di ripetizione dell'indebito: MACARIO F., *Garanzie personali*, 438 ss. In Austria la clausola è considerata quale mero indizio di autonomia della garanzia: OGH 26 agosto 1999, ÖBA 2000, 328. In questo senso sono pure la dottrina spagnola e quella francese; per laprima: CARRASCO PERERA A., *Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento*, in NIETO C.-BONET S. (curr.), *Tratado de garantías en la contractación mercantil*, I, Madrid, 1996, 623 ss., 688 e per la seconda: SIMLER P., *Cautionnement et garanties autonomes*, n. 894. Per la giurisprudenza tedesca v., ad esempio, BGH 12 marzo 1984, BGHZ 90, 287.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

autonoma⁹⁹. Peraltro, si sottolinea pure che il riferimento, nel testo della garanzia, al rapporto sottostante non è necessariamente indice di accessorietà della garanzia, ma è anzi ricorrenza frequente nelle garanzie autonome e serve ad identificare il rapporto fonte del rischio che si intende garantire in via autonoma¹⁰⁰.

I contratti di garanzia autonoma solitamente prevedono che la richiesta di escussione debba essere contenuta in un documento scritto¹⁰¹ che deve essere comunicato al garante quale atto di natura recettizia¹⁰². Costui, entro un termine ragionevole¹⁰³, procederà ad esaminare la regolarità della domanda – si tratta di un esame mirante a verificare la corrispondenza formale della domanda con le condizioni e i termini della garanzia¹⁰⁴ – e deciderà se pagare o no. Il garante escusso potrà opporre al beneficiario solo le eccezioni derivanti dal medesimo contratto di garanzia, che sono fondamentalmente di tre tipi: (i) le eccezioni letterali, (ii) quelle attinenti all'invalidità ed inefficacia della garanzia, (iii) quelle dirette e personali¹⁰⁵. Sempre opponibile è invece l'*exceptio doli (generalis)*, ossia l'eccezione che deriva dal carattere manifestamente abusivo o fraudolento della richiesta di escussione¹⁰⁶. Questa eccezione ha bensì radici nel rapporto sottostante, e non nella garanzia (come nel caso di avvenuto adempimento di tale rapporto, o di inadempimento non imputabile al debitore, ovvero di invalidità originaria del medesimo), ma è sempre opponibile dal

⁹⁹ Da noi, per tutti: PORTALE G.B., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa*, 1985, I, 169 ss., 172 e nt. 5; MACARIO F., *Garanzie personali*, 439 ss., anche per i riferimenti alla giurisprudenza più recente.

¹⁰⁰ DROBNIG U., *Personal Security*, 327 ss., che illustra come il diritto francese vada addirittura oltre e riconosca le cc.dd. *garanties glissantes*, in cui l'ammontare della garanzia si riduce progressivamente all'adempimento del rapporto sottostante. Nonostante questo automatico collegamento della garanzia al rapporto sottostante, la prima resta comunque una garanzia autonoma; si ritiene infatti che il collegamento al rapporto sottostante integri una mera modalità di computo dell'ammontare della garanzia: Cass. 5 dicembre 1989, in *Revue de droit bancaire et boursier*, 1990, 139. Per l'Italia v. BONELLI F., *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, 52 ss. e App. Milano 15 ottobre 1999, in *Contratti*, 2000, 468 (la clausola contrattuale che riduce l'ammontare della garanzia a quello dell'obbligazione sottostante non inficia l'autonomia della garanzia). Lo stesso vale per le *Reduzierungsklauseln* di diritto tedesco: CANARIS C.-W., *Bankvertragsrecht*, n. 1137.

¹⁰¹ DROBNIG U., *Personal Security*, 334.

¹⁰² MACARIO F., *Garanzie personali*, 465.

¹⁰³ Nei Paesi europei si tratta di un periodo di tempo variabile tra i tre e i sette giorni, secondo la lettera dell'art. 16 della Convenzione UNCITRAL: DROBNIG U., *Personal Security*, 335.

¹⁰⁴ DROBNIG U., *Personal Security*, 337. In Francia e Italia il creditore è obbligato a non pagare se la richiesta di escussione non è conforme alle condizioni e ai termini della garanzia: Francia: SIMLER P., *Cautionnement et garanties autonomes*, n. 1003; Italia: DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali*, 102; MACARIO F., *Garanzie personali*, 487; Cass. 1° ottobre 1999, n. 10864, in *Contratti*, 2000, 139; Trib. Bologna 27 settembre 1984, in *Banca borsa*, 1986, II, 339.

¹⁰⁵ MACARIO F., *Garanzie personali*, 467 ss., anche per ulteriori riferimenti.

¹⁰⁶ Per i riferimenti comparatistici sui diritti europei v. DROBNIG U., *Personal Security*, 347 ss.

Francesca Fiorentini

garante al beneficiario in virtù dell'“abuso o uso anormale del diritto che provochino un ingiustificato accrescimento patrimoniale a favore del creditore, in violazione del generale precetto di correttezza in materia contrattuale”¹⁰⁷, che in tali ipotesi si ravvisa.

In particolare, il carattere manifesto dell'abuso deve essere provato con “prova pronta e liquida”, ossia prova documentale dalla quale risulti in modo incontestabile l'inesistenza o l'estinzione del rapporto sottostante. In presenza di questi requisiti la giurisprudenza concede al garante l'inibitoria in grado di paralizzare l'operatività della garanzia¹⁰⁸.

Diversamente regolato nei Paesi europei è il profilo del soggetto legittimato ad agire in ripetizione dell'indebitato nel caso di pagamento indebito del garante, vuoi per difetto di corrispondenza tra la richiesta di escussione e i requisiti della garanzia, vuoi per inesistenza o nullità sopravvenuta del rapporto sottostante. In particolare, alcuni sistemi giuridici allocano il diritto in questione in capo al garante¹⁰⁹, altri invece in capo al debitore del rapporto sottostante, dopo che costui avrà subito il regresso da parte del garante¹¹⁰.

Condivisa è, infine, la regola secondo la quale il pagamento del garante in seguito alla richiesta di escussione del beneficiario conferisce al primo il diritto di regresso nei confronti del debitore del rapporto sottostante¹¹¹, mentre non sempre si riconosce il diritto alla surrogazione nei diritti del creditore¹¹².

¹⁰⁷ Trib. Modena 12 agosto 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 371; v. pure Trib. Milano 13 dicembre 1990, in *Banca borsa*, 1991, II, 588.

¹⁰⁸ DROBNIG U., *Personal Security*, 350 e MACARIO F., *Garanzie personali*, 482 ss.

¹⁰⁹ Per i casi in cui è così, ad esempio, in Germania, Grecia, Portogallo Spagna ed Inghilterra v. le note comparatistiche di DROBNIG U., *Personal Security*, 356 ss.

¹¹⁰ Così prevalentemente in Italia: MACARIO F., *Garanzie personali*, 497 ss., con ulteriori riferimenti.

¹¹¹ Anche se la base giuridica su cui poggia il diritto di regresso non è la medesima nei vari sistemi giuridici. In Austria, Germania ed Italia il regresso del garante si basa sul rapporto di mandato ravvisto fra garante e debitore (in Austria e Germania le regole sul mandato sono direttamente applicabili cfr. DROBNIG U., *Personal Security*, 374; da noi v. GIUSTI A., *La fideiussione e il mandato di credito*, 346). In Finlandia, Spagna, e per parte della dottrina italiana, il regresso poggerebbe invece sull'applicazione analogica delle regole in materia di fideiussioni (Finlandia: *Lag om borgen och tredjemanspant (Law on Dependent Guarantees and Third Person's Pledge)* §§ 28 ss.; Italia: DE NICTOLIS R., *Nuove garanzie personali e reali*, 95; Spagna: art. 1838 cc. e SANCHEZ-CALERO GUILARTE J., *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995, 401). In Inghilterra e Francia invece il regresso sarebbe radicato nella relazione debitore-garante [Francia: SIMLER P., *Cautionnement et garanties autonomes*, n. 995; Inghilterra: O'DONOVAN J. AND PHILLIPS J., *The Modern Contract of Guarantee*, n. 12-21 e *Sheffield Corp'n v. Barclay* (1905) AC 392].

¹¹² A volte la surrogazione è consentita solo se prevista espressamente dalle parti, perché le norme sulla fideiussione non sono considerate applicabili per analogia: Germania: STAUDINGER/HORN, *Kommentar zum BGB*, Berlin, 2004, vor §§ 765 ss., n. 228; Olanda: App. Amsterdam 18 agosto 2000, JOR 2000, n. 205; Portogallo: STJ 13 novembre 1990, CJ XV, V-187; Spagna:

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

3.3. Le garanzie personali “funzionali”.

Specchio eloquente dell'abilità degli utenti del diritto (soprattutto) del commercio nazionale e transnazionale a servirsi della libertà contrattuale che ogni sistema giuridico europeo riconosce come principio cardine delle garanzie personali del credito¹¹³, tra le figure contrattuali piegate dalle parti a servire scopo di garanzia, o aventi di fatto tale funzione contano varie figure, tra le quali ci si limita a segnalare quelle che seguono.

Innanzitutto l'assicurazione o polizza fideiussoria, che è il contratto con cui una banca o compagnia assicurativa si impegna, dietro il versamento di un corrispettivo, a garantire l'adempimento di una obbligazione assunta dal contraente di una polizza in favore di un terzo. Tale figura è diffusa nella prassi commerciale europea, ma trova riconoscimento anche in varie disposizioni legislative nazionali che la prevedono come forma consueta di garanzia del pagamento di diritti a pubbliche amministrazioni, diritti doganali in particolare¹¹⁴. Nella maggior parte dei Paesi europei se ne è a lungo discussa la natura giuridica. L'orientamento ora dominante ne riconosce la natura di contratto atipico, a metà strada tra assicurazione e fideiussione, ma ritiene per lo più applicabili le regole in materia di garanzia fideiussoria¹¹⁵.

In diversi sistemi giuridici europei è poi diffuso pure il ricorso all'assunzione cumulativa di debito a scopo di garanzia. Uno dei casi più ricorrenti è quello

SANCHEZ-CALERO GUILARTE J., *El contrato autónomo de garantía*, 401. Altre volte la surrogazione è invece concessa proprio in virtù dell'applicazione analogica delle regole sulle garanzie accessorie: Francia: SIMLER P., *Cautionnement et garanties autonomes*, n. 1001; Italia: PORTALE G.B., *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, 1071; CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989, 265, 267. Ulteriori riferimenti comparatistici in DROBNIG U., *Personal Security*, 375 ss.

¹¹³ DROBNIG U., *Personal Security*, 136 ss., per i riferimenti nazionali.

¹¹⁴ DROBNIG U., *Personal Security*, 132 ss., per gli approfondimenti comparatistici.

¹¹⁵ Germania: Oberlandsgericht Koblenz 16 febbraio 1996, VersR, 1997, 1486 e MEYER B.H., *Die Kreditversicherung*, 4^a ed., Frankfurt, 1997, 118 ss. Italia: la figura compare in diverse disposizioni legislative che però non ne prevedono una disciplina generale; v. ad esempio: R.D. 23 maggio 1924, n. 827, art. 54 (come modificato nel 1948); r.d.l. 7 agosto 1931, n. 210, art. 5; r.d.l. 7 agosto 1931, n. 1113, artt. 1 ss.; d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 38-bis; d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 4, art. 87 e legge 10 giugno 1982, n. 348, art. 1; per la riconduzione della figura alla fideiussione tipica v., tra le tante, Cass. 1^o giugno 2004, n. 10486, in *Banca borsa*, 2005, II, 481 ss.; Cass. 15 marzo 2004, n. 5293, in *Assicurazioni*, 2004, 231 ss.; Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, in *Giust. civ.*, 2002, 729; Cass. 18 maggio 2001, n. 6823, in *Giur. it.*, 2001, I, 3174; e MACARIO F., *Garanzie personali*, 504 ss., per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza; v. però il recente *revirement* di Cass., S.U., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Riv. not.*, 2010, 5, 1353, che distingue la polizza fideiussoria dalla fideiussione per accostarla alla garanzia autonoma; Inghilterra: DROBNIG U., *Personal Security*, 134; Portogallo: artt. 6-14 *decreto-lei* n. 183/88 (modificato da ultimo nel 1999) e STJ 12 marzo 1996, CJ(ST) IV, I-143; App. Porto 7 maggio 2002, 1014/02, in www.dgsi.pt; Spagna: CARRASCO PERERA A., *Comentario á la STS 19 de mayo de 1990*, in *CuadCivJur*, 1990, 653.

Francesca Fiorentini

della moglie che, dietro richiesta del creditore, firma con il marito un contratto di finanziamento per l'attività di impresa di esclusiva titolarità del secondo. Il problema è quello di distinguere le situazioni in cui è opportuno qualificare il rapporto come contitolarità di debito pure e semplice, da quelle in cui invece lo scopo di garanzia perseguito dalle parti caratterizza a tal punto il rapporto, da rendere applicabili (talune del)le regole in materia di garanzia personale, vuoi accessoria, vuoi autonoma. Naturalmente, questa seconda opzione ha l'effetto di rendere applicabile al garante un regime maggiormente protettivo rispetto a quello della contitolarità del debito, ad esempio, riconoscendogli, in caso di adempimento del debito, il regresso nei confronti dell'altro condebitore e la surrogazione nei diritti del creditore¹¹⁶.

Si noti che talvolta le parti ricorrono all'assunzione cumulativa di debito a scopo di garanzia per eludere speciali regole in materia di forma dei contratti di fideiussione, sicchè la (ri)qualificazione del contratto come garanzia anzichè come con titolarità di debito può comportare la nullità o altrimenti l'inefficacia del contratto¹¹⁷.

Non esistono in Europa criteri inequivocabili per effettuare questa distinzione (che è naturalmente una questione di interpretazione del contratto), anche se quello che sembra aver acquisito maggior solidità è il criterio dell'interesse personale diretto del condebitore. Si ritiene cioè che in caso di assenza di un interesse personale e diretto del condebitore, che può esplicarsi anche nella circostanza che il condebitore sia in grado di influenzare le decisioni circa il finanziamento percepito, egli abbia assunto il debito come semplice garante¹¹⁸. È così pertanto nel caso della casalinga che, inesperta di nozioni d'impresa, cofirmi con il marito il finanziamento per l'attività commerciale di

¹¹⁶ Per l'Austria v. OGH 28 maggio 1969, ÖJZ 1969, 551.

