

LA GARANZIA

Tradizioni storiche e modelli

a cura di SIMONE BENVENUTI E GIULIETTA ROSSETTI



Roma Tre Press
2025



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. PODDIGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019
19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2021 (III ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2022 (IV ed.)
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020
28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020
29. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020
30. A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020
31. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021
32. E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber amicorum Luigi Moccia*, 2021
33. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021
34. M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V.N. D'ASCOLA (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021
35. F. GRASSI, O. HAGI KASSIM (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, 2021
36. B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dei beni culturali. Atti del Convegno OGIPAC in memoria di Paolo Giorgio Ferri. Roma 27 maggio 2021*, 2021
37. V. MANNINO, *Governo misto romano e repubblicanesimo americano*, 2022
38. V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano di ripresa e resilienza*, 2022
39. E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI, (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, 2022
40. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2020-2021*, 2022

41. J.M. PERIS RIERA, A. MASSARO, *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias. Diritto Penale, Intelligenza Artificiale e Neuroscienze*, 2023
42. A.D. DE SANTIS, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, 2023
43. F. RUGGERI, *Poteri privati e mercati digitali. Modalità di esercizio e strumenti di controllo*, 2023
44. E. RIGO (a cura di), *Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo d'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto*, 2023
45. C. SALVI, *Cinquant'anni di scritti giuridici*, 2024
46. D. CHINNI, L. PACE (a cura di), *Il Referendum abrogativo dopo la tornata del 2022. Nuove tendenze e nodi irrisolti*, 2024
47. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il futuro dell'Accademia. Scritti dedicati agli allievi*, 2024
48. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2022-2023*, 2024
49. F. RIMOLI, S. TALINI, *"Si vis pacem, para bellum"? La guerra e le democrazie europee. Atti del convegno annuale dell'OSDE, Roma 16 febbraio 2024*, 2024
50. G. FIORELLI, E. FRONZA, N. GUZMÁN, D. IPPOLITO, L. MARAFIOTI (a cura di), *Verità e giustizia nel processo penale. Atti del convegno di studi giuridici organizzato dalle Università di Bologna, Buenos Aires e Roma Tre (18-22 gennaio 2024)*, 2025



*Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza*

COLLANA L'UNITÀ
DEL DIRITTO **51**

LA GARANZIA

Tradizioni storiche e modelli

*Diciannovesime giornate di studio Roma Tre - Poitiers
Roma, 29-30 settembre 2023*

a cura di
SIMONE BENVENUTI E GIULIETTA ROSSETTI



Roma TriE-PRESS
2025

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

Day Roman, Iowan Old Style (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press*

Roma, maggio 2025

ISBN: 979-12-5977-464-4

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

La Collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo, perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi, ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare un'adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la Collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanei, atti di convegni e seminari, ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La Collana entra a far parte della struttura di Roma TrE-Press, che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in formato cartaceo quella in formato digitale in *open access*, contribuisce ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Antonio Carratta
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

<i>Prefazione</i>	11
FEDERICA BERTOLDI, <i>Alcune riflessioni in tema di garanzie personali e reali nel diritto romano</i>	13
BARBARA CORTESE, <i>L'evoluzione storica dello strumento 'garanzia' nella vendita</i>	61
DIDIER VEILLON, <i>La garantie des rentes constituées dans l'ancienne France</i>	93
PAOLO ALVAZZI DEL FRATE, <i>Les garanties juridictionnelles : une perspective historique</i>	105
MARIANNE FAURE-ABBAD, <i>La garantie vue comme un pari : la garantie intrinsèque d'achèvement en droit immobilier</i>	117
ETTORE BATTELLI, <i>Il pegno non possessorio sui beni immateriali tra tutela del credito e circolazione della ricchezza</i>	131
SIRIO ZOLEA, <i>Il prestito vitalizio ipotecario alla prova del tempo: un primo bilancio delle esperienze italiana e francese</i>	163
ANTONIO CARRATTA, <i>Garanzia e processo civile</i>	183
MARIA CECILIA PAGLIETTI, <i>Garanzie procedurali e ADR: per una giustizia semi-informale</i>	209
JÉRÔME BOSSAN, <i>Visioconférence dans le procès pénal et garanties procédurales</i>	217
PASCAL RUBELLIN, <i>La propriété garantie et les procédures de désendettement</i>	237
FRANÇOIS BRENET, <i>Les garanties dans les contrats de la commande publique</i>	261
FEDERICA RASSU, <i>La garanzia dei diritti fondamentali nel diritto dell'UE</i>	275

Prefazione

In questo volume sono raccolte le relazioni presentate alle «Diciannovesime Giornate di studio Roma Tre - Poitiers», che si sono tenute a Roma il 29 e 30 settembre 2023 sul tema «La garanzia. Tradizioni storiche e modelli» e in collaborazione fra il Dipartimento di Giurisprudenza di Roma Tre e la Faculté de Droit et des Sciences sociales dell'Université de Poitiers.

Merita innanzitutto sottolineare che la presente raccolta di atti congressuali, anche nella nuova sede editoriale, che la ospita – la Collana del Dipartimento di Giurisprudenza *L'Unità del diritto* per i tipi della Roma Tre-Press – si pone in piena continuità, quanto ad impostazione metodologica e impianto espositivo, rispetto ai volumi relativi alle precedenti Giornate di studio, confermando la prospettiva interdisciplinare e transnazionale della ultraventennale collaborazione scientifica italo-francese.

La varia connotazione disciplinare dei contributi che compongono il volume – che spaziano dal diritto romano alla storia del diritto, dal diritto civile al diritto comparato, e ancora dal diritto processuale, civile e penale, al diritto comunitario – evidenzia come la cifra, anche della diciannovesima edizione di queste Giornate di studio, sia rappresentata dal dialogo tra docenti specialisti in diversi settori disciplinari su un tema comune, nella consapevolezza che la specificità scientifica dei singoli relatori contribuisca a proporre risultati la cui prospettiva problematica valorizzi la percorribilità e la fruttuosità del confronto interdisciplinare.

Questa raccolta di scritti congressuali dedica un'indagine scientifica ad ampio spettro al tema della garanzia, declinandolo nelle sue molteplici varianti disciplinari, tradizioni storiche, configurazioni dogmatiche e modelli ordinamentali: un tema 'classico', quindi, certo non nuovo al dibattito dottrinario, al cui approfondimento in chiave storico-comparatistica l'alto livello scientifico delle relazioni ha fornito un importante contributo anche di dialogo e confronto interdisciplinare. Questa, peraltro, sembra essere la conferma forse più evidente della proficuità di questo progetto di collaborazione scientifica e del reciproco interesse a continuare sulla strada del dialogo, in piena sintonia con la consolidata vocazione internazionale del nostro Dipartimento, oltre che nel ricordo di Paolo Maria Vecchi, alla cui poliedricità scientifica queste Giornate di studio italo-francesi restano profondamente legate.

Simone BENVENUTI
Giulietta ROSSETTI

Federica Bertoldi

*Alcune riflessioni in tema di garanzie personali
e reali nel diritto romano*

SOMMARIO: 1. I *vades* e i *praedes* – 2. Le origini delle stipulazioni di garanzia – 3. Il regresso – 4. Il *mandatum pecuniae credendae*, il *constitutum debiti alieni* e il *receptum argentarii* – 5. Cenni sulle garanzie personali nel periodo postclassico e giustiniano – 6. Le garanzie reali: la *fiducia cum creditore* – 7. L'*usureceptio* – 8. Il regime in caso di inadempimento del debitore – 9. L'*actio fiduciae* – 10. Il *pignus datum* – 11. Il *pignus conventum* – 12. Il pegno come garanzia reale – 13. Oggetto del pegno – 14. Conclusioni sulle garanzie reali.

1. I *'vades'* e i *'praedes'*

Questo contributo non si propone di essere una trattazione completa delle garanzie nel diritto romano: tale ricerca è piuttosto finalizzata a polarizzare l'attenzione su alcuni temi fondamentali.

L'espressione 'garantire' «individua certamente una situazione particolare in cui si realizza il rafforzamento della posizione creditoria: in altri termini, l'accrescimento della sicurezza del creditore di vedere realizzate le proprie aspettative»¹. In linea generale, e con le dovute distinzioni, il rapporto di garanzia ha per presupposto il rapporto garantito, vale a dire il rapporto principale².

Come ha messo in luce il De Martino, «nelle fonti romane non v'è una elaborazione dommatica del concetto di garanzia, né della struttura e della funzione dell'istituto. Le nostre moderne discussioni sul concetto di garanzia sono estranee alla giurisprudenza romana, la quale si preoccupava unicamente, almeno nell'età classica, di costruire i principi più adeguati ai bisogni della vita giuridica e perfino nei grandi sistemi di diritto civile rifuggiva da definizioni astratte e generali»³.

La garanzia di una obbligazione si realizzava, in generale, in due modi

¹ V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. VIII, Torino 1992, p. 615. V. pure: P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, vol. I, *Le garanzie personali*, Padova 1962, p. 3.

² P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, vol. II, *Le garanzie reali*, Padova 1963, p. 99.

³ F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma 1940, p. 1.

fondamentali: mediante l'assunzione dell'impegno da parte di un terzo, il quale sussidiariamente rispondeva dell'inadempimento del creditore (garanzia personale); ovvero riconoscendo al creditore il diritto di agire senz'altro esecutivamente su di una cosa, che il debitore – o anche un terzo – poneva a sua disposizione per l'ipotesi di mancato adempimento dell'obbligazione garantita (garanzia reale)⁴.

Mettendo in luce le similitudini che accomunano le garanzie personali con le garanzie reali⁵, si può dire, sempre con le dovute differenziazioni ed eccezioni⁶, che carattere saliente di una garanzia è l'accessorietà, vale a dire la condizione di subordinazione in cui si trova la garanzia rispetto al rapporto obbligatorio principale; pertanto l'estinzione, o il suo equivalente, dell'obbligazione garantita comportava in generale l'estinzione della garanzia⁷. La terminologia di accessorietà dipende dall'impiego che i giuristi romani facevano in proposito del verbo *accedere*. Questo verbo significa 'avvicinarsi a, aggiungersi a'; *accessio* significa entità che si aggiunge a un'altra⁸.

Iniziando dalle garanzie personali⁹, esse consistono generalmente

⁴ L. BOVE, *Pegno (diritto romano)*, in *NDDI*, XII, Torino 1965, p. 763; A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1991, p. 16.

⁵ È ben mettere in luce che, in materia di garanzie personali e reali, l'Archivio dei Sulpisci (G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* (TPSulp.). Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, I, Roma 1999) si rivela fondamentale, in quanto contiene esempi di *fideiussio* (TPSulp. 54; 57), *fiducia cum creditore* (85-88; 90-93) e *pignus* (45; 46; 51-53; 55; 79; 83; 84). Sul punto v.: E. CHEVREAU, *La pratique du gage dans les Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, in *Festschrift für R. Knutel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, p. 183.

⁶ Su questo v. *infra*.

⁷ Cfr.: FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. II, p. 99; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976, p. 167; J. DE CHURRUCA, *Pignus*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, p. 341.

⁸ F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali. I. Autonomia classica della sponsio* (1937), in *Diritto economia e società nel mondo romano*, Napoli 1995, p. 61; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, vol. II, 1, Torino 2003, pp. 143-144.

⁹ Sulle garanzie personali v. principalmente: E. LEVY, *Sponsio fidepromissio fideiussio*, Berlin 1907; W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Burghaftstipulationen*, Weimar 1932; G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, in *BIDR*, 41, 1933, pp. 497-549; ID., *Corso di diritto romano: le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, vol. I, *Le garanzie personali*, Torino 1934; DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali*, cit., pp. 47-54; ID., *Studi sulle garanzie personali. II. Intorno alla storia della sponsio* (1938), in *Diritto economia e società nel mondo romano*, Napoli 1995, pp. 223-283; ID., *Le garanzie personali*, cit.; ID., *L'origine delle garanzie personali e il concetto di obligatio*, in *SDHI*, 6, 1940, pp. 132-158.; ID., *Fideiussione (diritto romano)*, in *NNDI*, VII, Torino 1961, pp. 271-274; B. BIONDI, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, in *BIDR*, 65, 1962, pp. 105-129; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I; L. LABRUNA, *Interpretazione di Gai 3,119 a*, in *Gaio e il suo tempo*, Napoli 1966, pp. 55-60; M. TALAMANCA, *Fideiussione (sto-*

nell'intervento di un soggetto che, obbligandosi accanto al debitore, fornisce al creditore un'ulteriore possibilità di soddisfacimento¹⁰. Esse assumono nel diritto romano varie forme che col tempo tendono a unificarsi¹¹.

Partendo dalle origini delle garanzie personali, bisogna analizzare innanzitutto i *vades* e i *praedes*, che erano figure del diritto arcaico, create in relazione alla procedura delle *legis actiones*¹².

Il *vas*¹³ interveniva nella fase *in iure* del processo *per legis actiones*; nel caso la procedura davanti al magistrato non potesse concludersi entro il giorno in cui si era iniziata, su richiesta dell'attore il magistrato ordinava al convenuto di fornire un *vas* che garantisse la ricomparizione del convenuto all'udienza di rinvio¹⁴. Pare attestato pure un uso limitato del *vas* nel processo criminale per garantire, quando fosse utile, la comparizione dell'accusato all'udienza¹⁵.

Come ha messo in luce il Biscardi, «il *vas* rispondeva personalmente per la mancata comparizione del convenuto, mentre quest'ultimo rimaneva libero, salva la eventuale possibilità del *vas* di rivalersi su di lui mediante *manus iniectio*, con la quale è verosimile che si agisse pure nei confronti del *vas*, ogni qual volta il convenuto si sottraesse alla *in ius vocatio*»¹⁶.

ria), in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano 1968, pp. 322-343; ID., *Alia causa e durior condicio come limite dell'obbligazione dell'adpromissor*, in *Studi in onore di G. Grosso*, vol. III, Torino 1969, pp. 117-203; BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., p. 18-30; V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino 1992; ID., *Garanzie dell'obbligazione*, cit., pp. 615-621; F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano 1999; V. MANNINO, *Fideiussione e accessorieta*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Convegno internazionale ARISTEC (Salisburgo, 13-15 settembre 2001), a cura di L. Vacca, Torino 2003, pp. 55-104 (ora in ID., *Strutture e forme di tutela contrattuali*, Padova 2004, pp. 35-94; ora in ID., *Questioni di diritto*, Milano 2007, pp. 111-176); M. TALAMANCA, *L'accessorieta della garanzia fideiussoria*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Convegno internazionale ARISTEC (Salisburgo, 13-15 settembre 2001), a cura di L. Vacca, Torino 2003, pp. 147-168; R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione*, in *Scritti per A. Corbino*, vol. I, Tricase 2016, pp. 543-573; M. DE SIMONE, *Alcuni spunti ricostruttivi sulla storia dei praedes*, in *Iura*, 71, 2023, pp. 328-335.

¹⁰ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II, 1, p. 146.

¹¹ TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 322.

¹² S. SCHLOSSMANN, *Praes, vas, vindex*, in *ZSS*, 26, 1905, pp. 285-315; O. GRADENWITZ, *Praedes und praedia*, in *ZSS*, 42, 1921, p. 565-577; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, pp. 88-89.

¹³ V. Cic. *rep.* 2.36.61; *fin. bon et mal.* 2.24.79; *off.* 3.10.45; Dionys 10.8.3-4; Gell. 16.10.8; Liv. 3.13.8; Varr. 1.6.74.

¹⁴ DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali*, cit., p. 141.

¹⁵ Liv. 3.13.8. V.: FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol., I, p. 10; TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 323, nota 4; BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., p. 18.

¹⁶ BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., p. 19.

In relazione ai *praedes*¹⁷, siamo maggiormente informati. *Praes* da *praes-vas*, *praeves*¹⁸: *praes* è «chi risponde in prima linea, prima di ogni altro»¹⁹. Le ipotesi più note sono due: in primo luogo, dopo che le parti si erano scambiate i *sacramenta*, il magistrato assegnava temporaneamente il bene a una delle parti che avrebbe dovuto indicare un *praes litis et vindiciarum* che si assumesse la responsabilità relativa alla distruzione o al deterioramento della cosa oggetto del processo reale; in secondo luogo, il magistrato assumeva anche dei *praedes sacramenti*, che garantivano la somma dovuta all'erario dalla parte che sarebbe risultata soccombente.

In realtà i *praedes* non sono figure che si riscontrano solamente nel processo, in quanto essi possono prestare la garanzia per obblighi assunti dal privato nei confronti del *populus Romanus* o delle *civitates*, in riferimento a contratti di appalto di opere pubbliche e alle cauzioni di magistrati municipali²⁰. Inoltre, siamo informati dell'applicazione dell'istituto dei *praedes* a rapporti tra privati, sempre al di fuori del processo, come ci attesta l'epistolario ciceroniano²¹. Da questo sembra che la forma dei *praedes* avesse una struttura dialogata²² e grazie al caso di L. Tullio Montano, obbligato come *praes* di Flaminio Flamma, nei confronti di L. Munazio Planco, sappiamo che il *praes* era «responsabile per la prestazione che gravava sul debitore principale e che l'adempimento di questa poteva esser richiesto al garante»²³.

Le due istituzioni dei *praedes* e dei *vades* appartenevano al sistema delle soggezioni, che precedette l'introduzione della nozione dell'*obligatio*.

¹⁷ Cic. *phil.* 2. 29.73; Festus (L. 137; 249); Varr. 1.6.74; cfr. pure: DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali*, cit., p. 139; M. DE SIMONE, *Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat. Per una rilettura di Varro, De ling. lat.* 6.74, in *AUPA*, 53, 2009, pp. 165-222.

¹⁸ A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴, (rist. 2001), Paris 1985, p. 532.

¹⁹ O. LENEL, *Zur Ableitung der Worte vas und praes*, in *ZSS*, 24, 1903, p. 414; F. LEIFER, *Altrömische Studien*, V, *Die Herkunft von Sponsio und Stipulatio*, in *BIDR*, 44, 1936-37, p. 193; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme romane*, Roma 1955, p. 126; BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., p. 21.

²⁰ CIL I.2.585; CIL I.2.698(=X. 1781); Lex Municipii Malacitani (FIRA I, n. 24= CIL II.1964), cap. LXIII; LXV; CIL I.2.594, cap. LXXV; Lex Coloniae Genitivae Iuliae (FIRA I, n. 21=CIL II.1.1964), cap. LX; LXXII-LXXV; CIL I.2.583; Lex Municipii Tarentinii (FIRA I, n. 18=CIL I.2.590) cap. 2; Cic. *ad Att.* 12.18a.1; Cic. *ad fam.* 2.17.4; 5.20.3-4; Cic. *phil.* 2.29.73; 2.31.78; Cic. *p. Rab. Post.* 13.37; Cic. *Verr.* 2.1.54.142; 2.1.54.143; 2.1.57.150; Gell. 6.19.5; 6.19.8; Liv. 5.55.3; 22.60.4; 38.58.1.

²¹ Cic. *ad Att.* 12.52.1; 14.16.4.

²² Il *praes* rispondeva alla solenne domanda del magistrato '*praes es?*', '*praes sum?*': Varr. *de ling. lat.* 6.74; Festus (L. 249).

²³ TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 325.

L'assunzione di responsabilità da parte dei *praedes* e dei *vades* si presenta come diretta a garantire il fatto altrui²⁴. In ogni caso essi tendono a scomparire fra il tardo periodo repubblicano e l'inizio del principato.

2. Le origini delle stipulazioni di garanzia

Nel diritto romano la garanzia personale veniva normalmente assunta con una stipulazione accessoria. Gaio ricorda che esistono tre figure di garanti, lo *sponsor*, il *fidepromissor* e il *fideiussor* che si succedono nel tempo²⁵:

Gai 3.116: *Sponsor ita interrogatur: IDEM DARI SPONDES?; fidepromissor <ita>: IDEM FIDEPROMITTIS?; fideiussor ita: ID FIDE TUA ESSE IUBES? [...]*

Il testo del manoscritto veronese ha dato luogo a problemi. Il Böcking²⁶ riteneva che dovesse leggersi *idem* in tutti i casi; viceversa, lo Studemund²⁷ riteneva che fosse scritto *idem* solo per la domanda al *fidepromissor*, mentre negli altri due casi si leggesse solamente *id*.

In passato gli editori e gli studiosi hanno pertanto sostenuto tesi diverse. Alcuni correggevano *id* in *idem* in tutti i casi²⁸; c'era chi correggeva l'*id* in *idem* solo per la *sponsio*²⁹, e altri ancora³⁰ ritenevano che fosse scritto *idem* per *sponsio* e *fidepromissio* e *id* solo per la *fideiussio*. Quest'ultima impostazione è corretta, perché l'impiego della *fidepromissio* non si

²⁴ MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 615.

²⁵ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 11.

²⁶ E. BÖCKING, *Gai Institutiones Codicis Veronensis Apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas scripsit lapidibusque exceptam scripturam publicavit Eduardus Böcking accesserunt Goescheni de Codice Veronensi praefatio et incerti auctoris de iure fisci quae supersunt*, Lipsia 1866, p. 158.

²⁷ G. STUEMUND, *Gaii Institutionum Commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu Academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund*, Lipsia 1874, p. 158.

²⁸ V.: FIRA II, 125; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 22; MANNINO, *Fideiussione e accessorieta*, cit., p. 63.

²⁹ P.F. GIRARD, F. SENN, *Textes de droit romain*, I, Paris 1967, p. 145.

³⁰ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, vol. I, München 1971, pp. 661-663; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II, 1, p. 148, nota 202; BRIGUGLIO, *Fideiussoribus*, cit., p. 24. V. pure: FLUME, *Studien*, cit., pp. 62-63, nota 3; SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, cit., p. 198; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, pp. 614-615.

differenza da quello di *sponsio*. Quanto alla *fideiussio* la forma con *id* è sicuramente la più coerente: ciò è del resto confermato da recenti ricerche sul palinsesto gaiano che attraverso sistemi computerizzati sono state finalizzate a ricostruire le parti più rovinare del palinsesto stesso per colpa di acidi e usura del tempo³¹.

Il passo visto indica il testo della domanda che il creditore rivolge al soggetto dal quale intende farsi garantire il proprio credito.

Incominciamo col sottolineare che «la forma della *sponsio* e quella della *fidepromissio* non si differenziano se non per il fatto che il verbo usato nella prima (*spondere*) può essere validamente usato solo fra cittadini romani, mentre il verbo *fidepromittere* può essere impiegato anche da uno straniero; ma, a parte ciò, il senso dei due verbi è precisamente lo stesso: entrambi significano “promettere”: *fidepromittere* rappresenta una variante di *promittere*, colorita con un’allusione alla *fides*, valore socio-giuridico comune al *ius civile* e al *ius gentium*»³².

La *sponsio* risultò da un semplice impiego della *sponsio* in funzione di garanzia di un’altra *sponsio* precedente e la *fidepromissio* fu introdotta per rendere possibile l’impiego della garanzia anche in negozi a cui partecipasse uno straniero³³. Il garante di *sponsio* e *fidepromissio* si impegna a eseguire la stessa prestazione del debitore principale, tanto che il creditore può chiedere l’adempimento tanto al debitore come al garante stesso. Pertanto, tra garanzia e obbligazione garantita vi è solidarietà, essendo nel periodo classico inapplicabile il *beneficium excussionis*³⁴. Più precisamente queste garanzie non sono altro che stipulazioni che danno luogo a obbligazioni solidali, dove i debitori sono tutti sullo stesso piano.

In epoca classica la *sponsio* e la *fidepromissio* sono idonee a garantire solo obbligazioni *verbis contractae* e in età risalente era richiesta l’*unitas actus*³⁵, cioè l’unità dell’atto costitutivo³⁶. Già nel corso del periodo classico, tuttavia la rigidità di tale requisito sembra subire una graduale attenuazione, presupponendo la *adpromissio ex intervallo*³⁷.

³¹ F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in *Fides, fiducia, fidelitas*, a cura di L. Peppe, Padova 2005, pp. 93-129.

³² CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, pp. 148-149.

³³ *Ivi*, p. 149.

³⁴ MANNINO, *Garanzie dell’obbligazione*, cit., p. 616.

³⁵ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 30; TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 330.

³⁶ G. ROSSETTI, *Le obbligazioni in solido. Modelli romani e disciplina attuale*, Napoli 2013, p. 9.

³⁷ *Ivi*, pp. 10-14.

Veniamo ora a un importante passo di Gaio, dove illustra le differenze tra le tre fattispecie:

Gai 3.118: *Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio <est>, fideiussoris valde dissimilis. 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, (quamvis interdum ipse qui promiserit, non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. Aut illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fideipromissor obligetur).*

Dalla sua lettura si ricava che di regola *sponsio* e *fidepromissio* devono accedere a un'obbligazione valida, anche se ci sono dei casi particolari, in cui si applica un diverso principio che favorisce la dogmatica dell'atto giuridico, rispetto a quella del rapporto giuridico³⁸: vale a dire *sponsio* e *fidepromissio* presuppongono la semplice esistenza formale dell'obbligazione³⁹ e quindi possono essere assunte anche per un'obbligazione non valida⁴⁰. Pertanto, gli *sponsores* e i *fidepromissores* restavano obbligati anche se atti *verbis* produttivi di obbligazione risultavano inefficaci⁴¹: per esempio se una donna o un pupillo avessero promesso senza l'*auctoritas* del tutore⁴².

Venendo alla *fideiussio*, questa appare un istituto assai diverso dai precedenti e si rivela come un negozio più moderno, con 'contorni più marcatamente commercialistici': la domanda del creditore che concreta la stipulazione di garanzia viene indicata nella forma: *id fide tua esse iubes*⁴³.

Nel caso della *sponsio* di garanzia, con la risposta *spondeo* il garante si impegna ad eseguire la stessa prestazione (*idem*) promessa dal debitore principale; invece nella *fideiussio*, pur realizzando questa sempre un'*obligatio verbis contracta*⁴⁴, il garante non si impegna affatto a eseguire la stessa prestazione promessa dal debitore principale, ma si assume la responsabilità per l'inadempimento del debitore principale⁴⁵; pertanto la *fideiussio* si rife-

³⁸ FLUME, *Studien*, cit., pp. 64-75; C.A. CANNATA, *Atto e rapporto giuridico*, in *SDHI*, 57, 1991, p. 337.

³⁹ FLUME, *Studien*, cit., pp. 64-75; DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali*, cit., p. 47.

⁴⁰ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 44.

⁴¹ CANNATA, *Atto e rapporto giuridico*, cit., p. 337.

⁴² DE MARTINO, *Fideiussione (diritto romano)*, cit., p. 272.

⁴³ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 12; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II, 1, p. 154.

⁴⁴ Gai 3.92.

⁴⁵ Non sembra dare importanza a questa distinzione il DE MARTINO, *Le garanzie personali*, cit., vol. I, pp 21-22.

riva al rapporto giuridico garantito⁴⁶. In sostanza il *fideiussor* si impegna, in caso di inadempimento da parte del debitore, a dare lui stesso soddisfazione al creditore, magari anche in forma specifica, ma comunque risarcendogli il danno, pagandogli cioè la stessa somma alla quale il debitore dovrebbe essere condannato se il creditore agisse contro di lui in seguito a tale inadempimento. Con la fideiussione il garante si impegna a risarcire i danni della mancata prestazione. Con le due stipulazioni, quella principale e quella di garanzia, il debitore e il *fideiussor* si impegnano dunque a due prestazioni diverse, e quindi queste due stipulazioni, benché la seconda sia accessoria alla prima, non creano solidarietà⁴⁷, in quanto la responsabilità è assunta nell'interesse del debitore principale. Pertanto siamo di fronte a una stipulazione accessoria che non dà luogo a obbligazioni solidali; quindi, l'essenza dell'accessorietà non sta nella solidarietà e la coincidenza tra solidarietà e accessorialità può considerarsi occasionale. Per esempio, la suddetta solidarietà potrebbe risultare fra più fideiussori, se più d'uno ne siano assunti⁴⁸.

Così concepita la *fideiussio* era adatta a garantire qualsiasi specie di obbligazione contrattuale⁴⁹:

Gai 3.119 a: *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur.*

La stipulazione fideiussoria, essendo rivolta all'obbligazione principale, per essere efficace, doveva presupporre un'*obligatio* valida, *civilis* o *naturalis*⁵⁰: nesso genetico che indica il carattere accessorio chiaramente avvertito dai giuristi romani per la *fideiussio*⁵¹. Come è stato sostenuto dal Cannata, «va notato che Gaio, nel passo [...], dice bensì che con *fideiussio* possono garantirsi tutte le obbligazioni, ma poi precisa che si tratta di tutte le obbligazioni che nascono *re, verbis, litteris, e consensu*, con il che il campo

⁴⁶ CANNATA, *Atto e rapporto giuridico*, cit., p. 336.

⁴⁷ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II, 1, p. 156. *Contra*: G. PROVERA, *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*, in *Studi Sanfilippo*, vol. IV, Milano 1983, pp. 611-612; BRIGUGLIO, *Fideiussoribus*, cit., p. 48.

⁴⁸ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II, 1, p. 156.

⁴⁹ DE MARTINO, *Fideiussione (diritto romano)*, cit., p. 271; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 14, 35; BRIGUGLIO, *Fideiussoribus*, cit., pp. 20-28.

⁵⁰ BRIGUGLIO, *Fideiussoribus*, cit., p. 22.

⁵¹ TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 331.

è limitato alle obbligazioni contrattuali»⁵².

Per quanto riguarda invece le analogie⁵³ di regime, interessante è il seguente passo di Gaio:

Gai 3.126: *In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum fideipromissorum fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. At ex diverso ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus. Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali re.*

La situazione giuridica è comune a *sponsores*, *fideipromissores* e *fideiussores*: essi non possono obbligarsi in modo da dover di più di quanto deve il debitore principale; ma possono obbligarsi in modo da dover di meno, concretando una parziale identità, in quanto l'obbligazione di costoro è accessione di un'obbligazione principale⁵⁴.

L'obbligazione di garanzia poteva essere *in eadem causam* o *in leviores causam*, non poteva essere *in aliam* o *in duriores causam*⁵⁵; in sostanza il garante poteva assumere obbligazioni minori, non più gravose di quelle del debitore principale⁵⁶. Come limite all'ammissibilità della stipulazione passivamente accessoria sono quindi prospettati due criteri, quello della *durior causa* e quello della *alia causa*, vale a dire il garante non può essere responsabile per una prestazione diversa o più gravosa di quella del debitore principale⁵⁷. Affermazione questa che può appunto spiegarsi con il convergente evolversi della struttura della *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*. Originariamente *sponsor* e *fidepromissor* non potevano che promettere l'*idem* del debitore principale, mentre col tempo si sarebbe fatto strada il principio secondo cui era ammissibile la prestazione di una garanzia solo in parte identica all'obbligazione garantita⁵⁸. I giuristi classici col tempo presero coscienza del fatto che a caratterizzare la stipulazione di garanzia non è l'identità della prestazione ma la dipendenza rispetto

⁵² CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, p. 157.

⁵³ È utile anche ricordare che una *lex Cornelia* riguardava tutte le garanzie personali e vietava nello stesso anno di assumere a favore dello stesso creditore garanzie per più di 20.000 sesterzi. V.: CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, p. 165.

⁵⁴ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, p. 167.

⁵⁵ DE MARTINO, *Fideiussione (diritto romano)*, cit., p. 272.

⁵⁶ DE MARTINO, *Fideiussione (diritto romano)*, cit., p. 272; M. TALAMANCA, *Alia causa e durior condicio*, cit., p. 119.

⁵⁷ TALAMANCA, *Alia causa e durior condicio*, cit., pp. 119-203.

⁵⁸ MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 616.

all'obbligazione garantita.

In ogni caso dalle Istituzioni di Gaio apprendiamo che per Gaio risultava comunque ammissibile un'obbligazione di garanzia concretante un *minus debere*, oltre che un *idem debere*. Per quanto riguarda la fideiussione, questa non doveva superare l'entità dell'obbligazione principale e se si estingueva l'obbligazione principale si estingueva anche la fideiussione.

3. *Il regresso*

Un problema assai rilevante in materia di garanzie personali riguarda il regresso, in quanto il meccanismo stipulatorio delle garanzie personali non era in grado di produrre un'azione di regresso che il garante, dopo aver pagato, potesse esperire contro il debitore principale.

Il primo intervento⁵⁹ diretto a colmare questa lacuna fu quello della *lex Publilia*, che diede al garante, che avesse adempiuto in luogo del debitore, un'azione esecutiva, l'*actio depensi* contro il debitore principale⁶⁰.

Da quanto detto risulta dunque che l'azione di regresso si applicava esclusivamente alla *sponsio* e pertanto nasceva il problema del regresso nell'ambito della *fidepromissio* e successivamente della *fideiussio*⁶¹.

Ma la soluzione dell'intero problema fu opera della giurisprudenza, che non riconobbe un regresso legale al garante che avesse adempiuto al posto del debitore principale, ma ricondusse la disciplina di questa fattispecie all'*actio mandati*⁶². I giuristi ravvisavano nel fatto che il garante avesse pagato il debito del debitore l'esecuzione di un mandato del debitore stesso: di conseguenza, il garante per farsi rimborsare la spesa sostenuta nell'esecuzione di tale mandato disponeva dell'*actio mandati (contraria)* contro il debitore principale liberato⁶³.

⁵⁹ Altri interventi legislativi da ricordare sono: la *lex Appuleia*, che, per il caso in cui per uno stesso debito fossero intervenuti più garanti, introdusse un'azione contro ciascuno degli altri cogaranti a favore del garante che avesse pagato il debito in misura maggiore di quanto risultasse dividendo l'ammontare del debito per il numero dei garanti intervenuti; la *lex Furia*, che stabilì che l'obbligazione degli *sponsores* e dei *fideipromissores* si estingueva dopo due anni dal momento in cui era sorta; essa inoltre stabilì che l'obbligazione di costoro, al momento in cui diventasse esigibile, si divideva fra i garanti esistenti in parti uguali. V.: CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, pp. 152-153.

⁶⁰ Gai 4.22. V.: DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali*, cit., p. 136.

⁶¹ TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 337.

⁶² CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II,1, p. 171-172.

⁶³ *Ivi*, p. 172.

In sostanza se la garanzia venisse assunta per incarico del debitore principale, il garante avrebbe esperito l'*actio mandati contraria*, mentre se non ci fosse incarico, il garante avrebbe potuto agire con l'*actio negotiorum gestorum contraria*⁶⁴.

Il *fideiussor* ottenne nello stesso periodo il *beneficium cendendarum actionum*,⁶⁵ col quale poteva ottenere dal creditore, prima di pagarlo, la cessione delle azioni spettanti contro il debitore, accompagnate da eventuali garanzie.

La *fideiussio* era praticamente esente da tutti i limiti che toccavano *sponsio* e *fidepromissio*. L'obbligazione del fideiussore era perpetua e in caso di pluralità di fideiussori, ciascuno era obbligato per l'intero, sicchè il creditore poteva pretendere l'intero da uno qualsiasi di essi. Quest'ultima statuizione, della completa solidarietà fra confideiussori, sembra essere stata eliminata da un'*epistula* dell'imperatore Adriano (*beneficium divisionis*), per la quale l'obbligazione si divideva in parti uguali fra fideiussori solvibili, ossia costringeva il creditore a chiedere a ciascuno dei fideiussori solvibili la propria quota⁶⁶:

Gai 3.121: [...] *Sed nunc ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint, partes petere.*

Col tempo la *fideiussio* assorbì praticamente *sponsio* e *fidepromissio*, le quali in pratica decaddeero nella stessa epoca classica⁶⁷.

4. Il 'mandatum pecuniae credendae', il 'constitutum debiti alieni' e il 'receptum argentarii'

Un altro istituto impiegato dai Romani a scopo di garanzia risulta essere quello del *mandatum pecuniae credendae*⁶⁸, che è un'applicazione

⁶⁴ TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 337.

⁶⁵ Sul tema cfr.: PROVERA, *Riflessioni sul beneficium cendendarum actionum*, cit., pp. 611-659.

⁶⁶ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 19.

⁶⁷ BIONDI, *Sponsio e stipulatio*, cit., p. 128.

⁶⁸ MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 618. V. pure: A. GUARINO, *Il mandatum credendi*, Napoli 1982; D. NÖRR, *Sulla specificità del mandato romano*, in *SDHI*, 60, 1994, p. 367; V. GIUFFRÈ, *Il mandatum pecuniae credendae di Caio Giulio Prudente e Caio Sulpicio Cinnamo*, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di L. Labruna*, vol. IV, Napoli 2007, pp. 2305-2324.

particolare del contratto di mandato⁶⁹: mandato nella forma e garanzia nella sostanza e nello scopo⁷⁰.

In questo caso si dava mandato a un determinato soggetto di trasferire a mutuo, a favore di un terzo, una somma di denaro oppure una data quantità di cose fungibili, «finendosi per sostanziare due distinte ipotesi contrattuali: una di mutuo, posta in essere dal mandatario con il terzo; un'altra di mandato fra mandante e mandatario/mutuante. La garanzia, come è evidente, consisteva nel fatto che il mandatario/mutuante, qualora il mutuatario non avesse restituito le *res* dategli a mutuo, poteva agire contro il mandante, per ottenere l'indennizzo di quanto avesse dato: il che realizzava una forma di garanzia in riferimento ad un contratto di mutuo»⁷¹.

Pertanto, nel *mandatum pecuniae credendae* il mandante garante incarica il mandatario creditore di dare a mutuo una certa quantità di denaro a un terzo. In questo modo il mutuante ha a disposizione, oltre all'*actio certae creditae pecuniae*, per recuperare quanto mutuato, l'*actio mandati contraria* per le spese sostenute nell'operazione creditoria, in esecuzione del mandato⁷². Il mandante assume la posizione di garante, il mandatario mutuante quella di creditore garantito e il mutuatario quella di debitore.

Fondamentale è un noto passo di Gaio:

Gai 3.155: *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, siue ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet. 156. Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quod enim tu tua gratia factururus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi tuae te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamvis eam ei mutuum dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. Item si hortatus sim, ut rem aliquam emeris, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. [Sed] Servius negavit nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam*

⁶⁹ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 199.

⁷⁰ G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, in *BIDR*, 27, 1914, p. 130.

⁷¹ MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 618.

⁷² BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, in *BIDR*, 27, 1914, cit., pp. 129-191; Id., *Il mandato di credito*, in *BIDR*, 28, 1915, pp. 191-260; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, pp. 199; 217; 221; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., vol. I, p. 666; GUARINO, *Mandatum credendi*, cit., pp. 21-38; PROVERA, *Riflessioni sul beneficium cedendarum actionum*, cit., p. 628; NÖRR, *Sulla specificità del mandato romano*, cit., p. 369.

suam faeneraret. <Sed> sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Gaio afferma che il mandato prende consistenza in due ipotesi: che sia fatto nell'interesse del mandante (*mandatum mea gratia*) oppure che sia fatto nell'interesse di un terzo estraneo (*mandatum aliena gratia*)⁷³.

Gaio ci informa che era nata la controversia sulla validità del mandato di prestare interessi a un terzo; più precisamente egli si chiede se possa essere obbligato a titolo di mandato chi chieda a un soggetto di concedere a mutuo una somma di denaro a un soggetto determinato. Qui si prospettano due diverse posizioni: Servio riteneva che non vi fosse alcuna obbligazione, come nel caso di un soggetto che avesse incaricato qualcuno di dare a mutuo denaro proprio; Sabino era dell'opinione contraria, dal momento che l'incaricato non avrebbe dato la somma a mutuo al soggetto indicato dal mandante se non ci fosse stato l'incarico da parte del mandante stesso. Gaio nel passo segue quest'ultima opinione.

Tale controversia ha riguardato l'individuazione della categoria entro la quale inserire il *mandatum pecuniae credendae*: quella del *mandatum tua gratia*, negandone quindi la validità o a un *mandatum aliena gratia*, riconoscendone la validità⁷⁴.

Ulteriori figure impiegate dai Romani a scopo di rafforzamento del credito furono pure il *constitutum debiti alieni* e il *receptum argentarii*⁷⁵.

Con il primo il creditore e un terzo si accordavano per il pagamento, entro un termine perentorio, di un debito preesistente al fine di realizzare il rafforzamento delle aspettative creditorie⁷⁶. Come ha osservato il Frezza, «la promessa del debitore di pagare ad una scadenza fissata il proprio debito è certamente, per comune consenso, il contenuto tipico e primigenio del costituito di debito. Il debitore stabilisce rigorosamente il termine, che non potrà essere oltrepassato, del pagamento, e il creditore, dal canto suo, si affida a questa dichiarazione del debitore, rinunciando alla possibilità di

⁷³ GUARINO, *Il mandatum credendi*, cit., p. 114.

⁷⁴ C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato*, Catania 1947, in *Rivista di diritto romano*, 4, 2004, p. 32. V. pure: A. BURDESE, *Mandatum mea aliena tua gratia*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, vol. I, Napoli 1952, pp. 219-243; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965.

⁷⁵ F. LA ROSA, *Il formalismo del pretore: constituta e recepta*, in *Labeo*, 43, 1997, pp. 202-224; M. VARVARO, *Sulla storia dell'editto de pecunia constituta*, in *Studi in onore di R. Martini*, vol. III, Milano 2009, pp. 829-871.

⁷⁶ VARVARO, *Sulla storia dell'editto*, cit., p. 829.

chiedere prima del termine stabilito»⁷⁷. Il *constitutum debiti alieni* fungeva da garanzia perché il creditore aveva la possibilità di agire nei confronti del promittente per ottenere il pagamento di quanto dovuto dal suo debitore attraverso l'*actio de pecunia constituta*. Il contenuto della obbligazione che il costituente promette costituisce il limite della sua responsabilità, nel senso che la garanzia prestata per un ammontare maggiore si riduce entro l'ammontare dell'obbligazione garantita⁷⁸.

Con il *receptum argentarii* un banchiere assumeva l'obbligo di pagare un debito di un suo cliente⁷⁹: la responsabilità del *receptum* sorgeva nel momento in cui il creditore aveva aderito alla dichiarazione del banchiere⁸⁰. Pertanto, il banchiere risultava responsabile dell'esecuzione di una prestazione avente il medesimo contenuto di quella garantita; dal momento che il creditore poteva ottenere dal banchiere la stessa prestazione che gli era dovuta dal suo debitore, possiamo concludere che il *receptum argentarii* operava come garanzia. Infine il *receptum argentarii* era un negozio che era caratterizzato da una forte autonomia dell'obbligazione del banchiere rispetto a quella del debitore⁸¹.

5. Cenni sulle garanzie personali nel periodo postclassico e giustiniano

Col tempo *sponsio* e *fideipromissio* decadono confluendo nella *fideiussio*, che è riportata nella compilazione giustiniana⁸².

In Occidente e in Oriente *fideiussio* e *mandatum pecuniae credendae* tendono ad assumere la medesima fisionomia. Viene poi mantenuta un'altra forma di garanzia personale: il *constitutum debiti alieni*⁸³.

Si assiste poi alla sostituzione della *fideiussio* verbale con quella scritta,

⁷⁷ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 231.

⁷⁸ Paul. D. 13.5.12. V. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, pp. 268-269; J. PLATSCHECK, *Das Edikt de pecunia constituta*, München 2013, p. 35.

⁷⁹ E. DE RUGGIERO, *Argentarius*, in *Dizionario epigrafico di antichità romane*, I, Roma 1961, pp. 657-661; FREZZA, *Receptum*, in *NNDI*, XIV, Torino 1967, p. 1026; F. FASOLINO, *Sulle tecniche negoziali bancarie: il receptum argentarii*, in *Labeo*, 46, 2000, p. 172; MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, cit., p. 619.

⁸⁰ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., vol. I, p. 276.

⁸¹ FASOLINO, *Sulle tecniche negoziali bancarie*, cit., p. 172.

⁸² TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 338.

⁸³ Interessante in proposito la rubrica di Nov. 4 del 535 d.C. che è la principale novella di Giustiniano in materia di garanzie personali.

come avviene in qualsiasi forma stipulatoria⁸⁴.

Inoltre, si mantiene nel diritto postclassico il *beneficium divisionis*, che verrà anche recepito nel diritto giustiniano. Il vincolo di solidarietà viene soppiantato dal *beneficium excussionis* da Giustiniano, vale a dire dal principio per il quale il creditore ha l'onere di escutere il debitore principale prima del garante.

Il diritto del garante al regresso continua a essere regolato dai principi che reggono la gestione d'affari altrui e permane pure il *beneficium cendendarum actionum* che abbiamo visto essere previsto nel periodo classico.

Per quanto riguarda l'Occidente, i Longobardi introdussero in Italia la *wadiatio*⁸⁵ che consisteva nella consegna della *wadia* al creditore da parte del debitore, sul quale gravava l'obbligo di riscattarla entro tre giorni attraverso un *fideiussor* o *mediator* a cui il creditore consegnava la *wadia*⁸⁶. Si aveva l'immissione nel rapporto di un *fideiussor*⁸⁷ che presumibilmente aveva funzione di assunzione di un ruolo di responsabilità e garanzia. Sembra probabile che il *fideiussor* longobardo fosse tenuto *in solidum* con il debitore principale⁸⁸.

6. Le garanzie reali: la 'fiducia cum creditore'

Venendo ora alle garanzie reali, Pomponio non esita a dire⁸⁹:

Pomp. 11 *ad Sab. D.* 50.17.25: *Plus cautionis in re est quam in persona.*

Le garanzie reali sono dunque considerate nell'esperienza giuridica romana le garanzie per eccellenza.

I diritti reali di garanzia assicurano pertanto il soddisfacimento di un credito del titolare, vincolando a tale scopo una o più cose determinate,

⁸⁴ TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 338.

⁸⁵ Sulla *wadiatio* v. principalmente: G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'alto Medioevo*, Bari 1951, pp. 63-119; G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano. Parte generale*, vol. I, Milano 1952, pp. 194-269.

⁸⁶ TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 339.

⁸⁷ V. in particolare: Roth. 360-366 (G. PADELLETTI, *Fontes iuris italici medii aevi*, I, Torino 1877, n. 174, pp. 159-165).

⁸⁸ TALAMANCA, *Fideiussione (storia)*, cit., p. 340.

⁸⁹ A. JOURDAN, *L'hypothèque. Exposition historique & dogmatique*, Paris 1876, p. 3.

appartenenti al debitore o a un terzo, che sia disposto a fornire la garanzia stessa. Caratteristiche essenziali dei diritti reali di garanzia sono il *ius sequelae* ed il *ius praelationis*.

Il *ius sequelae* o diritto di seguito comporta che il creditore può far valere la garanzia reale, nonostante che la cosa sia uscita dalla disponibilità del debitore o di un terzo che l'hanno costituita.

Il *ius praelationis* implica invece che il creditore sia legittimato a soddisfarsi sulla cosa oggetto del diritto reale di garanzia a preferenza di qualsiasi altro creditore.

La prima forma di garanzia reale è la *fiducia cum creditore*. Su di essa siamo sufficientemente informati grazie a diversi documenti epigrafici scoperti a fine Ottocento in Spagna e a Pompei e anche per merito di altre scoperte più recenti⁹⁰.

La *fiducia cum creditore* consisteva in questo: un debitore proprietario di un bene, con atto formale – *mancipatio* o *in iure cessio* – ne trasferiva la proprietà al creditore, ma il trasferimento aveva luogo per uno scopo particolare. Il trasferimento era quindi accompagnato da un accordo tra le parti, il *pactum fiduciae*, che prevedeva la restituzione della cosa dal creditore al debitore quando il debito fosse stato pagato⁹¹.

Pertanto, la fiducia, dice Gaio⁹², consisteva in una *mancipatio* o *in iure cessio* ed era realizzata per la garanzia di un debito. Con questo istituto la proprietà di un bene veniva trasmessa dal debitore fiduciante al creditore fiduciario a garanzia di una precedente obbligazione, col patto di restituirlo al momento dell'adempimento. Viene utilizzata la *mancipatio* o la *in iure cessio*, a seconda della qualificazione della *res* di volta in volta interessata. La *traditio* non era utilizzata.

Si assiste a un trasferimento di un bene a causa di garanzia con obbligo di ritrasferimento in caso di adempimento. Fino a tale momento, il bene trasferito resterà in proprietà presso il *mancipio accipiens*. In sostanza il creditore è autorizzato a conservare in proprietà fiduciaria il bene sino a che non sia integralmente soddisfatto il suo credito. Se il debito non dovesse essere pagato, allora il bene o resterà in proprietà del fiduciario (*lex commissoria*) oppure verrà venduto all'asta per potersi rifare sul prezzo (*ius vendendi*). Solo in caso di inadempimento il creditore potrà vendere il bene e se il realizzo dell'asta (*auctio*) superi il debito, il debitore avrà indietro il *superfluum*; se esso non risulti sufficiente a coprire il debito, il debitore

⁹⁰ F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012, p. 18.

⁹¹ CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, vol. I, Torino 2001, p. 318.

⁹² V. Gai 2.60.

resterà obbligato nei confronti del creditore per il residuo. Possiamo fin da ora anticipare come il *pactum* fosse un elemento fondamentale e indispensabile nel negozio *fiducia*. Ma soprattutto appare chiaramente dalla *Formula Baetica*⁹³ e dalla *Mancipatio Pompeiana*⁹⁴, come il *pactum fiduciae*

⁹³ Formula Baetica, ll.1-18 (FIRA III, n. 92):

Dama L. Titi ser(vus) fundum Baianum, qui est in agro qui | Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusq(ue) | esset, (sestertio) n(ummo) I et hominem Midam (sestertio) n(ummo) I fidi fiduciae causa manicipio accepit ab L. Baianio, libripende antest(ato). Adfines fundo | dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet. ||

Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi ser(vum) et L. Baian(ium), <uti> | quam pecuniam L. <Titius L.> Baian<i>o dedit dederit, credidit crediderit, exipensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit, | sponpondit <spoponderit>, fideve quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus | eaque mancipia fiducia<e> essent, donec ea omnis pecunia fides|ve persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua qua|que die L. Titio h(eredi)ve eius data soluta non esset, tum uti eum | fundum eaque mancipia, sive quae mancipia ex is <<vellet>> L. Titi|us h(eres)ve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti | venderet; mancipio pluris (sestertio) n(ummo) I invitus ne daret, neve sa||tis secundum mancipium daret, neve ut in ea verba, quae in veriba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neve simplam neve ||[duplam - - -

----- Una questione fortemente discussa in passato è stata quella di sapere quale fosse il carattere di questa iscrizione. Secondo alcuni, essa rappresentava una *mancipatio* fiduciaria realmente avvenuta. Secondo altri, si trattava di un modello generale, di un formulario “standard” relativo a una *mancipatio* fiduciaria, destinata alla redazione di atti dello stesso genere da parte dei pratici. Sul punto: BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 61.

⁹⁴ Mancipatio Pompeiana, p. II, ll. 1-14, p. III, ll. 1-22 (FIRA III, n. 91):

Scriptura interior:

Poppaea Prisci liberta Note iuravit pueros Simplicem | et Petrinum, sive ea mancipia alis nominib[us] | sunt, sua esse seque possidere, neque ea mancipia [...] | ali ulli obligata esse neque sibi cum ul<l>o com[munia] | esse, eaque mancipia singulas sestertis nu[mmis sin]||gulis Dicidadia Margaris emit ob seste[r]tios n(ummos) ∞ LD et | mancipio accepit de Popp<a>ea Prisc[i liberta Note], | tutore auctore D. Caprasio A[mpliato], | libripende in si[ngu]la P. C[- - - - -, an] ctestata est in singula [- - - -].

Dicidadia Margaris cum | || Popp<a>ea Prisci li[b(erta) Note pactum conventum fecit], | uti<que> ea manc[ipia sumtu impensa periculoque tuo sint | supra haec inter se convenerunt pactaeque inter se sunt. | Actum Pompeis IX Kal. L. Iunio Caesennio Paeto P. Calvisio Rusone cos.] .||

[Pactum conventum. Quae mancipia hodie mihi ven]ididisti, ita tibi heredive tuo (?) restituentur, ut antea pecunia, quam | m[u]t[uam] pro duobu[s] mancipiis tibi hodie (?) dedi, o||mnis mihi <h>ere[dive meo solvatur vel ad me ut rede]|at usu ve[ni]at. Si ea pecu[nia omnis mihi heredive meo] || k(alendis) Novem(bribus) primis solu[ta non erit, ut mihi heredive meo liceat] | ea mancip[ia q(ui)bus] d(e) a(gitur) i]dibus D(ecembr(ibus) primis pecunia praesenti] | Pompeis in foro luce palam [vendere - - - neve] | tibi eg[o] neve heres me[us teneamur nisi proptere]a, si mi[nus] de dolo malo ea ve[n]ditione redactum esse]||tatur. i

fosse un atto aggiunto a un atto di trasferimento. Il primo documento, rapportabile all'inizio dell'impero, contiene il formulario di una *mancipatio fiduciaria*, per un prezzo simbolico (*sestertio nummo I*) relativa a uno schiavo (*homo Mida*) e un fondo; nel secondo, del 79 d.C., la *mutuataria*, *Poppea Note*, trasferisce alla mutuante, *Dicidia Margaritis*, la proprietà di due schiavi, *Simplex* e *Petrinus*, a garanzia di un prestito di 1450 sesterzi.

Da quanto detto si comprende come la *fiducia cum creditore* servisse a fornire al creditore una garanzia reale. Questo mezzo proteggeva il creditore da eventuali usurpazioni di terzi e contro la malafede del debitore.

Il fiduciario è un reale proprietario tanto che può disporre della cosa validamente. Di conseguenza la *fiducia cum creditore* costituisce una forma di garanzia particolarmente efficace, anche durante il periodo di coesistenza di pegno ed ipoteca⁹⁵.

Il fiduciario è obbligato alla restituzione mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, una volta che il fiduciante abbia pagato il debito.

Secondo una parte della dottrina⁹⁶, l'obbligazione fiduciaria nascerebbe

Si quo minoris e[a] mancipia q[ui]bus d[e] a[gitur] venie[r]int, in sortis vi] |cem d[e] bebus[t]u[r] mihi herediv[e] meo quae reliqua erunt. | Quod si pluris] ea mancipia q[ui]bus d[e] a[gitur] veni[er]int, id quod superfluum erit reddetur tibi h[er]ed[ive] tuo- - - - -] || ea pecunia [- - - -]. | Utique ea mancipia sumtu in p[er]nsa peri[culo]que tuo sint], |id mihi tecum convenit e[t] pacta tecum sum.

Dicidia |a Margaritis, Popp<a>ea [P]risci lib(erta) Note tuto[re] D. Caprasio Ampliato] & supra h<a>ec inter eas conveneru[n]t pactaeque - - -] || inter se sunt.

Ac[t(um)] Pompeis IX k[al. Novembr.] | L. Iunio Caesennio [Paeto] P. Calvisio Rusone cos. Nonostante se ne sia dubitato, anche di recente (P. MARRA, *Un cas particulier de transfert de propriété à titre de garantie: la Mancipatio Pompeiana*, in *RIDA*, 64, 2017, pp. 177-199; Id., *La mancipatio Pompeiana. Un esempio di alienazione a scopo di garanzia*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità*, Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13-15 novembre 2014), Pisa 2017, pp. 281-306) la dottrina è concorde nel riferire il documento suddetto alla *fiducia*. Sul punto v. da ultimo: M. MILANI, *La fiducia in diritto romano*, Napoli, 2022, pp. 84-89.

⁹⁵ Assai pertinenti sono le seguenti considerazioni di A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino 1949, p. 18: «ora, in epoca arcaica, quando la condizione del debitore è assai dura e la garanzia fiduciaria sorge nell'interesse del creditore forse come riparo all'attenuarsi del primitivo regime di esecuzione personale, è logico che il mezzo iniziale di garanzia sia drastico, consistendo nel trasferimento immediato e solenne della proprietà, con esclusione, tramite il patto commissorio, di qualsiasi responsabilità rispetto alla cosa fiduciata nel caso di inadempimento alla scadenza».

⁹⁶ E.I. BEKKER, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts*, I, Berlin 1871, pp. 125-126; A.A.F. RUDORFF, *Ueber die baetische Fiduciartafel. Eine Revision*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 11, 1873, pp. 84-86; M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, Leipzig 1883, pp. 125-146; A. ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, Livorno 1887, pp. 5-6.; P. OERTMANN, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin 1890, p. 93; A. PERNICE, *Labeo*.

dalla *mancipatio*, con annessa la clausola '*fidi fiduciae causa*'⁹⁷. L'obbligo di restituzione non si fonderebbe su una promessa del fiduciario, ma sulla sottomissione di quest'ultimo alla *lex mancipii*, vale a dire a dichiarazioni relative al diritto trasferito, più propriamente allo scopo della *datio*, imposte unilateralmente dal fiduciante.

Questa impostazione non può essere accettata, in quanto la *mancipatio* e l'*in iure cessio* non possono avere che un effetto reale. Inoltre la proprietà, e in particolare l'effetto reale, non sopporta la sottoposizione né a condizione né a un termine. La proprietà viene costituita da subito e in perpetuo e per ritrasferire la proprietà sarà necessario un altro atto a effetto reale. È

Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, III.1, Halle 1892, pp. 122-123; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, pp. 567-568; A. MANIGK, *Fiducia*, in *RE*, VI, 2, Stuttgart 1909, pp. 2291; 2307; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, Uppsala-Leipzig, s.d., p. 394; G. GROSSO, *Sulla fiducia a scopo di manumissio*, in *RISG*, 4, 1929, p. 254 (ora in *Scritti storico-giuridici*, vol. III, Torino 2001, 192); ID., *Recensione a W. ERBE, Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar 1940, in *SDHI*, 7, 1941, p. 428; H. KRELLER, *Formula fiduciae und Pfandedikt*, in *ZSS*, 62, 1942, pp. 143-208; A. BURDESE, *La menzione degli eredi nella fiducia cum creditore*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1949, p. 328; ID., *Lex commissoria*, cit., p. 9; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit roman*, II³, Paris 1944, pp. 154-155, nota 3; A. WATSON, *The origins of fiducia*, in *ZSS*, 79, 1962, pp. 329-334; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino 1963, pp. 114-115; WATSON, *The Law of obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, pp. 172-179; BURDESE, *Fiducia (diritto romano)*, in *NDDI*, vol. VII, Torino 1968, p. 295; GROSSO, *Fiducia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano 1968, p. 295; J. MACQUERON, *Histoire des obligations*², Aix-En-Provence 1975, p. 85; BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 43; BURDESE, *Recensione a N. BELLOCCI, La struttura della fiducia*, II, *Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983, in *Iura*, 34, 1983, pp. 182-183; G. DIURNI, *Fiducia e negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. VIII, Torino 1992, p. 291; J.PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: donner pour reprendre. Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie gestion*, Bâle-Genève-Munich 2000, p. 119; L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino 2002, 10; V. CARRO, *Ut inter bonos agier oportet et sine fraudatione: una riflessione sul fenomeno fiduciario nel mondo romano e moderno*, in AA.VV., *Riflessioni sulla negoziabilità*, a cura di A. PALMA, Napoli 2013, p. 37; P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *Studi Urbinati*, 83, 2015, pp. 41-43; MILANI, *La fiducia*, cit., pp. 290-306; D. SCHANBACHER, *Treuhand (fiducia)*, in AA. VV., *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Tübingen 2023, 1161.

⁹⁷ Sulla locuzione '*fidi fiduciae causa*' v. di recente: L. PEPPE, *Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi*, in AA.VV., *Fides, fiducia, fidelitas*, a cura di L. Peppe, Padova 2008, p. 175; LAMBRINI, *Le cause del negozio fiduciario*, in *Scritti per A. Corbino*, vol. IV, Lecce 2016, pp. 217-218; M.L. BICCARI., *Fiducia e trust: dai documenti della prassi e dalle fonti giurisprudenziali del diritto romano alle prospettive attuali del negozio fiduciario*, in *Minima epigraphica et papirologica*, 16-17, 2013-2014, pp. 105-117; P. MARRA, *Fiducia e causa*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ. Aggiornamento*, vol. XII, Milano 2019, pp. 223-225.

il contenuto dell'atto legittimo che non può essere fatto che in un certo modo, non ammettendo né termini né condizioni.

Quindi da quanto detto non è ammissibile sostenere che nella *fiducia cum creditore* l'atto di trasferimento faccia sorgere a favore del fiduciario una proprietà temporanea.

Assai più aderente alle fonti è quindi l'altra impostazione⁹⁸, secondo la quale l'obbligo di restituzione deriva dal *pactum fiduciae*, vale a dire un atto bilaterale autonomo che riguarda gli obblighi dell'acquirente. L'operazione fiduciaria è composta di due elementi distinti: la *datio solenne* e il *pactum fiduciae*: dal primo nasce un diritto di proprietà a profitto del fiduciario; proprietà piena e assoluta, nonostante il fiduciario sia tenuto all'osservanza del *pactum*. Il fiduciario grazie alla *mancipatio* è titolare di tutte le facoltà attribuite a un *dominus*. Dal secondo si genera un diritto di credito a profitto del *fiduciae dans*. L'obbligo di restituzione non fa parte del regime della proprietà.

Ci si domanda se il patto necessiti di una forma solenne. Essendo un atto separato dalla *mancipatio*, esso non richiede una forma determinata. Il *pactum fiduciae* è un semplice *pactum conventum* e come tale senza forme prescritte. Dunque il *pactum fiduciae* è un patto accessorio e senza forma.

⁹⁸ A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, *Geschichte des Kauf im römischen Recht*, Deichert, Erlangen 1876, pp. 290-294; F. GENY, *Étude sur la fiducia*, Lorraine, Nancy 1885, p. 13; R. NOUËL, *De l'aliénation fiduciaire*, Paris 1890, p. 30; R. JACQUELIN, *De la fiducia*, Paris 1891, p. 86-87; 168; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milano 1933, pp. 20-21.; G. SEGRÉ, *Corso di diritto romano, Le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, vol. II, *Le garanzie reali*, Torino 1935, p. 46; W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar 1940, pp. 5-6; 31; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II, cit., p. 9; M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli 1982, p. 2, nota 7; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958, pp. 101-103; CANNATA, *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura*, 21, 1970, p. 67; J. MACQUERON, *Contractus scripturae. Contracts et quittance dans la pratique romaine*, Camerino-Nizza 1982, p. 147; DIURNI, *Fiducia. Tecniche e principi negoziali nell'alto Medioevo*, I, Torino 1992, p. 40; P. APATHY, *Die Entwicklung und Gestaltung von Rechtsinstituten durch die Kautelarjurisprudenz am Beispiel der Treuhand im römischen und im österreichischen Recht*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, III, Napoli 1997, p. 376; J.W. TELLEGEN, *Fiducia cum amico contracta dans Plin le Jeune 10.4*, in *Labeo*, 43, 1997, pp. 238-239; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, (trad. ted.), Amsterdam 1999, p. 138; J. BELDA MERCADO J., *Perspectiva histórica de la fiducia romana*, Granada 2002, p. 35; ID., *La mancipatio fiduciae causa como garantía crediticia*, in *Revista General de Derecho Romano*, 9, 2007, pp. 9-16; I. HERNANDO AGUAYO, *Fiducia. Estudios de derecho romano*, Pamplona 2020, pp. 112-113. Cfr. pure di recente: M. FUENTESECA, *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid 2016, pp. 9; 66-71; P. MARRA, *Fiduciae causa*, Milano 2018, pp. 126; 136.

È questo patto che dà senso all'intero atto, che fa dell'alienazione una garanzia reale e che favorisce lo sviluppo dell'istituto.

Il patto non ha quindi effetto reale, ma solo obbligatorio, quindi non è opponibile ai terzi, perché la proprietà appartiene interamente al fiduciario. Di conseguenza il patto, quanto al suo contenuto, era regolato dalla volontà delle parti. L'accordo doveva vertere principalmente sui modi e il tempo della restituzione, perché il *pactum fiduciae* tendeva essenzialmente a obbligare l'acquirente a restituire la cosa.

Il *pactum* doveva poi contenere la menzione del debito garantito. Esso doveva essenzialmente comprendere l'obbligazione imposta al creditore di ritrasferire la cosa, una volta pagato il debito alla scadenza.

Concludendo, l'operazione fiduciaria si componeva di due elementi: una *datio* solenne e un *pactum fiduciae*. Il trasferimento di proprietà avveniva dal *fiduciae dans* al *fiduciae accipiens*; mentre il diritto di credito nasceva a profitto del *fiduciae dans*, avente ad oggetto la restituzione della cosa alienata.

7. L'usureceptio

Gaio vuole occuparsi di quella particolare applicazione della *usucapio* che era l'*usureceptio*⁹⁹. Egli, infatti, nella sua analisi dell'*usucapio*, tratta di questa speciale forma di usucapione che si verifica quando il fiduciante si trova di nuovo nel possesso della cosa:

Gai 2.59: *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. Nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, <etiam> soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.*

Secondo Gaio (oltre ai casi che aveva descritto in precedenza) si *usucapiscit sciens* la cosa altrui *ex aliis causis*. Chi infatti a titolo di fiducia abbia mancipato o ceduto *in iure* una cosa ad alcuno, se egli stesso la possiede, può acquistarne la proprietà mediante il possesso esercitato in un solo anno anche se si tratti di un fondo¹⁰⁰. Tale specie di usucapione è detta *usureceptio*, perché

⁹⁹ V.: F. LA ROSA, *Alla ricerca dell'usureceptio*, in *LR*, 1, 2012, p. 121 s.

¹⁰⁰ V. da ultimo I. HERNANDO AGUAYO, *Usucapio lucrativa*, in *Legal History Review*, 16, 2013, p. 15; ID., *Fiducia*, cit., p. 126 ss.

si riacquista (*recipere*) per usucapione ciò di cui un tempo si era proprietari.

Il fiduciante può possedere ed usucapire la cosa che aveva mancipato o ceduto *in iure* al creditore a titolo di fiducia. In alcuni casi, pertanto, il debitore trasferiva la proprietà del bene fiduciato al creditore senza trasferire anche il possesso, mantenendo il bene a titolo di precario o locazione e ciò avveniva per impedire che maturasse l'*usureceptio*¹⁰¹.

Questa era dunque una forma particolare di *usucapio* creata a vantaggio del fiduciante che avesse conservato o comunque avesse riacquistato il possesso della cosa trasferita in proprietà del fiduciario. Da quanto detto sembrerebbe che l'*usureceptio* dovesse essere la regola e non l'eccezione. Essa sembra nata dalle esigenze della società agraria. Si doveva spesso verificare il caso del contadino che non avesse soldi per le sementi, trasferisse il fondo in fiducia, rimanendo possessore del fondo. Grazie alla *usureceptio fiduciae*, il fiduciante, che riusciva a mantenere il possesso della cosa trasferita poteva riacquistarne la proprietà, anche se il fiduciario si rifiutava di eseguire il *pactum fiduciae*. Con l'estinzione del debito si estinguevano automaticamente il precario e la locazione, permettendo al debitore di usucapire la cosa¹⁰².

L'*usureceptio* comportava due grossi vantaggi. Per facilitare il recupero della cosa il fiduciante usucapiva nonostante la consapevolezza dell'alienità della *res*¹⁰³ e in un solo anno¹⁰⁴.

Pertanto, spesso il fiduciante rimaneva possessore dell'immobile, concessogli in locazione o concessione precaria. Infatti nella pratica era molto frequente la clausola di *precarium* e di *locatio*, in virtù della quale il creditore, divenuto proprietario della cosa, attribuiva al debitore il godimento della cosa a locazione o precario.

Una volta pagato il debito, l'immobile era già in possesso del fiduciante, il quale, grazie all'usucapione abbreviata (*usureceptio*), diventava proprietario dopo un anno. Infatti in seguito al pagamento del debito dovuto si risolveva automaticamente il rapporto di precario e di locazione¹⁰⁵.

¹⁰¹ MARRA, *Fiducia causa*, cit., p. 200.

¹⁰² BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 117.

¹⁰³ È necessario precisare che la consapevolezza dell'alienità della cosa non produce mala fede. Inoltre siamo sempre in presenza di una usucapione titolata, consistendo il titolo nell'atto fiduciario.

¹⁰⁴ BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 118-119.

¹⁰⁵ V.: Iul. 13 dig. D. 41.2.36: *Qui [pignoris causa] <fiducia causa> fundum creditori [tradit,] <mancipio dedit, pecunia soluta> intellegitur possidere. sed et si eundem precario rogaverit, aequ[e] [per diutinam possessionem] <usu>capiet: nam cum possessio creditoris non impediatur capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse [non] debet, cum plus iuris*

8. *Il regime in caso di inadempimento del debitore*

L'alienazione fiduciaria perde la sua ragion d'essere se il debito è pagato: il debitore ha diritto alla restituzione della cosa e quindi, in caso di mancata *remancipatio*, avrà il diritto di intentare l'*actio fiduciae*.

Se il debitore non paga in tempo utile, sono pensabili due diverse possibilità: o la proprietà si trasformava in proprietà piena non limitata dal *pactum fiduciae*; oppure il creditore poteva vendere la cosa e soddisfarsi sul ricavato¹⁰⁶.

In difetto di pagamento, la situazione può essere assai semplice se le parti avevano inserito nel *pactum* una *lex commissoria*. Infatti un aspetto tipico della fiducia più antica è appunto l'uso della *lex commissoria*¹⁰⁷. Si conveniva che, in mancanza di pagamento alla scadenza, il creditore diventava proprietario definitivo della cosa data a fiducia, libero dall'obbligazione di restituire la cosa e l'eventuale eccedenza tra il valore della cosa stessa e l'ammontare del debito. Per effetto di tale clausola, la cosa apparteneva al creditore, che però perdeva contemporaneamente il suo credito, a seguito di annullamento del *pactum fiduciae*. Di conseguenza il debitore non avrebbe più potuto domandare il trasferimento della cosa.

Questa clausola dovette essere, almeno in origine, piuttosto frequente, se non addirittura la regola, essendo parte integrante della fiducia.

Il debitore è posto di fronte a questa alternativa: o pagare e chiedere la restituzione o non pagare e lasciare la cosa al creditore¹⁰⁸.

Nella *lex commissoria*, se la cosa ha un valore superiore al valore del debito, il debitore viene leso nel suo diritto e il creditore avrà fatto un buon affare; se il valore è inferiore, il creditore perde il *surplus* del suo credito¹⁰⁹. Di conseguenza nel corso del periodo classico nasce l'uso di inserire nel patto una clausola che permetta al creditore di vendere la cosa ricevuta in fiducia, in caso di mancato pagamento del debito. Questa clausola diventa la regola, nel diritto classico, malgrado anche una convenzione contraria¹¹⁰.

Tale clausola concilia due diversi interessi: il debitore avrà diritto all'eccedenza del prezzo sul debito e al contrario il prezzo non sufficiente a

in possessione habeat qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet. Sul passo cfr.: BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 96-98; MARRA, *Fiduciae causa*, cit., pp. 176-179.

¹⁰⁶ BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 78.

¹⁰⁷ B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garancia*, Madrid-Barcelona 1998, p. 17.

¹⁰⁸ BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 78-80.

¹⁰⁹ BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 79-80; MARRA, *Fiduciae causa*, cit., p. 207.

¹¹⁰ BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 80.

soddisfare il creditore fa permanere il debito del fiduciante nel *surplus* nei confronti del fiduciario¹¹¹.

L'esistenza del *ius vendendi* nel *pactum fiduciae* è testimoniata non solo da documenti provenienti dalla prassi, ma anche da altre fonti come le *Pauli Sententiae*¹¹²:

Paul. Sent. 2.13.5: *Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvete debitore creditor denuntiare ei sollemniter potest et distrahere: nec enim in tali conventione fiduciae actio nasci potest.*

Se si è convenuto tra il creditore e il debitore che il primo non potrà vendere il bene fiduciato, se il debitore non paga, può farne annunzio solenne e vendere il bene: in effetti il debitore non potrà in questo caso esercitare l'*actio fiduciae*¹¹³.

Per spiegare l'apparente contraddizione bisogna ritenere che per Paolo il *pactum de non vendendo* non poteva evidentemente inficiare quello che era il contenuto consueto del *pactum fiduciae*, nel quale il *ius vendendi* era parte integrante dell'obbligo di restituzione. Il creditore fiduciario ha il potere di alienare validamente il bene fiduciato, *ius vendendi* previsto nel *pactum fiduciae*. Bisogna poi sottolineare che viene ammesso il dovere di restituzione del *superfluum* al debitore fiduciante¹¹⁴.

Quindi divenne consuetudine che le parti si accordassero di mettere all'asta la cosa. Le fonti giuridiche in nostro possesso testimoniano come fosse ben regolata la prassi delle aste, per vendere la cosa data a fiducia¹¹⁵.

¹¹¹ Ivi, p. 80.

¹¹² MARRA, *Fiduciae causa*, cit., p. 214; HERNANDO AGUAYO, *Fiducia*, cit., p. 149. Cfr. pure: D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen II. Versuch einer neunten Palinegenese. Ausführung*, in ZSS, 126, 1996, 156.

¹¹³ BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 172.

¹¹⁴ Paul. Sent. 2.13.1: *Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem*. Il debitore dispone di un'azione contro il creditore fiduciario per recuperare l'eccedente allorché questi, in difetto del pagamento, abbia venduto il bene fiduciato e abbia ricavato più che l'ammontare del credito.

¹¹⁵ BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 82-86. Sull'argomento v. principalmente: TALAMANCA, *Contributo allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, in *Atti della Accademia nazionale dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, 351, 1954, pp. 114-152; L. BOVE, *Proscriptiones nelle nuove tavolette Pompeiane (Tab. Pomp. 19-22)*, in *Rendiconti dell'Accademia di Archeologia lettere e belle arti*, 47, 1972, pp. 167-186 (ora in *Labeo*, 19, 1973, pp. 7-25); F. COSTABILE, *L'auctio della fiducia e del pignus nelle tabelle dell'agro Murecine*, Messina 1992, pp. 59-66; A. RICCELLI, *La procedura di redazione delle testationes per l'escussione della garanzia reale nelle tabulae cerate di Murecine (Pompei)*, in *Minima epigraphica et papyrologica*, 2, 1999, pp. 251-260. Cfr. di recente: MARRA, *Nuove*

9. L'actio fiduciae'

Sulla formula a tutela del debitore fiduciante la dottrina è divisa, ipotizzando alcuni una *formula in factum*, altri una *in ius* ed infine altri ancora una duplicità formulare¹¹⁶. Questa divergenza di opinioni ha ragioni lontane e risale al XIX secolo.

L'*actio fiduciae* era già conosciuta ai tempi di Quinto Mucio Scevola, *pontifex*, verso la fine del II secolo a.C., ma era già divenuta di difficile interpretazione ai tempi di Cicerone. Essa è inoltre accostata alle azioni di buona fede e conteneva la clausola '*UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRUDATIONE*' (come si conviene agire onestamente fra onesti e senza frode). Che l'*actio fiduciae* fosse poi in seguito considerata di buona fede risulta in una fonte successiva delle Istituzioni gaiane, dove l'*actio fiduciae* viene ricompresa tra i *bonae fidei iudicia*, *actio* che però scompare per note ragioni nel periodo giustiniano.

Certamente si trattava di un'*actio in personam*, che si basava sul *pactum fiduciae*. La dottrina si è poi posta il problema di stabilire se si trattasse di un'azione *in ius* o *in factum* o se sia avvenuta un'evoluzione simile a quella che è avvenuta per il comodato e il deposito, dove l'azione *in factum* aprì la via a quella civile di buona fede.

L'*actio fiduciae* sembrerebbe unica e a prima vista assai antica a giudicare dall'infinito '*agier*' che sta in luogo di '*agi*':

Cic. *ad fam.* 7.12.2: *Sed quonam modo ius civile defendes, cum omnia tua causa facias, non civium? Ubi porro illa erit formula fiduciae, UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET?* [...]

Cic. *de off.* 3.17.70: *Nam quanti verba illa UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

osservazioni sulle *auktiones puteolane del pignus di purpurae laconicae*, in *Iuris Antiqui historia an international Journal on Ancient Law*, 14, 2022, pp. 153-169.

¹¹⁶ Sulla letteratura relativa all'*actio fiduciae* v.: BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 30-39; HERNANDO AGUAYO, *Fiducia*, cit., pp. 69-84.

L'arpinate spiega che il pontefice massimo Quinto Scevola attribuiva¹¹⁷ un'ampia portata¹¹⁸ al concetto di buona fede, precisando che quest'ultima trovava impiego concreto¹¹⁹ anche nella *fiducia*; egli diceva poi che il giudice doveva stabilire gli obblighi reciproci delle parti, specialmente quando, nella maggior parte dei casi, avevano luogo i *iudicia contraria*¹²⁰.

Questo passo consente, in particolare, di ricostruire la formula dell'*actio fiduciae*, che sarebbe stata già utilizzata a metà del I secolo a.C. Anzi, l'*actio fiduciae* sembrerebbe unica e a prima vista più antica a giudicare dall'infinito 'agier' che sta in luogo di 'agi'¹²¹. Come ha osservato il Longo¹²², la forma 'agier' sembra peraltro appartenere allo stile edittale dell'ultimo scorcio di età repubblicana, nella quale il linguaggio ufficiale era assai più rozzo e arcaico di quello letterario. Di conseguenza si deve ipotizzare l'esistenza di questa locuzione solo nella formula dei tempi di Cicerone, non in quella successiva.

Considerato il richiamo a Quinto Mucio Scevola, *pontifex*, nello stesso contesto dell'*actio fiduciae*, si può dedurre che l'*actio fiduciae* fosse già conosciuta ai tempi di Quinto Mucio Scevola¹²³, verso la fine del II secolo a.C.¹²⁴, ma era già, seguendo il ragionamento del testo, divenuta di difficile interpretazione ai tempi di Cicerone¹²⁵. Più nello specifico, il richiamo alle parole 'quam illa aurea'¹²⁶ sembrerebbe, come aveva già osservato l'Oertmann¹²⁷, contrastante con un'*actio fiduciae* pretoria.

L'*actio fiduciae* è inoltre accostata alle azioni di buona fede e conteneva la clausola 'ut inter bonos bene agier oportet et sine frudatione'. Tale clausola, essendo riportata anche nella lettera a Trebazio Cic. *ad fam.* 7.12.2, e indi-

¹¹⁷ L'uso dell'imperfetto nei verbi 'dicebat' ed 'aestimabat', secondo il NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 304, rende evidente che Cicerone si riferiva ad un'opinione consolidata e conosciuta.

¹¹⁸ E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, vol. I, Bologna 1927, p. 179; NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., pp. 302-303.

¹¹⁹ Cfr. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 304.

¹²⁰ BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino 2003, p. 96; L. FRANCHINI, *Osservazioni in merito alla recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei*, in *Actio in rem e actio in personam*, a cura di L. Garofalo, vol. II, Padova 2011, p. 140.