¹¹⁷ In Francia v. Trib. Lons-le-Saulnier 18 novembre 1997, CCC aprile 1998 n. 64. Cfr. DROBNIG U., *Personal Security*, 156, per maggiori riferimenti di giurisprudenza francese. Si deve rammentare che nella maggior parte dei sistemi giuridici europei (ad esempio in Austria, Germania, Grecia, Inghilterra) le garanzie accessorie assunte da soggetti non professionisti, sono sottoposte a particolari requisiti di forma – solitamente devono essere redatte per iscritto e firmate dal garante; talvolta è richiesta l'indicazione dell'ammontare massimo della garanzia: DROBNIG U., *Personal Security*, 417 ss.

¹¹⁸ Austria: OGH 19 luglio 1988, SZ 61 n. 174; OGH 4 febbraio 1993, ÖBA 1993, 819. Francia: Cass. 21 luglio 1987, Bull. Civ. 1987, I n. 249, 182; Cass. 22 maggio 1991, Bull. Civ. 1991, n. 162, 107; SIMLER P., *Cautionnement et garanties autonomes*, n. 28. Germania: BHG 14 novembre 2000, BGHZ 146, 37, 41 ss.; BGH 4 dicembre 2001, in *NJW*, 2002, 744. Italia: RESCIGNO P., voce "Delegazione (diritto civile)", in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 929 ss., 953; la giurisprudenza cerca di distinguere la struttura giuridica e la causa tra l'assunzione cumulativa del debito e la fideiussione: Cass. 5 marzo 1973, n. 609, in *Giust. civ.*, 1973, 1, 937; Cass. 20 febbraio 1982, n. 1081, in *Foro it. mass.*, 1982, 239. Portogallo: STJ 6 maggio 2004, n. 2294/03; STJ 12 dicembre 1995, n. 8131/93, entrambe in www.dgsi.pt. Ulteriori riferimenti in DROBNIG U., *Personal Security*, 156 ss.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

quest'ultimo. Diversamente, nel caso di assunzione cumulativa del debito relativo al finanziamento dell'ambulatorio medico del marito da parte della moglie che sia medico anch'essa e condivida l'ambulatorio con il marito, non si ravviserà uno scopo di garanzia, ma una vera e propria contitolarità di debito¹¹⁹.

Ulteriore manifestazione dell'atipicità contrattuale delle garanzie personali sono le cc.dd. lettere di *patronage* "forti" o "vincolanti", espressione notevole della tendenza delle banche a creare strumenti di garanzia alternativi e più flessibili rispetto alla garanzia tipica di tipo fideiussorio. La locuzione in questione allude ad una varia tipologia di dichiarazioni con cui il *patronnant* assume nei confronti di una banca un impegno diverso e meno esteso di quello tipico delle garanzie accessorie, al fine di favorire l'erogazione di credito da parte della banca al soggetto c.d. patrocinato¹²⁰. Il terreno d'elezione di questo tipo di figure è rappresentato dal settore dei gruppi societari, ove la società madre è solita emettere questo tipo di lettere a favore delle controllate, al fine di favorirne il finanziamento mediante l'attestazione di una serie di elementi, quali la solvibilità patrimoniale della controllata, oppure la assicurazione che questa saprà tener fede ai propri impegni, o l'indicazione delle linee di credito già esistenti o in procinto di essere acce a favore del patrocinato, ecc. In tanto le dichiarazioni contenute nelle lettere produrranno l'effetto tipico dell'affidamento (da cui l'espressione inglese di *comfort letters*) nei confronti del destinatario, in quanto il *patronnant* sia una figura autorevole, seria, cui sia ricollegabile una certa solidità patrimoniale. Si comprende pertanto l'effetto di sicurezza, e quindi di garanzia in senso funzionale, di tali lettere, con le quali peraltro il *patronnant* non assume un'obbligazione di garanzia negli stessi termini in cui ciò avviene nella fideiussione, ma semplicemente rafforza nel futuro creditore la fiducia che il debitore saprà adempiere, mediante la trasmissione di informazioni, o l'assunzione di obblighi di fare o dare diversi da quello di rimborso del credito, quali, ad esempio, interventi gestionali e finanziari sul futuro debitore¹²¹. Il *patronnant*, pertanto, incorre piuttosto in

¹¹⁹ Tutto ciò è deducibile dalle illustrazioni e dai commenti di DROBNIG U., *Personal Security*, 149.

¹²⁰ Le si contrappone alle lettere di *patronage* cc.dd. "deboli" o "non vincolanti", che sono delle mere dichiarazioni di fatti relativi al soggetto patrocinato, con le quali il *patronnant* non intende assumere alcun obbligo giuridicamente vincolante nei confronti del creditore: Cass. 9 maggio 1985, n. 2879, in *Giur. comm.*, 1986, 537; Cass. 27 settembre 1995, n. 10235, in *Giur. it.*, 1996, 741 ss., 743. La dottrina nota però come questa distinzione "faccia ormai parte della storia del *patronage*", essendo ormai la giurisprudenza solita ricollegare rilievo giuridico a tutte le lettere di *patronage*, anche quelle contenenti mere informazioni, per lo meno nel senso di comportare una responsabilità da falsa informazione: MACARIO F., *Garanzie personali*, 582 e 588 ss.

¹²¹ Cass. 27 settembre 1995, n. 10235, in *Giur. it.*, 1996, 741; Cass. 3 aprile 2001, n. 4888, in *Giur. it.*, 2001, 2254.

Francesca Fiorentini

un obbligo di risarcimento del danno causato o dalle false informazioni dichiarate al creditore, o dalla violazione degli altri obblighi assunti¹²².

Secondo una *path dependancy* tipica della giurisprudenza soprattutto continentale, già più volte sapientemente illustrata dalla dottrina¹²³, la giurisprudenza dei Paesi europei mostra una tendenza a qualificare le lettere di *patronage* vincolanti talvolta come garanzie accessorie, vanificando quindi l'autonomia funzionale di queste figure, talaltra come garanzie autonome¹²⁴.

Meritano, infine, un cenno pure le lettere di credito confermate o cc.dd. *stand-by*. Come è noto, esse derivano da un adattamento delle lettere di credito commerciali, che a parire dalla fine della seconda guerra mondiale, e dall'area geografica degli Stati Uniti, da strumento di pagamento nelle vendite internazionali di beni iniziano ad essere usate come tecnica di garanzia contro l'inadempiamento di un'obbligazione principale¹²⁵. Il carattere transnazionale dei

¹²² Potrà trattarsi sia di una responsabilità precontrattuale per la lesione della libertà negoziale del creditore, sia una responsabilità extracontrattuale per lesione del credito e dell'integrità patrimoniale: per tutti, MAZZONI A., voce "Lettere di patronage", in *Dig. comm.*, VIII, Torino, 1992, 563 ss., 568.

¹²³ V. *supra*, nt. 18.

¹²⁴ Austria: OGH 23 marzo 1988, SZ 61, n. 73, 365 per una qualificazione di una lettera di *patronage* come garanzia autonoma, ma OGH 23 febbraio 2000, SZ 73, n. 36, 209 ss., per una qualificazione quale fideiussione. Francia: l'art. 2322 c.c. definisce la *lettre d'intention* quale «l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier», in tal modo qualificandola come terzo tipo di garanzia personale, e SIMLER P., *Cautionnement et garanties autonomes*, nn. 1009 ss.; Germania: REINICKE D.-TIEDKE K., *Kreditsicherung: durch Schuldbeitritt, Bürgschaft, Patronatserklärung, Garantie, Sicherungsübereignung, Sicherheitsabtretung, Eigentumsvorbehalt, Pool-Vereinbarungen, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, Hypothek und Grundschuld*, 4ª ed., Neuwied e Kriftel, 2000, 153 e BGH 30 gennaio 1992, BGHZ 117, 127 ss.; Italia: se l'intenzione di assumere una garanzia può essere dedotta dal testo letterale della lettera, questa sarà qualificata come fideiussione: Trib. Milano 17 ottobre 1994, in *Banca borsa*, 1995, II, 346; un'assimilazione alla fideiussione per via di applicazione analogica dell'art. 1938 c.c. in relazione all'indicazione dell'ammontare massimo della garanzia è in Trib. Roma 18 dicembre 2002, in *Giur. mer.*, 2003, 1661; ma l'opinione maggioritaria ha ora superato la legittimità della riconduzione della figura in esame alla fideiussione, stante l'assenza di accessorietà dell'obbligazione del *patronnant* rispetto a quella del debitore principale: MACARIO F., *Garanzie personali*, 596 ss. Portogallo: ad esempio, App. Lisbona 15 febbraio 2001, 94458/00, in www.dgsi.pt, qualifica la lettera di *patronage* come una garanzia autonoma. In diritto inglese si ritiene che la figura in esame possa essere ricondotta sia ad una garanzia accessoria che ad una autonoma *Chemco Leasing SpA v. Rediffusion plc* [1987] 1 FTLR 201 e ANDREWS G.M. AND MILLETT R., *Law of Guarantees*, nn. 14-015.

¹²⁵ La ragione dello sviluppo statunitense di queste tecniche di garanzia deriva dal fatto che le banche USA incontravano un divieto, ritenuto di ordine pubblico, di prestare garanzia commerciale a favore di terzi beneficiari, a partire dal caso *Bowen v. Needles National Bank*, 94 F. 925 (9th Cir. 1899). La vicenda è ricostruita, ad esempio, da PONTIROLI L., *Il credito documentario. Esigenze del commercio internazionale e regole nazionali nel diritto delle lettere di credito commerciali e stand-by*, Milano, 2000; MEO F., *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991 e VIALE M., *Il sistema delle garanzie personali negli U.S.A.*, in *Contr. e impr.*, 1989, 1, 659 ss.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

rapporti commerciali in cui è frequente l'uso di questi strumenti di garanzia comporta che generalmente essi sfuggano alle discipline nazionali e cadano invece sotto il regime della *lex mercatoria* (Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, detti UCP 500, del 1993 e International Standby Practices del 1998, detti ISP98, della Camera di Commercio Internazionale di Parigi) e delle convenzioni internazionali in materia (UN Convention of Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit del 1995¹²⁶); inoltre, le controversie nascenti dalle lettere di credito confermate trovano per lo più risoluzione attraverso arbitrati internazionali, ciò che spiega la relativa scarsità di decisioni giurisprudenziali nazionali¹²⁷.

In linea generale, lo schema della lettera di credito è trilaterale e prevede che una banca emittente si impegni a pagare al beneficiario una determinata somma di denaro dietro presentazione dei documenti prescritti a condizione che siano rispettate le condizioni e i termini del credito; l'ordinante è il cliente dal quale promanano le richieste e le istruzioni in base alle quali opera l'emittente. In particolare, nella lettera di credito irrevocabile o confermata assume rilievo, nell'ambito dei documenti presentati dal beneficiario, la semplice dichiarazione di quest'ultimo che l'ordinante non ha adempiuto all'obbligazione sottostante. Si capisce pertanto come questo tipo di garanzia atipica sia unanimemente ricondotta, negli Stati europei, nell'alveo delle garanzie autonome, con tutte le conseguenze che discendono in tema di disciplina applicabile, prima tra tutte la regola dell'*exceptio doli*¹²⁸.

3.4. Verso un diritto europeo delle garanzie personali.

Il breve *excursus* sin qui condotto in relazione al panorama europeo delle garanzie personali mostra un alto tasso di comunanze in questa materia, dove le regole del diritto si rivelano particolarmente permeabili a bisogni economici largamente condivisi e sovrapponibili tra Stato e Stato. Ciò spiega la fecondità della recente proposta di armonizzazione del diritto europeo delle garanzie

¹²⁶ Disponibile al sito: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/1995Convention_guarantees_credit.html.

¹²⁷ DROBNIG U., *Personal Security*, 132.

¹²⁸ Francia: RIPERT G.-ROBLLOT R., *Traité de droit commercial*, II, 17^a ed., Parigi, 2004, nn. 2386-1; Germania: *e multis*, SCHÜTZE R.A., *Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr*, 4^a ed., Heidelberg, 1996, nn. 93 ss.; BGH 26 aprile 1994, WM, 1994, 1063; Oberlandsgericht Frankfurt 18 marzo 1997, WM, 1997, 1893. Italia: Cass., S.U., 13 novembre 2000, n. 1169, in *Foro it.*, 2001, I, 2591; Cass. 12 dicembre 2001, n. 15705, in *Dir. fall.*, 2002, II, 203; Trib. Napoli 10 ottobre 2002, in *Banca borsa*, 2004, II, 695; PONTIROLI L., *Il credito documentario*, 330; per il *common law* inglese v. per tutti GOODE R., *Commercial law*, 3rd ed., Londra, 2004, 1018.

Francesca Fiorentini

personali del credito elaborata da un gruppo di studio avente sede presso il Max-Planck-Institut di Amburgo e diretto dal Prof. Ulrich Drobnig, uno dei massimi esperti mondiali del diritto delle garanzie del credito. Il gruppo di lavoro è stato attivo negli anni 2000-2007 ed ha costituito una delle unità operative del *network* europeo di ricerca noto come “*Study Group on a European Civil Code*” e diretto dal Prof. Christian von Bar (Osnabrück). I risultati della ricerca sono confluiti nella pubblicazione di principi e regole modello per un futuro diritto europeo in questo settore, corredati da note nazionali informative dello stato dell’arte della materia nei vari Stati europei¹²⁹. Regole modello e materiali comparativi fanno ora parte del c.d. *Draft Common Frame of Reference*, vale un progetto di Quadro Comune di Riferimento per il diritto privato europeo, sponsorizzato dalle istituzioni comunitarie e contenente regole modello dedicate a gran parte del diritto privato patrimoniale¹³⁰. Non potendo dedicare al tema maggior spazio in questa sede, basti ricordare che le regole modello del “progetto Drobnig” non si limitano a raccogliere le comunanze dei diritti europei nella materia *de qua*, ma si spingono oltre, introducendo spesso innovazioni nuovi di tassonomia e nomenclatura degli istituti, nuovi in relazione ai contenuti normativi che disciplinano singoli aspetti¹³¹.

4. Le garanzie reali in Europa: classificazioni e percorsi.

Il diritto dei Paesi europei conosce una molteplicità di istituti che svolgono funzione di garanzia reale, o che sono impiegati dalle parti a scopo di garanzia. Tale diversità si riflette nella terminologia della materia: esoterica, se colta dal di fuori della sua dimensione prettamente nazionale; ed ambigua, poiché le assonanze terminologiche che è possibile incontrare su questo terreno non sempre indicano le medesime nozioni giuridiche¹³². Come è noto, si tratta

¹²⁹ È il più volte citato in queste pagine: DROBNIG U., *Personal Security*. Per un primo commento v. CARRASCO PERERA A., *The DCFR – Guarantee and Personal Security Contracts*, in *European Review of Contract Law*, 2008, 389 ss.

¹³⁰ Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference* (Full Edition), Monaco, Sellier, 2009. Per una valutazione casistica del DCFR, che ne mette in luce pregi e limiti v. ora ANTONIOLLI L.-FIORENTINI F. (a cura di), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Sellier, Monaco, 2011 e ANTONIOLLI L., FIORENTINI F. e J. GORDLEY J., *A Case-Based Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, in 58/2 (April 2010) *AJCL*, 343-358.

¹³¹ Per una dettagliata panoramica dei contenuti normativi del progetto v. il più volte citato MACARIO F., *Garanzie personali*, 23 ss.

¹³² Questa molteplicità di istituti si riflette nell’intricata terminologia dei diversi sistemi giuridici: DAHAN F., *Secured Transactions Law in Western Advanced Economies: Exposing Myths*, in 16(2) *Butterworths J. of Int’l Banking and Financial Law*, 2001, 60 ss.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

di una varietà che ha origini storiche: in particolare, essa si riconnette all'intrecciarsi delle tradizioni romanista e germanica, che hanno concorso a forgiare il diritto continentale, e alle differenze tra i sistemi di *civil law* e di *common law*¹³³.

Il pluralismo di istituti ha indotto ovunque la dottrina a ricorrere ad una serie di contrapposizioni concettuali al fine di conoscere e spiegare questa branca del diritto. La distinzione tradizionale verte sulle categorie delle garanzie con e senza spossessamento del debitore. Nelle prime, il bene entra in possesso (o comunque nella sfera di controllo) del creditore, mentre nelle seconde il bene permane nella disponibilità del debitore¹³⁴.

Si contano poi almeno due ulteriori classificazioni che semplificano il compito di ordinare la varietà dei suddetti istituti. L'una fa riferimento alla circostanza che l'istituto considerato sia riconosciuto e disciplinato dal sistema giuridico come uno strumento specificamente deputato a svolgere funzione di garanzia (garanzie "formali") o che, viceversa, sia costituito da un altro diritto o rapporto, riconosciuto e disciplinato dall'ordinamento per altre finalità, ma che viene impiegato dalle parti a scopo di garanzia (garanzie "funzionali")¹³⁵. Questa distinzione si avvicina a quella che contrappone le garanzie "tipiche" alle "atipiche" – secondo un criterio classificatorio con cui i giuristi continentali hanno una certa familiarità e che, come noto, si basa sull'esistenza di una disciplina di fonte positiva, che regola istituti come i diritti di garanzia

¹³³ Per una prospettiva storica applicata al settore delle garanzie reali in Europa v. almeno KASER M., *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli, repr.: 1982; VON GIERKE O., *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905, 809 ss.; GORLA G., *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935; HAZELTINE H.D., *Die Geschichte des englischen Pfandrechts*, in VON GIERKE O. (Hrsg.), *Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte*, 91. Heft, Breslau, 1907, 147 ss.; VON AMIRA K., *Nordgermanisches Obligationenrecht*, II, Leipzig, 1882, 223 ss.; TURNER R.W., *The Equity of Redemption. Its Nature, History and Connection with Equitable Estates Generally*, Cambridge, 1931; MERLIN Ph.A., *Répertoire universel et raisonné de la jurisprudence*, Paris, 1812-1825, v. *Devoirs de loi*, VIII, 35; e v. *Nantissement*, XXI, 68 ss.; TROPLONG R.P., *Privilèges et hypothèques: commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, Paris, 1856; HEDEMANN J.W., *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*, Frankfurt/Main, 1968, II/2.

¹³⁴ Per lo sviluppo delle garanzie senza spossessamento in diritto anglo-americano v. FLINT JR. G.L., *Secured Transactions History: The Fraudulent Myth*, in (1999) 29 N.M. L. R. 363; FLINT JR. G.L., *Secured Transactions History: The Northern Struggle to Defeat the Judgment Lien in the Pre-Chatteel Mortgage Act Era*, in (2000) 20 N.Ill.U.L.R. 1.

¹³⁵ Il riferimento ad una garanzia "formale" può sembrare inusuale al lettore, ma ha il pregio di indicare la struttura o la forma della garanzia che è stata riconosciuta pressoché in ogni ordinamento giuridico in Occidente, ossia quella di un diritto reale che consente al concedente di restare proprietario del bene vincolato e di conferire al creditore un diritto reale limitato sul bene medesimo, destinato ufficialmente dal sistema giuridico a svolgere funzione di garanzia. Qui la funzione di garanzia è espressa dalla forma o struttura dell'istituto, e non dall'utilizzo in concreto del medesimo, secondo l'intenzione delle parti. La scelta terminologica dell'opposizione tra garanzie formali e funzionali ricorda anche la ben nota contrapposizione esistente nella teoria delle garanzie reali tra "formalismo" e "funzionalismo", su cui v. per tutti VENEZIANO A., *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000, 112 ss.

Francesca Fiorentini

in senso tecnico¹³⁶. Come meglio si vedrà in seguito (nn. 6.1 ss.), spesso la prassi fa ricorso alle garanzie “funzionali” o atipiche per aggirare alcuni inconvenienti che affliggono le garanzie “formali”, posto che le prime generalmente dimostrano di essere più efficienti delle seconde nel tutelare gli interessi dei creditori¹³⁷.

L'altra partizione verte sul tipo di bene oggetto della garanzia, e distingue tra le garanzie che insistono su un bene mobile e quelle costituite sopra un bene immobile¹³⁸. Poiché, a causa della diversa natura dei beni, i due settori sono trattati separatamente sia in dottrina, che nella legge dei sistemi giuridici europei, e poiché gli stessi sforzi delle riforme legislative e/o dell'integrazione giuridica degli ultimi decenni tendono a trattarli separatamente, allo stato è condivisa e giustificata un'analisi distinta delle garanzie su beni mobili e immobili e questo sarà il percorso prescelto dalle pagine che seguono.

5. Le garanzie reali immobiliari: principi e regole, somiglianze e differenze.

La forma classica della garanzia su beni immobili è l'ipoteca. Essa è regolata dal diritto positivo non solo nei codici continentali ma, dal 1925, pure in Inghilterra¹³⁹. In termini assai generali, e nonostante le diverse origini storiche e i percorsi lungo i quali si sono sviluppati gli istituti continentali – divergenti da quelli di *common law* – il risultato si è rivelato lo stesso quasi ovunque: la garanzia ipotecaria è un diritto reale limitato in virtù del quale il possesso del bene gravato rimane in capo al debitore, e che conferisce al creditore, in caso di inadempimento del primo, il diritto di essere soddisfatto in via preferenziale dal bene oggetto di ipoteca.

Si tratta ora di individuare quali sono le caratteristiche essenziali dei diritti di garanzia immobiliare nei Paesi europei.

¹³⁶ Ad es., si v. per l'Italia FIORENTINI F., *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 253 ss.

¹³⁷ Mentre le prime due contrapposizioni hanno carattere meramente descrittivo, quella che giustappone le garanzie “formali” da quelle “funzionali” si rivela più interessante, in quanto sembra racchiudere in sé il nodo delle sfide che l'Europa – anzi, tutte le economie occidentali – sono chiamate a fronteggiare a breve termine, ossia quella dei limiti della libertà contrattuale nel campo delle garanzie reali. Come è noto, il problema deriva dal fatto che, mentre le garanzie “formali” non presentano problemi di validità, al contrario in relazione alle garanzie “funzionali” o atipiche si riscontrano alcune differenze tra sistemi giuridici, poiché non tutti le riconoscono pienamente. Sulle relazioni tra diritto delle obbligazioni e dei contratti, da un lato, e diritto della proprietà, v. VON BAR Ch.-DROBNIG U. (eds.), *The interaction of contract law and tort and property law in Europe*, Munich, 2004, *passim* e 322 ss., per un'analisi delle garanzie reali.

¹³⁸ *Ex multis*, v. CANDIAN ALBINA, *Le garanzie mobiliari*, 20.

¹³⁹ Il Law of Property Act del 1925, in vigore dal 1° gennaio 1926, segna l'inizio dell'età moderna del *law of mortgage*: CHESHIRE AND BURNS, *Modern Law of Real Property*, 16^a ed., London, 2000, 8.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

5.1. Il principio di accessorietà.

Un tratto condiviso dai sistemi giuridici europei di *common law* e *civil law* è il legame particolare che si stabilisce tra il diritto di garanzia e il credito garantito (principio di accessorietà). Usualmente tale vincolo implica che un diritto di garanzia può venire ad esistenza solo se sussiste un credito garantito (o, in presenza di certi requisiti, un credito futuro da garantire) e, con l'estinzione di quest'ultimo, anche il diritto di garanzia si estingue. Tuttavia, questa regola conosce un'applicazione più o meno rigida, a seconda dei Paesi considerati. È evidente che il grado di rigidità del principio di accessorietà riverbera i propri effetti sulla misura in cui la garanzia può essere trasferita ad altri creditori del debitore, indipendentemente dall'obbligazione originariamente garantita¹⁴⁰.

L'Italia costituisce un esempio di sistema in cui è regolato soltanto un unico tipo di garanzia immobiliare, in rapporto di stretta accessorietà con l'obbligazione garantita: in altre parole, l'esistenza della garanzia dipende dall'esistenza dell'obbligazione originariamente garantita. Pertanto, non è generalmente ammesso il trasferimento della garanzia senza il contestuale trasferimento dell'obbligazione garantita¹⁴¹.

Al contrario, il BGB tedesco codifica una pluralità di diritti di garanzia immobiliare, che si differenziano a seconda del diverso grado di accessorietà. Così, accanto alla *Sicherungshypothek*, che consiste in una garanzia strettamente accessoria¹⁴², esiste la *Verkehrshypothek*, nella quale il vincolo con l'obbligazione garantita risulta attenuato: il legame con il credito non è considerato una relazione necessaria con l'obbligazione originariamente garantita, di modo che il diritto di garanzia può essere direttamente trasferito agli altri creditori del debitore ed essere quindi connesso ad altre obbligazioni garantite, diverse da quella originaria¹⁴³. Il diritto tedesco disciplina altresì la *Grundschuld*, ossia un diritto di garanzia reale completamente indipendente dall'obbligazione garantita, che però nella prassi è utilizzata in connessione ad un'obbligazione che deve essere garantita a mezzo di un accordo contrattuale tra le parti (e in questo caso è denominata *Sicherungsgrundschuld*)¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Per questi aspetti e su quanto segue, in una prospettiva storica e comparatistica, v. ora diffusamente FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Bernal Napoli, 2009, *passim* e 515 ss., 526 ss.

¹⁴¹ TAMBURRINO G., *Della tutela dei diritti. (Delle ipoteche)*, in *Commentario del codice civile*, 2ª ed., Torino, 1976, 250. Il codice civile greco (art. 1258) adotta la medesima regola.

¹⁴² BGB, § 1184.

¹⁴³ BGB, § 1113 ss.

¹⁴⁴ BGB, § 1191 ss. per la *Grundschuld*. La *Sicherungsgrundschuld* è un istituto creato dalla prassi e regolato dalla giurisprudenza: HUBER U., *Die Sicherungsgrundschuld*, Heidelberg, 1965, Nachdruck 1995. La versione svizzera della *Grundschuld* tedesca è la *Gült* (artt. 847 ss. c.c.), e la

Queste divergenze possono essere ricondotte alla prevalenza in Italia, tanto all'epoca della codificazione civile del 1942, quanto ai giorni nostri, di un approccio paternalistico alle garanzie del credito. L'impossibilità di sciogliere il vincolo tra la garanzia e l'obbligazione originale sottostante rifletteva (e riflette) una funzione di protezione del debitore, che è prevalentemente considerato come soggetto cui accordare una tutela particolare. In Germania, al contrario, il legislatore è stato molto più sollecito nel prevedere soluzioni differenti rispetto alle diverse necessità: gli operatori del mercato sono liberi di scegliere strumenti di garanzia più rischiosi, qualora li ritengano opportuni, ed è dato per scontato che il debitore non sia necessariamente un soggetto cui attribuire una speciale protezione¹⁴⁵.

Da ultimo, alcuni Paesi di *civil law* che hanno inteso modernizzare il proprio diritto delle garanzie immobiliari mostrano un orientamento volto ad attenuare il principio di accessorietà dei diritti di garanzia. La riforma francese del 2006¹⁴⁶ ha introdotto la c.d. *hypothèque rechargeable* (novellato art. 2422 c.c.). Questa garanzia è costituita sul bene gravato per un importo massimo di responsabilità. Entro questo limite il concedente la garanzia può utilizzarla più volte, per garantire nuovi crediti relativi al medesimo creditore iniziale, oppure crediti differenti, relativi a diversi e successivi creditori. Il vantaggio dal punto di vista del concedente è evidente, dal momento che egli non ha più l'onere di estinguere la garanzia costituita a favore del primo creditore, prima di costituirne un'altra a vantaggio di creditori successivi. Il creditore, dal canto suo, con questo tipo di garanzia, gode dello stesso grado di priorità che deriva dalla garanzia originaria, potendo di conseguenza essere preferito a tutti i creditori che hanno ottenuto una garanzia sullo stesso bene

cédule hypothécaire svizzera (artt. 842 ss. c.c.) è l'equivalente della *Sicherungsgrundschuld* tedesca. Solo in epoca assai recente la *Sicherungsgrundschuld* ha ricevuto disciplina codicistica – peraltro limitatamente ad un aspetto (cruciale, ma) di dettaglio, in seguito al *Risikobegrenzungsgesetz* del 18 agosto 2008 (BGBl. I, 1666), che ha inserito nel BGB un nuovo § 1(a) nel § 1192. La nuova disposizione introduce un limite all'indipendenza di questa garanzia dalle obbligazioni garantite, stabilendo che in caso di cessione della *Sicherungsgrundschuld* a un terzo, il concedente la garanzia possa sollevare nei confronti del cessionario le eccezioni che gli spettano nei confronti del creditore ipotecario cedente e che derivano sia dalle obbligazioni garantite che dalla garanzia. Si v. BACHNER R.-R., *Notarrelevante Änderungen durch das Risikobegrenzungsgesetz – Schutz des grundpfandrechtlich gesicherten Dahrlensnehmers bei Forderungsabtretung*, in *DNotZ*, 2008, Heft 9, 644 ss., 647.

¹⁴⁵ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin/Leipzig, 1888, III, 611; *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Aufträge des Reichs – Justizamts, I-VI, VII: Register, Berlin, 1897-1899, III, 515; MÜLL E., *Die Interessenjurisprudenz im Hypothekenrecht*, Rheinfelden, 1988, 43 ss.