¹²¹ Cfr. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 288.

¹²² LONGO, *Corso*, cit., p. 27; NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 288. Cfr.: A. CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, p. 5.

¹²³ Quinto Mucio Scevola visse tra il 140 e l'80 a.C. come scrive il NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 302.

¹²⁴ N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano 1974, p. 41; NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 302.

¹²⁵ Cfr. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., pp. 302-303.

¹²⁶ Non si sa se le parole 'illa aurea' richi amino un'epoca antica; cfr.: *Ivi*, pp. 288-289.

¹²⁷ OERTMANN, *Die Fiducia*, cit., p. 221.

cando chiaramente l'*oportere*, faceva riferimento sicuramente alla formula dell'*actio fiduciae*.

Analizzando la formula in se stessa, la locuzione '*sine fraudatione*' si riferisce all'atto che viola la *fides* su cui riposa il *pactum fiduciae*. Mentre l'espressione '*bene agier ut inter bonos*' richiama i doveri di onestà e correttezza, i quali sono propri di un uomo per bene nei rapporti fiduciari.

Questa azione sanzionava ogni comportamento doloso di chi non rispettava la *fides*. L'*actio fiduciae* era principalmente finalizzata all'adempimento del *pactum fiduciae* e quindi alla *restitutio* della cosa.

Tale azione veniva considerata dai giuristi un'azione di buona fede, per il rapporto che essa proteggeva esternandosi nella clausola '*ut inter bonos bene oportet et sine fraudatione*' e che rimase nella formula in tutta l'età classica.

Dai passi visti possiamo comunque desumere che esisteva un'*actio fiduciae*, con una clausola particolare, che venne in seguito inserita nei giudizi di buona fede.

Problema diverso da quello sinora trattato è quello dell'esistenza di un'azione diretta e una contraria, vale a dire un'azione diretta a riottenere la proprietà della cosa trasferita e un'azione diretta invece ad ottenere il risarcimento delle spese affrontate quando si aveva la proprietà della cosa. Solo secondo il Biondi non esiste una simile azione, considerando che il fiduciario non può far valere le sue pretese che per la via della compensazione e il diritto di *retentio*.

Dunque anche in questo caso due formule, una diretta a riottenere la cosa mancata, azione che si basava sull'avvenuto trasferimento e sull'esistenza del *pactum*; la seconda diretta ad ottenere il rimborso delle spese affrontate a causa del trasferimento, da parte del fiduciario.

La formula di questa azione doveva essere identica a quella *directa*, salvo la modifica delle parti del processo. Questo è detto chiaramente nelle Pauli Sententiae¹²⁸:

Paul. Sent. 2.13.7: *Si creditor rem fiduciarium fecerit meliorem, ob ea recuperanda quae impendit iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium.*

Quando il creditore fiduciario abbia fatto spese di miglioramento sulla cosa fiduciata, il suo diritto al rimborso può essere fatto valere contro il fiduciante con un'azione nascente dalla fiducia.

¹²⁸ M. SIČ, *Fiducia and pignus in sources of post-classical Roman law – Synonyms or terms utilized for different kinds of Pledges?*, in *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 42, 2008, pp. 481; 491.

10. *Il 'pignus datum'*

Se la fiducia è un istituto antichissimo, anche il *pignus*, sebbene successivo, affonda le sue radici in un'epoca assai remota¹²⁹. Il diritto di pegno¹³⁰ fornisce una garanzia reale senza trasferire la proprietà del bene dal

¹²⁹ BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., p. 48.

¹³⁰ La letteratura sul pegno (e l'ipoteca) è vastissima; v. principalmente: PH.E. HUSCHKE, *De pignore nominis eius natura et effectus; speciatim an et quo effectus sub hypotheca generali nomina quoque comprehensa sint*, Göttingen 1820; G.F. PUCHTA, *System des gemeinen Civilrechts zum Gebrauch den Pandektenvorlesungen*, München 1832, pp. 99-115; K.F.F. SINTENIS, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, Halle 1836; MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, II³, Halle 1840, pp. 198-200; A.A.F. RUDORFF, *Ueber die Pfandklagen*, in *Zeitschrift für geschichtlicher Rechtswissenschaft*, 13, 1845, pp. 181-246; J.J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, Basel 1847; C.O. MÜLLER, *Lehrbuch der Institutionen*, Leipzig 1858, pp. 485-516; H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I-II, Leipzig 1860-1864; L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*⁶, München 1865, pp. 579-624; KELLER, *Pandekten*, I², Leipzig 1867, pp. 422-426; PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Leipzig 1873, pp. 424-428; JOURDAN, *L'hypothèque*, cit.; TH. MAREZOLL, *Lehrbuch der Institutionen*, Leipzig 1875, pp. 284-287; C.G. WACHTER, *Pandekten*, Leipzig 1881, pp. 514-518; J. KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, Iena 1882, pp. 63-79; ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca*, cit., pp. 20-31; O. WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888, pp. 395-401; F. SCHULIN, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechtes*, Stuttgart 1889, pp. 424-431; N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris 1899; CUQ, *Hypotheca*, in *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, III, Paris 1900, pp. 354-358; T. BRUNO, *Ipoteca*, in *Dig. it.*, vol. XIII, Torino 1901-1904, pp. 274-612; A. MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, vol. I, *Zur Geschichte der römischen Hypothek*, Breslau 1904; A. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I⁹, Frankfurt 1906 (rist. 1963), pp. 1125-1129; E. WEISS, *Pfandrecht Untersuchungen*, vol. I, Weimar 1909; WETTER, *Pandectes*, II, Paris 1909, p. 319; R. DE RUGGIERO, *Il divieto d'alienazione del pegno*, Cagliari 1910; M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Upsala 1910; H. ERMAN, *Pignus hypothecave*, in *Mélanges P.F. Girard*, vol. I, Paris 1912, pp. 419-455; TH. THALHEIM, *Hypotheca*, in *RE*, vol. IX,1, Stuttgart 1914, pp. 343-414; A. MANIGK, *Pfandrecht*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, vol. IV, Berlin-Leipzig 1927, pp. 455-467; U. RATTI, *Sull'accessorietà del pegno e sul ius vendendi del creditore pignoratizio*, Macerata 1927; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, pp. 119-130; G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I², Milano-Torino-Roma 1917, pp. 1-44; SEGRÉ, *Corso di diritto romano*, cit., vol. II, pp. 203-241; E. CARRELLI, *Sulla accessorietà del pegno nel diritto romano*, Roma 1934; A. MANIGK, *Pignus*, in *RE*, vol. XX,1, Stuttgart 1941, pp. 1239-1284; M. BARTOŠEK, *La responsabilità del creditore e la liberazione del debitore nella vendita pignoratizia secondo il diritto romano*, in *BIDR*, 51-52, 1948, pp. 238-280; BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 95-223; S. SOLAZZI, *Sull'obbligazione garantita del pegno corporale*, in *SDHI*, 23, 1957, pp. 311-323; M. SARGENTI, *Il de agri cultura di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in *SDHI*, 22, 1956, pp. 158-184; S. TONDO, *Pignus e precarium*, in *Labeo*, 5, 1959, pp. 157-210; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., II, pp. 79-111; A. WATSON, *The*

debitore al creditore¹³¹, il quale ne acquistava pertanto solo il possesso¹³².

Come sostenuto dall'Arangio Ruiz¹³³ dalla prassi di concedere a titolo precario al debitore il godimento del bene concesso in garanzia sarebbe nato il pegno¹³⁴.

Secondo la De Iuliis, la parola *pignus* deriva dal verbo greco 'πήγνυμι e dal verbo latino *pangere*¹³⁵. Il termine *pignus*, dal senso originario di 'pianare in terra', come aggettivo sostantivato, dapprima avrebbe assunto il significato materiale di 'ciò che è stato fissato' e in seguito a un processo di astrazione avrebbe designato 'ciò che è sicuro', quindi una garanzia¹³⁶.

Non bisogna però trascurare un testo di Gaio che prospetta una diversa derivazione:

law of obligations, cit., pp. 179-184; W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in *ZSS*, 90, 1973, pp. 150-170; BOVE, *Pegno*, cit., pp. 763-766; H. ANKUM, *Pignus und novatio im klassischen römischen Recht*, in *Festschrift für E. Seidl*, Köln 1975, pp. 1-14.; C. RASCON, *Pignus y custodia en el derecho clasico*, Oviedo 1976; J. DE CHURRUCA, *La pignoración tácita de los invecsta et illata en los arrendamientos urbanos en el derecho romano clásico*, in *RIDA*, 24, 1977, pp. 189-231; A. BURDESE, *Pegno (diritto romano)*, in *Enc .dir.*, vol. XXXII, Milano 1982, pp. 662-674; KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, cit.; H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, vol. IV, Milano 1983, pp. 587-630; R. ROBAYE, *Sanction judiciaire du contract de gage en droit romain classique*, in *RIDA*, 34, 1987, pp. 311-326; F. LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus e l'actio Serviana*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, vol. VII, Milano 1987, pp. 281-316; EAD., *Ricerche sull'origine del pignus*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, vol. III, Milano 1988, pp. 61-94; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., pp. 333-386; G. HANARD, *Interdit salvien et action servienne. La genèse de l'hypothèque romaine*, in *RIDA*, 41, 1994, pp. 239-286; G. KRÄMER, *Das Besitzlose Pfandrecht*, Köln-Weimar-Wien 2007, pp. 21-37; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, pp. 320-340; DE IULIIS, *Pignus appellatum a pugno. Una questione etimologica e di palingenesi decemvirale*, in *LR*, 2, 2013, pp. 245-319; EAD., *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salviano*, Torino 2017; M. FUENTESECA, *Pignus e hypotheca en su evolution historica*, Santiago de Compostela 2013; R. PERANI, *Pignus distrahere. La vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio*, Milano 2021, pp. 35-49; D. SCHANBACHER, *Pfandrechts (pignus, hypotheca)*, in *AA. Vv., Handbuch des Römischen Privatrechts*, vol. I, Tübingen 2023, pp. 1179-1234.

¹³¹ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., I, p. 320.

¹³² G. NICOSIA, *Possessio pignori dantis, possessio precario dantis, possessio in solidum*, in *Iura*, 64, 2016, p. 257.

¹³³ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1987, p. 263.

¹³⁴ Sul tema a titolo esemplificativo v. di recente P. FERRETTI, *Recensione a DE IULIIS, Studi sul pignus conventum*, cit., in *SDHI*, 34, 2018, p. 506.

¹³⁵ RASCON, *Pignus y custodia*, cit. 15-16; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 32.

¹³⁶ DE IULIIS, *Pignus appellatum a pugno*, cit., pp. 248-249; EAD., *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 34.

Gai. 6 *ad leg. XII tab.* D. 50.16.238.2: *'Pignus' appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.*

Pignus è chiamato così *a pugno*; perché le cose che vengono date in pegno si consegnano con la mano¹³⁷. Da ciò sembra corretto che alcuni ritengano che il pegno propriamente si costituisca su una cosa mobile di cui si fa la consegna manuale al creditore¹³⁸.

Questa definizione sembra evocare l'immagine di 'un pugno stretto su qualcosa', al quale si collega la spiegazione che delinea il passaggio di mano in mano di *res* destinate a garanzia, attuato mediante semplice consegna. Gaio ha inteso far emerge dal brano l'elemento della concreta traslazione della *res* quale tratto distintivo dell'origine dell'istituto¹³⁹. Non meraviglia che la prima forma di pegno si costituisca trasferendo al creditore il possesso della cosa pignorata; in questo caso si parla di pegno manuale o *pignus datum*¹⁴⁰, che è la forma di pegno che si è costituita successivamente alla creazione della *fiducia cum creditore*.

Pertanto, il pegno è un diritto attribuito a un soggetto su di una cosa altrui, che gli permette di disporre di tale cosa a garanzia di un proprio credito. Quindi al creditore è attribuito il diritto, se il debito non venga pagato, di soddisfarsi sulla cosa ricevuta in pegno. La peculiarità del diritto di pegno sta nel fatto che la cosa oggetto del pegno è in qualche modo riservata al creditore e, in caso di inadempimento, diventerà di proprietà del creditore a svantaggio di tutti gli altri creditori del debitore.

Durante il periodo in cui la cosa è nelle mani del creditore, questi deve essere in grado di recuperarla se altri gliela sottraggano: pertanto il creditore è considerato possessore *ad interdicta* e la consegna della cosa fatta dal debitore pare essere una *traditio possessionis*, avendo generato un trasferimento del possesso¹⁴¹; essendo però tale *traditio* stata fatta a scopo di garanzia essa non è fornita di *iusta causa* e quindi è inidonea al trasferimento della proprietà o all'usucapione¹⁴².

Il pretore riconobbe in un primo tempo una tutela interdettale (attraverso

¹³⁷ BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 146; ID., *La dottrina romana*, cit., p. 52.

¹³⁸ SEGRÉ, *Corso di diritto romano*, cit., vol. II, p. 205.

¹³⁹ DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 43.

¹⁴⁰ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, pp. 321-322.

¹⁴¹ BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 143.

¹⁴² BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 143; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 322.

gli interdetti possessori), in seguito, nell'ultima età repubblicana¹⁴³, concesse l'*actio pigneraticia in personam in factum* a tutela del debitore che, avendo adempiuto, intendesse riottenere il bene. Come è stato autorevolmente notato, «l'accordo sul pegno, che aveva permesso la consegna della cosa al creditore, era comunque una convenzione che creava obbligazioni tra le parti, sanzionate con un'azione *in personam*, detta *actio pigneraticia*»¹⁴⁴. Tale azione tutelava il debitore che, una volta adempiuto al debito garantito, intendesse riavere indietro il bene trattenuto dal creditore già soddisfatto¹⁴⁵. Pertanto il pegno si presenta come un contratto reale che fonda l'obbligo del creditore pignoratizio quando sia stato soddisfatto il debito garantito¹⁴⁶.

Concludendo l'indagine sul *pignus datum*, tale azione tutelava l'accordo di pegno con carattere contrattuale ed era diretta alla restituzione del bene.

In un primo tempo il pegno non adempiva di per sé a 'funzione soddisfattiva' del creditore, risolvendosi da parte di questi nel diritto di tenersi il bene del debitore: ciò implica la sua accessorietà rispetto all'obbligazione garantita¹⁴⁷. Funzione satisfattiva diretta sulla cosa pignorata sarebbe assicurata in base a convenzioni particolari; ci si riferisce alla *lex commissoria*, per la quale il creditore può trattenersi la cosa in proprietà a titolo di soddisfazione del credito, e al *pactum vendendi*, che diviene, con la fine dell'età classica, elemento implicito del regime pignoratizio¹⁴⁸.

11. Il 'pignus conventum'

Al di là del problema strettamente filologico, il termine *pignus* era già presente nel *De agri cultura* di Catone¹⁴⁹ (console nel 195 e morto nel 149)¹⁵⁰, in formulari relativi alla vendita di prodotti di coltivazione e

¹⁴³ BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 142.

¹⁴⁴ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 324.

¹⁴⁵ BURDESE, *Pegno*, cit., p. 665.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 671.

¹⁴⁷ *Ivi*, p. 665.

¹⁴⁸ BURDESE, *Pegno*, cit., p. 665; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., pp. 355-360.

¹⁴⁹ Si veda: M. LAURIA, *Cato de agri cultura*, in *SDHI*, 44, 1978, pp. 9-44.

¹⁵⁰ Nei capitoli 146-150 del *De agri cultura* di Marco Poercio Catone «sono conservati i formulari relativi alla vendita di prodotti della coltivazione e dell'allevamento del bestiame di un fondo rustico, nei quali compaiono clausole che prevedono la costituzione di un pegno: si tratta della testimonianza più antica a noi pervenuta direttamente di un pegno stabilito a garanzia di relazioni fra privati ...» (DE IULIIS, *Studi sul pignus*

dell'allevamento del bestiame di un fondo rustico¹⁵¹. In particolare, vengono descritte varie forme di contratti agrari che servivano da modello per i proprietari che volevano sfruttare le loro terre e che venivano utilizzati nella pratica del tempo¹⁵². Si tratta di tre *leges venditionis*, cioè formulari in cui si stabiliscono le condizioni per la vendita dei diversi prodotti agricoli¹⁵³ (vendite delle olive dalla pianta, vendita del pascolo invernale, vendita dei frutti di un gregge). I casi descritti da Catone hanno in comune l'esistenza di un debito; ma il modello più interessante è il primo (Cat. agr. 146.2). Il contratto di compravendita prevede che il compratore sia tenuto a promettere di eseguire i pagamenti dovuti e a fornire garanzie di tale specifica *stipulatio*; finché il pagamento non sia avvenuto o le garanzie non siano state fornite, i beni che sono stati portati nel fondo dal compratore costituiscono pegno¹⁵⁴. Ma se una cosa venga sottratta, il venditore diventerà proprietario del bene (*dominus esto*) e potrà rivendicarlo contro chiunque lo possenga¹⁵⁵.

La aggiornata dottrina romanistica¹⁵⁶, soffermandosi soprattutto sul formulario relativo alla vendita di olive, lo ha considerato come il più antico caso di *pignus conventum*, poiché l'acquirente del raccolto conserverebbe il possesso di tutto ciò che ha introdotto nel fondo. Tuttavia qui non è chiaro se l'acquirente del raccolto conservi il possesso dei beni cosiddetti pignorati.

In realtà esiste un elemento importante che caratterizza la fattispecie illustrata da Catone: c'è l'introduzione nel fondo del venditore degli

conventum, cit., p. 76). V. soprattutto: Cat. agr. 146.2: [...] *Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit promittito, satisque dato arbitratu domini; donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt; ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit, domini esto*; Cat. agr. 149.2: [...] *donicum pecuniam <solverit aut> satisfecerit aut deligarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunt. Si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat*. Cat. agr. 150: *Fructum ovium hac lege venire oportet: [...] 2. [...] Conductor duos menses pastorem praebeat; donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto*.

¹⁵¹ BURDESE, *Lex commissoria*, cit., pp. 98-109; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 77.

¹⁵² FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., p. 19.

¹⁵³ FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., p. 20.

¹⁵⁴ *Ivi*, cit., p. 22. Ciò che rileva è che l'espressione '*pigneri sunt*' o '*pigneri esto*' compare in tutti i testi di Catone.

¹⁵⁵ *Ivi*, pp. 22-23.

¹⁵⁶ Su questo dibattito cfr. in particolare: SARGENTI, *Il de agri cultura di Catone*, cit., pp. 161-164; FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, in *Studi Betti*, II, Milano 1962, pp. 435-444; BURDESE, *Pegno*, cit., p. 664; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 360; FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., pp. 19-24; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., pp. 91-97.

attrezzi agricoli dell'acquirente, che sono lo strumento indispensabile per ottenere l'oggetto della vendita. Si è pensato a un trasferimento del possesso mediato a favore del venditore (e proprietario dell'immobile) sui beni¹⁵⁷, ma in realtà nel contesto di Catone il pegno non è un diritto reale su cosa altrui, perché esso, per essere tutelato deve trasformarsi in proprietà¹⁵⁸.

Per questi motivi, il pegno di cui parla Catone pare rappresenti una fase iniziale e ancora primitiva dell'istituto del pegno¹⁵⁹.

Solo più tardi, sotto la spinta di nuove istanze¹⁶⁰, si conobbe anche il pegno costituito con un semplice accordo¹⁶¹, senza trasferirne al creditore il possesso¹⁶²; e allora si parla di *pignus conventum*; già i Romani usarono per il pegno convenzionale, nella sua valenza generalizzata, il termine greco latinizzato *hypotheca*¹⁶³, che resta nel linguaggio giuridico moderno; che sta a indicare un diritto che può essere costituito solo sugli immobili o sui mobili iscritti nei registri pubblici.

Il *pignus conventum* importava che una cosa determinata rimanesse vincolata a garanzia del creditore, pur restando nella disponibilità del debitore e, quindi senza alcun trasferimento non soltanto del *dominium*, ma anche del possesso, dal debitore al creditore¹⁶⁴. Il *pignus conventum* pertanto era realizzato senza trasferire al creditore pignoratizio il possesso della cosa, essendo imperniato su una mera convenzione priva di formalità¹⁶⁵. Qui il trasferimento non c'era, ma esisteva un effetto obbligatorio che attribuiva l'effetto reale solo quando serviva.

In concomitanza con l'impiego di locazioni dei fondi rustici, nell'ultimo secolo della Repubblica, è verosimile che si diffondesse l'uso di costituire un pegno fra locatore e conduttore avente ad oggetto i beni, come gli strumenti

¹⁵⁷ FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., p. 23.

¹⁵⁸ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 321. *Contra*: MANIGK, *Pignus*, cit., p. 1247; BURDESE, *Lex commissoria*, cit., p. 99.

¹⁵⁹ BURDESE, *Pegno*, cit., p. 664.

¹⁶⁰ DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 113.

¹⁶¹ Ulp. 40 *ad Sab. D.* 13.7.1 pr.: *Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.*

¹⁶² MANIGK, *Pignus*, cit., p. 1246; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., II, p. 88; BOVE, *Pegno*, cit., p. 764; BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 150.

¹⁶³ BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 171; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 324. Questa forma di garanzia pertanto era identificabile «con una duplice denominazione di matrice linguistica eterogenea». Cfr.: Marc. D. 20.1.5.1. V.: DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 7.

¹⁶⁴ BOVE, *Pegno*, cit., p. 764.

¹⁶⁵ DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 2.

di lavoro e gli animali, che l'affittuario portava con sé nel fondo¹⁶⁶. Si tratta di tutte quelle cose delle quali il colono non potrà privarsi, perché senza di esse egli non sarebbe in grado di provvedere alla coltivazione del terreno, da cui trarrà poi il denaro per pagare i canoni d'affitto¹⁶⁷. Quindi, nel momento della conclusione del contratto di locazione del fondo, locatore e conduttore si accordavano affinché gli strumenti di lavoro e gli animali fossero da considerare come pegno a garanzia del pagamento del canone.

Pertanto anche il pegno convenzionale si conclude con un accordo delle parti, solo che il possesso della cosa resta al pignorante (che è normalmente il debitore, ma può essere anche un terzo¹⁶⁸), poiché altrimenti il conduttore avrebbe perso i suoi strumenti di lavoro¹⁶⁹.

Ne consegue che l'*actio pigneraticia in personam* non è più necessaria, ma che d'altra parte si pone il problema di fornire al creditore, quando questi risulti insoddisfatto, un mezzo per conseguire il possesso della cosa di modo che egli la possa vendere per soddisfarsi sul ricavato o magari appropriarsene¹⁷⁰.

L'oggetto del pegno viene definito come l'insieme delle cose che il colono ha portato nel fondo o dei beni di pertinenza di un inquilino: *invecta, illata, importata, inducta*, "le cose portate nel fondo", cioè quelle cose portate nell'immobile, affinché vi rimanessero in modo permanente¹⁷¹; questi termini indicano l'atto del "portare qualcosa dentro"¹⁷²: nelle locazioni rustiche si tratta soprattutto degli strumenti di lavoro; pertanto, il conduttore restava in possesso degli utensili e attrezzi portati nel fondo, animali e schiavi che servivano per la coltivazione, col patto, però, che, in caso di mancanza di pagamento, il locatore avrebbe potuto ottenere quei beni mobili¹⁷³:

¹⁶⁶ BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 150; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 114.

¹⁶⁷ BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 151; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, pp. 326-327; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., pp. 114-115.

¹⁶⁸ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, pp. 325-326.

¹⁶⁹ BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 151.

¹⁷⁰ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 326.

¹⁷¹ Pomp. D. 20.2.7; Scaev. D. 20.1.32. Su passi v.: DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., pp. 135-136.

¹⁷² DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 117; EAD., *Invecta et illata: una categoria di beni meritevoli di tematizzazione fra passato, presente e futuro*, in *A New Role for Roman Taxonomies in the Future of Goods?*, Atti del convegno internazionale di Padova (19 maggio 2022), a cura di M. Falcon, M. Milani, Napoli 2022, p. 246.

¹⁷³ BRUNO, *Ipoteca*, cit., p. 283; LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus*, cit., pp. 290-291.

C. 4.65.5 (a. 223): *Certi iuris est ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. [...]*

Quindi, interverrà un unico accordo informale al momento della conclusione del contratto d'affitto, col quale il colono darà in pegno al locatore tutti i beni che porterà nel fondo durante il rapporto d'affitto¹⁷⁴. Tale accordo risulta implicito se si tratta di locazioni urbane:

Nerat. 1 membr. D. 20.2.4: *Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.*

Mentre nel *pignus datum* il creditore aveva il possesso del bene e quindi poteva servirsi degli interdetti possessori, il creditore che aveva il *pignus* sugli *invecta et illata*, non avendo il possesso degli stessi, era privo della normale tutela interdittale. Pertanto il pretore introdusse a favore del *locator*, in quanto creditore insoddisfatto dei canoni, un interdetto per ottenere il possesso dei beni pignorati a suo favore¹⁷⁵: l'*interdictum Salvianum*¹⁷⁶, interdetto¹⁷⁷ rientrante nel gruppo degli interdetti *adipiscendae*

¹⁷⁴ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 327.

¹⁷⁵ LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus*, cit., pp. 284-285; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, pp. 328-329.

¹⁷⁶ Il testo è stato ricostruito dal JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 104, nel modo seguente: *Si is homo quo de agitur est ex his rebus de quibus inter te et conductorem convenit ut quae in eum fundum quo de agitur, inducta, illata, ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius fundi essent, neque ea merce tibi soluta, eove nomine sadsatisfactum est, aut per te stat quominus solvatur, ita quominus eum ducas, vim fieri veto.* In relazione a questo interdetto, non si sa chi fosse il *Salvius* che gli diede il nome.

¹⁷⁷ In materia di locazioni urbane, il locatore insoddisfatto è autorizzato a impedire con la forza al conduttore l'asportazione dei mobili tramite la *perclusio* (atto di autodifesa privata), mentre è concesso al conduttore l'*interdictum de migrando* per ottenere, a pagamento avvenuto, il venir meno della *perclusio* stessa. Sul punto v.: BURDESE, *Pegno*, cit., 665; LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus*, cit., pp. 290-291.

*possessionis*¹⁷⁸, concesso al *dominus fundi*, *locator* di un fondo rustico¹⁷⁹, contro il conduttore/debitore¹⁸⁰ per impossessarsi degli *invecta et illata*, quando non sia stato pagato il canone dovuto¹⁸¹:

Gai 4.147: *Interdictum quoque quod appellatur Salvianum adipiscendae possessionis <causa> comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

L'interdetto era esercitabile nel caso in cui il colono non pagasse l'affitto o sottraesse i beni dallo *status loci*¹⁸². In virtù di tale interdetto il locatore poteva impadronirsi degli *invecta et illata*, che il conduttore volesse asportare dal fondo¹⁸³: si trattava per il creditore di acquisire il possesso di cose che non aveva mai posseduto¹⁸⁴.

La dottrina è ancora divisa sulla tipologia dell'interdetto: per alcuni è proibitorio, per altri è restitutorio¹⁸⁵. Probabilmente si configurava come un interdetto proibitorio, attraverso il quale il pretore ordinava al colono di non impedire al *dominus fundi* di appropriarsi degli strumenti di lavoro, in caso di mancato pagamento o della loro sottrazione dallo *status loci*.

¹⁷⁸ Gai 4.147: *Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis <causa> comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset*; Paul. 63 ad ed. D 43.1.2.3: *Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt possessionis aut recipiendae aut retinendae. adipiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem. sunt autem interdicta adipiscendae possessionis 'quorum bonorum': Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est: et 'quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto'. [...]; I. 4.15.3: [...] interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

¹⁷⁹ DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., pp. 169; 235.

¹⁸⁰ C. 8.9.1 (238): *Si te non remittente pignus debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt venundedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit), sed Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda.*

¹⁸¹ BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., pp. 144; 155; FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., p. 37; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 242.

¹⁸² FUENTESECA, *Pignus e hypotheca*, cit., p. 38.

¹⁸³ Gai 4.147. V. BOVE, *Pegno*, cit., p. 764.

¹⁸⁴ JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 106; BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 152.

¹⁸⁵ Sul dibattito in dottrina v.: LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus*, cit., pp. 307-312; DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., pp. 238-255.

12. Il pegno come garanzia reale

Il pegno si discosta dalla fiducia perché il fiduciario è titolare di un diritto di proprietà, mentre il regime del pegno è stato costruito evitando appunto la proprietà del creditore pignoratizio¹⁸⁶.

Per superare questa situazione è stato necessario creare un'*actio in rem* che tutelasse il creditore pignoratizio, visto l'insufficienza in questo senso dell'*interdictum Salvianum*¹⁸⁷. Solo così il creditore pignoratizio può divenire titolare di un diritto su cosa altrui e il pegno divenire realmente un diritto reale frazionario¹⁸⁸.

Il passo decisivo viene compiuto da Servio Sulpicio Rufo verso la metà del I secolo a.C. con l'*actio Serviana*¹⁸⁹. Con la concessione di questa azione reale a tutela del creditore pignoratizio in ordine alla cosa pignorata può ritenersi concluso lo sviluppo storico che porta a configurare il pegno da istituto meramente possessorio a diritto reale limitato¹⁹⁰: ciò avviene prima per ipotesi di pegno convenzionale del colono per il pagamento dei canoni d'affitto e in seguito per il pegno manuale e per ogni altra forma di pignoramento con l'*actio quasi Serviana* o *hypothecaria*¹⁹¹:

I. 4.6.7: *Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecaeve persequuntur. inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. sed in aliis differentia est: nam pignoris*

¹⁸⁶ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 330.

¹⁸⁷ JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 115-116.

¹⁸⁸ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 330.

¹⁸⁹ *Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse, eamque pecuniam neque solutam, neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicii restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvo*. V. O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, 494. Cfr. pure: P. PICHONNAZ, F. WUBBE, *L'action servienne dans l'édit du prêteur*, in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de A. Magdelain*, Paris 1998, pp. 366-372.

¹⁹⁰ BURDESE, *Pegno*, cit., p. 665.

¹⁹¹ V. JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 127.

appellatione eam proprie contineri dicimus quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit: at eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.

Con la versione ampliata che Salvio Giuliano contribuì a fissare nell'editto, il pegno, con la duplice denominazione¹⁹², si configura come diritto reale di garanzia: il diritto corrispondente è valevole *erga omnes* ed il creditore pignoratizio può perseguire qualsiasi soggetto che, verificatosi l'inadempimento, gli sottragga il possesso della cosa costituita in garanzia.

Quel che introdusse Servio fu un'*actio* reale *in factum*¹⁹³. Essa spetta in origine al locatore di un fondo rustico che, insoddisfatto, intendesse valersi della garanzia ipotecaria sugli strumenti di lavoro portati dal colono nel fondo, per ottenere il possesso di tali beni, ovunque si trovassero; ma ben presto quest'azione fu concessa in generale e divenne il modello per ogni caso di pegno, venendo denominata *vindicatio pignoris*, *formula hypothecaria*, *persecutio pignoris* e *actio pigneraticia in rem*. Essa assicurava al creditore pignoratizio la sequela dei beni pignorati, e cioè l'opponibilità *erga omnes* del suo diritto: che prendeva così la consistenza di un diritto reale su cosa altrui¹⁹⁴:

Marc. l. sing. ad form. Hypoth. D. 20.1.16,3: *In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequè absolvendus est: si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur.* [...]

L'*actio Serviana* con la sua nuova formula non fu soltanto impiegata per ogni caso di *pignus conventum*: anche nel caso di pegno con trasferimento di possesso, se il creditore pignoratizio avesse perduto il possesso del bene mobile, egli poteva recuperarlo contro qualunque terzo cui la cosa fosse eventualmente pervenuta¹⁹⁵.

La costituzione del diritto avveniva mediante *conventio*:

Gai. l. sing. de form. Hypoth. D. 20.1.4: *Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae: nec ad rem pertinet,*

¹⁹² DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 7.

¹⁹³ JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 123.

¹⁹⁴ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 333.

¹⁹⁵ *Ivi*, p. 333.

quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus quae consensu contrahuntur. et ideo et sine scriptura si convenit ut hypotheca sit et probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.

L'accordo di pegno era dunque essenziale: come ci informa Gaio, l'ipoteca si costituisce per *pactum conventum*, espressione che di per sé allude a un accordo puro e semplice, cioè senza requisiti e senza che, per la sua perfezione, sia necessaria la consegna della cosa o di uno scritto¹⁹⁶. Quest'ultimo viene impiegato solamente *ad probationem*.

È chiaro che in pratica l'accordo a effetto reale (costitutivo del diritto di pegno e generatore dell'*actio Serviana*) e il contratto di pegno (a effetto obbligatorio e protetto con l'*actio pigneraticia in personam* diretta e contraria) coincidono: le parti si accordano una sola volta, e da questo unico accordarsi nascono il diritto reale e le obbligazioni del caso. Pertanto il pegno nasce dall'accordo di pegno (*conventio, pactum conventum*)¹⁹⁷ tra le parti.

Il pegno pertanto si costituisce per mera convenzione priva di forma, accompagnata o meno dalla consegna della *res* dal debitore pignorante al creditore pignoratizio, a seconda che si tratti di *pignus datum* o di *pignus conventum*¹⁹⁸; solo in seguito verrà ammesso il *pignus tacitum*, in mancanza di un patto espresso, a garanzia del pagamento del canone nelle abitazioni urbane¹⁹⁹.

13. Oggetto del pegno

Nella forma originaria del pegno, il *pignus datum*, il possesso della cosa oggetto di pegno passava al creditore. Come abbiamo visto, il contenuto del pegno si configura a vantaggio del creditore pignoratizio come diritto al possesso della cosa pignorata, tutelato da *actio pigneraticia in rem* per

¹⁹⁶ JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., p. 344; CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 335.

¹⁹⁷ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. I, p. 335.

¹⁹⁸ BURDESE, *Pegno*, cit., p. 666.

¹⁹⁹ Ner. D. 20.2.4 pr. Sul testo v.: LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus*, cit., pp. 296-297.

la realizzazione dei fini di garanzia cui esso è preordinato²⁰⁰. Il possesso del creditore pignoratizio tuttavia non sembra ostacolare il decorso dell'usucapione a favore del debitore pignorante²⁰¹.

Il possesso doveva essere restituito al debitore al momento dell'estinzione del debito o del compimento di un atto ritenuto equivalente²⁰².

Il creditore pignoratizio non può usare e non può disporre della cosa pignorata, altrimenti commette furto²⁰³. Questo principio apparentemente generale doveva cedere il posto alla prassi di imputare i frutti o i profitti della cosa al pagamento degli interessi sul debito garantito, del capitale o di entrambi²⁰⁴; pertanto i Romani avvicinarono la pratica dell'*ἀντίχρησις* greca utilizzando il patto per cui i frutti sono interamente lucrati dal creditore²⁰⁵. Tale patto in pratica era spesso una clausola della *conventio pignoris*, ma poteva essere stipulato anche successivamente alla costituzione del pegno²⁰⁶.

Se insoddisfatto alla scadenza, il creditore pignoratizio doveva limitarsi a conservare il possesso della cosa pignorata. Appaiono usuali in età classica convenzioni particolari, che abbiamo già incontrato nella *fiducia cum creditore*, che assicurano al creditore pignoratizio la facoltà di soddisfarsi sulla cosa pignorata: così la *lex commissoria*, secondo la quale se l'obbligazione non viene adempiuta il bene dato in pegno diveniva di proprietà del creditore, e il *pactum vendendi*, che da patto espresso²⁰⁷, divenne, in età classica avanzata, elemento implicito del pegno²⁰⁸.

Quando il creditore incassava il prezzo della vendita, l'obbligazione garantita si considerava estinta. Con il ricavato della vendita il creditore poteva soddisfarsi del mancato pagamento del debito e degli eventuali interessi dovuti, ma era tenuto a consegnare al debitore l'eventuale eccedenza (*superfluum* o *hyperocha*). Se invece il prezzo ottenuto nella vendita non fosse sufficiente a coprire il mancato pagamento dell'obbligazione, il

²⁰⁰ BURDESE, *Pegno*, cit., p. 669.

²⁰¹ Iav. D. 41.3.16.

²⁰² DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 349.

²⁰³ Gai. D. 47.2.55 pr. V. pure: BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, cit., p. 146; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 349.

²⁰⁴ DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 349.

²⁰⁵ JOURDAN, *L'hypothèque*, cit., pp. 503-504; BURDESE, *Pegno*, cit., p. 670; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 350.

²⁰⁶ DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., pp. 349-350.

²⁰⁷ Iav. 15 ex Cass. D. 47.2.74: *Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat.*

²⁰⁸ Ulp. D. 13.7.4. V.: BURDESE, *Pegno*, cit., p. 670; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 358.

creditore avrebbe potuto esigere l'eventuale credito residuo (*residuum*)²⁰⁹:

Tryphn. 8 *disputat.* D. 20.4.20: *Quaerebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta: quod plus est in pretio rei quam primo credidisti utrum Seio ob quinquaginta an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperocha. finge Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam. dixi consequens esse, ut Seius, potior sit in eo quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa primo ordine credita usurarumque eius postponatur primus creditor in summam, quam postea eidem debitori credidit.*

Con la vendita il *dominium* della cosa si trasferiva al compratore e ciò era possibile perché il creditore pignoratizio agiva *ex pacto*, in virtù del patto intercorso con il debitore o il terzo costituente il pegno.

L'altra convenzione è, come si è detto, la *lex commissoria*, per la quale si riconosceva al creditore la facoltà di trattenersi la cosa in proprietà a titolo di soddisfazione del credito, senza dover restituire al debitore la differenza eventuale di valore²¹⁰. Tuttavia, come ha messo in luce il Bove²¹¹, «Costantino abolì tale patto, oltremodo gravoso per il debitore, consentendo soltanto che il creditore – in virtù della pattuizione – potesse trattenere la cosa dopo un certo periodo di tempo dall'inadempimento, pagandone il giusto prezzo»²¹².

Nel contesto di regime di vendita, nel caso in cui non si trovi un compratore, il creditore pignoratizio può chiedere all'autorità imperiale di trattenersi il bene a titolo di soddisfacimento del credito garantito (*impetratio domini*): tale istituto di epoca tarda trova un nuovo regolamento nel diritto giustiniano²¹³.

²⁰⁹ BURDESE, *Pegno*, cit., p. 670; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 359.

²¹⁰ BURDESE, *Pegno*, cit., p. 671.

²¹¹ BOVE, *Pegno*, cit., p. 765.

²¹² CTh. 3.2.1 (= C. 8.34.3). Sulla costituzione V. A. CENDERELLI, *Divieto della lex commissoria: principio generale o regola occasionale?*, in *Atti del Seminario sulla Problematica contrattuale in diritto romano*, (Milano, 7-9 aprile 1987), vol. I, Milano 1988, pp. 254-259; J.L. ZAMORA MANZANO, *Algunas reflexiones sobre la lex commissoria y su prohibición ulterior en el pignus*, in *RIDA*, 54, 2007, pp. 526-529.

²¹³ BURDESE, *Pegno*, cit., p. 671; DE CHURRUCA, *Pignus*, cit., p. 360.

14. Conclusioni sulle garanzie reali

Da quanto esposto finora possiamo affermare che nell'epoca classica la fiducia conosce la concorrenza del pegno e dell'ipoteca²¹⁴.

Garanzie reali sono: la *fiducia*, il pegno e l'ipoteca; le differenze tra le varie figure vengono sintetizzate in un passo di Isidoro:

Isid., *Originum sive Etymologiarum libri*, 5,25,21: [...] *Item inter pignus, fiduciam et hypothecam hoc interest. 22. Pignus enim est quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. Ceterum dominium penes debitorem est. 23. Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur. 24. Hypotheca est, cum res commodatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente.*

In questo testo, Isidoro pare ispirato da un passo di Ulpiano ritenuto interpolato dalla dottrina dell'800:

Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.7.9.2²¹⁵: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio <nec proprietas, ut in fiducia,> ad creditorem.*

Le parole '*nec possessio*' lasciano intravedere una sicura alternativa: nella fiducia, la proprietà passa al creditore, il pegno conferisce il possesso mentre l'ipoteca né la proprietà né il possesso²¹⁶.

L'alienazione fiduciaria sacrifica in maniera eccessiva il debitore fiduciario e questo fatto ha sicuramente favorito lo sviluppo del pegno che prevedeva solo il trasferimento del possesso²¹⁷, lasciando la proprietà al debitore. Inoltre malgrado la costituzione del pegno, il debitore conserva il diritto di alienare, facilitando l'adempimento del debito al creditore²¹⁸.

L'ipoteca realizza poi un nuovo progresso, in quanto consente di

²¹⁴ R. NOUEL, *De l'aliénation fiduciaire*, Paris 1890, p. 90.

²¹⁵ F.C. CONRADI, *De pacto fiduciae exercitatio*, vol. II, Helmstädt 1733, p. 24; BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, cit., p. 25, nota 1; F. BASSEWITZ, *De Romanorum fiducia eiusque vestigiis in libris iuris civilis addita Germanorum iuris pignoratiticii adumbratione*, Halle 1858, pp. 30-31; OERTMANN, *Die Fiducia*, cit., pp. 45-46; JACQUELIN, *De la fiducie*, cit., p. 206; I. GLARD, *De la fiducie*, Paris 1894, p. 141, nota 2.; cfr.: H.A. ZACHARIAE, *Commentatio de fiducia*, Gotha 1830, p. 31, nota 120.

²¹⁶ GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., 82.

²¹⁷ NOUEL, *De l'aliénation fiduciaire*, cit., p. 90.

²¹⁸ *Ivi*, p. 91.

destinare un bene a garanzia di una obbligazione senza la perdita né della proprietà né del possesso. Nell'ipoteca viene eliminata la *mancipatio* e quindi il trasferimento di proprietà. Nell'ipoteca dunque c'è un meccanismo obbligatorio che attribuisce l'effetto reale solo quando serve. Infatti grazie prima all'*interdictum Salvianum* e poi all'*actio Serviana* viene attribuita all'ipoteca una tutela reale. Quindi con il *pignus conventum* si riesce ad evitare il trasferimento fiduciario che renderebbe il sistema troppo gravoso per il debitore.

Mentre nel *pignus* la cosa resta in proprietà del debitore, nella *fiducia* il debitore trasferisce la proprietà rendendo necessario un altro trasferimento dopo l'adempimento. Inoltre in caso di offerta di pagamento del debito, può succedere che il creditore non abbia interesse a ricevere il pagamento. Ora nel caso del pegno e della ipoteca è possibile fare un deposito, cosa che invece non può avvenire nella *fiducia*²¹⁹.

I vantaggi dell'ipoteca sulla *fiducia* avrebbero favorito il declino di questa²²⁰; tuttavia ciò pare contraddetto da una costituzione di Arcadius e Honorius del 395 d.C.:

CTh. 15.14.9²²¹: [...]; *pignoris adque fiduciae obligatio perseveret*.

Questo testo prova che la fiducia esisteva ancora ed era praticata nel periodo in cui l'ipoteca aveva già raggiunto il suo sviluppo. Le ragioni di una tale permanenza tanto nella legislazione come nella pratica, si giustificano per alcuni vantaggi che la *fiducia* aveva rispetto all'ipoteca.

La fiducia infatti procurava al creditore una garanzia più energica²²². Egli, essendo proprietario della cosa, era garantito da tutti gli atti di disposizione del debitore.

Come è noto, tuttavia, con Giustiniano la *fiducia cum creditore* non entra a far parte del *Corpus Iuris Civilis*, in quanto i testi dei giureconsulti

²¹⁹ CANNATA, *Corso di istituzioni*, cit., vol. II, 1, pp. 286-288.

²²⁰ R. BARBER, *Fiducia and hypothec*, in *IJ*, 13, 1978, pp. 192-196.

²²¹ CONRADI, *De pacto fiduciae exercitatio*, cit., II, p. 21, n.h; 38, n.b; I.G. VAN MUSSCHENBROECK, *De lege commissoria in pignore*, 1752, in *Thesauri novi Dissertationum iuridicarum*, vol. I, Brema 1771, p. 688; J.G.H. STAS, *De contractu fiduciae, secundum praecepta veteris iuris romani*, Lüttich 1824, pp. 14; 30; ZACHARIAE, *Commentatio de fiducia*, cit., pp. 3; 34, nota 137; GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., pp. 84; 107; COULAZOU, *De la fiducie*, Montpellier, 1890, p. 34, nota 1; OERTMANN, *Die Fiducia*, cit., p. 69; JACQUELIN, *De la fiducie*, cit., p. 451; GLARD, *De la fiducie*, cit., p. 156, nota 2; LONGO, *Corso*, cit., p. 164; ERBE, *Die Fiduzia*, cit., p. 21, nota 4; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., II, p. 6; BISCARDI, *La dottrina romana*, cit., pp. 43; 105.

²²² GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., p. 84.

relativi alla *fiducia* furono esclusi o interpolati²²³. La compilazione riflette quindi il diritto orientale, nel quale l'esistenza dell'ipoteca greca impediva l'introduzione della *fiducia*²²⁴. La *fiducia* infatti non si era mai realmente radicata in Oriente²²⁵. Di conseguenza si può affermare con buona probabilità che la fiducia fosse scomparsa nella prassi orientale dell'impero²²⁶. In realtà noi non siamo a conoscenza di alcun atto legislativo che abbia esplicitamente abrogato la *fiducia*²²⁷; ma, in ogni caso, se si considera che la *fiducia* necessitava di un atto solenne di trasferimento di proprietà, si potrà comprendere come la desuetudine e poi l'abrogazione definitiva di tali atti²²⁸ favorirono pure la decadenza dell'istituto²²⁹.

In Occidente²³⁰ la situazione è diversa, in quanto la *fiducia* sembra sopravvivere ancora sei secoli dopo le invasioni barbariche²³¹. Soprattutto in Italia, numerosi documenti attestano l'importanza e il ruolo dell'istituto²³². In particolare nella legislazione lombarda, troviamo due editti interessanti in materia²³³:

Roth. 174 (a. 643) (PADELLETTI, *Fontes iuris italici medii aevi*, cit.,

²²³ GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., p. 108; NOUEL, *De l'aliénation fiduciaire*, cit., pp. 5; 94.

²²⁴ COULAZOU, *De la fiducie*, cit., p. 31.

²²⁵ SEGRÉ, *Corso di diritto romano*, cit., vol. II, p. 202.

²²⁶ COULAZOU, *De la fiducie*, cit., p. 17; NOUEL, *De l'aliénation fiduciaire*, cit., p. 5.

²²⁷ GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., p. 108.

²²⁸ C. 7.31.

²²⁹ GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., pp. 108-109; OERTMANN, *Die Fiducia*, cit., p. 54; JACQUELIN, *De la fiducie*, cit., pp. 431-432; 435; GLARD, *De la fiducie*, cit., p. 154. *Contra*: DIURNI, *Fiducia*, cit., vol. I, p. 36, secondo il quale da Boet. in *Top.* 10.41-45 si può dedurre che in pieno secolo VI, vale a dire alla vigilia della compilazione giustiniana, «la fiducia possiede ancora una sua precisa caratterizzazione e incisività o, quanto meno, è esattamente individuata».

²³⁰ Lex Burg. 13,4: *Incendii etiam vel naufragii casibus ac ruinae, si per eum casum res quae commodantur perierint, is, cui commodata res est, ad solutionem rei teneri non potest, nisi forte suam rem liberasse probatur, cum de eodem casu rem commodatam eripere potuisset, secundum sententiam Pauli libro secundo, sub titulo: De commodato et deposito, pignore et fiducia*. Si veda pure: Lex rom. Visig.: Paul. Sent. 2.4; 2.12; 2.13; Lex rom. Curiens. 23.10; 24.10.4. Cfr.: P. MUTZNER, *Geschichte des Grundpfandrechts in Graubünden*, Chur 1909, p. 9.

²³¹ COULAZOU, *De la fiducie*, cit., p. 33.

²³² Sul punto v. MILANI, *La fiducia*, cit., pp. 141-145.

²³³ KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, cit., p. 83; C.G. MOR, *Cartula fiduciae nel territorio longobardo padano nei secoli VII-IX*, in *Scritti di storia giuridica altomedievale*, Pisa 1977, pp. 669-679.

vol. I, p. 87)²³⁴: [...] *Ipsa autem, qui garantinx suscepit ab illo, quicquid reliquerit donator in diebus obitus sui, habeat licentiam in suum dominium recolligere, et debitum creditoribus solvere, et aliis requirere, et quod in fiduciae nexu positum est, reddat, et requirat rem in fiduciae nexu positam.*

Liut. 58,5 (a. 724) (PADELLETTI, *Fontes iuris italici medii aevi*, cit., vol. I, p. 216)²³⁵: *Si infans, dum intra etate est, res suas cuicumque dederit aut infiduciaverit, postea, cum in legitima etate venerit, secundum legem cartolam ipsam inrumpere voluerit, et in rebus ipsis introire, non habeat pontificium, qui emit aut infiduciavit, quod dederat requirendum; quia quando comparavit aut infiduciavit, tunc debuit perspicere, quia puer ipse intra etatem erat, et contra legem faciebat: et postea constitutum est, ut qui intra etatem fuerit, menime vindere aut infiduciare possit, talem causam eum habere dicemus, qui emit aut infiduciavit, qualem et ille habere vedetur, qui de servo aut baldione emere aut infiduciare dinuscutur.*

Le espressioni ‘*in fiduciae nexu positum*’ e ‘*infiduciare*’ designano un bene dato a garanzia di un’obbligazione²³⁶ quindi tanto nell’editto di Rotari come in quello di Liutprando, dove ci si occupa del caso di un minore che abbia venduto il suo bene o l’abbia dato a fiducia, si fa riferimento ad un istituto che sembra simile alla *fiducia cum creditore* romana.

Anche altri due documenti di origine lombarda²³⁷, l’uno del 748²³⁸ e

²³⁴ GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., pp. 111; 118; NOUEL, *De l’aliénation fiduciaire*, cit., p. 98, nota 2; GLARD, *De la fiducie*, cit., p. 163; PH. PLANITZ, *Das deutsche Grundpfandrecht*, Wien-Köln-Graz 1982, p. 4; DIURNI, *Fiducia*, cit., vol. I, p. 87.

²³⁵ GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., pp. 111; 118-119; COULAZOU, *De la fiducie*, cit., p. 32, nota 4; NOUEL, *De l’aliénation fiduciaire*, cit., p. 98, nota 1; DIURNI, *Fiducia*, cit., vol. I, p. 108.

²³⁶ GENY, *Étude sur la fiducie*, cit., p. 111.

²³⁷ *Ivi*, pp. 111; 119.

²³⁸ Docum. Lomb. 6 (a. 748) (A. FUMAGALLI, *Codice diplomatico Sant’Ambrosiano delle carte dell’ottavo e nono secolo*, Agnello Nobile, Milano 1805, 25): *Regnante domno nostro Rachis vero excellj rege anno quarto sub die quinta iduum aprilium indictione prima. 1. Constat te Alexandro de Sporticiana accepisse et accepi ad te Arighis de Campilioni auri solidum unum meis utilitatibus peragendo usque in caput anni pro quibus uno solido posui tibi loco pigneri seo fiducia nexo idest petiola una de prado loco quid dicitur Fassiolas de una parte prado Ussuni et de alia parte prado sancti Vecturi 2. tenente uno capide in rio et alio capide in prado sancti Vecturi in intecrum ipsa petiola abeat pro onurem de suprascripto solido usque in praescriptum constitutum Expleto vero anno reddere promitto uno solido sine onure ea recipere prado meo ad me et defendere promitto ipso prado ab omni homine defensare dum ipso solido apud me fuerit et si menime complivero de omnia quibus superius legitur compuna tibi cui supra credituri meo ipso solido in dublo etsi in antea inducia dederis abeat ipso prado*

l'altro del 780²³⁹ contengono le stesse espressioni; mentre in diverse fonti negoziali ritorna tanto il termine *fiducia*²⁴⁰ quanto nomi da essa derivati, come *infiduciare*²⁴¹, *adfeduciare*²⁴², *affiduciatus*²⁴³ e simili. Certo è difficile

dum te legidime sanare potuero. [...]

²³⁹ Pactiones de Leburis cum Neapolitanis factae n. 4 (PADELLETTI, *Fontes iuris italici*, cit., I, p. 314): *Et fundora vel terras, qui in partes langobardorum venerint in sortem, nullo modo ipsi homines, qui habitant in ipsa fundora, possint infiduciare vel vendere, aut per quaecunque argumentum alienare in parte neapolitanorum; et si factum fuerit, ipsos solidos pereant et ipsas res revertatur in parte langobardorum. Similiter et parte neapolitanorum perficiatur.*

²⁴⁰ Docum. del 1105 in Codice padovano, I, n. 16, 13 (KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, cit., p. 353): *libras denariorum mille quingentas quas mihi dedisti - ut eas apud nos retinere debeamus amodo in antea usque ad triginta dies expletos - - . Pro maiore autem firmitate ponimus tibi nexu fiducie loco pignoris totam et integram villam - . Predictam autem villam - tibi obliquo et in pignore pono ut si minime fecero te ad deliberandum ad superscriptum terminum eo ordine et ratione ut supra legitur, tunc tribuat tibi potestas accedere et intromittere sive ad proprium dominare ipsa vestra pignora et tamquam legitimum documentum possidere nullo vobis homine contradicente.*

²⁴¹ Docum. del 1048 in Memorabilia ecclesiae Florentinae, II, 1758, 1227 (KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, cit., p. 83, nota 1): *nullam licentiam vel potestatem habeant infiduciare aut quocunque modo locare*; Docum. del 1117 in Regni Neapolitani archivi monumenta VI, n. 571, 36 (KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, cit., pp. 88-89): *accepi a te - - idest auri tari trideci - - - pro quibus eis infiduciabi tibi tuisque heredibus a modo et usque in memoratum constitutum - idest integra tertia mea de integra petia de terra posita in loco - - hec autem memorata integra tertia mea que superius tibi infiduciabi - in tua tuisque heredibus siat potestate illut dandi et dominandi seu frugiandi et de ipsa frugia faciendi exinde omnia que bolueritis usque in constitutum: complente vero memoratum constitutum jam dicti venturi quinque anni expleti - - ego et filiis filiabus seu heredibus meis tibi tuisque heredibus vel cui ista chartula in manus paruerit dare et rendere debeamus idest auri tari trideci - et tunc recolligamus a vobis ipsum quod superius tibi infiduciabi una cum ista chartula at nostra potestate - - et si in ipsu constitutum ipsi tari de nostrum proprium minime habere potuerimus - quod superius tibi infiduciabi - - illut venundare debeamus pro pretium ut tunc illut atpretiatum fuerit - - .*

²⁴² Docum. del 772 in Memorie e documenti per servire all'istoria del ducato di Lucca IV, 2, n. 74, 124 (KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, cit., p. 83, nota 1): *- - licentiam non haveas alii homini vendere nec donare nec adfeduciare.*

²⁴³ Docum. del 792 in Memorie e documenti per servire all'istoria del ducato di Lucca IV, 2, n. 111, 171 (KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, cit., p. 83, nota 1): *pro ipsos sex soledos pro quo antea eam adfeduciatam abui;* Docum. del 813 in Memorie e documenti per servire all'istoria del ducato di Lucca V, 2, n. 389, 235 (KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, cit., p. 85): *quia mutuuum suscepimus a te - argentum solidos duodecim - . Et pro ipsos solidos opponimus tibi in affeciatam unam petia de terra nostra - usque in sex anni expliti - - tu - vel heredes tuos predicta terram in affeduciatam habere et possidere debeatis vobis privatim fruendum - - - - semen quod est ordeo in nostram reservavimus potestate.* Oppignoratio fundi pro debito, facta Giselperto a Barundolo (a. 777) (L.A. MURATORI, *Antiquitates Italicae Medii Aevii*, III, Societas Palatina, Milano 1740, p. 1013): *In Christi nomine. Regnante piissimo*

stabilire se si tratti proprio del medesimo istituto tanto dal punto di vista funzionale quanto strutturale; in effetti le espressioni ‘*infiduciare*’, ‘*offiduciare*’, ‘*affiduciare*’, ‘*fiduciae nexu ponere*’, fanno riferimento a una forma particolare di pegno²⁴⁴, dove il creditore è investito della proprietà della cosa in modo condizionale, con l’obbligo di restituzione in caso di pagamento del debito, ma che è destinata a divenire immutabile, in difetto di pagamento. Ciò che caratterizza questa forma di trasferimento della proprietà condizionata è il fatto che in un primo momento essa era priva di forme e che in seguito necessitava della forma scritta redatta davanti a testimoni²⁴⁵. Ora è chiaro che siamo lontani da quella che era l’antica *fiducia romana*²⁴⁶, che, sotto l’influenza barbarica e la “volgarizzazione”²⁴⁷, perse la sua forma primitiva. In questo contesto culturale, bisogna richiamare anche l’uso in epoca carolingia di redigere uno scritto a garanzia

Domno nostro Carulu viro eccellente (1) Rege, Anno Regni ejus in Tertio, Mense Augustu, Inditione Quintadecima. Consta me Barundulu et quia manifestu sum, eo quod divito sum, dare tibi Gisilperto filio tuos, et medio boni novi sonantis expendivilis Lucan (2) Unde tivi modo ipso divito persolva, proinde tivi manus mea em heredes, ego aut meus heredes in affiduciato posui terram in loco in fluvio Ausare, et alio capo tenente in terra mea, uno lato tenente et alio lato tenente in terra Aufrid. Hec terra, sicut superius legitur, una cum omnia ad ea pertinen tivi in affiduciato dedi et tradavi. Dato enim constitutu supradicti Soledi ad redendo in Sancti Stefani post isti alii proxime venientem, et dum usque ipso divito nos auveremus, pro nullo ingenio non aveamus licentia vindere nec alienare, et si vindidero aut alienavero ego aut meus heredes, tu Gisilpertu, aut tuos heredes licentia aveatis ipsa terras prindere vin avire et denominare in extromento vinditionis. Unde promitto ego qui supra Barundulus, aut meus heredes tivi Gisilperti, aut ad tuos heredes, ut si suprascripti Soledi ipso capital, sicut superius legitur, in suprascripto constitutu non dederemus et non redederemus, et vos parati fuissetis recipere hic in Pisa ad casa avitationis vestre, nos ivi parati non auveremus, et non redederemus ipso capital (3) in integro, licentia aveatis tu aut tuos heredes supradicta terra avire et dominare in vestra potestate, tanquam si ea vovis da omnem hominem defendere non potueremus, alia tanta terras ab extimationem ferquide tale tivi, aut ad tuos heredes ego aut meus heredes restaurare deveamus. Et si infra quarta die restaurare neclixeremus, conpono repromitto ego Barundulu, aut meus heredes tivi Gisilperti, aut ad tuos heredes ipsa terra in duplum. Et si in suprascripto constitutu redere potueremus post divito sulutu, et fruge recolitu, hanc cartula aput me, aut aput meus heredes revertatur. Unde tivi hanc cartulam Istaipertum Notarium iscrivere rogavi. [...] In questo documento un certo Barundolo, essendo debitore di Gisilperto, garantisce l’adempimento, consegnando al creditore in fiducia un fondo di sua proprietà con ogni accessione e pertinenza. Sul testo cfr.: DIURNI, *Fiducia*, cit., vol. I, p. 128; E. CORTESE, *Le Grandi Linee della Storia Giuridica Medievale*, (rist. 2012), Roma 2000, p. 75.

²⁴⁴ A. CAMPITELLI, *Pegno (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano 1982, p. 677.

²⁴⁵ GENY, *Étude sur la fiducia*, cit., p. 112.

²⁴⁶ DIURNI, *Fiducia*, cit., I, pp. 61-62.

²⁴⁷ *Ivi*, p. 78.

di un credito che, sempre in ricordo della *fiducia* romana, veniva detto *scriptum fiduciationis*²⁴⁸.

In questa forma speciale di pegno immobiliare in uso tra i longobardi, il debitore trasferiva al creditore un fondo mediante la consegna di una *carta venditionis* e si faceva promettere contemporaneamente dal creditore con una controcarta, la restituzione del primo documento di vendita del fondo, nel caso di tempestivo soddisfacimento del debito.

La dottrina ha suggerito l'accostamento tra la fiducia romana e l'istituto di *affiduciatum*. Ci si riferisce a una forma particolare di pegno mediante la quale il debitore trasmetteva al creditore il possesso di dati suoi beni affinché questi ne usasse sino alla soddisfazione del suo credito. Con l'*affiduciatum* si trasmetteva al creditore il mero possesso dei beni mentre la proprietà restava in capo al debitore, salvo che non fosse pattuito con clausola apposita che la proprietà passasse al creditore in caso di mancato pagamento del debito.

Il pegno nel diritto longobardo e negli altri diritti di origine germanica che trovavano applicazione in Italia, aveva indole diversa da quella che ebbe nel diritto romano dove non importava il godimento della cosa: invece in essi il godimento passava al creditore e questo sembrava il mezzo più efficace per costringere il debitore ad adempiere ai suoi obblighi.

In un secondo tempo venne riconosciuta al pegno l'efficacia traslativa della proprietà del bene pignorato a favore del creditore. Sotto l'influenza della fiducia romana, si sviluppò poi un'altra forma di pegno per gli immobili, nel quale non già il possesso, ma addirittura la proprietà passava al creditore. Il debitore, a tal fine, vendeva l'immobile al creditore, ma all'atto di vendita era annessa una dichiarazione del creditore che prometteva di restituirlo, ove il debitore pagasse il suo debito.

²⁴⁸ Pactum Karoli III del 880 (A. BORETIUS, V. KRAUSE, *Capitularia Regum Francorum*, II, Hannover, 1890, n. 236, p. 140): 23. *Et hoc stetit de cautionibus sive de quibuslibet commendationibus, ut, si quis aliquid dederit ad negociandum sive aliqua pignora posuerit et solidos mutuaverit, ipsi, qui scriptum fiduciationis aut pignus habuerit, ipse faciat iuramentum et tunc secundum legem et iustitiam incedat iudicium; et iustitiam faciat pars parti de his et similibus causis, de quibus in anteriori pacto continetur*; su ciò si veda: P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Paris 1961, p. 350.

L'evoluzione storica dello strumento 'garanzia' nella vendita

SOMMARIO: 1. *Praestare*: *substantia obligationum* e verbo della garanzia – 2. Le origini della garanzia dall'evizione della cosa venduta: dall'*auctoritas* alla *satisfactio* – 3. Gli strumenti stipulatori per la tutela del compratore – 4. L'evoluzione della garanzia in epoca classica – 5. *Actio empti* e *obligationes venditoris* – 6. La tutela contrattuale per l'evizione della *res* – 7. Conclusioni.

1. 'Praestare': 'substantia obligationum' e verbo della garanzia

Per intendere il senso di una trattazione della tutela per l'evizione nell'ambito di una riflessione generale su garanzie personali e reali, diviene centrale il *praestare*, contenuto dell'obbligo che nell'esperienza giuridica romana rappresentava il fenomeno dell'«assicurare un impegno», proprio o altrui, e che la giurisprudenza romana aveva elaborato come terzo 'contenuto' dell'obbligazione, perfezionandolo attraverso una articolata e complessa riflessione scientifica in rapporto al *dare* e al *facere*.

Il *praestare* (la cui etimologia vede, peraltro, un evidente e per nulla casuale legame semantico con i *praedes* [al sing.: *praes*] quali, per l'appunto, i primi soggetti che assicuravano personalmente un impegno in ordine a un comportamento/situazione di un terzo) nelle formulazioni prudenziali non sembrerebbe, infatti, avere acquisito mai un perimetro definito; esso risulta usualmente accompagnato da un complemento oggetto che ne identifica il vero e proprio contenuto: come oggetto potevano configurarsi sia eventi (*praestare periculum*), sia situazioni (*praestare sanum esse*) sia comportamenti (*praestare custodiam*)¹. Sono pochi i casi in cui il *praestare* compare in veste autonoma, nella funzione esplicativa di un preciso contenuto della prestazione².

¹ In tal ultimo senso va considerato anche il '*praestare dolum*' o '*culpa*': C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996, p. 123 ss.; ID., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano 1969, p. 8 ss. Cfr. altresì R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995, in particolare p. 11 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1996, p. 6 ss.

² L'inopportunità di un'operazione di tracciamento del *praestare* nel suo perimetro sostanziale, del resto, si manifesta anche a livello processuale: il *praestare* – al di là della

In tal senso, esemplare il testo di Paolo, che lo riporta in una di queste rare forme ‘autonome’ come oggetto del vincolo che rappresenta la *substantia obligationum*:

Paul. 2 *instit.* D. 44.7.3 pr.: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

Il *praestare* esprime, dunque, non solo contenuti sostanziali non riconducibili espressamente al *dare*³ e al *facere*⁴, ma più funzionalmente riflette, alternandosi, il riferimento ad obblighi di natura accessoria (casi in cui il *praestare* si sostanzia nell’obbligo di eseguire una specifica prestazione)⁵ e il riferimento alla sintesi di una serie di comportamenti, ai quali l’obligato è tenuto, unitariamente riconducibili ad un ‘dato risultato da assicurare’⁶.

Tuttavia, seppur allo scopo di precisarne lo specifico contenuto continui ad essere preferibile la via analitica, è possibile osservare che i diversi impieghi del termine ‘*praestare*’ tendono a mettere in luce una sostanziale unicità logico-funzionale, data dal concetto di ‘assicurazione’, o meglio di ‘essere garante’ rispetto ad un dato risultato⁷: vale a dire, come evidenziato

formula in Gai 4.2 che si riferisce in modo generico al ‘*dare facere praestare oportere*’ – non compare mai nelle clausole formulari in forma isolata: viene espresso dal *dare-facere* (*oportere*), ad indicare la necessità di adempiere con tutto ciò che occorre dare e/o fare, e che non siano riconducibile ad un ‘*dare*’ in senso tecnico o ad un ‘*facere*’ determinato.

³ ‘*Dare*’, infatti, significa tecnicamente trasferire la proprietà, o nella sua accezione più piena, trasferire la proprietà della *res*, una proprietà che sia piena, e quindi libera da vincoli e condizioni, e procurarne il possesso: sul significato di ‘*datio*’ come trasferimento della proprietà: cfr. Gai 4.4 e Pomp. 22 *ad Sab.* D. 12.4.15. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 58 s.; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino 1966, p. 15 ss; M. TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979, p. 35 ss.

⁴ Meno agevole è l’operazione quando si tenta di precisare il contenuto del ‘*facere*’, a cui fa riferimento un complesso sistema di comportamenti, che possono sia costituire di per sé il contenuto dell’obbligazione, come ‘obbligazione di mezzi’, sia condurre ad un certo tipo di esito, come ‘obbligazione di risultato’. Cfr. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., pp. 28 -29; TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., pp. 30-31.

⁵ CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano* (Cagliari 1967-1968), La Goliardica, Milano 1969, p. 21; CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., in particolare p. 140.

⁶ CANNATA, *Sul problema*, cit., pp. 127-130.

⁷ «La sutura fra i due concetti è data dalla identificazione soggettiva; e significativa è la considerazione che talora là ove emerge più spiccatamente l’elemento della garanzia di

anche dal Cannata⁸, che i Romani utilizzavano questo termine 'neutro' per indicare l'assunzione di un obbligo ad assicurare all'altra parte un qualcosa rispetto a certe circostanze, fatti o eventi, rispondendo per i relativi 'rischi'.

Ancor prima, e in modo più circoscritto, il Betti osservava che «il senso tecnico primitivo del termine latino *praestare* è quello di stare garante per un evento il quale per lo più dipende bensì dal contegno del debitore ma può anche talvolta non dipenderne almeno in modo esclusivo e tale è anche il senso etimologico del termine»⁹.

In tal senso, è di empirica evidenza quanto possa essere centrale rispetto alla configurazione del fenomeno obbligazione/garanzia sia sotto il profilo dell'assunzione dell'obbligo, in ordine al suo 'contenuto' (*rectius*: 'oggetto') sia sotto il profilo dell'attuazione dello stesso.

In effetti, il Cardilli, che ha affrontato prima di tutto l'emersione nel linguaggio tecnico-giuridico del II sec. a.C. del verbo *praestare* nel senso di *stare praes*¹⁰, ha osservato come questo compaia per la prima volta per indicare l'assunzione delle conseguenze processuali di un determinato modo di essere della cosa venduta. Con il tempo a questo primo significato venne a sovrapporsi un significato più ampio, e cioè l'assunzione della garanzia dell'esistenza di determinate qualità della cosa o l'assenza di determinati vizi. Il *praestare* diviene, quindi, «espressione di una particolare prestazione», che non rientra nel *dare facere* della *formula*, e che «permette di unificare sotto una prospettiva omogenea le garanzie che si sostanziano esclusivamente in situazioni inerenti alla *res* venduta, e che quindi, indipendentemente dal comportamento del promittente, impongono in ogni caso uno *stare praes*, uno 'star garante', dello stesso»¹¹.

dati di fatto estrinseci, il *praestare*, lo star garante viene raffigurato come la prestazione dovuta nell'obbligazione, anziché come l'obbligazione stessa»: così GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino, s.d. (ma 1944), pp. 217-218.

⁸ CANNATA, *Sul problema*, cit., p.125.

⁹ E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955, p. 31.

¹⁰ CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 131.

¹¹ CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 188: «In sostanza, in base all'individuazione di alcuni presupposti considerati necessari per questo riconoscimento (*dolus, culpa* o *custodia*), il contraente, che si impegna contrattualmente a *dare facere* o a *reddere*, può assumere implicitamente il *praestari*, che esprime l'obbligo di 'stare garanti' del mancato adempimento». In questo contesto vengono riportate al concetto di *culpa* le «condotte commissive ritenute riprovevoli», nonché «le condotte che per le loro modalità concrete vengano giudicate, sebbene non intenzionali, di fatto riprovevoli». In un periodo di poco successivo, grazie all'attività interpretativa di Q. Mucio intorno ai rapporti obbligatori

E, a tal proposito, nei testi si rinviene l'impiego del verbo *praestare* con riferimento alla garanzia per l'evizione ancora prima che il contenuto dell'obbligazione del *venditor* nell'*emptio venditio* – contratto consensuale obbligatorio – venisse configurato¹², come vedremo.

Ma tale *praestare* sarà anche centrale nell'evoluzione del contenuto di questa *obligatio venditoris*, rispetto alla quale il *praestare rem*, che la giurisprudenza classica progressivamente individuerà¹³, diventerà sì un tipo di contenuto complesso articolato in una serie di garanzie (*tradere possessionem, ab evictione obligari, absentia vitii...*) costruito e valutato sulla base del criterio della buona fede, nell'ottica dei nuovi contratti di *ius civile*, rapporti negoziali improntati al '*quidquid dare facere oportere ex fide bona*'¹⁴. In questa diversa configurazione per quando la giurisprudenza tenderà ad oscillare fra ampliamenti e restringimenti del perimetro di responsabilità del debitore/venditore, vi saranno dei limiti insuperabili (la *vis maior*, p.e.) che escluderanno l'assimilazione della responsabilità per inadempimento rispetto alla portata della rispondenza per effetto della garanzia.

fondati sulla *fides bona*, il concetto di *culpa* si allarga a ricomprendere «anche quei conegni commissivi ed omissivi che vengono giudicati negativamente in base ad una loro difformità da un modello comportamentale, quello dell'uomo diligente, a cui si pretende debbano conformarsi»: *Ivi*, p. 224. Laddove, la colpa, così come il dolo, la *diligentia* ed il *periculum*, venendo oramai indicati come contenuto del *praestare*, in quanto complementi oggetto di questo, rendono il verbo dalla forma passiva alla forma attiva. Cfr. ancora *Ivi*, p. 227.

¹² Cic. *de off.* III 16.65: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.* Cic. *Pro Mur.* II 3: *Quod si in eis rebus repetendis quae mancipi sunt is periculum iudici praestare debet qui se nexu obligavit, profecto etiam rectius in iudicio consulis designatiis potissimum consul qui consulem declaravit auctor benefici populi Romani defensorque periculi esse debet.*

¹³ Il Cardilli tratta dell'evoluzione generale del *praestare* tra la giurisprudenza del II sec. a.C e quella del II sec. d.C. evidenziandone per l'appunto le varie estensioni e precisazioni soprattutto in ragione del (*praestare*) *dare facere ex fide bona* di matrice contrattuale *iure gentium* e del rapporto fra il *praestare* e l'*actio teneri ex iure civili*, in una parabola che va da Servio a Gaio, passando per Labeone, Proculo, Celso e Giuliano: *Ivi*, p. 505 ss.

¹⁴ Sarà in ambito della scuola serviana che avverrà quella innovazione che produrrà un *praestare* diverso: «In particolare, questi nuovi ambiti di riconoscimento del *praestare* si collegano ad un'interpretazione innovativa del '*quidquid dare facere oportere ex fide bona*', in relazione a mutate e più complesse applicazioni dei nuovi contratti del *ius civile*»: *Ivi*, p. 311.

2. Le origini della garanzia dall'evizione della cosa venduta: dall'«*auctoritas*» alla «*satisfactio*»

Venendo ora allo specifico tema dell'evizione della cosa, ricordiamo che nel contesto del diritto arcaico, lo scambio della *res* contro il pagamento di un prezzo avveniva attraverso l'atto mancipatorio¹⁵, perlomeno per le *res mancipi*, ovvero le *res* considerate più preziose, non solo economicamente, nell'ambiente sociale dell'epoca.

La *mancipatio* era stata pensata come un atto solenne (in quanto *gestum per aes et libram*) in cui il *dans-auctor* si rendeva garante della trasmissione della legittimità civile (molto probabilmente in un senso ancora a-tecnico) in grado di assicurare all'*accipiens* il titolo di *dominus*. La vendita a contanti era, quindi, l'unica forma conosciuta e praticata, e si esauriva in un negozio produttivo di effetti traslativi, ancorchè espresso in quella forma rituale piuttosto complessa, caratterizzata dalla pesatura ad opera del *libripens* e dalla presenza di un numero variabile di testimoni.

Connesso a tale modalità di trasferimento era l'istituto dell'*auctoritas*¹⁶,

¹⁵ P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova 1924, p. 32 ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, II, Torino 1925, p. 480 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. II - *La proprietà*, parte II, rist. I ed., in *Opere complete di Pietro Bonfante*, a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1968, p. 57 ss.; E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Pavia 1929, p. 41 ss.; G. HUSSERL, *Mancipatio*, in *ZRG RA*, 50, 1930, p. 480 ss.; B. BIONDI, *La vendita di cose fuori di commercio*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, Palermo 1934, p. 3 ss.; S. ROMANO, *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Perugia 1934, p. 52 ss.; G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova 1934, p. 23 ss.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, p. 11 ss.; TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto romano ed in diritto greco*, Milano 1953, p. 47 ss.; C.A. MASCHI, *L'impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 ad edictum di Paolo*, Milano 1954, p. 38 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1954, p. 321 ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz 1956, 107 ss.; M. BREONE, *Il trasferimento della proprietà*, in *Labeo*, 3, 1957, p. 132 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958, p. 27 ss.; F. CANCELLI, *Origine del contratto consensuale*, Milano 1962, p. 13 ss.; F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*, 30, 1964, 299 ss.; A. WACKE, *Die verschuldete Eviktion*, in *Festschrift für H. Niederländer*, Heidelberg 1991, p. 159 ss.; M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in *AUPA*, 42, 1992, p. 183 ss.

¹⁶ D. PANTALEONI, *Della auctoritas patrum nell'antica Roma sotto le sue diverse forme*, Loescher, Torino 1884, *passim*; F. GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, in *Mélanges de droit romain, il droit privé et procédure*, Parigi 1923, p. 1 ss.; GIRARD, *L'«auctoritas» et l'action «auctoritatis»*, *Inventaire d'interpolations*, in *Mélanges de droit romain, il droit privé et procédure*, Parigi 1923, p. 153 ss.; F. DE VISSCHER, *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio*, Parigi 1933, *passim*; L. AMIRANTE, *Il concetto unitario dell'aucto-*

le cui origini e il cui fondamento sono ancora non del tutto chiarite¹⁷, ma la cui ricostruzione può essere efficacemente sintetizzata con le parole dell'Arangio-Ruiz, secondo il quale «abbiamo che il compratore *mancipio accipiens* era tutelato contro l'evizione da un'obbligazione che per virtù di legge sorgeva nel venditore, e il cui oggetto era duplice: assistenza giudiziaria da prestarsi quando un terzo rivendicasse la cosa; in caso di rifiutata o d'inefficace assistenza, pagamento del doppio del prezzo. Al fine di ottenere tale pagamento il compratore disponeva di un'azione giudiziaria, alla quale la scienza moderna dà con qualche probabilità il nome di *actio auctoritatis*, benché manchino testimonianze esplicite»¹⁸.

In tal senso, l'*auctoritas*, con il suo regime, sembrerebbe aver assolto a

ritas, in *Studi in onore di S. Solazzi*, III, Napoli 1948, p. 75 ss.; A. GUARINO, *Notazioni romanistiche*, I, Napoli 1948; A. BISCARDI, *Auctoritas patrum*, in *BIDR*, 48, 1941, p. 503 ss.; R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della mancipatio*, Milano 1950, *passim*; L. AMIRANTE, *Recensione a LEVY-BRUHL, Auctoritas et usucapion*, in *Iura*, 1, 1950, p. 525 ss.; A. MAGDELAIN, *Auctoritas rerum*, Bruxelles 1950, p. 34 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Apollinaris, Roma 1955, p. 196 ss.; J. IGLESIAS, *Sobre el derecho romano y la 'auctoritas'*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Milano 1956, p. 117 ss.; R. POWELL, *Eviction in Roman Law and English Law*, in *Studies in the Roman law of sale*, Clarendon Press, Oxford 1959, p. 78 ss.; G. IMPALLOMENI, *Evizione (diritto romano.)*, in *NNDI*, vol. VI, Torino 1960, p. 1048 ss.; M. SARGENTI, *Per una revisione della nozione dell'auctoritas come effetto della mancipatio*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano 1962, p. 18 ss.; G. FRANCIOSI, *'Auctoritas' e 'Usucapio'*, in *Labeo*, 3, 1963, p. 6 ss.; E. VOLTERRA, *Mancipatio*, in *NNDI*, vol. X, Torino 1964, p. 97 ss.; D. PUGSLEY, *The Roman Law of Property and Obligations*, Cape Town 1972, p. 45 ss.; C.S. TOMULESCU, *La 'mancipatio' nelle commedie di Plauto*, in *Labeo*, 17, 1971, p. 284 ss.; A. WATSON, *Rome of XII Tables*, New York 1975, p. 134 ss.; H. ANKUM, *L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a-t-elle existé?*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, III Convegno Internazionale, Perugia 1979, p. 3 ss.; V. MANNINO, *L'Auctoritas patrum*, Milano 1979, p. 78 ss.; MAGDELAIN, *L'acte per aes et libram et l'auctoritas*, in *RIDA*, 28, 1981, p. 127 ss.; R. DOMINGO, *Teoria dell'auctoritas*, Pamplona 1987, *passim*; PUGSLEY, *Quod autem valet mancipatio*, in *Id.*, *Americans are Aliens and other Essays on Roman Law*, Eter 1989, p. 32 ss.; P. FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale (Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990), a cura di L. Vacca, I, Milano 1991, p. 73 ss.; F.J. CASINOS MORA, *La notion romane de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas*, Granada 2000, p. 47 ss.; G. ROMANO, *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, in *Diritto@Storia*, 9, 2010; M.F. CURSI, *La mancipatio decemvirale e il nuovo diritto dei plebei*, in *Inter cives nec non peregrinos. Essays in honour of B. Sirks*, a cura di J. Hallebeek, M. Schermaier, R. Fiori, E. Metzger, J.-P. Coriat, Göttingen 2014, pp. 145-160. Per la dottrina più recente si veda la letteratura citata nelle note successive.

¹⁷ Molto critico sulle 'certezze' ricostruttive della tutela per l'evizione della dottrina soprattutto con riguardo all'*auctoritas*, M. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana*, Milano 1960, p. 1 ss.

¹⁸ ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 320.

una generale e primordiale funzione di 'assicurazione'¹⁹, nel senso che era posta in capo al *mancipio dans* una rispondenza, da ritenersi collegata a un obbligo, in un certo senso, 'di risultato'; pur tuttavia, occorre precisare, come correttamente sottolineato anche dal Guida²⁰, che in una società ancora agropastorale, con riguardo alla proprietà – trattandosi questa, più che di un diritto assoluto sulla cosa, di un potere esclusivo sulla cosa (laddove il trasferimento riguardava la cosa nella sua materialità e non ancora il diritto) – l'*auctoritas* inizialmente serviva essenzialmente a legittimare il trasferimento in modo pubblico, attraverso l'impegno a che nessun terzo avrebbe potuto mettere in discussione il passaggio della *res*. E, dunque, attribuirle una funzione di garanzia o, più generalmente una funzione obbligatoria in senso tecnico, non ha un fondamento né storico né concettuale, in questa fase originaria della sua elaborazione giuridica²¹.

In ragione di ciò non serve soffermarsi ulteriormente su tale istituto, se non, appunto, nei limiti della sua prodromica utilizzazione in chiave 'genericamente assicuratoria'; mentre occorre volgere lo sguardo alla fase successiva, quando l'esigenza di tutela tecnica in caso di evizione trovò riscontro attraverso mezzi stipulatori²² in una forma di garanzia più compiuta²³.

¹⁹ Spiega il dalla Massara « [...] dalla *mancipatio* sorgeva, accanto agli effetti traslativi, la peculiare forma di garanzia offerta dall'*auctoritas*, con cui il *mancipio accipiens* era tutelato contro l'evizione: in particolare, il *mancipio dans* sarebbe stato tenuto a prestare assistenza processuale all'acquirente convenuto – originariamente, con la *legis actio sacramenti in rem* – entro due anni o un anno (a seconda del tempo previsto per l'usucapione, la quale avrebbe dunque condotto all'acquisto della proprietà; ma nei confronti degli stranieri, che non avrebbero potuto usucapire, l'*auctoritas* sarebbe stata *aeterna*); se invece il *mancipio dans* non avesse prestato assistenza all'acquirente o comunque se il processo si fosse concluso negativamente per quest'ultimo, sarebbe stato condannato, in forza dell'*actio auctoritatis* (che si deve immaginare, seppure forse non da subito, corrispondente a un'*obligatio auctoritatis*) al pagamento del doppio del prezzo. Una condanna siffatta potrebbe far pensare a una responsabilità penale avvicinabile a quella del *furtum nec manifestum*, ancorché le fonti non lascino intendere che, salvo l'aspetto della condanna al multiplo del prezzo, l'azione fosse concepita come penale»: T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni*, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2007, pp. 283-284.

²⁰ G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 10.

²¹ In senso contrario T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 285.

²² Non si considera qui la *repromissio secundum Mancipium* che costituisce un derivato dell'*obligatio auctoritatis* di cui è tuttavia oscura la costruzione oltre che la funzione pratica. Sul punto si vedano gli Autori citati alla nota successiva.

²³ E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig 1902, p. 26 ss.; GIRARD, *Études*, cit., p. 1 ss.; P. MEYLAN, *La satisdatio secundum Mancipium*, in *Rev. hist., de droit fran. et étr.*, 26, 1948, p. 4 ss.; M. SARGENTI, *La 'satisdatio secundum*

In particolare nella fase arcaica inoltrata, a ridosso della pubblicazione del codice decemvirale, prese avvio l'uso di concludere la *satisfatio secundum Mancipium*. Di quest'ultima, per la scarsità di fonti, poco si conosce con sicurezza²⁴.

Molto probabilmente la *satisfatio secundum Mancipium* consisteva in una *verborum obligatio* realizzata con l'intervento di garanti: dapprima *sponsores*, quindi *fidepromissores* e, più tardi, *fideiussores*.

Uno dei pochissimi testi che ne menziona l'utilizzo è di Cicerone.

Cic. ad Att. 5.1: *de Annio Saturnino curasti probe. de satis dando vero te rogo, quoad eris Romae tu ut satis des. et sunt aliquot satisfationes secundum Mancipium veluti Mennianorum praediorum vel Atilianorum*²⁵.

L'arpinate scrive ad Attico a proposito delle *satisfationes secundum Mancipium* per i fondi Menniano e Atiliano che verosimilmente – il testo, così scarno e soprattutto isolato, non offre agilità nella ricostruzione – Cicerone aveva intenzione di vendere o stava vendendo probabilmente tramite Attico, in qualità di *procurator*, e di cui ovviamente occorreva prestare le relative cauzioni²⁶.

Si potrebbe ritenere che il meccanismo della promessa che accedeva alla vendita consisteva in una sorta di rafforzamento dell'*auctoritas* (già insita nella *Mancipatio* e forse oramai concepita come *obligatio auctoritatis*)²⁷

Mancipium e la *'stipulatio habere licere'* nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana, in *BIDR*, 65, 1962, p. 100 ss.; A. CALONGE, *Evicción: historia del concepto y análisis de su contenido en el derecho romano clásico*, Salamanca 1968, p. 23 ss.; TALAMANCA, *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano 1993, p. 389; M. KASER, *Das Ziel der actio empti nach Eviction*, in *ZSS*, 54, 1934, 188.; ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisfatio secundum Mancipium*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, IV, Perugia 1981, p. 741 ss.

²⁴ SARGENTI, *La 'satisfatio'*, cit., p. 132; ANKUM, *Alla ricerca*, cit., p. 759.

²⁵ Di maggior evidenza la testimonianza che offre il frammento della formula Baetica che riporta il formulario di una *fiducia cum creditore* e che, tuttavia, essendo databile fra il I e il II sec. d.C. non è strettamente funzionale all'indagine sull'origine arcaica della *satisfatio*: *Mancipio pluris (sestertio) n(ummo) I invitus ne daret, neve sa||tis secundum Mancipium daret, neve ut in ea verba, quae in ver|ba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neve simplam neve || [duplam promitteret*. Cfr.: FIRA, III, Firenze 1943, pp. 295-297, n. 92.

²⁶ Propendo per questa ricostruzione del senso del testo ciceroniano, proposta da ANKUM, *Alla ricerca*, cit. 763. *Contra*: MEYLAN, *La 'satisfatio'*, cit., p. 4 ss.; SARGENTI, *La 'satisfatio'*, cit., p. 154.

²⁷ GUIDA, *La tutela*, cit., p. 62.

realizzato attraverso la dazione di uno *sponsor* o *fidepromissor*. Era, dunque, necessaria una promessa che il venditore pronunciava e alla quale accedeva l'ulteriore promessa dei terzi.

Proprio a tal proposito, si deve altresì supporre che il terzo fosse obbligato alla stessa prestazione del debitore, e quindi a prestare assistenza giudiziaria o al doppio del prezzo.

Come è evidente in questa nuova dimensione negoziale siamo in presenza di A) una promessa effettuata dal *venditor* assunta mediante *sponsio/stipulatio* che rafforza l'*auctoritas* B) una promessa del terzo realizzata mediante *sponsio/stipulatio*, che ripromette quanto promesso dal venditore.

Abbiamo, quindi, un terzo che si obbliga per un soggetto, cioè, un garante in senso tecnico²⁸.

Si è ampiamente dibattuto sul contenuto e sulla funzione di tale *satisfactio*²⁹, e in particolare la dottrina si è soffermata sulla parola *secundum* presente nell'espressione *satisfactio secundum Mancipium* che indicherebbe al contempo che l'obbligazione in parola viene assunta dopo il compimento della *mancipatio* e che tale obbligazione ha, appunto, un contenuto identico a quello dell'*obligatio auctoritatis*³⁰.

Tuttavia, quel che al momento mi pare significativo sottolineare è l'aspetto dell'utilizzo della garanzia personale come strumento di tutela dall'evizione come soluzione 'tecnica'.

In tal senso, sottacendo sulla funzione dell'*auctoritas* originaria per i motivi anzidetti, probabilmente anche per ragioni di scarsità di fonti, è stato trascurato l'elemento, in realtà nient'affatto secondario, di un vero e proprio uso dello strumento della promessa del terzo in funzione di rafforzamento della tutela dell'*emptor* in caso di evizione della *res*,

²⁸ Ancora, prendendo le mosse da questa ricostruzione, sembrerebbe doversi accreditare l'ipotesi che, in prosieguo di tempo, il venditore ricorresse alla *stipulatio* in assenza di un'obbligazione del terzo garante, effettuando, allo scopo, lui personalmente la *repromissio secundum Mancipium*. Certo, rimane assai oscuro il profilo dei rapporti che a questo punto dovrebbero ravvisarsi tra una siffatta *repromissio secundum Mancipium* e l'originaria *obligatio auctoritatis*.

²⁹ Si rinvia ad ANKUM, *Alla ricerca*, cit., p. 741, per la ricognizione dell'articolata discussione in merito.

³⁰ ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 329 ss.; O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., p. 547 ss., che sottolinea come il termine '*secundum*' rechi il significato di «dopo», mentre non presenta necessariamente quello di «conforme a», in quanto la '*satisfactio*' potrebbe avere anche un contenuto, in tutto o in parte, diverso da quello dell'*obligatio auctoritatis*. Per una rassegna approfondita delle principali impostazioni sostenute in dottrina cfr. e per la critica ad alcune di esse, SARGENTI, *La 'satisfactio'*, cit., p. 158 ss.; ANKUM, *Alla ricerca*, cit., p. 741 ss.

caratterizzante la *satisfactio secundum mancipium*. L'obbligazione assunta dal terzo è inequivocabilmente un'obbligazione di risultato collegata ad un evento: per meglio dire il terzo si impegna a difendere il compratore evitto o a rimborsarlo del doppio in conseguenza del fatto evizionale.

La *sponsio* o la *fidepromissio*, senza dubbio, sono stati strumenti particolarmente congeniali a tal fine, e ancor più lo sarà la *fideiussio*, che, poi, per l'appunto sancirà la definitiva acquisizione della figura di 'garanzia in senso tecnico'³¹, intervenendo essa come promessa del terzo, che non presupponeva più neppure l'obbligazione principale espressamente assunta dal venditore nella forma della *verborum obligatio*.

Abbiamo, in sostanza, un venditore che in veste autonoma assume un'obbligazione mediante una promessa a cui accede una ulteriore promessa di un terzo in forma di eterogaranzia: in entrambi i casi lo scopo è che venga assicurato al compratore un risultato preciso, ossia la difesa vittoriosa in giudizio contro il terzo o, in alternativa, il doppio del prezzo pagato, indipendentemente dal giudizio di responsabilità del venditore con riguardo all'evizione.

³¹ G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali*, Torino, A.A. 1933-1934, p. 191 ss.; F. DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio*, ora in *SDHI*, 6, 1940, p. 132 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, Padova 1962, p. 72 ss.; MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, VIII, Torino 1992, p. 615 ss. Circa tratti specifici dell'obbligazione di garanzia cfr. F. BRIGUGLIO, *'Fideiussoribus succurri solet'*, Milano 1999, *passim*; ID., *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, a cura di L. Peppe, Padova 2008, p. 123 ss. Cfr. altresì MANNINO, *Fideiussione e accessoriety*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del V Convegno Internazionale Aristec (Salisburgo 13-15 settembre 2001), a cura di L. Vacca, Torino 2003, p. 55 ss.; ID., *La fideiussione*, in *Strutture e forme di tutela contrattuali*, a cura di L. Garofalo, Padova 2004, p. 54 ss. Di recente, R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di I. Piro, I, Tricase 2016, p. 54.

3. Gli strumenti stipulatori per la tutela del compratore

Nell'ottica di un'evoluzione verso la garanzia in senso tecnico, oltre alla peculiare presenza di questa forma di eterogaranza, vanno osservati gli strumenti pretori a tutela dell'evizione nel caso di vendita di *res nec Mancipi* con i quali l'uso della *satisfactio secundum Mancipium* prevista per la *Mancipatio* ha un legame plausibile, considerato che il trasferimento mediante *traditio* di *res nec Mancipi* a scopo di vendita era sguarnito di protezione in caso di evizione³². In caso di *traditio* di *res nec Mancipi* il compratore poteva concludere una *stipulatio* con cui si impegnava a garantire l'«*habere licere*», ossia un pacifico e pieno godimento della *res*.

Come emerge dall'analisi di alcuni assai noti passi di Varrone³³, tale garanzia sarebbe stata assunta con una *stipulatio* in cui si prometteva contestualmente anche l'assenza di vizi e l'esistenza di determinate qualità dell'oggetto di compravendita³⁴:

Varr. r. rust. 2.2.5-6: *In emptionibus iure utimur eo, quo lex praescripsit. In ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt: quidam enim pretio facto in singulas oves, ut agni cordi duo pro una ove adnumerentur, et si quoi vetustate dentes absunt, item binae pro singulis ut procedant. de reliquo antiqua fere formula utuntur. cum emptor dixit 'tanti sunt mi emptae?' et ille respondit 'sunt' et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic, 'illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra lusca surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbooso esse habere que recte licere, haec sic recte fieri spondesne?'.*

La stipulazione, pertanto, veniva usata per garantire al compratore sia alcuni modi d'essere dell'oggetto di compravendita (l'esistenza di certe qualità e l'assenza di determinati vizi), sia l'«*habere recte licere*», vale a dire il

³² Considerato che siamo ancora lontani dal riconoscimento del contratto consensuale di *emptio venditio inter cives*: ciò nel senso che la vicenda della tutela per l'evizione di *res nec Mancipi* va collocata ancora autonomamente rispetto all'*emptio venditio*, proprio come per le *res Mancipi*.

³³ Su cui ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 333 ss.; TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 51 ss.

³⁴ Così GIRARD, *Mélanges de droit romain*, II, Paris 1923, pp. 22; 50 ss.; 65 ss.; MEYLAN, *Varron et les conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, IV, Milano 1949, p. 188; ARANGIO RUIZ, *La compravendita*², II, cit., p. 334; TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 404 ss.; CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 132; P.P. ONIDA, *Studi*, cit., p. 311 s.

godimento pieno e pacifico³⁵.

In tal senso, per il venditore si configurava una responsabilità per fatto oggettivo, poiché si impegnava ad indennizzare il compratore nel caso in cui si rivelasse un vizio della cosa oggetto di compravendita, a prescindere dal fatto che conoscesse o meno l'esistenza del vizio, e allo stesso modo ugualmente si impegnava ad indennizzare il compratore nell'ipotesi in cui si rivelasse un 'vizio' del diritto.

Dunque, venendo ad uno dei punti centrali di queste riflessioni, l'«*habere licere*» era configurato in modo oggettivo, in quanto non si poneva il problema di individuare su chi gravasse il generico comportamento di astensione di turbare il pacifico godimento della *res emptā*, poiché all'epoca in cui fu congeniato il formulario riportato da Varrone, non si era ancora affermato il carattere personale della prestazione del debitore e, di conseguenza, non sorgeva alcuna questione in merito alla possibilità di assumere una garanzia che potesse ricomprendere anche un *facere* del terzo³⁶. In tal senso il Talamanca osservava come fosse possibile ricavarne la chiara percezione di una sorta di «[...] travaglio della giurisprudenza cautelare romana in un momento storico in cui si tende, da una parte, a fissare il requisito della prestazione come aspetto indispensabile dell'*obligatio* e, dall'altra, non si è ancora completamente affermato [...] il carattere personale della prestazione [...] rimanendo così possibile di assumere la garanzia per un *facere* di un terzo»³⁷.

Peraltro, la struttura della *stipulatio* si sarebbe prestata specificamente a introdurre, per l'ipotesi di *traditio* di *res nec mancipi*, una forma di garanzia per l'evizione che, però, risultava funzionalmente collegata alla vendita; così che si sarebbe configurata una responsabilità per evizione non derivante direttamente dal negozio di vendita, ma dalla promessa obbligatoria.

La prova che si trattasse di promesse che assumevano «direttamente a contenuto il fatto oggettivo (che ricomprende anche il fatto del terzo)» Talamanca la rinviene anche in altri testi di Varrone:

Varr. *r. rust.* 2.3.5: *De emptione aliter dico atque fi[er]it, quod capras sanas sanus nemo promittit. numquam enim sine febris sunt. Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic: 'illas*

³⁵ Secondo l'Arangio-Ruiz, «il godimento effettivo della cosa» (*habere*) e «la immunità di questo godimento da attacchi in via giudiziaria, sia che gli attacchi non vengano, sia che si riesca a respingerli» (*licere*), cfr. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*², cit., II, p. 340.

³⁶ R. ORTU, *Garanzia per evizione: stipulatio habere licere e stipulatio duplae*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2007, p. 310 ss., in particolare p. 362.

³⁷ Cfr. TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., p. 27.

capras hodie recte esse et bibere posse habere que licere, haec spondesne? de quibus admirandum illud. Quod etiam Archelaus scribit: non ut reliqua animalia naribus, sed auribus spiritum ducere solere pastores curiosiores aliquot dicunt.

Qui si fa menzione di una stipulazione di garanzia collegata ad una vendita di capre: nella promessa si garantisce la salute degli animali, si garantisce che le capre si abbeverino senza aiuto, ad altresì si garantisce l'*habere licere*, che viene assunto, nell'ottica della tutela giudiziale, come fatto oggettivo³⁸.

In un altro testo ancora viene menzionata la garanzia avente ad oggetto contemporaneamente la salute degli animali venduti, l'*habere licere*, il *noxis praestari* (come garanzia per il danno causato dal bestiame a terzi) e il pedigree del bestiame (una provenienza genetica sana del bestiame):

Varr. *r. rust.* 2.4.5: *Emi solent sic: 'illasce sues sanas esse habere que recte licere noxis que praestari neque de pecore morbo esse spondes ne?' quidam adiciunt perfunctas esse a febris et a foria*³⁹.

Immediatamente dopo l'introduzione della *stipulatio habere licere* deve essere stato pensato un nuovo strumento di tutela delle vendite di *res Mancipi* in cui la *mancipatio* non poteva effettuarsi (verosimilmente fra *cives* e non *cives* e prima comunque dell'introduzione dell'*emptio venditio*)⁴⁰. Ne abbiamo una chiara testimonianza ancora tramite Varrone:

Varr. *r. rust.* 2.10.4-5: *In emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit; si, ut debuit, Mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit; aut si in iure cessit, si potuit cedere, et id ubi oportuit; aut si usu cepit; aut si e praeda sub corona emit; tumve cum in bonis sectione cuius publice veniit. 5. In horum emptione solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere, sanum esse, furtis noxisque solutum: aut, si Mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla.*

³⁸ Una soluzione promissoria ispirata alle soluzioni di Manlio Manilio: cfr. TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., p. 26, nota 177.

³⁹ Qui l'uso del verbo *praestare*, benchè nel senso sopradetto di 'garantire/assicurare', è limitato al danno a terzi (ossia la nostra), e, dunque, in una di quelle accezioni specifiche che vengono 'oggettivizzate' dal riferimento terminologico che accompagna il verbo: cfr. ORTU, *Garanzia*, cit., p. 325.

⁴⁰ Sul suo utilizzo successivo all'introduzione nella prassi commerciale del contratto consensuale anche per i *cives* si veda A. CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la Mancipatio*, in *Iura*, 64, 2016, pp. 9-100.

Varrone dopo aver individuato i vari modi di acquisto della proprietà dei servi ed aver chiarito che alla vendita dei *mancipia* era uso far seguire una stipulazione ('*stipulatio intercedere*') con la quale si prometteva che lo schiavo fosse sano ed esente da responsabilità nossale per furto, al par. 5 riporta la possibilità, in assenza di una *mancipatio* per il trasferimento del *servus*, di concludere una *stipulatio duplae* o di promettere, in seguito a pattuizione delle parti, il *simplum*: *si mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla*.

L'assenza dell'atto librare, da cui conseguiva automaticamente il sorgere dell'*obligatio auctoritatis* in capo al *mancipio dans*, in buona sostanza rendeva necessario garantire per l'evizione mediante la *stipulatio duplae*.

Ma il testo di Varrone, per quanto riguarda la garanzia per l'evizione, fornisce anche un altro elemento di grande rilievo: infatti, si attesta che le parti contraenti, in seguito a patto, potevano obbligarsi per il *simplum*.

Il contenuto della *stipulatio*, riferito da Varrone, è assai simile a quello delle formule di stipulazioni di garanzia utilizzate per le vendite del bestiame già esaminate in precedenza a proposito della *stipulatio habere licere*. Si può inoltre notare che l'espressione '*noxis praestari*' (costruzione già utilizzata nei formulari stipulatori delle vendite di animali) viene completata da un '*praestare*' che Varrone indica con la locuzione '*furtis noxisque solutum*'. Quindi, anche nelle stipulazioni di garanzia relative ai *mancipia*, al pari di quelle in uso nelle vendite di animali, il venditore si vincolava promettendo sia l'integrità fisica dello schiavo (*sanum esse*), sia l'immunità del *mancipium* da responsabilità per furti e danneggiamenti. Come sostiene l'Arangio-Ruiz, l'esempio riportato da Varrone doveva ricalcare lo schema dei formulari stipulatori usati più frequentemente: ciò però non esclude la possibilità che le parti potessero escogitare nuovi contenuti, promettere qualità diverse o garantire l'assenza di altri difetti o addirittura promettere il *simplum* per la garanzia per l'evizione in deroga alla prassi comune di obbligarsi per il *duplum*.

Di tale funzione della *stipulatio* in epoca severiana, ma come commento all'editto del pretore, si legge in:

Ulp. 32 *ad ed.* D. 21.2.37 pr.-1: *Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisdetur, nisi si specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur. 1. Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis Serica vel quid aliud non contemptibile veneat. per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur*⁴¹.

⁴¹ Con un netto riferimento anche a Giuliano in Ulp. 29 *ad Sab.* D. 21.2.21.1: *Inde*

Ulpiano dice che, se non si è diversamente convenuto, dal venditore deve essere prestata la stipulazione del doppio del prezzo in caso di evizione, non promettendo l'intervento di garanti (*satisfatio*) ma con la promessa del venditore (*repromissio*). Poi sempre il giurista specifica che il doppio viene promesso non per tutte le cose ma per quelle più preziose, come gioielli e vesti di seta. Così come il doppio deve essere promesso per lo schiavo, in quanto previsto dagli edili curuli⁴².

La forma stipulatoria avrebbe, quindi, almeno all'inizio, sostituito l'*obligatio auctoritatis* probabilmente nelle vendite di *res Mancipi* non realizzate mediante *manipatio*. È evidente che tali strumenti divenivano operativi ad evizione avvenuta, ossia nel momento in cui il compratore fosse stato spossessato a seguito di soccombenza in giudizio; in tal senso ne esce consolidata l'idea del modello 'garanzia' prodotto in epoca arcaica, nella riproposizione delle forme di garanzia, come la *satisfatio*, seppur ora concepite nella veste stipulatoria pretoria.

4. L'evoluzione della garanzia in epoca classica

C'è un filo che lega i testi di Varrone ad un altro frammento di Ulpiano riportato in:

Ulp. 49 *ad Sab. D.* 45.1.38 pr.-2: *Stipulatio ita: 'habere licere spondes?' hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. quae res facit, ut videatur reus promississe per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promississe, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. Sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat. 1. Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. 2. At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. sed quatenus habere licere videbitur? si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores*⁴³.

Iulianus libro quadragésimo tertio eleganter definit duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam empori habere non liceat propter ipsam evictionem.

⁴² Su cui DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 296.

⁴³ Su tale passo cfr.: TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 390 ss.; GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit., p. 71 ss. e ARANGIO-

Nel *principium* si afferma che lo scopo della *stipulatio habere licere* è quello di garantire il pacifico godimento al compratore e che non si verificchino turbative provenienti da terzi (*per omnes futurum, ut tibi habere liceat*): tramite *stipulatio habere licere* il compratore è tutelato da ogni evento possibile, compresi quelli ricondotti a terzi soggetti.

In senso contrario, tuttavia, subito dopo si afferma che in questo modo si è promesso un fatto altrui e che nessuno però rimane obbligato da tale tipo di promessa.

Nella chiusura del testo viene proposta una interpretazione restrittiva dell'oggetto della *stipulatio* secondo la quale si deve intendere che il promittente si impegna all'astensione da atti di turbativa solo per sè, per il suo erede e per gli altri successori.

Superando l'ampio dibattito suscitato dal testo, l'Arangio-Ruiz⁴⁴ ha ricomposto la logica del brano sottolineando condivisibilmente che nel primo tratto del testo Ulpiano abbia riportato un brano dell'opera di Sabino, mentre successivamente avrebbe proposto la propria opinione. In tal senso, nel testo di Ulpiano, avremmo una duplice testimonianza, riferita una alla concezione più antica della *stipulatio habere licere*, l'altra più moderna⁴⁵. In questo passaggio vi sarebbe la prova di quel travaglio di cui parlava Talamanca, ma più centrato sul tema della tutela del compratore, o *rectius* degli obblighi assunti dal venditore: la concezione risalente a Sabino si fondava su una nozione di promessa (*praestare l'habere licere*) che con efficacia *erga omnes*, e in cui l'impegno a garantire l'*habere licere* era oggettivamente considerata, come in Varrone. Però, la riflessione di Sabino in merito alla portata della *stipulatio habere licere* e il significato dell'espressione *habere licere*, costituisce un passo avanti⁴⁶ rispetto alla concezione che emerge dai formulari scarni riportati da Varrone, dai quali traspare che nell'età repubblicana non si era ancora posto

RUIZ, *Compravendita*, cit., 336.; J. COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy 1957, 104 ss.; F. PASTORI, *Appunti*, cit., p. 271 ss.; MEYLAN, *La stipulation habere licere*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 38, 1970, p. 67 ss.; D. NÖRR, *Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 121, 2004, p. 152 ss.; ID., *Schriften 2001-2010. Anlässlich seines 80. Geburtstags*, a cura di T.J. Chiusi e H. Dieter Spengler, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2012, p. 320 ss., in particolare p. 339, a cui si rinvia per un approfondimento sulla nozione stessa di '*habere licere*'.

⁴⁴ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 340 ss. Più recentemente ORTU, *Garanzia*, cit., 330 ss.; GUIDA, *La tutela*, cit., p. 72 ss.

⁴⁵ ORTU, *Garanzia*, cit., pp. 334-335.

⁴⁶ Così A. SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui nella riflessione dei giuristi romani*, in *SDHI*, 55, 1999, p. 168; ORTU, *Garanzia*, cit., p. 337.

il problema di determinare l'ampiezza della portata della *stipulatio habere licere*. Nell'interpretazione di Ulpiano compare la concezione più matura dell'oggetto della promessa⁴⁷, improntata al principio giurisprudenziale di matrice giurisprudenziale del '*nemo factum alienum promittendo obligatur*', in cui la responsabilità del venditore, ancora costruita sull'impegno per un risultato, sarebbe comunque stata esclusa nell'ipotesi di fatto del terzo. Ovviamente nell'abbandono della concezione più antica avrebbe anche giocato un ruolo pesante l'affermarsi della tutela per l'evizione tramite l'*actio empti* che all'epoca di Ulpiano (ma già qualche tempo prima) aveva reso l'assunzione della *stipulatio habere licere* non necessaria.

In tal modo viene a compiersi quel percorso di sviluppo, sopra accennato, che riconduce l'*obligatio evictionis* dall'idea originaria, intesa essenzialmente come garanzia per un evento oggettivo, a una concezione incentrata su un comportamento dovuto (in funzione di adempimento) dal debitore. D'altra parte, il cerchio parrebbe chiudersi con Paolo in Paul. 72 *ad ed.* D. 45.1.83 pr., quando la promessa in forma di *stipulatio* circa l'*habere licere* viene oramai costruita espressamente come assunzione dell'obbligo di fare in modo che l'evizione non si verifichi: in altre parole, si passa dalla *stipulatio habere licere* come fonte di una sorta di obbligazione di risultato a un'obbligazione di mezzi⁴⁸, in cui l'impegno del venditore promittente ha ad oggetto un suo comportamento e non un evento. Ecco che il *praestare*, formalmente espresso o meno, cambia di nuovo colore.

Del resto, tale *stipulatio* era formulata nel '*quidquid ob eam rem dare facere oportet*', il che implicava che la condanna potesse espandersi fino all'*id quod interest*. Tuttavia, ancorchè sembrerebbe possibile un accomunamento tra l'azione che sorge dalla *stipulatio habere licere* e l'*actio empti* elaborata in connessione all'*emptio venditio*, ogni sovrapposizione va debitamente esclusa, essendo quest'ultima un'azione di buona fede, che imponeva criteri diversi di valutazione della vicenda contrattuale per pervenire alla condanna, quand'anche all'*id quod interest*.

Le varie forme di *verborum obligationes* sin qui osservate rappresentavano strumenti disponibili a un compratore diligente che si preoccupasse di costruire una specifica tutela per l'evizione. Eccettuati questi strumenti volontari di protezione del compratore, però, soltanto l'antica *mancipatio* sarebbe stata in grado di assicurare, attraverso il regime dell'*auctoritas*,

⁴⁷ Secondo Talamanca, in modo condivisibile, il problema andrebbe visto nella prospettiva di un'evoluzione storica, che coinvolge la configurazione, da un lato, della garanzia per l'evizione e, dall'altro, dell'*obligatio* stessa.

⁴⁸ TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 391; SANGUINETTI, *La promessa*, cit., p. 185.

una tutela per il caso di evizione⁴⁹. D'altra parte, il vasto diffondersi del contratto di *emptio venditio* nei rapporti tra Romani e Romani e peregrini, collegato alla crescente esigenza di sicurezza e rapidità nei traffici, nonché l'ampia elaborazione giurisprudenziale in tema di *fides* e *bona fides*⁵⁰, avrebbero senz'altro condotto alla definizione di quelle forme di tutela per l'evizione, già accennate, che possiamo definire 'interne' al regime del contratto di *emptio venditio*.

5. 'Actio empti' e 'obligationes venditoris'

Si è detto che, rispetto alla configurazione dell'*obligatio consensu contracta*, relativamente recente, la compravendita⁵¹, quale negozio con una funzione socio-economica tipica e rilevante nella sfera dei rapporti fra i *cives*, fosse considerata una figura negoziale consolidata già da tempi risalenti. Tuttavia, i suoi effetti si producevano prevalentemente o

⁴⁹ Paul. Sent. 2. [17. *Ex empto et vendito*]1. *Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari.* 2. *Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset.* 3. *Res empti mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.*

⁵⁰ W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, 2, Bohlaus, Weimar 1939, p. 5; ID., *Über Schuld und Schaden in der Antike*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, III, Milano 1948, p. 90 ss.; M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, I, Napoli 1953, p. 423 ss.; G. GROSSO, *Buona fede (Premesse romanistiche)*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, pp. 661-664; L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano 1961, *passim*; NÖRR, *Aspekte des römischen Völkerrechts*, München 1989, pp. 94 ss.; 102 ss.; 145 ss.; M. J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law*, a cura di R. Zimmermann e S. Whittaker, Cambridge 2000, p. 82 ss.; W. DĄCZAK, *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), a cura di L. Garofalo, II, Padova 2003, pp. 409-428; R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. Fiori, III, Napoli 2008, p. 237 ss.; ID., *Bona fides, formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. Fiori, IV, Napoli 2011, p. 97 ss.; CARDILLI, *'Bona fides' tra storia e sistema*, Torino 2010, *passim*.

⁵¹ Per una prima messa a fuoco, A. BURDESE, *Vendita (diritto romano)*, in *NNDI*, vol. XX, Torino 1975, p. 594 ss.; TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 303 ss.; S. ROMANO, *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. XIX, Torino 1998, p. 722 ss.

esclusivamente sul piano reale, trattandosi di un atto, nella forma tipica della *mancipatio*⁵², di trasferimento della proprietà di cosa, dietro il pagamento del prezzo⁵³, in cui era da definire solo il momento in cui la proprietà si trasferiva effettivamente dal venditore al compratore. Sull'evoluzione (o sulla sovrapposizione) riguardante il negozio traslativo con scopo di vendita e l'*emptio venditio* consensuale ad effetti obbligatori, in dottrina si è sviluppata un'ampia discussione⁵⁴ che qui non interessa ripercorrere. Interessa invece che, in epoca tardo-repubblicana⁵⁵, la compravendita presentava, appunto, come consolidati i caratteri sia della consensualità, sia dell'obbligatorietà reciproca, come abbiamo visto in precedenza, con una dimensione giudiziale improntata alla tutela *ex fide bona*.

Una volta configurata la struttura del negozio, oggetto della riflessione giurisprudenziale sono i contenuti e i limiti delle obbligazioni prodotti dal negozio, e che, nella logica circolare precedentemente sottolineata del rapporto fra *actio* e *obligatio*, vengono dapprima tratteggiati, poi via via sempre più definiti attraverso la graduale concessione dell'azione contrattuale⁵⁶.

⁵² Cfr. Gai 1.113 e 1.119. Sulla *mancipatio* e agli altri negozi traslativi in combinazione o affiancati alla compravendita si vedano soprattutto ARANGIO RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar 1939, p. 141 ss., e G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale, (Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990), a cura di L. Vacca, I, Milano 1991, ora in *Id.*, *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. Vacca, Napoli 2007, p. 245 ss.

⁵³ Cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 545 ss.

⁵⁴ ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 45 ss. Sul tema delle 'origini' si fa rinvio in modo particolare a MEYLAN, *La conception classique de la vente*, in *RIDA*, 1948, p. 133 ss.; CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano 1963, p. 156 s.; GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*, 30, 1964, p. 299 ss.; p. 567; PUGLIESE, *Compravendita*, cit., p. 247 ss.; CANNATA, *La compravendita consensuale romana*, cit., p. 73 ss.; MARRONE, *Trasferimento della proprietà*, cit., p. 183 ss.; A. CASTRO, *Emptio venditio y consensus. Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli 2001, p. 11; L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova 2007, p. 101 ss. R., FERCIA, «*Quia vendidit, dare promisit*», Cagliari 2009, p. 15 ss.; CANNATA, *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana*, in *Seminarios complutenses de derecho romano: revista complutense de derecho romano y tradición romanística*, 22, 2009, p. 13 ss.; M. CARBONE, *L'emersione dell'emptio consensuale e le leges venditionis di Catone*, Milano 2017, p. 11 ss.

⁵⁵ ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 85 ss.

⁵⁶ CARDILLI, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli 2016, 23 ss.

Essendo le obbligazioni delle parti protette da *iudicia bonae fidei*⁵⁷, i profili connessi alla compravendita, di cui si doveva tener conto nell'ammissibilità dell'azione, erano sia quelli fisiologici e che costituivano, per così dire, il 'regime ordinario'; sia quelli rimessi alla volontà specifica delle parti, come i patti tramite i quali i contenuti ampliavano o, nei limiti del consentito, modificavano il contenuto tipico del negozio e delle sue obbligazioni. Il *iudicium bonae fidei* copriva, dunque, l'intero programma contrattuale.

In verità, la parabola evolutiva della determinazione del contenuto degli obblighi contrattuali, e che ne ha prodotto, appunto, il così detto regime ordinario negoziale, ha riguardato essenzialmente l'obbligazione del *vendor*, essendo il compratore obbligato a trasmettere la proprietà del denaro che costituiva il prezzo⁵⁸:

Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1 pr.: *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: [...]*⁵⁹.

⁵⁷ GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., II, p. 115 ss.; F. DE BUJÁN, *De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fidei civiles*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 8, 2004, p. 331 ss.; FIORI, *Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della 'recezione' dei iudicia bona fidei*, in *BIDR*, 101-102, 1998-1999 (ma pubbl. 2005), p. 165 ss.; L. FRANCHINI, *La recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei: questioni di metodo e di merito*, Napoli 2015, *passim*.

⁵⁸ ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 202; BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 136 ss.; D. DOZHDEV, *'Fidem emptoris sequi': Good faith and Price Payment in the Structure of Roman Classical Sale*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., II, pp. 551-578.

⁵⁹ La letteratura sul passo è immensa. Si rimanda per un esame critico generale, da ultimo, a S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano 2007, p. 77 ss., nonché, ancor più di recente, a E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, p. 207 ss.; per un primo riscontro cfr. V. SCIALOJA, *La l. 16 dig. de cond. causa data 12, 4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in *BIDR*, 19, 1907, p. 161 ss.; BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria contrahere' in giuristi proculeiani e sabiniani*, in *BIDR*, 28, 1915, p. 24 ss.; D.E.C. YALE, *Celsus: Sale and conditional gift*, in *Studies in the Roman Law of Sale, Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, Oxford 1959, p. 171 ss.; MEYLAN, *Nouvelle explication de Celse, D.12.4.16*, in *Iura*, 20, 1969, p. 287 ss.; ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 150 ss.; R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del II Congresso Internazionale ARISTEC (Palermo, 7-8 giugno 1995), a cura di L. Vacca, Torino

Il contenuto dell'obbligazione del venditore, come noto, era decisamente più complesso⁶⁰: in un contratto obbligatorio finalizzato ad attuare lo scambio definitivo di cosa contro prezzo, il *venditor* non era obbligato specificamente a trasmettere la proprietà della *res*, e, dunque, la sua obbligazione non poteva essere configurata come un'obbligazione di '*dare*' in senso tecnico⁶¹. Le ragioni erano diverse: anzitutto, l'adempimento del '*dare*' non sarebbe mai stato possibile nell'ambito di un contratto concluso con un contraente che non fosse un *civis*, non potendo gli stranieri acquistare la titolarità del *dominium ex iure Quiritium*⁶², motivazione alla quale si agganciava conseguentemente il problema del regime differenziato dei beni, *res Mancipi* e *nec Mancipi*, che richiedeva uno specifico tipo di atto traslativo, *mancipatio* o *traditio venditionis causa* (o raramente *cessio in iure*), e che non poteva trovare applicazione ai peregrini, per i quali, a titolo differente, era prevista la sola consegna materiale.

A tali motivi, vanno aggiunte ragioni di 'politica commerciale', ben comprese dalla giurisprudenza romana, e che verosimilmente suggerirono l'opportunità di costruire l'obbligazione del venditore ricorrendo alla categoria di quel '*praestare*' nelle sue articolate declinazioni contenutistiche, senza dubbio più funzionale al risultato economico-commerciale tipico della compravendita. Si tratta, tuttavia, di un percorso che si sviluppa gradualmente, caratterizzato dalla interconnessione fra approccio processuale e riflessione sostanziale, tipica dell'esperienza giuridica romana, specie fino alla fine III sec. d.C., e che ha investito lo studio della materia *de qua* a partire dal periodo tardo repubblicano fino alla fine del periodo severiano.

1997, p. 135 ss.; TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 380 ss.; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino 1995, p. 171 ss.; DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004, p. 233 ss. Si vedano altresì le opere indicate alle note successive.

⁶⁰ Sul punto si rinvia a CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., p. 125 e a letteratura *ivi* citata.

⁶¹ Oltre al più volte menzionato testo di Paolo D.19.4.1pr., così già Celso in D. 12.4.16, su cui in particolare cfr. TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 380 ss.

⁶² Tuttavia, nell'ambito delle compravendite fra romani la struttura dell'*emptio venditio*, come è noto, mutava parzialmente, nel senso che se si trattava di *res Mancipi* veniva eseguita la *mancipatio* e se *res nec Mancipi* si eseguiva la *traditio*. Se il venditore era *dominus* il compratore diveniva senza dubbio titolare. Peraltro, in rapporto all'*emptio venditio* diversi sono i riferimenti alla *mancipatio* e agli altri negozi traslativi: un rapporto più o meno stretto del quale si discute da sempre in seno alla dottrina romanistica: cfr. in particolare ARANGIO RUIZ, *Diritto puro*, cit., 141 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 429 ss.; p. 580 ss.; PUGLIESE, *Compravendita*, cit., p. 248 ss.

Ed è proprio dalla sintesi dei giuristi severiani che si ricevono le coordinate per la costruzione della obbligazione del venditore, come risultato di questa complessa evoluzione:

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.11 pr.-2 : *Ex empto actione is qui emit utitur. 1. Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate. 2. Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.*

Ulpiano individua la sfera applicativa dell'azione da compera e, nel sottolineare che all'*actio* è connesso un *iudicium bonae fidei*, fa coincidere il perimetro dell'azione con tutto ciò che le parti hanno convenuto di *praestare*, qui inteso come eseguire ciò che hanno convenuto, definendo in base ai loro interessi ed esigenze, i termini dello scambio⁶³. Tuttavia, come spiegato da Ulpiano nella prosecuzione del brano, v'è un contenuto naturale della vendita che ha pieno valore, laddove non vi siano espresse pattuizioni delle parti; ed è questo contenuto naturale a rappresentare il frutto del lavoro di riflessione della giurisprudenza romana e che rappresenta il raggio d'azione della tutela contrattuale previsto per le parti, segnatamente per il compratore.

Ulpiano dice che per prima cosa il venditore è tenuto a '*praestare rem*'. Riallacciandoci alle osservazioni circa il senso del '*praestare*' come contenuto della prestazione, si può affermare che il *praestare rem* in questo caso implica un complesso di significati sostanziali che possono evincersi solo mediante la sua connessione con tutti i profili corredanti il rapporto obbligatorio all'interno del quale il medesimo *praestare* viene calato, a loro volta ricostruibili però solo tramite l'indagine condotta analiticamente sull'impiego dell'azione da compera che tutela la posizione del compratore.

Quando Ulpiano scrive il suo commento all'editto è oramai pacifico l'articolato contenuto dell'obbligazione del venditore, definito appunto tramite il suo speculare rapporto con le clausole edittali relative all'*actio empti*.

⁶³ Sia la regolamentazione precisa di alcuni aspetti naturali della vendita, come ad esempio il giorno e il luogo dell'adempimento, sia l'aggiunta di specifiche clausole tramite *pacta adiecta* rientrano nei contenuti negoziali protetti dalle azioni contrattuali.

In tal senso, il *praestare rem* a cui egli si riferisce, non implica, per certo, il solo trasferimento materiale della cosa, l'*'id est tradere'*, ma, come correttamente ritenuto, ed abbondantemente evidenziato dalla maggioranza della dottrina⁶⁴, esso si sostanzia nella trasmissione della piena e pacifica disponibilità della *res*. L'*habere licere*, che esprimeva una situazione di piena disponibilità già in Varrone, diviene il riferimento centrale dell'obbligazione del venditor.

Ulpiano, è vero, non lo dice espressamente; ma è un elemento che si può ricavare dal successivo passaggio relativo al rendere il compratore proprietario, o a garantirlo per l'evizione⁶⁵, laddove il venditore non fosse il *dominus* della cosa venduta: *'quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat'*.

Ciò implicitamente comporta che il risultato primario che il venditore deve assicurare al compratore è che questo non venga impedito o turbato nel suo godimento del bene acquistato, indipendentemente dal dato sia stato nelle condizioni necessarie per rendere l'acquirente proprietario.

Quanto affermato da Ulpiano è precisato in un testo, altrettanto noto di Paolo, in cui il giurista propone una rappresentazione icastica del contenuto dell'*obligatio venditoris*, tramite la configurazione di quella che può alternativamente considerarsi una 'maxi-obbligazione' o un elenco di profili obbligatori unitariamente riconducibili all'obbligazione generale gravante sul venditore.

Riprendiamo il testo già citato:

Paul 32 *ad ed.* D. 19.4.1pr. *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet.[...]*

Paolo sostiene che se il compratore è tenuto dall'*actio venditi*, qualora non abbia reso il venditore proprietario della somma di denaro, di contro

⁶⁴ TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 385 ss.; C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale*, cit., p. 413; L. VACCA, *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classico*, in *Garanzia e responsabilità*, cit., p. 19 ss.; EAD., *Ancora*, cit., pp. 64-65; S. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., p.126 ss.

⁶⁵ H. ANKUM, *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in *Vendita e trasferimento*, cit., II, p. 610 ss.

al venditore ‘basta’, ‘*sufficit*’, obbligarsi per l’evizione, trasmettere il possesso della *res* e astenersi da comportamenti ingannevoli e pregiudizievoli⁶⁶.

Come si diceva, il corretto inquadramento dell’articolato paolino impone di considerare i tre punti come altrettanti profili di un’unica obbligazione o, comunque, di ritenerli contenuti di obbligazioni specifiche ma strettamente connesse in un rapporto di reciproca funzionalità⁶⁷. Si tratta dell’espressione in forma tecnica dell’obbligazione generale del venditore di trasferire al compratore la *res* nella sua pacifica e definitiva disponibilità (*habere licere*), che richiede evidentemente la trasmissione della cosa nella sua materialità, la tutela per le ipotesi di evizione da parte di un terzo, e l’astensione da qualunque comportamento che dolosamente (ma non solo, come vedremo) ne pregiudichi appunto la pacifica e continuativa disponibilità.

In particolare, l’‘*ob evictionem se obligari*’ e il ‘*tradere possessionem*’ si collocano nell’alveo della necessità di configurare qualcosa di diverso dal ‘dare’ tecnico; infatti, la tutela per l’evizione ha una logica funzionale solo se messa in rapporto ad un’obbligazione di trasmettere la cosa nella sua pacifica e piena disponibilità materiale: la pacificità e la continuità hanno una relazione di segno negativo con la rivendicazione da parte di un terzo che risulti eserita vittoriosamente⁶⁸.

Quel che va sottolineato in merito è che la tutela per l’evizione in questa fase dell’evoluzione della vendita è considerata un elemento naturale del contratto⁶⁹: al di là della specifica menzione paolina – che null’altro individua se non precisi contenuti della generale obbligazione del *praestare* l’*habere licere rei* a cui è tenuto il *venditor* – la sua operatività è autonoma rispetto a specifici strumenti negoziali e si attiva per il solo spossessamento da parte di un terzo che ne rivendichi in qualche misura la titolarità, senza

⁶⁶ Sul punto si vedano in particolare CANNATA, *La compravendita consensuale*, cit., p. 428 ss.; PUGLIESE, *Compravendita*, cit., p. ss.; VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 19 ss.; CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., p. 127, il quale rileva, in modo condivisibile, che «il giurista romano sta individuando quello che è possibile definire un contenuto sufficiente dell’obbligazione del venditore, i cui elementi sono appunto ‘*ob evictionem se obligare, possessione tradere et purgari dolo malo*’. Ed è solo la loro somma, solo l’insieme dei tre adempimenti strettamente interconnessi tra loro che *sufficit* a liberare il venditore».

⁶⁷ Contenuto specularmente riprodotto in C. 8.44.3, rescritto di Settimio Severo e Caracalla, su cui limitatamente agli autori già citati, si vedano in particolare ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 150; TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 379.

⁶⁸ Così VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 1 ss.; DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 308 ss.; GUIDA, *La tutela*, cit., p. 57 ss.; CORTESE, *Actio empti*, cit., p. 3 ss.

⁶⁹ Così VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 3 ss.; GUIDA, *La tutela*, cit., p. 54 ss.

necessità che in sede giudiziale risulti vittorioso⁷⁰.

Tra le origini della tutela dall'evizione sopra trattate e la configurazione dell'obbligazione del venditore in termini di maxi-obbligazione tesa ad assicurare l'*habere licere* della *res* vi sono passaggi numerosi e piuttosto esplicativi del grande lavoro della giurisprudenza romana rispetto al fenomeno della garanzia espressa per l'evizione ed alla sua struttura, prima che la tutela evizionale venisse assorbita dall'*emptio venditio*.

6. La tutela contrattuale per l'evizione della 'res'

Sotto questo profilo, l'esigenza di tutelare l'acquisto del compratore dal fenomeno '*evictio*', nel senso di tutela da conflitti in sede giudiziale su qualunque pretesa inerente alla *res*⁷¹, già di natura fisiologica sia nel periodo antico, sia in età repubblicana, diviene fin dagli inizi del principato un fenomeno di rilevanza tecnica⁷².

È la giurisprudenza del II sec. d.C. a farsi carico dei primi tentativi di superamento della precedente impostazione del rapporto fra tutela e obbligazione negoziale: si riflette sul 'ricolloccamento' della tutela contro l'evizione dapprima posta all'esterno del rapporto contrattuale⁷³, per

⁷⁰ Non la pensa così il Talamanca secondo il quale, nonostante il processo di assorbimento della responsabilità evizionale nel perimetro della tutela generale garantita al compratore, l'enunciato paolino paia individuare il profilo specifico dell'obbligo per il venditore di assumersi, mediante apposita promessa, la responsabilità. A mio avviso, diversamente, nell'ottica dell'unitarietà dell'obbligazione del venditore, dallo stesso Talamanca, peraltro, rilevata a più riprese, Paolo sta più generalmente indicando l'obbligo di tutelare il compratore per l'evizione, il che si traduce sia nell'obbligo di stipulazione di apposite promesse (con il che il venditore, reticente a concludere la promessa, era convenibile tramite *actio ex empto*), sia nell'obbligo di rispondere nei confronti del compratore per l'evizione avvenuta, indipendentemente da assunzioni espresse di garanzia, tutelabili, queste, solo tramite *actiones ex stipulato*. Cfr. TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 386.

⁷¹ ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 309 ss.; IMPALLOMENI, *Evizione*, cit., p. 1048 s.; SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 5; BURDESE, *Vendita*, cit., p. 597 s.; TALAMANCA, *Vendita*, cit., 400 ss.; ANKUM, *Alcuni problemi*, cit., p. 12 ss.; ID., *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit., II, p. 597 ss.

⁷² Individua in tre passaggi l'evoluzione della garanzia per evizione DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 281 ss.

⁷³ Come messo ben in evidenza da GUIDA, *La tutela*, cit., p. 102 ss. Cfr. anche DALLA MASSARA, *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, II, Milano 2010, p. 11 ss.

configurarla poi come profilo specifico dell'obbligo generale del venditore di trasferire l'*habere licere*⁷⁴ della *res*, quale elemento naturale del contratto, collegata per l'appunto all'ampio perimetro del *praestare*.

Lo evidenzia il superamento dell'idea prevalente in dottrina, secondo la quale l'*actio empti* era esperibile solo per imporre al venditore la prestazione della garanzia di evizione mediante *stipulationes* – che pure per un certo periodo rimane – in favore della teoria dell'esperibilità dell'*actio ex empto* ad evizione avvenuta, concessa dalla giurisprudenza al fine di tutelare il compratore per la perdita dell'*habere licere*⁷⁵; e ciò in modo abbastanza conclamato dalla giurisprudenza adrianea in poi.

Già in alcuni testi dei giuristi della prima metà del II sec. d.C., viene tratteggiato per la prima volta, perlomeno in modo formale, il rapporto fra l'evizione del bene comprato⁷⁶ e l'*actio empti* per la tutela del compratore evitto⁷⁷:

Iav. 2 ex Plaut. D. 21.2.60: *Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest.*

Secondo Giavoleno nel caso in cui non fosse stata assunta in forma stipulatoria la tutela per l'evizione, il venditore era tenuto, comunque, per il *simplum*, ovvero alla restituzione del prezzo al compratore; altresì, considerata la natura dell'*actio ex empto* – ossia di azione promotrice di un *iudicium bonae fidei* – il venditore poteva essere tenuto all'*id quod interest*⁷⁸.

Il giurista collega direttamente all'azione da compera la tutela per l'evizione, in modo tale che il venditore risultasse tenuto secondo l'*oportere*

⁷⁴ Circa la complessità dell'inquadramento dell'*habere licere*, rispetto alla proprietà della *res* e in rapporto alla dicotomia dei contratti obbliganti al '*praestare*' e al '*dare*', si vedano soprattutto R. MAYR, *Praestare*, in ZSS, 42, 1921, p. 198 ss.; SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 12 s.; CANNATA, *Per lo studio*, cit., p. 20 ss.; CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 32 ss.

⁷⁵ SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 118 ss.; TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 397; VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 11 ss.; DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 307 s.; GUIDA, *La tutela*, cit., p. 107, soprattutto nota 11. Per l'Ankum le ipotesi di ricorso all'*actio empti* per tutelare in modo diretto il compratore erano piuttosto limitate: cfr. ANKUM, *Problemi*, cit., p. 597 ss.

⁷⁶ Cfr. anche Iul. 15 dig. D. 21.2.8. Sul punto in particolare A. WACKE, *Die verschuldete Eviktion*, in *Festschrift für H. Niedelander*, Heidelberg 1991, p. 141 ss.; GUIDA, *La tutela*, cit., p. 115 s.

⁷⁷ Cfr. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 350; TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 395; GUIDA, *La tutela*, cit., p. 121.

⁷⁸ Su cui si veda soprattutto GUIDA, *La tutela*, cit., pp. 122-124.

praestare pro evictione, e, dunque, il compratore fosse, in ogni caso, coperto dall'*actio empti*⁷⁹.

La duplice rilevanza del testo di Giavoleno risiede sia nell'idea originale che la tutela contro l'evizione non fosse preclusa dall'assenza di espresse pattuizioni, ma che fosse riconducibile all'*actio empti*, non solo per sanzionare il venditore reticente alla *stipulatio evictionis*, ma anche, ad evizione avvenuta, per far valere la c.d. 'responsabilità evizionale'⁸⁰, sia nell'esprimere i possibili contenuti della condanna: il *simplum* (ossia il prezzo) e l'*id quod interest*⁸¹.

Nonostante ciò, il collegamento diretto della tutela del compratore alla generale cornice della tutela *ex empto*, per le ipotesi di evizione avvenuta, ha indotto gran parte della dottrina romanistica all'identificazione del *quantum* della condanna – connessa all'*actio empti nomine evictionis* – con il solo *id quod interest*⁸², come conseguenza unica del mancato *habere licere*⁸³.

Peraltro, sempre secondo tali ricostruzioni, l'*id quod interest* in queste ipotesi, non avrebbe costituito tanto la conseguenza di un giudizio di responsabilità, quanto piuttosto la conseguenza derivante dall'essere il venditore rispondente circa un risultato contrattuale⁸⁴, che veniva, dunque, assicurato al compratore, ristorandolo in termini pecuniari dell'interesse che

⁷⁹ DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 504.

⁸⁰ Nello stesso senso si colloca un altro testo di Giavoleno: Iav. 9 *epist.* D. 41.3.23.1: *Si autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum*: cfr. TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 395.

⁸¹ Il trend trova conferma in Iul 32 *ad ed.* D. 21.2.7; Iul. 15 *dig.* D. 21.2.8; Iul. 32 *dig.* D. 30.82.4; Afr. 8 *quest.* D. 19.1.30.1; Afr. 8 *quest.* D. 21.2.47: cfr. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 13 ss.

⁸² Il Talamanca già osservava l'inaccettabilità dell'assimilazione dell'*id quod interest* alla 'coppia' 'interesse positivo' e 'interesse negativo' della civilistica tradizionale e della romanistica moderna: cfr. TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 414. Sulla polisemia dell'espressione '*id quod interest*', che si tradurrebbe anche nell'impossibilità di definire il *quantum* rimesso alla valutazione del giudice, cfr. D. MEDICUS, '*Id quod interest*'. *Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz 1962, *passim*; nonché H. HONSELL, *Quod interest im bonae- fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzercht*, München 1969, in particolare p. 51 ss.; F. PROCCHI, *Dall'id quod interest alla Differenzhypothese*, in *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di M. Talamanca*, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2011, p. 481 ss.; P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria 2012, *passim*, in particolare p. 30 ss.

⁸³ M. KASER, *Die Zie der actio empti nach Eviktion*, in ZSS, 54, 1934, 192 ss.; H. ANKUM, *Das Ziel der actio empti nach Eviktion*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VII, Napoli 1984, p. 3215 ss.; ID., *Problemi*, cit., p. 597 ss.; ID., *Pomponio, Giuliano y la responsabilidad del vendedor por eviction con la actio empti*, in RIDA, 39, 1992, p. 57 ss.

⁸⁴ Si tratterebbe di un contenuto acquisito dalla precedente *stipulatio habere licere*.

egli aveva a che la cosa gli fosse trasferita nel pieno e pacifico godimento, indipendentemente dall'accertamento di una condotta colpevole⁸⁵.

Questo testo successivamente è stato oggetto di ulteriori accurate analisi⁸⁶, dalle quali è emerso, da un lato, che la concessione dell'*actio empti* era principalmente concepita come funzionale ad una rispondenza per inadempimento del venditore per la oggettiva violazione del principio di sinallagmaticità⁸⁷, e che, solo ove presenti i presupposti, si sarebbe innestato anche l'eventuale giudizio di imputabilità dell'inadempimento/danno, in linea con la *bona fides* che avrebbe attivato il regime di responsabilità, con una rispondenza per l'*id quod interest*. Dall'altro lato, in termini consequenziali, sarebbe anche risultato che la condanna collegata all'*actio* non sarebbe stata configurata appunto in modo fisso all'*id quod interest* come ritenuto in precedenza, ma si articolava fra la restituzione del prezzo pagato per la cosa e l'*id quod interest*, a seconda che fosse ravvisabile o meno la necessità di ristorare l'interesse contrattuale del compratore anche, ma non solo, in rapporto alla opportunità di sanzionare un comportamento contrario a buona fede tenuto dal venditore⁸⁸.

⁸⁵ TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 400.

⁸⁶ VACCA, *Sulla responsabilità*, 1 ss.; EAD. *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, ora in *Garanzia*, cit., p. 29 ss.

⁸⁷ Così, oltre a Letizia Vacca come da nota precedente, si vedano DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 308; GUIDA, *La tutela*, cit., p. 57; A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova 2014, p. 1 ss.

⁸⁸ Si tratta di un'idea già espressa *in nuce* da E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig 1902, p. 78 ss.; cfr. anche VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 6; GUIDA, *La tutela*, cit., pp. 131-132. Verso una condanna limitata al prezzo si orienta, ad esempio, il probabile approfondimento dell'indicazione di Giavoleno da parte di Pomponio: Pomp. 9 *ad Sab.* D. 21.2.16 pr.: *Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simplum praestatur*. È opportuno leggere il testo in rapporto a Pomp. 31 *ad Q. Mucium* D. 18.1.66 pr.: *In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum*: Secondo il giurista antonino, qualora venisse *evicta* la cosa venduta, per ottenere ciò che per accessione era stato aggiunto al bene, avrebbe potuto agire mediante *actio empti*, allo stesso modo nel caso in cui fossero state evitte le cose aggiunte per accessione al fondo ed espressamente menzionate nella vendita, per le quali il venditore sarebbe stato tenuto per il *simplum*. Il testo di Pomponio ribadisce l'esperibilità diretta dell'*actio empti* per l'evizione e al contempo offre indicazioni più che chiare sul tipo di condanna a questa collegato: è sufficiente il *simplum*, e dunque il corrispondente del prezzo pagato. Se ne ricava, come già da altri opportunamente evidenziato, che il *quantum* improntato all'*id quod interest* costituiva uno dei tipi di condanna, ma non l'unico, considerato che tale condanna si riempiva di 'contenuti' in ragione degli elementi valutati come qualificanti il caso. In quest'ottica,

7. Conclusioni

Le brevi riflessioni esposte, su profili che meritano senz'altro un'analisi maggiormente approfondita, hanno avuto il precipuo intento di evidenziare la peculiarità funzionale della garanzia per evizione, nonché il suo legame con l'evoluzione della figura generale dell'*obligatio venditoris*.

Il fatto che nelle primordiali forme di tutela del compratore dall'evizione vi sia stato un ampio ricorso alle figure dei garanti e più in generale della promessa obbligatoria – la quale, a sua volta, ha rappresentato l'involucro per il nucleo del successivo concetto di obbligazione personale – a mio avviso giustifica una rinnovata attenzione verso il tema della garanzia della vendita.

In un sistema in cui ancora la garanzia in generale era affidata alle credibilità del debitore⁸⁹, dipendente anche in parte dalla sua capacità di farsi supportare da terzi per assicurare il proprio impegno, ancor prima che dalle sue stesse capacità patrimoniali, la vendita rappresentava il contesto pratico naturale in relazione al quale elaborare, sperimentare – e in cui, poi, collocare – alcuni tipi di strumenti. Dunque, nella fase di elaborazione di forme negoziali di rafforzamento di impegni assunti dai *cives*, lo stesso fenomeno obbligatorio assume decisa consistenza: così che nella vendita mancipatoria, atto di trasferimento a cui contestualmente seguiva il pagamento del prezzo, fanno la loro comparsa figure come le *satidastiones* a rafforzamento dell'impegno – implicitamente connesso alla *mancipatio* tramite l'*auctoritas* – di tutelare il compratore dall'evizione; *satisdationes* che null'altro sono che promesse di dare garanti come supporto alla posizione dell'obligato, come già per *vades* e *praedes* per il convenuto nel processo sacramentale.

All'indomani dell'evoluzione dell'*obligatio*, che da *vinculum corporis* fondato sul 'concetto' di assoggettamento della persona (che dava, quindi, in garanzia il proprio corpo: il *nexum*) diviene un *vinculum iuris* di impronta patrimoniale – la cui cogenza deriva dalla dimensione processuale che ne costituisce la matrice – anche la promessa muta, assumendo la *sponsio* altresì la funzione di negozio solenne di assunzione d'obbligazione

infatti, la formulazione di Giavoleno, pur non precisando, in rapporto a specifici elementi di fatto, a che cosa fosse dovuta l'esperibilità dell'*actio* per la restituzione del prezzo o per l'*id quod interest* (ad eccezione del generico riferimento alla natura *ex fide bona* dell'azione), se messa in relazione al complesso delle soluzioni sul tema, tali quali quella di Pomponio, consentirebbe di ricavare che, proprio per via dell'applicazione del principio di *bona fides* a cui era improntato il *iudicium empti*: RABEL, *Die Haftung*, cit., p. 162 ss. Cfr. anche SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 118 ss.; GUIDA, *La tutela*, cit., p. 122 ss.

⁸⁹ ZIMMERMAN, *Suretyship*, 5, Part II, *The Law of Obligations*, cit., p. 115.

per fatto proprio. E coerentemente con tale evoluzione anche la garanzia per evizione cambia struttura, venendo costruita come un rafforzamento dell'impegno del venditore, che egli stesso offre al compratore mediante apposite promesse (la *stipulatio habere licere*, la *stipulatio duplae*).

A questo punto la garanzia di evizione sembrerebbe staccarsi dalla originaria configurazione, per divenire un elemento funzionalmente collegato alla vendita, per poi ulteriormente trasformarsi in un elemento naturale del contratto. In questa evoluzione si osserva il passaggio dalla tutela per l'evizione costruita come obbligazione di risultato – in cui il venditore risponde sempre e comunque (Varrone-Sabino), anche per fatto altrui – alla fase della tutela in cui il venditore risponde per fatto proprio (Ulpiano), con un'obbligazione personalizzata (successivamente accostabile all'obbligazione di mezzi) seppur ancora oggettivamente configurata (Paolo); da ultimo il passaggio alla tutela per l'evizione di matrice contrattuale, in cui gli elementi di rispondenza del venditore oscillano sulla linea della *bona fides*⁹⁰.

Due elementi evidenzierebbero all'interno di questo quadro così complesso e su cui occorrerà ritornare: il ruolo del '*praestare*' nello sviluppo dell'*obligatio* e il mantenimento dell'oggettività dell'approccio nella garanzia per l'evizione, fin tanto che la costruzione della tutela è stata costruita, dal punto di vista sostanziale, sulla promessa obbligatoria, persa solo in parte a seguito dell'assorbimento dell'evizione nel generale fenomeno

⁹⁰ Come osserva Guida nel sistema romano si possono rintracciare più modelli diversi di garanzia per evizione, o, se si vuole, più 'rimedi' diversi contro quest'ultima: GUIDA, *La tutela*, cit., p. 229. Tale pluralità può essere pienamente letta attraverso le categorie proprie dell'attuale riflessione giuridica, potendosi rinvenire nelle soluzioni elaborate dai *prudentes* romani esempi sia di figure di 'garanzia in senso tecnico' che di utilizzo dell'azione contrattuale per reagire ad una forma di inadempimento contrattuale. In merito a quest'ultimo ambito applicativo, le soluzioni in tale ultima ipotesi si sub-articolano, distinguendo fra il caso di venditore 'in buona fede', che darà luogo solo al riequilibrio patrimoniale fra le prestazioni, come una sorta di responsabilità oggettiva ed il caso del venditore la cui condotta sia 'riprovevole' rispetto al modello richiesto dallo specifico 'tipo' contrattuale, obbligandolo a risarcire il danno. In altri termini, la 'tipizzazione' del contenuto complesso dell'obbligazione del venditore è il risultato della determinazione casistica dell'ambito di applicazione dell'azione contrattuale, così come progressivamente individuato nell'ambito dell'evoluzione delle soluzioni giurisprudenziali e che determina la rispondenza processuale per il mancato raggiungimento del risultato a cui i contraenti hanno interesse: CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata. Inadempimento e rispondenza ex fide bona*, Roma 2020, p. 88 ss.

dell'inadempimento⁹¹ e della connessa rispondenza *ex fide bona*⁹².

⁹¹ Le soluzioni, in tale ultima ipotesi, si ampliano distinguendo fra il caso di venditore 'in buona fede', che darà luogo solo al riequilibrio patrimoniale fra le prestazioni, come una sorta di responsabilità oggettiva ed il caso del venditore la cui condotta sia 'riprovevole' rispetto al modello richiesto dallo specifico 'tipo' contrattuale, obbligandolo a risarcire il danno. In altri termini, la 'tipizzazione' del contenuto complesso dell'obbligazione del venditore è il risultato della determinazione casistica dell'ambito di applicazione dell'azione contrattuale, come progressivamente individuato nell'ambito dell'evoluzione delle soluzioni giurisprudenziali e che determina la rispondenza processuale per il mancato raggiungimento del risultato a cui i contraenti hanno interesse. Cfr. VACCA, *La tutela del compratore per evizione e vizi: soluzioni giurisprudenziali romane e problemi dommatici attuali*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità*, Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13-15 novembre 2014), a cura di L. Garofalo e L. Zhang, Pisa 2017, p. 361 ss. Si vedano, altresì, le riflessioni di GUIDA, *La tutela*, cit., p. 147 ss.; CORTESE, *La tutela*, cit., p. 123 ss.

⁹² Ulpiano attesta che l'accordo 'tipico' del contratto di compravendita da cui si generano le obbligazioni reciproche tutelate nel *iudicium ex empto* comporta che il venditore si 'impegni' non solo a consegnare una cosa, ma anche a consegnarla priva di vizi giuridici o materiali tali da renderla inidonea alla 'normale' utilizzazione, e ciò indipendentemente da specifiche pattuizioni e garanzie relative alla cosa oggetto del contratto. Essendo, infatti, come risulta dalla formula dell'azione, obbligazione del venditore 'assicurare' (*praestare*) che il compratore consegua l'*habere licere* del bene, deve ritenersi che il venditore sia tenuto *ex empto* nel caso che la cosa venduta venga sottratta dal terzo proprietario, oppure presenti caratteristiche tali da rendere impossibile la effettiva disponibilità della cosa, o da renderne impossibile la normale utilizzazione peraltro, se il venditore ha consapevolmente dichiarato determinate qualità, che poi sono risultate non effettivamente presenti, o ha consapevolmente taciuto sull'assenza di esse, egli sarà tenuto a risarcire l'*id quod interest*, in quanto nella sua condotta si ravvisa un dolo *in contrahendo*. A tal riguardo, rispetto alla natura tecnica di 'dare' e 'fare' che agevola la determinazione delle ipotesi di inadempienza, definire come la violazione del *praestare* si traduca in termini di 'rispondenza' per inadempimento è senz'altro, un'operazione piuttosto complessa. Infatti, il quadro della riflessione prudenziale a partire dal II sec. a.C. pone in evidenza come in conseguenza dei molteplici significati sostanziali e funzionali riconducibili al singolo *praestare*, se accessorio o autonomo, nonché all'eventuale oggetto del *praestare* medesimo, la valutazione dell'inadempimento risulta essere segmentata in riferimento a specifici contenuti, ed essere, a seconda dei casi, autonomamente azionabile oppure no. D'altra parte, come è stato ampiamente dimostrato grazie agli studi di parte della dottrina romanistica, il modello di elaborazione delle soluzioni giurisprudenziali romane privilegia il piano della tutela, fondandosi principalmente sulla riconoscibilità in sede giudiziale di una pretesa valida. Cfr. CORTESE, *La tutela*, cit., p. 127 ss. anche per i riferimenti bibliografici sul tema. Si veda altresì VACCA, *La tutela*, cit., p. 365 ss.

Didier Veillon

La garantie des rentes constituées dans l'ancienne France

SOMMAIRE : 1. Introduction – 2. Garantie de droit et garantie de fait – 3. La clause de fournir et faire valoir.

1. *Introduction*

Dans son célèbre *Dictionnaire de droit et de pratique*, Claude-Joseph de Ferrière (1666-1747) définit la rente comme « un revenu qui vient tous les ans ». Et d'ajouter : « Il y en a de plusieurs sortes » dont l'auteur fait ensuite le détail sous plusieurs occurrences spécifiques¹. Au vrai, les rentes peuvent être sériées en deux grandes catégories : celles provenant d'un bail d'héritage et celles constituées sur un immeuble par vente ou donation. Ce sont là deux opérations économiques très différentes à l'origine de deux régimes juridiques distincts qui se cristalliseront cependant au terme d'une assez longue évolution.

En effet, c'est seulement au XIII^e siècle que les rentes se démarquent progressivement du cens avec lequel elles furent longtemps confondues tant dans les coutumes que la pratique. Avec le temps, les deux notions se distinguent toutefois l'une de l'autre dans la mesure où les rentes n'ont pas ce caractère seigneurial propre au cens, redevance par laquelle le censitaire reconnaît la propriété éminente du seigneur sur la terre qu'il exploite². Ainsi les rentes ne donnent-elles pas lieu à la perception de droits casuels, de droits de mutation, comme c'est le cas en revanche lors de la vente d'une censive par le tenancier, le seigneur prélevant alors une taxe appelée lods et ventes. Concrètement, le propriétaire d'un héritage, en d'autres termes un fonds de terre, peut le « bailler à rente », c'est-à-dire en transmettre la propriété à un preneur contre le versement d'arrérages annuels³. Par rapport à une vente classique, ce type de transaction présente de notables

¹ C.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, tome II, éd. 1769, v^o rente, p. 483.

² Sur la notion de cens, voir F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume et de la vicomté de Paris*, Paris, tome I, rééd. 1972, p. 443 et s.

³ B. SCHNAPPER, *Les rentes au XVI^e siècle. Histoire d'un instrument de crédit*, Paris, 1957, p. 42.

avantages pour les deux parties : le bailleur s'assure un revenu régulier et le preneur n'est pas tenu de réunir un capital substantiel au moment de la conclusion du contrat qui s'avère rentable dès l'instant où le montant de la rente est sensiblement inférieur au revenu dégagé par l'immeuble.

À côté de ces rentes dites de bail d'héritage que l'on appellera plus tard rentes foncières, il en existe d'autres qualifiées de « rentes à prix d'argent », dénomination qui sera ensuite remplacée par celle de rentes constituées. Elles concernent le propriétaire souhaitant conserver son bien par devers lui tout en l'utilisant en vue d'obtenir un capital ; capital certes moins élevé que celui résultant d'une vente mais néanmoins suffisant pour son bénéficiaire. Dans cette optique, celui-ci constitue une rente au profit d'une personne lui apportant l'argent dont il a besoin. Il peut aussi parfois créer cette rente sans rechercher une quelconque contrepartie financière, désirant seulement faire un acte charitable en avantageant par exemple un établissement religieux.

À l'époque médiévale, rentes foncières et rentes constituées – car quoique ces appellations soient postérieures, nous les retiendrons désormais par souci de clarté – ont les mêmes caractères juridiques : toutes sont des charges réelles qui pèsent perpétuellement sur les immeubles dont elles constituent des démembrements. Mais une évolution notable se produit au XIV^e siècle. Dans un pays alors ravagé par la guerre de Cent Ans, les créanciers sont naturellement enclins à sécuriser le paiement de leurs rentes : plutôt que de les asseoir sur tel ou tel immeuble de leurs débiteurs risquant d'être détruit, ils préfèrent une assignation générale sur tous leurs biens. Or ce type de clause change profondément la nature de la rente constituée dans la mesure où elle n'est plus réputée peser sur un immeuble du débiteur mais sur l'ensemble de son patrimoine. Ce faisant, les rentes constituées tendent à se confondre avec un prêt à intérêt d'autant plus redoutable que ces intérêts peuvent être exigés à perpétuité et, partant, représenter pour le débiteur une somme disproportionnée par rapport au capital reçu.

Un tel état de choses est sévèrement critiqué par les canonistes qui y voient une forme d'usure. Aussi l'Église se doit-elle de réagir pour mettre un terme à de semblables abus. Ce sera l'objet des bulles *Regimini* de 1425 et 1455. Par ces textes promulgués respectivement par les papes Martin V et Calixte III, les rentes constituées sont officiellement autorisées mais sévèrement encadrées⁴. Leur validité suppose en effet qu'elles soient assignées sur un support immobilier, un bien frugifère, possédé par le débirentier (le débiteur de la rente), lequel, en contrepartie du capital

⁴ *Ivi*, p. 45.

fourni par le crédientier (le créancier de la rente), s'engage à verser chaque année à celui-ci une somme déterminée par les parties, dont le montant ne saurait toutefois excéder 10 % du capital ; somme prélevée sur le revenu produit par le bien frugifère.

En outre, le contrat ne doit en aucune façon comporter une quelconque clause de rachat forcé obligeant le débirentier à rembourser le capital. Certes il est libre de le faire à tout moment et du même coup éteindre la rente, mais il s'agit d'une simple possibilité qui lui est offerte. À l'inverse, le remboursement du capital ne peut jamais être demandé par le crédientier, sauf à transformer la constitution de rente en prêt usuraire, qui est condamné par l'Église. Cette distinction essentielle quant à la faculté de rachat accordée au débiteur pour les rentes constituées et écartée pour les rentes foncières tarde cependant à pénétrer dans le royaume de France où toutes les rentes sont encore considérées comme non-rachetables à la fin du XV^e siècle, sauf dispositions contraires prises ponctuellement par le roi.

La situation change cependant au XVI^e siècle où une véritable théorie de la rente constituée prend corps sous l'effet conjugué de la jurisprudence du Parlement de Paris et de la pensée de Charles Dumoulin (1500-1566)⁵. Celui-ci s'emploie en effet à démontrer que l'assignation d'une rente constituée sur un immeuble, condition posée par les bulles *Regimini*, n'est pas véritablement fondamentale dès lors qu'elle est garantie par une hypothèque sur tous les biens du débirentier. Ce faisant, le juriconsulte légitime la rente dite « volante », laquelle ne saurait être confondue avec un prêt à intérêt puisque le créancier ne peut jamais exiger le remboursement de son capital, cette faculté étant à la seule discrétion de son débiteur, et ce, à perpétuité. Le Parlement de Paris consacrera finalement cette opinion vers 1548.

Par ailleurs, l'accroissement de la circulation monétaire lié à l'afflux de métaux précieux venus du Nouveau Monde et plus généralement la croissance de l'économie conduisent à un développement considérable des rentes constituées qui se muent en un instrument de crédit au cours du XVI^e siècle. Certes la rente constituée est susceptible de demeurer une opération à fonds perdus pour le créancier, celui n'étant jamais sûr de pouvoir récupérer l'intégralité de son capital puisque cela dépend du bon vouloir du débirentier. Cependant, le remboursement est désormais possible et en pratique il est assez fréquent. Ainsi y a-t-il un marché des rentes constituées⁶, d'autant que le crédientier peut récupérer sa mise initiale en

⁵ *Ivi*, p. 117 et s.

⁶ *Ivi*, p. 201 et s. Pour le XVII^e siècle, voir, entre autres, K. BÉGUIN, *La circulation des rentes constituées dans la France du XVII^e siècle*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales», n. 6, 2005, p. 1229-1244; E. HADDAD, *Le crédit nobiliaire en France au XVII^e siècle. Usages*

vendant son titre à un tiers lequel profitera alors des arrérages versés par le débirentier dans l'attente d'un éventuel rachat par celui-ci. Mais à l'inverse, si ce dernier est en défaut de paiement, le nouveau crédientier peut-il se retourner contre le vendeur, son prédécesseur, arguant de la garantie prévue dans le contrat de transport de rentes ?

À la fin du XVI^e siècle, cette question fut analysée par trois éminents juristes : Antoine Hotman († 1596), auteur d'un opuscule paru en 1594 intitulé *Advis sur la clause vulgairement apposée aux contracts de fournir et faire valoir une dette ou une rente* et surtout Charles Loyseau (1564-1627) et Jean Bacquet († 1597) qui, respectivement, publièrent en 1595, à quelques mois d'intervalle, un *Traité de la garantie des rentes* et un *Traité des transports des rentes*. Ces ouvrages nous conduiront à analyser la garantie de droit et de fait due par le vendeur dans les contrats relatifs à l'aliénation des rentes constituées entre particuliers, puis plus spécifiquement la clause dite de fournir et faire valoir en de telles conventions.

2. Garantie de droit et garantie de fait

Loyseau écrit : « quiconque vend une dette ou une rente, est tenu de garantir qu'elle est deuë & légitimement constituée, encores qu'il n'y ait aucune stipulation d'éviction ou promesse de garantie au contract »⁷. En d'autres termes, la garantie de droit existe sans qu'il soit besoin de la stipuler expressément. Elle suppose la réunion de trois conditions : s'assurer que la rente cédée existe, qu'elle est due par le débiteur désigné dans l'acte au cédant et, enfin, que celui-ci ne l'a engagée ni hypothéquée au profit d'autrui. Parmi ces exigences, Loyseau reconnaît que la première est certainement la « plus remarquable en vente de dettes ou de rentes, qui n'ont pas - précise-t-il - leur estre visible & palpable comme les autres biens meubles et immeubles »⁸.