¹⁴⁶ Per la riforma francese delle garanzie reali, sia mobiliari che immobiliari, v. CROCCQ P., *La future réforme du droit français des sûretés réelles*, in *20 Rev. Lamy Droit Civil*, 2005, 1 ss. Come è noto, la riforma è stata introdotta dall'*ordonnance* del 23 March 2006, n. 346, in *J.O.* del 24 marzo 2006, che ha inserito nel codice civile un nuovo libro VI sulle garanzie.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

successivamente alla creazione dell'ipoteca ricaricabile, ma prima della sua "ricarica".

Nella medesima direzione si muove la legge spagnola n. 41/2007 di riforma del mercato ipotecario¹⁴⁷. Tale legge introduce una *hipoteca de máximo* (art. 153-*bis* Ley Hipotecaria), ossia una garanzia di obbligazioni presenti o future entro un limite massimo che risulta dall'iscrizione della garanzia, e che può essere costituita solo in favore di banche ed istituti di credito soggetti a sorveglianza bancaria¹⁴⁸.

A causa della natura empirica delle regole inglesi in punto di *mortgage/charge*, che si sono sviluppate grazie all'opera delle corti, e non della dottrina o del legislatore, oltre il Canale della Manica si è registrata una ridotta discussione riguardo questioni teoriche quali l'accessorietà della garanzia. Tuttavia, in linea generale, il *mortgage/charge* immobiliare inglese è idoneo a garantire anche obbligazioni diverse da quella originaria, e future, purché ciò risulti dall'iscrizione¹⁴⁹. Inoltre, il *mortgage/charge* acquista un alto grado di mobilità grazie alla possibilità, per il creditore, di creare "sub-ipoteche": la sub-garanzia attribuisce all'avente causa gli stessi diritti del creditore titolare di *mortgage*¹⁵⁰.

I risvolti positivi di una nozione flessibile di accessorietà sembrano essere confermati dal fatto che il modello tedesco è stato seguito da molti legislatori dell'Europa Orientale che hanno riformato la disciplina delle garanzie negli ultimi anni¹⁵¹ e dalla circostanza che lo stesso schema è stato proposto per una possibile "Euroipoteca"¹⁵².

5.2. Il ruolo della pubblicità.

Una delle maggiori differenze che, fino a poco tempo fa, allontanava i sistemi di *common law* da quelli *civil law*, era rappresentata dagli effetti della pubblicità della garanzia reale costituita su beni immobili¹⁵³.

¹⁴⁷ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, in BOE núm. 299, de 8 de diciembre de 2007, in vigore dal 9 dicembre 2007.

¹⁴⁸ Per tutti, v. CARRASCO PERERA A.-CORDERO LOBATO E., *El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor!*, in *Diario La Ley*, 2008, n. 6988.

¹⁴⁹ Ciò avviene mediante l'istituto del *tacking of further advances*, regolato dal LRA 2002, 49 ss.

¹⁵⁰ Nei territori cc.dd. di *registered land*, un *sub-charge* è creato mediante registrazione: LRA 2002, s. 23(2)(b); *Fisher and Lighthouse's Law of Mortgage*, 11th ed., London, 2002, 391.

¹⁵¹ Per alcuni esempi v. WEHRENS H.G., *Real Security regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage*, in HARTKAMP H.S. a.o., *Towards a European Civil Code*, 3rd ed., Nijmegen, 2004, 769 ss., 781 ss.

¹⁵² Si v. *infra*, § n. 5.4.

¹⁵³ Le considerazioni che seguono sono limitate alle garanzie volontarie, ossia create dall'autonomia delle parti; sono esclusi le garanzie legali o create dalle Corti.

Francesca Fiorentini

Nel Paesi di *civil law* i sistemi di pubblicità immobiliare – e con essi la regola della necessaria pubblicità dell’ipoteca – si sono sviluppati prevalentemente a partire dalle codificazioni civili, ma gli effetti giuridici conseguenti alla pubblicità ipotecaria differiscono da Paese a Paese. In Francia, Belgio e Lussemburgo la garanzia nasce tra le parti nel momento in cui il notaio ne redige l’atto costitutivo: qui la *transcription* attiene (unicamente) agli effetti nei confronti dei terzi, e stabilisce l’ordine di preferenza delle garanzie. In Austria, Germania, Grecia, Italia, Spagna, Svizzera e Paesi Bassi l’iscrizione è necessaria per la stessa esistenza della garanzia tra le parti¹⁵⁴.

Una soluzione radicalmente differente ha caratterizzato a lungo il *common law* inglese. Qui, l’esistenza storica di vasti territori privi di un sistema (obbligatorio) di pubblicità immobiliare (*land registration*)¹⁵⁵, così come la dicotomia tra *common law* ed *equity*, per molto tempo hanno impedito che la pubblicità fosse un requisito indispensabile per la costituzione di una garanzia. Soltanto in alcuni territori la registrazione era necessaria per la piena efficacia della garanzia, anche se non per la validità tra le parti della medesima. Questo sistema ha naturalmente influenzato la certezza dei trasferimenti immobiliari e ha introdotto una certa irrazionalità nel sistema inglese – in altri casi piuttosto flessibile – che richiedeva una riforma legislativa. La riforma è stata attuata solo in anni recenti, con la promulgazione del Land Registration Act 2002¹⁵⁶, volto a completare l’istituzione, in Inghilterra e Galles, di un sistema obbligatorio di

¹⁵⁴ Per la letteratura sul percorso della Francia verso la pubblicità e la specialità delle ipoteche si v. soprattutto TROPLONG R.-T., *Des privilèges et delle ipoteche o commento al titolo XVIII del libro III del codice napoleone*, trad. it. dall’ed. di Parigi del 1854, Venezia, 1855, 335, nn. 561 ss.; *Recueil complet des discours prononcés lors de la discussion du code civil par les divers orateurs du conseil d’état et du tribunal*, II, Paris, 1838, 662 ss.; per l’Italia v. BRUNO T., *L’ipoteca*, in *Dig. it.*, XIII, II, Torino, Milano, Roma, Napoli, 1901-1904, 274 ss., 308; e CANNADA-BARTOLI G., *Note intorno al diritto ipotecario delle vigenti legislazioni europee, in confronto del codice civile italiano e della futura sua evoluzione*. Appendice a LAURENT F., *Principii di diritto civile*, trad. it. dalla 2ª ed., Milano, 1903, XXXI, 517. Per la pubblicità dell’ipoteca in Spagna v. per tutti CARRASCO PERERA A.-CORDERO LOBATO E.-MARÍN LÓPEZ M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, 457.

¹⁵⁵ Il Land Registration Act del 1925 ha introdotto un sistema di pubblicità immobiliare volontaria per certi territori. Tuttavia, dal 1º dicembre 1990 (S.I. 1989, n. 1347), tutti i territori dell’Inghilterra e del Galles sono soggetti a pubblicità obbligatoria (*compulsory registration*). Una pubblicazione congiunta della Law Commission e del HM Land Registry del 1995, Law Comm., n. 235, ha espresso una serie di raccomandazioni in materia di pubblicità immobiliare che sono state incluse e sviluppate dal Land Registration Act del 1997, in vigore dal 1º aprile 1998, che ha modificato il LRA 1925.

¹⁵⁶ In vigore dal 13 ottobre 2003. Il LRA 2002 [e la sua legislazione attuativa completata dalle Land Registration (Amendments) Rules 2008] è l’ultimo passo del lento processo legislativo iniziato con il Land Registry Act del 1862; le basi di questa legge vennero gettate nel 1844 da un *solicitor* che merita di essere ricordato, Robert Wilson: ANDERSON J.S., *Lawyers and the Making of English Land Law 1832-1940*, Oxford, 1992, 58 ss., 63 ss.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

pubblicità immobiliare, e a incoraggiare lo sviluppo della registrazione dei diritti immobiliari interamente per via telematica (*electronic conveyancing*). La piena messa in opera delle tecniche di registrazione elettronica – per il momento ancora *in progress*¹⁵⁷ – influenzerà il rapporto intercorrente tra il *mortgage/charge* e la pubblicità della sua costituzione, poiché non sarà più consentito costituire un valido *mortgage/charge* senza una sua contestuale registrazione¹⁵⁸. Pertanto, l'orientamento futuro del diritto inglese pare essere rivolto verso il riconoscimento della natura costitutiva della pubblicità immobiliare. In altri termini, in Inghilterra la *land registration* sta per divenire un requisito necessario per costituire un *mortgage/charge* efficace anche *inter partes*.

5.3. La realizzazione delle garanzie immobiliari.

I sistemi giuridici dell'Europa continentale hanno tradizionalmente disciplinato con norme imperative il momento cruciale della realizzazione delle garanzie immobiliari, attraverso procedimenti governati dall'apparato delle corti. Al contrario, in Inghilterra, dove pure è previsto un procedimento dinanzi ad un giudice (la *foreclosure*), è il ricorso a strumenti di realizzazione privatistici a prevalere, in quanto più celeri e maggiormente rispondenti alle esigenze dei creditori¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Cfr. lo stato dell'arte presso il sito dell'Ufficio del Registro inglese: <http://www1.landregistry.gov.uk/e-conveyancing/>.

¹⁵⁸ LRA 2002, ss. 27. Pertanto non è più completamente vero che se un *legal mortgage* è stato costituito tra le parti, ma non registrato, esso prende tuttavia effetto in *equity*. Il ruolo delle *equitable mortgages*, che in teoria continueranno ad esistere, sarà sempre più limitato: SMITH L., in *Supplement to P. BIRKS* (ed.), *English Private Law*, Oxford, 2004, 44.

¹⁵⁹ Cfr. NICHOLLS V.-C., in *Palk v. Mortgage Services Funding Plc* [1993] Ch. 330, 336: «So far as I am aware, foreclosure actions are almost unheard of today and have been so for many years. Mortgagees prefer to exercise other remedies. They usually appoint a receiver or exercise their powers of sale. Take the present case: the security is inadequate, but Mortgage Services is not seeking to foreclose, nor is it seeking to sell at once. It is seeking to hold on to the house, preferably without becoming accountable as a mortgagee in possession, with a view to exercising its own power of sale at some future date». Il Rapporto Generale della Law Commission n. 204, «*Transfer of Land – Land Mortgages*» del 13 novembre 1991, n. 7.26 ss., suggerì l'abolizione delle azioni di *foreclosure*. Tra gli strumenti privatistici di realizzazione del *mortgage/charge* immobiliare v. il c.d. *power to appoint a receiver*, di cui al LPA 1925, sec. 101 ss. Peraltro, anche in Olanda in caso di inadempimento del debitore il creditore ha la facoltà di assumere la gestione della proprietà vincolata, se ciò è espressamente previsto dall'atto costitutivo della garanzia e se è stato prestato l'assenso del Presidente della corte distrettuale competente: VAN ERP J.H.M.-VAN VLIET L.P.W., *Real and Personal Security*, in 2002 6.4 EJCL, 121: <http://www.ejcl.org/64/art64-7.doc>. Anche in Svezia è ammessa, in certi casi, la vendita privata del bene immobile ipotecato, qualora vi sia una possibilità significativa di ottenere un prezzo migliore rispetto alla vendita giudiziale: Swedish Enforcement Code, Chap. 12, sec. 57. Per la realizzazione delle garanzie immobiliari nei sistemi di *civil law*, per lo più sotto l'egida e le garanzie di un procedimento giurisdizionale, v. ora FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa*, 133 ss., 446 ss.

Francesca Fiorentini

Le diffuse lungaggini nell'amministrazione della giustizia civile¹⁶⁰ hanno indotto i Paesi di *civil law* ad introdurre riforme legislative che spostano il controllo delle procedure di realizzazione dal giudice a differenti soggetti o istituzioni¹⁶¹, di modo che si è fatto strada un prudente ricorso ai procedimenti di esecutivi alternativi alla giustizia tradizionale, sebbene ciò non si traduca ancora nell'introduzione di meccanismi di autotutela.

L'efficienza dei procedimenti di realizzazione delle garanzie è particolarmente richiesta in caso di insolvenza del debitore. Indagini empiriche dimostrano, ad esempio, che procedure concorsuali imperfette possono annullare gli effetti positivi delle regole sostanziali che disciplinano i diritti di garanzia¹⁶².

5.4. Le garanzie immobiliari e l'integrazione giuridica europea.

In relazione all'integrazione giuridica europea, il settore delle garanzie immobiliari è stato oggetto di minor interesse rispetto a quello delle garanzie costituite su beni mobili (v. *infra*, § n. 6.5). Le motivazioni di questa differenza di trattamento risiedono nell'idea – profondamente radicata nella tradizione giuridica occidentale – che il diritto della proprietà immobiliare sia la branca del diritto privato più strettamente connessa con la *lex rei sitae* e, pertanto, con la dimensione locale delle regole¹⁶³. Tale idea è stata enfatizzata dagli ostacoli

¹⁶⁰ Il tempo impiegato dalle Corti per dirimere le controversie è divenuto uno dei temi centrali per la valutazione dell'efficienza della giustizia civile, soprattutto grazie all'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. A livello di UE si v. i lavori dell'European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) e il suo Rapporto del 2010, "Evaluation of European Judicial Systems", spec. 135 ss., disponibile al sito: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/default_en.asp.

¹⁶¹ Ad esempio i notai, come è avvenuto in Italia con la legge 3 agosto 1998, n. 302, in *G.U.* 24 agosto 1998, n. 169; la legge 14 maggio 2005, n. 80, ha poi introdotto un nuovo art. 591-bis nel codice di procedura civile per ampliare la delega delle funzioni esecutive ad altri professionisti, quali gli avvocati ed i dottori commercialisti. In Germania l'intera procedura esecutiva è affidata al *Rechtspfleger*, ex § 20 nr. 17 e § 3 nr. 1(i) del *Rechtspflegergesetz* del 5 novembre 1969 (BGBl. I, 2065). Il *Rechtspfleger* non è un giudice: JAUERING O., *Zivilprozessrecht*, 24. Aufl., München, 1993, 42 ss. In Svezia le esecuzioni immobiliari sono di competenza del Enforcement Service, un ufficio retto da funzionari amministrativi, e non da giudici (Enf. code, Chap. 1, sec. 3). Contro le decisioni dell'Enforcement Service è possibile appellare presso le corti distrettuali (Enf. code, Chap. 18, sec. 1).

¹⁶² SCHÄFER B., *The Law and Economic Debate About Secured Lending: Lessons for European Lawmaking?* Commentary, in EIDENMÜLLER H.-KINENINGER E.M. (eds.), *The Future of Secured Credit in Europe*, 30 ss.; l'Autore mostra (a p. 32) che, secondo dati del 2007 della Banca Mondiale, i tassi di recupero del credito in sede di procedure esecutive sono: Olanda 86,3%; U.K. 85,2%; Germania 53,1%, Francia 48%, Italia 39,7%, per fare riferimento solo ad alcuni esempi. Tra i Paesi analizzati che sono stati classificati come aventi un alto tasso di reddito, il Giappone vanta la più alta percentuale di recupero del credito (92,7%) e l'Italia il più basso.