Quant à la garantie de fait, c'est là, au dire de Loyseau, que « la difficulté gist »⁹. Car cette notion se révèle délicate à appréhender dans la mesure où ses contours sont assez malaisés à déterminer. Bacquet s'y emploie toutefois,

de la rente constituée chez les Belin et les Crevant d'Humières, « Histoire & mesure », n. XXV-2, 2010, p. 25-54.

⁷ C. LOYSEAU, *Traité de la garantie des rentes*, 4^e éd, Paris, 1614, chap. III, p. 18, n° 1.

⁸ *Ivi*, p. 18-19, n° 3.

⁹ *Ivi*, p. 19, n° 4.

y voyant de la part du vendeur une volonté de limiter sa responsabilité. Si celui-ci, observe-t-il, s'est borné à « garantir de ses faits, promesses & obligations, la rente, par luy cédée & transportée, moyennant denier, il est seulement tenu de rendre [le] prix qu'il a reçu à cause du transport de ladite rente, sans payer aucuns arrérages ni dommages & intérêts »¹⁰.

Encore faut-il pour ce faire que le cédant ait pris soin de faire insérer une telle clause, car, dans le cas contraire, il sera tenu d'une garantie plus pesante : celle en l'occurrence correspondant à « la promesse générale de tous troubles & empêchemens quelconques »¹¹, laquelle, à défaut d'être prévue *expressis verbis*, n'en est pas moins tacite dès l'instant où elle n'a pas été précisément écartée par la présence d'une garantie de fait. Or les conséquences pour le cédant sont alors beaucoup plus lourdes car « en ce cas, note Bacquet, le cessionnaire obtiendra contre son cédant, non seulement condamnation de lui payer et continuer la rente », c'est-à-dire verser les arrérages tant échus qu'à venir, « mais également condamnation de tous dépens, dommages & intérêts »¹². Pour autant, déclare Loyseau, « la clause de garantie en une cession de dette ou de rente, opère que le cédant est tenu de l'insolvabilité du débiteur, qui était lors du contract ; mais non du péril et insuffisance qui pourrait survenir peu après ». Et d'ajouter : « comme en tout autre chose, aussi en une rente le péril précédent le contract est au dommage du vendeur et le subséquent à l'acheteur »¹³.

Bacquet adopte une position identique. Selon lui, le cédant ne saurait être tenu de l'insolvabilité du débiteur de la rente si celle-ci s'est produite depuis le contrat de transport, la perte devant être alors assumée par le cessionnaire, lequel, depuis le jour de la cession, est « le seigneur et propriétaire de la rente cédée »¹⁴. Claude de Ferrière (1639-1715), père de l'auteur du dictionnaire évoqué au début de cette communication, en sa qualité d'annotateur des *Œuvres de Me Jean Bacquet* a apporté ici d'intéressants compléments¹⁵. Ainsi fait-il état de l'opinion de Claude

¹⁰ J. BACQUET, *Traité des transports des rentes*, *Les Œuvres de Me Jean Bacquet*, Paris, éd. 1744, tome I, chap. XVII, p. 517, n° 4.

¹¹ *Ivi*, n° 5

¹² *Ibid.*

¹³ LOYSEAU, *Traité de la garantie*, cit., chap. III, p. 22, n° 13.

¹⁴ BACQUET, *Traité des transports*, cit., chap. XVII, p. 518, n° 7.

¹⁵ L'édition de 1744 que nous avons utilisée a été annotée par Claude de Ferrière ainsi que par son fils Claude-Joseph, mais les propos que nous rapportons dans cette contribution ont été tenus par le père. À preuve, les passages cités sont rigoureusement identiques à ceux contenus dans une édition antérieure des *Œuvres de Me Jean Bacquet*, en l'occurrence celle de 1688, commentée seulement par Claude de Ferrière.

Le Prestre, qui a une conception plus restrictive de la garantie due par le vendeur. En effet, dans ses *Questions notables de droict décidées par plusieurs arrêts de la cour de Parlement*, où il est magistrat, celui-ci considère que la garantie offerte par le cédant signifie seulement que la rente lui est bien due lorsqu'il la remet au cessionnaire... sans s'engager pour autant sur la solvabilité du débirentier à ce moment précis. Et Le Prestre de citer à l'appui de son propos un arrêt du 26 juillet 1604 ayant jugé que le cédant, qui avait garanti le cessionnaire de tous troubles et empêchements, n'était point tenu de l'insolvabilité du débiteur¹⁶.

Ferrière se montre pour sa part très critique vis-à-vis d'une telle position. Selon lui, « le trouble et l'empêchement s'entend de toute cause qui empêche le cessionnaire de jouir de la rente, qu'il n'y a point de plus grand empêchement que lorsque le débiteur se trouve insolvable, & d'autant que cette clause est générale de tous troubles & empêchements quelconques, elle doit s'entendre sans distinction de tous cas [d]esquels le cessionnaire ne peut pas jouir de la rente, soit de la part du vendeur, ou de celle du débiteur ». Et de renchérir : « ainsi cette garantie est une garantie de fait, par laquelle le vendeur déclare la dette bonne & exigible, au moins au temps que le transport en est fait »¹⁷. Ferrière considère par ailleurs qu'en deux situations le cédant est toujours tenu de l'insolvabilité du débiteur, « même sans aucune garantie », déclare l'auteur¹⁸.

La première est lorsque le vendeur a pleinement conscience que le débirentier est incapable d'honorer ses engagements car il est criblé de dettes. En une telle hypothèse, aliéner une telle rente à un tiers, « ce serait, écrit Ferrière, un dol & une fraude, qui donneroit au cessionnaire un recours contre son cédant ». Et d'expliquer : « la raison est, que dans la vente trois choses sont requises, le consentement des parties, la chose vendue et le prix d'icelle [de celle-ci] ; lorsque le débiteur est notoirement & constamment insolvable, on peut dire, que la dette est périée & éteinte »¹⁹. Le second cas de figure correspond à celui où l'éviction provient du fait du vendeur comme en témoigne un arrêt du 29 janvier 1605 rapporté par Le Prestre²⁰. Dans cette affaire, les défendeurs avaient vendu une rente qui ne leur appartenait pas.

À l'inverse, il y a des circonstances où le cessionnaire ne saurait faire

¹⁶ C. LE PRESTRE, *Questions notables de droict décidées par plusieurs arrêts de la cour de Parlement*, éd. 1679, centurie II, chap. XVIII, p. 469.

¹⁷ BACQUET, *Traité des transports*, cit., chap. XVII, p. 519.

¹⁸ *Ivi*, p. 518.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ LE PRESTRE, *Questions notables de droict*, cit., p. 469.

peser l'insolvabilité du débiteur sur le cédant. Il en est ainsi lorsque, depuis le transport de la rente, les immeubles du débiteur ont été saisis et soumis aux criées, c'est-à-dire ont fait l'objet de proclamations ou cris publics en vue de trouver des enchérisseurs. Or, au dire de Bacquet, si le cessionnaire ne s'est pas opposé à cette procédure ayant eu au final pour effet de lui faire perdre sa rente, il n'a alors aucun recours contre le cédant. Certains estiment certes que le cédant de la rente était également tenu de s'opposer aux criées « parce qu'il n'étoit pas déchargé de la garantie de la rente par luy cédée », reconnaît Bacquet. « Toutefois, ajoute-t-il aussitôt, la vérité est, que le cessionnaire avoit plus d'intérêt que le cédant, partant devoit veiller davantage »²¹.

De même un arrêt du 5 décembre 1622 a jugé qu'il n'y avait pas garantie ni répétition par celui qui avait cédé une obligation faite par une femme mariée séparée de biens sans être autorisée. L'obligation ayant été déclarée nulle contre le cessionnaire, celui-ci s'était alors retourné contre le vendeur mais avait été débouté par les juges, ce qu'approuve Claude de Ferrière. À l'en croire, il s'agissait de la vente et cession d'une dette dont le cessionnaire connaissait apparemment le défaut. Et de préciser : « comme il arrive ordinairement en vente de chose vicieuse, & où il y du risque, l'acquéreur l'avoit acquise *modico pretio*, c'est pourquoy le cédant n'avoit voulu estre garand que de ses faits & promesses, & dans le cas de ces sortes de cessions, qui se font presque toujours pour une somme modique, il n'y a point de recours de garantie, lorsqu'il est ainsi stipulé »²². Et de poursuivre : « La raison est, qu'on ne présume pas qu'il y ait de la fraude de la part du cédant, mais on a lieu de croire que le défaut a esté connu au cessionnaire, qui a bien voulu s'exposer aux risques, périls & fortunes ausquels la chose estoit sujette, dans l'espérance d'y faire quelque profit, & - conclut-il - c'est dans ce cas & dans cette espèce qu'on peut appliquer la disposition des Loix qui refusent le recours de garantie à l'acquéreur »²³.

3. La clause de fournir et faire valoir

La clause de fournir et faire valoir « n'est pas inventée depuis peu de temps, comme beaucoup pensent », remarque Loyseau²⁴. Outre sa présence

²¹ BACQUET, *Traité des transports*, cit., chap. XVII, p. 518, n° 8.

²² *Ivi*, chap. XVII, p. 521.

²³ *Ibid.*

²⁴ LOYSEAU, *Traité de la garantie*, cit., chap. III, p. 26, n° 2.

dans l'ancienne coutume de Paris, rédigée en 1510, notre auteur remarque que *Le Grand Coutumier de France*, composé par Jacques d'Ableiges à la fin du XIV^e siècle, la mentionnait déjà. De même, Gui Pape († 1477), célèbre jurisconsulte du Dauphiné, rapporte un arrêt rendu en 1434 par le Parlement de Grenoble y faisant référence.

Quoi qu'il en soit, cette clause, constate Loyseau, n'en a pas moins connu depuis peu un réel regain d'intérêt comme en témoigne au demeurant la parution d'un ouvrage sur le sujet écrit par « un des plus doctes personnages de notre robe », déclare notre auteur²⁵, qui ne cache pas son admiration pour celui dont il confesse qu'il fut son Scevola.

Cette référence à l'illustre juriste de la Rome antique est à n'en pas douter l'un des plus beaux compliments que l'on puisse faire à un maître quand bien même celui-ci n'est curieusement jamais cité nommément par Loyseau. Pour autant, il est aisé de reconnaître sous sa plume le magistrat Antoine Hotman, frère du célèbre monarchomake protestant, François Hotman, dont son cadet ne partageait nullement les idées, celui-ci étant au contraire demeuré un fervent catholique engagé dans la Ligue avant de se rallier finalement à Henri IV qu'il servira fidèlement jusqu'à sa mort en 1596. Or, nous le savons, Antoine Hotman publia en 1594 un *Advis... sur la clause de fournir et faire valoir* visant à démontrer qu'une telle disposition avait seulement pour objet d'obliger le cédant à garantir la solvabilité du débiteur lors de la tradition de la vente au cessionnaire mais pas au-delà.

Pour sa part, Loyseau s'oppose à une interprétation aussi restrictive considérant qu'elle va à l'encontre de la définition même de ladite clause dont les termes, assure-t-il, « sont totalement François, non tirez ni empruntez du latin »²⁶. Et d'expliquer : *fournir une rente*, « ce n'est pas la bailler et céder simplement, ce n'est pas aussi la payer simplement ; mais c'est la payer à défaut du débiteur d'icelle, c'est-à-dire suppléer et achever ce qu'il ne pourra payer »²⁷. Quant à l'expression *faire valoir*, « c'est se charger de rendre la rente bonne et valable... c'est-à-dire qu'elle soit exigible et perceptible »²⁸.

Dès lors, le débat est ici de savoir si l'acheteur d'une rente, après avoir vainement tenté de récupérer les arrérages impayés sur les biens du débiteur, peut contraindre le cédant à verser la somme alors que l'insolvabilité s'est produite *après* le contrat de transport ?

²⁵ *Ivi*, p. 28, n° 6.

²⁶ *Ivi*, p. 29, n° 10.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ivi*, p. 29, n° 11.

« Cette question est toute nostre », déclare Loyseau, lequel observe qu'elle « ne se trouve point ny décidée ny traictée dans le droit Romain, ny par aucun de ses Interprètes » car il n'existait pas dans l'antiquité « de debtes immobilières, perpétuelles & successives, comme sont nos rentes »²⁹. Loyseau insiste en effet sur les particularités de semblables titres « car la rente, note-t-il, est une dette immobilière, qui doit estre plus stable et assurée »³⁰. En effet, elle est payable successivement sous forme d'arrérages et l'acheteur ne peut jamais contraindre son débiteur d'y mettre un terme une fois pour toutes en lui remboursant le capital. Aussi le cessionnaire doit-il bénéficier d'une garantie qui est en quelque sorte la contrepartie du caractère perpétuel, ou du moins du temps indéterminé de sa créance, celle-ci ayant vocation à durer jusqu'à l'éventuel rachat par le débirentier « car, affirme Loyseau, si en aucune [certaine] vente il y a occasion de s'assurer pour le temps à venir, c'est en matière de rentes ; qui est bien la plus mal assurée espèce de biens que l'on puisse avoir, quelque précaution ou assurance que l'on y apporte »³¹.

Notre jurisconsulte constate à cet égard que la formation d'une rente constituée est du reste très fréquemment accompagnée en pratique d'une caution en charge de suppléer le cas échéant les défauts de paiement du débirentier ; caution qui de surcroît ne tire aucun profit de l'opération contrairement au vendeur d'une rente³². « Toutefois on n'a jamais douté en droict, que le fidejusseur [autre dénomination de la caution] ne soit tenu, si le débiteur devient insolvable après le contract », remarque Loyseau³³.

Celui-ci met par ailleurs un autre argument en exergue tenant à la nature immobilière des rentes constituées. « En notre Coutume, écrit-il, les rentes sont dictes non simplement immeubles mais réputées immeubles »³⁴. Et la nuance n'est pas mince pour Loyseau car cela signifie que les rentes ne sont pas nécessairement assignées sur des immeubles proprement dits : « autrement, déclare notre auteur, ceux qui n'auroient point d'héritages [*i.e.* des biens fonds] ne pourroient constituer des rentes... et ceux qui auroient perdus leurs immeubles par cas fortuit, pourroient être contraints

²⁹ *Ivi*, chap. V, p. 35, n° 2.

³⁰ *Ivi*, p. 36, n° 6.

³¹ *Ivi*, p. 37, n° 8.

³² Sur le sujet, nous nous permettons de renvoyer à notre article *L'effet relatif du contrat appliqué à la caution de la rente constituée dans l'ancienne France*, dans *L'effet relatif du contrat*, sous la dir. de Michel Boudot, Marianne Faure-Abbad, Didier Veillon, Paris 2015 p. 35-42.

³³ LOYSEAU, *Traité de la garantie*, cit., p. 37, n° 9.

³⁴ *Ivi*, p. 46, n° 9.

de racheter les rentes qu'ils devraient ; [ce] qui seroit chose inique et insupportable »³⁵. Et Loyseau d'affirmer : « il y a une grande différence entre les rentes foncières, qui sont spécialement assignées sur certains fonds,... & nos rentes constituées, que nous appelons courantes et volantes, c'est-à-dire assignées en l'air »³⁶.

Or, dans ce dernier cas de figure, le débiteur de la rente ne possède parfois aucun immeuble susceptible de garantir sa rente, ce dont son créancier a d'ailleurs pleinement conscience, au dire de Loyseau, lequel déclare sans ambages : « si fournir et faire valoir signifie seulement que la rente est assignée sur des héritages suffisants, c'est se moquer de luy, car il sçait bien le contraire »³⁷. Le vendeur dès l'instant où il souscrit une telle clause garantit le versement des arrérages aussi longtemps que durera la rente, autrement dit il prend un engagement à vocation perpétuelle sauf rachat par le débiteur.

Quoi qu'il en soit, cette garantie ne saurait être actionnée que si et seulement si le patrimoine du débirentier s'avère insuffisant pour honorer sa dette. Mais le cédant peut-il encore invoquer le bénéfice de discussion si le contrat de transport prévoit de sa part une promesse de payer lui-même en sus de la clause de fournir et faire valoir ?

Jean Bacquet en son traité écarte expressément toute discussion en pareilles circonstances³⁸. De son côté, Charles Loyseau reconnaît avoir adopté la même attitude dans les premières éditions du sien... avant de changer finalement d'avis en raison d'un important revirement de jurisprudence. En effet, pendant longtemps, le Châtelet de Paris estimant que la clause de fournir et faire valoir excluait, à elle seule, la discussion adoptait *a fortiori* la même solution pour celle de payer soi-même. Mais, par un arrêt du mardi 9 avril 1602, prononcé en robes rouges (sa formation la plus solennelle), le Parlement de Paris, sous l'égide du président Séguier, « ce parangon de science & intégrité », selon Loyseau, « il a esté jugé expressément que la clause de payer soy-mesme la rente cédée en défaut de payment faict par le débiteur d'icelle requeroit discussion »³⁹.

Loyseau justifie un tel état de choses au motif qu'il y a une grande différence entre vendre une rente constituée sur soi directement et vendre une rente déjà constituée sur autrui. Car, dans la première hypothèse, la rente est faite sur la personne du constituant et sur tous ses biens, lesquels

³⁵ *Ivi*, p. 46-47, n° 9.

³⁶ *Ivi*, p. 47, n° 9.

³⁷ *Ivik*, p. 47, n° 10.

³⁸ BACQUET, *Traité des transports*, cit., chap. XIX, p. 526, n° 1.

³⁹ LOYSEAU, *Traité de la garantie*, cit., chap. VIII, p. 62-63, n° 9.

sont affectés à la sûreté de celle-ci ; à l'inverse, dans la seconde hypothèse, la rente n'est pas constituée sur le cédant et son patrimoine, mais sur le débirentier sur lequel elle reste assignée après, comme avant, le contrat de transport. Ce dernier demeure donc le débiteur principal, le cédant n'étant quant à lui qu'un débiteur subsidiaire au même titre qu'une caution et, partant, susceptible, comme elle, de bénéficier de la discussion. Ferrière fait sienne cette opinion, se démarquant du même coup de la position de Bacquet qu'il réproche en l'occurrence⁴⁰.

Est-ce à dire que le cédant d'une rente pourra systématiquement obtenir la discussion ? Non à condition que les termes de son engagement laissent clairement entendre qu'il y a renoncé par des formules exemptes de toute ambiguïté, par exemple en prenant soin d'ajouter après l'expression « payer soy même par un simple commandement » les mots « sans qu'il soit besoin d'autre diligence ny de discussion » ou encore en écrivant « sans que le cessionnaire soit tenu faire aucune poursuite en discussion contre le débiteur »⁴¹ ou autre variante possible indiquant que le cédant s'oblige à payer les arrérages dus après une simple signification du cessionnaire. Ce faisant, l'engagement du cédant a une portée tout autre dans la mesure où il n'est plus subsidiaire et du même coup la nature du contrat avec le cessionnaire en est modifiée. En effet, selon Loyseau, nous ne sommes plus ici dans le cadre d'un simple contrat de transport mais plutôt d'une délégation ou d'une assignation du cédant vis-à-vis du cessionnaire : le premier n'est plus la caution du second, il est devenu son débiteur personnel et direct.

Plus généralement, les garanties offertes à l'occasion des ventes de rentes constituées sont d'une grande diversité et témoignent de la profonde mutation de tels titres devenus au XVI^e siècle un moyen de crédit. Aussi est-il apparu nécessaire de sécuriser leur commerce selon des modalités plus ou moins rigoureuses afin d'obvier le danger quasi perpétuel que représente l'éventuel défaut de paiement du débiteur. En ce sens, la garantie présente sans conteste un avantage notable pour l'acheteur tout en permettant au vendeur de récupérer le capital qu'il a prêté et s'affranchir de la sorte du bon vouloir du débiteur.

⁴⁰ « Pour moi, j'estime contre le sentiment de Bacquet, que la discussion est nécessaire lorsqu'il n'y a que la clause de payer soi-même par les raisons rapportées par Loyseau », écrit Claude de Ferrière au chap. XIX, p. 527.

⁴¹ LOYSEAU, *Traité de la garantie*, cit., chap. VIII, p. 65-66, n° 19.

Dès lors n'est-il guère étonnant que les rentes représentent souvent une part substantielle des fortunes de l'ancienne France. Bernard Schnapper, auteur d'une thèse de référence en la matière, estime que cette proportion se rapproche parfois du tiers dans la seconde moitié du XVI^e siècle⁴². La garantie explique largement un tel succès.

⁴² SCHNAPPER, *Les rentes au XVI^e siècle*, cit., p. 284. De son côté, HADDAD, *Le crédit nobiliaire en France*, cit., note pour le XVII^e siècle « que la rente constituée était une composante massive des patrimoines et de la vie économique des maisons nobles (*art. cit.*, § 7). Selon lui, les rentes constituées représentaient entre 15 et 20 % du patrimoine dans les familles de la riche noblesse provinciale « avec des hausse sensibles en fonction des moments de la vie et des aléas de l'économie domestique » (*art. cit.*, § 11).

Paolo Alvazzi del Frate

*Les garanties juridictionnelles : une perspective historique**

SOMMAIRE : 1. Les garanties processuelles et la justice retenue – 2. La condition du prévenu – 3. De la communauté à l'individu – 4. Les origines anglaises du « garantisme pénal » – 5. Beccaria et la « révolution » en droit pénal – 6. Conclusion.

Dans cette intervention, je me propose de réfléchir au développement historique d'une culture des garanties processuelles, depuis l'époque moderne jusqu'à la théorisation du « procès équitable ». Ce processus sera examiné notamment sous l'angle de l'affirmation des droits de l'homme et de l'individualisme juridique.

À mon avis, la création d'un système de garanties visant à protéger le prévenu découle directement de l'affirmation de l'individualisme juridique. Ce changement marque un renversement radical des perspectives : à la conception organiciste de la société a succédé une vision plaçant l'individu, abstrait et artificiel, au centre du système juridique. Cet individu devient ainsi le « sujet unique du droit », véritable protagoniste de la construction doctrinale du XVIII^e siècle. Alors que, traditionnellement, l'homme se définissait principalement par son appartenance à une communauté (qu'il s'agisse de la corporation, de la commune ou du royaume), l'époque moderne a vu émerger la théorisation d'un sujet de droit nouveau, indépendant de toute communauté : *l'individu*.

1. *Les garanties processuelles et la justice retenue*

Adhémar Esmein affirmait, peut-être en exagérant, que le fronton des cours criminelles d'Ancien Régime aurait dû arborer cette citation du célèbre écrivain italien Dante Alighieri : « *vous qui entrez ici, quittez toute espérance !* »¹. Cette image décrit efficacement la situation des prévenus face

* Certaines parties de ce texte ont déjà été publiées dans le volume *Penser l'ancien droit public. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, III, , Paris 2022.

¹ « *Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate* », DANTE ALIGHIERI, *Divine comédie, Enfer*, III, Cf.

à la justice criminelle de l'époque. L'idée même de garantir les droits de l'individu soumis à un procès criminel était très faible, pour ne pas dire presque inconnue, l'intérêt public de la protection de l'ordre prévalant sur le reste.

L'Ordonnance criminelle de 1670 avait codifié la procédure inquisitoriale fondée sur l'écriture, le *secret* et le système des *preuves légales*². La torture (la *question*), en vigueur et pratiquée partout en Europe, était admise et réglementée par l'Ordonnance même, au titre XIX³. Le procès prévoyait une phase préparatoire « intégralement secrète, ... où l'accusé est seul face à ses juges ... son seul but est de produire les preuves de la vérité parmi lesquelles domine l'aveu, la reine des preuves, *probatio probatissima* »⁴. L'ordre est la valeur qui domine le système judiciaire : « les impératifs de la répression priment ceux de la défense »⁵.

Il convient de toujours se rappeler que, selon la maxime du droit public de l'Ancien Régime, « toute justice émane du Roi ». Cela signifie que le juge était un délégué du souverain qui rendait la justice au nom de ce dernier. Le pouvoir du juge lui venait du roi qui gardait – grâce à la « justice retenue » – la possibilité de réformer les jugements des tribunaux, de condamner ou d'exiler directement par sa volonté et sans procès par une « lettre de cachet », d'évoquer les procès auprès de son conseil ou de créer de nouvelles juridictions, autrement dit des commissions *ad hoc*.

La justice retenue, grâce aux pouvoirs d'évocation et de commission attribués au roi, permit la création et la suppression fréquentes de juridictions. Ainsi se voyaient modifiés l'ordre ainsi que la hiérarchie des juridictions qui, en vue de soustraire les justiciables aux juges ordinaires (les *officiers*), confiait la compétence du jugement à des juges extraordinaires (les *commissaires*). Ce n'était - ni plus ni moins - qu'une violation du principe de « juge naturel », c'est-à-dire du juge désigné par le système juridique avant l'accomplissement du fait⁶.

A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris 1882, p. 283. Sur l'histoire de la procédure, se référer à A. LAINGUI - A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, 2 vol., Paris 1979 ; J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, Les Cours de droit, Paris 1990-1991 ; J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Paris 1995 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris 2000.

² Cf. LAINGUI, « Introduction », *Code Louis*, II, *Ordonnance criminelle 1670*, Milano 1996.

³ Titre XIX - *Des jugements et procès-verbaux de questions et tortures*.

⁴ D. SALAS, *Du procès pénal*, Paris 1992, p. 96.

⁵ N. CASTAN, *La justice en question en France à la fin de l'Ancien Régime*, in *Déviance et société*, 1983, p. 30.

⁶ Cf. R. VILLERS, *La justice retenue en France. Cours d'histoire des institutions politiques et administratives*, Les Cours de droit, Paris 1970 ; ROYER, *Histoire de la justice en France*, cit., p. 85-103 ; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia*

Par la faiblesse des garanties de la défense et la qualité des juges choisis par le souverain pour les composer, les commissions extraordinaires constituaient un instrument d'influence directe et efficace sur la juridiction. Elles étaient créées afin d'obtenir, dans la plupart des cas, une condamnation des accusés ou, plus rarement, pour éviter une condamnation certaine par la juridiction compétente.

Rappelons que la création de commissions judiciaires par le roi était une pratique parfaitement légale : les juristes avaient élaboré des théories spécifiques sur les commissions qui admirent le droit du roi à les instituer, en limitant rigide-ment cette faculté et en condamnant une pratique trop fréquente.

2. La condition du prévenu

La solitude et le secret entouraient le prévenu lors du procès criminel sous l'Ancien Régime. Comme l'affirme Adhémar Esmein, « soumis à des interrogatoires habiles et souvent perfides, menacé de la torture, il était saisi par un terrible engrenage »⁷. « Solitude », car le prévenu ne disposait d'aucun véritable droit à la défense et il se trouvait seul face au juge, notamment dans la phase d'instruction du procès, et « secret », parce que toute la procédure, jusqu'à l'audience et au débat, était tenue secrète et entièrement fondée sur l'écriture. Il s'agissait d'un procès typiquement inquisitoire, à l'opposé du procès accusatoire, dont la procédure est publique, orale et contradictoire⁸.

Denis Salas a efficacement décrit la condition du prévenu à cette époque, face au juge accusateur :

il est seul, sans aide, instrumentalisé dans toute sa personne par les actes de la procédure... Sujet passif du procès, sans accès à la parole autre qu'à l'aveu qu'il doit 'sous serment' à son juge, ... il ne peut qu'assister au déroulement de la procédure. ... ce procès criminel est entièrement construit entre [les] deux rôles complémentaires et opposés du juge tout-puissant et d'un accusé seul et placé dans un dénuement total⁹.

On ne peut nier que l'historiographie ait parfois exagéré en décrivant cette situation sombre et désespérée du prévenu : Jean-Louis Thireau parle

dall'Ancien Régime alla Restaurazione, Roma 1999 ; M. DUPUIS-BERRUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand 2012.

⁷ ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle*, cit., p. 153.

⁸ Voir F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, I, *Notions générales. Garanties d'une bonne administration de la justice*, Bruxelles 2006.

⁹ SALAS, *Du procès pénal*, cit., p. 98-99.

d'une « légende noire » née au XVIII^e siècle, qui « a répandu l'image d'un ancien droit pénal français caractérisé par une extrême sévérité, exclusivement soucieux de répression donc indifférent à la protection des libertés »¹⁰. Depuis quelques décennies – grâce surtout à l'ouvrage d'Antoine Astaing *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime*¹¹ – « des études historiques fondées sur les sources de la pratique judiciaire sont venues corriger cette vision trop sombre »¹² et nuancer le jugement sur la procédure criminelle¹³.

Mais le risque contraire existe également, celui de minimiser l'irrationalité et la déshumanisation du système pénal de l'époque sur la base de considérations purement factuelles qui ne peuvent être évoquées dans une perspective juridique. C'est le cas par exemple de la désuétude dans laquelle est tombée au XVIII^e siècle la torture et qui ne peut en aucune façon en justifier la prévision légale.

À cet égard, il est nécessaire de souligner l'importance de la procédure car, comme le disait Henri-François D'Aguesseau (1668-1751), « la voie par laquelle on parvient à obtenir justice exige une attention encore plus continuelle que le fond de la justice même »¹⁴. Il convient donc de distinguer le *fond* du jugement de la *procédure* de laquelle il dérive. Afin d'évaluer la procédure, il ne faut pas considérer le fond des jugements, autrement dit le *résultat* de la procédure, mais plutôt le *procédé décisionnel* et l'ensemble des garanties que le système peut assurer. En d'autres termes, une procédure équitable peut probablement parfois produire des jugements

¹⁰ J.-L. THIREAU, *L'appel dans l'ancien droit français*, in *Les voies de recours judiciaire, instrument de liberté*, sous la dir. de Jean-Louis Thireau, Paris, 1995, p. 13. « De nos jours, la justice criminelle d'Ancien Régime a très mauvaise presse dans les milieux non spécialistes. Cette situation est le fait de l'historiographie dominante qui, depuis la Révolution, reprend l'opinion des philosophes et réformateurs du XVIII^e siècle, notamment Montesquieu, Beccaria et Voltaire, pour qui la procédure criminelle 'semble n'avoir été dirigée qu'à la perte des accusés », S. BLOC-MACCAGNAN, *Procédure criminelle et défense de l'accusé à la fin de l'Ancien Régime. Etude de la pratique angevine*, Rennes, 2010, p. 15.

¹¹ A. ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime, XVI^e et XVIII^e siècles*. Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française, Aix-en-Provence 1999. Cf. BLOC-MACCAGNAN, *Procédure criminelle et défense de l'accusé*, cit. Pour la doctrine italienne cf. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, pref. di N. Bobbio, Roma-Bari 1989.

¹² THIREAU, *L'appel dans l'ancien droit français*, cit., p. 13.

¹³ Antoine ASTAING dénonce la « vision apocalyptique du procès criminel, dont la plus célèbre, et la plus justement critiquée, est celle de Michel Foucault », *Droits et garanties de l'accusé*, cit., p. 30.

¹⁴ Lettre février 1730, Œuvres complètes de M. le Chancelier d'Aguesseau, n. éd. par M. Pardessus, XI, Fantin, Paris 1819, p. 491.

erronés, tandis qu'une procédure non-équitable – parallèlement à certains jugements corrects sur le fond – condamnera certainement un certain nombre d'innocents et acquittera des coupables.

3. *De la communauté à l'individu*

La valeur qui dominait le système pénal de l'Ancien Régime était sans aucune doute celle de protéger la communauté des troubles à l'ordre public¹⁵. Dans cette perspective, la protection de la société pouvait impliquer le sacrifice des droits de l'individu. Tout cela s'inscrivait dans le cadre de l'*organicisme*, conception typique de la culture traditionnelle, qui affirmait la supériorité de la communauté par rapport à l'individu.

Ce fut la lente mais progressive diffusion des doctrines *individualistes* au XVIII^e siècle qui modifia profondément le panorama culturel et juridique. Selon la nouvelle philosophie, c'est l'individu – et non plus la communauté – qui doit prévaloir¹⁶. Le droit doit protéger l'individu en allant jusqu'à accepter une efficacité réduite des instruments répressifs et de la garantie de l'ordre public. Cela correspondait « aux volontés d'émancipation de l'individu et à l'affirmation individualiste de la défense » et visait l'amélioration « de la place de l'accusé dans le procès pénal »¹⁷.

La nouvelle centralité acquise par l'individu provoqua une campagne critique contre le système inquisitoire qui, par contre, valorisait surtout les droits de la « communauté » par rapport à ceux de l'individu. L'obsession pour la recherche de la « vérité » – dont la valeur théologique était évidente – et la signification symbolique de la punition du coupable/pécheur comme moyen d'expiation du crime/péché qui caractérisaient le procès d'Ancien Régime devinrent ainsi inacceptables au XVIII^e siècle.

La procédure « accusatoire » représenta le modèle qui pouvait inspirer la doctrine et les réformes judiciaires. Cette procédure assurait à l'individu une série de droits fondamentaux, tels que : a) la présomption d'innocence ; b) la séparation entre le juge et l'accusation ; c) le droit du prévenu d'être assisté d'un conseil ; d) l'oralité et la publicité de la procédure¹⁸.

¹⁵ Cf. J. KRYNEN, *L'État de justice : France, XIII^e-XX^e siècle*, I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris 2009.

¹⁶ Cf. A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, Paris 1993 ; ALVAZZI DEL FRATE, *Individuo e comunità. Considerazioni storico-giuridiche sull'individualismo*, 2e éd., Torino, 2020.

¹⁷ ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé*, cit., p. 430.

¹⁸ Schématiquement, on peut décrire ainsi les aspects des deux modèles de procédure

4. Les origines anglaises du « garantisme pénal »

Ce fut en Angleterre que le *garantisme pénal* se manifesta de manière la plus évidente. On entend ici par « garantisme » le système qui protège « l'être humain face au pouvoir organisé »¹⁹, fondé sur l'ensemble « des règles qui tendent à protéger le suspect, l'inculpé, l'accusé ou le prévenu contre l'arbitraire ou les excès de zèle des autorités de police et de justice »²⁰.

En Angleterre, à partir de la *Magna Carta libertatum* de 1215, s'affirmèrent en droit processuel les principes du *Fair trial* et du *Due process of law*²¹, qui correspondent à la notion contemporaine de « procès équitable »²².

pénale : *procès inquisitoire* (défense de la communauté, efficacité répressive); *procès accusatoire* (défense de l'individu, garanties). Selon le pénaliste italien Franco Cordero, les deux modèles correspondent « a due modi di concepire la società; uno [le système accusatoire] ispirato da un forte sentimento dell'individuo, conduce all'idea del processo come contesa ad armi pari; l'altro [le système inquisitoire] è levitânico, noncurante degli individui (e perciò le figure del reo e dell'offeso passano in secondo piano: conta soltanto il fare giustizia), inteso a una perfezione notoriamente irraggiungibile. In un caso il processo serve a comporre una controversia, nell'altro a soddisfare un bisogno metafisico; là un vivo senso del reale, qui la tendenza a costruire astrazioni, sulle quali poi gli ispirati pretendono di modellare il mondo», F. CORDERO, *Procedura penale*, 7e éd., Milan 1983, p. 19.

¹⁹ E. ZOLLER, *Due process of law*, dans *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, sous la direction de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials, F. Sudre, Paris 2008, p. 344.

²⁰ J. PRADEL, *Procédure pénale*, Paris 1993, n. 428, p. 440.

²¹ Le terme *Fair trial* est habituellement considéré comme synonyme de *Due process of law*, même si les locutions ne sont pas tout à fait équivalentes, car le *Due process* a un champ d'application plus étendu, qui dépasse les bornes du droit processuel. Voir, entre autres, K. JUROW, *Untimely Thoughts: A Reconsideration of the Origins of Due Process of Law*, « American Journal of Legal History », XIX, 1975, pp. 265-279; R. BERGER, *Law of the Land reconsidered*, « Northwestern University Law Review », LXXIV, 1979-1980, pp. 1-30; F. R. STRONG, *Substantive Due Process of Law. A dichotomy of sense and non-sense*, Durham-N. Carolina 1986; E. J. EBERLE, *Procedural Due Process: the Original Understanding*, « Constitutional Commentary », IV, 1987, pp. 339-362; P. R. HYAMS, *Ius Commune et Common Law au Moyen Age. Les scélérats et les honnêtes gens*, « Bibliothèque de l'École des Chartes », CLVIII, 2000, pp. 407-430. J. V. ORTH, *Due Process of Law. A Brief History*, Lawrence-Kansas 2003; M. GALEY-CH. GIRARD, *Le procès équitable dans l'espace normatif anglais: l'éclairage du droit public, Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, sous la direction de H. Ruiz Fabri, Paris 2003, pp. 53-87; S. SUMMERS, *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford and Portland 2007.

²² Voir entre autres KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, cit. ; S. GUINCHARD, *Procès équitable*, « Dalloz, Répertoire de procédure civile », IV, janvier 2006; Id., *Procès équitable*, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris 2008, pp. 804-810.

Parmi les sources fondamentales de cette tradition, on peut rappeler : la *Magna Carta Libertatum* de 1215, qui avait défini le *Legale Judicium per legem terrae* dans sa clause 39 : « Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, out disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae » ;

le *Statutum de anno vicesimo octavo* (1354) du roi Edouard III qui reprenait la clause 39 de la *Magna Carta* et utilisait l'expression *due procès de lei* : « Item que nul homme, de quel estate ou condicion q'il soit, ne soit osté de tere ne de tenemenz, ne pris, n'emprisoné, ne déshérité, ne mis à la mort, saunz estre mesné en response par *due procès de lei* »²³ ;

le *Habeas Corpus Act* de 1679, qui imposait à toute privation de liberté une confirmation de la part de l'autorité juridictionnelle ;

le *Bill of Rights* de 1689, qui interdisait la création de juridictions extraordinaires, grâce à l'une des premières affirmations du principe du « juge naturel ».

Cette *culture des garanties* anglaise inspira la doctrine et les réformes du XVIII^e siècle en France et un peu partout en Europe, même si la résistance culturelle opposée par le monde judiciaire traditionnel fut remarquable.

L'Europe continentale resta longtemps étrangère à cette culture des garanties, car les systèmes judiciaires étaient fondés sur le procès inquisitoire de la tradition romano-canonique.

5. Beccaria et la « révolution » en droit pénal

La contribution des Lumières dans ce processus fut fondamentale. La campagne pour la rationalisation et la laïcisation de la justice menée par les intellectuels et les juristes, notamment français et italiens, sensibilisa l'opinion publique et les gouvernants européens.

Tout d'abord, on doit nécessairement citer Montesquieu et surtout Voltaire et ses innombrables dénonciations du système pénal français²⁴. La maxime de Voltaire, « il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent »²⁵, exprime parfaitement l'esprit de cette nouvelle culture.

²³ Du latin *legale iudicium*, l'expression passa au français *due procès de lei* et, par la suite, en transformant « dû » en « due », à l'anglais *Due process of law*.

²⁴ J. POUMARÈDE, *Montesquieu, Voltaire, Beccaria, La Révolution de la justice. Des lois du roi au droit moderne*, Paris 1989, pp. 103-126.

²⁵ VOLTAIRE, *Zadig ou la destinée. Histoire orientale* (1748), *Œuvres complètes de Voltaire*,

Ce fut grâce à Voltaire et à son *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, paru en 1766, que l'œuvre de Cesare Beccaria fut connue et appréciée partout en Europe²⁶.

L'ouvrage de Beccaria (1738-1794) représente la doctrine pénale la plus moderne et révolutionnaire du XVIII^e siècle, son influence est par ailleurs encore aujourd'hui très vaste²⁷. Comme l'affirme Philippe Audegean, il « incarne les Lumières du droit pénal. Il apparaît comme celui qui a définitivement réglé son compte à l'ancien droit criminel de l'Europe occidentale : avec lui se lève une aube nouvelle de la pénalité, marquée par les idées modernes de laïcité, de légalité des peines, de garantie des droits de la défense et d'humanité du traitement des condamnés »²⁸.

Il s'agit d'un changement de perspective radical, si profond qu'il s'avéra difficile à comprendre et à accepter. La pensée des Lumières avait sans doute préparé, voire introduit, les thèmes et les solutions qui sont exprimés chez Beccaria de manière plus mûrie. Mais, quoi qu'il en soit, l'impression que cet ouvrage imprima fut très forte. La doctrine pénale de Beccaria est célèbre. Nous nous bornerons donc ici à quelques courtes considérations quant aux droits du prévenu.

La liberté de l'individu est au cœur de la pensée de Beccaria, grâce à son souci constant de la défense des droits du prévenu face au juge pénal²⁹. Les cibles principales de sa critique furent la torture, la peine de mort et la procédure inquisitoriale. La justice, selon Beccaria, doit protéger les plus faibles, à savoir les victimes en premier lieu, mais également le prévenu et le

XXXVI, Paris 1830, ch. VI, p. 19.

²⁶ VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines par un avocat de province*, Genève 1766. Le livre de Beccaria, selon Voltaire, « est en morale ce que sont en médecine le peu de remèdes dont nos maux pourraient être soulagés », pp. 1-2.

²⁷ La bibliographie sur Beccaria est très riche. Voir, parmi les études les plus récentes, Ph. AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria: savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris 2010; I. BIROCCHI, *Beccaria, Cesare, Dizionario biografico dei giuristi italiani*, sous la direction de I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletti, Bologna 2013, I, pp. 200-204; *Cesare Beccaria: la controversie pénale, XVIII^e-XXI^e siècle*, sous la direction de M. Porret et É. Salvi, Rennes 2015; *Attualità e storicità del « Dei delitti e delle pene » a 250 anni dalla pubblicazione*, sous la direction de G. Rossi et F. Zanuso, Napoli 2015; *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione: la lezione di Cesare Beccaria*, Milano 2015; *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, sous la dir. de G. Chiodi, L. Garlati, Torino 2015.

²⁸ Ph. AUDEGEAN, *Introduction, Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, sous la direction de P. Audegean, C. Del Vento, P. Musitelli et X. Tabet, Paris 2017, p. 7.

²⁹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris 1823, ch. IV, p. 16.

condamné³⁰. La conception même de la justice fut donc bouleversée : d'une *justice vindicative* on passe à une *justice protectrice*.

La critique de Beccaria contre la procédure traditionnelle concernait surtout l'abus de la détention préventive, le secret de l'instruction, le serment imposé au prévenu et la torture. Sa condamnation de la torture est célèbre. Elle explique l'argument ainsi que le procédé de sa critique de la procédure pénale d'Ancien Régime. La torture était considérée par Beccaria comme le « *moyen infaillible d'absoudre le scélérat robuste et de condamner l'innocent faible* »³¹ :

c'est une barbarie consacrée par l'usage, chez la plus grande partie des nations, que celle d'appliquer un coupable à la question pendant qu'on poursuit son procès, soit qu'on veuille tirer de lui l'aveu de son crime, soit pour éclaircir ses réponses contradictoires ou connaître ses complices, soit parce qu'il s'est établi je ne sais quelle idée métaphysique et incompréhensible que la question purge l'infamie, soit enfin pour découvrir d'autres crimes dont il n'est pas accusé, mais dont il pourrait être coupable³².

L'irrationalité de la torture était évidente, car elle représentait une sorte de nouvelle ordalie :

cette infâme manière de découvrir la vérité est un monument de l'ancienne et sauvage législation, où l'on honorait du nom de jugements de Dieu les épreuves du feu, celles de l'eau bouillante³³.

C'était la façon de condamner les faibles et absoudre ceux qui résistaient à la douleur :

entre deux hommes également innocents ou coupables, le plus robuste et le plus courageux sera absous, le plus faible et le plus

³⁰ La justice, selon Beccaria, « est désormais conçue comme un dispositif institutionnel visant à garantir les droits des plus faibles contre la violence des plus forts : les plus faibles, c'est-à-dire d'abord la victime, mais aussi le suspect, le prévenu, le condamné lui-même, contre le plus fort, c'est-à-dire l'agresseur, mais aussi la victime ou ses proches – qui, faute d'institution pénale, pourraient se livrer à des formes incontrôlées de vengeance ou de lynchage –, la police, les appareils d'État, l'institution judiciaire et pénitentiaire, etc. », AUDEGEAN, *Introduction*, cit., p. 15.

³¹ BECCARIA, *Des délits et des peines*, cit., ch. XVI, « De la question ».

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

timide sera condamné en vertu de ce raisonnement : « *Je devais, moi juge, vous trouver coupable d'un tel crime, toi, qui es vigoureux, et qui as su résister à la douleur, je t'absous ; toi, dont la faiblesse a cédé à la torture, je te condamne. Je sens bien qu'un aveu arraché par la violence des tourments n'aurait aucune valeur ; mais si tu ne le confirmes, je te ferai souffrir de nouveau* »³⁴.

Le livre de Beccaria fit grand bruit et suscita un grand enthousiasme autant que de féroces critiques³⁵. Au nom de la rationalité et de la laïcité, ses idées ébranlaient la justice pénale traditionnelle, mais aussi la conception générale de la société. L'individu revêtait une centralité nouvelle et la primauté accordée à ses intérêts au détriment de ceux de la communauté permit le développement d'une sensibilité et d'une culture de garanties juridictionnelles.

6. Conclusion

L'affirmation de l'individualisme fut, en somme, un lent cheminement marqué par des résistances. Les étapes importantes de ce parcours furent la Réforme protestante du XVI^e siècle, le développement des sciences naturelles au XVII^e siècle, ainsi que la philosophie des Lumières au XVIII^e siècle.

Le rapport entre l'individu et la juridiction pénale, c'est-à-dire entre le prévenu et le juge, changea radicalement dans cette nouvelle perspective. On passa d'une primauté de la communauté (souvent au prix du sacrifice des droits individuels) à une primauté de l'individu (cette fois au prix d'une efficacité moindre de la répression et parfois du sacrifice de l'intérêt commun). La protection de l'ordre public ne fut plus considérée comme un objectif à atteindre par tous les moyens, car les garanties des droits de l'individu commencèrent à constituer une barrière infranchissable pour les autorités publiques.

Outre la contribution fondamentale de la doctrine des Lumières, les magistrats français ont, en particulier aux XVII^e et XVIII^e siècles, développé une lente mais régulière élaboration théorique et pratique, orientée vers la

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Il suffit de citer P.-F. MUYART DE VOUGLANS (1713-1791) qui publia en 1767 la *Réfutation des principes hasardés dans le traité des délits et des peines*, Paris 1767.

défense et le perfectionnement des garanties juridictionnelles. Comme l'affirme Jacques Krynen, « on doit à cette haute magistrature royale d'avoir aussitôt fait de l'État royal un État de droit et de justice, d'avoir combattu jusqu'à la Révolution pour le maintien de ce dernier face aux ministres, au Conseil du roi, aux commissaires royaux, à toutes les formes de gouvernement personnel »³⁶.

La diffusion croissante d'une culture des garanties découle de cette convergence entre les revendications du milieu parlementaire et celles des intellectuels des Lumières. En effet, malgré leurs différences évidentes, toutes ces revendications prônent la nécessité de respecter la forme juridique, la procédure judiciaire et, surtout, de garantir les droits de l'individu.

L'évolution que nous avons brièvement décrite ici conduit aux réformes judiciaires fondamentales de la Révolution française, un moment où s'établit un ordre tout à fait inédit. Il s'agit de l'affirmation d'*une autre justice*, une justice nouvelle et profondément différente.

³⁶ J. KRYNEN, *L'Etat de justice. France, XIIIe-XXe siècle*, I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris 2009, p. 279.

Marianne Faure-Abbad

*La garantie vue comme un pari :
la garantie intrinsèque d'achèvement en droit immobilier*

SOMMAIRE : 1. Introduction – 1.1. Vente d'immeuble à construire et risque d'inachèvement – 1.1.2. Polysémie – 1.3. Distinction Garantie intrinsèque, garantie extrinsèque. Partie I. Contexte politico-économique de création de la garantie intrinsèque. Partie II. Complexité de constitution de la garantie intrinsèque. Partie III. Histoire de la disparition de la garantie intrinsèque.

1. *Introduction*

1.1. *Vente d'immeuble à construire et risque d'inachèvement*

Dans la seconde moitié du XX^e siècle, les promoteurs immobiliers imaginèrent de vendre des immeubles à construire au lieu de les commercialiser une fois achevés. Le Code civil autorisant la vente d'une chose future, ils développèrent un modèle de vente d'immeuble à construire dans lequel l'acquéreur s'engage à la seule vue des plans et du descriptif de l'immeuble promis et verse le prix au fur et à mesure de la construction. La pratique nomme ces acquéreurs un peu audacieux « acquéreurs sur plans » pour signifier qu'ils achètent un bien immobilier non encore sorti de terre ou inachevé et se décident à contracter à partir des plans, dessins et descriptions que le vendeur fournit. Ces acheteurs ne visitent pas le bien avant de l'acheter et consentent à l'acquérir sur la foi de la promesse que la maison ou l'appartement décrit au contrat sortira de terre dans le délai prévu et conformément aux plans convenus. Même s'ils sont parfois invités à visiter un appartement ou une maison « témoin »¹, par définition ce bien, construit pour les aider à se projeter dans l'immeuble à construire, n'est jamais l'immeuble qui leur sera livré.

Deux modèles de vente d'immeuble à construire existent en droit français. La vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) est sans conteste la plus courante ; elle est même monopolistique tant son économie est

¹ Construction permettant au constructeur d'assurer la promotion de son programme auprès des clients potentiels.

profitable aux promoteurs perçoivent des fractions du prix de vente au fur et à mesure de la progression du chantier. L'article 1601-3 du Code civil en donne cette définition : « La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. ». L'autre modèle, appelé vente à terme, est d'utilisation rarissime : parce qu'elle retarde le paiement du prix et le transfert de propriété à la livraison de l'immeuble achevé, sa valeur ajoutée comparativement à la vente d'un immeuble dont la construction est terminée n'est pas évidente².

La plupart du temps l'audace leur est profitable ; mises à part quelques réserves formulées le jour de la livraison (parce qu'il est bien rare que tout soit parfait ce jour-là³), les acquéreurs d'un immeuble à construire obtiennent livraison de leur bien. Mais l'audace vire au cauchemar lorsque le constructeur fait faillite et abandonne le chantier inachevé, laissant les acquéreurs propriétaires d'un bout de mur inexploitable ou d'une moitié de maison, inhabitable. La situation devient encore plus préoccupante lorsque le chantier abandonné concerne un immeuble collectif, car les copropriétaires doivent alors s'entendre, se concerter et s'accorder sur une stratégie commune pour achever ou faire achever les travaux de construction. Pour les acquéreurs ayant vocation à occuper personnellement le bien, l'abandon du chantier revêt une gravité particulière lorsque, ayant d'ores et déjà notifié la résiliation de leur bail, ils se trouvent confrontés à un congé arrivant à échéance bien avant que le logement ne soit achevé, du fait du retard induit par l'interruption des travaux ; il leur faudra louer un logement provisoire ou solliciter l'aide familiale ou amicale. Au préjudice de jouissance, au préjudice économique, peuvent s'ajouter des troubles de la santé liés au sentiment d'avoir tout perdu. Le fait que le régime de la

² La vente à terme est définie à l'article 1601-2 du Code civil : « La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente. »

³ Selon une étude de l'association de consommateurs UFC-Que choisir réalisée en 2018, seul un logement sur cinq est livré sans réserve ; en moyenne une douzaine de réserves sont formulées qui, dans 16% des cas compromettent l'habitabilité du bien (le rapport est téléchargeable sur le site de l'association : <https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-achats-de-logements-sur-plan-aupres-de-promoteurs-vefa-les-acquereurs-particulierement-mal-lotis-n60441/p>)

VEFA oblige l'acquéreur à verser des fractions du prix au fur et à mesure du chantier participe évidemment au désastre puisqu'il les aura versées dans la perspective de l'immeuble terminé (celui des plans et des dessins annexés au contrat) et qu'il ne tire aucune utilité ni satisfaction de la propriété d'un immeuble inachevé dont la jouissance est impossible ou très limitée.

Face à ce risque d'inachèvement, le droit français a réagi. Une loi importante fut adoptée en 1967⁴ qui offrit tout à la fois un régime spécial à la vente d'immeuble à construire dans le Code civil (art. 1601-1 à 1601-4) et un régime sur-spécial dans le Code de la construction et de l'habitation organisant un ordre public de protection de l'acheteur dans le secteur du logement. (art. L 261-10 et s. CCH). Dans ce dessein, l'une des principales orientations de cette loi fut d'obliger le vendeur constructeur⁵ à fournir une garantie d'achèvement de l'immeuble vendu à peine de nullité du contrat⁶.

1.2. *Polysémie*

« Garantie » est un mot générique qui rassemble différents mécanismes juridiques dont la finalité commune est de prémunir le bénéficiaire contre une perte pécuniaire⁷. Elle peut désigner l'objet d'une action en justice : « l'appel en garantie » permet de faire intervenir un tiers dans un procès, comme un débiteur solidaire par exemple. En matière de contrat d'assurance, la garantie constitue l'obligation essentielle de l'assureur, qui s'engage à exécuter la prestation convenue – généralement une indemnisation – en cas de réalisation d'un risque couvert par le contrat. Dans certains contrats, la garantie désigne techniquement l'obligation post-contractuelle qui protège le créancier contre les pertes d'utilité de la chose, telle la garantie des vices cachés dans la vente ou la garantie décennale des contrats de construction

⁴ Loi du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de la construction (codifiée dans le Code civil, articles 1601-1 à 1601-4 et dans le Code de la construction et de l'habitation, art. L. 261-1 et s.).

⁵ L'article 1601-1 du Code civil qui définit la vente d'immeuble à construire fait du vendeur le débiteur d'une obligation de construire : « La vente d'immeubles à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat. »

⁶ Une garantie de bonne fin du chantier figure pareillement dans tous les contrats de construction réglementés du secteur du logement : outre la vente d'immeuble à construire (art. L. 261-10-1 du Code de la construction et de l'habitation), vente d'immeuble à rénover (CCH, art. L. 262-4), contrat de construction de maison individuelle (CCH, art. L. 231-6), contrat de promotion immobilière (CCH art. L. 222-3).

⁷ V° *Garantie*, *Vocabulaire juridique* (dir. G. Cornu), Paris.

immobilière. La garantie peut enfin désigner une sûreté ayant pour objet d'assurer l'effectivité d'un droit de créance, en garantissant son paiement en cas d'insolvabilité du débiteur.

1.3. *Garantie intrinsèque, garantie extrinsèque*

Les contrats de construction réglementés par le Code de la construction et de l'habitation comportent tous des garanties d'achèvement, prenant le plus souvent la forme d'une sûreté, plus précisément d'un cautionnement solidaire par lequel la caution s'engage à financer l'achèvement⁸. En matière de vente d'immeuble à construire, le vendeur peut préférer au cautionnement une ouverture de crédit engageant la banque à financer l'achèvement en cas de défaillance de sa part (avec le droit pour l'acquéreur d'en demander l'exécution à la banque)⁹. Dans les deux cas, la garantie d'achèvement est donnée par un tiers qui financera le coût du contrat de remplacement pour remédier à la défaillance du vendeur promoteur¹⁰. Dans le langage pratique, cette garantie est dite « extrinsèque » puisqu'elle repose sur l'engagement d'un tiers au contrat. Cette dénomination faisait écho à l'existence jusqu'en 2013 d'une autre forme de garantie d'achèvement des ventes d'immeuble à construire du secteur protégé du logement, dite intrinsèque¹¹.

La garantie intrinsèque d'achèvement n'était ni une sûreté, ni une quelconque obligation du contrat. Elle était seulement un pari fait sur l'achèvement au vu des conditions financières de l'opération, autrement dit une présomption de financement de l'immeuble à construire¹². Son

⁸ Dans le contrat de construction de maison individuelle le remède à la défaillance du constructeur est une garantie dite de « livraison à prix et délai convenu ». Définie comme une caution solidaire par le Code de la construction et de l'habitation, elle engage le garant à financer l'achèvement mais aussi à des obligations de faire bien singulières pour une caution : il lui appartient de mettre en demeure le constructeur défaillant pour qu'il reprenne et finisse le chantier et, le cas échéant, de désigner sous sa responsabilité l'entrepreneur qui terminera les travaux (art. L. 231-6, CCH)

⁹ CCH, art. R. 261-21.

¹⁰ A la garantie d'achèvement, le vendeur peut préférer (mais la chose est plus rare) une garantie financière de remboursement qui « revêt la forme d'une convention de cautionnement aux termes de laquelle la caution s'oblige envers l'acquéreur, solidairement avec le vendeur, à rembourser les versements effectués par l'acquéreur au cas de résolution amiable ou judiciaire de la vente pour cause de défaut d'achèvement » (CCH, R. 261-22).

¹¹ CCH, articles R. 261-18 à R. 261-20, désormais abrogés.

¹² M. DAGOT, *La vente d'immeuble à construire*, Litec 1983, n°853.

appellation d'usage, « garantie intrinsèque », découlait de cette singularité que la garantie se trouvait dans des éléments internes au programme de construction immobilière du vendeur. Sans être techniquement une garantie, en l'absence de toute personne contre laquelle agir en cas de défaillance du vendeur ou de biens donnés en garantie, la garantie intrinsèque équivalait à la garantie extrinsèque dont elle permettait de se dispenser. Dénommée « garantie d'achèvement [résultant] de l'existence de conditions propres à l'opération » par l'ancien article R. 261-18 du Code de la construction et de l'habitation, elle était donc une alternative à la garantie extrinsèque d'achèvement. Etrange modèle de garantie qui consiste à ce que ce soit le débiteur lui-même qui fournisse la garantie à partir des conditions propres à son programme immobilier.

Bien qu'elle ne soit plus de droit positif pour des raisons qui seront expliquées plus loin, la mémoire de cette garantie fondée sur les caractéristiques de l'opération immobilière doit être conservée, ne serait-ce que pour témoigner de la polysémie française du concept de « garantie ». En droit français, il fut un temps où l'on qualifiait de « garantie d'achèvement » ce qui ne constituait en réalité qu'une probabilité d'achèvement fondée sur le montage financier de l'opération. Dans ce système, cette garantie dite « intrinsèque » était regardée comme équivalente à la garantie « extrinsèque » – généralement un cautionnement – pour permettre la formation valable du contrat de vente en l'état futur d'achèvement. Bien que son recours impliquât une information spécifique de l'acquéreur¹³, sa dénomination pouvait laisser croire à ce dernier qu'il bénéficiait d'un véritable droit à l'achèvement, alors même qu'il ne disposait d'aucune action en ce sens : une garantie d'apparence, en somme.

Pour comprendre comment le droit français de la construction immobilière a pu ainsi présenter une garantie d'achèvement sans tiers garant, comme alternative valable à la garantie donnée par une banque ou un organisme financier habilité, le contexte politique et économique de sa création doit être présenté ? L'exposé des conditions complexes de sa constitution précédera ensuite la narration de sa disparition.

Partie I. *Contexte politico-économique de création de la garantie intrinsèque*

La garantie intrinsèque d'achèvement fut consacrée en droit français dans les contrats de vente d'immeuble à construire du secteur du logement à la fin des années 1960, avant même les premières manifestations du

¹³ CCH, art. R. 261-20 (abrogé).

droit de la consommation au début des années 1970¹⁴. Il s'agissait alors d'encadrer et d'assainir la profession de promoteur immobilier et son lot d'escrocs vendant des immeubles à construire sans intention de les terminer.

Pour protéger les acquéreurs victimes de ces constructeurs malhonnêtes, le législateur aurait pu simplement interdire les ventes de logements à construire. La vente d'immeuble achevé est assurément plus sécurisante : d'une part il peut visiter le bien qu'il envisage d'acquérir pour se convaincre qu'il est terminé et habitable et, d'autre part, le prix est payé en contrepartie du transfert effectif de la propriété et de la jouissance du bien. Mais la commercialisation de programmes immobiliers clefs en mains contraint le promoteur à financer l'intégralité de la construction avant d'en percevoir les premiers bénéfices ; il doit donc disposer d'une capacité financière solide. En recourant à la vente en l'état futur d'achèvement, le promoteur peut compter sur la participation financière de l'acheteur pour financer la construction car le versement du prix se fait de manière fractionnée au fur et à mesure de l'avancée des travaux¹⁵. Or l'Etat français avait à cœur d'encourager la promotion immobilière qui était essentielle à la France des années 1960, marquées par la migration des populations rurales vers la ville et la nécessité de loger les centaines de milliers de rapatriés d'Algérie après les accords d'Evian de 1962. La vente d'immeuble à construire ne fut donc pas interdite mais plutôt réglementée.

La loi du 3 janvier 1967 institua un contrat de vente d'immeuble à construire au régime impératif dans le secteur du logement et comportant l'obligation de garantir l'achèvement de l'immeuble promis¹⁶. Les rédacteurs de la loi ont souhaité réaliser un équilibre entre les attentes des professionnels de la promotion immobilière (et leurs banquiers) et celles des acquéreurs de logements sur plans. Pour satisfaire les premiers, il fallait consacrer le droit du vendeur d'immeuble à construire de percevoir des fractions du prix de vente au fur et à mesure de l'avancement des travaux. Aujourd'hui encore, cette participation de l'acheteur au financement du programme fait de la VEFA l'outil préféré des promoteurs. De l'autre côté, pour protéger les acquéreurs contre les abandons de chantier, il convenait sécuriser leur

¹⁴ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE ET M. DÉPINCÉ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 2020, Introduction p.3.

¹⁵ Selon l'article R. 261-14 du CCH, 35% du prix sont payés à l'achèvement des fondations, 70% à la mise hors d'eau de l'immeuble (charpente et toiture posées), 95% à l'achèvement (l'immeuble est utilisable conformément à sa destination et donc habitable s'il s'agit d'un logement) et le solde est versé à la livraison.

¹⁶ Hors logement, dans le secteur dit libre, la fourniture d'une garantie d'achèvement relève de la liberté contractuelle.

situation par un système garantissant l'achèvement de la construction ; c'est à cette condition que la VEFA pouvait séduire et rassurer les acheteurs et les investisseurs. Mais pour ne pas réserver les bienfaits de la vente d'immeuble à construire aux promoteurs les plus riches, une garantie d'achèvement économique devait être imaginée comme alternative à la garantie ordinaire que constituait le cautionnement de la créance d'achèvement. Car dans les années 1960, le modèle de la promotion immobilière n'était pas encore celui des majors et filiales de grands groupes de sociétés. Nombre de sociétés de promotion immobilière, souvent de petite ou moyenne taille, ne disposaient pas toujours de la capacité financière requise pour offrir des garanties bancaires.

En 1962, le Sénat avait adopté en première lecture un projet de loi déposé en 1961 par le Gouvernement de Michel Debré ¹⁷ : le texte prévoyait l'obligation pour le vendeur d'un immeuble en l'état futur d'achèvement destiné à l'habitation, de fournir une garantie financière d'achèvement. Adopté sans négociation ni concertation, ce projet suscita l'ire des promoteurs et banquiers qui s'opposèrent à l'instauration obligatoire d'une telle garantie d'achèvement et obtinrent son abandon en 1963. Si aujourd'hui les mesures de protection des consommateurs contre la puissance des professionnels sont devenues courantes et ne suscitent plus guère de surprise, il en allait différemment dans les années 1960. L'instauration d'un régime obligatoire de garantie financière d'achèvement, onéreux, pour protéger les acquéreurs sur plans des dangers que présentait la vente d'immeuble à construire dans les mains de promoteurs non recommandables, ne pouvait manquer de susciter une vive opposition.

Par la suite, le Gouvernement s'y prit autrement. Il commença par inciter les promoteurs à souscrire une garantie financière en leur accordant des avantages fiscaux en contrepartie¹⁸. Ensuite, pour l'élaboration de loi de 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeuble à construire du secteur de l'habitation et de son décret d'application, il entreprit un important travail de négociation et de concertation avec les différentes parties en présence qui conduisit à un moyen terme : le promoteur fut autorisé à vendre un immeuble à construire sans garantie financière d'achèvement si, et seulement si, les conditions propres à l'opération permettaient de garantir l'achèvement ou plus exactement de présumer que l'achèvement de l'immeuble était réalisable. La transparence et la solidité du montage

¹⁷ Projet de loi adopté par le Sénat le 21 juin 1962, relatif à la construction d'immeuble à usage d'habitation et aux sociétés immobilières d'acquisition ou de construction.

¹⁸ Décret n°63-678 du 9 juillet 1963.

financier vérifiés par le notaire pouvaient ainsi valoir garantie intrinsèque d'achèvement. La possibilité de recourir à la garantie intrinsèque d'achèvement a ainsi facilité l'adoption de la loi de 1967, dans un contexte où les législations protectrices des accédants à la propriété, et plus largement des consommateurs face aux professionnels, étaient encore inexistantes ou embryonnaires. L'obligation de fournir une garantie de type cautionnement avait conduit au retrait du projet de 1961 ; l'alternative d'une garantie intrinsèque permit au contraire l'adoption de la loi du 3 janvier 1967, première grande loi du droit de la construction moderne.

Partie II. *Complexité de constitution de la garantie intrinsèque*

Si cette garantie est dite intrinsèque, c'est en raison de sa constitution qui repose sur les conditions propres à l'opération de construction de l'immeuble vendu en l'état futur d'achèvement ; ces conditions doivent établir l'existence d'un financement suffisant pour garantir l'achèvement. Elle est donc intrinsèque car elle résulte d'éléments internes au montage du programme immobilier. Ces conditions étaient réglementées par un décret, aujourd'hui abrogé, qui énuméraient les éléments à réunir et vérifier par le notaire pour constater la constitution de la garantie¹⁹. Il existait quatre formes de garantie intrinsèque.

La première, la plus simple, résultait de la qualité juridique de certains vendeurs, particulièrement fiables. Dans la mesure où l'esprit de ces textes était de protéger les acheteurs contre les vendeurs voyous, la garantie intrinsèque d'achèvement pouvait être accordée de manière automatique à ceux dont la solvabilité et la fiabilité ne faisaient aucun doute. Ainsi la garantie intrinsèque était de droit pour les sociétés d'économie mixte agréées par le ministère du logement et des finances ou dont une collectivité publique détenait au moins 35% du capital social ; ces sociétés étaient ainsi autorisées à conclure des ventes en l'état futur d'achèvement sans garantie extrinsèque²⁰.

Les trois autres systèmes de garantie intrinsèque exigeaient impérativement l'achèvement des fondations²¹ de l'immeuble vendu afin

¹⁹ Décret n° 67-1166 du 22 décembre 1967.

²⁰ CCH, article R. 261-19 b. La disposition a été abrogée par le décret 2016-369 du 25 mars 2016 relatif à la garantie financière en cas de vente en l'état futur d'achèvement. Désormais les organismes d'habitation à loyer modéré doivent fournir une garantie financière spécifique et n'ont plus la possibilité de recourir à la garantie intrinsèque. V. VIVIEN ZALEWSKI-SICARD, *Vente d'immeuble à construire et à rénover*, Paris, 2^e éd. 2016, n°622.

²¹ « Ouvrages de gros œuvre situés au-dessous, soit du niveau le plus bas de l'immeuble,

de sécuriser le pari du financement. Car le coût des fondations peut être plus important que prévu ; il dépend de ce que réserve le terrain. Ce n'est qu'une fois les fondations achevées et l'aléa lié à leur coût écarté que l'on peut raisonnablement parier, sans trop de risque, sur la solvabilité du vendeur pour mener l'immeuble à son terme. C'est précisément la raison pour laquelle la constitution d'une garantie intrinsèque d'achèvement supposait la vérification préalable de l'achèvement des fondations. En revanche, le vendeur désireux de conclure la vente à un stade antérieur de l'opération était tenu de fournir une garantie extrinsèque d'achèvement, telle qu'un cautionnement.

Une garantie intrinsèque spécifique était dédiée à la vente de maison individuelle à construire. Pour ce type de vente, la garantie prenait la forme d'un écrasement de la grille de paiement de 10 à 25% en-deçà de la valeur estimée de la construction en cours. Par exemple, alors que le versement de 35 % du prix de vente à l'achèvement des fondations constitue la règle générale, le mécanisme de la garantie intrinsèque en tempérait les effets en plafonnant ce paiement à 20 %, afin de limiter l'exposition financière de l'acquéreur à ce stade du chantier. Le montant de chaque échéance était ainsi amputé d'un pourcentage dont l'addition constituait la garantie intrinsèque d'achèvement²² : face à un abandon de chantier d'un vendeur financièrement exsangue, l'acheteur disposait d'une réserve de liquidités permettant de garantir l'achèvement de la construction en absorbant le coût du contrat de remplacement.

Les deux dernières formules étaient plutôt destinées à la vente de bâtiment collectif et reposaient sur un faisceau d'indices qui, réunis, pouvaient raisonnablement présumer la solvabilité du vendeur pour achever le programme immobilier. Les formules dépendaient de l'état d'avancée du chantier au moment de la vente.

La garantie intrinsèque était acquise lorsque la vente portait sur un immeuble à construire ayant atteint le stade du hors d'eau sans être grevé d'aucune sûreté ni privilège quelconque. Ces deux conditions remplies valaient garantie intrinsèque parce que la conclusion de la vente à ce stade de construction rendait exigible le paiement de 70% du prix. Le bâtiment étant de surcroît libre de toutes prétentions de tiers, le financement de l'achèvement pouvait être présumé. Le pari était cependant risqué car on

dans le cas de bâtiments comportant un ou plusieurs sous-sols, soit au niveau du sol naturel, dans le cas de bâtiments sur terre-plein ou sur vide sanitaire » : Circ n°6-41 du 21 août 1967, JCP éd N, 1967, III, 33557.

²² 45 % à la mise hors d'eau au lieu de 70% ; 85 % à l'achèvement de la maison au lieu de 95%, et 15% à la livraison au lieu de 5%.

ne vérifiait pas que le vendeur n'était pas endetté par ailleurs²³.

Enfin la dernière formule, la plus complexe, permettait de conclure des ventes sous garantie intrinsèque dès l'achèvement des fondations. Pour constituer la garantie, le vendeur devait établir au jour de la vente, sous le contrôle du notaire, qu'il disposait de fonds suffisants pour financer la construction. L'addition des fonds propres du vendeur, du prix des ventes déjà conclues et des crédits confirmés devait atteindre 75% du prix global attendu de la vente du programme. Ces conditions réunies, la garantie intrinsèque d'achèvement était acquise et la vente conclue sans garantie financière.

La complexité du système, dont la fiabilité tenait à l'absence de fraude et à la vigilance des notaires, associée au développement des grandes entreprises de promotion immobilière pour lesquelles la souscription de garanties extrinsèques ne posait pas difficulté, conduisirent à l'abandon de la garantie intrinsèque, après que les pouvoirs publics eurent pourtant tenté de la sauver.

Partie III. *Histoire de la disparition de la garantie intrinsèque*

L'entreprise de suppression de la garantie intrinsèque d'achèvement débuta à la fin des années 2000, avec la faillite du promoteur local alsacien Brun habitat. Près de Strasbourg, plusieurs chantiers d'immeubles commercialisés en vente en l'état futur d'achèvement furent mis à l'arrêt, laissant les acquéreurs des appartements inachevés, en grande détresse psychologique et financière. Une centaine d'acheteurs se tournèrent vers la banque à l'annonce de la liquidation judiciaire du promoteur, comptant sur la garantie d'achèvement prévue dans leur contrat pour obtenir la reprise du chantier. Ils comprirent alors que la garantie intrinsèque d'achèvement sous laquelle ils avaient consenti à acheter, ne comprenait aucune action propre à faire intervenir un tiers pour faire achever et financer le chantier abandonné²⁴. Certains chantiers purent trouver repreneurs²⁵, d'autres non.

Dans ces conditions, comment s'organiser pour obtenir la reprise du programme immobilier ? Comment financer le coût du contrat de remplacement ? Comment continuer à faire face à l'emprunt immobilier souscrit lorsqu'il faut aussi se loger puisque l'appartement n'est pas livré ?

²³ DAGOT, *La vente d'immeuble à construire*, cit., n°888 et s.

²⁴ [<https://www.lefigaro.fr/immobilier/2008/09/30/05002-20080930ARTFIG00371-le-cauchemar-des-clients-de-brun-habitat-.php>].

²⁵ [<https://www.batiactu.com/edito/brun-habitat-epilogue-21144.php>].

Sans compter les personnes ayant acheté dans le projet de réaliser un investissement locatif et bénéficier d'avantages fiscaux impossibles à obtenir faute de bien à louer. Dans ce type de litige, le droit civil permet d'engager la responsabilité du vendeur et du notaire, d'obtenir la nullité de la vente pour irrégularité de la garantie intrinsèque, mais l'efficacité de ces actions suppose un vendeur *in bonis*²⁶.

A la suite de cette retentissante affaire, une question fut posée en 2008 par les parlementaires au ministre du logement et de la ville : pourquoi ne pas supprimer la garantie intrinsèque d'achèvement²⁷ ? Mais ce désastre immobilier trouvait-il réellement son origine dans le système même de la garantie intrinsèque d'achèvement, ou résidait-il plutôt dans un détournement frauduleux de ce mécanisme, imputable à la gestion fictive et déloyale du promoteur alsacien, marquée par des pratiques telles que les détournements de fonds, les surfacturations et les écritures comptables mensongères²⁸ ? Quoi qu'il en soit, à la suite de ce scandale un groupe de travail interministériel, associant les organismes professionnels concernés et le Conseil supérieur du notariat, fut mis en place pour réfléchir à la façon de sécuriser la garantie intrinsèque. Sa suppression ne paraissait pas opportune à ce moment-là car depuis 1967, la garantie intrinsèque n'avait concerné qu'un faible pourcentage de programmes vendus en l'état futur d'achèvement et le nombre d'affaires contentieuses qui l'impliquaient était faible. Dans le contexte de la crise des subprimes, son utilité pour accompagner les jeunes entreprises de promotion immobilière boudées par les établissements

²⁶ Les sociétés civiles maîtres d'ouvrage qui n'ont pas trouvé de repreneurs ont été liquidées. Le promoteur immobilier a été condamné pénalement pour escroquerie et civilement à verser plusieurs millions de dommages et intérêts aux acquéreurs qui se sont portés parties civiles devant le tribunal correctionnel de Strasbourg. Il a en outre été frappé d'une interdiction de gérer une entreprise pendant plusieurs années.

²⁷ JO du 14 octobre 2008, p. 8748 ([<<https://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-32572QE.htm>>]). La question posée au ministre ouvrait également une autre piste de réflexion : celle d'une participation active des acquéreurs au contrôle de l'avancement du chantier.. Elle fut rejetée en ces termes : « même si le contrat de vente en l'état futur d'achèvement a pour objet la vente d'un immeuble qui n'existe pas encore ou qui n'est pas achevé au moment de la conclusion dudit contrat, il n'en reste pas moins un contrat de vente et non pas un contrat de prestation de service tel que la construction d'un immeuble. Les pouvoirs du maître de l'ouvrage ne reviennent pas à l'acquéreur, mais au vendeur qui procède au contrôle des travaux effectués par les entreprises qui ont en la charge. Par ailleurs, cette proposition supposerait que les acquéreurs puissent se rendre sur le chantier afin d'en effectuer des visites. Or les promoteurs vendeurs ne sont pas couverts par les assurances en cas d'accident impliquant un acquéreur lors d'une visite de chantier. » (<https://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-32572QE.htm>).

²⁸ <https://www.lalsace.fr/actualite/2016/04/22/un-lourd-requisitoire-contre-antoine-brun>

de cautions dispensateurs de garanties extrinsèques, avait justifié son maintien accompagné d'une réforme de son régime pour la rendre plus efficace²⁹. Plusieurs innovations furent ainsi apportées à la garantie intrinsèque par un décret de 2010³⁰ : amélioration de l'échelonnement des différents stades de paiement avec contrôle de l'avancement du chantier par un homme de l'art indépendant et impartial ; vérification de la solvabilité de chaque acquéreur pour tenir compte des ventes déjà conclues dans le calcul du financement de la construction ; définition d'un « crédit confirmé » comme un crédit certain, irrévocable et ouvert jusqu'à l'achèvement de la construction etc. Surtout le décret de 2010 avait instauré une disposition majeure visant à s'assurer que l'intégralité des fonds mobilisés au titre de la garantie intrinsèque était strictement consacrée au financement de l'immeuble en cause, renforçant ainsi la sécurité juridique et financière de l'opération : le vendeur était sommé d'ouvrir, auprès d'un établissement de crédit, un compte centralisateur unique et propre à l'opération dans lequel il s'engageait à centraliser les fonds assurant le financement du programme immobilier.

Mais ces mesures, aussi pertinentes fussent-elles, ne suffisaient pas à se prémunir contre les escrocs toujours habiles à les contourner. La suppression de la garantie intrinsèque s'est alors imposée comme une réponse politique attendue aux scandales passés. La doctrine la fustigeait d'ailleurs dans sa très grande majorité³¹. Quand bien même de rares voix avaient tenté d'instrumenter à décharge³² (la garantie intrinsèque est utile au développement des entreprises de petite taille et les garanties financières ne sont elles-mêmes pas exemptes de défauts), la garantie intrinsèque faisait désormais figure d'exception dans le paysage des contrats de construction spécialement réglementés³³. On ne prit donc pas le temps de mesurer les

²⁹ JO du 20 octobre 2009, p. 9995. <https://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-32572QE.htm>

³⁰ Décret n° 2010-1128 du 27 septembre 2010 relatif aux ventes d'immeubles à construire ou à rénover.

³¹ J. PRÉA, Une garantie illusoire : la garantie intrinsèque de bonne fin en matière de vente d'immeubles à construire? «Rép. Not. Defrénois», 1975, art. 31031, p. 1537 ; J.L. VIGUIER, *La garantie intrinsèque : le droit positif et les améliorations possibles*, «Droit et Ville», n°5, 1978, p. 37 ; B. MALLET-BRICOUT, *Le renforcement de la garantie intrinsèque et ses limites*, in «RDI», 2012, p. 15 ; P. GAUTIER, *Les garanties d'achèvement*, in *La protection de l'acquéreur immobilier*, Paris 2010 p. 8.

³² D. TOMASIN, *Faut-il supprimer la garantie intrinsèque dans la VEFA ?*, «RDI», 2008, p. 187.

³³ La loi du 19 décembre 1990 portant réforme du contrat de construction de maison individuelle y avait renoncé et quand il fut question de créer la vente d'immeuble à rénover sur le modèle de la vente en l'état futur d'achèvement, la loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 reprit l'exigence d'une garantie financière d'achèvement sans autoriser la

effets du décret de 2010 réformant la garantie intrinsèque. À l'occasion de son discours sur la politique du logement prononcé à Alfortville le 21 mars 2013, le Président de la République, François Hollande, déclara qu'il y avait urgence à abroger la garantie intrinsèque par ordonnance. Il faut dire que ce mécanisme bien singulier apparaissait en décalage avec le « choc de confiance » qu'il appelait de ses vœux pour relancer la construction de logements et soutenir l'activité du secteur du bâtiment.

Une loi du 1^{er} juillet 2013 habilita donc le Gouvernement à prendre une ordonnance généralisant la garantie financière d'achèvement, garantie extrinsèque, dans toutes les ventes en l'état futur d'achèvement de biens d'habitation ; l'ordonnance fut adoptée quelque mois plus tard³⁴ et supprima la garantie intrinsèque à compter du 1^{er} janvier 2015. Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance est très pauvre sur cette question. Rien ou presque n'est expliqué des raisons de la suppression de la garantie intrinsèque qu'un décret de moins de trois ans venait pourtant de renforcer. On peut seulement y lire que « l'objectif recherché est de permettre une meilleure sécurisation financière des acquéreurs et un retour de la confiance des consommateurs dans le secteur de la promotion immobilière et donc une relance de ce secteur »³⁵.

Un scandale impliquant un promoteur véreux et un discours de politique pour relancer la confiance dans la construction immobilière française ont donc eu raison de la garantie intrinsèque d'achèvement, avant même qu'on ait pu mesurer l'efficacité de sa réforme.

Une autre voie avait pourtant été envisagée par le Médiateur de la République pour remédier aux dérives – certes rares – imputables à la garantie intrinsèque. Car malgré les améliorations introduites par le décret de 2010, ce mécanisme conservait un défaut structurel majeur : l'absence d'un tiers formellement tenu d'achever l'immeuble en cas de défaillance du promoteur. Dans son rapport de 2011³⁶, le Médiateur avait suggéré la création d'un fonds de garantie qui aurait été alimenté par les promoteurs afin de pallier les insuffisances du système de la garantie intrinsèque sans en compromettre l'accès. Bien qu'écartée, la solution présentait l'avantage de considérer le sort des petits promoteurs dont la garantie intrinsèque

garantie intrinsèque.

³⁴ Ordonnance n° 2013-890 du 3 octobre 2013 relative à la garantie financière d'achèvement en cas de vente en l'état futur d'achèvement.

³⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2013-890 du 3 octobre 2013 relative à la garantie financière en cas de vente en l'état futur d'achèvement.

³⁶ Médiateur de la République, proposition de réforme n° 11-R007.

facilitait l'activité³⁷. Ainsi complétée par un système de fonds de garantie, on aurait eu fini de pointer du doigt sa fausse nature de garantie. Reste que la suggestion, reposant sur l'idée d'une solidarité entre promoteurs, n'a manifestement pas su rallier les soutiens nécessaires à sa mise en œuvre.

³⁷ D. TOMASIN, *La lente agonie de la garantie intrinsèque*, «RDI» 2014, p. 76.

Ettore Battelli

*Il pegno non possessorio sui beni immateriali
tra tutela del credito e circolazione della ricchezza*

SOMMARIO: 1. Preambolo – 2. Cenni sul pegno nel codice civile italiano e sulla teoria della realtà del pegno – 3. Il superamento del tradizionale schema-tipo di pegno – 4. Il contemperamento tra tutela del credito e circolazione della ricchezza – 5. Il pegno mobiliare non possessorio ex art. 1, D.L. 59/2016 – 6. Il pegno non possessorio sui beni immateriali: diritti IP e *big data* – 7. Lo spossessamento quale elemento eventuale e non indispensabile della fattispecie pignorizia – 8. La funzione della realtà del pegno nel quadro frantumato delle garanzie del credito – 9. Il pegno non possessorio come garanzia dinamica: verso la configurazione di un ‘pegno consensuale’ – 10. Prospettive comparatistiche: la c.d. garanzia ‘flottante’ – 11. Riflessioni *de iure condendo*.

1. *Preambolo*

L'innovazione tecnologica ha contribuito alla diffusione delle c.d. *new properties*, che sovente rappresentano la moderna ricchezza di un'impresa (*intangible assets*), rispetto alle quali vi è un convergente interesse a sfruttarle: - del debitore, per accedere a finanziamenti; - del creditore, per rafforzare le probabilità di soddisfazione delle proprie pretese.

L'evoluzione delle attività produttivo-imprenditoriali, poi, ha rafforzato l'esigenza di non privare il debitore della disponibilità di quei beni del patrimonio aziendale che si potrebbero dare in garanzia ‘senza spossessamento’, nell'ottica di evitare una riduzione della sua capacità di produzione, che metterebbe a rischio le possibilità di adempimento, pregiudicando così anche l'interesse primario del creditore garantito.

Sotto un ulteriore profilo, la crescente rapidità del traffico giuridico ed economico rende necessario il ricorso a forme di autotutela consensuale – alternative alle procedure giurisdizionali – che permettano una soddisfazione immediata del creditore in caso di inadempimento del debitore.

Occorre, quindi, ragionare sugli strumenti che potrebbero rivelarsi funzionali a fornire un'adeguata risposta a tutte le menzionate esigenze, anche prendendo atto di come già altri ordinamenti abbiano affrontato tali questioni; in una prospettiva utile agli operatori nei limiti dell'autonomia privata.

Si propongono, pertanto, in questa sede, spunti di riflessione sulla figura di pegno non possessorio, fluttuante e rotativo che, senza tradire la sua tradizionale funzione di garanzia, pur nei limiti ben presenti, si è conformata a precise esigenze derivanti dalle prerogative creditorie¹.

2. Cenni sul pegno nel codice civile italiano e sulla teoria della realtà del pegno

Il codice civile non fornisce una definizione del diritto di pegno, ma si limita a stabilirne la funzione, specificando che «il pegno è costituito a garanzia dell'obbligazione dal debitore o da un terzo per il debitore»².

La concezione romana³, fondata sull'affermazione «*proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit*», su cui si è poggiata per secoli l'elaborazione dell'istituto in esame, e che ha sin qui ontologicamente identificato le garanzie mobiliari ed in particolar modo il pegno con il meccanismo dello spossessamento, si rivela anacronistica, specialmente riguardo alle c.d. *new properties*, altrimenti dette 'nuovi beni'⁴.

Già nel diritto romano, invero, la nozione di oggetto del *pignus* si ampliò fino a ricomprendervi *iura in re aliena*, cose future, quote di una *communio*, frutti non ancora esistenti e infine, proprio i crediti, determinando la nascita di una nuova figura di *pignus nominis* (contrapposta a quella del *pignus datum*).

Il pegno nel codice civile italiano, disciplinato agli artt. 2784 e seguenti, così come nel diritto romano, si costituisce per atto volontario.

Il contenuto essenziale del pegno risiede nel diritto che il debitore (o un terzo) concede su un bene mobile affinché questo rimanga riservato al futuro soddisfacimento del creditore, il quale, in caso di inadempimento dell'obbligazione, potrà soddisfarsi su di esso con preferenza rispetto agli altri creditori, anche se il bene sia passato in proprietà di un terzo (diritto di seguito o di sequela).

¹ *Amplius* in E. BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali. Contributo allo studio del pegno non possessorio sugli intangible assets*, Milano 2021.

² Si vedano S. CICCARELLO, *Pegno*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, p. 684 ss.; M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, VIII, 1, Milano 1980, p. 1 ss; F. REALMONTE, *Il Pegno*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XIX, t. 1, Torino 1985, p. 631 ss.

³ Ulp. D. 13.7.9.2.

⁴ Cfr. E. GABRIELLI, *Pegno 'non possessorio' e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 2, p. 243.

Il pegno si configura come garanzia accessoria in quanto necessariamente collegato ad un credito, e risente della validità dell'obbligazione principale cui accede. Costituendo una forma di garanzia dell'obbligazione, il pegno presuppone l'esistenza di un credito a favore del quale essere costituito, pecuniario sin dall'origine o comunque suscettibile di acquistare tale carattere, indispensabile per poter promuovere l'esecuzione per espropriazione. Tale figura di garanzia si caratterizza per l'assolutezza⁵ e cioè la sua opponibilità *erga omnes*⁶, ai sensi dell'art. 2789 c.c., in base alla quale esso può essere tutelato con le azioni possessorie e con l'azione di rivendicazione se questa spettava a colui che l'aveva dato in pegno.

Oggetto di pegno possono essere beni mobili, universalità di mobili, i crediti e altri diritti. Sono esclusi i beni fuori commercio o inalienabili. Uno statuto speciale riguarda gli stipendi, mentre gli assegni e i salari non possono essere oggetto di pegno volontario se non nella misura in cui possono essere ceduti. Particolari regole presidono al pegno di cosa futura e di cosa altrui.

Accorgimenti adeguati a segnalare lo *status* giuridico del bene sottoposto a garanzia, e tra essi innanzitutto lo spossessamento, assolvono alla funzione di consentire ai terzi, riguardati tanto come potenziali acquirenti, quanto come creditori eventualmente interessati a procedere all'esecuzione forzata, di conoscere la reale consistenza patrimoniale del debitore.

In base alla tesi consensualistica⁷ il pegno si perfeziona per effetto del mero accordo delle parti e la consegna della *res* costituisce una mera esecuzione dell'obbligazione già sorta⁸.

⁵ Il diritto di pegno fa sorgere a carico della generalità dei consociati un dovere di astensione tutelato *erga omnes*; *ex plurimis* per una esplicita applicazione del carattere dell'assolutezza v. App. Milano, 23 settembre 1997, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, p. 401 ss.

⁶ Sull'assolutezza del diritto reale si veda ancora COMPTI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 17 ss. e *passim*, con ampi richiami alle diverse posizioni della dottrina. D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano 1956, p. 15, rintraccia, invece, il tratto identificativo della realtà del pegno nella 'inerenza'.

⁷ Per la tesi consensualistica si veda: P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, Torino 1999, p. 58 ss. Da ultimo anche S. GATTI, *Il credito su pegno*, Milano 2002, p. 178, evidenzia come l'elemento della realtà, insito nello spossessamento, si configura come mero fatto accessorio rispetto alla fattispecie complessa a formazione progressiva che è il pegno, il cui momento costitutivo sarebbe rappresentato dalla stipula del contratto. Cfr. REALMONTE, *Il pegno*, cit., p. 631 ss.

⁸ Sotto il previgente codice era stato sostenuto che la consegna non fosse necessaria *ab origine*, ma soltanto un effetto attuativo di un'obbligazione sorta con il consenso del contratto già perfezionato dal precedente consenso delle parti (così RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, p. 395 ss.); viceversa, la nuova codificazione fin dai lavori preparatori fu orientata nel senso della 'realtà', usando locuzioni inequivocabili: P.G. MONATERI, *La sineddoche*, Milano 1984, p. 349.

Tuttavia, la prevenzione delle frodi in danno dei creditori, fondata più sulla manifestazione fisica che sulla certezza dell'atto traslativo o costitutivo del vincolo, ha favorito il prevalere della tesi della realtà del pegno, realizzata attraverso lo spossamento inteso come perdita della disponibilità materiale del bene da parte del debitore.

L'orientamento, volto a riconoscere natura reale al contratto di pegno, in particolare, si fondava, sotto la vigenza del codice del 1865, sull'interpretazione letterale dell'art 1878 c.c., oggi abrogato, ove si faceva riferimento a «un contratto col quale il debitore dà al creditore una cosa mobile»⁹. Anche l'attuale art. 2786 c.c. richiede la *traditio* al titolare del pegno «della cosa o del documento, che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa».

La consegna non attribuisce alcuna facoltà di uso o di disposizione della cosa (espressamente vietate dall'art. 2792 c.c.). Il possesso del bene può essere dato anche a un terzo scelto dalle parti o, in alternativa, dal giudice (artt. 2793 c.c. e 520, 628 c.p.c.), o, infine, essere trasformato in compossesso tra debitore e creditore (art. 2786, comma 2, c.c.)¹⁰.

Le difficoltà di ancorare la realtà del pegno al carattere dell'assolutezza e di ricostruire in termini di immediatezza il rapporto tra il potere del creditore e il bene impegnato erano avvertite da quella parte importante della dottrina che tentò di superare l'impostazione tradizionale della realtà del pegno, spingendosi a collocare l'intero istituto nell'area del diritto processuale (c.d. tesi processualistica)¹¹.

A questa ricostruzione si è obiettato che una situazione processuale «in

⁹ Ancora vigente la norma, la giurisprudenza (Cass. Torino, 27 ottobre 1897, in *Mon. Trib.*, 1898, p. 124; Cass. Torino, 15 novembre 1900, *ivi*, 1900, p. 116) iniziò ad affermare che la consegna della cosa fosse necessaria solo di fronte ai terzi, essendo sufficiente l'accordo a vincolare debitore e creditore. Parallelamente, in dottrina si rilevava che «la c.d. realtà del contratto di pegno è l'effetto di un errore di prospettiva» (G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione, Parte generale*, Milano 1935, p. 328), dovendosi distinguere fra titolo della garanzia (che può avere natura consensuale) e costituzione del diritto (per la quale soltanto è essenziale la consegna). Questa distinzione ha poi trovato conforto nella formulazione letterale dell'art. 2786 c.c. del 1942, ove i termini 'pegno' e 'costituzione' sono chiaramente riferiti al diritto e non alla convenzione di pegno. Nel vigore del codice del 1942 sostengono la realtà del contratto di pegno: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*³, Milano 1958, p. 89; U. NATOLI, *I contratti reali*, Milano 1975, p. 66; e da ultimo D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova 1998.

¹⁰ F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, in *Quad. Rass. dir. civ.*, Napoli 2004, p. 53.

¹¹ La teoria è stata sviluppata particolarmente da F. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, Padova 1935, 191 ss.; *Id.*, *Natura giuridica dell'ipoteca*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, p. 3 ss.; già cenni in E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911, p. 224 ss.; v. pure E.T. LIEBMANN, *IL titolo esecutivo riguardo ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1934, I, p. 146 ss.

tanto può esistere, in quanto esiste il corrispondente diritto sostanziale»¹². Quindi, in definitiva «la responsabilità di un bene è espressione figurata, essa non può, fuor di metafora, significare se non che il debitore continua a rispondere verso il creditore con quel bene, come se esso non fosse uscito dal suo patrimonio»¹³. Ciò «è possibile in quanto la garanzia vincola il bene al soddisfacimento di una data obbligazione e il vincolo permane nonostante che la cosa esca dal patrimonio del costituente»¹⁴. L'azione esecutiva accordata al titolare della garanzia costituisce, quindi, mero effetto processuale di un fenomeno che nasce sul piano del diritto sostanziale con il sorgere del vincolo di destinazione sul bene impegnato. In considerazione di ciò si è reputato di poter individuare nel pegno un rapporto complesso composto da «due momenti, processuale l'uno, sostanziale l'altro»¹⁵.

3. *Il superamento del tradizionale schema-tipo di pegno*

Il progredire dell'economia creditizia e degli scambi commerciali, poi, venendo a tempi più recenti, ha spinto tanto la prassi quanto la dottrina¹⁶ e

¹² S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Napoli 1978 (rist.), p. 379 ss. Nello stesso senso RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., p. 10, secondo il quale la teoria processualistica «trascura che ogni azione giudiziaria fa valere un diritto sostanziale; anche quella esecutiva di esproprio, in quanto anche la responsabilità patrimoniale ordinaria costituisce un *prius* rispetto all'esecuzione forzata, la quale ultima la presuppone esistente ed è solo un mezzo per realizzarla».

¹³ A. MONTEL, *Garanzie (diritti reali di)*, in *NNDI*, VII, Torino 1961, p. 746. Cfr. anche GORLA, *Pegno, Ipoteca*, in R. NICOLÒ, V. ANDRIOLI, G. GORLA, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1955², p. 276 ss.

¹⁴ DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., pp. 22-23.

¹⁵ MONTEL, *Garanzie (diritti reali di)*, cit., p. 746. Sull'individuazione nel pegno dei due aspetti 'sostanziale e processuale', si veda per tutti M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*⁵, Torino 1958, p. 601 ss.; p. 719. La ricostruzione del pegno come diritto complesso si ritrova già in RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XIV, Torino 1952 (rist. 1956), p. 184 ss., il quale parte dalla considerazione che «la garanzia è un fenomeno vivo ed operante già prima che si arrivi all'esecuzione», per affermare che «il diritto di pegno comprende rapporti singoli di varia natura, cioè, obbligazioni, diritti potestativi, [...] ed anche diritti processuali, ma il nucleo è costituito da un diritto reale» (p. 185).

¹⁶ Cfr. G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli 1980, p. 53 ss.; GABRIELLI, *Il pegno 'anomalo'*, cit., p. 94 ss.; A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano 2001, p. 304 ss.

la giurisprudenza, a propendere per una modernizzazione del sistema delle garanzie mobiliari, che permettesse di sganciare il pegno dal requisito dello spossessamento¹⁷. Malgrado ciò, il legislatore italiano, a lungo, è rimasto ancorato alla propria tradizione¹⁸.

Si sono, tuttavia, susseguiti interventi settoriali¹⁹ (relative al pegno senza spossessamento su merci in lavorazione; es: sui prosciutti; e sui prodotti lattiero-caseari²⁰, volti a consentire la costituzione di nuove forme di garanzia senza spossessamento. Si tratta di discipline nate dall'esperienza

¹⁷ La prima pronuncia in questo senso è Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 485, con nota di A.M. AZZARO, *Il pegno rotativo arriva in Cassazione, ovvero come la dottrina diventa giurisprudenza*, e in *Fall.*, 1999, p. 265, con nota di L. PANZANI, e a Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, p. 777, con nota di D. FINARDI, *Efficacia reale del pegno rotativo*. La Suprema Corte non si è più distaccata da questo orientamento, come dimostra da ultimo Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796, in *Pluris*. Preme sottolineare in questa sede come la soluzione adottata dai Giudici di legittimità sia perfettamente coincidente con quella già individuata, a suo tempo, da GABRIELLI nella sua opera *Il pegno 'anomalo'*, cit., p. 187: «sul piano teorico nulla esclude che nella predisposizione del regolamento negoziale sia possibile, mediante apposita disciplina, indicare i beni o i titoli sui quali il pegno originariamente costituito potrà estendersi o trasferirsi, prevedendo – proprio in virtù del carattere programmatico e della struttura dell'operazione – le varie fasi mediante le quali l'operazione si modulerà e dispiegherà articolandosi nel tempo, nonché le *res* (bene, valore o diritto) sulle quali la garanzia verrà – o potrà venire – ad insistere; creando, in tal modo, una sorta di 'garanzia rotativa'. Al riguardo, unitamente alle possibili tecniche di predisposizione del contenuto dell'atto, potrà inserirsi nel regolamento, quale sua parte integrante, uno specifico patto di rotatività dei titoli dati in garanzia».

¹⁸ GABRIELLI, *Pegno 'non possessorio' e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 249, osserva come il legislatore, nel corso degli anni, ha unicamente fatto ricorso alla disciplina relativa ai privilegi, erodendo il principio della *par condicio creditorum*.

¹⁹ Ci si riferisce alle discipline relative al pegno senza spossessamento su merci in lavorazione; p.e.: sui prosciutti, con l. 24 luglio 1985, n. 401; e sui prodotti lattiero-caseari, con l. 27 marzo 2001 n. 122, e al pegno su strumenti immessi in gestione accentrata e sugli strumenti dematerializzati, attraverso la previsione di un sistema scritturale di cui ai d.lgs. n. 170/2004 e 48/2011 e all'art. 46 T.U.B.

²⁰ Tra i numerosi studi si vedano: G. COSTANTINO, A. JANNARELLI, *Legge 24 luglio 1985 n. 401: norme sulla costituzione del pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1986, p. 545 ss.; A. GUARNIERI, *Il pegno si adatta ai prosciutti*, in *Corr. Giur.*, 1985, p. 903 ss.; A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, in *Tratt. dir. priv.* Scialoja e Branca, Torino 2018, p. 122 ss.; DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., p. 95 ss.; in generale sul tema F. ZECCHIN, *La tutela del produttore agroalimentare fra tentativi di riequilibrio del potere contrattuale e misure di sostegno*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 1407 ss.; M. RENNA, *Il pegno rotativo sui prodotti Dop e Igp*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2021, p. 735 ss.; S. LANDINI, N. LUCIFERO (a cura di), *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura*, Torino 2023.

dei privati costretti a ricorrere a raffinate tecniche negoziali per perseguire un'efficienza di sistema, mediante la creazione di forme di garanzie atipiche²¹.

Si è così assistito alla progressiva demolizione dell'impianto dello schema-tipo del pegno tramandatoci dalla tradizione romana e francese²².

Si è, dapprima, proceduto a (1) superare i dubbi in merito alla validità delle formalità pubblicitarie con le quali era stato sostituito lo spossessamento nelle varie forme 'anomale' di pegno, in seguito (2) si è assistito, nell'ambito del processo di diffusione della rotatività dei beni nei contratti delle imprese, ad annullare l'effetto novativo della sostituzione dei beni e (3) si è ammessa la surrogazione reale. Quindi, (4) si è legittimato il creditore a vendere o locare il bene oppignorato per poi giustificarne definitivamente l'appropriazione, (5) così codificando il patto marciano e introducendo limiti al divieto del patto commissorio.

In questo processo evolutivo si è cercato di arginare la crisi e l'insolvenza delle imprese attraverso nuove garanzie più 'agili', capaci di guardare oltre i confini del codice civile, tenendo comunque ben saldi la determinatezza e la determinabilità dell'oggetto.

Lo stesso *favor* legislativo, gradualmente emerso nei confronti del finanziatore, che è andato prima affiorando e poi affermandosi nella fase escussoria, ha rappresentato l'ovvia risposta al fatto che la cancellazione dello spossessamento abbia alimentato il pericolo che il debitore non collabori nelle procedure di escussione. Rispondendo, altresì, alla necessità di tutelare proprio quel creditore che, non avendo più la custodia del bene, assume il rischio di non veder realizzata spontaneamente la sua garanzia o di dover assecondare procedure di escussione macchinose e troppo gravose, che finiscono con lo svilire il significato della sua pretesa, traducendosi così in ostacoli e remore alla concessione di quel credito che i legislatori hanno tentato di agevolare.

²¹ Le diverse tesi, che si sono susseguite, nel corso dei decenni (per almeno un secolo), al punto da contraddirsi l'un l'altra, fanno capo a: BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzie e di modificazioni di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 689 ss.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. e civ.*, 1950, p. 316 ss.; A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 1987; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli 1971, p. 263 ss.

²² Per approfondimenti si veda M. TOMMASINI, *La garanzia mobiliare nel sistema che cambia: il pegno come impegno contrattuale*, Napoli 2019.

4. *Il contemperamento tra tutela del credito e circolazione della ricchezza*

Nell'economia del XXI secolo è divenuto fondamentale garantire un giusto contemperamento tra tutela del credito e circolazione della ricchezza. In generale, sempre più avvertite, diffuse e pressanti sono le istanze di ammodernamento normativo degli istituti civilistici che provengono dall'economia moderna, sottoposta ad una inarrestabile evoluzione secondo le mutevoli esigenze sociali²³.

Nel nuovo contesto il sistema delle garanzie non risulta più capace di rispondere a questa esigenza di una maggiore elasticità delle figure negoziali, *in primis* delle garanzie personali e reali strettamente correlate alle forme di finanziamento delle imprese e non; riservando maggiore attenzione all'attuazione del rapporto obbligatorio e ai meccanismi di recupero del credito.

Per molti aspetti è stata la prassi bancaria a farsi carico della elaborazione di forme di garanzia, sempre più distaccate dal modello giuridico classico, spinta dalla difficoltà di finanziare la clientela e di costituire, allo stesso tempo, forme celeri ed efficienti di tutela creditizia sul patrimonio del debitore (in caso di inadempimento).

Deviano dal modello ordinario di pegno consacrato dal codice civile, le fattispecie di: (1) pegno irregolare, (2) pegno rotativo, (3) pegno di cosa futura, (4) pegno di valore, (5) pegno senza spossessamento.

Già da tale elencazione emerge chiaramente come la materia delle garanzie reali mobiliari sia stata profondamente innovata dalla creatività dei giuristi, ma anche dagli istituti bancari e dagli operatori del settore.

Il diritto degli affari, da tempo, segnala la necessità di conciliare il formalismo delle garanzie reali, in specie del pegno, con le esigenze emergenti dalla prassi commerciale, al fine di reperire finanziamenti a condizioni più favorevoli, facilitando la rapidità degli scambi, senza ledere i parimenti rilevanti bisogni di tutela dal rischio dei creditori.

L'esigenza di assicurare un flusso continuo di finanziamento alle imprese comporta la necessità di concedere in garanzia non soltanto il capitale fisso, ma anche parte di quello circolante (materie prime, prodotti finiti, crediti concessi agli acquirenti dei medesimi prodotti), senza privarsi, tuttavia, della sua materiale disponibilità.

Lo spossessamento dei beni oggetto di garanzia (nel pegno tradizionale), talora, ha privato l'impresa debitrice proprio degli strumenti utili alla sua capacità di lavoro e di guadagno, determinando effetti negativi per lo stesso creditore e concorrendo a diminuire le potenzialità dell'adempimento

²³ BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali*, cit., p. 242 ss.; p. 458 ss.

dell'impresa debitrice; da qui l'esigenza di individuare procedure e tecniche diverse dallo spossessamento²⁴.

In tale contesto, la maggiore sensibilizzazione ai bisogni del mercato e la dichiarata finalità di incentivare il finanziamento delle imprese richiedono anche nuove modalità di recupero del credito.

In ragione di quanto esposto, particolare attenzione merita il pegno mobiliare non possessorio introdotto dal D.L. n. 59/2016 convertito in L. n. 119/2016.

5. *Il pegno mobiliare non possessorio ex art. 1, D.L. 59/2016*

La finalità della riforma D.L. 59/2016 è quella di favorire l'accesso al credito da parte delle imprese e nel contempo di tutelare il creditore.

L'art. 1 prescrive che l'atto scritto di costituzione della garanzia debba contenere l'esatta descrizione dei beni e dei crediti vincolati; dei soggetti dell'operazione (banca, debitore, eventuale terzo datore); dell'ammontare e delle condizioni del finanziamento nonché dell'indicazione della somma di denaro per cui il privilegio viene assunto.

Nel caso del pegno senza spossessamento il contratto assume forma scritta a pena di nullità (*ad validitatem*) e il pegno diviene opponibile a terzi e nelle procedure esecutive e concorsuali, con l'iscrizione nell'apposito registro informatizzato «dei pegni non possessori» con durata di dieci anni, rinnovabile.

I crediti che possono beneficiare di tale garanzia devono essere caratterizzati da una connotazione non solo soggettiva (il debitore deve essere un imprenditore iscritto nel registro delle imprese), ma anche oggettiva (genetica o funzionale), dovendo essere afferenti all'esercizio dell'attività d'impresa.

Se la caratteristica del pegno rotativo consiste nella clausola di rotatività, con la quale le parti convengono sulla possibilità di sostituire il bene originariamente costituito in garanzia, senza che tale mutazione comporti novazione del rapporto e sempre che il bene offerto abbia identico valore²⁵; dalla definizione normativa del D.L. 59/2016 si evince che il pegno

²⁴ Si segnalano gli studi di: GABRIELLI, *Il pegno 'anomalo'*, cit.; ID., *Sulle garanzie rotative*, Napoli 1998; ID., *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino 2005; ID., *Rotatività della garanzia*, in *Dig. it.*, Torino 2011; ID., *Studi sulle garanzie reali*, Torino 2015. Cfr. anche GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, in *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. GALGANO, I, Torino 1994, p. 853 ss.

²⁵ Per tutti GABRIELLI, *Il pegno 'anomalo'*, cit., p. 181 ss.

mobiliare non possessorio non solo prescinde dallo spossessamento del debitore concedente o del terzo datore, ma è anche naturalmente rotativo, ove non diversamente disposto nel contratto.

Nel pegno non possessorio il bene o il credito dato in garanzia, purché ‘identificato’, può essere: determinato o determinabile, presente o futuro, materiale o immateriale²⁶.

Al datore della garanzia viene *ex lege* riconosciuta la facoltà di trasformare, alienare o comunque disporre di quanto oppignorato nel rispetto della sua destinazione economica. Difatti, il pegno non possessorio può essere escusso dal creditore a mezzo di specifiche modalità di autotutela esecutiva che consentono al creditore di vendere, locare o appropriarsi del bene oggetto di garanzia nonché di cedere o riscuotere il credito oppignorato. Ciò a condizione che il valore dell’oggetto della garanzia e l’obbligazione garantita risulti adeguatamente determinato.

Il creditore ha il diritto di trattenere il corrispettivo (l’importo) riscosso e, altresì, ha l’obbligo di restituirne l’eventuale eccedenza al debitore o al terzo datore di pegno.

L’insieme di queste caratteristiche e la variabilità delle possibili combinazioni tra loro configurano la fattispecie di pegno non possessorio introdotto nel 2016 come un modello elastico di garanzia mobiliare, innovativa per il nostro ordinamento, differente dal modello codicistico e dalle altre speciali figure di pegno senza spossessamento²⁷.

Il pegno mobiliare non possessorio di cui alla L. 119/2016 può diversamente declinarsi a seconda degli interessi ed esigenze delle parti, meglio di quanto lo siano state le figure introdotte nel corso degli anni dal legislatore italiano ed elaborate con il contributo di dottrina e giurisprudenza²⁸.

²⁶ BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali*, cit., p. 279 ss.

²⁷ Resta sottratta la disciplina dei contratti di garanzia finanziaria, che non concernono beni coinvolti nei processi produttivi. Cfr. M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, Milano 2004, p. 172 ss.; p. 235. Cfr. N. DE LUCA, *‘Res quae tangi non possunt’ (a proposito di dematerializzazione, pegno e individuazione del ‘bene’)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, p. 319 ss.

²⁸ Si segnala che con la lett. ‘c’ dell’art. 11, legge delega 29 settembre 2017, n. 155, il Parlamento aveva delegato il Governo ad intervenire, tra l’altro, anche nella materia del pegno senza spossessamento, ma questo tentativo andò a vuoto, non avendo la nuova disciplina ‘trovato spazio’ nel «Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza» (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), in virtù della scelta del legislatore delegato di non dare attuazione alla legge delega. L’art. 11 della legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante la «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza», aveva previsto che: «per la disciplina del sistema delle garanzie reali mobiliari, il Governo si

6. Il pegno non possessorio sui beni immateriali: diritti IP e big data

Il pegno non possessorio di cui alla L. 119/2016 presenta molteplici spunti di riflessione, specialmente nella prospettiva delle garanzie sull'*Intellectual Property Rights* (IPR; di seguito per semplicità 'diritti IP') e su tutti quei beni immateriali che rappresentano il capitale intellettuale d'impresa²⁹.

Nell'attuale contesto socio-economico, infatti, il patrimonio è spesso costituito da beni 'invisibili': le c.d. *new properties*, il cui legame proprietario è attestato da annotazioni alle quali è altresì affidata la loro circolazione o assoggettamento a vincoli di garanzia.

L'affermarsi della categoria dei 'nuovi beni' rappresenta la manifestazione sul piano giuridico dello sviluppo della tecnica e del mutamento dei modelli economici e culturali³⁰.

Il modello tradizionale dell'appartenenza proprietaria assume una valenza nuova in relazione alla fluidità del patrimonio nella presente era dell'innovazione tecnologica ed è in considerazione delle diverse logiche attributive che si schiudono nuovi scenari nel rapporto tra impresa e mercato del credito.

Tali *new properties* rilevano quali componenti dell'attivo patrimoniale, in sede di valutazione della condizione economico-finanziaria del soggetto che aspira ad accedere al credito, nel quadro di un'attività di *rating* intesa a definirne la solvibilità. Da qui l'esigenza di individuare gli strumenti tramite i quali attribuire alle garanzie su di esse livelli di sicurezza paragonabili a quelli conseguibili attraverso i tradizionali strumenti di garanzia sulle *res corporales*.

I diritti di proprietà intellettuale e i crediti che ne derivano, infatti, possono costituire specifico oggetto di diritti di garanzia (IP *Securitization*) e persino essere incorporati in titoli negoziabili (il cui valore è dato anche

attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) regolamentare una forma di garanzia mobiliare senza spossessamento, avente ad oggetto beni, materiali o immateriali, anche futuri, determinati o determinabili, fatta salva la specifica indicazione dell'ammontare massimo garantito, eventualmente utilizzabile anche a garanzia di crediti diversi o ulteriori rispetto a quelli originariamente individuati, disciplinandone i requisiti, ivi compresa la necessità della forma scritta, e le modalità di costituzione, anche mediante iscrizione in apposito registro informatizzato, nonché le regole di opponibilità ai terzi e il concorso con gli altri creditori muniti di cause di prelazione».

²⁹ BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali*, cit., p. 293 ss.; p. 379 ss.

³⁰ BATTELLI, *Epistemologia dei beni immateriali: inquadramento sistematico e spunti critici*, in *Giust. Civ.*, 2022, p. 49 ss.

dal flusso dei pagamenti derivanti dall'utilizzazione dei diritti di proprietà intellettuale) nell'ambito di operazioni di finanza strutturata (per es. di cartolarizzazione), quale vera e propria 'leva finanziaria' dell'impresa.

La crescente rilevanza dei beni immateriali, ampiamente intesi, nella composizione del patrimonio delle imprese, richiede una più attenta riflessione sull'idoneità di tali forme di ricchezza nella prospettiva dell'accesso ai canali di finanziamento (bancari), nell'interesse di tutti i soggetti debitori e creditori, ma in definitiva anche del mercato (e quindi pure degli investitori).

L'attenzione deve vertere, quindi, sulla possibilità di applicare i tradizionali strumenti di garanzie reali del codice civile, concepiti come inerenti alle *res* corporali, anche a beni intangibili e immateriali: i c.d. 'nuovi beni' e non solo i diritti IP; tanto più che già da tempo si assiste ad un processo di 'patrimonializzazione dell'immateriale'. Basti pensare alle forme di trasferimento tecnologico, assai note nella prassi commerciale, e fra esse i contratti di licenza e gli strumenti negoziali aventi ad oggetto i c.d. 'diritti connessi', che riguardano una categoria di beni più ampia e diversa da quella dei tradizionali diritti IP di cui all'art. 1 del Codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30).

Se la configurazione di garanzie reali aventi ad oggetto diritti IP trova un'esplicita legittimazione nelle disposizioni del Codice delle proprietà intellettuale (c.p.i.), che prevedono la possibilità di costituire garanzie reali sui diritti di privativa industriale titolati, ossia su marchi e brevetti per invenzioni (artt. 138, 140), la riflessione deve essere di più ampia portata.

D'altronde, già ai sensi dell'art. 46 Testo Unico Bancario (c.d. T.U.B.), è in linea di principio configurabile l'ipotesi della costituzione di un privilegio speciale sui diritti di proprietà intellettuale, a garanzia dei finanziamenti bancari alle imprese a medio e lungo termine³¹.

Altresì, risulta acquisito che la stessa informazione ha assunto una importanza economica significativa in quanto, ormai, anche i dati digitali rappresentano un vero e proprio *asset* d'impresa.

La moderna '*data-driven economy*' si fonda, difatti, sulla raccolta di dati che sono idonei a produrre valore e manifestano potenzialità

³¹ Il privilegio può insistere su impianti od opere esistenti o future, materie prime, prodotti finiti e in corso di lavorazione, beni comunque acquistati con il finanziamento concesso, nonché sui crediti derivanti dalla vendita di quelli su cui è costituito il privilegio. Tale normazione rappresenta un importante correttivo al fenomeno del particolarismo legislativo dei privilegi che ha caratterizzato il sistema previgente all'entrata in vigore del T.U.B. Cfr. G.M.G. PRESTI, *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine in favore delle imprese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, I, pp. 594-560.

applicative sinora non prevedibili, transcendendo il profilo meramente statico dell'«appartenenza proprietaria», esaltando l'interesse all'«utilità», che può ricavarsi in relazione ai possibili risultati applicativi derivanti dalla loro circolazione. Ebbene, la consapevolezza di nuove e diverse potenzialità di godimento di tali entità immateriali ha indotto il legislatore europeo a costruire un nuovo diritto alla loro trasferibilità (portabilità dei dati) teso a valorizzarne la vocazione commerciale «consentendo tra l'altro il riconoscimento, in favore dei titolari³², del valore/utilità a essi connesso»³³; riconoscendo, così, una 'valorizzazione' economica dei *big data* strettamente collegata alla loro potenziale fruibilità³⁴.

Vi è, quindi, la necessità di elaborare nuovi modelli contrattuali aventi ad oggetto opere digitali ed entità immateriali che non possono non riguardare anche la disciplina dei rapporti di garanzia, non riconducibili alla proprietà intellettuale, almeno nell'accezione tradizionale³⁵.

Anche per questo si avverte l'esigenza di un diritto delle garanzie mobiliari che debba tenere in debito conto tecniche che, rispetto al modello codicistico del pegno, legato a un'economia pre-industriale³⁶, prescindano dal momento costitutivo dello spossessamento³⁷, lasciando nella

³² L.C. UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, Milano 2003, p. 137, evidenzia che il diritto del titolare a subordinare il trattamento dei dati personali al proprio consenso evidenzia una struttura proprietaria in senso civilisticamente atecnico: si tratta infatti di uno *ius excludendi alios* dalla utilizzazione. In tal senso A. OTTOLIA, *Big data e innovazione computazionale*, Torino 2017, p. 116.

³³ Sia consentito il rinvio a E. BATTELLI, G. D'IPPOLITO, *Il diritto alla portabilità dei dati personali*, in *Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. Tosi, Milano 2019, pp. 185-227; ivi ampi riferimenti bibliografici.

³⁴ L. NIVARRA, *La proprietà intellettuale tra mercato e non mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 531; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e 'numerus clausus' dei diritti esclusivi*, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di Resta, Torino 2011, p. 30.

³⁵ Cfr. G. DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI, *Dalle 'res' alle New Properties*, Milano 1991, p. 13 ss.; L.C. UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di Ubertazzi, in *Tratt. dir. priv. dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e A. Benacchio, Torino 2011, p. 2 ss. e, fra gli studi più recenti, F. MEZZANOTTE, *Garanzie del credito e proprietà industriale: riflessioni sulla 'collateralization' delle licenze esclusive*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1168 ss.

³⁶ PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., p. 21 ss.

³⁷ Nella prospettiva secondo la quale lo spossessamento tutela non soltanto i terzi, che altrimenti riterrebbero di potersi soddisfare sui beni rimasti nella disponibilità del debitore, ma anche lo stesso creditore pignoratizio: R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, I, Torino 1985, p. 613 ss.; NATOLI, *I contratti. Appunti delle lezioni*, Milano 1975, p. 65 ss. Per l'equivalenza della sottrazione materiale del bene al debitore ad una forma di pubblicità costitutiva si vedano: G.P. CHIRONI, *Trattato dei*

disponibilità dell'impresa il godimento dei beni strumentali all'esercizio dell'attività economica destinataria del finanziamento³⁸.

7. *Lo spossessamento quale elemento eventuale e non indispensabile della fattispecie pignorizia*

Presupposto dell'impianto teorico proposto è che lo spossessamento non è più da considerare elemento indispensabile alla regolare costituzione della garanzia pignorizia, purché venga in concreto ottenuto il medesimo risultato di pubblicità sull'esistenza del vincolo³⁹.

Rileva Pietro Rescigno⁴⁰ come proprio la necessità dello spossessamento abbia limitato l'utilizzazione pratica dell'istituto del pegno, e ciò almeno in tutti quei casi nei quali allo stesso creditore convenga assicurare al debitore la libertà di disporre del bene oppure nell'ambito di un particolare ciclo di lavorazione industriale⁴¹.

La sostituzione è possibile, ma a condizione che avvenga nei limiti di valore dei beni originariamente dati in pegno. La parità di valore non richiede l'esatta equivalenza tra i beni sostituiti e quelli originari, ma presuppone che il loro valore non attui una diminuzione del patrimonio del debitore destinato a garantire i creditori chirografari⁴².

privilegi, delle ipoteche e del pegno, I, Torino 1894 (1917²), p. 560 ss. A tale impostazione aderisce la giurisprudenza: Cass., 18 giugno 1987, n. 5353, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 587 ss.; Trib. Roma, 18 luglio 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, c. 181 ss.; Cass., 25 gennaio 1993, n. 851, *ivi*, 1993, I, c. 1438 ss (ma già prima si veda Cass., 16 maggio 1956, n. 1655, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1524 ss.). Diversamente sul punto: PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIV, 1, Milano 1957, p. 277 ss.

³⁸ GABRIELLI, *Pegno 'non possessorio' e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 241 ss.

³⁹ Per un approfondimento della funzione pubblicitaria dello spossessamento: M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli 2003, p. 187 ss.

⁴⁰ RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*⁹, Napoli 1990, specialmente p. 668.

⁴¹ Cfr. legge 19 giugno 1986, n. 289, ripresa dal d.m. 27 maggio 1993 così come modificato dal d.m. 5 gennaio 1995 quanto al pegno dei titoli di Stato in gestione centralizzata presso la Banca d'Italia. In dottrina, peraltro, affiora a volte insoddisfazione circa il metodo seguito per tali interventi legislativi; cfr. GATTI, *Il credito su pegno*, cit., p. 177, ove è indicato il rischio della potenziale creazione di microsistemi normativi privilegiati a vantaggio esclusivo di determinate categorie di soggetti.

⁴² Per approfondimenti v.: G. CARRIERO, *Monte titoli S.p.A.: le ragioni di un intervento legislativo*, in *Foro it.*, V, 1986, p. 259 ss.; A. LIUZZI, *Dematerializzazione dei titoli e garanzie senza spossessamento nel sistema della Monte Titoli SPA*, in *Riv. crit. dir. priv.*, I,

Il superamento dello spossessamento rappresenta il presupposto necessario per estendere la disciplina del pegno anche ai beni immateriali⁴³.

Allorché viene a mancare la presenza del connotato della materialità – come avviene in relazione ai beni ‘immateriali’ pignorati – non può prescindersi dal problema della stessa realizzabilità del vincolo pignoratizio⁴⁴.

La concezione della realtà, propria della tradizionale garanzia pignoratizia, come potere diretto sulla cosa da parte del titolare del diritto di pegno, viene così messa in crisi per l'assenza di una materiale consegna delle cose pignorate e la sua sostituzione con modelli di gestione e di controllo.

La disciplina del pegno mobiliare non possessorio, introdotta con d.l. 59/2016 offre, nel merito dei problemi posti, l'opportunità di riflettere:

- da un lato, sul superamento dello schema della costituzione del pegno mediante lo spossessamento, sostituendo quest'ultimo requisito con quello dell'iscrizione in un registro pubblico del contratto mediante il quale tale nuovo strumento di garanzia viene in essere;
- dall'altro, sulla categoria dei beni immateriali quali beni assoggettabili ad una rinnovata disciplina del credito pignoratizio⁴⁵.

Tuttavia⁴⁶, la possibilità di declinare il pegno senza spossessamento a misura dei nuovi beni, così rilevanti per la moderna economia, è ancor in attesa di trovare adeguata collocazione sistematica⁴⁷.

1992, p. 53 ss.

⁴³ Lo stesso diritto positivo, del resto, dimostra come il legislatore abbia recepito le indicate esigenze: è il caso del pegno dei titoli di Stato in gestione centralizzata presso la Banca d'Italia, ove la modalità di costituzione in pegno di valori mobiliari immessi nel sistema di gestione accentrata della Monte Titoli s.p.a. viene fissata nell'annotazione ed iscrizione in appositi registri, in ragione dell'impossibilità di realizzare l'effettivo spossessamento. Cfr. G.U. TEDESCHI, *Titoli di credito*, in *Dig. disc. priv. Sez. Comm.*, XV, Torino 1998, p. 487.

⁴⁴ Per questo è centrale la possibilità di configurare il pegno alla luce delle conseguite innovazioni legislative circa le modalità per assolvere alla esigenza di pubblicità del vincolo senza realizzare lo spossessamento del debitore o del terzo che costituisce la garanzia. Cfr. C. VENDITTI, *Denaro e titoli come strumento di garanzia*, Napoli 1999, p. 11, la cui proposta di indagine appare di grande attualità.

⁴⁵ DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., p. 59.

⁴⁶ Art. 1 lett. o) «Garanzie» del Disegno di Legge Delega al Governo per la «revisione del codice civile» (Atto Senato n. 1151). Cfr. F. MACARIO, *Appunti per un progetto di riforma delle garanzie del credito*, in *Questione giustizia*, maggio 2018.

⁴⁷ Sul punto, è opportuno rilevare che la legge-delega n. 155/2017 (art 11, lettera c) ha fissato quale principio direttivo «che, salvo diverso accordo delle parti, il soggetto costituente la garanzia abbia la facoltà di utilizzare, nel rispetto dei principi di buona fede e di correttezza e in ogni caso nel rispetto della destinazione economica, i beni

Aspetto qualificante nell'evoluzione dell'istituto è la previsione della rotatività del bene (o dei beni) oggetto di garanzia, rimodulando il rapporto tra 'privilegi speciali'⁴⁸ di fonte legale e garanzie convenzionali.

È il momento di una effettiva svolta nel rapporto tra autonomia privata e tutela coattiva del credito⁴⁹: con il passaggio da un'autotutela 'a connotazione negativa', quale retaggio dell'antico divieto di farsi giustizia da sé⁵⁰, all' 'autotutela consensuale autorizzata dalla legge'⁵¹ come introdotta in materia di pegno non possessorio⁵².

Preme sottolineare l'adesione alla concezione secondo cui le parti contraenti possono realizzare la funzione di garanzia, nell'ambito di un'operazione giuridico-economica unitaria⁵³, pure con variazione

oggetto di garanzia, anche nell'esercizio della propria attività economica, estendendo in tale caso la prelazione dai beni originari a quelli che risulteranno all'esito degli atti di disposizione, senza effetto novativo per la garanzia originariamente concessa, fatta salva la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso del costituente». A differenza della formulazione originaria del d.l. 59/2016, nella legge delega non vi è riferimento esclusivo agli «atti di alienazione», bensì «a tutti gli atti di disposizione». Peraltro, non mancano dubbi di una possibile antinomia applicativa dovuta alla somiglianza con l'istituto del privilegio generale, che si ritiene possano comunque venir meno con la riforma dei privilegi di cui all'art. 10 della legge-delega n. 155 del 2017, rinnovata con legge-delega n. 20 del 2019, il cui obiettivo, poi non raggiunto per mancata attuazione della delega stessa, era espressamente quello di «ridurre le ipotesi di privilegio generale e speciale, con particolare riguardo ai privilegi retentivi, eliminando quelle non più attuali rispetto al tempo in cui sono state introdotte».

⁴⁸ Con particolare attenzione alla proliferazione di leggi dirette ad incrementare la concessione del credito in diversi settori industriali, che prevedono privilegi a favore dei finanziatori, diretti a soddisfare interessi corporativi ed in antitesi con il principio di uguaglianza tra i creditori sancito dalla tradizione codicistica, si veda per tutti: D. DI SABATO, *I privilegi*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli 2008, specialmente p. 230 ss.; cfr. pure G. PRESTI, *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine in favore delle imprese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, p. 597 ss.

⁴⁹ BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali*, cit., p. 385 ss.

⁵⁰ Sulle forme di autotutela già presenti nella nostra disciplina codicistica v. *amplius* C.M. BIANCA, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 527 ss.

⁵¹ Cfr. S. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano 1957, p. 56, per il quale l'autotutela esecutiva in quanto tutela di un proprio interesse sarebbe espressione dell'autonomia privata.

⁵² Il riferimento è al comma 7 dell'art. 1, al quale in sede di conversione del decreto si sono aggiunti i commi 7 *bis*, 7 *ter* e 7 *quater*, allo scopo di regolamentare le modalità di realizzo della garanzia ed il concorso con eventuali altre procedure esecutive.

⁵³ Sul concetto di operazione economica e sul nesso tra questa e il contratto, cfr. A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino 1992, p. 57. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969, p. 222, ritiene che sussiste differenza

dell'oggetto del vincolo pignoratizio, ritenendo i relativi atti di sostituzione e integrazione del bene in pegno non soggetti all'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall.

La prospettiva cui invita a guardare la presente riflessione è, allora, da un lato, quella di attuare correttamente la moderna funzione di garanzia pignoratizia attraverso tecniche contrattuali diverse o alternative allo spossessamento, che assicurino comunque la tutela del credito sul bene oggetto della garanzia⁵⁴; dall'altro, quella di accogliere all'interno di una struttura e disciplina del tipo legale le fattispecie c.d. 'anomale' presenti nell'ordinamento italiano, nate quale risposta all'«inattualità dell'impostazione codicistica» rispetto alle esigenze tanto delle imprese quanto dei soggetti datori di credito, volte ad utilizzare tecniche diverse dallo spossessamento (e cioè nuove forme di pubblicità del vincolo) per conseguire la massima valorizzazione dei beni oggetto di garanzia quando essi siano beni immateriali⁵⁵, nell'ambito di un impianto teorico unitario⁵⁶.

tra i due concetti: l'operazione economica non trova lo strumento esclusivo della sua espressione nel contratto, perché questo può non prevedere l'affare nella sua totalità.

⁵⁴ Cfr. GABRIELLI, *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, p. 152 ss.

⁵⁵ D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 788.

⁵⁶ Il richiamo è alla tesi di T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano 1955, p. 35 ss., su cui le fondamentali riflessioni di M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, 2004-2005, Milano 2006, p. 87 ss.; ma si veda anche M. BARELA *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore nel pensiero di Tullio Ascarelli: prospettive e sviluppi*, Milano 2002.

Munito di profonda sensibilità giuridica, T. Ascarelli elaborò, nei suoi studi, tra l'altro, «una originale concezione di bene immateriale come concetto ordinatore». Ciò è possibile coglierlo, innanzitutto, in ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, Milano 1960³ (opera consultata in quest'ultima edizione ma della quale si segnalano anche la prima edizione del 1956 e la seconda del 1957).

8. La funzione della realtà del pegno nel quadro frantumato delle garanzie del credito

In altra prospettiva, la realtà del pegno è stata individuata nel diritto del suo titolare di trarre dal bene impegnato un certo valore corrispondente al credito garantito⁵⁷. A questa ricostruzione si è riconosciuto il merito di avere efficacemente evidenziato l'aspetto economico e la funzione del pegno⁵⁸.

Sotto il profilo sistematico, si è invece opposto che «il *valore* di una cosa non può costituire affatto oggetto (...) di alienazione, posto che esso non è già un *bene*, ma la valutazione economica di un bene»⁵⁹.

L'attuale frantumazione del quadro delle garanzie induce, pertanto, a mettere al centro dell'indagine non la natura del diritto ma la sua funzione⁶⁰ di garanzia patrimoniale⁶¹.

⁵⁷ Per G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Torino 1894 (1917²), p. 43 ss., specialmente p. 56 ss., il diritto reale di garanzia «ha per oggetto diretto ed immediato il *valore*, che per la quantità è determinato dalla obbligazione garantita [...]. Oggetto del rapporto pare la cosa stessa, e invece è il suo stato di soggezione, come avviene nella servitù, dove la cosa è oggetto del rapporto in quanto produce quella utilità, onde avviene il godimento che dà il vero contenuto del rapporto reale». La teoria del pegno come diritto al valore ha avuto eco nella giurisprudenza, come dimostra Cass., 17 maggio 1962, n. 1110, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1869 ss., secondo la quale in forza del pegno «una parte del valore della cosa, corrispondente all'ammontare del credito, esce virtualmente dalla sfera patrimoniale del costituente ed entra in quella del creditore».

⁵⁸ RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 183.

⁵⁹ M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano 1940, p. 154. Nello stesso senso MONTEL, *Sulla natura giuridica del pegno*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 235 ss.; Cfr. C. MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milano 1938, p. 116, per il quale «'Oggetto' del diritto reale di garanzia non è né il valore aggiunto né la cosa; ma un particolare rapporto del creditore con la cosa vincolata: rapporto di sicurezza [...]. Quindi, [...] diremo che il creditore ha una sicurezza commisurata sul valore di una determinata somma di denaro». In generale sul problema del 'valore' come bene e sul processo di creazione di nuovi beni in senso giuridico v. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano 1970, p. 207 ss.

⁶⁰ Per ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano 1952, *Prefazione*: «la disciplina giuridica [...] dovrà essere studiata non solo nella sua struttura, ma anche nella sua funzione, essendo pertanto rilevante l'eventuale fungibilità funzionale di istituti strutturalmente diversi».

⁶¹ E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, XIX, I, Torino 1985, p. 365 ss. lamenta un uso dei termini 'responsabilità' e 'garanzia' non rigoroso e non univoco. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1967 (rist.), p. 42 in proposito evidenzia la «povertà di linguaggio» del nostro diritto. La 'responsabilità patrimoniale' è tradizionalmente identificata (R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale*, in NICOLÒ, ANDRIOLI, GORLA, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 1 ss.), con il fenomeno

Il pegno ha «la virtù di rendere possibile al titolare il soddisfacimento del suo interesse, qualunque sia l'essenza dei rapporti di fatto o giuridici che involgeranno la cosa»⁶², e, dal punto di vista processuale, l'altro tratto che gli è proprio è rappresentato dall'immediatezza dei poteri sulla cosa che consente al creditore di esercitare lo *ius distrahendi adversus omnes*, cioè di fare espropriare la cosa anche se nel frattempo sia stata trasferita ad altri.

Peculiarità, sancita espressamente dall'art. 2799 c.c., è anche l'indivisibilità, nel senso cioè che il pegno garantisce l'intero credito finché non sia estinto il debito, sebbene lo stesso debito o il bene dato in pegno sia divisibile, e nel senso che esso inerisca al bene in ogni sua parte. Dall'indivisibilità del pegno consegue che anche accessori e miglioramenti della *res*⁶³ sono posti a garanzia dell'intero credito. Inoltre, quando il credito eccede la somma di € 2,58, ai fini della prelazione è necessario che il pegno risulti da scrittura avente data certa e che rechi una sufficiente indicazione del credito garantito e della cosa data in pegno. Per il pegno di un credito occorrono sia l'atto scritto senza la limitazione dell'ammontare del credito garantito, sia la notifica della costituzione al debitore o la sua accettazione con un atto avente data certa.

della destinazione dei beni del debitore alla soddisfazione dell'interesse creditorio (attraverso l'assoggettamento ad esecuzione forzata). La 'garanzia patrimoniale' è invece identificata con «la astratta possibilità» della esecuzione coattiva che «grava sui beni ed imprime ad essi una particolare disciplina», in virtù della quale al creditore è consentito di assumere iniziative finalizzate «ad accrescere il patrimonio del debitore, o [...] a conservare i beni del debitore a quella destinazione». In questo senso la garanzia è così descritta come «il lato attivo della responsabilità patrimoniale» e comunemente indicata come garanzia generica per distinguerla dalla garanzia c.d. specifica, offerta ai creditori dalle cause legittime di prelazione. Cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*², Torino 1995, p. 59, il quale considera la garanzia patrimoniale «l'aspetto naturale e prodromico» della responsabilità patrimoniale». Per BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, p. 234, il diritto del creditore di soddisfarsi sul patrimonio del suo debitore «nasce già virtualmente al momento del sorgere dell'obbligazione come contenuto di una situazione di garanzia che si concreta, nel periodo di pendenza del credito, in un *controllo gestorio* per poi *trasformarsi*, nel momento successivo all'adempimento, in vero e proprio diritto di aggressione diretta sui singoli beni del debitore». Si veda altresì A. RAVAZZONI, *Garanzia (diritti reali di)*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, VIII, Torino 1991, p. 602 ss. e per la ricostruzione qui prospettata DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., p. 32 s. Per una rassegna delle diverse posizioni dottrinali: F. LAPERTOSA, *La responsabilità patrimoniale del debitore* (art. 2740 c.c.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 491 ss.

⁶² Per COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 69, la caratteristica fondamentale del diritto reale deve essere individuata proprio nella «stretta correlazione fra vicende della cosa e vicende del diritto».

⁶³ Nel caso però, di frutti consistenti in cose corporali, come ad es. il parto di animali, il creditore non può appropriarsene se non facendoli stimare.

Giova precisare che la forma scritta è richiesta solo perché abbia luogo la prelazione, non anche ai fini della validità del titolo costitutivo.

Il pegno, come l'ipoteca, quanto alla sua natura giuridica, è un diritto reale di garanzia e costituisce una causa legittima di prelazione, intendendo per quest'ultima locuzione la possibilità, assicurata dalla legge, che il creditore possa soddisfarsi a preferenza di altri sui beni del debitore⁶⁴.

Sia nell'ipotesi delle garanzie reali sia in quella delle garanzie personali, il rafforzamento della posizione creditoria avviene attraverso la costituzione di un distinto rapporto giuridico, il più delle volte avente fonte convenzionale, accessorio a quello obbligatorio dal quale deriva il debito⁶⁵.

La funzione di garanzia in senso tecnico non può considerarsi caratteristica di tutti gli strumenti che semplicemente concorrono alla soddisfazione del creditore, bensì soltanto di quelli che risultano idonei a rafforzare la sua aspettativa, aggiungendo nuove possibilità di realizzazione del credito a quelle connesse agli ordinari strumenti che l'ordinamento appresta in ragione del rapporto obbligatorio in quanto tale⁶⁶.

Per certo, non si può negare funzione di garanzia in senso tecnico a strumenti quali il pegno e l'ipoteca che destinano beni alla soddisfazione di un credito, o a strumenti che estendono la responsabilità patrimoniale e la garanzia generica per l'adempimento di un'obbligazione determinata ad altri soggetti, come avviene nelle garanzie personali⁶⁷.

Il creditore ha interesse non solo alla conservazione della garanzia nell'eventualità di avviare (in caso di inadempimento del debitore) una procedura ad esecuzione forzata, «ma anche in considerazione della

⁶⁴ Avverte il pericolo insito nella considerazione della garanzia «come qualcosa di vago ed ambiguo, evanescente ed impalpabile» GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 186; nello stesso senso G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli 1993, p. 58 ss. Cfr. altresì G. TUCCI, *Garanzia. III) Diritti di garanzia (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma 1988, p. 1 ss.

⁶⁵ Sul collegamento funzionale tra il contratto dal quale deriva l'obbligazione garantita e il contratto che dà vita alla garanzia si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 375, il quale vi ravvisa un'ipotesi di accessorialità o ausiliarità giuridica.

⁶⁶ A questa stregua, nell'orbita della garanzia potrebbero essere attratti istituti giuridici ai quali non di rado, nell'esperienza concreta, si fa ricorso nelle contrattazioni commerciali (il mandato *in rem propriam* all'incasso, la promessa di pagamento, la ricognizione di debito) in qualche modo ricollegabili alla logica (non certo alla funzione) della garanzia, in quanto più o meno idonei a determinare il rafforzamento della posizione creditoria (si veda GRISI, *Forme e modelli della garanzia*, cit., p. 183 ss.).

⁶⁷ Spunti preziosi nei recenti studi di G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano 2017.

ricaduta che questa possibilità ha sul suo interesse (ed in termini economici sul valore del credito) già nella fase fisiologica del rapporto»⁶⁸.

Il modello di disciplina del pegno così come configurato nel codice civile condivide con l'ipoteca la medesima funzione di tutela degli interessi del creditore sul bene offerto in garanzia dal debitore o dal terzo, al fine di consentire al creditore insoddisfatto di procedere alla vendita del bene o di chiederne l'assegnazione. In sostanza, il contratto di pegno attribuisce «al creditore la facoltà di espropriare» i beni oggetto di garanzia del credito «anche nei confronti del terzo acquirente» con facoltà di soddisfarsi su di essi «con preferenza rispetto agli altri creditori sul prezzo ricavato dalla sua espropriazione»⁶⁹. Il titolare del diritto di garanzia non potendo soddisfarsi direttamente sulla cosa necessita della cooperazione del debitore o, in via esecutiva, dell'autorità giudiziaria e degli organi dello Stato.

Nel pegno civilistico difetta proprio il requisito dell'immediatezza nella misura in cui, affinché si possa realizzare l'interesse creditorio, è necessario l'«instaurarsi di un procedimento di espropriazione e rivendita del bene»⁷⁰.

Ed è questo uno dei principali limiti sui quali è intervenuta proprio la L. 119/2016 sul pegno mobiliare 'non possessorio' (o come suol dirsi 'senza spossessamento'), aprendo significativi varchi all'autotutela esecutiva consensuale da parte del creditore garantito da pegno nei rapporti d'impresa. E non vi è dubbio come tali garanzie mobiliari non possessorie, in virtù di forme più snelle, siano in grado di incentivare la cessione dei crediti di impresa e gli investimenti in molti settori economici⁷¹.

La tendenza che si riscontra è quella a considerare i beni gravati alla

⁶⁸ Così DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., p. 44, per la quale «È così possibile cogliere con maggiore consapevolezza la funzione del pegno, individuandola nella sintesi dell'effetto di conservazione del vincolo (idoneo ad assicurare l'interesse del creditore al valore del credito garantito per tutta la durata dell'obbligazione) e dell'effetto di rafforzamento dell'azione esecutiva (idoneo, nell'eventualità dell'aprirsi della fase esecutiva, a far ottenere al creditore la soddisfazione del suo credito con prelazione nei confronti degli altri creditori ed anche se sul bene impegnato siano stati costituiti diritti di terzi)». L'A. mette in luce come «Il pegno realizza così nella fase fisiologica del rapporto obbligatorio il rafforzamento della situazione creditoria attraverso la conservazione del vincolo di destinazione sul bene idoneo a valorizzare l'interesse del creditore» (p. 45); l'efficacia della garanzia va pertanto valutata in considerazione della «sua idoneità ad incidere sul detto rischio, diminuendolo e per ciò rafforzando la situazione creditoria» (p. 48). Per tutti si veda: RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 184, per il quale il pegno è un fenomeno vivo e operante già prima che si arrivi all'esecuzione.

⁶⁹ REALMONTE, *Il pegno*, cit., p. 798.

⁷⁰ C. BUCCICO, *Misure cautelari a tutela del creditore erariale*, Torino 2013, p. 136 ss.

⁷¹ Sia consensito rinviare a BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali*, cit., p. 18 ss.

stregua di un insieme, come d'altronde ben percepibile nella prassi della *securitization* statunitense la quale consiste, semplificando, nella creazione di un patrimonio autonomo al fine di costituirlo in garanzia⁷².

9. *Il pegno non possessorio come garanzia dinamica: verso la configurazione di un 'pegno consensuale'*

Con l'introduzione della fattispecie di cui all'art.1 della L. 119/2016 può dirsi che la rotatività costituisce tratto naturale (ma derogabile) della fattispecie di pegno.

L'espressione 'garanzia' ha significato polisenso, in quanto riferibile ad una pluralità di fattispecie eterogenee⁷³. Le garanzie rinvergono la loro funzione primaria nel rafforzamento della posizione del creditore o sul piano soggettivo – perché si aggiunge il patrimonio di un altro soggetto sul quale soddisfarsi – o sul piano oggettivo, potendo il creditore beneficiare di un favor sulla *res* rispetto agli altri creditori.

In tale prospettiva, ogni garanzia ha una sua logica economica che, oltre a quella intrinsecamente giuridica, sta alla base del rapporto di garanzia.

Dagli albori della civiltà giuridica romana il pegno è qualificato come un diritto reale di garanzia, con le annesse rigidità antieconomiche e formalità giuridiche⁷⁴.

Una stratificazione concettuale e unificatrice, anche in termini di disciplina, ha offuscato per secoli le aperture verso una più adeguata comprensione della molteplice varietà dei beni che avrebbero potuto costituirne oggetto.

Le moderne tecniche produttive e la necessità per le imprese di ricorrere a finanziatori esterni dimostrano da tempo che il sistema delle garanzie reali basate sul materiale spossessamento della *res* si rivelano spesso inadeguate sia per il debitore che si trova nell'impossibilità di mettere a reddito i beni *de quibus*, sia per il creditore che deve far fronte anche agli oneri su di lui gravanti in quanto, ad esempio, depositario del bene.

Se l'imprenditore/debitore offre in garanzia dei beni e questi non possono più essere utilizzati nella propria attività, quest'ultima subisce una paralisi economica che non soddisfa alcuno, men che mai il creditore

⁷² *Ivi*, specialmente p. 277 ss.; p. 389 ss.

⁷³ Cfr. R. GALLI, *Nuovo corso di diritto civile*, Milano 2016, p. 1085 ss.

⁷⁴ Così R. FRANCO, *Le nuove forme di garanzia pignoratizia*, Napoli 2022, p. 13 ss.

pignoratizio.

Occorreva allora spostare l'attenzione dalla tradizionale nozione statica basata sul possesso a quella dinamica fondata sul valore economico, sia esso quello attuale, oppure il valore che il bene potrà assumere in un momento successivo e a condizione che rimanga inserito nel ciclo produttivo⁷⁵.

Il comma 2 dell'art. 1 della L. 119/2016, stabilisce infatti che «ove non sia diversamente disposto nel contratto, il debitore o il terzo concedente il pegno è autorizzato a trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno».

«In tal caso il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia».

Ferma tuttavia la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso nell'utilizzo dei beni da parte del debitore o del terzo concedente il pegno.

In considerazione del 'non possesso' della *res* costituita in pegno, ai sensi del comma 7 dell'art. 1 «al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno» si riconosce al creditore la facoltà di procedere, alternativamente: - alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di informare immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'eccedenza (lett. *a*); - alla locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita (ma a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di determinazione del corrispettivo della locazione) (lett. *c*); - all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita (ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita) (lett. *d*).

Il mancato spossessamento consente al produttore di continuare a svolgere la propria attività, mettendo a reddito un bene che nel tempo vedrà lievitare il proprio valore o, comunque, che così consentirà una maggiore soddisfazione anche dei diritti del creditore.

Se, come sopra accennato, il settore agroalimentare ha svolto una funzione 'apripista' nella creazione di nuove e più dinamiche forme di garanzia reale, non meno rilevante il ruolo rivestito dai prodotti finanziari

⁷⁵ BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali*, cit., p. 451 ss.

in cui la c.d. clausola di sostituzione fu volta a garantire dinamicità ed effettività alla garanzia pignorizia.

A fronte delle così tante e vistose deviazioni dalla disciplina tradizionale del pegno nella sua formazione tipica, le nuove fattispecie costituiscono chiaro indizio della crisi dell'istituto della consegna che, a sua volta, risente di un contesto socioeconomico in cui tutto va dematerializzandosi.

Si evidenzia, quindi, la crisi del 'pegno reale' quale modello classico, in favore dello sviluppo di un modello che, prescindendo dalla consegna della *res*, lo rende più conforme alle esigenze di celerità del mercato.

Il dibattito giuridico gravitante intorno alle garanzie rotative non è più di ammissibilità, ma si tratta di verificare entro quali limiti esse possono essere utilizzate dall'autonomia privata, nonché, individuare le regole, legali e convenzionali, di disciplina che non si pongono in conflitto con la normativa sulle garanzie reali⁷⁶.

L'imprenditore, nella legge 119/2016, ha la possibilità di costituire in pegno beni dei quali, al momento della costituzione del pegno stesso, non ha disponibilità, di beni non solo immateriali ma anche di un serio progetto imprenditoriale che ne preveda un proficuo e redditizio sfruttamento⁷⁷. Così come a livello sovranazionale si assiste ad una deformalizzazione della materia delle garanzie unita ad un sistema di registrazioni dei vincoli mobiliari, scelta perseguita nell'ordinamento francese e statunitense, in parallelo con quello italiano⁷⁸.

I programmi imprenditoriali sono così finanziati se ritenuti attuabili e redditizi, mentre le concessioni creditizie basate in via principale su garanzie 'statiche' (anziché 'dinamiche') si sono rilevate inadeguate rispetto ad una corretta valutazione e valorizzazione dell'attitudine dell'iniziativa del debitore a consentire il rimborso dei prestiti⁷⁹.

Il pegno non possessorio di cui alla L. 119/2016 è stato introdotto al fine di snellire la tutela del credito e, per tal via, favorire la concessione di finanziamenti e un sostegno agli investimenti⁸⁰.

Si inizia così anche a discorrere di un'ottica funzionalistica, dinamica e

⁷⁶ Cfr. RESCIGNO, *Le garanzie rotative convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 4.

⁷⁷ Per l'applicazione del pegno flottante e non possessorio su beni presenti e futuri vedi G.L. PIETRANTONIO, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*. Torino 2018, pp. 215-226.

⁷⁸ Cfr.: A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano 2000.

⁷⁹ T. DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, Milano 2010, p. 293.

⁸⁰ R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli 2018, p. 72 ss.

consensualistica, in cui inscrivere le figure sopra citate del pegno rotativo, di valore e il pegno senza spossessamento.

Nonostante i dubbi e le perplessità, la disciplina del pegno non possessorio rappresenta un crocevia fondamentale in chiave evolutiva, candidando i nuovi beni a porsi quale vera e propria «leva finanziaria dell'impresa»⁸¹.

In definitiva, con la L. n.119/2016 si è in presenza di un pegno costituibile anche a garanzia di un credito futuro o eventuale, suscettibile di aver ad oggetto anche una cosa futura e di configurarsi, in assenza di diversa volontà delle parti, come rotativo, per la cui costituzione risulta necessario e sufficiente il semplice consenso delle parti legittimamente manifestato (forma scritta *ad substantiam*), ferma la necessaria iscrizione del relativo contratto costitutivo per l'opponibilità ai terzi della garanzia⁸².

10. Prospettive comparatistiche: la c.d. garanzia 'flottante'

In questa sede, si ritiene utile, in un orizzonte come quello attuale, caratterizzato dalla internazionalizzazione dei meccanismi di finanziamento dell'impresa, rilevare come l'analisi giuridica non potesse non confrontarsi con una dimensione capace di andare ben oltre i confini nazionali, e ciò «soprattutto in una materia come quella della garanzie sulle diverse forme di proprietà intellettuale, che “*n'ont pas de frontières*”»⁸³.

Un riferimento importante è da rintracciarsi in particolar modo nel diritto anglosassone, nel quale fu consentito molto presto agli operatori di combinare liberamente e nel modo più vario possibile la figura del *charge*, aprendo la strada all'opportunità di concedere in garanzia non solo i beni mobili determinati presenti o futuri (*fixed charge*), ma anche una garanzia flottante sull'intero patrimonio societario (*floating charge*) senza interrompere il ciclo produttivo⁸⁴.

⁸¹ G. CAPO, *I finanziamenti bancari garantiti da IP*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2009, p. 18.

⁸² BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali*, cit., p. 470 ss.

⁸³ G. PIEPOLI, *Autonomia privata e garanzie reali sulla proprietà industriale*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 632.

⁸⁴ Per uno studio più specifico sul recente sviluppo delle garanzie 'flottanti' nella legislazione cinese, si veda GABRIELLI, *Ipoteca e garanzia fluttuante nel diritto cinese delle garanzie del credito*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 103 ss., e ID., *Garanzia mobiliare 'Dīyāquán' e il problema del conflitto tra diritti reali di garanzia*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 7 ss.

Il *floating charge* è una particolare garanzia rotativa, prestata dal debitore che rivesta la qualità personale d'imprenditore. L'oggetto della garanzia è l'azienda nel suo complesso, ossia tutti i beni presenti e futuri, materiali e immateriali, utilizzati nell'ambito dell'attività imprenditoriale.

Poiché i beni oggetto della garanzia sono mutevoli e sostituibili – per effetto del patto di rotatività – è essenziale specificarne i criteri per l'identificazione.

L'azienda (evitando lo spossessamento) diviene al contempo strumento di credito e di produzione di ricchezza. Il bene produttivo non diviene inattivo, poiché il debitore ne conserva la disponibilità funzionale. L'operatività del vincolo sarebbe differita al momento della cristallizzazione: la garanzia si consolida sui beni e diviene da *floating charge* un *fixed charge* al verificarsi di circostanze determinate. Ad esempio in caso di inadempienza o di insolvenza della società.

Si tratta dello strumento maggiormente adoperato nel Regno Unito per fornire garanzia in caso di inadempimento, realizzandosi in un pegno generale su tutti gli *assets* societari, senza che si registrino interferenze gestionali da parte dei creditori pignoranti⁸⁵.

È stato affermato che il c.d. *floating charge* o garanzia 'flottante'⁸⁶ (o ancora detta 'fluttuante')⁸⁷ costituisce una delle più brillanti creazioni dell'*equity*, posto che si tratta di un meccanismo giuridico elaborato dagli avvocati nella prassi, ammettendo come oggetto di garanzia anche una proprietà non ancora esistente o futura, purché cristallizzabile al momento della venuta in esistenza della *res*, o al più tardi al momento di insolvenza del debitore⁸⁸.

I maggiori dubbi sistematici che hanno investito questa figura riguardano la individuazione dei confini tra (a) il livello di controllo necessario per assicurarsi la esistenza perpetua e costante di questi crediti e (b) la libertà della società di disporne (c) e del creditore di riscuoterli.

La principale caratteristica della garanzia fluttuante, ovvero la sua valida

⁸⁵ Cfr. AA. VV., *The Availability of the Floating Charge as a Security Device in the United States*, in *Columbia law rev.*, 1928, 28, n. 3, p. 360 ss.

⁸⁶ Cfr. P. PISCITIELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino 1999.

⁸⁷ Il termine *floating* felicemente suggerisce che «la garanzia 'fluttua' sugli *asset* che la società può continuare ad utilizzare nell'esercizio di impresa», senza che il creditore garantito possa interferire con l'esercizio dell'impresa e nei rapporti con il proprio patrimonio fino all'insolvenza o allo scioglimento della società. Cfr. R. GOODE, *Commercial Law*⁵, London 2017, p. 791 ss.

⁸⁸ Cfr. E. GABRIELLI, A.G. DANESI, *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della 'floating charge' nel diritto inglese*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, I, p. 633 ss.

costituibilità ed opponibilità rende tale garanzia rotativa e non possessoria uno strumento particolarmente adatto ad assistere anche i finanziamenti e i prestiti che hanno come scopo quello dell'investimento in un'impresa di recente costituzione che possieda una ragionevole e stimabile capacità di sviluppare il *business* creando profitti ma che si trovi in una temporanea situazione di debolezza patrimoniale.

Anche il diritto spagnolo, già col regio decreto legge n.5 del 2005, stabiliva all'art. 9 il diritto di sostituzione dell'oggetto delle garanzie pignoratorie⁸⁹, dando riconoscimento legale alla possibilità di pegni sostitutivi o rotativi⁹⁰.

La creazione di situazioni di garanzia mobiliare senza spossessamento ha trovato terreno fertile anche nel sistema tedesco. Si pensi al trasferimento semplice a fini di garanzia (*sicherungsübereignung*), che nella sua essenza ha funzione analoga a un pegno senza spossessamento. È un negozio fiduciario di trasferimento della proprietà connesso a un finanziamento ad opera delle banche, a scopo di garanzia del credito⁹¹.

La necessità comune di svincolare il bene dalla garanzia *strictu sensu* a favore della sua autonomia è stata, quindi, già avvertita in altre esperienze europee: la francese con la *hypothèque rechargeable*, la spagnola con la possessoria *hipoteca flotante* e la tedesca del *grundschuld*⁹².

Anche alla luce dei modelli di pegno diversi da quello del codice civile già da tempo presenti nell'ordinamento italiano⁹³, nonché delle raffinate

⁸⁹ Cfr. Real Decreto-ley 11 marzo 2005, n. 5, «de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública», pubblicato nel BOE n. 62 del 14 marzo 2005. Per approfondimenti si veda A. CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Madrid 2009.

⁹⁰ Queste modalità di costituzione della garanzia permettono di adeguare la tradizionale figura del pegno alle esigenze del finanziamento delle imprese, che altrimenti non potrebbero realizzarsi in base alle regole tradizionali tutte le volte in cui i beni vincolati necessitano di trasformazione o di particolari tecniche di conservazione. Sul punto già PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., p. 11.

⁹¹ Cfr. B. CASSANDRO SULPASSO, *Comparazione giuridica ed uniformazione delle legislazioni: le garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 579 ss., e più di recente, tra gli altri: S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Polifunzionalità dell'ipoteca. Uno studio comparatistico*, Napoli 2019.

⁹² Cfr. G. CHINÈ, *Il pegno rotativo tra realtà e consensualità*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 570 ss.

⁹³ In tema si segnalano, tra le molteplici disposizioni citate, il d.lgs. n. 170 del 2004 in precedenza richiamato, nonché gli interventi normativi sul prestito vitalizio ipotecario (art. 11 *quaterdecies*, comma 12, d.l., 30 settembre 2005, n. 203, conv. con modifiche in l., 2 dicembre 2005, n. 248) e sul credito al consumo relativo a beni immobili residenziali (d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 di recepimento della Direttiva 17/2014 Ue che ha introdotto il Capo I-bis al T.U.B.).

riflessioni degli studiosi che di tali tipologie di garanzia si sono occupati⁹⁴, l'introduzione del pegno non possessorio ha costituito un'innovazione nella legislazione italiana nel tentativo di rispondere agli stimoli che provengono dalla tecnologia e declinarli a vantaggio dell'«economia reale» e non solo della c.d. «nuova finanza»⁹⁵.

Con il contratto di pegno non possessorio è, oggi, così possibile realizzare un'operazione economica che consenta di modificare, mediante tecniche alternative (trasformazione e alienazione), il bene che ne costituisce oggetto, senza che tali vicende si rivelino dissolutive del rapporto di garanzia, ma al contrario lo conservino e lo proiettino nel tempo⁹⁶. Tale scelta è preordinata all'obiettivo di favorire il dinamismo intrinseco dell'impresa che subisce un danno da immobilizzazioni patrimoniali, specie se si tratta di beni strumentali all'esercizio della propria attività.

Si vuole, altresì, tutelare il creditore che, con la costituzione del pegno non possessorio, individua un patrimonio (uno o più beni) che, pur nella sua dimensione dinamica e immateriale, sia oggetto di una gestione economicamente efficiente talché possa conservare (se non accrescere) il valore finché dura il vincolo di garanzia.

Si viene così incontro all'esigenza del creditore di presidiare in modo certo non solo la «manutenzione» dell'insieme di cespiti oggetto di garanzia, ma anche la loro destinazione e «non distrazione».

Il concreto impiego dei beni immateriali come strumento di garanzia presuppone il funzionamento efficiente di un mercato della proprietà intellettuale e delle nuove *res*, che a sua volta richiede meccanismi di valutazione in grado di orientare le scelte negoziali delle parti⁹⁷.

L'introduzione di sistemi incentrati sull'iscrizione delle garanzie mobiliari in un registro pubblico può certamente essere utile al fine di assicurare l'opponibilità e favorire la conoscibilità dell'operazione.

⁹⁴ Le norme del 2016 dimostrano che lo schema e la funzione tipiche del pegno non coincidono né si esauriscono con il modello codicistico (CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege* n. 119/2016, cit., p. 106).