¹⁶³ Il carattere locale della disciplina della proprietà ha ricevuto sanzione ufficiale nell'art. 345

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

di natura tecnica che, in questo campo, si frappongono all'integrazione, come le differenze tra i sistemi di pubblicità immobiliare o la diversità delle procedure esecutive e concorsuali¹⁶⁴.

Tuttavia, è difficile negare che anche i beni immobili, nell'ottica della garanzia del credito, vantino un peso economico non trascurabile. Infatti, nelle moderne economie di mercato, è la garanzia immobiliare che consente al debitore di ottenere le migliori condizioni di finanziamento, e questo è vero persino in rapporto alle garanzie mobiliari¹⁶⁵. Ecco perché la Comunità Europea non si è dimostrata sorda alla proposta di armonizzare il campo del credito ipotecario¹⁶⁶.

Il primo approccio delle istituzioni dell'UE alla questione è stata la discussione riguardo alla possibile introduzione di una c.d. "Euroipoteca" nel diritto sostanziale degli Stati membri. Essa è stata immaginata come una garanzia immobiliare da impiegare nelle transazioni transfrontaliere europee e, pertanto, come uno strumento che andrebbe ad affiancare – e non a sostituire – gli istituti nazionali già esistenti¹⁶⁷. Peraltro, le eccessive divergenze tra i diritti nazionali (non ancora mitigate da una sufficiente riflessione comparatistica sulla materia) sono state considerate, in questo campo, il maggior ostacolo all'integrazione e il progetto è stato repentinamente sospeso.

Di conseguenza, l'interesse per l'armonizzazione del diritto ipotecario eu-

TFUE (ex 295) del Trattato CE. Esso può essere supportato dal principio di sussidiarietà dell'art. 5 del Trattato UE. Il problema della tensione fra globale e locale nel settore della proprietà è analizzato da MATTEI U., *I diritti reali. 1, La proprietà*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001, 37 ss.; GAMBARO A., *European Aspects of Property Law*, in WERRO F. (ed.), *New Perspectives on European Private Law*, Friburg, 1998, 75 ss.; sulle diversità di tradizioni giuridiche proprietarie in Europa v. pure GAMBARO A., *Western Property Law*, in BUSSANI B.-WERRO F. (eds.), *Handbook of European Law*, I, Bern; Durham, N.C., 2009, 47 ss.

¹⁶⁴ FOËX B., *L'eurohypothèque*, in WERRO F. (ed.), *L'europanisation du droit privé. Vers un code civil européen?*, Fribourg, 1998, 481 ss.; WEHRENS H., *Real Security Regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage*, in HARTKAMP A. a.o. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 2nd ed., Nijmegen, The Hague, London, Boston, 1998, 554 ss.; FIORENTINI F., *Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari*, in BUSSANI M.-FIORENTINI F. (eds.), *Financial Contracts and Secured Transactions in the European Perspective*, Trieste, 2003, 149 ss.

¹⁶⁵ Per offrire un indicatore quantitativo dei termini di questo vantaggio può essere utile sintetizzare una serie di dati ricavabili da un'analisi del mercato statunitense: la concessione di garanzia ipotecaria su immobili consente di ottenere prestiti di ammontare 10 volte superiori rispetto a quelli sforniti di garanzia; i prestiti rafforzati da garanzia mobiliare consentono un finanziamento (solo) 4 volte superiore rispetto a quelli non garantiti. Anche il termine di restituzione del finanziamento per il debitore è 5 volte più lungo, in caso di garanzia immobiliare, e (solo) il doppio, in caso di garanzia mobiliare, rispetto agli *unsecured loans*: FLEISIG H.W.-DE LA PEÑA N.-SAFARIAN M., *Reforming collateral laws to expand access to finance*, Washington, 2006, 4.

¹⁶⁶ Su questo e su quanto segue v. ora FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa*, 483 ss.

¹⁶⁷ Sull'Euroipoteca v. STÖCKER O., *Die Eurohypothek*, Berlin, 1992; FOËX B., *L'eurohypothèque*, 481; WIRNER H., *Die Eurohypothek*, in *DNotZ*, 1994, 421.

Francesca Fiorentini

ropeo è transitato dalla prospettiva dell'intervento nel diritto sostanziale, alla proposta di impiegare le Istituzioni comunitarie come strumenti per costituire un mercato interno dei capitali relativo ai mutui ipotecari transfrontalieri. Inizialmente si è fatto ricorso alla tecnica del reciproco riconoscimento, ma essa si è presto rivelata inadeguata¹⁶⁸. Pertanto, le Istituzioni comunitarie hanno cercato di promuovere il settore con mezzi diversi dall'integrazione "legislativa". Così, nel 2001, la Commissione europea ha approvato un Codice di Autocondotta volto a standardizzare i doveri di informazione precontrattuale incombenti su banche e istituti di credito nei confronti dei "consumatori" del credito ipotecario. Ma pure l'inadeguatezza di questo meccanismo è però presto divenuta lampante¹⁶⁹.

Successivamente l'UE ha perseguito un'altra strategia, mirante a valutare l'opportunità di un ritorno all'idea dell'armonizzazione "legislativa" del diritto sostanziale. Su questa linea, nel 2003 la Commissione europea ha istituito il *Forum Group on Mortgage Credit*, il quale nel 2004 ha pubblicato le linee guida per l'Euroipoteka¹⁷⁰. Sempre nel 2004, su iniziativa spagnola, è stato poi costituito un gruppo di ricerca chiamato "*The Eurohypotheck: A Common Mortgage for Europe*" e anch'esso ha elaborato una serie di linee guida per l'Euroipoteka¹⁷¹.

Nel luglio 2005 la Commissione europea ha pubblicato il Libro verde sul credito ipotecario con la proposta di iniziare la valutazione riguardo all'opportunità di un intervento "legislativo" dell'UE nel settore¹⁷² e sulla scorta di questo documento, nell'agosto 2005, ha commissionato alla London Economics uno studio sui costi e benefici dell'integrazione UE del mercato ipotecario¹⁷³. Sulla base dei risultati di tale studio, la Commissione ha pubblicato, nel dicembre 2007, un Libro bianco¹⁷⁴ che contiene le nuove strategie UE, gli obiettivi e le misure necessarie a promuovere l'efficienza e la competitività nel mercato ipotecario europeo.

¹⁶⁸ Prima e Seconda Direttiva in materia bancaria della CE (17 dicembre 1988, in *G.U.C.E.* L322/30); WEHRENS H.G., *Real Security regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage*, in HARTKAMP H.S. a.o., *Towards a European Civil Code*, 3rd ed., 770.

¹⁶⁹ V. Raccomandazione della Commissione europea C(2001) 477, pubblicata in *G.U.* n. L069 del 10 marzo 2001, 25 ss. e FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa*, 493 ss.

¹⁷⁰ *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets*, 2004: http://europa.eu.int/comm/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf: specialmente 4 ss.; 30, pt. 117.

¹⁷¹ Si v. www.eurohypotheck.com e DREWICZ-TUŁODZIECKA A. (ed.), *Basic Guidelines for a Eurohypotheck*, Warsaw, 2005, in *Mortgage Bulletin*, 21/2005.

¹⁷² COM (2005) 327, del 19 luglio 2005.

¹⁷³ *The Costs and Benefits of Integration in the EU Mortgage Market*. http://europa.eu.int/comm/internal_market/finservices-retail/index_en.htm.

¹⁷⁴ COM (2007) 807 def., 18 dicembre 2007, *White Paper on the Integration of EU Mortgage Markets*, disponibile al sito http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/integration_en.htm#whitepaper.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

Il Libro bianco dimostra che il futuro orientamento delle istituzioni europee non sarà più centrato sull'introduzione dell'"Euroipoteka" come strumento primario per l'armonizzazione europea, ma consisterà nell'adozione di un approccio trasversale alla materia. La Commissione europea mira, infatti, a realizzare un unico efficiente mercato ipotecario mediante la rimozione, attraverso strumenti "legislativi", dei maggiori ostacoli giuridici ed economici che si frappongono al suo sviluppo. Tali ostacoli sono identificati nelle divergenze nazionali riguardo agli standards posti a tutela del consumatore nel credito ipotecario; nella mancanza di una varietà sufficiente di prodotti; nell'insufficienza delle infrastrutture che sostengono il settore (come i sistemi di rilevazione delle informazioni sul credito); nell'esistenza di legislazioni domestiche assai diverse per ciò che concerne la pubblicità immobiliare e la realizzazione delle garanzie immobiliari¹⁷⁵.

L'opportunità di incrementare la varietà dei prodotti offerti per il credito ipotecario è strettamente connessa all'obiettivo di accrescere la fiducia dei consumatori nei nuovi prodotti. A questo fine la Commissione appoggia la probabile introduzione di innovazioni legislative nelle condizioni contrattuali dei prestiti ipotecari, che diverrebbero molto simili a quelle contenute nella Direttiva sui contratti di credito ai consumatori del 2008¹⁷⁶. In questa direzione, il Libro bianco promuove il c.d. *prestito responsabile*, ossia un sistema di credito basato su meccanismi quali una valutazione approfondita, nella fase precontrattuale, della solvibilità del candidato mutuatario¹⁷⁷ e l'istituzione di una consulenza giuridica indipendente per i consumatori che accedono al credito ipotecario¹⁷⁸. Dette misure sono considerate essenziali non solo per l'integrazione del mercato ipotecario europeo, ma anche per la protezione di quest'ultimo dalla diffusione di fenomeni patologici come avvenuto negli Stati Uniti con i prodotti *sub-prime*¹⁷⁹.

6. Le garanzie mobiliari "formali".

È nel settore delle garanzie reali mobiliari che si propone con maggior evidenza quella contrapposizione cui si è già accennato¹⁸⁰ tra forma e funzione

¹⁷⁵ Libro bianco, v. *supra*, nt. 174, pt. 3.

¹⁷⁶ Direttiva 2008/48/EC, del 23 aprile 2008 (in *G.U.C.E.* L133, 22 maggio 2008, 66 ss.), sui contratti di credito ai consumatori, che sostituisce la Direttiva 87/102/CEE.

¹⁷⁷ V. per tutti JAPPELLI T.-PAGANO M., *The Role and Effects of Credit Information Sharing*, in BERTOLA G.-DISNEY R.-GRANT C. (eds.), *The Economics of Consumer Credit*, Cambridge, Mass., London, 2006, 347 ss.

¹⁷⁸ Libro bianco, v. *supra*, nt. 174, pt. 3.3.

¹⁷⁹ Libro bianco, v. *supra*, nt. 174, pt. 3.1.

¹⁸⁰ *Supra*, § n. 4.

degli istituti di riferimento e sarà questa contrapposizione a segnare la presentazione della materia nelle pagine che seguono. Come è noto, alle radici di questa opposizione risiede il principio di tipicità o *numerus clausus* dei diritti reali, che è una direttiva condivisa negli Stati europei, trasversalmente al *common law* e al *civil law*, sebbene talvolta essa presenti livelli di intensità diversi da Paese a Paese¹⁸¹.

Tutti i sistemi giuridici europei riconoscono nel pegno il tradizionale diritto “formale” di garanzia sui beni mobili. Come è noto, la costituzione del pegno è connessa allo spossessamento del debitore¹⁸², che ha la funzione di rendere nota ai terzi la creazione di un vincolo sul bene. Sebbene già nell’età delle codificazioni continentali del diritto civile il mercato richiedesse istituti di garanzia senza spossessamento, il pegno con spossessamento è stata la più importante forma garanzia su beni mobili scelta e regolata dai codici civili dal 1804 al 1992. Si tratta in questa sede di illustrare solo i caratteri fondamentali che assume questa figura in Europa, e di tratteggiarne gli sviluppi più recenti.

Occorre innanzitutto indicare come in tutti gli Stati europei l’istituto del pegno sia stato forgiato come un diritto reale accessorio, la cui costituzione ed estinzione è strettamente dipendente da un’obbligazione principale¹⁸³. Rispetto a questo condiviso punto di partenza, diverse istanze economiche hanno condotto a mitigare le conseguenze derivanti dalla stretta accessorietà del pegno, con maggior facilità di quanto non fosse possibile nel settore delle garanzie immobiliari.

In alcuni sistemi, ed in special modo nei settori del credito commerciale, il principio di specialità della garanzia nei confronti del credito garantito (oltre che rispetto all’oggetto della garanzia) è stato notevolmente attenuato e la prassi ricorre ai cc.dd. pegni *omnibus* (ossia i pegni che garantiscono tutti i

¹⁸¹ AKKERMANS B., *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen/Oxford/Portland, 2008; BUSSANI M., *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, 2000, spec. 239 ss.

¹⁸² Belgio: artt. 2071 (*nantissement*), 2073 (*gage*) c.c. e art. 1 della loi del 5 maggio 1872 per il *gage commercial*; Francia: vecchi artt. 2071, 2076 c.c.; dopo la riforma del 2006 v. i nuovi artt. 2333 ss. in materia di *gage* per i beni mobili corporali e 2355 ss. per il *nantissement* di beni mobili immateriali, che non considerano più lo spossessamento del debitore quale requisito per la creazione della garanzia; Germania: §§ 1205, 1206 BGB (*Faustpfand*); Grecia: art. 1211 c.c.; Italia: art. 2786 c.c. (*pegno*); Olanda: art. 3:236 c.c. (*pand*); *common law* inglese (*pledge, pawn*): SMITH L., *Security*, in BIRKS P. (ed.), *English Private Law*, I, Oxford, 2000, 411; Portogallo: art. 669, I comma, c.c. (*penhor*); Spagna: art. 1863 c.c. (*prenda*). Talvolta sono richieste altre formalità perché venga in essere la prelazione. Ad esempio in Italia l’art. 2787, II comma, c.c., richiede che il possesso passi presso il creditore o un terzo e il III comma prescrive che, nel caso in cui il credito garantito superi l’ammontare di euro 2.58, sia fornita prova del pegno mediante un documento munito di data certa indicante in modo sufficiente il bene vincolato e l’obbligazione garantita.

¹⁸³ Da noi v. per tutti GABRIELLI E., *Pegno*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, 83 ss.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

crediti presenti e futuri che potrebbero sorgere dalla relazione contrattuale tra debitore e creditore)¹⁸⁴, per lo più sulla scia dei noti sviluppi avvenuti in questo senso nel territorio delle garanzie personali¹⁸⁵. Pure i cc.dd. pegni rotativi hanno trovato riconoscimento, ossia quei pegni nei quali i beni mobili oggetto di garanzia possono essere sostituiti da altri beni dello stesso valore in costanza del rapporto di garanzia¹⁸⁶. Tali istituti si sono rivelati estremamente utili nel caso di beni industriali e nel settore finanziario¹⁸⁷.