⁹⁵ «La finanza soffoca l'economia reale», afferma l'enciclica *Laudato si'* di Papa Francesco (n. 109).

⁹⁶ Così GABRIELLI, *Pegno 'non possessorio' e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 268, che evidenzia come mediante «un'unitaria operazione di garanzia» «regolata dall'originario contratto costitutivo di pegno non possessorio», si prevede la rotatività del bene *ex lege*, «secondo fasi successive – la cui gestione è rimessa al potere e alla responsabilità del debitore o del costituente che ha il potere di gestione e di disposizione del bene – [...] superando così il diaframma dettato dalla singolarità del bene che ne costituì il suo originario oggetto».

⁹⁷ CAPO, *I finanziamenti bancari garantiti da IP*, cit., p. 39.

Una tutela di tipo informativo deve però accompagnarsi a rimedi efficaci, come l'esercizio della facoltà di recuperare i crediti anche in via di autotutela stragiudiziale e cioè con il ragionevole recupero dell'investimento⁹⁸, con impatto favorevole sui debitori anche in sede di valutazione del merito creditizio⁹⁹.

Pur in presenza di un vivace dibattito culturale, la dottrina non è, però, riuscita a scalfire la sostanziale fissità delle disposizioni codicistiche di riferimento, pur criticandone aspramente la rigidità. È soltanto l'autonomia privata che, tramite schemi negoziali innovativi, ha esplorato nuove strade concorrendo allo sviluppo di soluzioni più funzionali¹⁰⁰.

11. *Riflessioni de iure condendo*

Le nuove figure di 'pegno non possessorio', rotativo e fluttuante segnano l'evoluzione strutturale della tradizionale fattispecie di pegno nell'ordinamento italiano.

Le diverse qualificazioni concorrono alla configurazione di un nuovo modello di garanzia mobiliare, nella più ampia prospettiva dell'unitarietà della sottesa operazione economica, al fine di offrire ai finanziatori e a coloro che necessitano di nuovi sbocchi al mercato del credito rinnovati strumenti per far fronte alle esigenze dell'economia e della finanza.

Come già avvenuto con il pegno rotativo, che aveva trovato espresso riconoscimento legislativo nel settore agro-alimentare¹⁰¹, il modello di

⁹⁸ V. FINCH, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*², Cambridge (NY) 2009, p. 634.

⁹⁹ Cfr. M. RAGNO, *Le garanzie nei rapporti banca-impresa: quali prospettive dopo 'Basilea 2'?*, in *Finanziamento delle PMI: crescere innovando*, a cura di F. Cafacci e F. Vella, Padova 2008, p. 156.

¹⁰⁰ Così M. GRANIERI, *Garanzie sui diritti di proprietà intellettuale e mercato del credito*, in GRANIERI, UBERTAZZI, *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, Bologna 2017, p. 227, il quale afferma provocatoriamente che: «È chiaro che laddove il quadro normativo fosse perfettamente in grado di rispondere alle esigenze dei finanziatori e dei titolari di diritti, l'autonomia privata avrebbe un ruolo complementare e marginale» (p. 224).

¹⁰¹ Il riferimento è in particolare al pegno sui prodotti lattiero-caseari a denominazione di origine a lunga stagionatura (per la cui disciplina l'art. 7, l. 27 marzo 2001, n. 122 rinvia alla l. 24 luglio 1985, n. 401), ma anche al produttore di prosciutti d.o.c. che per ottenere credito dovrà semplicemente consentire, a cura del creditore pignoratizio, in qualunque fase della lavorazione, di apporre [sulla coscia di maiale] uno speciale contrassegno indelebile (atto a rendere pubblica l'esistenza del pegno, a tutela dei terzi), con contestuale

pegno non possessorio del 2016 ha trovato conferma nel D.L. n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. cura Italia), che all'art. 78 prevede alcune misure in favore (non soltanto) del settore dell'*agrifood*, tra le quali proprio la regolamentazione del pegno non possessorio con specifica attenzione ai produttori alimentari impegnati nella filiera di qualità DOP e IGP¹⁰².

Sembra allora maturo il tempo per una disciplina generale sul pegno non possessorio e rotativo, che possa trovare sede organica all'interno del codice civile, al Titolo III del Libro VI, dedicato alla tutela dei diritti.

In esito all'analisi sin qui condotta, emerge una figura di pegno vocata alla molteplicità strutturale che origina direttamente da quella funzionale. Una figura più conforme, anche in termini di efficienza, alle esigenze che la prassi economica invoca in termini di modelli di garanzia.

L'esigenza *de iure condendo* si avverte tanto più forte ove si consideri che alcune tipologie speciali di pegno rotativo, quali ad esempio il pegno agricolo, non contemplano alcuna indicazione per la fase di escussione della garanzia, lasciando così all'interprete l'alternativa tra l'applicazione della disciplina codicistica del pegno tradizionale, o quella propria del pegno rotativo previsto dalla L. 119/2016.

Si pongono pure problemi relativi a possibili concorsi di garanzie mobiliari in riferimento a taluni beni, quali appunto i prodotti agricoli.

È maturo il momento per sistematizzare l'istituto sotto un profilo dogmatico ed enuclearne la profilazione essenziale.

Anche sotto tale prospettiva appare proficuo prendere in considerazione gli approdi ai quali si è giunti in altri ordinamenti: 1) la garanzia deve gravare su una classe di beni presenti e futuri di una determinata impresa; 2) deve trattarsi di una classe i cui beni vengono rimpiazzati di volta in volta nel corso dell'ordinario svolgimento delle attività economiche dell'impresa; 3) fino all'insolvenza o a un certo determinato momento, l'impresa è libera di gestire i beni in garanzia anche sostituendoli.

In questo modo la garanzia mobiliare rotativa e flottante può svolgere la funzione di consentire un agevole accesso al credito senza perciò penalizzare la gestione microeconomica dell'azienda¹⁰³.

annotazione della costituzione su appositi registri vidimati annualmente, mantenendo la disponibilità dei beni, senza spossessamento e senza effetto novativo del bene oggetto del pegno. Cfr. GABRIELLI, *Il pegno 'anomalo'*, cit., p. 129.

¹⁰² Si veda tra i primi commenti: FRANCO, *Pegno 'non possessorio' e 'rotativo', tra attività di impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti*, in *Jus civ.*, 2021, p. 341 ss.; ID., *Il pegno sui prodotti agricoli e alimentari tra (esplicita rotatività) e (implicita) non possessorietà: dalla tipicità ai modelli. Ovvero dall'unitarietà alla molteplicità*, in *Riv. dir. alim.*, 2021, n. 2, p. 5 ss.

¹⁰³ BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali*, cit., p. 479 ss.

Le esperienze degli ordinamenti stranieri (sopra citati e non) aiutano a meglio comprendere la necessità di un adeguamento alle moderne esigenze del credito e dei nuovi beni oggetto degli scambi, in modo più coerente alle attuali esigenze del mercato¹⁰⁴.

La prospettiva deve essere quella di ‘riappacificare’ diritto e realtà.

E nella possibile modulazione concreta della garanzia non possessoria l'autonomia privata ne esce rinvigorita e rifunzionalizzata¹⁰⁵.

L'auspicio è che un tale strumento possa agevolare il mercato dei finanziamenti garantiti da beni immateriali e risolversi in un incentivo a finanziare la ricerca, la creatività e la cultura che si esprimono proprio in questi stessi beni frutto dell'intelletto.

¹⁰⁴ DI MARCELLO, *Flussi di risorse e finanziamento dell'impresa*, cit., p. 281.

¹⁰⁵ Cfr. FRANCO, *Ibid.* Sul punto P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, ora in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli 2012, p. 73 ss.

Sirio Zolea

*Il prestito vitalizio ipotecario alla prova del tempo:
un primo bilancio delle esperienze italiana e francese*

SOMMARIO: 1. Introduzione: ritornando sul prestito vitalizio ipotecario – 2. L'esperienza italiana post-riforma – 3. L'esperienza francese – 4. La tecnica normativa: somiglianze e differenze – 5. Generazioni Kutuzov: uno stesso (discutibile) disegno economico-sociale – 6. Osservazioni conclusive sull'importazione del prestito vitalizio ipotecario in Italia: confermando i rilievi critici.

1. Introduzione: ritornando sul prestito vitalizio ipotecario

Alcuni anni fa, avevo fatto riferimento al prestito vitalizio ipotecario nel contesto di un articolo¹ in cui osservavo criticamente l'eccessivo entusiasmo con cui talvolta si importano istituti da altre esperienze giuridiche, tanto più esterne al mondo di *civil law*, senza un'approfondita analisi se le differenze di cultura giuridica e di contesto economico-sociale siano tali da mettere in guardia l'osservatore avveduto sulle potenzialità di insuccesso e su altri effetti negativi dell'esperienza di ibridazione. Così è anche nel settore delle garanzie – e tanto più per le garanzie reali, legate a filo doppio al diritto dei beni, dove più si constatano differenze sostanziali tra le culture di *civil law* e di *common law* – in cui all'innegabile necessità di provvedere alcuni istituti uniformi e di facile utilizzo per le esigenze del traffico commerciale transfrontaliero globalizzato si affianca probabilmente l'opportunità di un approccio più prudente e rispettoso della diversità delle culture sociali e giuridiche quando sono in gioco rapporti fondamentalmente interni, in particolare tra professionista e consumatore. Nello studio precedente, realizzato nel 2017, l'esperienza continentale presa in considerazione era stata quella francese, a cui nel presente contributo si aggiunge anche quella italiana, al fine di arricchire gli spunti comparativi.

Il prestito vitalizio ipotecario, nell'articolo menzionato, assurgeva ad

¹ S. ZOLEA, *Le droit privé en tant que limite de l'unité européenne : un focus sur les enjeux du droit des biens face aux efforts d'harmonisation juridique*, in *Annuaire de droit de l'Union Européenne* 2017, Parigi 2019, pp. 317-336.

esempio negativo di circolazione di modelli non preceduta dalla dovuta ponderazione, opponendo idealmente lo stesso al differente paradigma del *community land trust*, anch'esso importato o in corso di importazione in alcune esperienze continentali dal mondo di *common law*, ma in presenza di più avvedute analisi sulle differenze e somiglianze tra le società e gli ordini giuridici di provenienza e di destinazione, provvedendo gli opportuni adattamenti tecnici.

Appare oggi interessante, trascorsi alcuni anni dall'introduzione del prestito vitalizio ipotecario negli ordinamenti italiano e francese, alla luce anche della pratica e dalle riflessioni scientifiche nel frattempo intercorse, tornare sul tema, nell'intento di verificare e aggiornare le precedenti analisi su questo innesto dalla tradizione di *common law* in alcuni sistemi continentali. In particolare, si tenterà, nelle prossime pagine, di dare qualche risposta alla domanda se, col tempo, l'istituto che si era tentato di importare abbia avvalorato le potenzialità che vi aveva auspicato il legislatore o se, invece, le opinioni più prudenti si siano confermate realistiche, nella difficoltosa ricerca di un adeguato equilibrio tra innovazione e tradizione in materia di garanzie reali. Ciò peraltro tenendo a mente che « Dissemination or diffusion processes across laws – which do exist and have indeed been proliferating – change nothing whatsoever to the fact of singularity. Wherever it “lands”, a circulating law has to “localize” itself if it is to enjoy the slightest chance of taking root. And such “localization” must imply a “fit” with local culture, to make the point rapidly »².

Il prestito vitalizio ipotecario nasce nella tradizione di *common law*, dove, sotto la denominazione di *reverse* (o *lifetime*) *mortgage*, è annoverato tra gli *equity release schemes*, volti a trasformare in liquidità di facile utilizzo per esigenze sanitarie o di vita quotidiana il patrimonio di una persona anziana dai redditi modesti ma dotata di qualche bene immobiliare, senza che essa sia costretta ad abbandonare la propria casa di abitazione, come avverrebbe se la alienasse. Il meccanismo a fondamento del tutto è la concessione di un particolare prestito ipotecario, da rimborsarsi alla morte del beneficiario, a carico dei suoi eredi o attraverso la vendita dell'immobile ipotecato³. La flessibilità delle possibilità di frammentazione delle situazioni di appartenenza su una medesima *res* nel mondo anglosassone, in un contesto sociale di elevato ricorso all'indebitamento per le più varie esigenze, ha ivi

² P. LEGRAND, *Negative Comparative Law. A Strong Programme for Weak Thought*, Cambridge 2022, p. 302.

³ M. BIASIN, S. GUERRA, S. ZOLEA, *Financial Conversion of Home Equity by Low Income Elderly Persons. A Supranational Juridical Comparison and a Focus on the Fundamental Financial Architecture*, in «Comparazione e diritto civile», IV, 2017, pp. 54-86.

favorito il successo di questo istituto, con un rilevante bacino di utenza, il che ha reso necessaria l'adozione tanto di norme giuridiche vincolanti quanto di regolamentazioni di *soft law*.

Nel presente contributo, nel paragrafo 2 si analizzeranno sinteticamente i caratteri distintivi della disciplina italiana del prestito vitalizio ipotecario, quale riformata nel 2015. Di seguito, nel paragrafo 3, si offrirà una panoramica dell'esperienza francese, permettendo così, nel successivo paragrafo 4, di raffrontare le somiglianze e differenze di disciplina in materia, tra due ordinamenti giuridici tra loro vicini e spesso dialoganti. Dopo la comparazione tecnica tra tali sistemi, nel paragrafo 5 si evidenzieranno la comune retrostante funzione economico-sociale dell'istituto in questione e le relative criticità, rispetto ad alcuni istituti basilari dei due ordinamenti civilistici coinvolti e certi loro fondamentali principi giuridici. Pertanto, nel paragrafo conclusivo, facendo tesoro di tutte le suddette riflessioni, anche sulla base di una lettura costituzionalmente orientata dei rapporti privatistici, si ribadiranno ed estenderanno i rilievi critici già avanzati alcuni anni fa sulla dubbia opportunità di mantenere questo istituto nel nostro sistema e in culture giuridiche a questo finitime.

2. L'esperienza italiana post-riforma

In Italia – ove purtroppo negli ultimi anni le lamentele di scadente tecnica normativa echeggiano con frequenza nel mondo giuridico⁴ – il prestito vitalizio ipotecario ha fatto ingresso nel sistema zoppicando, con le scarnissime disposizioni dell'articolo 11 *quaterdecies*, comma 12, dell'eterogeneo decreto-legge n. 203 del 30 settembre 2005, convertito con modifiche dalla legge n. 248 del 2 dicembre 2005, solo un decennio più tardi integrate dalla più mirata e più dettagliata disciplina dettata dall'unico articolo della legge n. 44 del 2 aprile 2015⁵. A seguito della riforma, il suddetto comma 12 è stato riscritto e ad esso si sono aggiunti i commi da 12 *bis* a 12 *sexies*. Permane in ogni caso la discutibile collocazione

⁴ *Ex multis*, v. G. ALPA, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», LXXI, n. 2, 2017, pp. 415 ss.

⁵ Tra i tanti riferimenti bibliografici italiani sul prestito vitalizio ipotecario, si vedano G.O. MANNELLA, G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Assago 2015; T. RUMI, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*, in G. D'AMICO *et al.*, *I nuovi marciani*, Torino 2017; C. DORE, *Il prestito vitalizio ipotecario: tra tutela del credito e attuazione del programma negoziale*, Napoli 2022.

asistematica dell'istituto⁶ (il comma precedente si riferisce all'oftalmologia, il comma successivo all'installazione di impianti all'interno degli edifici).

L'oggetto del prestito vitalizio ipotecario in Italia è la concessione da parte di banche o intermediari finanziari di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e spese, riservati a persone fisiche al di sopra dei 60 anni compiuti (non più 65 come nel testo originario), con rimborso integrale in un'unica soluzione, che può richiedersi fisiologicamente al momento della morte del soggetto finanziato ovvero in una serie di circostanze predeterminate, da dimostrarsi, con le relative spese, a esclusivo carico del finanziatore: qualora sia trasferita, in tutto o in parte, la proprietà (o una sua quota) o concessi (salvo quanto previsto nel contratto) altri diritti reali di godimento sull'immobile dato in garanzia o comunque siano compiuti con dolo o colpa grave atti che ne riducano significativamente il valore, o siano costituiti su di esso diritti reali di garanzia in favore di terzi. Le stesse conseguenze possono derivare da modifiche all'immobile rispetto al suo stato originale, senza accordo con il finanziatore, o se l'incuria o la mancanza di adeguata manutenzione abbia determinato la revoca dell'abitabilità dell'immobile o se altri soggetti, dopo la stipula, vi abbiano preso residenza, a eccezione dei familiari, o se l'immobile subisca procedimenti conservativi o esecutivi (per importi superiori al 20 per cento del suo valore) o ipoteche giudiziali. Il finanziato può, in alternativa, concordare nel contratto modalità di rimborso graduale della sola quota di interessi e spese, prima del verificarsi dei suddetti eventi, evitando in tal modo la capitalizzazione annuale degli interessi: in tale scenario, nel caso di ritardato pagamento verificatosi almeno sette volte la banca potrà risolvere il contratto.

I finanziamenti sono garantiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, che non può essere iscritta contemporaneamente su più immobili di proprietà del finanziato. Qualora il rimborso integrale non si realizzi entro un anno dal verificarsi dei suddetti eventi, il finanziatore è abilitato a vendere l'immobile a prezzo di mercato, determinato da un perito indipendente da lui stesso incaricato, utilizzando il ricavato della vendita per estinguere il proprio credito. Se trascorre ancora un anno senza che sia stata perfezionata la vendita, il valore determinato dal perito viene decurtato del 15 per cento ogni dodici mesi successivi, fino all'effettivo perfezionamento della vendita dell'immobile. In alternativa a tutto ciò, l'erede o gli eredi possono essi stessi provvedere alla vendita, in accordo

⁶ V. A. ADDANTE, *Prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini*, in «Banca, borsa e titoli di credito», LXXI, n. 4, 2017, p. 536.

con il finanziatore, entro un anno dal conferimento di tale assenso. Con una delle più importanti modifiche introdotte dalla riforma, si è stabilito che, in ogni caso, le eventuali somme rimanenti dalla vendita, ulteriori rispetto a quanto necessario per l'estinzione del debito, spettano al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa. Inoltre, l'importo del debito residuo non può oltrepassare quanto ricavato dalla vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute. Una disposizione volta a facilitare la vendita dell'immobile e il relativo recupero dell'investimento da parte dell'istituto bancario o finanziario specifica che sono inopponibili all'acquirente dell'immobile le domande giudiziali, con cui si contesta il fondamento di un acquisto *mortis causa* ovvero con cui si richiede la riduzione di donazioni e disposizioni testamentarie per lesione di legittima, che siano state trascritte successivamente alla trascrizione dell'acquisto. Ne consegue un affievolimento nella tutela dei legittimari, un vero e proprio 'varco' che potrebbe lasciare spazio a utilizzi della figura del prestito volti ad aggirare il sistema forte di protezione dei legittimari⁷.

Ulteriori norme di dettaglio, di natura regolamentare, si ritrovano nel Decreto n. 226 del 22 dicembre 2015 del Ministero dello Sviluppo Economico. In particolare, vi si riscontrano disposizioni in merito all'offerta al pubblico di questi prestiti, richiedendosi al tal proposito trasparenza e certezza dell'importo oggetto del finanziamento, dei termini di pagamento, degli interessi e di ogni altra spesa dovuta. Nel contratto di finanziamento o negli allegati a esso devono essere presenti dei prospetti esemplificativi di simulazione ipotetica del piano di ammortamento, illustranti il possibile andamento del debito nel corso del tempo, secondo la tipologia di tasso contrattualmente previsto⁸. Alcune previsioni riguardano documentazione precontrattuale e informazioni minime che il prospetto informativo (consegnato almeno 15 giorni prima dell'eventuale stipula) deve contenere. Inoltre, ulteriori resoconti devono essere annualmente inviati al soggetto finanziato, riportandovi dettagliatamente gli importi del capitale finanziato e di quello da restituire a scadenza. Una disposizione di particolare

⁷ R. LENZI, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciando di diritto comune*, in «Osservatorio del diritto civile e commerciale», n. 2, 2017, pp. 338-340.

⁸ Con una prevalenza nella prassi di tassi fissi, al fine di contenere l'aleatorietà già elevata dell'operazione, osservava V. IVONE, *Il prestito vitalizio ipotecario: luci e ombre del principale istituto della c.d. finanza della terza età*, in «Contratto e impresa», XXXIV, n. 1, 2018, pp. 383 ss.: in effetti, con il rialzo degli interessi più recentemente verificatosi, tassi variabili avrebbero rappresentato un ulteriore fardello per le famiglie dei debitori, con il valore del debito che avrebbe raggiunto ancora più rapidamente quello dell'immobile.

importanza precisa che qualora il soggetto finanziato, al momento della stipula, risulti coniugato o convivente more uxorio da almeno un quinquennio⁹, con il coniuge o partner altresì residente nell'immobile posto a garanzia, il contratto dovrà essere sottoscritto da entrambi, anche se uno solo ne è proprietario, purché siano tutti e due ultrasessantenni: una disciplina di discutibile compatibilità con la subentrata legge n. 76 del 20 maggio 2016 in materia di unioni civili e convivenze di fatto, con il relativo diritto temporaneo di abitazione (art. 1, comma 42).

La dottrina italiana, scorrendo di prestito vitalizio ipotecario quale si è andato ad arricchire e precisare dopo la riforma del 2015, si è in primo luogo soffermata sulla qualificazione del suo meccanismo come un patto marciano, vari autori includendolo tra i 'nuovi' marciari, al pari di altre figure come il credito immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b.) e il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile (art. 48-*bis* t.u.b.)¹⁰. In generale non vietato nel nostro ordinamento giuridico privatistico (né neanche in generale espressamente ammesso¹¹), a differenza del patto commissorio¹², il patto marciano può, secondo la tradizione romanistica, essere definito come «il patto con cui le parti di un rapporto obbligatorio convengono che, nell'ipotesi d'inadempimento del debitore, il creditore acquisirà la proprietà di un bene conces-

⁹ D. RUSSO, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, in «Studium Iuris», XXIV, n. 3, 2018, pp. 297 ss.

¹⁰ S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in «Rivista del notariato», LXXI, n. 3, 2017, pp. 591 ss.; LENZI, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciano di diritto comune*, in «Osservatorio del diritto civile e commerciale», n. 2, 2017, pp. 319 ss.; IVONE, *Il prestito vitalizio ipotecario: luci e ombre del principale istituto della c.d. finanza della terza età*, in «Contratto e impresa», XXXIV, n. 1, 2018, pp. 383 ss.; A. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, in «Contratto e impresa», XXXV, n. 4, 2019, pp. 1304 ss.; C. DE MENECH, *Il marciano innominato tra diritti primi e diritti secondi*, in «Banca, borsa, titoli di credito», LXXIV, n. 5, 2021, pp. 752 ss.

¹¹ È invece espressamente ammesso, in termini generali, nel *Draft Common Frame of Reference*, IX, 7: 105.

¹² V. E. BEZZI, *Prestito vitalizio ipotecario e divieto di patto commissorio: una novità del solco della tradizione*, in «Il corriere giuridico», XXXV, n. 8-9, 2018, pp. 1115 ss.; M. SUPPA, *Patto commissorio e patto marciano: la sottile linea tra negozi nulli e negozi leciti*, in «Il corriere giuridico», XXXVIII, n. 7, 2021, pp. 927 ss.; nelle ultime figure introdotte qualcuno scorge invece un processo di tacito depotenziamento e neutralizzazione del divieto di patto commissorio, in funzione dello scopo perseguito dall'operazione: M. TRIMARCHI, *Operazione negoziale e trasferimento con funzione di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, in «Rivista di diritto civile», LXVII, n. 4, 2021, pp. 715 ss.

sogli in garanzia, con l'obbligo di versare al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene stimato da un terzo – successivamente alla scadenza del credito – rispetto all'ammontare del debito inadempito»¹³. Nel caso di specie, rispetto a tale modello generale, si riscontrano le due peculiarità dell'effetto esdebitatorio anche qualora il valore dell'immobile non eguagli l'ammontare raggiunto dal debito e la possibilità per il creditore di vendere direttamente l'immobile ipotecato e soddisfarsi sul ricavato senza un intervento del giudice, potere di auto-soddisfazione che è un prodotto e un ulteriore impulso alla crisi delle procedure di esecuzione forzata¹⁴. Altri autori evidenziano invece come le peculiarità della nuova figura la facciano discostare significativamente dal modello marciano come tradizionalmente inteso¹⁵, anche per il fatto che la dubbia scelta di far nominare il perito dal solo finanziatore sembra affievolire i requisiti di equità ed obiettività dell'*aestimatio* essenziali per la stipulazione marciana¹⁶. Da ciò discendono ricostruzioni alternative, come quella che rinviene al centro della figura introdotta dal legislatore del 2015 un diverso congegno legale, forma di autotutela stragiudiziale esecutiva del creditore, non di natura convenzionale ma operante *ex lege*¹⁷. Alcune voci si concentrano pertanto su come nel prestito vitalizio ipotecario l'ipoteca appaia svuotata del suo significato naturale, non svolgendo fisiologicamente una funzione di garanzia, ma essendo piegata al mero scopo di rendere opponibile ai terzi il potere di vendita stragiudiziale dell'immobile che la legge attribuisce direttamente al finanziatore, sicché quest'ultimo, sostanzialmente, non sarebbe garantito dall'ipoteca, ma dal patto marciano, che darebbe sostanza al mandato legale a vendere confermando il relativo potere del finanziatore¹⁸.

Al di là delle questioni definitive, in dottrina, come maggior pericolo dell'operazione, si evidenzia la presenza in essa (quantomeno in uno dei due scenari, quello senza il rimborso graduale) di interessi anatocistici che

¹³ L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale"*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», XXXIV, n. 12, 2018, p. 1857.

¹⁴ FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto "comune" e "speciale"*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», XXXIV, n. 12, 2018, pp. 1857 ss.

¹⁵ RUSSO, *Oltre il patto marciano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2017, *passim*.

¹⁶ DORE, *Il prestito vitalizio ipotecario: tra tutela del credito e attuazione del programma negoziale*, Napoli 2022, p. 69.

¹⁷ A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in «Rivista di diritto civile», LXIII, n. 6, 2017, pp. 1398 ss.; sulle tecniche di rafforzamento dell'autotutela esecutiva del creditore, v. A. DI MAJO, *Dominio e relazione nell'obbligazione*, in «Europa e diritto privato», n. 2, 2021, pp. 193 ss.

¹⁸ CHIANALE, *L'inutilità dell'ipoteca nel "prestito vecchietti"*, in «Notariato», n. 4, 2016, pp. 358 ss.

possono far aumentare esponenzialmente le somme da restituire¹⁹. Un nodo delicato è altresì la sua utilizzabilità per aggirare e frustrare i diritti dei legittimari (magari persino ignari del finanziamento), in particolare ove il reale destinatario del finanziamento sia persona diversa dal *de cuius*²⁰, in aggiunta all'erosione che tale operazione rappresenta rispetto al divieto di patti successori²¹. Un problema non da poco consiste pure nelle incerte modalità di distribuzione dell'eccedenza agli aventi causa del titolare del bene ipotecato, affidando tale onere al finanziatore e sottraendo così strutturalmente al controllo giudiziale il procedimento di esecuzione privata affidato al creditore legittimato alla vendita, quantomeno fino all'instaurarsi di un contenzioso²².

3. *L'esperienza francese*²³

La Francia ha introdotto il prestito vitalizio ipotecario nel proprio ordinamento giuridico attraverso l'*ordonnance* n. 2006-346 del 23 marzo 2006²⁴, rivolta a modernizzare e rendere complessivamente più flessibile la disciplina nazionale delle garanzie, le cui strettoie apparivano ostacoli per gli investitori. Il fatto che, successivamente, le regole concernenti tale istituto siano state ricollocate nel *Code de la consommation*²⁵ (artt.

¹⁹ D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in «Europa e diritto privato», n. 1, 2017, pp. 1 ss.; A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in «Le nuove leggi civili commentate», XXXIV, n. 4, 2016, pp. 735-737.

²⁰ RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in «I contratti», n. 10, 2015, pp. 937 ss.

²¹ F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in «Rivista del notariato», LXII, n. 5, 2008, p. 1024; M.F. MEROTTO, *Prestito vitalizio ipotecario and mandatum post mortem: two examples of valid agreement as to succession between the present and the past*, in «Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci», XXXVIII, n. 2, 2017, pp. 909-911.

²² LENZI, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - Il prestito vitalizio ipotecario*, in «Giurisprudenza italiana», CLXIX, n. 7, 2017, pp. 1715 ss.

²³ V., *amplius*, ZOLEA, *Le droit privé en tant que limite*, cit., pp. 325-329.

²⁴ *Ex ceteris*, v. M. GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, in «Dalloz», chron. 1294, 2006; V.M. BRUCKER, *Le prêt viager hypothécaire*, in «JCP N», n. 19, étude 1176, 2007.

²⁵ Dov'è disciplinato congiuntamente a un'altra figura non specificamente destinata ai bisogni degli anziani, il *prêt avance mutation*, definito all'art. L315-2: «Un établissement de crédit, un établissement financier ou une société de tiers-financement [...] peuvent procéder au financement de travaux de rénovation au moyen d'un prêt avance mutation

L315-1 e ss., artt. R315-1 e ss.) – esaltandone il preminente rilievo per il settore delle operazioni creditizie al consumo piuttosto che per quello delle garanzie²⁶ – con una specifica disposizione volta a escludere l'utilizzo del prestito vitalizio ipotecario per finanziare i bisogni di un'attività professionale, evidenzia l'intento primario del legislatore di limitare i rischi economico-sociali dell'operazione con l'introduzione di obblighi di forma e d'informazione preventiva ricalcati su quelli già ampiamente introdotti nel diritto dei consumatori a livello di Unione Europea. Tale necessità di tutela è dovuta alla natura speculativa del contratto, in quanto l'ammontare finale che dovrà restituire chi abbia contratto il prestito, o, più fisiologicamente, i suoi eredi, sarà determinabile soltanto alla fine del rapporto contrattuale, ovvero alla sua morte o nel momento precedente in cui l'immobile ipotecato sia stato alienato o in cui sia stato concesso a un terzo un diritto reale sull'immobile. In questo schema, il rischio economico assunto dal creditore – ovvero, in caso di lunga durata della vita del debitore dopo la conclusione del contratto e/o di ribasso del mercato immobiliare, che il valore dell'immobile al momento del decesso sia inferiore alla somma del capitale e degli interessi capitalizzati – è remunerato da tassi d'interesse particolarmente alti (rispetto a quelli mediamente praticati sul mercato per operazioni differenti di credito ai consumatori), oltretutto soggetti a capitalizzazione annuale, col rischio concreto che possano in pochi anni giungere ad assorbire l'intero valore dell'abitazione, molto più alto della somma originariamente prestata.

Il prestito vitalizio ipotecario è definito all'articolo L315-1 come un contratto attraverso cui un istituto di credito o finanziario concede un prestito a una persona fisica, sotto forma di un capitale o di versamenti periodici, garantito da un'ipoteca costituita su un bene immobile del mutuatario, a uso esclusivo di abitazione, un prestito il cui capitale e i cui interessi capitalizzati annualmente non possono essere richiesti prima del decesso del debitore oppure in caso di alienazione dell'immobile ipotecato o concessione di diritti reali su di esso, qualora ciò sopravvenga prima del decesso. Di questo contratto vi è anche in Francia una possibile variante con rimborso periodico soltanto degli interessi. Il debitore, che deve mantenere l'immobile ipotecato in un ragionevole stato di cura, non può avvalersi del

garanti par une hypothèque constituée à hauteur du montant initial du prêt augmenté des intérêts capitalisés annuellement et dont le remboursement ne peut être exigé que lors de la mutation du bien. Le remboursement des intérêts peut faire l'objet d'un remboursement progressif, selon une périodicité convenue».

²⁶ C.M. CASCIONE, *L'ipoteca inversa tra discipline nazionali e prassi applicative. Esperienze a confronto*, in M. LOBUONO (a cura di), *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino 2017, p. 29.

beneficio del termine se non fornisce le garanzie pattuite o riduce le stesse, se cambia la destinazione dell'immobile o ne rifiuta al creditore l'accesso al fine di assicurarsi del buono stato di manutenzione e conservazione o, ancora, nel caso di prestito vitalizio ipotecario con versamento periodico di interessi, ove venga meno al versamento puntuale di una o più rate di restituzione degli interessi.

Vari articoli regolano in dettaglio le modalità e i contenuti necessari della pubblicità (che non può proporsi con sollecitazioni commerciali porta a porta, telefonicamente, ecc.), leale ed informativa, per garantire la correttezza e l'adeguatezza delle informazioni fornite, nonché le modalità di formazione del contratto. Si prevede che la proposta contrattuale debba specificare compiutamente una serie di elementi, che per almeno trenta giorni vadano obbligatoriamente tenute ferme le condizioni offerte e che l'accettazione (non prima di dieci giorni dalla ricezione della proposta) debba avvenire con atto notarile, senza che, fino a tale momento, sia consentito alcun pagamento legato all'operazione.

Nella disciplina francese, il debitore può decidere in ogni momento di porre fine al rapporto contrattuale rimborsando la totalità delle somme dovute a titolo di capitale e interessi (più, eventualmente, un'indennità, il cui ammontare è limitato dall'art. R315-2) e, se ha optato per una restituzione del capitale in un'unica soluzione, può comunque, a sua iniziativa, rimborsare una parte delle somme dovute. Inoltre, in caso di versamento periodico del capitale, può domandare una sospensione o una modifica delle scadenze dei versamenti. Un tetto al debito da rimborsarsi è sancito entro il limite del valore dell'immobile al tempo dello scadere del termine sospensivo: in tale momento, se il dovuto è inferiore al valore del bene, la differenza tra tale valore e quello attuale del debito è versata, secondo il caso, al mutuatario o ai suoi eredi (c.d. patto marciano). Nel caso fisiologico di cessazione del rapporto al decesso del debitore (o dell'ultimo in vita dei co-debitori), gli eredi possono optare²⁷ per un pagamento del debito, calmierato entro il valore dell'immobile quale stimato al giorno dell'apertura della successione. La stima è fatta da un esperto scelto di comune intesa tra creditore e debitore o designato dal giudice su richiesta. In assenza di tale decisione da parte degli eredi – in deroga alle regole sull'accettazione con beneficio d'inventario – il creditore ipotecario può scegliere di mettere in vendita l'immobile, con il valore esigibile del debito comunque calmierato nei limiti del prezzo di vendita, o farsi attribuire la proprietà della cosa

²⁷ Senza che siano chiare le conseguenze di un eventuale disaccordo tra eredi: M. GAYET, *Le logement de la personne âgée comme source de financement des besoins liés à la dépendance*, in «RDSS», n. 4, 2019, p. 644.

per decisione giudiziale o in virtù di un patto commissorio. Il creditore ipotecario dispone di tale opzione anche in caso di eredità giacente.

Malgrado la presenza di qualche voce ottimistica, soprattutto nell'ambiente professionale bancario, sulle potenzialità espansive della nuova figura all'indomani della sua introduzione, per coprire nella sfera economica e giuridica privata i bisogni dovuti all'invecchiamento della popolazione²⁸, la dottrina ha perlopiù accolto da subito con un certo scetticismo il prestito vitalizio ipotecario, fino ad auspicarne una rapida e indolore soppressione²⁹. Vari autori si sono soffermati sulle difficoltà – o persino sull'impossibilità – di questo istituto giuridico nell'integrarsi nel sistema francese, spesso affermando di preferire ad esso la più tradizionale e sperimentata tecnica della vendita di un immobile (piena o nuda proprietà) in cambio di una rendita vitalizia³⁰. Ciò per varie ragioni: *in primis* i costi importanti dell'operazione – dovuti alle sue incognite economiche – sia dal lato del mutuatario e dei suoi eredi, sia da quello del professionista, giustificando fisiologicamente la presenza di tassi d'interesse estremamente elevati³¹, con un periodo di rientro dell'investimento indeterminabile e potenzialmente molto lungo. Altri problemi sono stati individuati in relazione alle disposizioni legislative in materia di diritto vitalizio all'abitazione dell'alloggio da parte del coniuge sopravvissuto, garantito dall'articolo 764 del *Code civil*, problemi tanto più sussistenti quando il coniuge sopravvissuto non sia parte del contratto come co-mutuatario³²; oltre al più circoscritto diritto di godimento annua-

²⁸ N. PÉCOURT, *Les réponses apportées par le prêt viager hypothécaire face aux enjeux du vieillissement de la population*, in «JCP N», 2014, p. 1330.

²⁹ N. RANDOUX, *L'avenir du prêt viager hypothécaire (faut-il l'aménager ou le supprimer ?) (II)*, in «Defrénois», n. 22, 2009, p. 2413.

³⁰ S. PRIGENT, *Prêt viager hypothécaire et solutions alternatives: les éléments du conseil*, in «Defrénois», n. 4, 2009, pp. 414 ss.; L. GALLIEZ, F. POUZENC, *Compléter ses ressources: comparaison entre la vente en viager et le prêt viager hypothécaire*, in «AJDI», n. 5, 2011, pp. 351 ss.

³¹ V. C. GIJSBERS, *L'insuccès du prêt viager hypothécaire*, in «JCP N», 2016, p. 1103: «La pratique fait actuellement état de taux avoisinant les 9% par an pour un capital prêté très inférieur à la valeur de l'assiette hypothécaire (de 15% à 25% selon l'âge de l'emprunteur) si bien qu'à l'issue d'une période de vingt ans, la capitalisation des intérêts ayant fait son œuvre, les héritiers pourraient devoir rembourser une somme jusqu'à cinq fois supérieure au capital emprunté, qui absorbera la totalité de la valeur de l'immeuble».

³² RANDOUX, *L'avenir du prêt viager hypothécaire (faut-il l'aménager ou le supprimer?) (I)*, in «Defrénois», n. 21, 2009, pp. 2277-2278: «Le prêt viager hypothécaire ébranle trop les fondements de la protection du conjoint survivant pour qu'une conciliation puisse être retenue. Si celle-ci était néanmoins choisie, elle ne serait – comme le reste – que poudre aux yeux. Le choix s'impose entre ce mode de stimulation de l'économie et la pertinence des dispositions successorales protectrices récemment votées».

le gratuito che l'articolo 763 garantisce in ogni caso al coniuge sopravvissuto sullo stesso immobile³³. Più in generale, il prestito vitalizio ipotecario interferisce in profondità col sistema successorio francese, a rischio di svuotarne il principio generale di continuazione della persona del defunto in quella dell'erede³⁴. Inoltre, risulta menomato il concetto per cui, nei prestiti bancari personali, si presta in primo luogo alla persona, contando sulla sua capacità reddituale, e non soltanto sui suoi beni immobili, per poter far fronte agli obblighi restitutori³⁵.

Nel corso del tempo, quando è ritornata sul prestito vitalizio ipotecario, la dottrina francese ne ha via via ribadito, con una certa costanza, l'insuccesso e l'inadeguatezza – anche confrontato alla preesistente vendita in cambio di rendita vitalizia³⁶ – dando conto di una pratica negoziale decisamente limitata³⁷. Ciò è spiegato con una diffidenza tanto degli istituti creditizi in ragione di un meccanismo dai rischi commerciali importanti³⁸,

³³ J.F. RIFFARD, *Faut-il vraiment sauver le prêt viager hypothécaire?*, in «JCP N», n. 25, 2018; GAYET, *Le logement de la personne âgée comme source de financement des besoins liés à la dépendance*, in «RDSS», n. 4, 2019, p. 644.

³⁴ RANDOUX, *L'avenir du prêt viager hypothécaire (faut-il l'aménager ou le supprimer ?) (II)*, in «Defrénois», n. 22, 2009, pp. 2409-2410: «Or, le prêt viager hypothécaire ne place pas le contractant et ses ayants cause dans la même situation juridique. Certes, ils sont tenus par le même rapport de droit. L'obligation de rembourser, même si elle n'est pas exigible du vivant de l'emprunteur, est née dès la conclusion du prêt. Elle s'impose de la sorte aux héritiers. D'aucuns pourraient d'ailleurs considérer que le recours au terme suspensif n'est qu'un leurre destiné à maintenir l'apparence d'une "continuation de la personne". Dans les faits, on ne peut nier que l'emprunteur jouit et ses héritiers remboursent. Mais, surtout, la rupture d'égalité résulte des textes mêmes. Les modes d'exécution des garanties auxquelles le créancier hypothécaire peut recourir face aux héritiers ne sont pas identiques à ceux qu'il aurait pu utiliser en présence de son contractant initial. Le prêteur peut décider de mettre en œuvre le pacte commissoire ou l'attribution judiciaire après le décès de l'emprunteur alors qu'il ne l'aurait pas pu de son vivant. [...] Y a-t-il pour autant une rupture d'égalité caractérisant une atteinte au principe de "continuation de la personne"? Une réponse affirmative s'impose si la protection offerte à l'héritier, lors de la mise en œuvre de ces modes d'exécution spécialement admis, est moins importante que celle à laquelle le défunt aurait eu droit à la suite de l'application de la procédure de saisie immobilière».

³⁵ GIJSBERS, *L'insuccès du prêt viager hypothécaire*, in «JCP N», 2016, p. 1103; cfr., in Italia, C. DE ROSA, *Dal vaglio del merito creditizio al credito alla cosa. Il ruolo della garanzia immobiliare nell'erogazione del credito*, in «Osservatorio del diritto civile e commerciale», n. 2, 2021, pp. 385 ss.

³⁶ GAYET, *Le logement de la personne âgée comme source de financement des besoins liés à la dépendance*, in «RDSS», n. 4, 2019, p. 643.

³⁷ RIFFARD, *Faut-il vraiment sauver le prêt viager hypothécaire?*, in «JCP N», n. 25, 2018.

³⁸ Malgrado l'intervento della giurisprudenza volto a rendere più sicura la situazione giuridica dell'istituto di credito, stabilendo che l'azione del creditore per ottenere il

per l'incognita della durata di vita del mutuatario e per l'alta probabilità (e non eccezionalità come negli schemi classici di mutuo) che la banca si trovi infine a dover realizzare la garanzia immobiliare, con i relativi tempi e costi, quanto dei consumatori in ragione degli altissimi tassi d'interesse previsti³⁹.

4. *La tecnica normativa: somiglianze e differenze*

Le modalità con cui il legislatore italiano del 2015 e quello francese hanno accolto il prestito vitalizio ipotecario appaiono fondamentalmente simili, con una diversa distribuzione delle regole tra fonte legislativa e regolamentare. La scelta francese è stata sin da subito di più ampio respiro e più puntuale (per esempio, prevedendo possibili rimborsi anticipati e parziali), laddove la genericità e l'approssimazione iniziale del legislatore italiano hanno reso necessaria una riforma radicale⁴⁰ per poter dare almeno un'infrastruttura tecnica dall'apparenza funzionale a un'operazione già in sé problematica nella sua funzione economico-sociale. In entrambi gli ordinamenti, come si è visto, la dottrina ha lamentato l'irrisolto impatto dell'istituto su svariati nodi del diritto delle successioni: come si approfondirà nel prossimo paragrafo, un problema forse più irrisolvibile che irrisolto, fondandosi proprio su una diversa proiezione valoriale dell'istituto importato dal mondo di *common law*. È infatti pure da questo riproporsi delle stesse questioni nei due ordinamenti che può nascere il sospetto che il difetto di coordinamento con i sistemi civilistici tanto italiano quanto francese non sorga esclusivamente da una carente qualità nella redazione dei testi.

Sia in Italia, sia in Francia, l'operazione assume due importanti caratteristiche: la clausola *no negative equity*, già familiare al mercato del Regno Unito, che limita il valore del debito al valore di realizzo dell'immobile dato in garanzia⁴¹; e l'innesto su di essa del patto marciano, che però in Francia ha una forma più limpida e lineare, con la possibilità

rimborso del prestito si prescrive dopo due anni che iniziano a decorrere non dal momento del decesso del finanziato, bensì della conoscenza dell'identità dei suoi successori: *Cass. 1^{re} civ.*, 15 mars 2017, n. 15-27574; *Cass. 1^{re} civ.*, 11 mai 2017, n. 16-13278.

³⁹ GAYET, *Le logement de la personne âgée comme source de financement des besoins liés à la dépendance*, in «RDSS», n. 4, 2019, p. 643.

⁴⁰ A. FUSARO, *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, in «Notariato», n. 2, 2017, p. 122.

⁴¹ CASCIONE, *L'ipoteca inversa tra discipline nazionali e prassi applicative. Esperienze a confronto*, in LOBUONO (a cura di), *Il prestito vitalizio ipotecario*, Torino 2017, pp. 1 ss.

per il creditore di ottenere la proprietà della cosa e, soprattutto, una stima di essa realizzata con modalità che appaiono tali da poter auspicabilmente garantire un'effettiva terzietà⁴². A ciò in Italia si aggiunge il meccanismo del progressivo abbassamento di prezzo nel far pendere ulteriormente l'equilibrio degli interessi dalla parte del finanziatore, a rischio di una svendita del bene il cui valore di mercato non sia stato pareggiato dal crescere del debito, situazione in cui il creditore ha più interesse a vendere in fretta che a vendere bene. Un'altra differenza che salta all'occhio è la non specifica individuazione normativa in Francia di una soglia di età⁴³.

La legislazione francese mostra maggior attenzione per la preservazione di un buono stato dell'immobile, sicché il debitore decade dal beneficio del termine già se rifiuta al creditore l'accesso per assicurarsi del buono stato di conservazione, mentre in Italia si richiede addirittura che l'incuria o la mancanza di adeguata manutenzione abbia già determinato la revoca dell'abitabilità. La legislazione d'oltralpe, inoltre, è particolarmente severa nel prevedere la decadenza dal beneficio del termine, nel caso di versamento periodico di interessi, anche solo al venir meno al versamento puntuale di una sola rata, laddove in Italia la banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive⁴⁴; va precisato però, a tale proposito, che in Francia è specificato tra le regole del contratto in discorso che si può domandare una sospensione o una modifica delle scadenze dei versamenti. Le disposizioni in tema di pubblicità e commercializzazione dell'operazione e in genere la fase precontrattuale appaiono più minuziosamente regolate – con rango legislativo – nel sistema francese, sostanziando la scelta di collocare l'istituto nel *Code de la consommation*, da cui discende l'esclusione espressa che, in tale ordinamento, il prestito vitalizio ipotecario possa servire a finanziare un'attività d'impresa.

5. *Generazioni Kutuzov: uno stesso (discutibile) disegno economico-sociale*

Il diavolo è nei dettagli, si dice, ma forse stavolta è invece soprattutto nell'insieme. È, infatti, proprio da una visione d'insieme che si capiscono

⁴² IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in «Le nuove leggi civili commentate», XXXIX, n. 4, 2016, p. 743.

⁴³ D. CERINI, *Il prestito vitalizio ipotecario: legal transplant in cerca di definizione*, in «Diritto ed economia dell'assicurazione», n. 2, 2006, pp. 503 ss.

⁴⁴ Decreto legislativo n. 385 del 1° settembre 1993, art. 40, c. 2.

i tratti distintivi dell'istituto in analisi, quale si è manifestato in due ordinamenti di *civil law* abbastanza contigui che hanno regolato delle varianti nazionali, tra loro molto simili, del *reverse mortgage* di *common law*. Con qualche sfumatura diversa nella disciplina di diritto positivo, in particolare con il congegno francese che appare un po' più dettagliato, meglio strutturato e più aderente al marciando della tradizione romanistica, il prestito vitalizio ipotecario pone problemi di fondo relativamente simili al di qua e al di là delle Alpi, individuati dagli studiosi dei due Paesi anche nelle ripetute interferenze rispetto al diritto delle successioni, persino con regole che erano state riformate in anni recenti. La radice di tali problemi va dunque probabilmente cercata al di là di una (comunque tutt'altro che irrilevante) migliore o peggiore tecnica normativa. Modernizzare e uniformare internazionalmente alcuni aspetti del diritto delle garanzie può essere in molti casi opportuno, ma resta la questione di fondo, come per ogni riforma rilevante, della direzione di politica del diritto verso cui si sta operando la modernizzazione, e quindi del tipo di bilanciamento di interessi che si sta facendo proprio, in ultima analisi alla luce dei preminenti valori costituzionali.

Il disegno socio-economico che appare sotteso all'introduzione del prestito vitalizio ipotecario sembra ispirato a un'idea del rapporto tra generazioni infuso dello spirito del generale russo Kutuzov, che, incalzato dalle truppe napoleoniche, si ritirava e lasciava dietro di sé città in fiamme, dove gli inseguitori in avanzata, dalle linee di rifornimento sempre più lunghe, avrebbero difficilmente potuto trovare ricovero e provviste. Fuor di metafora, si tratta di quel tipo di idea dei rapporti intergenerazionali che negli USA, dove infatti il *reverse mortgage* è piuttosto diffuso⁴⁵, si sostanzia nell'uso, che risale al mito della frontiera e delle terre 'vergini' da conquistare (*rectius*, da strappare ai popoli nativi), di partire lontani dalla famiglia di origine per andare a cercar fortuna a centinaia di miglia di distanza («500 Miles», nella nota canzone folk). Di tale mito, sembrano sopravvivere oggi, come ampiamente testimoniato dalla stessa letteratura e cinematografia nordamericana, essenzialmente un'acuta incomunicabilità intergenerazionale, un malessere delle classi popolari dovuto alla debolezza dello Stato sociale, e conseguentemente a tutto ciò il combinarsi tutt'altro che virtuoso di giovani costretti a migrare in continuazione da una parte all'altra della Nazione inseguendo aspettative di lavoro tra città sempre più anonime e alienanti – fungibili come fungibili sono le abitazioni via via prese e abban-

⁴⁵ E dove la pratica di operazioni immobiliari molto disinvolve, con cui restavano spesso gabbate le famiglie popolari con le loro aspirazioni, si trova già dettagliatamente descritta nella 'giungla' urbana descritta da Upton Sinclair.

donate – e anziani, abbandonati a se stessi, che cercano di trarre liquidità dagli averi rimasti loro, per non cadere nell'indigenza; giovani e anziani, in ogni caso, esistenzialmente soli e perennemente indebitati.

Anche nei periodi più bui e miseri della storia del nostro Paese, il tessuto familiare e la solidarietà intergenerazionale non sono complessivamente venuti meno. Il risparmio delle famiglie e il conseguimento dell'aspirazione alla casa, costituzionalmente riconosciute e incentivate, hanno caratterizzato i decenni successivi all'ultima guerra, mentre per affrontare i bisogni sanitari e le altre necessità della terza età si andava via via sviluppando, in Italia come in Francia, il sistema dello Stato sociale, attraverso una progressione di conquiste sotto l'impulso della classe lavoratrice: e il combinarsi di tutto ciò ha permesso finalmente un aumento della mobilità sociale. L'importazione normativa nel nostro sistema del prestito vitalizio ipotecario, derogando a una regola di buona fede, solidarietà ed etica sociale come il divieto di anatocismo, deve dunque leggersi non come la mera importazione tecnica di un istituto settoriale di successo nel mondo anglosassone, ma come un tassello di quella tendenza generale, d'ispirazione neoliberalista, che, negando la società in nome dell'astratto individuo, vuole ridimensionare la solidarietà sociale, il *welfare state*, e, in alternativa a esso, propone agli anziani di 'bruciare' gli immobili di famiglia, allentare o rompere il legame tra le generazioni, rinunciare a trasmettere l'alloggio, col valore anche spirituale del tramandarsi dell'*oikos*, offrire distanza e indifferenza ai figli e ai nipoti, per riceverne ovviamente altrettanta indifferenza. Si è giustamente osservato che «Il prestito vitalizio ipotecario [...] riflette, a livello sistemico, un vero e proprio mutamento antropologico che si consuma con il passaggio dal paradigma dell'uomo "produttore" a quello che viene abitualmente definito "soggetto imprenditoriale" o "uomo indebitato". [...] Il prestito vitalizio ipotecario [...] presuppone la trasformazione dei diritti sociali in debiti sociali, quindi in debiti privati, e ne assicura, grazie al ruolo centrale svolto dall'ipoteca, l'inserimento in un circuito di autovalorizzazione del capitale estorsivo e autoreferenziale. Non meno significativa è poi la testimonianza che il prestito vitalizio offre [...] di un'ulteriore trasformazione messa in campo dalla razionalità neoliberalista e cioè la cancellazione di qualsiasi progettualità associata ad una visione di lungo periodo»⁴⁶. Non è un caso che, più scaltri del legislatore, gli anziani delle classi popolari abbiano reagito, tanto in Italia quanto in Francia, boicottando nei fatti il nuovo

⁴⁶ IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in «Le nuove leggi civili commentate», XXXIX, n. 4, 2016, pp. 733-734.

prestito, restandone alla larga⁴⁷, ricorrendo piuttosto ad ogni altro sacrificio (o comunque a forme di prestito più tradizionali e prevedibili) anche a fronte dell'anticostituzionale contrarsi dell'assistenza sociale.

Beninteso, ovviamente possono esistere situazioni, per esempio in assenza di discendenti (o di altri parenti prossimi con cui vi siano forti legami affettivi), in cui effettivamente la conversione dell'immobile in liquidità appare una scelta razionale, che non ha motivo di trovare freni nel sentimento di solidarietà familiare. Ma schemi contrattuali (come, in Francia, la vendita in cambio di una rendita vitalizia)⁴⁸ per soddisfare occasionalmente questi bisogni, attraverso contratti tra privati, sono sempre esistiti, laddove la volontà d'introdurre una figura come il prestito vitalizio ipotecario con l'intento di farne oggetto di offerta sistematica da parte degli istituti bancari non può che testimoniare una certa latente volontà (ad ora, fortunatamente, disattesa) d'incentivare su più larga scala l'erosione del piccolo patrimonio immobiliare (a favore di grandi concentrazioni proprietarie), col relativo conseguente affievolimento dei legami di solidarietà intergenerazionali, per far fronte al taglio delle prestazioni sociali. Insomma, come presunta risposta alla perniciosa combinazione di assottigliamento dei salari e pensioni rispetto ai profitti e taglio al *welfare state*, si propone di rinunciare anche alla piccola proprietà immobiliare popolare, intergenerazionale, delle abitazioni, di fatto in favore della grande rendita immobiliare: un ennesimo passo indietro verso gli squilibri sociali più marcati del diciannovesimo secolo in Europa, o verso un'americanizzazione delle nostre società proprio negli aspetti più sgradevoli della società statunitense.

6. Osservazioni conclusive sull'importazione del prestito vitalizio ipotecario in Italia: confermando i rilievi critici

In conclusione, confermando anche alla luce dell'esperienza italiana

⁴⁷ Sul caso italiano, all'indomani della riforma, v. le osservazioni di E. FORNERO, M.C. ROSSI, M.C. URZÌ BRANCATI, *Explaining Why, Right or Wrong, (Italian) Households Do Not Like Reverse Mortgages*, in «Journal of Pension Economics and Finance», XV, n. 2, 2016, pp. 180 ss.; A. BALDINI, M. CAUSI, *Il nuovo prestito vitalizio ipotecario: si svilupperà anche in Italia un mercato di strumenti finanziari per gli anziani?*, in «Bancaria», LXXII, nn. 7-8, 2016, pp. 68 ss.; sul caso francese, A. MASSON, *L'épargnant propriétaire face à ses vieux jours*, in «Revue française d'économie», XXX, n. 2, 2015, pp. 129 ss.

⁴⁸ Per l'Italia, cfr., recentemente, Cass. civ., Sez. II, 10 ottobre 2023, n. 28329.

quanto già si era osservato alcuni anni fa a proposito della Francia, l'importazione del prestito vitalizio ipotecario appare emblematica di come non dovrebbe avvenire la circolazione di modelli giuridici ad opera del legislatore: senza uno studio attento delle differenze tra il tessuto economico-sociale della società di provenienza e di quella di arrivo (diversa propensione all'indebitamento, diversa mobilità delle popolazioni all'interno del Paese, diversi rapporti familiari, diverso sistema pensionistico, sanitario, ecc.), senza uno studio attento delle differenze tra il tessuto normativo di provenienza e quello di arrivo (ritrovandosi a dover riscrivere i connotati dell'istituto dopo dieci anni, e comunque senza riuscire a risolvere tutti gli attriti col sistema successorio codicistico), senza un raccordo razionale tra testi normativi persino emanati in tempi tra loro vicini (per esempio, difetto di coordinamento con la legge n. 76 del 20 maggio 2016 in materia di unioni civili e convivenze di fatto). E, soprattutto, senza un'accurata valutazione sul se e come l'introduzione di un istituto dalle delicate implicazioni sociali si innesti nel disegno sociale costituzionale.

Si è cercato di mostrare, nel presente contributo, come il prestito vitalizio ipotecario, come «strumento contrattuale contro la crisi economica»⁴⁹, sia perfettamente congeniale alla visione neoliberista, che vorrebbe dissolvere nell'individuo in perenne competizione, collocato in un eterno presente, la società e i corpi intermedi solidali, che invece esistono in una dimensione storica di continuità intergenerazionale. Al di là delle simpatie politico-ideologiche individuali, è comunque utile rimarcare, come dato giuridico degno di attenzione, che questa visione non si innesta, ma anzi si discosta e collide con il complessivo disegno socio-economico costituzionale italiano, nel quale, tra l'altro, si prevede all'art. 47 che «la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme» e «favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione» e all'art. 31 che «la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi». Pertanto, orientamenti normativi che promuovono la diffusione sul mercato di categorie di operazioni fondate sull'affievolimento della solidarietà intergenerazionale, sul ridimensionamento del risparmio popolare e dell'accesso popolare all'abitazione sembrano muoversi nella direzione opposta a quella dettata dalla Carta costituzionale. Come sopperire dunque ai bisogni della terza e quarta età, di quelle generazioni che, con il loro duro lavoro, hanno costruito

⁴⁹ RUSSO, *I nuovi strumenti contrattuali contro la crisi economica: il prestito vitalizio ipotecario*, in «Studium Iuris», XXIV, n. 3, 2018, pp. 297 ss.

il benessere materiale del Paese, per sé e per i propri discendenti? Ancora una volta, viene in soccorso la Costituzione, con l'art. 30 che ci ricorda che «i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria»: dunque, sono auspicabili politiche pubbliche che possono essere finanziate in vario modo, ma che non dovrebbero tradursi – almeno per quel che riguarda le soluzioni di ordine generale offerte sistematicamente ai soggetti in età avanzata – in un *business* da lasciare alle logiche individualistiche del mercato privato, scaricando sulle spalle del – già gravemente eroso dal succedersi di crisi economiche – piccolo risparmio privato la previdenza sociale e l'assistenza sanitaria.

Antonio Carratta

Garanzia e processo civile

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La garanzia nella ricostruzione di Piero Calamandrei – 3. La posizione di Giuseppe Chiovenda – 4. La chiamata in garanzia e il cumulo (condizionato) di domande o azioni – 5. Le ipotesi di garanzia «sostanziale» che giustificano la garanzia «processuale» – 6. L'intervento delle Sezioni unite del 2015 e il superamento della distinzione fra garanzia c.d. propria e garanzia c.d. impropria – 7. Differenze strutturali della garanzia e possibili ricadute processuali – 8. La posizione processuale del garante e i suoi poteri – 9. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Se «garante è colui, che deve difendere un altro, e guarentire il successo della difesa, ed in caso di non fatta o non riuscita difesa assumere egli medesimo le conseguenze dell'esito in luogo del garantito, o in via preventiva, o in via di riparazione e d'indennità»¹, è inevitabile che l'istituto sostanziale della garanzia abbia significative implicazioni di diritto processuale. La riprova di ciò si ha nel fatto che più di una disposizione del codice di rito, in modo espresso, prende in considerazione quest'istituto per trarne le dovute conseguenze processuali (artt. 32, 106 e 108 c.p.c.). E questo perché l'esistenza sul piano sostanziale di una situazione giuridica, di origine legale o negoziale, in base alla quale un determinato soggetto (garante) assume l'obbligo di tenere indenne un altro soggetto (garantito) dalle conseguenze negative derivanti dalle legittime pretese di un terzo, non può non assumere rilevanza in sede processuale quando queste legittime

¹ Così si esprime M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, vol. I, t. 1, *Procedura civile*, Torino 1864, p. 225. In termini non dissimili v. anche P. CALAMANDREI, *La chiamata in garanzia: studio teorico-pratico di diritto processuale civile*, Milano 1913, ora in *Opere giuridiche*, vol. V, *La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove*, Roma 2019, p. 9 (da cui si cita), per il quale «Garantia è la difesa in giudizio, volta a respingere una domanda di un terzo o a sostenere una domanda contro un terzo, e il risarcimento del danno derivante dalla non fatta o non riuscita difesa, che una persona, chiamata garante, è obbligato a prestare, per legge o per convenzione, a un'altra persona, chiamato garantito».

pretese del terzo siano oggetto del giudizio. Non foss'altro per il fatto che, se il processo non consentisse che di quella particolare situazione giuridica si tenga conto, si priverebbe il garantito di prerogative di cui, invece, dispone in modo pieno sul piano sostanziale. Quindi, sebbene istituto di natura sostanziale, che mira a rinforzare la situazione giuridica del creditore, evitandogli i rischi connessi al suo eventuale inadempimento², il rapporto di garanzia assume inevitabilmente anche connotati tipicamente processuali³.

Ciò comporta, tuttavia, che lo stesso oggetto del giudizio, originariamente definito dalla pretesa del terzo nei confronti del garantito, si allarghi anche al rapporto accessorio da cui la situazione giuridica di garanzia origina, con il solo fine di ottenere che – ove mai la conclusione del giudizio instaurato dovesse vedere l'accoglimento della pretesa del terzo – le conseguenze di ciò non ricadano sul garantito, ma sull'obbligato in garanzia, come sarebbe accaduto se quelle stesse conseguenze si fossero prodotte in sede stragiudiziale. Per ottenere questo risultato il legislatore processuale ha dovuto riconoscere in capo al garantito una diversa azione, da affiancare in via accessoria all'azione principale, esercitata dal terzo pretendente, e finalizzata a riversare sul garante le conseguenze patrimoniali dell'accoglimento di tale azione principale. Ma ha dovuto anche, di conseguenza, adattare a questa situazione del tutto particolare alcuni istituti propri del processo civile, ai quali la dottrina processual-civilistica ha dedicato ampia attenzione nel corso del tempo⁴.

² Per la sottolineatura di questo profilo sostanziale v., in modo particolare, S. LA CHINA, *La chiamata in garanzia*, Giuffrè, Milano 1962, p. 138 ss.; A. MONTEL, voce *Garanzia*, in *Nss. Dig. It.*, vol. VII, Torino 1968, p. 742 ss.; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano 1979, p. 207; L. PIAZZA, voce *Garanzia: I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma 1989, p. 1; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino 1995, p. 21 s.; B. GAMBINERI, *Garanzia e processo*, vol. I, *Fattispecie e struttura*, Milano 2002, p. 6 ss.

³ F. CARNELUTTI, *Note in tema di competenza per garanzia*, in «Riv. dir. comm.», II, 1921, p. 305 ss., poi in *Studi di diritto processuale*, vol. I, Padova 1925, p. 181 ss. (da cui si cita); G. FRANCHI, *Della competenza per connessione*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da E. Allorio, vol. I, t. 1, Torino, 1973, p. 300 ss.; GAMBINERI, *Garanzia e processo*, cit., p. 219 ss.

⁴ V., con riferimento al c.p.c. del 1865, CALAMANDREI, *La chiamata in garanzia: studio teorico-pratico di diritto processuale civile*, cit.; S. LESSONA, *Sulla così detta garanzia impropria*, Città di Castello, 1922; CARNELUTTI, *Note in tema di competenza per garanzia*, cit., p. 181 ss.; con riferimento al c.p.c. del 1942 v. G. TARZIA, *Sulla nozione di garanzia impropria*, in «Giur. it.», I, 2, 1956, p. 323 ss.; V. DE PETRIS, voce *Connessione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano 1961, p. 13 ss.; LA CHINA, *La chiamata in garanzia*, cit., p. 138 ss.; ID., voce *Garanzia (chiamata in)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, p. 466 ss.; A. PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in «Foro it.».

2. La garanzia nella ricostruzione di Piero Calamandrei

A dire il vero, in ambito processual-civilistico si deve a Calamandrei un primo compiuto inquadramento dell'istituto della garanzia e risale al 1913⁵, anche se prima di lui ovviamente il tema era stato già affrontato pur in modo meno approfondito.

L'idea di Calamandrei era che la chiamata in garanzia si concretizzasse sostanzialmente nella difesa in giudizio del garante e, solo in caso di esito negativo della difesa stessa o di rifiuto del garante a difendersi in giudizio, determinasse il suo obbligo di adempiere, quasi come una sorta di sanzione derivante dall'insuccesso della difesa o dalla mancata difesa dello stesso garante. L'attenzione di Calamandrei, quindi, si concentrava prevalentemente sull'aspetto processuale della garanzia, intesa, usando le parole dell'Autore, quale «difesa in giudizio volta a respingere una domanda di un terzo o a sostenere una domanda contro un terzo, e il risarcimento del danno derivante dalla non fatta o non riuscita difesa che una persona, chiamata garante, è obbligata a prestare per legge o per convenzione, ad un'altra persona, chiamata garantito»⁶. Ed infatti, secondo una simile impostazione, il garante «non è obbligato a *impedire che contro il garantito sorgano molestie giudiziarie* (nel qual caso il solo sorgere della molestia giudiziaria renderebbe il garante inadempiente), ma soltanto a *difendere in giudizio il garantito dalla molestia giudiziaria appena sorta* (cosicché il garante è inadempiente sol quando si rifiuta di prestar la difesa o quando non riesce a prestarla efficacemente)»⁷.

Questa, del resto, era la convinzione della dottrina processual-civilistica che prima di lui si era occupata del tema.

È così, ad es., Matteo Pescatore scriveva che «Garante è colui, che deve difendere un altro, e guarentire il successo della difesa, ed in caso di non fatta o non riuscita difesa assumere egli medesimo le conseguenze dell'esito in

I, 1985, p. 2395 ss.; C. ALLADIO, *Sulla legittimazione del garante improprio ad impugnare la sentenza che decide sulla causa principale*, in «Riv. dir. proc.», 1987, p. 218 ss.; G. FABBRINI, voce *Connessione: I) Dir. proc. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma 1988, p. 1 ss.; G. MONTELEONE, voce *Garanzia: II) Chiamata in garanzia (dir. proc. civ.)*, *ibidem*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.; G. COSTANTINO, voce *Garanzia (chiamata in)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VIII, Torino 1992, p. 596 ss.; A. ROMANO, *Sulla dubbia utilità della nozione di garanzia impropria e su alcune conseguenze del suo impiego*, in «Riv. dir. proc.», 1998, p. 940 ss.; GAMBINERI, *Garanzia e processo*, cit., p. 168 ss.; S. MENCHINI, voce *Chiamata in garanzia (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line Treccani*, 2017.

⁵ CALAMANDREI, *La chiamata in garanzia*, cit.

⁶ *Ivi*, p. 3.

⁷ *Ivi*, p. 11 s.

luogo del garentito, o in via preventiva, o in via di riparazione e d'indennità»⁸. Così anche Luigi Mattiolo, per il quale «Garante è colui, che deve difendere un altro, e tenerlo indenne dalle conseguenze della non fatta o non riescita difesa»⁹. Lodovico Mortara, poi, precisava che al vocabolo 'garantia' dev'essere attribuito il significato specifico di «assicurazione del pacifico godimento di una cosa o di un diritto; o in modo più ampio della immunità da molestie di diritto, con la inseparabile sanzione correlativa del ristoro dei danni e delle altre conseguenze pregiudizievoli che dalla molestia subita fossero derivate»¹⁰.

Come emerge chiaramente già da queste prime battute il tema della garanzia nel processo civile impatta su due profili fondamentali: il diritto di difesa del terzo garante e l'estensione a lui degli effetti del giudicato.

Chiarissime in questo senso sempre le parole di Calamandrei: «La chiamata in garanzia è l'istituto processuale in forza del quale chi è parte di una causa vertente sopra un oggetto per cui un terzo gli deve garanzia (questione di molestia), chiama in causa questo terzo *per metterlo in grado di prestare spontaneamente la difesa e per estendere anche a lui gli effetti del giudicato*; e, in revisione che il terzo neghi di essere tenuto alla difesa, o, pur acconsentendo a prestarla, resti soccombente, chiede, allo stesso giudice investito della questione di molestia, che dichiari il terzo tenuto a prestare la difesa (azione di difesa) e a risarcire il danno derivante dalla non fatta o non riuscita difesa (azione di regresso)»¹¹.

In buona sostanza, siccome il garante, fin dal momento in cui sorge l'obbligazione di garanzia, ha l'obbligo di difendere in giudizio il garantito (quindi, un'obbligazione di *facere*), il suo coinvolgimento in giudizio servirebbe proprio per consentirgli di adempiere al meglio a tale obbligo e di subire, nel caso che la difesa non venga svolta dal garante o abbia esito negativo, la tramutazione dell'obbligazione di *facere* in un'obbligazione risarcitoria dei danni conseguenti in capo al garantito. È facile rilevare che, nell'ambito di tale impostazione, l'obbligazione risarcitoria non ha carattere principale all'interno della struttura del rapporto di garanzia, ma solo «sussidiario, condizionato, eventuale», in quanto essa diviene attuale solo quando il garante si rifiuti di prestare la sua attività difensiva o, pur prestandola, non consegua gli effetti sperati, determinando la soccombenza del garantito¹².

⁸ PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, cit., pp. 225-231.

⁹ L. MATTIOLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. III, Torino 1895, p. 608 ss.

¹⁰ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. III, Milano 1905, p. 514.

¹¹ CALAMANDREI, *La chiamata in garanzia*, cit., p. 81.

¹² *Ivi*, p. 10 s.

In effetti, più avanti nel testo, Calamandrei specifica che l'obbligazione di garanzia si può considerare suddivisa in due distinte azioni, delle quali, una ha ad oggetto la prestazione di un'opera, di un *facere*, e mira all'esecuzione dell'obbligazione principale della difesa in giudizio, mentre l'altra, l'azione di risarcimento (o, più specificamente, di regresso o di rivalsa), mira all'esecuzione di un'obbligazione sussidiaria. Si tratta di azioni che nascono in due momenti distinti, giacché quella di difesa in giudizio nasce con l'inizio del giudizio stesso, mentre l'azione di regresso nasce solo successivamente, in presenza di una sentenza definitiva a carico del garantito. Potrà quest'ultima allora essere proposta in via autonoma o in via incidentale attraverso la chiamata in garanzia¹³.

Per completezza del discorso va anche aggiunto che lo stesso Calamandrei rilevava come, accanto alle ipotesi di garanzia propria, nelle quali l'obbligazione principale di *facere* nasce direttamente dall'esistenza di un rapporto contrattuale o dalla espressa previsione di legge, la giurisprudenza del tempo estendesse le regole della chiamata in garanzia a tutti i casi nei quali chi è parte in un giudizio ha contro un terzo soggetto «non un diritto di garanzia vera e propria (difesa processuale), ma un diritto di semplice rivalsa nel caso di soccombenza».

Osservava, infatti, che una parte ragguardevole della giurisprudenza era incline ad affermare il principio generale che «ogniquale volta alcuno sia parte in un giudizio, sapendo che, qualora vi restasse soccombente, avrebbe, per qualunque titolo, diritto di farsi risarcire da un terzo il danno derivatogli da tal soccombenza, nasce in lui contro questo terzo un'azione di garanzia impropria, che può essere nello stesso giudizio esercitata in via incidentale»¹⁴. In questi casi si finiva per trattare alla stregua di un'azione di garanzia quella che è invece una semplice azione di risarcimento o di rivalsa, la quale ultima non avrebbe motivo di godere, a detta dell'Autore, di quelle speciali norme processuali poste a tutela dell'azione di garanzia c.d. propria e che scaturiscono dalla necessità di rendere agevole, in quest'ultima ipotesi, la difesa in giudizio tanto del garante quanto del garantito¹⁵. Infatti, l'estensione della disciplina processuale della garanzia c.d. propria non poteva aversi in quanto queste azioni «mirano unicamente fin dal momento della loro nascita, a conseguire una indennità pecuniaria, mentre l'azione di garanzia, considerata nel suo valore iniziale, mira principalmente al conseguimento della difesa in giudizio e solo in via

¹³ *Ivi*, p. 19 s.

¹⁴ *Ivi*, p. 15 s.

¹⁵ *Ivi*, p. 19 ss.

sussidiaria alla riparazione pecuniaria del danno causato dalla mancanza di questa prestazione principale»¹⁶. Quindi, egli arrivò alla conclusione di escludere dall'ambito applicativo degli artt. 193 e ss. del c.p.c. del 1865 le ipotesi diverse dalla garanzia c.d. propria sulla base della convinzione che la vera azione di garanzia si fondi su un vero e proprio obbligo di difesa in giudizio in capo al garante (da cui può scaturire solo in via sussidiaria la riparazione indennitaria).

3. *La posizione di Giuseppe Chiovenda*

Di diverso avviso era invece Chiovenda, il quale, capovolgendo in qualche modo l'impostazione seguita da Calamandrei, attribuisce all'azione di regresso a seguito della soccombenza del garantito il carattere principale della chiamata in garanzia e riserva alla difesa in giudizio del garante la funzione strumentale di consentire al garante di far valere le proprie ragioni in giudizio per sottrarsi a tale obbligazione. Significative in proposito le parole che egli utilizza proprio per smentire la tesi di Calamandrei dell'obbligo del chiamato di difendere il chiamante, facendo rigettare la domanda contro lui proposta e, in mancanza, risarcirgli i danni: «o il chiamante ha torto, e non si può concepire un obbligo giuridico di fargli aver ragione: o ha ragione, ed è obbligo del giudice di riconoscerla, non del chiamato farla riconoscere»¹⁷. Di conseguenza, aggiunge ancora Chiovenda, «l'azione di

¹⁶ *Ivi*, p. 14. Tuttavia, vale la pena di osservare – anche alla luce di quello che diremo nel prosieguo – che l'art. 198 c.p.c. 1865 aveva contenuto ben diverso dall'attuale art. 106 c.p.c. e si limitava a prevedere che «nei casi di *garanzia per azioni reali*, il garante può assumere la causa del convenuto, e questi può chiedere di essere messo fuori di causa». In presenza di una simile formulazione può comprendersi la conclusione alla quale pervenne Calamandrei. Peraltro, egli già aveva proceduto ad un certo allargamento della nozione di garanzia («propria») ammettendo – nonostante la lettera del citato art. 198 – che la garanzia («propria»), con le conseguenze processuali di cui al citato art. 198, può derivare o «dalla trasmissione di un diritto, per la quale colui che ha trasmesso deve assicurare all'acquirente la interezza del vantaggio sperato» o «da un vincolo di coobbligazione che dà luogo fra coloro che vi sono soggetti a ragioni di rivalsa parziale o totale, dopo il soddisfacimento del creditore comune» (*Ivi*, p. 7).

¹⁷ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923, p. 967, in nota 2, dove viene anche osservato che «nemmeno si può parlare della *promessa del fatto d'un terzo* (art. 1129 Cod. civ.); poiché né l'attività del giudice può esser oggetto di obbligazione, né di questa promessa è traccia in nessuno dei casi di garanzia, e particolarmente in quelli in cui l'azione di regresso si fonda su un delitto o quasi delitto dle terzo. La terminologia della legge del resto identifica azione *in garantia* e azione *di regresso* (Cod. civ., art. 2120). Ed anche il fatto che

regresso è proposta *condizionatamente*, affinché nell'ipotesi che il chiamante soccomba di fronte al suo avversario, il chiamato non soltanto si trovi (come nella semplice *litis denuntiatio*) nella impossibilità di disconoscere in questa soccombenza il presupposto della sua responsabilità, essendo stato in grado di difendersi, ma sia *contemporaneamente* condannato a rispondere delle conseguenze di tale soccombenza»¹⁸.

Secondo l'impostazione delineata da Chiovenda, dunque, la chiamata in garanzia si riduce, in sostanza, nell'esercizio anticipato ed eventuale dell'azione di regresso in vista della possibile soccombenza in giudizio del chiamante. In netta divergenza rispetto alla nozione per così dire prettamente processuale, incentrata sull'obbligo del garante di difendere il garantito nel giudizio di molestia, la teoria di Chiovenda pone le premesse per una più ampia applicazione dell'istituto della chiamata in garanzia, ma anche per un diverso concetto di garanzia. Infatti, se la figura giuridica del garante pare essenzialmente esaurirsi nella nozione di soggetto responsabile per l'eventuale soccombenza del garantito, si può ben comprendere per quale ragione Chiovenda sia indotto a ritenere «arbitraria» la restrizione del campo della chiamata in garanzia ad alcuni soltanto dei casi di «responsabilità» (quali le ipotesi derivanti da trasmissione di diritti e da vincolo di coobbligazione)¹⁹.

Afferma sul punto l'Autore: «chiunque col fatto proprio espone altri ad una azione e risponde della sua soccombenza nella lite, può essere chiamato a rispondere nella stessa lite; la ragione dell'istituto lo consente ugualmente in tutti i casi». Ed ancora: «chi è convenuto in un'azione di risarcimento di danni per il fatto di una terza persona, può chiamare in garanzia questa terza

l'azione in garanzia può essere *separata* dalla principale (art. 199, 422, 449 Cod. proc. civ.), dimostra che l'azione in garanzia non è se non l'azione di regresso anticipata *in eventum*».

¹⁸ *Ivi*, p. 967.

¹⁹ Secondo l'impostazione seguita da Calamandrei (CALAMANDREI, *La chiamata in garanzia*, cit., p. 14 ss. e p. 117 ss.), che, però, come s'è visto, si basava sull'idea che per la chiamata in garanzia occorresse l'esistenza di una obbligazione di garanzia e dunque che tra il garante e il terzo, controparte del garantito, dovesse necessariamente esistere un precedente rapporto giuridico (*ivi*, p. 259 ss.). Rileva Chiovenda, anzitutto, che nei casi di coobbligazione solidale «non può ravvisarsi questa assunzione d'un obbligo di garanzia» (CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 968, in nota 1) e che neppure l'idea che tra il garante e il terzo debba sussistere un precedente rapporto appare fondata. In proposito egli osserva anche – come meglio puntualizzato nel testo – che «chi è convenuto in un'azione di risarcimento di danni per il fatto di una terza persona (art. 1153 Cod. civ.), può chiamare in garanzia questa terza persona, benché estranea al suo avversario e benché non abbia assunto l'obbligo di difendere alcuno; perché è conveniente, sia che si decida una sola volta se il fatto dannoso e il danno si sono verificati, sia che colui che per causa del terzo è condannato, ottenga insieme la condanna del terzo a rivalerlo» (*ivi*, p. 968, in nota 1).

persona, benché estranea al suo avversario e benché non abbia assunto l'obbligo di difendere alcuno; perché è conveniente, sia che si decida una sola volta se il fatto dannoso e il danno si sono verificati, sia che colui che per causa del terzo è condannato, ottenga insieme la condanna del terzo a rivalerlo»²⁰.