Il pegno come strumento tipico di garanzia su beni mobili può essere costituito sia su beni materiali, che immateriali.

Quest'ultima ipotesi si riferisce principalmente ai casi di pegno su crediti aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro¹⁸⁸, per i quali si è adattato lo schema legale del pegno su beni materiali, soddisfacendo l'esigenza della

¹⁸⁴ In Italia, il pegno a garanzia di crediti futuri è ammesso se i crediti futuri nasceranno da una relazione contrattuale già esistente tra debitore e creditore al momento della creazione della garanzia. Il problema della clausola *omnibus* è diverso, perché in questa clausola non solo l'ammontare dei crediti futuri, ma pure la relazione contrattuale dalla quale tali crediti nasceranno sono indeterminati al momento della creazione della garanzia: GABRIELLI E., *Pegno*, 138 ss. Si registrano opinioni contrastanti sul punto della piena validità di tali clausole; ad esempio la giurisprudenza ritiene tali clausole valide solo *inter partes*, e non *erga omnes*: Cass. 5 luglio 2000, n. 8970, in *Banca, borsa*, 2000, II, 606; Cass. 28 ottobre 2005 n. 21084, in *Foro. it. mass.*, 2005, 1631. In Olanda, i pegni a garanzia di conti correnti sono ammessi sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 3:231 c.c. che ammette i pegni di crediti futuri: VAN ERP J.H.M.-VAN VLIET L.P.W., *Real and Personal Security*, 119. La legge catalana 5 luglio 2002, n. 19 (*Llei de drets reals de garantia*), art. 13, II comma, stabilisce che il pegno possa garantire obbligazioni il cui ammontare non sia conosciuto al momento della creazione della garanzia, a condizione che ne sia indicato un ammontare massimo; il III comma del medesimo articolo prevede che il pegno possa garantire diversi crediti presenti e futuri nascenti tra debitore e creditore in un arco temporale limitato e per un ammontare massimo determinato.

¹⁸⁵ V. *supra*, § n. 3.1.1.

¹⁸⁶ La riforma francese del 2006 ha introdotto nuove regole sul *gage de stocks* come garanzia rotativa all'interno del codice di commercio: c. comm. articoli da L527-1 a L527-11. Per il c.d. *pegno rotativo* in Italia v. GABRIELLI E., *Il pegno "anomalo"*, Padova, 1990, 181 ss., 216 ss.; GABRIELLI E., *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, 87 ss.; Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2159. La Corte Suprema olandese ha stabilito che in caso di pegno su una pluralità di crediti il principio di specialità può essere attenuato e non si richiede la registrazione di una lista indicante individualmente i singoli crediti oggetto di garanzia, ma è sufficiente registrare una lista semplificata, che faccia mero riferimento ai documenti da cui risultino in dettaglio i crediti in questione (HR 14 ottobre 1994, NJ 1995/447); VAN ERP J.H.M.-VAN VLIET L.P.W., *Real and Personal Security*, 120. In Spagna la legge catalana n. 19 del 5 luglio 2002, artt. 16 e 17, riconosce la surrogazione reale dell'oggetto di garanzia.

¹⁸⁷ Direttiva 47/2002/CE in materia di garanzie finanziarie: art. 5, III comma; Regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza, del 29 maggio 2000, art. 5, I comma.

¹⁸⁸ La maggior parte dei codici civili europei regolano espressamente il pegno di crediti. Quando l'istituto non è regolato dal diritto positivo, trova comunque riconoscimento in dottrina, come in Spagna: CARRASCO Á.-CORDERO LOBATO E.-MARÍN M., *Tratado de los Derechos de Garantías*, Cizur Menor, 2002, 862.

Francesca Fiorentini

pubblicità della costituzione del vincolo mediante il requisito della notifica al debitore ceduto¹⁸⁹. Proprio a causa della necessità di tale notifica – e spesso a causa del desiderio del debitore-imprenditore di una certa segretezza circa i rapporti di finanziamento che lo riguardano – si è sviluppata la tendenza ad utilizzare altri mezzi per costituire garanzie sui crediti, come la cessione del credito a scopo di garanzia. Questa forma “funzionale” di garanzia è oggi la forma più comune di garanzia su crediti¹⁹⁰.

Laddove la registrazione ha sostituito il requisito dello spossessamento del debitore, sono state emanate discipline specifiche per regolare i pegni senza spossessamento o le ipoteche mobiliari, di solito operative nel circuito dei crediti concessi alle imprese¹⁹¹.

Merita poi ricordare che la giurisprudenza inglese ha elaborato il c.d. *floating charge* come garanzia senza spossessamento per i finanziamenti alle società¹⁹². In questo caso, la garanzia non grava sui beni nella loro individualità, quanto piuttosto sull’universalità di beni presenti e futuri della società. Quest’ultima è libera di disporre dei beni oggetto di garanzia fino al tempo della c.d. “cristallizzazione” del vincolo, che da variabile diviene fisso (*fixed*). Ciò avviene al verificarsi dell’evento che le parti avevano concordato come produttivo della

¹⁸⁹ Germania: § 1280 BGB; Grecia: art. 1248 c.c.; Italia: art. 2800 c.c.; Portogallo: art. 681, II comma, c.c.

¹⁹⁰ V. *infra*, § n. 6.2.

¹⁹¹ È il caso della Spagna: *Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*, del 18 dicembre 1954, BOE n. 352; e del pegno registrato polacco, introdotto dall’Act on Registered Pledges and the Register of Pledges adottato il 6 dicembre 1996, in vigore dal 1° gennaio 1998: GDANSK ACADEMY OF BANKING, *Analysis of the Economic Impact of the Registered Pledge System in Poland*, Gdansk, 2003. Merita menzione pure il privilegio contrattuale previsto dal diritto italiano a garanzia dei finanziamenti bancari a imprese, disciplinato dal decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario), art. 46. Nonostante la legge chiami quest’istituto con il termine di privilegio, esso assomiglia piuttosto ad una garanzia reale: TUCCI G., *I privilegi*, in *Tratt. Rescigno*, 19, 2^a ed., Torino, 1997, 717. Il diritto svedese regola una *enterprise mortgage* all’interno del Enterprise Mortgage Act del 1984. Tuttavia, in relazione all’estensione e agli effetti della pubblicità di questo tipo di garanzie, i Paesi europei conoscono diverse soluzioni: DROBNIG U., *Present and Future of Real and Personal Security*, 643 ss. In Olanda, la “fiducia” bandita dal nuovo codice civile del 1992 è stata sostituita dal pegno c.d. “silente” su beni mobili (art. 3:237 c.c.) o su crediti (art. 3:239 c.c.). Il concedente il pegno resta in possesso del bene oggetto di garanzia (nel caso di crediti, il pegno non è notificato al debitore ceduto). Questo istituto si costituisce con atto privato, registrato a fini fiscali, oppure mediante atto notarile. La registrazione fiscale previene i fenomeni di antedatazione del pegno, ma non ne costituisce pubblicità ai fini civilistici: VAN ERP J.H.M.-VAN VLIET L.P.W., *Real and Personal Security*, 119. La riforma francese delle garanzie reali del 2006 ha disciplinato sia un pegno tradizionale con spossessamento, sia uno convenzionale non possessorio ma munito di registrazione (art. 2337 c.c.; cfr. pure art. 2333 c.c.): AYNÈS L.-CROCQ P., *Les sûretés, La publicité foncière*, 3^e éd., Paris, 2008, n. 500, 214.

¹⁹² Il primo riconoscimento di questo istituto si è avuto col caso *Re Panama v. New Zealand and Australian Royal Mail Co.* (1870), 5 Ch App 318.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

crystallizzazione, che solitamente consiste nell'insolvenza della società, nell'apertura di una procedura esecutiva contro di essa, nell'interruzione della sua attività e così via¹⁹³.

Per quanto concerne la realizzazione delle garanzie formali, essa avviene usualmente mediante aste pubbliche, che normalmente si tengono previa autorizzazione di un giudice.

La ragione che ha portato all'introduzione di procedure pubbliche risiede nel fatto che di norma i creditori non sono considerati i soggetti più adatti da cui ottenere un giusto prezzo dall'acquisto del bene. Se il bene garantito possiede un prezzo ufficiale di mercato, nella maggior parte dei casi sarà venduto a mezzo di un intermediario.

Il trasferimento automatico della proprietà al creditore in caso di insolvenza del debitore è vietato in quasi tutti i Paesi dal divieto di patto commissorio (*lex commissoria*)¹⁹⁴. Tuttavia, il diritto inglese riconosce al creditore la facoltà di concludere una vendita privata del bene in garanzia, pur rimanendo vincolato per la determinazione del prezzo dalle regole di *fairness* dettate dai precedenti giurisprudenziali¹⁹⁵.

6.1. Le garanzie mobiliari "funzionali": la proprietà a scopo di garanzia.

La corsa alle garanzie "funzionali" ha preso il via dalla pratica commerciale, in particolar modo nei Paesi in cui non erano stati regolati pegni senza spossessamento. In ogni caso – come vedremo – il risultato del ricorso a tali figure presenta sfumature molto diverse nei vari sistemi.

L'espressione "diritti di garanzia funzionali" che si presceglie in queste pagine denota le varie forme di utilizzo della proprietà a scopo di garanzia,

¹⁹³ BRIDGE M., *Personal Property Law*, 188 ss. L'inconveniente di questo istituto è stato ravvisato nella debolezza della prelazione che esso conferisce al creditore garantito: un *fixed charge* successivo, infatti, ha prelazione sul *floating charge* precedente; inoltre, certi creditori chirografari con privilegio, come i dipendenti per i crediti da salario, vantano un privilegio speciale successivo a quello del *fixed charge*, ma precedente su quello del *floating charge*: *Insolvency Act 1986*, ss. 386 e Schedule 6. In generale, sul rischio connesso alle cc.dd. *enterprise mortgages* nei confronti degli altri creditori del debitore e sui conseguenti limiti legislativi previsti dai vari Paesi europei v. DROBNIG U., *Present and Future of Real and Personal Security*, 648.

¹⁹⁴ Francia: "vecchio" art. 2078, II comma, c.c. (il divieto è stato fortemente attenuato dalla riforma del 2006: v. i nuovi artt. 2347, 2348 c.c. per il divieto annesso al *gage* e 2365 per quello annesso al *nantissement*; c. comm. francese, art. L521-3, IV comma, come modificato dalla riforma; si noti tuttavia che il divieto di patto commissorio è ancora esistente in materia di *gage de stocks*: c. comm. art. L527-2); Germania: § 1229 BGB; Grecia: art. 1239 c.c.; Italia: art. 2744 c.c.; Olanda: art. 3:235 c.c.; Spagna: art. 1859 c.c.

¹⁹⁵ *Ex p Hubbard* (1886) 17 QBD 699; *Consumer Credit Act 1974*, s. 121; BRIDGE M., *Personal Property Law*, 3rd ed., Oxford, 2002, 175 ss.

Francesca Fiorentini

in particolar modo il trasferimento della proprietà al creditore¹⁹⁶ e la riserva di proprietà da parte del creditore¹⁹⁷. Esistono anche ulteriori accordi contrattuali idonei a produrre effetti reali, come, ad esempio, il *leasing* finanziario o il contratto di *sale and lease-back*, che possono essere piegati dalle parti a realizzare una funzione di garanzia¹⁹⁸. Il tratto comune dei diritti di garanzia funzionali è dato dal fatto che il controllo fisico sui beni oggetto di garanzia rimane in capo al costituente.

Il ricorso diffuso a questi strumenti alternativi alle forme tipiche pone in luce un altro tema cruciale del diritto delle garanzie in Europa (e altrove): quello dell'opposizione tra "formalismo" e "funzionalismo"¹⁹⁹. La comparazione giuridica ha mostrato che laddove si avverte un'ostilità nei confronti dei diritti di garanzia "funzionali", prevale un approccio formale o strutturale alla materia in discorso, in quanto solo i diritti con una struttura specifica sono considerati essere diritti di garanzia (quelli "formali" o tipici). In questo caso, l'attenzione è posta sulla struttura e la forma del diritto di garanzia: solo un diritto reale limitato è ritenuto essere una garanzia in senso tecnico. La prevalenza del formalismo è una tipica caratteristica di tutte le legislazioni dei sistemi europei occidentali; in questa prospettiva, il *common law* inglese risulta perfettamente allineato ai sistemi *civilian*²⁰⁰.

Al contrario, i sistemi giuridici aperti alle garanzie "funzionali", mostrano un approccio pragmatico al sistema delle garanzie: quando è provata la funzione di garanzia, ogni meccanismo legale o patto tra la parti avente tale funzione secondo la volontà delle parti o il risultato in concreto dell'operazione è considerato un diritto di garanzia – ed è pertanto giuridicamente disciplinato come tale – senza che sia necessario guardare all'operazione attraverso il prisma della forma. Va senza dirlo che il primo esempio di questo sistema è quello statunitense, così come regolato dall'art. 9 dell'U.C.C., ed è proprio l'influenza di questo modello che impegna il dibattito europeo in merito alle riforme legislative in questo campo²⁰¹.

Posto che diritti di garanzia funzionali sono accordi molto diversi l'uno dall'altro, in questa sede ognuno di essi necessita di una breve (ma separata) considerazione.

¹⁹⁶ V. *infra*, § n. 6.2.

¹⁹⁷ V. *infra*, § n. 6.3.

¹⁹⁸ V. *infra*, § n. 6.4.

¹⁹⁹ Per tutti v. VENEZIANO A., *Le garanzie mobiliari non possessorie*, 112 ss.

²⁰⁰ La definizione ortodossa di una garanzia reale in diritto inglese è infatti quella del «grant of an interest less than absolute ownership by a person who already has or will obtain an interest in property»: GULLIFER L., *Quasi-security Interests: Functionalism and the Incidents of Security*, in I. Davies (ed.), *Issues in International Commercial Law*, Aldershot, Burlington, 2005, 3 ss., 5; pertanto una riserva di proprietà non è – a rigore – un diritto di garanzia in senso tecnico.

²⁰¹ V. *infra*, § n. 6.5.

6.2. L'alienazione a scopo di garanzia.

Il bisogno di garanzie senza spossessamento ha condotto al ricorso al trasferimento (fiduciario) della proprietà di beni mobili²⁰². L'utilizzo della proprietà a scopo di garanzia porta con sé vantaggi e svantaggi. Tra i primi contano la circostanza che il debitore/concedente la garanzia resta nel possesso del bene e che la proprietà in garanzia permette di evitare la pubblicità del gravame, e con essa i costi (anche pubblicitari) normalmente connessi alle garanzie "formali". Inoltre, nel caso di inadempimento del debitore, la proprietà in garanzia consente una soddisfazione più immediata del diritto del creditore, che si realizza con la definitività che assume il trasferimento del titolo in capo al creditore. È proprio quest'aspetto che provoca però il problema principale relativo a questi accordi, in quanto essi trasferiscono al creditore "più titolo" di quanto egli in effetti necessiti ai fini di garanzia, ciò che è spesso considerato pericoloso per il debitore²⁰³.

Nella maggior parte dei Paesi europeo-continentali a tradizione prevalentemente romanistica, i trasferimenti di proprietà a scopo di garanzia tendono ad essere vietati per diverse ragioni teoriche, come ad esempio esistenza di un numero chiuso dei diritti reali o l'inadeguatezza dello scopo di garanzia a giustificare il trasferimento di proprietà²⁰⁴. Tuttavia, la ragione essenziale di questo divieto sembra affondare le radici nell'idea della protezione del debitore dall'usura, ed è proprio questo che costituisce la *ratio* della proibizione del divieto di *lex commissoria* nella mentalità dei formanti interpretativi. Ad esempio in Italia, il divieto di patto commissorio è spesso applicato dalle corti per dichiarare la nullità del trasferimento della proprietà a scopo di garanzia²⁰⁵. Lo stesso vale anche per la Spagna²⁰⁶ e l'Olanda²⁰⁷.

²⁰² Il fenomeno esiste anche nel settore immobiliare, ma presenta proporzioni assai inferiori a causa dei costi dei trasferimenti immobiliari. Di norma, inoltre, le garanzie immobiliari tipiche soddisfano a sufficienza i bisogni della prassi, così che non è necessario ricorrere a strumenti alternativi, come in Germania o Francia: CABRILLAC M.-MOULY C., *Droit des sûretés*, 452; FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa*, 154 ss., 320 ss., 471 ss.

²⁰³ Da noi, e multis, v. CARNEVALI U., voce "Patto commissorio", in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 499 ss.; IACUNIELLO BRUGI M., voce "Patto commissorio", in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989.

²⁰⁴ Sul tema v. diffusamente e per tutti: ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, *passim*.

²⁰⁵ Per un'analisi di diritto comparato v. BUSSANI M., *Il problema del patto commissorio*, *passim*.

²⁰⁶ In Spagna il problema non è quello della validità del trasferimento di proprietà a scopo di garanzia, ma quello dei suoi limiti in relazione agli effetti nei confronti dei terzi, anche in raffronto alla *par condicio creditorum* e al divieto del patto commissorio: CARRASCO PERERA Á.-CORDERO LOBATO E.-MARÍN LÓPEZ M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, 1058 ss. Tuttavia, l'ambito applicativo del divieto della *lex commissoria* è più limitato che da noi (CARRASCO PERERA Á.-CORDERO LOBATO E.-MARÍN LÓPEZ M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, 1064). La legge n. 466 del *Fuero Nuevo de Navarra* regola espressamente la *fiducia de garantía*.

²⁰⁷ Merita menzione il ripensamento del diritto olandese sul punto. La proprietà a scopo di

Francesca Fiorentini

Al contrario, il diritto tedesco è conosciuto per la sua liberalità nello sviluppo del trasferimento della proprietà a scopo di garanzia (o cessione del credito in garanzia – *Sicherungsübereignung*, *Sicherungsabtretung*), anche nelle forme più estese, dove la garanzia copre i beni in lavorazione²⁰⁸. In questo caso, il divieto della *lex commissoria* – sebbene esista nel codice – non ha molta rilevanza operativa, nel senso che non è di fatto applicato dalle corti per bloccare l'operatività o controllare la proporzionalità dei trasferimenti in garanzia. In Germania, la proporzionalità della garanzia rispetto al credito è piuttosto assicurata attraverso un controllo giudiziale *ex post* basato su clausole generali (*in primis* il § 138 BGB che sancisce il divieto del negozio contrario ai buoni costumi)²⁰⁹.

L'ostilità mostrata da alcuni sistemi europei nei confronti della proprietà a scopo di garanzia è difficile da comprendere se non si tiene a mente che, dove essa è pienamente riconosciuta, è anche disciplinata alla stregua di una garanzia formale, e non come una proprietà piena (ad esempio in caso di insolvenza del debitore), cosicché il pericolo di una sproporzione a danno del concedente è facilmente evitato²¹⁰. Un percorso leggermente differente è quello seguito dal diritto inglese, per il quale il *mortgage* sui beni mobili è sempre stato, nell'essenza, un trasferimento della proprietà al creditore, il cui controllo della proporzionalità è stato sempre affidato alle regole d'*equity*²¹¹.

Occorre poi notare che l'alienazione in garanzia è generalmente valida anche in quelle giurisdizioni (come l'Italia) maggiormente avverse a tale meccanismo, allorquando il bene oggetto di garanzia è un credito. Due sono le ragioni meta-positive alla base di questa eccezione al divieto del trasferimento della proprietà ai fini di garanzia in materia di crediti: *a*) quando il bene oggetto di garanzia è un credito è più facile verificare la proporzionalità del rapporto di garanzia al momento della realizzazione – anche perché spesso tra le parti opera una compensazione; *b*) mere obiezioni dogmatiche non sono in

garanzia era stata ammessa dalla Corte Suprema olandese nel 1929 (HR 25 gennaio 1929, NJ 1929, 616; HR 21 giugno 1929, NJ 1929, 1096) perché la prassi sentiva il bisogno di una garanzia non possessoria. Gradualmente, nei decenni successivi la giurisprudenza restrisse le facoltà del proprietario a scopo di garanzia a quelle di un mero creditore pignoratizio. Nel 1992 il nuovo codice civile ha abolito la fiducia all'art. 3:84(3), per lo più in virtù dell'argomento secondo il quale la proprietà a scopo di garanzia conferisce al creditore più diritti rispetto a quanto necessario: VAN ERP J.H.M.-VAN VLIET L.P.W., *Real and Personal Security*.

²⁰⁸ SERICK R., *Securities in Movables in German law. An Outline*, Den Haag, 1990, 47 ss.

²⁰⁹ Per i dettagli v. FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa*, 157 ss.

²¹⁰ Questa è la disciplina della proprietà a scopo di garanzia in Germania (*Insolvenzordnung*, §§ 50 e 51), ma anche la disciplina del pegno "irregolare" di denaro o beni fungibili del diritto italiano, che sfugge al divieto del patto commissorio (art. 1851 c.c.): PALUMMO S., *Pegno irregolare e fallimento*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, 383 ss.

²¹¹ COUSINS E., *The Law of Mortgages*, 2^a ed., London, 2001, 141; v. pure FIORENTINI F., *Le garanzie immobiliari in Europa*, 301 ss.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

grado di fermare le attuali prassi bancarie che sono diffuse in ogni parte del mondo nel settore del credito commerciali²¹².

6.3. La riserva di proprietà.

La riserva di proprietà è la classica garanzia del credito dei fornitori di beni. Vendendo i beni all'acquirente, essi di norma concedono un pagamento rateale del corrispettivo a fronte di una clausola con la quale si riservano la proprietà sino all'integrale pagamento del prezzo (attraverso il meccanismo della condizione sospensiva): in tal modo la riserva di proprietà da parte del venditore/creditore assume un'evidente funzione di garanzia del credito.

In linea generale, la validità della riserva di proprietà richiede un'espressa previsione contrattuale che disciplini i suoi effetti²¹³. In Inghilterra, Germania e Svezia non è richiesto alcuna registrazione per la validità della riserva di proprietà, sia tra le parti che *erga omnes*. La garanzia è trattata come proprietà in caso di insolvenza del debitore, con il risultato che il fornitore potrà in tale ipotesi rivendicare la proprietà sui i beni venduti²¹⁴. Di contro, in Spagna, la riserva di proprietà produce effetti nei confronti di terzi solo se registrata, e nel caso di insolvenza del debitore viene considerata come piena proprietà²¹⁵. In Italia, è richiesta una data certa anteriore al pignoramento per la validità *erga omnes* della riserva di proprietà. Nel caso di macchinari, qualora il prezzo sia superiore ad euro 15,49, la riserva di proprietà spiega effetti nei confronti di terzi solo nel caso in cui sia stata registrata in un apposito registro tenuto nella cancelleria del tribunale nella giurisdizione del quale è collocata la macchina²¹⁶.

²¹² BUSSANI M., *Il problema del patto commissorio*, 244 ss.

²¹³ Di norma è necessaria una clausola espressa per estendere gli effetti della riserva di proprietà ai proventi derivanti dalla vendita dei beni. Un'eccezione è rappresentata dal diritto francese: CABRILLAC M.-MOULY C., *Droit des sûretés*, 7^a ed., Paris, 2004, 609 ss. e artt. 2329, n. 4, 2367-2372 c.c.

²¹⁴ DROBNIG U., *Present and Future of Real and Personal Security*, 649. Anche in Grecia non sono richieste formalità per la validità della clausola di riserva di proprietà tra le parti, quando essa ha ad oggetto beni mobili: art. 532 c.c.; VAINANIDIS C., *Greece*, in DAVIES I. (ed.), *Retention of Title Clauses in Sale of Goods Contracts in Europe*, Aldershot, 1999, 51.

²¹⁵ La *Ley de venta a Plazos de Bienes Muobles* (legge 13 luglio 1998, n. 28, art. 15) istituisce un registro per i beni mobili sul quale debbono essere iscritte le clausole di riserva di proprietà affinché esse siano efficaci: CARRASCO PERERA Á.-CORDERO LOBATO E.-MARÍN LÓPEZ M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, 967 ss., 981 ss.; artt. 1922, II comma, 1926, I comma, 1 c.c. spagnolo; *Ley de venta a Plazos de Bienes Muobles*, art. 16, V comma.

²¹⁶ Art. 1524 c.c. italiano. In aggiunta, e relativamente a beni e macchinari di valore superiore ad euro 516,45, la legge del 28 novembre 1965, n. 1329 (legge Sabatini) prevede che, affinché la riserva di proprietà sia valida nei confronti dei terzi, i beni debbano portare un contrassegno indicante il nome del venditore come proprietario e una serie di informazioni identificative del bene (cfr. pure il decreto del 21 febbraio 1973 per l'attuazione della legge Sabatini). Inoltre, il contratto contenente la clausola di riserva di proprietà deve essere registrato in un registro speciale tenuto dalla cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione il contratto è stato concluso.

Francesca Fiorentini

Infine, in Inghilterra, Germania, Irlanda e Scozia la riserva di proprietà può garantire non solo il pagamento del prezzo di acquisto dei beni oggetto del contratto, ma anche ogni altra obbligazione del compratore nei confronti del venditore²¹⁷. In Germania, la riserva di proprietà si estende, oltre ai beni venduti, anche ai prodotti ottenuti dalla loro lavorazione o ai ricavi provenienti dalla loro vendita²¹⁸. In Inghilterra ed in Scozia, le clausole che estendono la riserva di proprietà al ricavato della vendita dei beni oggetto del contratto non sono viste di buon occhio dalla giurisprudenza²¹⁹.

I profili principali che trovano diversa disciplina nei vari Paesi europei sono essenzialmente: (i) l'opponibilità della riserva di proprietà all'acquirente in buona fede dal compratore; (ii) l'opponibilità della riserva di proprietà nei confronti dei creditori dell'acquirente, specialmente in caso di insolvenza di quest'ultimo; (iii) la possibilità di qualificare l'aspettativa dell'acquirente a divenire titolare della proprietà come un diritto reale. In questa direzione taluni sistemi giuridici consentono all'acquirente di disporre del bene (anche come garanzia), prima di acquisirne la piena proprietà, in quanto la mera aspettativa della piena proprietà è valutata economicamente in rapporto all'ammontare del prezzo d'acquisto ancora impagato²²⁰. È evidente che queste divergenze possono ostacolare il riconoscimento delle clausole di riserva di proprietà nelle operazioni transnazionali, dentro e fuori l'Europa²²¹.

6.4. Il *leasing* finanziario e il *sale and lease-back*.

Nelle operazioni di *leasing* finanziario e *sale and lease-back*, le regole in materia di contratti e proprietà sono indissolubilmente connesse nel dar vita ad accordi che possono avere (ma non sempre hanno) scopo di garanzia.

Solitamente il *leasing* finanziario prevede uno schema trilaterale in cui il *lessor*-locatore acquista i beni dal produttore e li concede in *leasing* al *lessee*-conduttore. Lo scopo economico di tale operazione è quello di consentire al *lessee* l'utilizzazione di specifici beni – in particolare macchinari – senza im-

²¹⁷ Sono dette *all money clauses*; Irlanda: *Frigoscandia Ltd v. Continental Irish Meat Ltd* [1982] ILLRM 396; Inghilterra e Scozia: *Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG* [1991] 2 AC 339.

²¹⁸ DROBNIG U., *Present and Future of Real and Personal Security*, 651.

²¹⁹ Riferimenti in DAVIES I., *United Kingdom*, in I. Davies (ed.), *Retention of Title Clauses in Sale of Goods Contracts in Europe*, 101 ss., 110 ss., 112 ss.

²²⁰ Come noto, questa è la regola in Germania: SERICK R., *Securities in Movables in German law*, 61 ss.; DROBNIG U., *Present and Future of Real and Personal Security*, 651.

²²¹ Solo aspetti frammentari delle clausole di riserva di proprietà sono stati oggetto di disciplina comunitaria: Directive 2000/35/CE del 29 giugno 2000, sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali: *G.U.C.E.* L200 dell'8 agosto 2000, 35 ss., v. sopratt. artt. 2, 3 e 4; e v. pure artt. 7 e 41 del Regolamento CE n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza, in *G.U.C.E.* L160 del 30 giugno 2000, 1 ss.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

mobilizzare il denaro che sarebbe necessario per acquistarne la piena proprietà. Infatti, il *lessee* deve pagare (solo) una rata periodica che riflette il valore del bene detratte le spese e gli oneri finanziari dell'operazione e ciò fino al termine del contratto, quando, in alcuni Paesi²²², potrà scegliere se: *a*) acquistare la piena proprietà dei beni, *b*) rinnovare il contratto di *leasing* o *c*) restituire i beni al *lessor*. Il *leasing* finanziario, per essere qualificato come tale, deve sostanzialmente trasferire al *lessee* tutti i rischi e i frutti della proprietà (fatta eccezione per il titolo)²²³.