Il pensiero di Chiovenda circa il contenuto e la funzione della chiamata in garanzia ha senza dubbio esercitato una influenza determinante sulla dottrina di epoca successiva in materia. La preminenza accordata alla funzione che si può definire indennitaria della garanzia e la correlativa accentuazione dell'importanza primaria dell'azione di regresso furono, infatti, successivamente sostenute da altri autorevoli studiosi, quali, per citarne soltanto alcuni, Carnelutti, Betti, Liebman, Allorio²¹ e sarebbero diventate predominanti anche alla luce del codice di procedura civile del 1940-42. Non anche, però, la sostanziale uniformità, dal punto di vista dell'applicazione processuale, fra garanzia propria e garanzia impropria, che, invece, come vedremo, verrà definitivamente superata solo nel 2015 grazie ad un intervento nomofilattico delle Sezioni unite della Cassazione.

Ma procediamo con ordine.

4. *La chiamata in garanzia e il cumulo (condizionato) di domande o azioni*

Acquisito, dunque, che la chiamata di garanzia ha la funzione in qualche modo prenotativa delle ricadute negative sul garante dell'eventuale soccombenza del garantito, occorre andare a vedere sia pure brevemente come opera questo meccanismo all'interno del contesto processuale.

La pretesa di garanzia si manifesta nel processo, normalmente, mediante la chiamata in garanzia (art. 106 c.p.c.)²².

Con quest'atto viene proposta in via condizionata (ossia, subordinata all'eventuale soccombenza del convenuto debitore-principale) una domanda (ed è esercitata un'azione), che si aggiunge a quella originaria, avente ad oggetto il diritto sostanziale di manleva o di rivalsa, in forza del quale il garante deve rispondere dell'eventuale soccombenza del garantito nella controversia principale.

²⁰ *Ivi*, p. 968, testo e nota 1.

²¹ CARNELUTTI, *Note in tema di competenza per garanzia*, cit., p. 181 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936, p. 498 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, rist. 1992, p. 211; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 1992, p. 177 ss.

²² COSTANTINO, voce *Garanzia (chiamata in)*, cit., p. 596 ss.

Il convenuto della causa principale chiama in giudizio il garante, allo scopo di essere tenuto indenne rispetto alle (eventuali) conseguenze pregiudizievoli, che è destinato a subire in ipotesi di esito per lui sfavorevole della lite originaria.

Sennonché, la chiamata in causa su iniziativa del convenuto non costituisce l'unico strumento per far valere giudizialmente la garanzia e il corrispondente rapporto giuridico.

È possibile che il cumulo processuale tra la controversia principale e quella di garanzia sia realizzato tramite l'operare di istituti diversi rispetto a quello previsto dall'art. 106, quali, ad es., la chiamata in causa del garante per ordine del giudice, ai sensi dell'art. 107, o la riunione delle controversie proposte separatamente, in applicazione degli artt. 40 e 274 c.p.c.

Può anche accadere, però, che i giudizi si svolgano in modo autonomo o contestualmente, non essendone stata disposta la riunione, o uno dopo l'altro, essendo sempre possibile che la lite di garanzia venga introdotta dopo il passaggio in giudicato della sentenza che ha riguardato quella principale.

Inoltre, è anche consentito che il garante prenda parte al processo originario, senza che sia spiegata contro di lui l'azione di manleva (o di regresso); in questo caso, è realizzato un cumulo soltanto soggettivo.

Ciò si avrà tutte le volte che il terzo è citato in giudizio, senza che sia proposta nei suoi confronti alcuna domanda, al solo fine di provocarne la partecipazione a questo, in modo da opporgli, nel successivo processo di rivalsa, la sentenza che verrà resa in ordine alla lite principale²³.

5. Le ipotesi di garanzia «sostanziale» che giustificano la garanzia «processuale»

Premesso che l'individuazione dei casi in cui «si risponde della soccombenza altrui è questione di diritto sostanziale»²⁴, va rilevato che diverse sono le fattispecie sostanziali in cui ricorre il diritto di un soggetto ad essere garantito da un altro soggetto e con riferimento alle quali, di conseguenza, si apre la possibilità che trovi applicazione la disciplina processuale sulla chiamata in garanzia²⁵.

²³ PROTO PISANI, *Appunti sui profili processuali della garanzia*, in «Foro it.», I, 2016, c. 2201 ss., spec. c. 2203 s.; GAMBINERI, *Una sentenza storica in tema di chiamata in garanzia*, *ibidem*, c. 2195 ss.

²⁴ Così CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 967.

²⁵ Per l'analisi più approfondita delle diverse fattispecie di garanzia sostanziale v., per tutti, GAMBINERI, *Garanzia e processo*, cit., p. 38 ss.

Anzitutto, nei contratti di trasferimento di diritti, non soltanto reali ma anche di credito, il cedente deve garantire il cessionario circa la titolarità e l'esistenza del diritto ceduto. Basti pensare in questo caso alla garanzia per evizione, che, ai sensi dell'art. 1470 c.c., si accompagna, per legge, al trasferimento della proprietà di una cosa o di un altro diritto verso il corrispettivo del prezzo a mezzo del contratto di compravendita. In conseguenza del sorgere *ope legis* della garanzia per evizione l'art. 1485 c.c. stabilisce che il compratore convenuto da un terzo, che pretende di avere diritti sulla cosa venduta, deve chiamare in causa il venditore, allo scopo di essere difeso dalla domanda avanzata dal terzo e, se il compratore subisce l'evizione totale o parziale della cosa, il venditore è tenuto a restituire al compratore, in tutto o in parte, il prezzo pagato, a rimborsarlo delle spese e dei pagamenti compiuti in esecuzione del contratto e a risarcirlo del danno subito (artt. 1483, 1484, 1479 c.c.). Aggiunge il 1° comma dell'art. 1485 che, in difetto di chiamata in causa del garante, il compratore «perde il diritto alla garanzia, se il venditore prova che esistevano ragioni sufficienti per far respingere la domanda».

Una seconda ipotesi che emerge sul piano sostanziale e che giustifica la chiamata in garanzia in sede processuale è quella dell'esistenza di un'obbligazione fideiussoria. Ai sensi dell'art. 1936 c.c., infatti, il fideiussore si obbliga verso il creditore a garantire l'obbligazione del debitore, restando inteso che egli ha poi diritto di richiedere al debitore principale tutto quanto pagato al creditore nell'interesse di questo (artt. 1950-1952 c.c., regresso del fideiussore contro il debitore principale).

Una terza ipotesi è quella delle obbligazioni solidali dal lato passivo. In presenza di un vincolo di solidarietà, il debitore che ha pagato l'intero debito può ripetere dai condebitori la parte di ciascuno di essi (art. 1299 c.c., rivalsa tra condebitori).

Una quarta importante ipotesi è quella dell'assicurazione per la responsabilità civile. Stabilisce l'art. 1917, 1° comma, che «l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto». E lo stesso schema trova applicazione anche con riferimento all'assicurazione in favore del datore di lavoro, chiamato dall'INAIL a indennizzare l'infortunio sul lavoro, che si rivalga, conseguentemente, sulla compagnia assicurativa. Anche in questo caso, infatti, non ricorre fra i titoli delle domande un rapporto puramente occasionale, ma è da ritenere unico il fatto generatore della responsabilità²⁶.

²⁶ V., in questo senso, Cass., sez. lav., 15 maggio 2009, n. 11362; Cass., sez. lav., 16 aprile 2014, n. 8898, le quali, di conseguenza, hanno concluso nel senso che il giudice del lavoro, competente per la causa principale, è competente, ai sensi dell'art. 32 c.p.c.,

Infine, la garanzia gioca un ruolo anche nelle vendite a catena. Anche in questi casi il venditore finale, chiamato a risarcire i danni al compratore per vizi o difetti della cosa venduta (art. 1490 c.c.), ha diritto di rivalsa nei confronti del produttore (o del suo dante causa). E lo stesso discorso vale nel caso degli incidenti a catena: il danneggiato finale ha diritto ad essere risarcito dall'autore del suo danno, il quale, a sua volta, potrà rivalersi nei confronti di chi gli ha provocato il danno, fino a risalire al responsabile iniziale del danno.

A conclusione di questa breve carrellata di fattispecie, nelle quali rileva processualmente il rapporto di garanzia, occorre anche aggiungere che oggi non assume più importanza – sempre ai fini delle conseguenti ricadute processuali – la distinzione che soprattutto nel passato, nella vigenza del codice di procedura civile del 1865²⁷, si faceva fra garanzia c.d. formale e garanzia c.d. semplice²⁸. Infatti, pur osservando che «l'essenza giuridica della garanzia

anche a conoscere delle cause connesse per garanzia.

²⁷ Dove, in effetti, l'art. 198 così recitava: «Nei casi di garanzia per azioni reali il garante può assumere la causa del convenuto, e questi può chiedere di essere messo fuori di causa. Quantunque messo fuori di causa, il convenuto ha diritto di assistere al proseguimento di essa per la conservazione dei suoi diritti, e l'attore può domandare che il medesimo vi resti per l'adempimento delle obbligazioni che personalmente lo riguardano». A sua volta, l'art. 260 del codice di procedura civile del Regno di Sardegna 1859 prevedeva espressamente che «La garanzia è *formale* o *semplice*. La garanzia formale si presta assumendo intieramente la causa del convenuto. La garanzia semplice si presta aiutando la difesa del convenuto: chi dà la garanzia semplice ha facoltà d'intervenire in causa e di assumere o non la difesa del convenuto principale, senza pregiudizio però delle obbligazioni che verso il medesimo gli incombono. La garanzia formale si può chiedere in materia reale e ipotecaria, e corrisponde all'obbligo dell'attore, pel caso di evizione, verso chi abbia causa da lui. La garanzia semplice si chiede negli altri casi, e corrisponde all'obbligo d'indennizzare colui che, citato dal creditore, non può esimersi dal rimanere in giudizio come obbligato personalmente».

²⁸ V., ad es., PESCATORE, *Sposizione compendiosa*, cit., p. 225: «Se uno debba essere garentito contro un'obbligazione personale che altri pretenda imporgli, è il caso della garentia semplice; se il garante deve difendere il garantito *nel possesso d'una cosa o nell'esercizio di un diritto*, è il caso della garentia formale»; L. BORSARI, *Sub art. 198*, in *Il Codice italiano di procedura civile annotato*, Napoli-Roma 1872, p. 295 s.; MATTIROLO, *Elementi di diritto giudiziario civile italiano*, vol. III, Roma-Torino-Firenze, 1877, p. 353; ID., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, cit., p. 609 s.; F. RICCI, *Commento al Codice di procedura civile italiano*, vol. I, Firenze 1878, p. 382: «È *garantia formale* quella che si esercita contro un cedente di *diritti reali* ogniquale volta questi vengano contrastati. È *garantia semplice* quella che si esercita contro chi ha con noi la stessa obbligazione di fronte al terzo»; MORTARA, *Manuale della procedura civile*, Roma-Torino-Napoli 1887, p. 181 s.; CALAMANDREI, *La chiamata in garanzia*, cit., p. 14 ss., per il quale «*garantia formale* è la difesa in giudizio che l'alienante di un diritto deve prestare all'acquirente contro tutte le molestie giudiziarie ... volte a impedire il libero esercizio del diritto stesso, e il risarcimento del danno derivante dalla non fatta o non riuscita difesa», mentre «*garantia semplice* è la difesa in giudizio e il risarcimento del danno derivante dalla non fatta o non riuscita difesa che il debitore deve prestare a chi, per essere personalmente obbligato di fronte al

è identica sotto tutte le forme»²⁹, tradizionalmente, «per rispetto alla procedura»³⁰, si distinguevano le ipotesi di garanzia fra quelle nelle quali il garante aveva non solo l'obbligo di tenere indenne il garantito sul piano sostanziale, ma era anche obbligato ad assumere la difesa processuale del garantito, con la conseguenza che questi avrebbe potuto riversare sul patrimonio del garante gli esiti negativi della sentenza resa fra il garantito e il terzo, e quelle nelle quali, invece, l'obbligo del garante rilevava solo sul piano sostanziale³¹. Tale distinzione, in realtà, assumeva rilevanza sul piano processuale «in un punto solo»³², e cioè nel fatto che nei casi di garanzia c.d. formale, benché succedessero «le stessissime cose ... in ordine all'obbligo e al diritto della difesa comune, e alla facoltà, che compete al garantito, di astenersene a rischio del

creditore comune, è convenuto pel pagamento di un debito, faciente carico in definitivo non a lui, ma al garante». Di conseguenza, «mentre, nei casi di garanzia semplice, la controversia tra terzo molestante e garantito verte intorno a un obbligo personale del garantito stesso che sempre figura come convenuto, nei casi di garanzia formale la controversia tra garantito e terzo molestante verte sulla spettanza di un diritto ... Cosicché il *punctum saliens* della disputa è questo: appurare se nell'autore esisteva o no il diritto ch'egli ha trasmesso al garantito, e se, quindi, egli poteva o no disporne come ne ha disposto» (*ivi*, p. 271 ss.); CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 968 ss., per il quale la chiamata in garanzia «dicesi semplice nei casi in cui il chiamante si torva in causa per una obbligazione verso il suo avversario, alla quale corrisponde un obbligo di rivalsa del chiamato verso lui. Ad es. il fideiussore, convenuto in giudizio dal creditore, chiama in garanzia il debitore principale. Oppure: il committente, convenuto per risarcimento dei danni cagionati dal commesso, chiama il commesso in garanzia. O ancora: l'appaltatore, convenuto dal subappaltatore per l'applicazione e il pagamento di maggiori prezzi e compensi, chiama in garanzia il committente». Invece, «la chiamata dicesi *formale* nei casi in cui il chiamante si trova in causa come titolare di un diritto che gli è stato trasmesso dal chiamato e che gli è contestato dall'avversario. Il caso tipico e più frequente è quello del compratore, che chiama il venditore nel giudizio intorno alla proprietà della cosa comprata (art. 1482, 1486, n. 3°, Cod. civ.). Simile è il caso del conduttore che è molestato con un'azione relativa alla proprietà della cosa locata (art. 1581 Cod. civ.)».

²⁹ PESCATORE, *Sposizione compendiosa*, cit., p. 225.

³⁰ *Ivi*, p. 225.

³¹ Tuttavia, ancora per l'utilizzazione di questa distinzione v. B.N. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano 2012, p. 366 s., che richiama, come ipotesi di garanzia formale, l'art. 1485 c.c., in base al quale il compratore convenuto in giudizio dal terzo che pretenda di avere diritti sulla cosa deve chiamate in causa il venditore, affinché quest'ultimo «assuma e gestisca la lite», mentre, come ipotesi di garanzia semplice, l'art. 1298 c.c., in materia di obbligazioni solidali. In senso analogo v. anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 345 ss. Diversa ci pare l'impostazione seguita da GAMBINERI, *Garanzia e processo*, cit., p. 38 ss., la quale definisce ipotesi di garanzia c.d. propria o formale quelle derivanti dal trasferimento di diritti (come, ad es., quelle previste dalla disciplina sulla compravendita: artt. 1485 e 1489 c.c. e tutte quelle riconducibili allo schema della garanzia per evizione) e ipotesi di garanzia c.d. semplice quelle derivanti da vincolo di coobbligazione (come, ad es., nel caso della fideiussione o nei casi di responsabilità solidale *ex* artt. 2049 e 2054 c.c.).

³² PESCATORE, *Sposizione compendiosa*, cit., p. 227.

garante»³³, il garantito, tuttavia, aveva «un diritto di più, ... *di essere messo fuori di causa*, cioè di uscire dal giudizio anche *dirimpetto all'attore principale*, lasciando che il garante, in luogo del primo convenuto che si dimette ed esce, assuma e continui solo la causa contro il rivendicante, il quale non avrà più altro contraddittore che l'intervenuto e subentrante al primo chiamato»³⁴. Eventualità, quest'ultima, che oggi, alla luce dell'art. 108 c.p.c., è stata estesa a tutte le forme di chiamata in garanzia (formale o semplice che sia), limitandosi esso a prevedere che, «se il garante compare e accetta di assumere la causa in luogo del garantito, questi può chiedere, qualora le altre parti non si oppongano, la propria estromissione», ma aggiungendo che, in caso di estromissione del garantito, «la sentenza di merito pronunciata nel giudizio spieghi i suoi effetti anche contro l'estromesso».

6. *L'intervento delle Sezioni unite del 2015 e il superamento della distinzione fra garanzia c.d. propria e garanzia c.d. impropria*

Ora, generalmente si ritiene che nelle ipotesi di garanzia sostanziale, sopra richiamate, ricorra sempre un nesso di pregiudizialità-dipendenza fra l'obbligazione principale e quella accessoria di garanzia: nella fattispecie costitutiva dell'obbligazione di garanzia (e quindi della relativa domanda giudiziale) entra come elemento integrante l'esistenza e validità dell'obbligazione principale³⁵.

In realtà, si rinvengono, innegabilmente, anche aspetti peculiari in ciascuna delle situazioni sostanziali descritte; la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, proprio facendo leva sui tratti distintivi ed anzi valorizzandoli,

³³ *Ivi*, p. 227.

³⁴ *Ivi*, p. 227 (c.vi nel testo), il quale osserva ancora che, nei casi di garanzia c.d. formale, «il primo convenuto, essendo solo chiamato in qualità di possessore della cosa, non ha rapporto alcuno di obbligazione col rivendicante, epperò quando sostituisce e lascia in causa il suo autore a *difendere la cosa*, se ne può partir dal giudizio senza ledere i diritti di alcuno». Tuttavia, siccome in questi casi «il *garantito*, dimesso in modo assoluto dal giudizio, non avrebbe mezzo di sorvegliare il suo interesse», gli viene consentito «di prendere una posizione intermedia: egli impetrerà di *essere messo fuori di causa*, cioè fuori del campo in cui si combatte attivamente tra le due Parti, ma colla facoltà di *assistere* al proseguimento della causa medesima, vale a dire, che vi sarà ancora rappresentato da un procuratore, il quale senza prendere parte attiva all'istruzione e allo svolgimento della causa, avrà diritto di chiedere al procuratore del garante la comunicazione degli atti e dei documenti, e all'uopo, vedendo male indirizzata la difesa, rientrerebbe nel campo della lotta immediatamente di propria autorità senza implorare la sua ammissione colla procedura dell'intervento ordinario» (*ivi*, p. 229).

³⁵ GAMBINERI, *Garanzia e processo*, cit., p. 159 ss. e p. 177 ss.

sono solite ricostruire più categorie di garanzia, attribuendo ad esse discipline processuali non del tutto coincidenti.

La distinzione più rilevante – ne abbiamo accennato prima – è quella fra garanzia propria e impropria. La garanzia propria ricorre in quei casi in cui la struttura tipica dell'azione di garanzia trova giustificazione già nella previsione di una norma o di un contratto, che a monte stabilisce un collegamento fra il rapporto giuridico garantito ed il rapporto giuridico di garanzia. Quindi, nelle ipotesi sopra richiamate siamo in presenza della garanzia propria nel caso, ad es., della garanzia per evizione o in quella da fideiussione o in quella derivante dal contratto di assicurazione per responsabilità civile³⁶ o nella garanzia per il regresso nei confronti dei condebitori nelle obbligazioni solidali.

La garanzia impropria, invece, si rinviene in quelle ipotesi nelle quali l'operare del meccanismo strutturale della garanzia non ha un referente per così dire preliminare ed astratto in una norma o in un contratto che prevede il collegamento fra il rapporto garantito e quello di garanzia, ma emerge in via del tutto occasionale, da una vicenda storica, caratterizzata dalla concatenazione di alcuni specifici fatti. Ed è quel che accade, ad es., nella vendita a catena o dell'incidente a catena.

Ebbene, nel passato la distinzione era utilizzata per giustificare la conclusione secondo cui la disciplina processuale sulla chiamata in garanzia fosse applicabile solo alle ipotesi di garanzia propria e non a quelle di garanzia impropria³⁷. Questo fino a quando le Sezioni unite della Cassazione, nella

³⁶ Cass., sez. un., 26 luglio 2004, n. 13968, in «Foro it.», I, 2005, c. 2385 ss., con nota di Gambineri, *Notizie buone, cattive e pessime in tema di chiamata in garanzia*. Nello stesso senso, successivamente, Cass., 30 novembre 2011, n. 25581; Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707, in «Giur. it.», 2016, p. 580 ss., con mia nota, *Requiem per la distinzione fra garanzia propria e garanzia impropria*, e nota di C. Consolo, L. Baccaglini e F. Godio, *Le Sezioni unite e il venir meno della distinzione tra "garanzia propria" e "garanzia impropria": cosa muta (e cosa no) nella dinamica processuale*. Sulla medesima pronuncia v. anche GAMBINERI, *Una sentenza storica in tema di chiamata in garanzia*, in *Foro it.*, I, 2016, c. 2195 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sui profili processuali della garanzia*, *ibidem*, c. 2201 ss.; R. TISCINI, *Garanzia propria e impropria: una distinzione superata*, in «Riv. dir. Proc.», 2016, p. 835 ss.; MENCHINI, *Chiamata in garanzia e scindibilità o inscindibilità dei giudizi: a proposito di sezioni unite n. 24707 del 2015*, *ibidem*, p. 1071 ss.; L. PASSANANTE, *Litisconsorzio processuale nel giudizio di gravame e chiamata in garanzia*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2016, I, p. 541 ss.; LUISO, *Qualche breve osservazione sulla pluralità di parti nelle impugnazioni dopo Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2022, p. 869 ss.

³⁷ V., ad es., Cass., 16 aprile 2014, n. 8898, per la quale «in tema di competenza per territorio con riferimento alla proposizione dell'azione di garanzia, poiché si ha garanzia propria quando la causa principale e quella accessoria abbiano lo stesso titolo, ovvero quando ricorra una connessione oggettiva tra i titoli delle due domande, e si configura invece la garanzia cosiddetta impropria quando il convenuto tenda a riversare su di un terzo

sentenza n. 24707/2015³⁸, non sono arrivate alla conclusione, abbastanza netta, per cui – come si legge nella massima – «la distinzione tra garanzia propria ed impropria non trova alcun fondamento normativo e ha valore meramente descrittivo. Ricorre una chiamata in causa per ragioni di garanzia ai sensi dell'art. 106, seconda parte, c.p.c. ogni qualvolta un soggetto (garantito) svolga nei confronti del terzo chiamato una domanda di condanna a tenerlo indenne dalle conseguenze patrimoniali derivanti dalla sua soccombenza rispetto alla domanda proposta nei suoi confronti da un terzo». E dunque, che non sussistono ragioni normative per distinguere, in sede processuale, le ipotesi di garanzia c.d. propria da quelle di garanzia c.d. impropria, in quanto nell'un caso come nell'altro con la chiamata in garanzia il garantito vuole estendere anche al garante il giudicato che si formerà sul rapporto principale, facendo ricadere su di lui anche le eventuali conseguenze negative che dovessero derivarne.

Conclusione, questa, già preannunciata da due precedenti pronunce delle stesse Sezioni unite del 2009³⁹ e del 2012⁴⁰, in materia di applicazione dell'art. 6.2 della Convenzione di Bruxelles (ripetuto in maniera identica

le conseguenze del proprio inadempimento in base ad un titolo diverso da quello dedotto con la domanda principale, ovvero in base ad un titolo connesso al rapporto principale solo in via occasionale o di fatto, gli ordinari criteri di competenza territoriale, quali stabiliti dalla legge o contrattualmente indicati dalle parti, non rimangono derogati dalla chiamata in causa del soggetto da cui il chiamante pretenda di essere garantito a titolo diverso da quello dedotto in giudizio». V. anche, nello stesso senso, *ex multis*, Cass., 14 gennaio 2004, n. 429; Cass., 12 dicembre 2003, n. 19050; Cass., 5 agosto 2002, n. 11711.

³⁸ Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707, cit.

³⁹ Cass., sez. un., 12 marzo 2009, n. 5965, nella cui motivazione si legge che «è fermo convincimento di queste Sezioni Unite che, sia pur soltanto ai fini di una corretta individuazione del giudice competente *quoad jurisdictionis*, la distinzione tra garanzia propria e impropria debba essere definitivamente superata». Nello stesso senso Cass., sez. un., 2 aprile 2009, n. 7991, *ibidem*; poi, con riferimento all'art. 6.2 del Reg. CE n. 44/2001, Trib. Bolzano, 11 febbraio 2010, in «Giur. it.», 2011, p. 154 ss., con nota di A. Reistadler, *Note minime in tema di garanzia (propria e impropria) e proroga di competenza nel Reg. (CE) n. 44/2001*. In precedenza, in senso contrario al superamento della distinzione anche ai fini dell'applicazione delle regole di giurisdizione sovranazionale, Cass., Sez. un., 7 agosto 2001, n. 10891, in «Int'l Lis», 3-4, 2003, p. 136, con commento critico di B. Gambineri, *Giurisdizione italiana e chiamata in garanzia: la garanzia impropria continua a mietere vittime*.

In proposito v. anche E. D'ALESSANDRO, *La connessione tra controversie internazionali*, Torino 2009, p. 86 ss., la quale rileva come dalla lettura della Convenzione di Bruxelles del 1968, del Reg. CE n. 44 del 2001 e del Reg. UE n. 1215 del 2001 emerga il superamento della distinzione tra garanzia c.d. propria e garanzia c.d. impropria e riporta, a sostegno di tale tesi, la Relazione *Jenard* di accompagnamento alla Convenzione di Bruxelles, dove, al fine di individuare i limiti applicativi dell'art. 6.2 della stessa Convenzione, viene richiamato l'esempio delle vendite c.d. a catena.

⁴⁰ Cass., sez. un., 28 maggio 2012, n. 8404, che parla di irrilevanza della distinzione tra garanzia propria e impropria ai fini dell'applicazione dell'art. 6.2 della Convenzione di Bruxelles.

dall'art. 6.2 del Reg. CE n. 44/2001 e dall'art. 8.2 del successivo Reg. UE n. 1215/2012) e di deroga ai criteri di competenza giurisdizionale per ragioni di garanzia⁴¹, e poi ribadita dalla successiva giurisprudenza della Suprema Corte⁴².

Con la conseguenza che oggi si ritiene pacificamente che la disciplina processuale sulla chiamata in garanzia si applichi a prescindere dalla natura della garanzia, essendo sufficiente che la chiamata del garante sia giustificata dall'interesse della parte chiamante ad essere ritenuta indenne dall'eventuale soccombenza nella causa.

7. Differenze strutturali della garanzia e possibili ricadute processuali

Sebbene la conclusione assunta dalle Sezioni unite della Cassazione nel 2015 appaia pienamente condivisibile, non convince, tuttavia, la riduzione che i giudici della Suprema Corte hanno fatto della distinzione fra garanzia propria e impropria a una questione meramente descrittiva, tralasciando in questo modo il problema che fin dall'introduzione del codice di procedura civile del 1940-42 ha caratterizzato il dibattito intorno alla chiamata in garanzia del terzo, vale a dire la convinzione, già emersa in sede di lavori preparatori⁴³, che le disposizioni del codice dedicate a tale istituto fossero indirizzate a regolare le sole ipotesi di garanzia propria.

Quanti nel passato hanno sostenuto la necessità che la distinzione fra

⁴¹ Secondo tale disposizione, «qualora si tratti di chiamata in garanzia o altra chiamata di terzo», una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta – in deroga agli ordinari criteri di competenza giurisdizionale – «davanti all'autorità giurisdizionale presso la quale è stata proposta la domanda principale, a meno che quest'ultima non sia stata proposta dolo per distogliere colui che è stato chiamato in causa dalla sua autorità giurisdizionale naturale».

⁴² V., *ex multis*, Cass., 27 novembre 2018, n. 30601; Cass., 13 novembre 2018, n. 29038; Cass., 25 luglio 2018, n. 19714; Cass., 20 giugno 2017, n. 25822.

⁴³ Ci si riferisce alla *Relazione del Guardasigilli* al Progetto definitivo Solmi, dove si legge (n. 106), con riferimento all'art. 118 (corrispondente all'attuale art. 32 c.p.c.) che «questo si dice naturalmente per la garanzia propria che è l'unica presa in considerazione dall'art. 118. Taluno aveva proposto di chiarire questo significato della norma; ma la precisazione mi è sembrata del tutto superflua, dato che il termine *garanzia* ... ha un significato tecnico soltanto se lo si riferisce alla garanzia propria; la stessa espressione *garanzia impropria* dimostra evidentemente che si allude ad un istituto che è fuori del concetto di garanzia» (in A. LUGO-M. BERRI, *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori*, Milano 1942, p. 72).

le due fattispecie di garanzia fosse mantenuta in sede processuale hanno evidenziato come in tali ipotesi – a differenza di quel che accade per la garanzia propria – fra l'azione principale (quella del terzo contro il garantito, per intenderci) e l'azione di garanzia (quella del garantito nei confronti del garante) non vi sia alcuna connessione oggettiva⁴⁴ e che, al più, si configuri una connessione c.d. impropria, una mera identità di questioni, secondo il dettato dell'art. 103, 1° comma, c.p.c. E questo perché la *causa petendi* della prima azione è totalmente diversa dalla *causa petendi* sulla quale si fonda la seconda azione.

Ora, tale rilievo è sicuramente fondato se ci limitiamo ad esaminare separatamente le due azioni (quella principale e quella di garanzia c.d. impropria) nel momento del loro esercizio giudiziale, essendo difficile negare che il diritto fatto valere dal convenuto nell'azione principale nei confronti del terzo (garante «improprio») può sussistere comunque, a prescindere dall'esistenza (o meglio, dall'accertamento dell'esistenza) del rapporto oggetto dell'azione principale.

Sennonché, nel momento in cui il convenuto nel giudizio sull'azione principale chiami in causa il terzo titolare passivo del secondo rapporto e della seconda azione sembra difficile negare che quella semplice identità di questioni iniziale (che rimane tale fino a quando non si configuri un concreto interesse ad esercitare la chiamata del terzo *ex art.* 106 c.p.c.) assuma connotazioni (o influenze) ben più consistenti della semplice identità di questioni; connotazioni tali da consentirne l'accostamento alla connessione oggettiva (in termini di parziale coincidenza della *causa petendi* delle due azioni), che normalmente lega l'azione principale a quella accessoria di garanzia nelle ipotesi di garanzia c.d. propria⁴⁵.

⁴⁴ In questo senso già CALAMANDREI, *La chiamata in garanzia*, cit., p. 260 s.; ma anche LESSONA, *Osservazioni*, in *Foro It.*, I, 1922, c. 937 ss. Di assenza di connessione, nei casi di garanzia c.d. impropria, parlano V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, vol. I, Napoli 1954, p. 111, per il quale, nelle ipotesi di garanzia impropria non vi è «connessione obiettiva di titoli»; TARZIA, *Sulla nozione di garanzia impropria*, cit., p. 326; F. TOMMASEO, *L'estromissione di una parte dal giudizio*, Milano 1975, p. 22; COSTANTINO, voce *Garanzia (chiamata in)*, cit., p. 596 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova 1985, p. 281, in nota 28; ID., *In tema di chiamata in causa in ipotesi di connessione c.d. impropria e di regolamento di competenza nel processo con cumulo soggettivo*, in «Giur. it.», I, 1, 1981, p. 1713; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino 2015, p. 81 s., il quale esclude che la domanda di garanzia impropria (a differenza di quella propria) possa dirsi condizionata o subordinata a quella proposta in via principale.

⁴⁵ Non molto distante da tali considerazioni ci pare il riferimento di LUISO, *Diritto processuale civile*⁸, vol. I, Milano 2015, p. 347, alla sussistenza di una «connessione estrinseca, soprattutto sorgente da collegamenti negoziali», sempre nelle ipotesi di

L'esercizio della chiamata del terzo, infatti, è diretto a consentire che il giudicato che si dovesse formare all'esito del giudizio sull'azione principale (laddove sfavorevole al chiamante) sia da questi opponibile anche al terzo chiamato; ciò che, in assenza della chiamata, non potrebbe in alcun modo verificarsi, perché, appunto, si tratta di due azioni autonome⁴⁶. È difficile negare, cioè, che – sebbene sul piano strutturale si tratti di azioni del tutto autonome – le due azioni siano destinate ad entrare in connessione e ad influenzarsi (la prima in direzione della seconda) nei loro esiti, ove l'interesse ad esercitare la seconda (quella di garanzia c.d. impropria) sia orientato ad ottenere che il chiamante venga sollevato dal chiamato dalle

garanzia c.d. impropria.

In fondo, anche Cass. sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707, cit., nel punto 8.2 della motivazione, rileva che, nel caso delle vendite c.d. a catena, sebbene non sussista alcuna relazione di garanzia normativa fra le diverse operazioni di vendita, tuttavia «nello schema normativo di ciascuna vendita è contemplata invece la garanzia di bontà della *res* come tale, ma non risulta descritta la possibilità che essa sia ceduta dall'acquirente che a sua volta assuma la posizione di venditore ad un terzo e così via. Queste sono eventualità che se si verificano determinano solo in via fattuale, per le azioni risarcitorie esercitate dai successivi acquirenti, l'insorgenza della pretesa di ciascun acquirente verso l'altro fino a quello originario che da alcuno ha ricevuto».

⁴⁶ E questo non perché il terzo chiamato sia titolare di un rapporto dipendente; se così fosse, infatti, l'ipotesi della chiamata ex art. 106 c.p.c. sarebbe da considerare già ricompresa nel riferimento alla chiamata per «comunanza di causa» (v. anche COSTANTINO, voce *Garanzia (chiamata in)*, cit., p. 597), considerando che – come generalmente si ritiene (*ex multis*, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*²⁹, vol. I, Torino 2024, p. 336 ss.) – in tal caso l'area di applicazione dell'art. 106 coincide sostanzialmente con quella dell'art. 105 c.p.c. D'altro canto, se il terzo chiamato in garanzia fosse titolare di un rapporto dipendente, sarebbe difficile negare che il giudicato sul rapporto pregiudiziale estenda comunque gli effetti (riflessi) nei suoi confronti. Ad una diversa conclusione pervengono, tuttavia, quanti ritengono che tutte le ipotesi di chiamata in garanzia, esercitata ai sensi dell'art. 106, presuppongano una connessione per pregiudizialità-dipendenza: v. PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, cit., c. 2395; ID. *Lezioni di diritto processuale civile*⁶, Napoli 2014, p. 375, il quale rileva che, laddove si tratti di chiamata in causa per garanzia c.d. impropria, «la mera chiamata in causa di terzi senza la proposizione di alcuna domanda nei loro confronti, assolve la funzione di rendere loro opponibile il giudicato sfavorevole, cui altrimenti non sarebbero soggetti»; GAMBINERI, *Garanzia e processo*, cit., p. 159 ss., p. 177 s. e p. 212 ss.; A. CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, vol. II, Padova 1992, p. 860 ss., il quale, tuttavia, rileva anche che, laddove si volesse negare la sussistenza del rapporto per pregiudizialità-dipendenza nei casi di garanzia c.d. impropria, non potrebbe comunque negarsi «che si sia nel caso alla presenza di una situazione di connessione fattuale limite, che presenta forti analogie con la dipendenza» (*ivi*, p. 862); G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*⁴, vol. I, Bari 2015, 179, secondo il quale «la connessione tra la domanda principale e quella contro il garante, nel caso di garanzia c.d. impropria, non appare qualitativamente dissimile da quella che caratterizza la garanzia propria, essendo comunque definibile in termini di pregiudizialità-dipendenza».

conseguenze dell'eventuale soccombenza⁴⁷.

A rafforzare in questa convinzione soccorre l'esempio della chiamata in causa dell'assicuratore per responsabilità civile (non obbligatoria) ex art. 1917, 4° comma, c.c.

Nel momento in cui l'assicurato si attiva e chiama in causa l'assicuratore (ed a prescindere che eserciti oppure no nei suoi confronti l'azione di garanzia) sta facendo leva (ipotizzando quale possa essere l'esito del giudizio) sulla circostanza che il rapporto giuridico intercorrente fra lui e il terzo chiamato è tale che per esso assume rilevanza anche (sebbene non in termini di pregiudizialità) la sussistenza del rapporto con il terzo danneggiato che ha esercitato l'azione principale.

E dunque, quella che prima (o al di fuori) dell'esercizio della chiamata del terzo assicuratore può essere assunta come mera identità di questioni fra il primo ed il secondo rapporto o fra la prima e la seconda azione è destinata ad acquistare una «colorazione» ben più marcata nella direzione della sussistenza di un nesso più forte della mera identità di questioni, essendo difficilmente contestabile che, all'esito del giudizio, solo laddove venga riconosciuta la fondatezza della domanda del terzo danneggiato, il danneggiante potrà, a sua volta, beneficiare (nello stesso giudizio o in altro successivo, a seconda che abbia oppure no esercitato anche l'azione di garanzia) degli effetti dal rapporto nascente dal contratto assicurativo.

Può convenirsi sul fatto che non sia il caso di tirare in ballo qui la connessione per pregiudizialità-dipendenza, come, invece, una parte autorevole, ma minoritaria, della dottrina ha sostenuto⁴⁸, perché qui, in effetti, non siamo in presenza di un «rapporto giuridico che rientra nella fattispecie d'altro rapporto giuridico» (secondo la nota definizione di Allorio)⁴⁹. Ma si può al tempo stesso convenire che, sussistendo una certa

⁴⁷ Del resto, anche chi nega qualsiasi condizionamento (o subordinazione) fra l'azione principale e quella di garanzia c.d. impropria, riconosce che «vi può essere una certa influenza sul piano probatorio della qualificazione dei crediti, perché nel danno risarcibile nel rapporto "a monte" più spesso – non sempre però, dipendendo ciò dalle clausole contrattuali – essere incluso il danno risarcito in base al rapporto e alla causa "a valle"» (così CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 82; in senso sostanzialmente analogo ID., *Il cumulo*, cit., p. 281, in nota 28).

⁴⁸ V. *retro*, la nota 46.

⁴⁹ ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., p. 69. Per l'evidenziazione, nei casi di c.d. garanzia propria, dell'esistenza di una connessione «forte» in termini di pregiudizialità-dipendenza fra l'azione principale e quella di garanzia v. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma 1941, p. 128; ID., *Note in tema di competenza per garanzia*, cit., p. 181 ss.; FRANCHI, *Della competenza per connessione*, cit., p. 307; TARZIA, *Sulla nozione di garanzia impropria*, cit., p. 326; DE PETRIS, voce *Connessione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 13 ss.

qual connessione fra le due azioni, sia pienamente giustificata l'estensione anche a queste ipotesi della disciplina processuale sulla garanzia, sebbene si tratti di ipotesi che, sul piano sostanziale, non siano da far rientrare fra quelle proprie dei rapporti di garanzia.

Del resto, già CARNELUTTI, nella sua nota del 1921⁵⁰, riconosceva la sussistenza, nei casi di garanzia c.d. impropria, di un «*collegamento indiretto*» fra l'obbligo del garantito nei confronti del terzo (oggetto dell'azione principale) e l'obbligo del garante di risarcire le perdite subite dal garantito (oggetto dell'azione di garanzia). E ciò – osservava – a differenza di quel che accade per le ipotesi di vera e propria garanzia, nelle quali si rinviene un «*collegamento diretto*» tra l'obbligo del garantito nei confronti del terzo e quello del garante di rifonderlo delle perdite subite. Vale a dire che, sebbene *indiretto* o *esteriore*, tale collegamento può essere ritenuto idoneo, se giustificato dalla sussistenza di un rapporto genericamente riconducibile a quello di garanzia, a favorire il *simultaneus processus* (come dimostra la presenza dell'art. 32 c.p.c.) per esigenze che – se non sono necessariamente legate all'opportunità di evitare il formarsi di giudicati anche solo logicamente contrastanti (ciò che presuppone, comunque, la pregiudizialità-dipendenza) – sono riconducibili all'economia dei giudizi e ad un certo *favor* per «soluzioni armoniche»⁵¹.

Né diversa era la conclusione alla quale perveniva Chiovenda quando osservava – come abbiamo visto, che sarebbe del tutto arbitrario restringere l'ambito di applicazione della chiamata in garanzia (e dunque, delle disposizioni sulla garanzia processuale) solo ad alcuni casi di responsabilità per soccombenza altrui, quali la trasmissione di diritti e le obbligazioni solidali, in quanto «la ragione dell'istituto lo consente ugualmente in tutti i casi» in cui «chiunque col fatto proprio espone altri ad una azione e risponde della sua soccombenza nella lite»⁵². In tutti questi casi, infatti, «è conveniente»⁵³, per ragioni di economia processuale, sia accertare in un unico giudizio se il fatto dannoso e il danno si siano verificati, sia consentire al soccombente di rivalersi nello stesso giudizio nei confronti di colui che deve rispondere di tale soccombenza.

Ed allora, all'auspicato superamento della distinzione fra garanzia propria e impropria sul piano delle conseguenze processuali, ci pare si possa

⁵⁰ CARNELUTTI, *Note in tema di competenza per garantia*, cit., p. 185.

⁵¹ Secondo la terminologia di E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano 1953, p. 87.

⁵² CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 967 s.

⁵³ *Ivi*, p. 968, in nota 1.

(e si debba) pervenire non perché – come hanno affermato le Sezioni unite nella pronuncia del 2015 – tale differenza assume carattere meramente descrittivo, ma in quanto si riconosca che – nonostante le insuperate (e, per quanto detto, insuperabili) differenze strutturali fra le due fattispecie – esse comunque non sono in grado di sottrarre le ipotesi tradizionalmente definite di garanzia c.d. impropria all'ambito applicativo delle disposizioni del codice riferite genericamente alla chiamata in garanzia o, se si vuole, alla garanzia processuale e di giustificare un diverso trattamento processuale.

E questo perché anche nelle ipotesi di garanzia c.d. impropria non meno che in quelle di garanzia c.d. propria va salvaguardato sia l'interesse dell'ordinamento a favorire il *simultaneus processus*⁵⁴ e «soluzioni armoniche» pur in presenza di rapporti o azioni non connesse per pregiudizialità-dipendenza, sia quello del garantito di ottenere che l'accertamento sull'azione principale compiuto nei suoi confronti venga *contestualmente* esteso anche al terzo dal quale «pretende essere garantito».

8. La posizione processuale del garante e i suoi poteri

Spostando l'attenzione sui poteri del garante in ordine alla causa principale, sembra ormai consolidata la posizione secondo cui il garante chiamato nel processo, laddove la chiamata sia accompagnata anche dall'esercizio dell'azione di garanzia nei suoi confronti, sia da considerare una parte a tutti gli effetti e con tutti i poteri delle parti principali⁵⁵. In effetti, come è stato autorevolmente rilevato, «se nei riguardi della domanda originaria egli potrebbe limitarsi ad assistere (*causae adesse*) oppure ad *aderire* alla difesa del chiamante, come se fosse un interveniente volontario, d'altro

⁵⁴ Proprio a proposito della realizzazione del *simultaneus processus* ex art. 32 c.p.c. anche in ipotesi di garanzia c.d. impropria osserva opportunamente LUIO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 348, che «la possibilità di realizzare il processo simultaneo è più importante del rispetto delle regole di competenza; la deroga alle regole di competenza non danneggia nessuno; l'impossibilità di realizzare il processo simultaneo comporta un secco ritardo nella decisione della causa di garanzia». Ed infatti, se l'art. 32 c.p.c. non dovesse applicarsi anche alla c.d. garanzia impropria, ciò impedirebbe di realizzare il *simultaneus processus* fra la causa principale e quella di garanzia e in questo caso «per evitare un contrasto teorico di giudicati resta, come unico strumento, la chiamata *non innovativa* del garante improprio, e cioè una chiamata in causa del terzo al solo fine di opporgli la sentenza, senza la deduzione in giudizio del rapporto di garanzia fra chiamante e chiamato». In proposito v. anche GAMBINERI, *Garanzia e processo*, vol. II, *Il procedimento*, Milano 2002, p. 413 ss.

⁵⁵ V., per tutti, GAMBINERI, *Garanzia e processo*, vol. II, cit., p. 530 ss.

lato l'azione di regresso proposta contro di lui lo rende parte in ogni caso, e gli attribuisce tutti i diritti della parte»⁵⁶. D'altro canto, in considerazione degli effetti che comporta la chiamata in garanzia (la formazione della cosa giudicata sia sul rapporto principale, sia sul rapporto di garanzia), esigenze di salvaguardia del diritto di difesa e del principio del contraddittorio impongono che il chiamato non possa «essere costretto a stare nella lite se non a condizione che gli sia assicurata la più ampia libertà di difesa»⁵⁷.

Il terzo chiamato deve necessariamente poter contraddire riguardo all'accertamento del rapporto principale; allo stesso debbono essere riconosciuti tutti i poteri di gestione della lite, salvo che si tratti di quelli di disporre dell'oggetto di questa⁵⁸. Inoltre, essendo tali poteri attribuiti al garante nel suo interesse, egli assume il ruolo di parte non secondaria, ma principale.

Diversa è, invece, la posizione che assume il garante chiamato, laddove egli venga chiamato in causa senza proposizione dell'azione di garanzia nei suoi confronti e dunque senza alcun allargamento dell'originario oggetto del giudizio⁵⁹. In questo caso, infatti, è da ritenere che la posizione del garante chiamato sia assimilabile a quella dell'interventore adesivo dipendente, anche se – per quanto detto in precedenza – non sempre sia rinvenibile, alla base, un rapporto di connessione per pregiudizialità-dipendenza fra il rapporto principale e quello di garanzia⁶⁰. Con tutte le conseguenze che questo comporta sia sul piano dei poteri (allegativi e istruttori) processuali, sia su quello del necessario coordinamento di questi poteri con l'estensione

⁵⁶ CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 971.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*: «Dentro l'unità del rapporto processuale, l'azione originaria (detta "principale" dalla legge) e l'azione di regresso si svolgono parallele ed autonome: ma in questa relazione reciproca: che il chiamato, sia che assista semplicemente sia che partecipi adesivamente in favor del chiamante alla controversia che continua fra questo e il suo avversario *sull'oggetto originario della lite*, non è estraneo alla controversia stessa appunto perché vi sta come chiamato; mentre il chiamante e il chiamato controvertono per proprio conto esclusivo *sull'azione di regresso*, a cui l'avversario del chiamante è affatto estraneo».

⁵⁹ Invece, secondo Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707, cit., punto 9.3 della motivazione, nel caso richiamato nel testo «si dice che l'oggetto del giudizio non risulterebbe allargato, ma, in realtà, l'affermazione ha un valore relativo. L'oggetto del giudizio resta certamente quello relativo al modo di essere del rapporto principale, ma, accanto ad esso, se ne aggiunge un altro, che è l'estensione dell'efficacia dell'accertamento su di esso al garante, che è un profilo se si vuole oggettivo quanto meno sul piano del *petitum*».

⁶⁰ Per la considerazione che si debba ricondurre la posizione del garante a quella dell'interventore adesivo dipendente, anche laddove si neghi (nei casi di garanzia c.d. impropria) la presenza di un rapporto di pregiudizialità-dipendenza, v. anche CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, cit., p. 862; GAMBINERI, *Garanzia e processo*, vol. I, cit., p. 328 ss.

anche nei confronti del garante del giudicato sul rapporto principale⁶¹.

Occorre anche aggiungere, peraltro, che nelle ipotesi di garanzia processuale può trovare applicazione anche l'istituto dell'estromissione del garantito, di cui all'art. 108 c.p.c., in precedenza già richiamato. Ma in questo caso, onde evitare che, per effetto dell'estromissione del garantito, il garante diventi sia attore che convenuto rispetto all'azione di garanzia, nel passato la dottrina maggioritaria⁶² ha limitato l'applicabilità dell'istituto dell'estromissione del garantito alle sole ipotesi in cui la chiamata del garante sia stata effettuata per estendere al chiamato il giudicato sul rapporto principale, senza esercizio anche dell'azione di garanzia. Ove, invece, si volesse ammettere l'applicabilità dell'istituto in maniera generalizzata, si dovrebbe anche convenire che l'estromissione del garantito determini non solo una semplificazione soggettiva del giudizio, ma anche (ove necessario) oggettiva e implichi, quindi, un'automatica riduzione dell'oggetto del giudizio alla sola azione sul rapporto principale⁶³.

Quanto, poi, ai risvolti della chiamata in garanzia in sede di impugnazione proposta dalle altre parti e avente ad oggetto il rapporto principale, essi vanno inquadrati nell'ambito dell'art. 331, in considerazione del fatto che la garanzia processuale, realizzatasi in primo grado, si tramuta in sede di impugnazione in litisconsorzio necessario di natura processuale⁶⁴. In altri termini, quale che sia il fenomeno di garanzia che viene in rilievo, propria oppure impropria, reale o personale, a seguito della chiamata in causa del terzo, avvenga essa con oppure senza proposizione della domanda di regresso o di manleva, si determina un litisconsorzio necessario processuale rispetto all'impugnazione relativa alla causa principale o di molestia, a prescindere da chi sia stata proposta, il quale impone, di regola, l'applicazione dell'art. 331 c.p.c.⁶⁵. In effetti, se la finalità della chiamata in causa del garante è quella di estendere nei suoi confronti l'accertamento del rapporto principale, sembra difficile negare che egli (a prescindere dal

⁶¹ V., in proposito, ampiamente CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, cit., p. 889 ss.

⁶² V., *ex multis*, LA CHINA, *La chiamata in garanzia*, cit., p. 264 ss.; TOMMASEO, *L'estromissione*, cit., p. 156 ss.; ID., voce *Estromissione della parte dal processo*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIII, Roma 1989, p. 2; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. Allorio*, vol. I, t. 2, Torino 1973, p. 1206; MONTELEONE, voce *Garanzia*, cit., p. 2.

⁶³ Così GAMBINERI, *Garanzia e processo*, vol. II, cit., p. 458 ss.

⁶⁴ Oltre a Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707, cit., v. anche, ad es., Cass., 31 ottobre 2017, n. 25822.

⁶⁵ In argomento v., per tutti, MENCHINI, *La struttura (oggettiva e soggettiva) del giudizio di impugnazione in caso di chiamata in garanzia dell'assicuratore per la responsabilità civile*, in «Giusto proc. civ.», 2012, p. 1077 ss.

fatto che sia stata proposta nei suoi confronti la domanda di garanzia) debba essere parte necessaria del giudizio di impugnazione. Ovviamente, diversa è la situazione – e la disciplina processuale è quella dell'art. 332 c.p.c. – che si determina laddove oggetto dell'impugnazione sia il solo capo della decisione relativa al rapporto di garanzia, essendo evidente che in tale ipotesi l'oggetto del giudizio di impugnazione è limitato al solo rapporto di garanzia e di esso, di conseguenza, sono parti necessarie solo il garantito e il garante.

9. *Considerazioni conclusive*

Come si vede, dunque, la riflessione sui rapporti fra garanzia e processo civile è una riflessione che presenta tutta una serie di risvolti di particolare rilievo e sui quali molto si è cimentata la giurisprudenza più recente, con attente operazioni di «politica interpretativa»⁶⁶, che – al fine di soddisfare al meglio l'esigenza di economia processuale e consentire la trattazione unitaria quando emerga la convenienza di decidere in un unico giudizio i punti comuni all'azione principale e a quella di garanzia⁶⁷ – hanno indotto ad impostare in modo sistematicamente nuovo rispetto al passato il tema della rilevanza processuale dei rapporti di garanzia.

In realtà, le premesse per questo nuovo modo di impostare i rapporti fra garanzia e processo civile si intravedevano già nel superamento dell'idea, molto diffusa nel passato, che le ipotesi di garanzia processuale presuppongano sempre l'esistenza, sul piano sostanziale, sia di un vero e proprio obbligo di garanzia in capo al garante nei confronti del garantito e sia di un rapporto giuridico precedente fra garante e terzo, controparte in giudizio del garantito. Infatti, una volta che si accolga la conclusione –

⁶⁶ Per riprendere le parole di L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, p. 54, il quale sottolinea come «l'interpretazione della legge da parte della scienza giuridica è politica del diritto nella forma di politica delle scelte metodologiche», la quale può essere guidata «da valutazioni lucide e disinteressate, fondate su una riflessione politica condotta criticamente, e che dovranno normalmente essere rese esplicite in sede di motivazione», aggiungendo che «è quest'ultimo il solo tipo di politica interpretativa scientificamente e moralmente accettabile».

⁶⁷ In proposito v. CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 966, per l'evidenziazione del fatto la nostra legge processuale ammette l'istituto della chiamata in garanzia «in omaggio al principio dell'economia dei giudizi e alla convenienza di decidere una sola volta e in un solo modo i punti che sono comuni all'azione principale e all'azione di regresso e ne fa un caso di connessione cogli spostamenti di competenza».

già emersa nel passato, come abbiamo visto –, secondo cui sia da ritenere arbitrario restringere il campo della garanzia processuale ai soli in casi in cui emergano entrambi i profili e che, invece, sia più opportuno – sempre per ragioni di economia processuale – estenderlo fino a ricomprendere tutte le ipotesi in cui, pur in assenza dei richiamati profili, un soggetto si trovi nella situazione di dover rispondere della soccombenza di un altro, in quanto lo ha esposto all'azione di un terzo, è evidente che ci sono tutte le condizioni perché si utilizzi la garanzia processuale ben al di là delle ipotesi di vera e propria garanzia sostanziale.

Il che non significa affatto – come pure si potrebbe essere indotti a ritenere – che, quando dal versante sostanziale ci si sposti su quello processuale, si annullino le differenze strutturali che caratterizzano le diverse fattispecie pure ricomprese nel novero delle ipotesi di garanzia processuale, essendo evidente che anche dal punto di vista delle dinamiche processuali non possono operare allo stesso modo le fattispecie di garanzia sostanziale nelle quali l'obbligazione del garantito e quella del garante (e le conseguenti pretese del terzo) sono generate dai medesimi fatti costitutivi e quelle nelle quali, invece, le rispettive obbligazioni sono generate da fatti costitutivi differenti, seppur connessi.

Pur nella convinzione della fondatezza di queste considerazioni, è difficile negare che il percorso che ha portato a maturazione questa consapevolezza, sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale, è stato lungo e accidentato ed è potuto diventare effettivo solo attraverso il recente suggello interpretativo della giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione.

A conferma, se ve ne fosse bisogno, di quello che già nel 1966 rilevava Gino Gorla a proposito dell'importanza centrale che avrebbe assunto la giurisprudenza nelle «vocazioni delle prossime due generazioni di giuristi»⁶⁸.

⁶⁸ G. GORLA, *Introduzione*, in *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in «Quaderni de "Il Foro Italiano"», Roma 1966, p. 7.

Maria Cecilia Paglietti

*Garanzie procedurali e ADR: per una giustizia semi-informale**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'esigenza di garanzie procedurali – 3. La proceduralizzazione delle ADR.

1. *Introduzione*

Lo scenario europeo della tutela dei diritti è attualmente oggetto di profondi mutamenti, individuabili nella crisi del monopolio statale sulla giurisdizione¹, nella privatizzazione dell'*enforcement*, nella digitalizzazione².

Chi si soffermasse ad analizzare, nello specifico, la traiettoria di liberalizzazione e privatizzazione delle forme di risoluzione delle controversie, verificherebbe che un tratto caratteristico della cultura giuridica contemporanea è la tendenza a collocare il momento di realizzazione sostanziale degli interessi al di fuori della sede giurisdizionale, configurando, come dice il prof. Cadiet, che peraltro è di Poitiers, dei modelli di *justice plurielle* dovendosi ormai considerare il processo giurisdizionale -non più il metodo eletto ma solo come uno dei molti modelli di soluzione delle controversie.

In particolare, è il concetto stesso di accesso alla giustizia a essersi evoluto in un paradigma più ampio, nel senso del diritto a una giustizia effettiva (qui i riferimenti sono ovviamente all'art. 6 CEDU e agli artt. 13 CEDU e 47 Carta di Nizza).

C'è un altro dato che si può assumere come pacifico: la transizione dal sistema dei diritti al sistema dei rimedi. Dopo una stagione volta all'attribuzione dei diritti sostanziali, si è affermata una prospettiva che

* Il testo riproduce, conservando il tono colloquiale del discorso e con l'aggiunta di alcune note, il contenuto della relazione svolta alle XIX Giornate di studio Roma Tre – Poitiers, incontro dedicato a “La garanzia. Tradizione storiche e modelli”, tenutosi nei giorni del 29 e 30 settembre 2024 a Roma.

¹ Nel senso di rottura del collegamento col territorio statale: F. CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 2016, pp. 811.

² Cfr. il volume curato da X. E. KRAMER, J. HOEVENAARS, E. THEMELI, *Frontiers in Civil Justice*, Cheltenham 2022.

conferisce centralità al momento attuativo dei diritti.

Cosa significa, allora, guardare oggi alla tutela dei diritti dal punto di vista sostanzialista?

Significa verificare se e in che misura l'ordinamento, oltre all'attribuzione astratta dei diritti, garantisca anche la loro effettiva attuazione.

Quello che vorrei provare non a dimostrare, ma quanto meno a porre sul piano della discussione e proporre come tema oggetto di possibili future riflessioni è che, nell'ambito processo di diffusione e affermazione della giustizia coesistenziale (avviato grazie al medio culturale di Cappelletti³) si possano individuare due tendenze specifiche:

- 1) Proliferazione, nei mercati regolati, di ADR incardinate presso l'autorità di vigilanza;
- 2) Procedimentalizzazione delle procedure ADR.

A mio parere si può individuare inoltre un *fil rouge* che accomuna queste due tendenze e, cioè, il comune intento di assicurare una serie di garanzie di cui altrimenti, nelle ADR "destrutturate", il cittadino sarebbe privo.

2. *L'esigenza di garanzie procedurali*

Il quesito a cui si dovrebbe in primo luogo dare risposta è quali siano le ragioni alla base di questa esigenza di garanzie procedurali.

La risposta è complessa e si articola su più piani.

Intanto, ci sono ragioni culturali: le ADR costituiscono una forma di risoluzione delle controversie non connaturata nella nostra cultura giuridica, essendo noi, così come tutti i paesi a diritto codificato, imbevuti di quella che Professor Biavati chiama la cultura della giurisdizione. È chiaro dunque che l'accettazione delle ADR comporta un cambiamento dall'interno della mentalità del giurista prima e degli utenti della giustizia poi.

Portato di questa connotazione culturale è la circostanza che, dopo una stagione di *favor* verso le ADR conciliative, ora appaiono godere di maggior favore le ADR aggiudicative, le quali nel distribuire torti e ragioni, appaiono più conferenti alla nostra mentalità giuridica.

In secondo luogo, sul piano politico, la tendenza alla privatizzazione dell'*enforcement* implica l'allottamento da una delle più importanti istitu-

³ M. CAPPELLETTI, *Access to Justice and the Welfare State: an Introduction*, in *Access to Justice*, a cura di M. Cappelletti, B. Garth, Vol I: *A World Survey*, Milano 1978, p. 10.

zioni delle democrazie liberali, il processo, il quale non è semplicemente un insieme di norme procedurali, ma il portato di concetti culturali, sociali e politici. Il processo pubblico assolve a una funzione pubblica: per il tramite di esso l'opinione pubblica acquisisce contezza delle condotte illegittime dei consociati e viene coinvolta nella valutazione delle normative vigenti.

Per questi motivi rimangono ancora delle sacche di profonda resistenza verso le ADR, guardate con diffidenza soprattutto da quegli studi che, utilizzando gli strumenti dell'antropologia giuridica, sottolineano come il ricorso a strumenti sottratti al controllo pubblico potrebbe pregiudicare la tutela dei diritti dei soggetti più deboli, configurando differenti livelli di tutela per differenti tipi di consumatori/cittadini: ovvero tra coloro i quali potranno confrontarsi con la controparte professionale godendo delle garanzie procedurali del processo giurisdizionale e coloro che invece dovranno ricorrere a una *second class justice*, priva dei presidi procedurali minimi.

La "trionfante industria delle ADR"⁴ e della giustizia senza spada⁵ non costituirebbe più, allora, un'alternativa a quella della decisione giudiziaria⁶, perché, in nome di "un'armonia forzata"⁷, alla protezione dei diritti violati viene sostituito un compromesso equo e ragionevole che però di fatto blocca l'accesso alla giustizia. Il mercato delle ADR⁸, potrebbe rivelarsi "come un cavallo di Troia penetrato fra le mura della giustizia"⁹, uno "specchio distorto"¹⁰ che, dietro l'apparenza del raggiungimento di un armonioso accordo, potrebbe invece celare il ricorso a "una serie di tecniche persuasive in grado di scoraggiare le parti dall'insistere" nel far valere i propri diritti e di farle rinunciare alla lite giudiziaria"¹¹.

Secondo una prospettiva più recente, inoltre, e che valuta le alternative al processo da un angolo di visuale rovesciato, evidenziandone limiti strutturali

⁴ E. GRANDE, U. MATTEI, *Giustizia allo specchio*, in «Antropologia», XI, 2008, p. 29.

⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003.

⁶ Cfr. il volume curato da V. VARANO, *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano 2007.

⁷ L. NADER, *Le Forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Napoli, 2003.

⁸ A. COOPER, *Do the Merits Matter: A Study of Settlements in Securities Class Actions*, in «Stanford L. Rev.», 43, 1991, pp. 497, 575-577, 568.

⁹ P. LINDBLOM, *La risoluzione alternativa delle controversie. L'oppio del sistema giuridico*, p. 219 ss. a 233 (una versione inglese del saggio, intitolata *ADR - The Opiate of the Legal System? Perspectives on Alternative Dispute Resolution Generally and in Sweden*, è contenuta in «European Rev. Priv. Law», 16, 2008, pp. 63-93, a p. 75.

¹⁰ L. NADER, E. GRANDE, *Current Illusions and Delusions about Conflict Management - In Africa and Elsewhere*, in «Law and Society Inquiry», 27, 2002, p. 577.

¹¹ Così GRANDE, MATTEI, *op. cit.*, p. 30.

di segno opposto a quelli richiamati, le ADR presenterebbero ulteriori limiti strutturali, e in particolare sarebbero per un verso sottoutilizzate (e dunque precluse a una ampia fascia di consumatori) e per altro verso elitarie (precluderebbero la tutela ai soggetti più vulnerabili, essendo il profilo dell'utente tipico quello del *white, male, well- educated, middle-class and middle- aged consumers*¹²) “*that serves a narrow demographic’ and ‘is largely reactive to the needs of individuals with significant intellectual, financial and personal resources’*”.¹³

Nella privatizzazione e nella liberalizzazione del servizio-justizia, con la destrutturazione del procedimento potrebbe celare il rischio di privare le classi più deboli delle strutture istituzionali necessarie per tutelare i propri diritti, perpetuando in tal modo le disegualianze sociali ed economiche fra cittadini, contribuendo alla paventata deriva di una *low-cost justice* priva di garanzie procedurali e di strumenti di riequilibrio delle posizioni asimmetriche.

Preoccupazioni sempre maggiori riguardano l'affermarsi delle *Online Dispute Resolution* e del potere quasi-giustiziale delle piattaforme digitali, le quali, agendo in qualità di *online courthouse*, pongono seri problemi di trasparenza, effettività della tutela e discriminazione tanto nell'accesso alla giustizia quanto nelle decisioni che dirimono le controversie, a tal punto da indurre il regolatore europeo a una svolta procedurale nella regolazione introducendo (per il tramite di norme imperative) il concetto di *procedural fairness* nel design dei cosiddetti *dispute resolution service provider*¹⁴.

Parallelamente a questi mutamenti, va dunque affermandosi l'esigenza di coniugare la prospettiva “liberista” sulle ADR con la garanzia di un livello minimo di qualità che le stesse devono assicurare, tra cui alcuni principi di tipo procedurale.

Ecco allora che vanno affermandosi dei sistemi giustiziali che sono gli *Ombudsman* incardinati presso un'autorità di regolazione.

In questi sistemi riemerge il ruolo dello Stato che gestisce le ADR

¹² C. GRAHAM, *Improving courts and ADR to help vulnerable consumers access justice*; BEIS 'Resolving Consumer Disputes: Alternative Dispute Resolution and the Court System' (2018) [www.gov.uk/government/publications/resolving-consumer-disputes-alternative-disputeresolution-and-the-court-system], 14– 16.

¹³ N. CREUTZFELDT, C. GILL, M. CORNELIS, R. MCPHERSON, *Access to Justice for Vulnerable and Energy-Poor Consumers: Just Energy?*, London, 2021, pp. 155.

¹⁴ V. artt. 11 e 12 del *Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio* del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online; e artt. 20 e 21 del *Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio* del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

attraverso le Autorità indipendenti di settore, tramite sistemi giustiziali che si pongono lungo la linea di dislivello tra il diritto privato (date le primarie funzioni di disciplina del contratto cui questi organismi sono preposti) e il diritto pubblico (considerate le funzioni di regolazione del mercato cui gli Ombudsmen partecipano), segnando la transizione verso modelli aggiudicativi di soluzione delle liti di natura ibrida (caratterizzati, cioè, dalla compresenza di elementi pubblicistici e privatistici. Si perpetua dunque quel processo di metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione menzionato in apertura, da intendere non nell'accezione di crisi, termine che evoca eventi traumatici e negativi, ma di cambiamento.

Dopo la deriva privatistica che ha caratterizzato la stagione delle ADR, la proliferazione degli *Ombudsman* fa emergere la transizione verso una concezione tripartita dei sistemi di giustizia, dove differenti attori —giudice togato, sistemi di risoluzione alternativa, autorità di regolazione— legati tra loro da un rapporto di complementarietà, danno origine a un “*regulated market for dispute resolution*”.

3. La proceduralizzazione delle ADR

Un esempio paradigmatico è l'Arbitro Bancario e Finanziario (noto con l'acronimo di ABF), istituito nel 2009¹⁵ presso la Banca d'Italia.

Alla fine del 2021 abbiamo assistito alla riforma delle disposizioni che ne regolano il “rito”.

Questa riforma è stata caratterizzata da una evidente svolta proceduralista, con l'introduzione di termini perentori e la scansione in senso più formale dei momenti istruttori.

La scelta è stata considerata antitetica al concetto di *informal justice*, ritenuto cifra caratteristica delle ADR: per le ricostruzioni tradizionali, infatti, non solo un procedimento snello e flessibile è elemento costitutivo delle ADR, ma l'eccesso di una loro proceduralizzazione condurrebbe a una inevitabile diminuzione della loro attrattività.

A una osservazione che tenga conto anche degli approdi della dottrina straniera (in particolare, quella di paesi afferenti all'area di *common law*) la scelta proceduralista appare in linea con la tendenza al superamento della

¹⁵ Dall'art. 128-bis t.u.b., introdotto dalla cd. legge sul risparmio (legge 28 dicembre 2005, n. 262), successivamente specificata attraverso le disposizioni di vigilanza del giugno del 2009, riviste nel novembre 2012.

contrapposizione tra i due modelli di soluzione delle controversie (*formal/informal justice*) in luogo dell'emersione di un terzo modello, cosiddetto *semiformal*, che presenta un potenziamento degli aspetti rituali e tecnico-procedurali, ponendosi tuttavia al di fuori del sistema giurisdizionale statale.

L'elaborazione di un modello ibrido di procedimento svolge un ruolo cruciale in quei sistemi, come l'ABF, che esitano in una decisione non vincolante.

Di particolare significato risultano, in questa prospettiva, gli studi degli psicologi sociali americani su come la percezione sociale e il comportamento dei destinatari delle decisioni varino a seconda delle procedure adottate¹⁶. Uno degli esiti più significativi di questo filone di ricerca è stata l'individuazione della funzione euristica della procedura: i partecipanti a una procedura, quando percepita come giusta e corretta, sono indotti a ritenere che essa porti a un risultato giusto e sono maggiormente predisposti ad accettarne il risultato, anche sfavorevole¹⁷.

Le teorie procedurali della giustizia introducono, dunque, il concetto di accettazione della decisione¹⁸, sviluppando un modello di relazione con l'autorità (i cui effetti si vedono anche al di fuori di contesti giudiziari) che assegna alla procedura una funzione legittimante dell'istituzione che prende la decisione, concludendo che l'adozione di regole predefinite grazie alle quali l'individuo abbia la possibilità di esprimersi ed essere ascoltato restituiscono l'idea che le autorità siano ben disposte verso i litiganti, rispettandoli e dando loro la possibilità di influenzare l'esito della decisione¹⁹.

¹⁶ J. W. THIBAUT, L. WALKER, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, New York 1975, di cui è disponibile anche una versione italiana, con traduzione a cura di Dondi e Taruffo, intitolata *Il giusto processo. Un'analisi psicologica dei modelli processuali*, Milano, 1981; N.A. WELSH, *Remembering the Role of Justice in Resolution: Insights from Procedural and Social Justice Theories*, in «Journ. Legal Educ.», 54, 2004, p. 49; vedi anche i due volumi a cura di T. R. TYLER, *Procedural Justice*, Farnham 2005, in particolare il I Volume, *Procedural justice and the dynamics of authority*; in senso critico v. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, contro la premessa della prospettiva procedurale, secondo cui «la giustizia della decisione è implicita nella justice del procedimento» (*ivi*, p. 102).

¹⁷ J.R. ALLISON, *Ideology, Prejudgment, and Process Values*, in «New England Law Rev.», 28, 1994, pp. 657-744, spec. 681 ss.

¹⁸ L.B. SOLUM, *Procedural Justice*, in «S. Cal. Law Rev.», 78, 2004, p. 181, spec. 264 ss. e pp. 306 ss.

¹⁹ J. W. THIBAUT, L. WALKER, *A Theory of Procedure*, in «California Law Rev.», 66, 1978, pp. 548 ss.; *Procedural justice*, a cura di K. F. Röhl e S. Machura, Taylor&Francis, London 2018 (in particolare i contributi di N. VIDMAR, *Procedural Justice and Alternative Dispute Resolution* e C. RENNIG, *Subjective procedural justice and civil procedure*); B. BRADFORD, N. CREUTZFELDT-BANDA, *Procedural Justice in Alternative Dispute Resolution: Fairness*

È necessario che il procedimento non solo sia giusto ma anche percepito come tale dal momento che il giudizio sulle procedure influenza quello sui risultati. Il tema si arricchisce, nell'ambito delle ADR, di una connotazione particolare: è tema noto, infatti, che la fiducia delle parti nel sistema (stante la natura volontaristica del ricorso agli Ombudsmen) sia un elemento cruciale per il successo della funzione giustiziale delle Authority, e che la loro legittimazione aumenti quando le parti percepiscono che esse decidono secondo una procedura giusta²⁰.

Questo vale tanto sul lato dei clienti quanto su quello dei vigilati: per entrambi, infatti, la rettitudine della decisione dipende anche dalla percezione della correttezza della procedura.

La *procedural justice*, ossia l'insieme delle garanzie procedurali assicurate da un sistema, è dunque posta a presidio della *decision acceptance* e ad evitare che i vigilati non adempiano alle decisioni dell'Arbitro per rivolgersi alla giustizia ordinaria.

Judgments among Users of Financial Ombudsman Services in Germany and the United Kingdom, in «Jour. Eur. Consumer Market Law», 7, 2018, pp. 188-200; E. BREMS, L. LAVRYSEN, *Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights*, in «Human Rights Quart.», 35, 2013, pp. 176-200; N.A. WELSH, *Disputants' Decision Control in Court-Connected Mediation: A Hollow Promise Without Procedural Justice*, in «Journ. Disp. Resol.», 2002, p. 179.

²⁰ «The key to attracting disputes is trust»: Ch. HODGES, I. BENÖHR, N. CREUTZFELDT-BANDA, *Consumer-to-Business Dispute Resolution: The Power of CADR*, in «ERA Forum», 13, 2012, p. 209; B. BRADFORD, *Policing and Social Identity: Procedural Justice, Inclusion and Cooperation between Police and Public*, in «Policing and Society: an Int. Journ. Research and Policy», 24, 2014, p. 22; si veda anche la seconda edizione del volume di T. R. TYLER, *Why People Obey the Law*, Princeton 2021, spec. 57 ss.

Visioconférence dans le procès pénal et garanties procédurales

SOMMAIRE : 1. Introduction – 2. L'adaptation des garanties attachée au procès – 2.1. L'adaptation limitée des garanties relatives au débat – 2.2. L'adaptation mesurée des droits de la défense – 3. L'affirmation de la garantie de présentation physique – 3.1. Les indices de l'affirmation – 3.2. Les enjeux de l'affirmation.

1. *Introduction*

La formulation du sujet met en évidence, en première lecture, une opposition presque frontale entre visioconférence et garanties procédurales. Pour mieux l'appréhender, il convient de présenter les enjeux de cet antagonisme.

D'un côté, se trouve la visioconférence. Le dispositif technologique fait son apparition dans le Code de procédure pénale français du fait de la loi du 15 novembre 2001 et de la création de l'art. 706-71 du CPP¹. L'entrée dans le Code n'est cependant pas tout à fait explicite, le texte faisant référence, dans un premier temps « *aux moyens de télécommunication* » puis, à un « *moyen de télécommunication audiovisuelle* » du fait de la loi du 23 mars 2019². Il convient toutefois de noter que le recours à la visioconférence est toujours apparu comme la modalité à utiliser pour mettre en œuvre ce texte. Seule exception, la téléphonie bénéficie d'un champ relativement limité puisqu'elle ne saurait concerner que l'assistance par l'interprète³ ou constituer un remède tout à fait exceptionnel à l'échec de la visioconférence⁴. La consultation des différentes versions du texte montre que le droit applicable s'est forgé progressivement⁵ et que l'applicabilité de la visioconférence s'est étendue au fil des lois.

¹ Pour une présentation générale, v. nos obs. in *La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser*, dans RSC, 2011, pp. 801-816.

² Pour une étude, v. not. nos obs. in *La visioconférence en procédure pénale après la loi du 23 mars 2019. Considérations sur le pragmatisme contemporain*, RSC, 2019, pp. 567-584.

³ Cass. civ., 2ème, 8 juillet 2004, n° 02-50.070, *Bull. civ. II*, n° 364.

⁴ Cass. crim., 20 février 2019, n° 18-82.164, *Bull. crim.*, n° 43.

⁵ A titre d'illustration, l'art. 706-71 précité a connu, à ce jour, quatorze versions depuis 2001.

Aujourd'hui, son champ est particulièrement vaste. Il l'est quant aux audiences concernées. Il peut en effet être recouru au dispositif durant toute les phases du procès pénal mais aussi en dehors de ce dernier devant la commission d'indemnisation des victimes d'infractions ou encore lors des audiences relatives à l'exécution des peines⁶.

Le champ est aussi étendu si on observe les personnes susceptibles d'être entendues à distance car le dispositif concerne la personne mise en cause (personne soupçonnée, témoin assisté, mis en examen, prévenu et accusé), la partie civile, le témoin (anonyme ou non), l'expert et l'interprète.

Enfin, le champ est vaste au regard des lieux susceptibles d'être reliés par la technologie. L'art. 706-71 du CPP est susceptible de s'appliquer partout en France à cette réserve près que la visioconférence est le plus souvent opérée depuis un palais de Justice ou un établissement pénitentiaire afin de sécuriser la liaison. Au-delà, la visioconférence trouve aussi application dans le contexte de la coopération internationale, l'art. 694-48 du CPP prévoyant notamment un tel recours à l'occasion d'une enquête européenne.

De l'autre, se trouvent les garanties procédurales ou, formulé autrement, la garantie des droits procéduraux. Reprenant la définition du Vocabulaire Cornu, la garantie des droits est l'« *ensemble des dispositions et procédés, quelquefois contenus dans une rubrique spéciale de la Constitution écrite, qui tendent à empêcher par des interdictions ou d'une manière générale par un système quelconque de limitation du pouvoir la violation des droits de l'homme par les gouvernants* »⁷. C'est bien le sens de la procédure pénale que d'encadrer la démarche qui permet d'identifier l'auteur d'une infraction, d'évaluer sa responsabilité et de prononcer une peine. Le mot garantie fait écho au renforcement des droits fondamentaux dans le champ de la procédure pénale. Il place la discussion à l'aune de la Constitution, notamment de l'art. 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Ce dernier dispose, de manière générale que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Ce texte est aussi celui qui confère une valeur constitutionnelle aux droits de la défense⁸. La garantie renvoie aussi aux textes internationaux, que ce soit au Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹ mais aussi et surtout à l'art. 6 de la

⁶ Art. 706-71 al. 4 du CPP.

⁷ V. "Garantie des droits" in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, 14e éd., 2022.

⁸ Cons. const., 17 mars 2023, n° 2023-1037 QPC, n° 4.

⁹ V. de manière générale l'art. 1^{er} du Pacte et à, à propos de la procédure pénale, art.14.3 du Pacte.

CEDH prévoyant le droit à un procès équitable auquel l'art. 5 peut être ajouté et les art. 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Dans le procès pénal, spécialement en France, la visioconférence entretient avec la garantie des droits procéduraux, des relations tendues, pour ne pas dire paradoxales.

Elles sont tendues car si la Cour EDH a eu l'occasion d'affirmer dans l'arrêt *Viola c. Italie*¹⁰ qu'il n'existait pas d'incompatibilité de principe entre visioconférence et procès équitable, elle a également affirmé que la mise en œuvre du dispositif technique pouvait ponctuellement, présenter des difficultés, notamment au regard des droits de la défense. Tendues encore puisque le Conseil constitutionnel s'est prononcé, de manière générale et dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire, pour affirmer le plus souvent la compatibilité des règles au regard de la Constitution mais aussi, toujours ponctuellement, pour en cantonner le champ¹¹.

Les relations sont en outre paradoxales. Le paradoxe est originel car le recours à la visioconférence a, historiquement, d'abord eu pour enjeu de satisfaire à une garantie essentielle, celle du droit au juge¹². C'est ainsi que le moyen de télécommunication a d'abord été sollicité entre Paris et Saint-Pierre pour résoudre les difficultés posées au regard de l'exigence d'impartialité du tribunal dans l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon¹³. Cependant, c'est bien le souci d'efficacité procédurale qui a conduit à voir se développer la visioconférence. Le paradoxe est celui attaché aux conflits inhérents à une justice que certains ont qualifié de post-moderne¹⁴, marquée par une recherche d'efficacité particulièrement prégnante ce qu'illustre l'utilisation de la visioconférence spécialement lorsque celle-ci est mise en place pour éviter de coûteuses extractions mais aussi par le souci de respecter des valeurs, renforcer les garanties procédurales, ce qu'un auteur

¹⁰ CEDH, 5 octobre 2006, n° 45106/04, *Marcello Viola c. Italie*, RTDH 2007, p. 223, note M. Chiavario; JCP G. 2007, I, 106, n° 10, obs. F. Sudre.