Lo schema del *sale and lease-back* è un'ipotesi particolare del *leasing* finanziario appena menzionato. Normalmente si tratta di una operazione bilaterale in cui l'imprenditore trasferisce la proprietà dei suoi beni al *lessor*, ma continua a utilizzarli nella sua produzione sulla base di un contratto di *leasing*. È evidente che questa operazione permette al *lessee*-conduttore di accedere ad un finanziamento alternativo rispetto a quelli ottenibili mediante i normali canali bancari.

A causa della stretta dipendenza di queste operazioni dalle strategie finanziarie di impresa, è a volte difficile distinguerle dal trasferimento della proprietà a scopo di garanzia. In ogni caso, in Europa tali contratti sono normalmente classificati non come diritti di garanzia, ma come contratti commerciali²²⁴. Si rende così possibile distinguere una tendenza all'elaborazione di un regime giuridico del *leasing* diveso da quello dei diritti di garanzia "formali". In via esemplificativa, questo *trend* è ben rappresentato dalla relazione tra i contratti di *leasing* e il divieto di patto commissorio in quei sistemi giuridici che proibiscono la proprietà a scopo di garanzia, come l'Italia, il Portogallo o l'Olanda. In questi Paesi, il problema di "salvare" il *leasing* (ed in particolar modo il *lease-*

²²² L'inclusione nel contratto di *leasing* di un'opzione all'acquisto è condizione necessaria affinché l'operazione sia considerata quale *leasing*, ad esempio, in Francia (art. 1 della legge del 2 luglio 1966, n. 455, modificata dall'ordinanza n. 837 del 28 settembre 1967; ora in art. L. 313-1 *code monétaire et financier*; Cass. com. 30 maggio 1989, in *Bulletin civil*, IV, n. 167; *RTDCom.*, 1990, 93) e in Italia (BUSSANI M., *I contratti moderni*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, 267); ma non in diritto inglese (GOODE R., *Commercial Law*, 2nd ed., London, 1995, 777: infatti, l'opzione converte il contratto in un *hire-purchase agreement*).

²²³ Per tutti, v. GOODE R., *Commercial Law*, 2nd ed., 777.

²²⁴ Per la qualificazione del *leasing* finanziario come contratto atipico o *sui generis*, anche sulla base della Unidroit Convention on International Financial Leasing di Ottawa, del 28 maggio 1988, v., per il diritto tedesco, STOFFELS M., *Leasing*, in *Staudinger Kommentar zum BGB*, II, §§ 433-487 *Leasing*, Berlin, 2004, 956, n. 76; per l'Italia BUSSANI M., *I contratti moderni*, 268; per la Spagna: CARRASCO PERERA A.-CORDERO LOBATO E.-MARÍN LÓPEZ M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, 1027. Per la dottrina austriaca i contratti di *leasing* sono contratti misti, risultanti da una combinazione di elementi della vendita con elementi della locazione: FISCHER-CZERMAK C., *Mobilienleasing, Rechtsnatur, Gewährleistung und Gefahrtragung*, Wien, 1995, 161. Per la differenziazione, in diritto olandese, dei contratti di *leasing* finanziario dai contratti di garanzia v. BARTLES S. & SMITS J., *The Netherlands*, in KIENINGER E.-M. (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, 2005, 608.

Francesca Fiorentini

back) dall'applicazione del divieto di patto commissorio è stato risolto mediante la differenziazione del primo dai diritti di garanzia²²⁵. Altri aspetti di disciplina delle operazioni di *leasing* potrebbero invece essere trattati in maniera simile alla riserva di proprietà, come nel caso dei requisiti formali necessari a rendere opponibile ai terzi la proprietà del *lessor*²²⁶.

6.5. Garanzie mobiliari e integrazione giuridica.

Come abbiamo visto poco sopra (§ n. 5.4), il motore dell'integrazione giuridica ha iniziato ad operare molto prima e con maggiore intensità nel campo delle garanzie su beni mobili che non sui beni immobili. La necessità di eliminare le divergenze più significative tra i sistemi, che impedivano il riconoscimento degli istituti di garanzia stranieri nell'ambito transazioni commerciali internazionali, ha stimolato molto presto iniziative volte all'armonizzazione giuridica del settore²²⁷.

A questo proposito, tuttavia, i primi risultati sono stati ottenuti solo in tempi recenti e, per la maggior parte, a livello regionale: l'*International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT), l'*Organization of American States* (OAS), la *European Bank of Reconstruction and Development* (EBRD), l'*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA), la *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) hanno realizzato un'integrazione "legislativa" nella campo delle garanzie mobiliari attraverso leggi modello o convenzioni internazionali²²⁸.

²²⁵ Olanda: HR 19 maggio 1995, NJ 1996/119; Italia: Cass. 16 ottobre 1995 n. 10805, in *Giur. it.*, I, 1, 1996, 1382; per la Spagna: CARRASCO PERERA Á.-CORDERO LOBATO E.-MARÍN LÓPEZ M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, 1043, 1052; per un *excursus* sul medesimo problema in Portogallo v. MENEZES LEITÃO L., *Portugal*, in KIENINGER E.-M. (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, 603.

²²⁶ In Italia, nonostante il codice non preveda requisiti formali per la validità del *leasing*, i diritti del *lessor* saranno tutelati in caso di fallimento solo se sono rispettati i requisiti previsti dall'art. 1524, I comma, per la riserva di proprietà (documento scritto con data certa): BUSSANI M., *I contratti moderni*, 322 ss. In Francia e Grecia, i contratti di *leasing* devono essere registrati per rendere la proprietà del *lessor* opponibile ai terzi; per la Francia v. art. 8 del decreto n. 72-665 del 4 luglio 1972; c. com. art. L. 621-116; per la Grecia v. art. 4 della legge n. 1665/1986, modificato dalla legge n. 2367/1995.

²²⁷ DROBNIG U., *Report of the Secretary-General: International Payments. Study on Security Interests*, (1977) 8 U.N. *Comm'n on Int'l Trade L.Y.B.*, 171-221, U.N.Doc.A/CN.9/SER.A; DROBNIG U., *Empfehlen sich gesetzlichen Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten?*, *Gutachten F zum 51. Deutschen Juristentag*, München, 1976, 98.

²²⁸ Il testo della UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment (2001) è disponibile al sito: www.unidroit.org con riferimenti bibliografici; v. pure il volume speciale della *European Review of Private Law*, n. 12(1) 2004. Più in generale, sul ruolo dell'UNIDROIT nell'armonizzazione del diritto delle garanzie reali: STANFORD M., *From Ottawa to Cape*

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

Di certo neppure le Istituzioni europee sono state insensibili a queste istanze, in particolar modo da quando esse hanno apertamente riconosciuto che le divergenze esistenti tra i sistemi nazionali rappresentano effettivamente un grande ostacolo all'attuazione del mercato interno²²⁹.

L'integrazione giuridica europea delle garanzie mobiliari può essere analizzata sotto due diversi aspetti, quello "legislativo" e quello "culturale".

Per quanto riguarda le attività intraprese a livello "legislativo" dalle Istituzioni UE, i maggiori risultati sono stati raggiunti in materia di contratti di garanzia finanziaria (*financial collateral arrangements*) con la 2002/47/EC²³⁰. Nonostante i limiti connessi a qualsiasi armonizzazione apportata mediante direttive, l'attuazione nazionale di questo provvedimento ha rappresentato un

Town: Unidroit's Role in the Modernisation of the Law Governing Leasing and the Taking of Security, in DAVIES I. (ed.), *Security Interests in Mobile Equipment*, Aldershot, 2002, 397.

La Inter-American Model Law on Secured Transactions (2002) è disponibile al sito: www.oas.org/; v. anche WILSON J.M., *La nueva ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias*, in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2003, 33; CASTRO L.P., *La ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias*, in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2002, 31; GARRO A.M., *Security interests in Personal Property in Latin America: A Comparison with Artiche 9 and a Model Reform*, in (1987) 9 *Houston J. Of Int'l L.*, 157.

Per la Model Law on Secured Transactions della Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo (1994) v. ZEuP, 1998, 766 e RÖVER J.-H., *Vergleichenden Prinzipien dinglicher Sicherheiten*, München, 1999.

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) nel 1997 ha adottato una legge uniforme onnicomprensiva, che disciplina le garanzie personali e le reali, mobiliari e immobiliari; per il testo dell'Acte Uniforme Portant Organisation des Sûretés dell'OHADA v. J.O. OHADA, n. 3 del 1° ottobre 1997 e www.ohada.com/; v. pure il numero speciale della rivista *Droit et Patrimoine* 11/2010, che discute il progetto di riforma di questo atto uniforme.

L'UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade) ha prodotto la 2001 United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (testo reperibile al sito: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables.html), che introduce regole uniformi in materia di cessione del credito anche a scopo di garanzia (v. Explanatory Notes, 29, § 7); peraltro, questa Convenzione non è ancora entrata in vigore; v. SALOMONS A.F., *Deformalisation of Assignment Law and the Position of the Debtor in European Property Law*, in *European Review of Private Law*, 5, 2007, 639 ss., 649 ss. e INFANTINO M., *Note comparative sulle utilità dell'uniformazione: il factoring internazionale e la cessione del credito fra Convenzioni e Principi*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1, 232 ss. L'UNCITRAL ha pure completato, nel dicembre 2007, la Draft Legislative Guide on Secured Transactions (testo e lavori preparatorii sono reperibili al sito: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/Guide_securedtrans.html).

²²⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 12 febbraio 2003, *A More Coherent European Contract Law. An Action Plan*, COM (2003) 68 fin. (in *G.U.C.E.* C63, 15 marzo 2003, 1 ss.), espressamente per le garanzie del credito ai punti 41-43, 63, 67. La competenza delle Istituzioni UE per l'armonizzazione in materia di garanzie reali è discussa da ROTH W.-H., *Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU Mandate for Legislation*, in H. Eidenmüller & E.-M. Kineringer (eds.), *The Future of Secured Credit in Europe*, 36 ss.

²³⁰ Direttiva 2002/47/CE in materia di garanzie finanziarie, in *G.U.C.E.* L168 del 27 giugno 2002, 43 ss. Per la disciplina di alcuni aspetti della riserva di proprietà v. *supra*, nt. 221.

Francesca Fiorentini

importante passo verso le convergenze delle regole nella regione europea: i principi tradizionali dei diritti reali di garanzia, come ad esempio il principio di accessorietà, la regola della specificità, il divieto di patto commissorio, sono stati erosi dalla Direttiva, cosicché le eccezioni a tali principi sono aumentate in maniera omogenea, anche se solo nel settore specifico di operatività della Direttiva. Oltre a ciò, occorre rimarcare che l'armonizzazione giuridica realizzata mediante direttive può produrre effetti cc.dd. "disintegrativi"²³¹, introducendo nel sostrato dei diritti sostanziali nazionali nuove disomogeneità. Pertanto, la rappresentazione tradizionale dei diritti di garanzia nei vari sistemi nazionali potrebbe non corrispondere, a livello operativo, alle soluzioni concretamente sviluppatesi nell'interazione tra diritto nazionale ed europeo. Tutto ciò spiega anche la crescente necessità di riforme legislative a livello nazionale. Vero è che è anche a causa degli interventi cc.dd. "top down" dell'UE che i legislatori nazionali hanno recentemente riformato il diritto delle garanzie del credito. L'esempio più rilevante è rappresentato dalla Francia, che ha riformato nel 2006 in maniera uniforme l'esteso settore delle garanzie reali, mobiliari e immobiliari²³².

L'integrazione giuridica "culturale" è rappresentata invece dall'attività degli accademici, che è anche stata, in molti casi, conseguenza dell'interesse della UE per la materia, da quando il diritto delle garanzie mobiliari è stato fatto oggetto di studio nell'ambito Joint Network on European Private Law (CoPECL) finanziato dalla Commissione UE all'interno del Sesto Programma Quadro per la Ricerca e lo Sviluppo Tecnologico²³³. Questo *network* di ricerca ha pubblicato nel 2009 il già citato *Draft Common Frame of Reference* per il diritto privato europeo, che contiene (al libro IX) anche una parte (composta di regole modello e note nazionali) dedicate alle garanzie reali mobiliari, elaborata dal medesimo *team* di Amburgo che sotto la guida del Prof. Ulrich Drobnig ha elaborato le regole modello in materia di garanzie personali²³⁴.

Sul versante culturale dell'integrazione giuridica europea delle garanzie mobiliari spicca poi la ricerca condotta all'interno del progetto "*The Common Core of the European Private Law*" di Torino, diretto dai Proff. M. Bussani e U. Mattei²³⁵. Come è noto, questo progetto scientifico mira ad approfondire la

²³¹ Per i termini essenziali di questo paradosso v. JOERGES Ch., *The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective*, in *European Law Journal*, 1997, 378; ID., *Disintegrative Effects of Legislative Harmonization: A Complex Issue and a Small Example*, in BUSSANI M.-MATTEI U. (eds.), *The Common Core of European Private Law*, Den Haag, 2003, 105 ss.

²³² V. *supra*, nt. 146.

²³³ Si v. il sito: www.copecl.org.

²³⁴ V. *supra*, § n. 3.4. e nt. 130.

²³⁵ BUSSANI M.-MATTEI U., *The Common Core Approach to the European Private Law*, (1997/98) 3(3) Col. J. E. L., 339 ss.

Capitolo XXI - Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei

conoscenza del diritto vigente in Europa al fine di promuovere la formazione di una reale cultura giuridica europea, senza la quale qualsiasi armonizzazione legislativa rischierebbe di approdare ad un binario morto al momento della sua implementazione a livello nazionale. È chiaro a tutti, infatti, che qualsiasi intervento *top down* è destinato ad essere infruttuoso se le tradizioni nazionali, le abitudini interpretative e le mentalità giuridiche in Europa non saranno alimentate e assistite da una cultura comune. Nell'ambito del progetto "Common Core", il metodo del *factual approach* sviluppato da R.B. Schlesinger negli anni '50 e '60 per lo studio della formazione del contratto e la tecnica della dissociazione dei formanti sviluppata da Rodolfo Sacco sono applicate nell'analisi comparatistica che misura il grado di convergenza e divergenza tra i diversi sistemi²³⁶. Il maggior vantaggio di metodologia è dato dal fatto che essa è in grado di eliminare le false analogie e le false differenze che si producono con le mere descrizioni formali derivanti dalla giustapposizione delle analisi dei sistemi giuridici redatte dai giuristi municipali. I risultati della ricerca del Common Core sulle garanzie mobiliari sono stati pubblicati nel 2004²³⁷.

²³⁶ SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in 39 *AJCL*, 1991, I, 1 ss., II, 343 ss.

²³⁷ KIENINGER E.-M. (ed.), *Security Rights over Movable Property in European Private Law*, Cambridge, 2004.