¹¹ V. la jurisprudence citée infra et en tout dernier lieu à propos du recours à l'interprète par visioconférence en garde à vue et en audition libre, Cons. const. 16 nov. 2023, 2023-855 DC.

¹² A. DANET, *Visioconférence et droits fondamentaux dans le procès pénal*, Lexbase, février 2018.

¹³ G. LAFARGE, *Visioconférence et CD-rom : quand l'exemple vient de Saint-Pierre-et-Miquelon*, *Gaz. Pal.*, juin 2023, n° 163, p. 2.

¹⁴ J.-P. JEAN, *Le système de la justice pénale évalué à l'aune de ses résultats*, in M. MASSÉ, J.-P. JEAN, A. GIUDICELLI (dirs.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris 2009, p. 254.

a appelé le « *garantisme* »¹⁵.

Le paradoxe résulte aussi de ce que la visioconférence facilite l'accès en faisant fi de l'éloignement, mais en maintenant à distance celui qui ne se trouve pas dans le palais. Le paradoxe tient enfin au fait que le droit français s'est construit en affirmant qu'il existait une forme d'assimilation entre comparution physique et comparution réalisée à distance devant un même juge. Or, il a été démontré que cette fiction au regard des enjeux de communication verbale et non-verbale devait être discutée¹⁶ ce qui pourrait avoir des conséquences sur les droits individuels.

Se pose alors la question du comment. De quelle manière le droit surmonte-t-il cet antagonisme et parvient-il à un équilibre de manière à recourir à la technologie tout en respectant les droits individuels ?

Cela peut être en adaptant. D'une manière générale, la procédure recourant à la visioconférence doit respecter les droits fondamentaux précédemment évoqués. À cette fin, les garanties procédurales font ponctuellement l'objet d'ajustements qui tendent à éviter, pour reprendre l'arrêt *Viola c. Italie*¹⁷, que la mise en œuvre du dispositif recèle une incompatibilité au regard des droits fondamentaux. Pourtant, ces adaptations demeurent fragiles de sorte que l'audience effectuée par visioconférence ne présente pas des qualités identiques à celle où seul le présentiel est mis en œuvre.

Peut-être faut-il alors créer ? Il convient alors de s'interroger sur la nécessité de construire une garantie procédurale spécifique tenant à la présence physique de la personne tendant à encadrer le recours à la visioconférence.

Cette dualité de questionnement est structurante pour comprendre de quelle manière les garanties, dans leur ensemble, doivent s'appliquer dans le contexte de la visioconférence. Ainsi sera envisagée l'adaptation nécessaire des garanties procédurales (2.) qui président à l'ensemble de la procédure pénale avant que ne soit évoquée l'émergence fragile de la garantie spécifique attachée à la présentation physique (3.).

¹⁵ CARTUYVELS, *Les paradigmes du droit pénal moderne en période "postmoderne" : évolutions et transformations*, in MASSÉ, JEAN, GIUDICELLI (dirs.), *Un droit pénal postmoderne ?*, cit. p. 92.

¹⁶ L. LETURMY, J. BOSSAN, *Langages des mots, des signes et du corps en procédure pénale*, in A. LAUBA ET M. BOUDOT (dirs.), *Langue, langage & droit*, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, LGDJ ; Lextenso, 2024, p. 195 et s.

¹⁷ CEDH, 5 octobre 2006, *Marcello Viola c. Italie*, op. cit.

2. *L'adaptation des garanties attachées au procès*

La visioconférence ne saurait transformer le procès pénal au point de faire disparaître ses garanties les plus essentielles telles qu'elles ont été consacrées au sein de l'article préliminaire du Code de procédure pénale dans le prolongement de l'art. 6 de la Conv. EDH et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Elle peut, en revanche, conduire à les ajuster, de manière variable comme le montre l'adaptation limitée des garanties relatives au débat (2.1.) et, de façon plus significative, l'adaptation mesurée des droits de la défense (2.2.).

2.1. *L'adaptation limitée des garanties relatives au débat*

Le recours à la visioconférence modifie l'administration de la justice et, plus particulièrement, le débat judiciaire. On peut ici distinguer la garantie des débats et les garanties entourant les débats.

De manière générale, la visioconférence ne doit pas constituer un obstacle à la tenue d'un débat, c'est la garantie du débat.

Ainsi, le comportement de la personne se trouvant à distance ne doit pas perturber les débats, la dignité de ce dernier devant être préservée malgré la pluralité de sites. Le lieu se trouvant à distance constitue à cet égard une extension de la salle d'audience où le président de la juridiction exerce son pouvoir de police de l'audience conformément à l'article 309 du CPP pour la cour d'assises et à l'article 401 du CPP pour le tribunal correctionnel. Cela a été affirmé tout particulièrement lorsque la visioconférence est utilisée pour que le procès soit diffusé dans plusieurs salles au sein du palais de Justice. Cet exemple montre également que, le plus souvent, l'audience à distance se voit appliquer les règles de droit commun sans que cela ne pose de difficulté. Il en est de même lorsque le témoin est entendu à distance. Ainsi chaque témoin doit déposer séparément conformément à l'art. 331 du CPP¹⁸. Son identité doit être vérifiée lors de son arrivée au tribunal par le greffe de la juridiction où il effectuera sa déposition¹⁹.

C'est aussi la technique qui ne doit pas perturber les débats. L'article 706-71 du Code de procédure pénale insiste ainsi sur le fait que le matériel doit garantir « *la confidentialité de la transmission* ». Dans le prolongement de ce texte, l'art. R. 53-38 du Code de procédure pénale énonce que

¹⁸ Cass. crim., 17 octobre 2018, n° 17-87.327, *Inédit*.

¹⁹ Cass. crim., 28 octobre 2020, n° 19-80.361, *Inédit*.

« Les caractéristiques techniques des moyens de télécommunication utilisés doivent assurer une retransmission fidèle, loyale et confidentielle à l'égard des tiers » ce qui est attesté par la réalisation d'un procès-verbal des opérations techniques en vertu de l'art. D.47-12-6 du CPP.

Or, la jurisprudence a considérablement fragilisé la garantie sur ce point. D'une part, elle n'accorde pas la même valeur à ce procès-verbal et à celui des débats²⁰. D'autre part, son absence tout comme la survenance d'un incident technique ne font pas en soi grief. L'avocat doit finalement faire preuve d'une extrême vigilance. C'est à lui de relever l'existence d'une difficulté, et ce, sans attendre. À défaut de conclusions déposées immédiatement par l'avocat, de donné-acte, la survenance d'une difficulté technique sera sans effet²¹. Cette réserve ne saurait toutefois étonner, elle témoigne de l'application à cette forme d'administration de la justice des règles de principe qui gouvernent les nullités. C'est aussi à lui, conformément au droit commun en la matière, de rapporter la preuve de ce que les dysfonctionnements de la visioconférence ont nui au débat et, ce faisant, ont causé un grief à la personne mise en cause²².

Les garanties entourant les débats illustrent également une forme d'adaptation.

Il est d'usage de rappeler que le principe de publicité des débats constitue une garantie de transparence essentielle de la justice entendue de manière générale, ou pour reprendre l'adage anglais *justice must not only be done, but to be seen to be done*. L'adaptation est en réalité ici double.

Elle est purement technologique dans la salle d'audience. Le dispositif de communication doit à la fois garantir la confidentialité des transmissions et la publicité des débats²³. Le respect du principe de publicité impose que la personne se trouvant à distance puisse être vue et entendue par le public ce qui suppose la présence d'écrans orientés et un système audio adapté de telle manière que les personnes assistant au procès puissent observer la personne se trouvant à distance. Il faut alors s'interroger sur l'incidence que peut avoir le dysfonctionnement ou le défaut de tels écrans dans la salle. En effet, l'absence de publicité hors les cas prévus par la loi peut conduire

²⁰ La chambre criminelle de la Cour de cassation laisse entendre que le procès-verbal des opérations techniques ne dispose pas de la même force que celui des débats qui fait foi jusqu'à inscription de faux, Cass. crim., 20 février 2019, n° 17-86.050, *Inédit*.

²¹ Cass. crim., 12 décembre 2018, n° 17-87.462, *Inédit* ; Cass. crim., 20 juin 2018, n° 17-85.096, *Inédit*.

²² V. dans un sens proche CEDH, 27 novembre 2007, n° 35795/02, *Ascuitto c. Italie*, § 71.

²³ Cass. crim., 16 octobre 2018, n° 18-84.430, *Inédit* ; Cass. crim., 28 juin 2011, n° 11-82.273, *Inédit*.

à frapper la procédure d'une nullité d'ordre public selon une jurisprudence déjà ancienne, excluant toute démonstration de grief²⁴. La difficulté ne semble pas s'être présentée en procédure.

L'adaptation est aussi juridique et tient à la pluralité des lieux et spécialement de l'accès du public dans le lieu se trouvant à distance. La question s'est tout particulièrement posée lorsque ledit lieu est un établissement pénitentiaire²⁵. La jurisprudence a ici considéré que le principe de publicité était respecté dès lors que l'accès au public est autorisé dans la salle d'audience où siège la juridiction²⁶ et non dans les locaux pénitentiaires.

La compatibilité du recours à la visioconférence avec le principe d'oralité n'a pas véritablement posé problème en France. Une justice rendue par écrans interposés ne présenterait pas de difficulté dès lors que tous les participants s'entendent et que la personne à distance voit sa participation assurée grâce au dispositif technique. Nous avons pu démontrer que l'appauvrissement de la communication était toutefois ici réel et que ce phénomène était souvent négligé. Jean Danet évoque ainsi, sans jugement de valeur, le fait que la visioconférence « instaure [...] une autre oralité »²⁷ ce qui n'est pas sans incidence sur le contradictoire, sur la production de vérité²⁸ et sur principe d'égalité des armes. La reconnaissance de ces changements reste relativement réduite en France notamment, considérant que l'ensemble des garanties entourant les débats ne sont pas substantiellement dégradées du fait du recours à la visioconférence.

La Cour EDH a emprunté une voie proche depuis l'affaire *Marcello Viola c. Italie*. Elle considère que le recours à la visioconférence est compatible avec le droit à un procès équitable si une forme de proportionnalité est préservée. En d'autres termes, elle vérifie si le recours à cette modalité de comparution poursuit un but légitime, « la défense de l'ordre public, la prévention du crime, la protection des droits à la vie, à la liberté et à la sûreté des témoins et des victimes des infractions, ainsi que le respect de l'exigence du »

²⁴ Cass. crim. 29 février 1872, *Bull. crim.* n°50 ; Cass. crim. 29 décembre 1893, *D.* 1897, I, pp. 202-203 ; Cass. crim. 23 avril 1985, *Bull. crim.* n°154 ; Cass. crim. 8 mars 1989, *Bull. crim.* n°116 et *RSC.* 1990, p. 113, obs.

A. Braunschweig ; Cass. crim. 27 septembre 2000, *Bull. crim.* n°283 et Cass. crim. 17 octobre 2001, *Bull. crim.* n°212

²⁵ Cass. crim., 16 mars 2016, n° 15-87.644, *Bull. crim.* n°846.

²⁶ En ce sens, v. not. Cass. crim., 28 juin 2011, *op. cit.* ; Cass. crim., 17 mai 2011, n° 11-81.036, *Inédit.*

²⁷ J. DANET ET J.-L. RIVOIRE, *Vers une nouvelle oralité ?*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2011, p. 81.

²⁸ *Ibid.*

délai raisonnable » de durée des procédures judiciaires »²⁹ et que les modalités respectent plus particulièrement les droits de la défense de la personne³⁰. Cet équilibre entre finalité et modalités traduit une volonté pour la Cour de contrôler le fait que l'absence de comparution physique ne s'est finalement pas réalisée au détriment de la personne, la Cour procédant alors à une analyse *in concreto*. D'une manière générale, la présence à distance de l'accusé ne doit pas conduire à l'empêcher de participer activement aux débats, de pouvoir les suivre dans des conditions satisfaisantes, d'entendre et de voir les participants, mais aussi d'intervenir librement. Elle fait ainsi référence au procès équitable dans son ensemble ce qui reflète la richesse de la problématique, que l'ensemble du droit au procès équitable doit être interrogé. La préservation du débat contradictoire et, plus encore, l'égalité des armes pourraient être concrètement questionnées³¹. Dans ce dernier cas, le recours à la visioconférence conduirait à admettre qu'il place la personne dans une situation nettement désavantageuse, ce qui n'a pas été admis tout comme l'atteinte au contradictoire ne l'a pas été dès lors que la personne est susceptible de participer à l'audience du fait du matériel technique, notamment en raison de l'assimilation faite entre la comparution en présentiel et à distance. Est-ce alors l'accès au juge qui s'en trouve changé ? Il est sans doute possible de l'affirmer en pratique. Fondamentalement, le rapport au juge en est modifié, l'éloignement, la désolennisation de la justice ont été démontrés³². Les effets d'une justice lointaine sur l'implication de la personne ou sur la participation aux débats sont aussi perceptibles sans toutefois que la jurisprudence y voie une forme de changement substantiel.

À ce stade, le contrôle opéré par la Cour l'a très ponctuellement conduit à sanctionner un État à raison de ce que celui-ci a utilisé la visioconférence dans une situation qui ne pouvait pas l'être. La compatibilité de principe et la rareté des condamnations confirment, y compris en droit européen, le caractère incertain d'une ligne de partage permettant de déterminer les cas pour la visioconférence est possible et ceux pour lesquels l'absence de recours à la visioconférence serait garantie.

En droit interne comme en droit européen, les contentieux relatifs aux garanties encadrant les débats ont finalement été peu importants, la préservation des droits de la défense ayant davantage focalisé l'attention.

²⁹ CEDH, 5 octobre 2006, *Marcello Viola c. Italie*, *op. cit.*, § 72.

³⁰ Cf. *infra*.

³¹ A. TOURÉ, *L'influence des nouvelles technologies dans l'administration de la justice pénale*, Bib. de la Justice, Paris 2017, n° 265.

³² F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, Bib. de sciences criminelles, n° 46, Paris 2009, n° 429.

2.2. L'adaptation mesurée des droits de la défense

L'adaptation de la garantie des droits de la défense est celle qui a le plus suscité de doutes, spécialement dans le contexte spécifique de la présentation à distance du mis en cause, qu'il soit mis en examen ou prévenu, en détention. Les juridictions internes, Cour de cassation et Conseil constitutionnel, comme la Cour EDH ont bien affirmé qu'il n'existait pas de contradiction fondamentale entre le recours à la visioconférence et les droits de la défense. Ces hautes juridictions, avec une acuité toute particulière pour la juridiction européenne, se sont aussi attachées à rechercher si, en pratique, la mise en œuvre de la visioconférence ne posait pas de difficulté substantielle. La Cour EDH a constamment montré l'importance, en la matière, de la préservation des droits de la défense et notamment la nécessité de veiller à ce que l'accusé dispose des moyens temporels et matériels de communiquer avec son conseil.

À cet égard, se pose la question très pratique de la place de l'avocat, évoquée à l'art. 706-71 al. 6 du CPP. Le droit français confère, par principe et en concertation avec son client, un choix discrétionnaire à l'avocat³³, celui d'être à distance et auprès de son client ou au sein de la juridiction et adapte ainsi les garanties. Dans la décision *Golubev c. Russie*³⁴ et dans l'arrêt *Sakhnovski c. Russie*³⁵, la Cour EDH suggère de dépasser la difficulté en proposant que deux avocats puissent être présents, un de chaque côté de la retransmission³⁶. Une telle solution est toutefois peu pratiquée, les frais incombant à la personne auditionnée.

L'avocat, s'il choisit d'être auprès de son client, doit, en toute logique, disposer d'un accès au dossier numérique sur un ordinateur mis à sa disposition au sein de l'établissement pénitentiaire faute de quoi la procédure pourrait être frappée de nullité³⁷. Cependant, l'analyse de la jurisprudence montre qu'une telle sanction ne saurait être prononcée que de manière limitée. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation écarte la nullité si le défaut de communication résulte de l'avocat lui-même.

³³ Cass. crim., 18 avril 2023, n° 23-80.623, *Inédit*.

³⁴ CEDH (déc.), 9 novembre 2006, n° 26260/02, *Golubev c. Russie*.

³⁵ CEDH, 2 novembre 2010, n° 21272/03, *Sakhnovski c. Russie*, *D. actualité* 12 nov. 2010, obs. M. Léna, § 75.

³⁶ Dans le même sens, CEPEJ, « Lignes directrices sur la visioconférence dans les procédures judiciaires », *Council of Europe Publishing*, s.d., disponible sur <https://edoc.coe.int/fr/efficacite-de-la-justice/10702-lignes-directrices-sur-la-visioconference-dans-les-procedures-judiciaires.html> (Consulté le 7 mars 2023).

³⁷ Cass. crim., 9 mars 2022, n° 21-82.580, *Inédit*.

Ainsi, le fait d'informer trop tardivement les services de la juridiction de l'intention manifestée par l'avocat de se trouver dans l'établissement pénitentiaire conduit à écarter le prononcé de la nullité³⁸. L'absence d'accès au dossier n'est pas davantage une atteinte nécessaire aux droits de la défense s'il est démontré que l'avocat a pu accéder avant à celui-ci pour préparer la défense³⁹ et que le dossier n'a pas subi de modification ou encore si l'absence d'accès aux pièces ajoutées entre temps ne fait pas grief au demandeur⁴⁰. En revanche, si l'avocat allègue un grief du fait de la communication d'un dossier incomplet, il revient au juge de le vérifier⁴¹. La nullité n'est finalement prononcée que dans des cas très rares, voire caricaturaux. Il en est ainsi dans plusieurs cas où le conseil n'a pas été entendu hors le cas de la force majeure comme la menace d'un cyclone⁴². La nullité est prononcée lorsque le conseil a été convoqué dans une mauvaise maison d'arrêt⁴³ ou si un changement de modalité de comparution à l'initiative du juge conduit à ce que l'avocat, non informé d'une telle modification, ne soit pas entendu⁴⁴. Il n'en va pas de même si ce changement résulte en réalité d'un refus du client de comparaître à distance, le juge n'ayant pas l'obligation d'informer l'avocat d'un tel refus⁴⁵.

L'avocat peut aussi, c'est sans doute la solution privilégiée en pratique, se trouver dans la salle d'audience. La difficulté ne tient plus alors à la communication du dossier mais au contact avec le client. En pareil cas, la préservation des droits de la défense implique qu'un entretien libre⁴⁶ et confidentiel soit réalisé avant audience des débats⁴⁷, sauf hypothèse du refus de

³⁸ Cass. crim., 6 décembre 2017, n° 17-85.716, *Publié au bulletin* ; Cass. crim., 25 juillet 2018, n° 18-83.317, *Inédit*.

³⁹ Cass. crim., 9 août 2017, n° 17-83.300, *Inédit* ; Cass. crim., 17 avril 2019, n° 19-80.619, *Inédit*.

⁴⁰ Cass. crim., 24 mai 2022, n° 22-81.632, *Inédit*.

⁴¹ Cass. crim., 16 mars 2021, n° 20-87.044, *Inédit*.

⁴² Cass. crim., 24 janvier 2018, n° 17-86.265, *Publié au bulletin*.

⁴³ Cass. crim., 8 mars 2011, n° 10-88.760, *Inédit*.

⁴⁴ Cass. crim., 26 juillet 2017, n° 17-82.789, *Inédit* ; en revanche, la nullité ne saurait être prononcée si l'avocat se trouvant dans la maison d'arrêt est entendu alors que son client se trouve dans la salle d'audience Cass. crim., 12 décembre 2017, n° 17-85.535, *Inédit*.

⁴⁵ Cass. crim., 20 décembre 2017, n° 17-86.176, *Inédit*, *Procédures*, 2018, comm. 88, obs. A.-S. Chavent-Leclère.

⁴⁶ Cass. crim., 16 octobre 2018, n° 18-81.881, *Inédit*.

⁴⁷ A contrario, l'audience au cours de laquelle la décision doit être prononcée n'est pas précédée d'un tel entretien, Cass. crim., 20 juin 2017, n° 16-83.436, *Inédit* ; v. égal. le cas de la décision de mise en délibéré, Cass. crim., 20 février 2019, n° 18-80.777, *Inédit*.

comparution de la personne détenue⁴⁸. Cet entretien est essentiel au regard de la jurisprudence de la Cour EDH qui en a fait une condition *sine qua non* de compatibilité de la visioconférence au regard de l'art. 6§3 de la Conv. EDH⁴⁹. Paradoxalement, ce temps reste peu encadré. Il doit être d'une durée suffisante⁵⁰ et présenter des garanties de confidentialité⁵¹. En France, celui-ci s'effectue concrètement pour l'avocat dans la salle d'audience avec les moyens de visioconférence du palais de Justice. On s'étonnera peut-être du manque de précision en la matière. Le contentieux est ici rare notamment parce que l'avocat qui conteste l'existence d'un tel entretien, sa durée suffisante ou son manque de confidentialité, doit rapporter la preuve de cela⁵².

Ce temps fort contraste avec la faible communication ultérieure : aucune communication directe et confidentielle n'est prévue en droit français pendant l'audience entre l'avocat et son client. Certes, la demande de suspension d'audience demeure théoriquement envisageable, permettant à l'avocat de s'entretenir à nouveau avec son client, elle demeure en réalité purement théorique. D'autres législations, comme l'Italie, ont semblé envisager le maintien d'un mode de communication confidentiel direct entre le mis en cause et l'avocat ouvrant ainsi la voie vers une adaptation complémentaire à l'entretien préparatoire⁵³. La Cour EDH a semblé à deux reprises particulièrement sensible à la possibilité offerte de s'entretenir avec son avocat de manière confidentielle pendant l'audience.⁵⁴

À ce stade, il est possible de conclure, de manière provisoire, que l'adaptation des garanties procédurales est finalement minime voire minimisée en droit. Il est sans doute difficile de dire en pareil cas que tel ou tel droit est manifestement violé mais on mesure, notamment avec les droits de la défense, une forme de fragilisation, de dégradation que la jurisprudence semble nier. Demeure alors la question de savoir si le recours à la visioconférence implique à la consécration d'une garantie singulière.

⁴⁸ Cass. crim., 21 mai 2019, n° 19-81.745, *Inédit*.

⁴⁹ CEDH, 27 novembre 2007, n° 58295/00, *Zagaria c. Italie*, § 30.

⁵⁰ CEDH, 2 novembre 2010, *Sakhnovski c. Russie*, *op. cit.*, § 73.

⁵¹ CEDH, 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italie*, *op. cit.*, § 32 ; CEDH, 27 novembre 2007, *Ascuitto c. Italie*, *op. cit.*, § 71 ; CEDH, 2 novembre 2010, *Sakhnovski c. Russie*, *op. cit.*, § 74.

⁵² Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-85.041, *Inédit*.

⁵³ Cf. not. art. 146 bis al. 4 Codice di Procedura Penale (Attuazione), D.LGS. n.271/1989 avant décret législatif du 10 octobre 2022. La disposition a été transférée depuis à l'art. 133 ter, Codice di procedura penale.

⁵⁴ CEDH, 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italie*, *op. cit.*, § 30 ; CEDH, 27 novembre 2007, *Ascuitto c. Italie*, *op. cit.*, § 71.

3. *L'affirmation de la garantie de présentation physique*

Affirmer que l'audience réalisée à distance ne se différencie pas, par nature, d'une audience classique, conduit à ne pas envisager des garanties différentes par nature. En revanche, admettre que la visioconférence conduit à une forme dégradée d'audience pourrait inciter les juges à envisager une garantie originale : celle de ne pas utiliser la visioconférence. C'est, de manière plus positive le sens de la garantie de présentation physique dont l'affirmation paraît relativement fragile. Cette dernière se perçoit tout autant dans les indices de sa révélation (3.1.) que dans les enjeux qui président à sa reconnaissance (3.2.).

3.1. *Les indices de l'affirmation*

Le droit à une présentation physique ne connaît, disons-le d'emblée, aucune admission claire et ferme en droit français et doit être découvert en creux dans les réserves faites à l'utilisation de la visioconférence. Plusieurs recherches ont ainsi mis en avant les illustrations permettant de dégager un tel droit⁵⁵ dans deux séries d'hypothèses.

La première série correspond à l'impossibilité de recourir à la visioconférence et la seconde résulte du droit laissé à la personne de refuser la comparution par visioconférence. L'impossibilité de recourir à la visioconférence connaît aujourd'hui un champ limité du fait des extensions successives du recours à la technologie depuis 2001. Il n'existe en réalité que deux cas de figure qui ne concernent que la comparution de la personne mise en cause devant la juridiction.

Une première illustration résulte de l'absence de prévision de la comparution de la personne jugée mais non détenue. Tel est le cas pour la comparution devant le tribunal correctionnel. L'article 706-71 al. 3 envisage uniquement le cas de la détention pour la comparution du prévenu du tribunal correctionnel et le tribunal de police⁵⁶. L'al. 4 semble faire de même pour l'audition ou l'interrogatoire du mis en examen ou du témoin assisté pour des raisons tenant à la limitation des extractions. Certes, l'alinéa 2 fragilise cette hypothèse en évoquant le fait que « *lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient, l'audition ou l'interrogatoire d'une*

⁵⁵ TOURÉ, *L'influence des nouvelles technologies*, cit., n° 266 et s. ; DANET, *Visioconférence et droits fondamentaux dans le procès pénal*, cit.

⁵⁶ L'art. 706-71 évoque pour ce dernier cas la détention pour une autre cause.

personne ainsi que la confrontation » peuvent être réalisés par visioconférence. Il nous semble cependant que dans tous les cas précités, la visioconférence ne restreint pas la comparution physique du mis en cause libre à ce stade⁵⁷, la limitation de la présentation physique d'une personne mise en cause ne se conçoit dès lors que pour des raisons attachées à la charge de l'extraction, aux difficultés financières ou sécuritaires qu'elle implique. En revanche, à la différence de la partie civile, du témoin ou encore de l'expert, la comparution par visioconférence depuis un autre tribunal est exclue pour le mis en cause⁵⁸ et ne constitue pas un tempérament à l'obligation de se présenter devant la juridiction comme peut l'être la représentation.

Une seconde illustration tient à l'absence totale de recours à la visioconférence lors de la comparution de l'accusé devant toutes les juridictions criminelles, que ce soit la cour d'assises, la cour d'assises des mineurs ou la cour criminelle départementale. Il n'existe pas ici de limite tenant à la détention ou à la liberté de l'intéressé lors des débats. La généralité de cette affirmation mérite pourtant là encore d'être nuancée car son domaine est plus limité qu'il n'y paraît. L'interrogatoire préparatoire à l'audience prévu par l'al. 179 der. al. peut être réalisé par visioconférence, l'arrêt mis en délibéré peut être prononcé sans comparution physique de la personne⁵⁹. Il en va de même de l'audience civile suivant le procès pénal. Une dernière limite, conjoncturelle, a pu résulter de la crise du COVID 19. Dans les limites sus décrites, cette restriction au développement de la visioconférence s'est étonnamment renforcée du fait de l'attaque dont elle a fait l'objet. C'est l'état d'urgence sanitaire qui a donné l'occasion de renforcer cette exception. En effet, si l'ordonnance 25 mars 2020

⁵⁷ En ce sens, TOURÉ, *L'influence des nouvelles technologies*, cit., § 91.

⁵⁸ Une réserve résulte toutefois du contexte ultra-marin, l'art. 706-79-2 du CPP indique, s'agissant de la juridiction interrégionale spécialisée dans la lutte contre la criminalité et la délinquance organisées se trouvant à Fort-de France mais ayant compétence en Martinique, Guadeloupe et Guyane, que la comparution peut avoir lieu par visioconférence avec cette réserve que les débats doivent être tenus en présentiel dans les quatre mois qui suivent l'interrogatoire de première comparution. Des réserves existent aussi du fait de l'art. 936 l'évoque pour les débats tenus par le juge des libertés et de la détention pour les prévenus se trouvant dans la collectivité de Saint-Martin et l'art. 884 pour les audiences réalisées par la chambre d'instruction de la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion statuant sur l'appel d'une ordonnance du juge de l'instruction ou du juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Mamoudzou. Dans tous ces cas, le mis en cause ne semble devoir être en détention.

⁵⁹ Le jugement du tribunal correctionnel ou du tribunal de police peut l'être également en vertu de l'art. 706-71 al. 4.

avait maintenu l'exception relative aux juridictions criminelles⁶⁰, celle du 18 novembre 2020 y renonçait pour la phase suivant l'instruction et, notamment pour les plaidoiries et la présentation des réquisitions du ministère public⁶¹. Le Conseil d'État, statuant en référé, suspend toutefois cette disposition, considérant qu'il en résulte une atteinte excessive « *aux principes fondateurs du procès pénal* »⁶², considérant que la « *gravité des peines encourues et le rôle dévolu à l'intime conviction des magistrats et des jurés confèrent une place spécifique à l'oralité des débats* »⁶³. Le Conseil d'État a, par la suite et au fond, reconnu l'illégalité des dispositions des ordonnances⁶⁴. Il résulte de l'ensemble de ces éléments une sanctuarisation de la comparution physique en matière criminelle. Ces premières illustrations mettent aussi en évidence l'une des fonctions essentielles de la comparution physique lors du procès pénal. Il s'agit en effet de contribuer à la production de vérité et l'on trouve en matière de recours à la visioconférence comme dans la possibilité de se faire représenter, des freins extrêmement puissants à toute extension en la matière.

La seconde série d'hypothèse vise tout particulièrement le droit accordé à la personne de s'opposer au recours à la visioconférence. Au préalable, il convient de rappeler que la décision de recourir à la visioconférence incombe au juge en charge de l'affaire ou au président de la juridiction étant amenée à se prononcer. Si certaines réserves tenant aux nécessités de l'enquête ou de l'instruction⁶⁵ résultent des textes, le juge dispose ici en réalité, sauf exception⁶⁶, d'un pouvoir discrétionnaire. La loi du 23 mars 2021 a renforcé cette situation en indiquant que la justification essentielle du recours au dispositif technique tient à la bonne administration de

⁶⁰ Art. 5 de l'Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

⁶¹ Art. 2 de l'Ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale

⁶² CE, réf., 27 novembre 2020, n° 446712, *Inédit au recueil Lebon*, D. 2020, pp. 2400; *AJDA* 2020, 2345; *AJ fam.* 2020, 617, obs. L. Mary, n° 14.

⁶³ CE, réf., 27 novembre 2020, *op. cit.*

⁶⁴ Pour l'ordonnance du 25 mars 2020 CE, 6ème et 5ème ch. réunies, 5 mars 2021, n° 440037, n° 10 ; pour l'ordonnance du 18 novembre 2020 CE, 6ème et 5ème ch. réunies, 4 août 2021, n° 447916, *Inédit au recueil Lebon*, n° 12.

⁶⁵ Art. 706-71 al. 3 du CPP.

⁶⁶ L'art. 706-71 al. 7 du CPP dispose que la notification d'une expertise par une juridiction doit se faire par visioconférence « *sauf décision contraire motivée ou s'il doit être procédé concomitamment à un autre acte* ». Il ne s'agit donc plus ici d'un pouvoir discrétionnaire mais d'un principe connaissant deux limites.

la justice. L'appréciation et le bon sens du juge sont, dans les faits, les premiers garde-fous de la protection de la présence physique de la personne à l'audience. Cependant, le droit pour la personne de s'opposer à la visioconférence ne s'est pas construit de manière homogène au sein de l'art. 706-71 du CPP.

Le texte envisage d'un côté, la nécessité de recueillir « *l'accord du procureur de la République et de l'ensemble des parties* »⁶⁷ dont la personne mise en cause s'agissant de la comparution devant le tribunal correctionnel⁶⁸. Ce verrou accordé au prévenu détenu est cependant très encadré depuis la loi du 23 mars 2019 avec la création d'un dispositif anti-tergiversation. Cet accord doit être communiqué dans les cinq jours qui suivent l'information de la date et de la modalité de l'audience, évitant ainsi que l'accord tardif ne pose des difficultés d'administration judiciaire et d'accès au dossier par l'avocat. Plus encore, cet accord ne peut pas être retiré par la suite⁶⁹. Un tel désaccord peut en outre être surmonté lorsque le transport présente des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion.

Le texte prévoit aussi un droit de refuser le recours à la visioconférence pour la personne mise en cause s'agissant des audiences au cours desquelles il est susceptible d'être placé en détention provisoire ou voir sa détention prolongée. Ce droit a été encore plus encadré que le premier par la loi du 23 mars 2019. Le refus doit ici être communiqué au moment où la personne est informée de ce que l'audience est envisagée en visioconférence et de sa date et ne peut, en cas d'absence d'opposition, revenir sur ce point par la suite⁷⁰. En matière de détention provisoire, l'opposition est donc particulièrement encadrée : le refus doit être émis immédiatement et le silence vaut acceptation définitive⁷¹.

Or, ce droit accordé à la personne mise en cause a fait l'objet de plusieurs attaques. C'est d'abord le texte définitivement adopté par le parlement et devant devenir la loi du 23 mars 2019 qui a envisagé la suppression le droit de refuser la visioconférence en cas de demande de prolongation de la détention provisoire. Le Conseil constitutionnel censure la disposition. Il souligne de manière novatrice, « *l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction*

⁶⁷ Art. 706-71 al. 3 du CPP.

⁶⁸ Faute de compréhension de la langue française, l'information doit être en outre traduite, Cass. crim., 9 mars 2022, *op. cit.*

⁶⁹ Art. 706-71-1 al. 1 et 3 du CPP.

⁷⁰ Art. 706-71-1 al. 2 et 3 du CPP.

⁷¹ Cass. crim., 9 novembre 2021, n° 21-85.209, *Inédit* ; Cass. crim., 15 mars 2022, n° 21-87.478, *Inédit*.

compétents dans le cadre d'une procédure de détention provisoire »⁷² en tenant compte des conditions techniques actuelles de visioconférence. Il conclut en considérant qu'existe ici une atteinte excessive aux droits de la défense. Cette affirmation de la garantie de la présentation physique fera date puisque quatre autres décisions de censure du Conseil seront prononcées en retenant celle-ci. Les deux premières, quelques mois plus tard⁷³, ont limité la possibilité de surmonter un refus en cas de risque de troubles à l'ordre public ou d'évasion. En matière criminelle, la personne détenue dispose d'une garantie à comparaître physiquement devant le juge à l'issue d'une année, ce qui ne peut donc lui être refusé pour quelque raison que ce soit.

Les deux dernières applications concernent, là encore, l'urgence sanitaire⁷⁴. L'évolution du COVID-19 avait conduit le gouvernement à écarter la collecte de l'accord ou la manifestation du refus des personnes pour mettre en place la visioconférence. Reprenant les deux éléments dégagés en 2019 – importance de la présentation physique et état actuel de la technologie, le Conseil constitutionnel censure les dispositions en cause.

Ces indices d'une fragile affirmation, sans doute isolés en jurisprudence, sont toutefois la preuve de la nécessité d'appréhender le recours à la visioconférence de manière autonome au regard des garanties ce qui constitue l'enjeu essentiel en la matière.

3.2. *Les enjeux de l'affirmation*

La garantie de présentation physique a ainsi émergé sans véritablement acquérir, pour le moment, une affirmation claire et autonome. Un obstacle fondamental à sa reconnaissance demeure l'assimilation faite entre

⁷² Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, *JCP G.* 2016, act. 359, Aperçu rapide A. Botton ; *D.* 2019. 584 ; *AJDA* 2019. 663 ; *D.* 2019, p. 910, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *D.* 2020, p. 1324, obs. E. Debaets et N. Jacquinot ; *AJ fam.* 2019 p. 172, obs. V. Avena-Robardet ; *Constitutions* 2019, pp. 40, chron. P. Bachschmidt.

⁷³ Cons. const., 20 septembre 2019, n° 2019-802 QPC, *JCP G.* 2019, 1157, obs. M. Giacomelli ; *D.* 2019, p. 1762 ; id. 2020, p. 1324, obs. E. Debaets et N. Jacquinot ; *AJ pénal* 2019, pp. 600, étude J.-B. Perrier ; *Dr. pénal* 2019, alerte 58, veille par W. Roumier ; dans le même sens, à propos du même texte mais pour un autre état du droit, v. Cons. const., 30 avril 2020, n° 2020-836 QPC, *Gaz. Pal.* 2020, p. 18, note P. Le Monnier de Gouville.

⁷⁴ Cons. const., 15 janvier 2021, n° 2020-872 QPC, *JCP G.* 2021, 83, Libres propos V.-L. Benamou et E. Jeuland ; *AJDA* 2021, p. 119 ; ibid. p. 810, note M. Verpeaux ; *D.* 2021, p. 82, et les obs. ; ibid. p. 280, entretien N. Hervieu ; *RSC* 2021, p. 479, note A. Botton ; Cons. const., 4 juin 2021, n° 2021-911/919 QPC.

comparution physique et à distance. La Cour EDH⁷⁵ comme la Cour de cassation fondent leurs décisions sur le postulat ou plutôt la fiction⁷⁶, selon laquelle la comparution en distanciel équivaut à une comparution en présentiel ou pour reprendre la formule de la chambre criminelle de la Cour de cassation l'audition à distance « *n'est qu'une modalité de comparution personnelle* »⁷⁷ devant la juridiction.

L'affirmation de la garantie par le Conseil constitutionnel n'est, malgré les apparences, pas beaucoup plus ferme que celles des autres juridictions. Le Conseil a très largement limité les effets de la censure en évitant de remettre en cause rétroactivement les procédures qui auraient pu être touchées. En outre, la condition relative à l'état de la technologie fragilise une reconnaissance claire de la garantie, la solution pouvant être renversée dans l'avenir si la technologie apporte les moyens d'une comparution à distance plus proche de celle physique sans qu'on puisse véritablement savoir à quoi tiendrait un tel rapprochement : l'absence de problèmes techniques suffirait-elle ? Faut-il encore que l'outil permette une participation plus immersive de la personne ?

En outre, la reconnaissance demeure limitée. Si le droit de refuser transparaît à l'occasion d'une demande de mise en détention provisoire ou de prolongation de la mesure, il n'en est pas de même d'une demande de mise en liberté⁷⁸. Le droit de refuser la visioconférence n'est pas ici pas envisagé alors même que les audiences peuvent être d'une nature proche et on mesure difficilement en quoi la garantie de présentation physique connaît une restriction en pareil cas si ce n'est par pragmatisme pour limiter les escortes. La limite d'un an posée en matière criminelle⁷⁹ trouve sans doute ici application mais on regrettera l'asymétrie créée au sein du contentieux de la détention provisoire.

En pratique, la garantie de présentation physique est aussi fragile. Il est possible de s'interroger sur la réalité du consentement et des incidences de celui-ci. Certains évoquent ainsi quelques inquiétudes quant à la

⁷⁵ L. MILANO, *Visioconférence et droit à un procès équitable*, in *RDLF*, 2011, disponible sur <https://revuedlf.com/cedh/visioconference-et-droit-a-un-proces-equitable/> (Consulté le 25 août 2023).

⁷⁶ V.-L. BENABOU, E. JEULAND, *L'audience en visio-conférence : une exception au principe de présence physique*, « JCP G. », janvier 2021, n° 6, p. 2.

⁷⁷ Cass. crim., 16 octobre 2018, *op. cit.* ; Cass. crim., 27 février 2018, n° 17-87.133, *AJ Pénal* 2018, p. 259, obs. D. Aubert.

⁷⁸ Cass. crim., 20 septembre 2016, n° 16-84.386, *RSC* 2016, p. 806, obs. F. Cordier et D. 2017, p. 1676, obs. J. Pradel ; Cass. crim., 8 novembre 2022, n° 22-85.125, *Inédit*.

⁷⁹ Cf. *supra*.

conscience des conséquences d'un tel choix qui peut rendre la justice plus lointaine⁸⁰ et virtuelle.

Plusieurs auteurs appellent de leurs vœux la reconnaissance d'un tel droit à la comparution physique⁸¹, dont la consécration s'avère essentielle au regard de l'évolution de la justice. Se poserait alors la question du fondement juridique d'une telle garantie. Le Conseil constitutionnel a choisi de rattacher le principe aux droits de la défense là où le Conseil d'État, prudemment, s'est contenté de se référer au procès équitable. La Cour EDH s'est, elle, prononcée sur le fondement de l'art. 6 dans son entier en recourant à la notion de « *participation effective* »⁸² impliquant non seulement d'assister à son propre procès mais d'entendre et de suivre les débats selon une jurisprudence désormais classique⁸³.

Certes, une telle consécration pleine et entière pourrait sembler un peu à contre-courant du sens de l'histoire laquelle est marquée par un reflux de l'audience traditionnelle dont le champ se réduit du fait du développement des alternatives à celle-ci par les alternatives aux poursuites, la composition pénale ou encore l'ordonnance pénale. Cette considération implique sans doute aussi, pour peu qu'on l'imagine, une délimitation des cas d'exclusion de la visioconférence. Tentons de proposer une cartographie de ces cas.

Une première série peut tenir à l'objet de l'audience. La gravité d'une audience au fond, *i.e.* les débats relatifs aux affaires criminelles, doivent rester exclus du champ. Est-ce à dire que la visioconférence doit être admise pour effectuer toute comparution durant la phase préparatoire ? Si la jurisprudence l'admet, considérant notamment que l'interrogatoire de première comparution peut être réalisé par visioconférence compte tenu de la souplesse du texte⁸⁴, une réflexion pourrait être menée sur ce point.

Une deuxième série tiendrait à la temporalité. La visioconférence doit être exclue lorsque la personne n'a pas été présentée physiquement au juge depuis une durée supérieure à un an quel que soit le contentieux.

Enfin, une troisième série d'exclusions se justifierait au regard de la personne concernée. Un auteur évoque ainsi le cas du droit néerlandais pour exclure l'audition des mineurs dans les audiences au fond et les personnes souffrant de handicap mental, visuel ou auditif qui rende la

⁸⁰ CNCDH, *Avis sur le projet de programmation 2018-2022 et de réforme de la Justice*, 20 novembre 2018, p. 19.

⁸¹ V.-L. Benabou et E. Jeuland, *Vers la généralisation du principe de présence physique ?*, note sous *Cons. const.*, 15 janv. 2021, n° 2020-872 QPC, JCP G., février 2021, n° 6, 140.

⁸² CEDH, 5 octobre 2006, *Marcello Viola c. Italie*, *op. cit.*, § 53.

⁸³ CEDH, 23 février 1994, n° 16757/90, *Stanford c. Royaume-Uni*, § 26.

⁸⁴ Cass. crim., 16 octobre 2018, *op. cit.*

participation de la personne plus virtuelle encore⁸⁵. Certes, il sera parfois possible de déduire du handicap l'impossibilité de consentir de manière éclairée à la visioconférence⁸⁶ mais tel n'est pas toujours le cas. Une disposition de la Loi d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027 semble pourtant imposer cette limite. La loi étend le recours à la visioconférence pour mettre en œuvre l'interprétariat durant la garde à vue aux majeurs en excluant les majeurs protégés⁸⁷.

Il faut dès lors conclure que la garantie de présentation physique reste aujourd'hui incertaine peut-être moins en raison de la faiblesse de la réflexion juridique, les propositions émanant de la doctrine existent désormais, que d'un défaut d'analyse des effets concrets de la visioconférence sur la réalité de la participation de la personne.

Le 24 novembre 2023

⁸⁵ J. SIMON-DELCROS, *Visioconférence : moderniser sans déshumaniser*, in *Gaz. Pal.*, 11 mai 2010, n° 131, p. 8.

⁸⁶ J.-M. DELARUE, *Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 14 novembre 2011 relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard des personnes privées de liberté*, in *JORF*, 9 novembre 2011, n° 10.

⁸⁷ Art. 803-5 der. al. issu de la loi du 20 novembre 2023.

Pascal Rubellin

La propriété garantie et les procédures de désendettement

SOMMAIRE : 1. Introduction – 2. La propriété retenue à titre de garantie – 2.1. Les clauses de réserve de propriété – 2.2. Le transfert de propriété à titre de garantie – 2.3. L'insaisissabilité de la propriété d'un bien : une nouvelle garantie? – 3. Conclusion.

1. Introduction

En 1936, le doyen Ripert relevait, de manière prémonitoire, pour le fustiger, l'avènement « d'un droit de ne pas payer ses dettes »¹ en droit français. Près de cent ans plus tard cette prophétie doctrinale s'avère exacte. Le droit (et non le devoir) de ne pas payer ses dettes a été institutionnalisé notamment à travers l'instauration ou la rénovation des procédures destinées à remédier à l'insolvabilité.

Le traitement global de l'insolvabilité d'une personne se fait au moyen de deux dispositifs exclusifs l'un de l'autre. La procédure de surendettement des particuliers d'une part, réglementée dans le code de la consommation, dite procédure consumériste et les procédures collectives, d'autre part, développées dans le livre VI du code de commerce.

Le traitement du surendettement. Les particuliers (les consommateurs en droit européen), de bonne foi, ont à leur disposition, depuis 35 ans², une procédure de surendettement, facultative. La loi du 14 février 2022³ permet le traitement de l'ensemble des dettes du particulier puisque l'état de surendettement s'apprécie non seulement au regard des dettes personnelles mais encore des dettes professionnelles⁴. Cette procédure, non judiciaire et gratuite qui concerne environ 150 000 particuliers par

¹ G. RIPERT, *Le droit de ne pas payer ses dettes*, «D.H.», 1936, p. 57.

² Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

³ Loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante.

⁴ C. consom., art. L.711-1 : « La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes, professionnelles et non professionnelles, exigibles et à échoir (..) ».

an⁵, peut se terminer ou bien par un plan de surendettement⁶, accepté par les créanciers, lequel entraîne l'étalement des dettes pour une durée allant jusqu'à 7 ans, ou bien par des mesures imposées par la commission de surendettement des particuliers⁷.

*Effacement des dettes*⁸. Si toutefois la situation est irrémédiablement comprise, la commission impose, dans l'hypothèse où le particulier n'a que peu de biens⁹, une procédure de rétablissement personnel sans liquidation. Dans l'hypothèse où le particulier est propriétaire d'un patrimoine réalisable, la commission peut saisir, avec l'accord du débiteur, le juge de l'exécution afin qu'il ouvre une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. Le jugement de clôture de ces deux procédures de rétablissement personnel provoque « l'effacement de toutes les dettes, professionnelles et non professionnelles, du débiteur, arrêtées à la date du jugement d'ouverture »¹⁰, offrant au particulier un droit à une seconde chance. Ce dernier n'a certes plus de patrimoine mais ses dettes sont effacées¹¹.

Procédures collectives commerciales. Cette procédure de surendettement non collective est réservée à ceux qui ne peuvent pas demander l'ouverture d'une procédure prévue dans le livre VI du code de commerce, dont la

⁵ [<https://www.banque-france.fr/fr/publications-et-statistiques/statistiques/enquete-typologique-sur-le-surendettement-des-menages-en-2023>].

⁶ Le plan de surendettement est souvent prononcé lorsque le débiteur est propriétaire de son logement.

⁷ C. consom., art. L.733-1 : « La commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, imposer tout ou partie des mesures suivantes : 1° Rééchelonner le paiement des dettes de toute nature, y compris, le cas échéant, en différant le paiement d'une partie d'entre elles, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder sept ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours ; en cas de déchéance du terme, le délai de report ou de rééchelonnement peut atteindre la moitié de la durée qui restait à courir avant la déchéance (...) ».

⁸ *L'effacement des dettes*, sous la direction de P. CAGNOLI, P.-M. LE CORRE, Paris 2023.

⁹ Plus exactement si le débiteur ne possède « que des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale » (C. consom., art. 724-1 al.3)

¹⁰ C. consom., art. L.742-22 : « à l'exception de celles dont le montant a été payé en lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques ».

¹¹ « L'effacement des dettes en rétablissement professionnel est limité au montant indiqué dans l'état chiffré des créances », BJE sept. 2023, n° BJE201d4, V. MARTINEAU-BOURGNAUD, obs sous Cass. com., 19 avr. 2023, n° 21-19743 ; *adde*, K. LAFAURIE, LEDEN juin 2023, n° DED201p0.

liste a été considérablement élargie par la loi sur la sauvegarde de 2005¹². Ces procédures collectives s'appliquent à toute personne, de bonne ou mauvaise foi, « exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole (...) et, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé »¹³. Pour schématiser, seules certaines personnes morales de droit public y échappent.

Procédures de surendettement et procédure collective. Il faut noter à titre d'exception que depuis la loi du 14 février 2022, texte le plus important après la promulgation du code civil d'après le professeur Croze¹⁴ l'entrepreneur individuel voit son patrimoine scindé en deux (C. com., art. L. 526-22). Dans ce cas, et s'il a respecté scrupuleusement toutes les règles, il peut être soumis à une procédure collective sur son patrimoine professionnel et une procédure de surendettement sur son patrimoine privé¹⁵.

La procédure de sauvegarde et les créanciers. La faveur du législateur va à la procédure facultative de sauvegarde, qu'il a entendu rendre attractive. Cette dernière peut être demandée, par le seul débiteur, qui sans être en état de cessation des paiements rencontre des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Elle aboutit à un plan de sauvegarde arrêté par le tribunal, plan qui permet d'étaler judiciairement les dettes sur une période de 10 ans et même 15 ans pour les agriculteurs. Le droit des créanciers est fortement altéré alors même que le débiteur n'est pas en cessation des paiements. De manière très moderne, l'on voit désormais les créanciers s'opposer à de telles procédures en tentant de faire tierce opposition au jugement d'ouverture.

Les procédures de redressement et de liquidation judiciaire et les créanciers. Les procédures de redressement ou de liquidation judiciaire sont impératives et doivent, sous peine de sanctions être demandées dans les 45 jours qui

¹² C. consom., art. L. 711-3 Code de la consommation : Les dispositions du présent livre ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par le livre VI du code de commerce.

¹³ C. com., art. L. 620-3. Il faut toutefois noter que l'entrepreneur individuel depuis le 15 mai 2022 voit son patrimoine scindé en deux. Il peut, s'il a parfaitement respecté toutes les règles, obtenir une procédure de surendettement sur son patrimoine privé et une procédure collective sur son patrimoine professionnel.

¹⁴ H. CROZE, *Le texte le plus important depuis la promulgation du Code civil*, «Procédures», 2022, repère 6.

¹⁵ C. com., art. L. 681-2 ; V. M. GUASTELLA, «*Surendettement des particuliers: nouvel essor ou perte de vitesse?*», « BJE », mai 2023, n° BJE200x9

suivent l'état de cessation des paiements. Là encore, le droit des créanciers est alors très fortement atteint par ces procédures. Après avoir vu le paiement de leurs créances interdit par le jugement d'ouverture, l'issue de ces procédures est encore moins réjouissante pour ces créanciers sacrifiés, comme on a pu le dire, sur l'autel de redressement judiciaire. Ou bien un plan de redressement est adopté et les effets peu enviables sont les mêmes que celui de sauvegarde qui viennent d'être décrits. Ou bien encore le tribunal opte pour un plan de cession et le prix, souvent peu élevé, versé par le repreneur, est réparti entre les différents créanciers dépités. Ou bien enfin une procédure de liquidation est ouverte dont la clôture pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice de leur droit de poursuite¹⁶. Le passif est purgé.

Ce synopsis de l'issue des différentes procédures collectives (plus de 60 000 par an) démontre que le parti pris par le législateur réside dans le sauvetage à tous crins de l'entreprise, lequel se réalise nécessairement au détriment du droit des créanciers¹⁷. La priorité actuelle est donc d'assurer le rebond du débiteur ou de l'entrepreneur¹⁸.

La difficulté de recouvrer sa créance. Or, un créancier qui n'a pas à disposition de garantie efficace ne s'engage pas. L'octroi du crédit se rarifie alors et l'économie nationale souffre. C'est d'ailleurs pour cette raison que, dans un domaine proche, il a été instauré une immunité quasi totale aux créanciers (établissements de crédit) en cas de soutien abusif dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective subséquente¹⁹.

¹⁶ Le sort désastreux de ceux-ci est sans doute encore pire dans les procédures de rétablissement professionnel qui peuvent être demandées par le débiteur de bonne foi en liquidation judiciaire qui a un patrimoine inférieur à 15 000 euros (sans immeuble). Dans cette hypothèse, ses biens ne sont pas réalisés et les créanciers connus voient les créances « effacées ».

¹⁷ L'instauration de classe de créanciers par l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 redonne de la force à ceux-ci dans la procédure collective, conformément à ce que demandait la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 du Parlement européen.

¹⁸ J.-L. VALLENS, *Vers un droit au désendettement*, «BJE», mai 2024, n° BJE201n1; S. TOUBAL, *Le rebond du débiteur. Contribution à l'étude du droit de la défaillance économique*, Paris Résilience, rebond des TPE et PME en difficulté, « Faut-il sauver l'entreprise quoi qu'il en coûte » ?, regards croisés Droit et Gestion, sous la direction de A. Rivet, K. Lafaurie, Paris, 2020.

¹⁹ C. com., art. L. 650-1 : « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ».

La désactivation des sûretés personnelles. L'une des manières, pour le créancier, de se protéger contre l'insolvabilité de son débiteur est d'exiger l'octroi de sûretés personnelles. Or, le droit français du cautionnement est par essence très protecteur de la caution²⁰. De plus et surtout, en cas d'ouverture d'une procédure collective, le livre VI du commerce immunise lui-même non seulement la caution, mais plus largement les personnes physiques « coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ». Le but est d'inciter le gérant caution à demander au plus tôt de telles procédures. Toutes ces catégories de personnes ne peuvent être appelées en paiement ni pendant la période d'observation ni en cas de réussite des plans de sauvegarde et dernièrement de redressement²¹. Enfin, si le débiteur est mis en liquidation judiciaire, ces garants personnels devront s'exécuter. Mais il leur sera possible de demander une procédure de surendettement, laquelle se termine souvent par... l'effacement des dettes. C'est la quadrature du cercle pour le créancier.

*La perte d'efficacité des sûretés réelles classiques*²². Les sûretés réelles classiques sont en temps normal efficaces. Mais en droit des procédures collectives et spécialement en liquidation judiciaire, l'actif est souvent très sensiblement inférieur au montant des créances déclarées et admises. Si les créanciers chirographaires sont dans l'immense majorité des cas exclus des répartitions, à tel point que le juge-commissaire peut autoriser que l'on ne vérifie pas leur créance²³, les créanciers munis de sûretés conventionnelles, efficaces lorsque l'entreprise est *in bonis*, sont rétrogradés dans l'ordre des répartitions en raison de l'existence de nombreux privilèges légaux qui les priment²⁴. Et même lorsque la sûreté réelle a été prise sur le patrimoine d'autrui, le législateur est intervenu pour en atténuer très fortement l'efficacité lorsque le constituant est soumis à une procédure²⁵.

²⁰ G. DIBANGUE, *La recherche d'un équilibre contractuel dans le droit du cautionnement*, Paris 2017.

²¹ C. com., art. L. 622-28, alinéa 2 ; L. 626-11 ; et L. 631-19.

²² C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, M. Grimaldi (préf.), Paris 2020; R. DAMMANN, A. ALLE, *À la recherche d'une cohérence entre sûretés réelles et procédures collectives*, *Mélanges en l'honneur du professeur M. Grimaldi*, Paris, 2020.

²³ C. com., art. L. 641-4 : Il n'est pas procédé à la vérification des créances chirographaires s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées.

²⁴ C. com., art. L643-8.

²⁵ La jurisprudence avait considéré qu'en l'absence d'engagement personnel du constituant, le bénéficiaire de la garantie ne pouvait pas déclarer sa créance mais il pouvait réaliser le bien pendant la procédure collective du constituant. L'ordonnance n°

La tentation de l'utilisation de la propriété comme garantie. Comment garantir à coup sûr le paiement d'un créancier ? Si une solution existe, elle entravera indubitablement le sauvetage de l'entreprise sous procédure. En l'absence de réponse satisfaisante, c'est tout l'octroi du crédit qui en souffrirait. La pratique s'est tournée vers l'utilisation de la propriété comme garantie²⁶. L'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés en consacra l'existence. Depuis lors, le Code civil contient deux chapitres, l'un sur la propriété retenue à titre de garantie et l'autre sur la propriété cédée à titre de garantie²⁷.

En droit commun, une telle garantie est d'une efficacité totale. Le créancier, propriétaire, ne souffre pas du concours des autres créanciers. En cas d'ouverture d'une procédure collective, la difficulté devient plus prégnante. Il a été démontré que la procédure collective, par définition diligentée contre une personne, physique ou morale (effet personnel), avait l'effet d'une saisie collective sur les biens du débiteur (effet réel), constituant le gage commun des créanciers²⁸. Il existe donc des « biens qui échappent à la procédure collective »²⁹. La propriété utilisée comme garantie soustrait donc ces biens de la discipline collective puisqu'ils n'appartiennent pas au débiteur. Le propriétaire, impayé, pourra en demander la restitution au moyen d'une action en revendication entravant le sauvetage de l'entreprise, notamment si le bien est nécessaire à la poursuite de l'activité. Afin de parvenir à une sorte d'équilibre, entre la nécessité d'assurer le financement des entreprises et par conséquent l'octroi de garanties performantes et

2021-1193 du 15 septembre 2021, en modifiant les articles L. 622-21-II et L. 622-25 rend caduque cette jurisprudence. Un tel créancier devra déclarer sa sûreté réelle à la procédure collective.

²⁶ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, 1995, Paris, préf. M. Gobert. Adde P. CROCQ, *Dix ans après : l'évolution récente des propriétés garanties, Ruptures, mouvements et continuité de droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris 2004, p. 347 et s. ; D. LEGEIS, *La propriété garantie*, in *La propriété*, 2006, SLC, Travaux de l'Association Henri Capitant ; L. AYNÈS ET A., *Les propriétés-garanties*, «RLDC», 2012, n° 284-155. La levée de la prohibition du pacte commissaire par l'ordonnance du 23 mars 2006, y contribua (le titulaire d'une sûreté réelle peut désormais devenir propriétaire sans autorisation judiciaire). Utiliser la propriété, droit réel principal, comme garantie ne crée pas un nouveau droit réel et ne porte pas atteinte au numéris clausus des droits réels, si par ailleurs, ce numéris clausus existe réellement.

²⁷ Lesquels apparaissent dans l'établissement des sûretés portant sur les meubles (C. civ., art. 2329 al. 4 et sur les immeubles art. 2375 al.2).

²⁸ M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, t. 59, Paris 2002.

²⁹ D. SAHEL, *Les biens qui échappent à la procédure collective*, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, t. 27, Paris 2022.

l'efficacité des procédures collectives, le législateur est intervenu, au gré de différentes réformes, maintenant l'efficacité des propriétés garanties lorsque plus aucun espoir de redressement n'existe (liquidation judiciaire), tout en essayant de juguler leur impact dans le cas où un sauvetage est envisagé.

Preuve indéniable de la prise de conscience moderne de l'efficacité de la propriété garantie, l'ordonnance du 30 décembre 2021 a modifié l'article phare portant sur les répartitions, en jugeant utile de préciser à titre liminaire « sans préjudice du droit de propriété ou de rétention opposable à la procédure (...) le montant de l'actif distribuable est réparti dans l'ordre suivant (...) »³⁰. Les propriétaires et les créanciers ne boxent pas dans la même catégorie. Il ne s'agit donc pas d'un conflit d'intérêt au sens où le regretté professeur Valiergue³¹ l'entendait. Aussi bien, le créancier va tenter d'utiliser un moyen permettant de ne pas céder sa propriété afin de faire valoir son droit de propriété dans la procédure de son débiteur (1.) ou bien il va exiger le transfert de la propriété d'un bien du débiteur à titre de garantie (2.). Ces deux mécanismes permettent de soustraire ou de distraire le bien³² du gage commun des créanciers. De manière singulière, on tire de l'insaisissabilité de la propriété de certain biens, une garantie très efficace (3.).

2. La propriété retenue à titre de garantie

Sans prétendre à l'exclusivité, deux mécanismes vont conférer au créancier un droit exclusif sur le bien le faisant ainsi échapper à l'effet réel de la procédure. Le premier revient, par la stipulation d'une clause dans un contrat de vente, voire d'entreprise, à ne pas transférer la propriété à l'acheteur (2.1.). Le second consiste à délaïsser le contrat de vente au profit d'autres contrats non translatifs de propriété (2.2.).

2.1. Les clauses de réserve de propriété

En droit français, par principe, le transfert de propriété s'opère par le seul échange des consentements (C. civ., art. 1196). En cas d'impayé, le

³⁰ M. GUASTELLA, *Les principes directeurs des répartitions de fonds en procédure collective*, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, t. 32, Paris 2024.

³¹ J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé, Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, sous la direction de G. Wicker, Paris 2019, n° 589.

³² Selon la démonstration de D. SAHEL, cit.

vendeur, simple créancier, devra déclarer sa créance à la procédure collective de l'acquéreur. A défaut, elle sera inopposable à la procédure. En effet, la vente n'est plus un contrat en cours puisque la prestation principale, le transfert de propriété, a déjà eu lieu. Ses chances d'être désintéressé sont alors des plus faibles.

Pour y remédier, Il a été proposé d'inclure des clauses de réserve de propriété, retardant son transfert jusqu'au complet paiement du prix. Leur validité ne fut jamais contestée et l'ordonnance du 23 mars 2006 en consacra l'existence³³. Dans un premier temps cependant, la Cour de cassation s'opposa à l'efficacité de telles stipulations, là où elles étaient les plus utiles. En effet, elle les considéra comme inopposables à la procédure collective (à l'époque, à la masse des créanciers³⁴). Dans le but de favoriser le crédit-vendeur, la loi du 12 mai 1980³⁵ en reconnut la redoutable efficacité qu'on lui connaît aujourd'hui dans les procédures collectives diligentées contre l'acheteur³⁶.

2.2. Clause de réserve de propriété et procédure collective.

Sans même qu'il n'ait besoin de déclarer sa créance, le vendeur impayé, demeuré propriétaire, peut ainsi agir en revendication pour faire reconnaître son droit de propriété³⁷, dans le délai de 3 mois, délai préfix, suivant la publication du jugement d'ouverture. S'il omet de le faire, son droit de propriété devient inopposable à la procédure collective. Si la demande en revendication aboutit (l'administrateur judiciaire peut d'ailleurs acquiescer), elle vaut aussi demande de restitution. Le propriétaire se verra restituer son bien dont la valeur s'imputera sur sa créance. Et si la créance est supérieure à la valeur du bien, le vendeur viendra, sans doute en tant que créancier chirographaire, aux répartitions organisées dans le cadre

³³ C. civ., art. 2367 : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie ».

³⁴ Cass. civ. 28 mars et 22 oct. 1934, D. 1934, I, 151, note Vandame ; S. 1935n I, 337 note Esmein.

³⁵ R. HOUIN *L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite*, in «JCP», 1980, I, 2978.

³⁶ Sur l'évolution du sort de la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives, v. F. PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Bibliothèque de droit de l'entreprise », t. 21, avant-propos J.-M. Mousseron, préf. F. Derrida, Paris 1988, n° 16 et s.

³⁷ Cass. com., 29 janv. 1991 et 20 oct. 1992, D. 1993, somm., p. 288, obs. F. Pérochon.

de la procédure collective³⁸.

D'ailleurs le juge-commissaire peut autoriser le paiement du réservataire si le bien revendiqué est utile au redressement (C. com., art. L. 624-16 al. 4). Ce créancier antérieur qui avait très peu de chance d'être payé, l'est alors intégralement, ce dès la période d'observation. La propriété réservée permet donc que lui soit restitué le bien vendu ou bien, sur autorisation judiciaire, d'être payé intégralement.

Le succès de la clause de réserve de propriété dans le droit des procédures explique que celui-ci a servi de « banc d'essai et de révélateur au régime de droit commun désormais défini par le Code civil »³⁹. La réglementation de cette propriété retenue est, en raison de son succès, plus complet et plus souple⁴⁰ dans le code de commerce⁴¹ que dans le Code civil. La stipulation de telles clauses est devenue presque de style entraînant par péréquation un contentieux très nourri. L'article L. 621-122 prévoit expressément que « la revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité », amenant la jurisprudence à statuer sur finalement le très insolite concours de revendication portant sur un même bien et décidant en l'espèce que les revendiquants en compétition n'étaient pas soumis à la règle du prix de la course, mais à celle du prorata⁴².

La vente avec clause de réserve de propriété n'est toutefois pas la panacée, même si elle résiste à l'effacement des dettes que l'on peut connaître dans les procédures de rétablissement personnel ou professionnel⁴³. D'une part parce que celui qui a cédé la propriété se voit restituer un bien qu'il aura

³⁸ A la condition qu'il ait déclaré sa créance. Par ailleurs, si la valeur du bien excède le montant de la dette garantie le créancier doit au débiteur la différence (C. Civ., art. 2371, al. 3).

³⁹ M. CABRILLAC ET ALII, *Droit des sûretés*, Paris 2022, n° 836

⁴⁰ C. com., L. 621-22, « Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison ». Thématique :

⁴¹ C. com., art. L. 621-122

⁴² Com. 29 nov. 2016, n° 15-12350, Lorsque plusieurs vendeurs avec réserve de propriété revendiquent, dans le délai de trois mois, les mêmes biens, ceux-ci doivent leur être restitués à proportion de la quantité livrée par chacun d'eux et restant impayée à la date de l'ouverture.

⁴³ Cass. civ. 2^e, 27 févr. 2014, n° 13-10891 : *Bull. civ.* II, n° 59 ; *BJED* juill.-août 2014, p. 217, obs. F. Pérochon et p. 245, note F. Macorig-Venier ; D. 2014. 1081, note D.R. Martin ; *Gaz. Pal.* 20 mars 2014, p. 22, obs. M. Dumont-Lefrand ; *RDC* 2014, p. 393, obs. J. Klein ; *RPC* sept.-oct. 2014, comm. 112, obs. S. Gjidara-Decaix ; *RTD civ.* 2014, p. 370, obs. H. Barbier. Pour une solution équivalente concernant l'ancienne sanction du défaut de déclaration de créance qu'était l'extinction de la créance : Cass. com., 9 janv. 1996 : *D.* 1996, p. 184 note F. Derrida.

du mal a replacer sur le marché (et dont le prix ne tient pas compte de sa marge). D'autre part parce la clause de réserve de propriété n'étant soumise pour sa validité à aucune publicité, le créancier réservataire peut voir, pour ne citer qu'un exemple, son action en revendication paralysée par un autre créancier exerçant un droit de rétention sur le bien ⁴⁴.

Réserve de propriété et vente immobilière en viager. Cette clause de réserve de propriété devrait d'ailleurs systématiquement être stipulée dans les ventes immobilières⁴⁵ pour lesquelles il est prévu que le prix sera payé sous forme de rente viagère. A défaut, le vendeur risque de se trouver dans une situation fort délicate si le crédit-rentier est soumis à une procédure collective. La vente n'étant pas un contrat en cours puisque la prestation caractéristique, le transfert de propriété, a déjà eu lieu, le vendeur doit alors déclarer les arrérages échus impayés mais aussi et surtout l'intégralité de la rente à échoir. Il ne peut agir en résolution du contrat, action interdite par le droit des procédures collectives (L. 622-21). Le vendeur en viager, comme n'importe quel vendeur, perd tout ou presque.

Les conséquences sont particulièrement douloureuses si l'on garde à l'esprit que les vendeurs sont souvent des personnes d'un certain âge désirant financer ainsi leur fin de vie, notamment par la vente en viager de leur immeuble d'habitation. Le bouquet et la rente qu'ils en retirent assurent bien souvent leur hébergement au sien d'un EHPAD (établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes). La faillite de leur acheteur les empêche de payer alors leur loyer, au risque de se retrouver sans logis ni soins. *Dura lex sed lex*. La Cour de cassation n'y voit pas y une « une atteinte disproportionnée à son droit de propriété et au respect de sa dignité, respectivement protégés par les articles 1^{er} du premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007 »⁴⁶.

Au lieu de passer par le truchement d'une violation hypothétique des droits fondamentaux, il est beaucoup plus simple d'insérer une clause de réserve de propriété dans un tel contrat de vente. Le vendeur impayé agira alors en restitution de son immeuble ! La propriété-garantie est bien plus efficace que toutes ces circonvolutions.

⁴⁴ Com. 3 oct. 1989, Bull. civ., IV, n° 244. Pour d'autres conflits, V., M. Bourasin, « *Droit des sûretés* », 8^{ème} éd., Paris 2024, n° 730.

⁴⁵ L. ANDREU, *Les attraits de la clause de réserve de propriété immobilière*, in « JCP » N 2016, 1105.

⁴⁶ Com. 4 juill. 2018, pourvoi n° 17-10208.

A. Les contrats de location

La pratique s'est dirigée, toujours dans le but d'utiliser la propriété comme garantie, vers des contrats qui ne transfèrent pas la propriété, tels que les contrats de location. Il s'agit principalement du contrat de crédit-bail (a), contrat très réglementé dans le code monétaire et financier, du contrat de location financière (appelé aussi contrat de location de longue durée) (b), voire de location avec option d'achat (LOA). Tous ces montages sont principalement des opérations de crédit, infiniment plus efficaces qu'une vente à crédit en cas de procédure collective du crédit preneur ou du locataire. Il témoigne aussi du changement sociétal actuel où le fait d'être propriétaire est en retrait par rapport au fait d'être utilisateur.

a) *Le contrat de crédit-bail* (C. com., art. L. 313-7).

Un établissement de crédit donne à bail pour une période, correspondant bien souvent à la durée normale d'amortissement, un bien à un crédit-preneur en lui consentant une promesse unilatérale de vente. Le crédit-preneur deviendra donc propriétaire du bien, au terme de la location, à un prix qui aurait été celui qu'il aurait acquitté s'il l'avait acheté à crédit. « Économiquement le crédit-bail est une opération de crédit ; mais juridiquement, le prêt prend la voie détournée d'un prix d'achat qui est remboursé de façon indirecte sous forme de loyers. Si le chemin est différent de celui emprunté par la clause de réserve de propriété, la finalité est la même. Le vendeur (ici le loueur engagé par une promesse de vente) conserve la propriété jusqu'au complet paiement du prix. Si le crédit preneur ne paye pas ses loyers, le crédit bailleur agira en résolution du contrat de location et recouvrera la pleine possession de son bien »⁴⁷. Il est stipulé en outre dans ce cas en général une forte clause pénale au profit du crédit-preneur.

*Le contrat de crédit-bail et les procédures collectives*⁴⁸. Le contrat de crédit-bail est un contrat de location, contrat à exécution successive par excellence et, par conséquent, un contrat encore en cours à l'ouverture de la procédure collective du crédit-preneur. L'administrateur judiciaire peut

⁴⁷ E.-M. BEY, *La propriété : le crédit-bail envisagé comme une sûreté*, «RJ com.», 1981. no spécial, p. 48 et s.; p. 52 et s. écrit que cette sûreté n'est pas des plus efficace lorsqu'il n'est pas possible de remettre sur le marché le bien, après résiliation du contrat de location, en raison de la particularité de ce bien.

⁴⁸ E. Le Corre-Broly, *Crédit-bail mobilier et procédure collective : contribution à l'étude du contrat de crédit-bail mobilier en cas de redressement judiciaire du locataire*, thèse, B. Soinne (dir.), 1997, Lille 2; M. DOUAOU, *L'influence du droit des entreprises en difficulté sur l'opération de crédit-bail : contribution à l'étude d'un contrat de financement*, thèse, Y. Chaput (dir.), 1999, Paris 1.

en imposer la poursuite, malgré les échéances antérieures impayées, lesquelles devront être déclarées à la procédure collective⁴⁹. Le crédit-bailleur sera alors payé comptant pendant la procédure collective, des échéances à venir (créances postérieures utiles privilégiées). Et si le contrat de crédit-bail arrive à échéance pendant la période d'observation, le débiteur pourra, comme en droit commun, lever l'option d'achat. Mais pour ce faire, il sera contraint, avec l'autorisation du juge-commissaire de payer les créances antérieures impayées⁵⁰.

Si le contrat de crédit-bail n'est pas poursuivi, le crédit-bailleur agira en restitution de son bien, sans qu'il ne soit besoin d'agir en revendication, puisque pour être opposable aux tiers le contrat de crédit-bail doit avoir été publié⁵¹. Il recouvrera la propriété du bien loué.

On perçoit la différence avec l'hypothèse où le vendeur octroie un crédit à son acheteur. Le prêt n'étant pas un contrat en cours, toutes les échéances passées et futures doivent être déclarées et le vendeur n'a aucun droit de préférence sur la chose vendue dont le prix n'a pas été payé.

b) *Le contrat de location de longue durée (LDD) ou location financière*

Aux regards des garanties financières que procurent la location d'un bien en cas d'inexécution des obligations financières du locataire, de la réglementation stricte et exigeante du contrat de crédit-bail, mais encore du développement considérable de l'économie d'usage (business-model récent qui consiste à favoriser l'utilisation plutôt que la possession et à développer ainsi une économie plus circulaire), les contrats de location-financière se sont considérablement développés⁵². La stratégie est similaire celle du crédit-bail, à l'exception près, notable, qu'au terme de la location, (souvent d'une durée de 3 ou 4 ans) le locataire n'a pas la possibilité de devenir propriétaire, ce dont bien souvent il n'a cure en raison de l'obsolescence du produit loué (ex : téléphonie mobile) ou bien encore de la possibilité qui lui est offerte de louer derechef le bien. Le contrat de location de longue

⁴⁹ C. com., art. L. 622-13. On a parlé de purge des exceptions d'inexécution.

⁵⁰ C. com., art. L. 622-7, II, al. 2 et L. 631-14 ; L. 641-3 al.2

⁵¹ C. com., art. R. 521-11 ; Sur les conséquences du défaut de publication. Cass. com., 14 déc. 2022, n° 21-16048, E. LE CORRE-BROLY, *L'absence de renouvellement de la publicité du crédit-bail mobilier et son incidence en cas de succession de procédures collectives*, Lexbase Hebdo 5 janv. 2023, n° 740, éd. Affaires ; R. AZEVEDO, *Restitution : indifférence de la publication de l'arrêté du plan de redressement*, «LEDEN», janv. 2023, n° DED201g4 ; B. FERRARI, *Incidence du défaut de renouvellement de la publicité d'un contrat de crédit-bail mobilier en présence d'une succession de procédures collectives*, «Dalloz actualité», 25 janv. 2023 ; D. SAHEL, BJE mars 2023, n° BJE200z3.

⁵² Il existe aussi des locations avec offre d'achat (LOA) et non une

durée n'étant pas soumis à publicité, le loueur devra veiller à revendiquer son droit de propriété dans les 3 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture. Là encore, à l'ouverture de la procédure collective, ou bien le bien est utile et le contrat de location de longue durée sera poursuivi et l'administrateur continuera à payer les échéances pendant la période d'utilisation, ou bien il ne l'est pas et l'administrateur ne poursuivra pas le contrat. Mais dans les deux cas, le loueur agira en revendication de son bien loué et ce dernier lui sera restitué.

2.2. Le transfert de propriété à titre de garantie

La propriété est aussi utilisée à titre de garantie par un mécanisme opposé de celui de la propriété retenue qui vient d'être décrit. Il s'agit ici, bien au contraire, de faire sortir un actif du patrimoine du débiteur pour l'affecter en garantie afin de le faire sortir du gage commun des créanciers. Tels sont le cas de la fiducie-sûreté (B) et des diverses cessions de créances (A).

A. Les cessions de créance

Histoire. Pour diverses raisons, la jurisprudence a censuré⁵³ toute velléité de cession de créance à titre de garantie, en dehors des cas prévus par la loi. En les requalifiant de nantissement, elle fit perdre au bénéficiaire l'exclusivité dont il croyait bénéficier en tant que propriétaire de la créance cédée. L'utilité de la cession de créance à titre de garantie était pourtant prégnante et la reconnaissance de sa validité demandée par les praticiens. Pour ne prendre qu'un exemple, le financement d'un immeuble devait pouvoir être garanti par la cession des loyers au bailleur de fond.

La cession de créance à titre de garantie de droit commun a fait son entrée très récemment dans le Code civil par l'ordonnance du n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. « La *propriété* d'une créance peut être cédée à titre de garantie d'une obligation » (C. civ., art. 2373)⁵⁴. Comme il a été relevé, l'emploi de la notion de propriété et non celle de titularité permet « de sécuriser le créancier, qui dispose ainsi des prérogatives les plus étendues sur la créance, et de garantir la résistance de la cession à la procédure collective »⁵⁵. C'est le transfert

⁵³ Com. 19 déc. 2006, pourvoi n° 05-16.395 ; 26 mai 2010, pourvoi n° 09-13.388

⁵⁴ Déjà pour la cession Dailly, C. mon. fin. L. 313-24)

⁵⁵ A. GOUZET, *Le nouveau droit des sûretés*, «Dalloz», 2023, n° 352.

de cette propriété qui permet au cessionnaire de ne pas subir la discipline collective de la procédure.

En réalité, le droit français connaît depuis plus de quarante ans, une cession de créance spécifique qui a rencontré un énorme succès : la cession de créances professionnelles, dite cession Dailly⁵⁶. La nouvelle cession de créance à titre de garantie reprend à son compte, dans les grandes lignes, les conditions de validité et d'opposabilité que doit respecter la cession Dailly. La jurisprudence, dégagée à propos de cette dernière, a donc vocation à s'appliquer à la cession de créance du Code civil.

Efficacité. La simplicité la cession Dailly a été à l'origine de son succès. Les établissements de crédit ou les sociétés de financement⁵⁷ se font remettre par le cédant un bordereau comprenant les créances professionnelles transmises y compris, et c'est le nerf de la guerre, des créances futures. La cession prend alors effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise⁵⁸, sans qu'il n'y ait besoin de publicité, règle jugée de surcroît d'ordre public⁵⁹. Si la cession ne lui a pas été notifiée, le débiteur cédé peut payer ou bien le cessionnaire ou bien le cédant, reconnu alors comme mandataire tacite du cessionnaire. A compter de la notification, le débiteur cédé ne peut naturellement se libérer qu'entre les mains du cessionnaire⁶⁰. La cour d'appel de Versailles dans un arrêt Cœur Défense⁶¹, a considéré qu'aucune règle des procédures collectives ne pouvait priver d'effet la notification pendant la procédure du cédant, renforçant encore l'efficacité de la cession Dailly⁶².

Ce transfert de propriété à titre de garantie donne une force incroyable à cette garantie en cas de procédure collective ouverte contre le cédant⁶³. Dans une affaire très éclairante, le débiteur avait cédé, avant l'ouverture

⁵⁶ Loi Dailly n°8161 du 2 janvier 1981(C. mon. fin., art. L. 313-23))

⁵⁷ Ou un fonds d'investissement alternatif. (FIA)

⁵⁸ C. mon. fin., art. L313-27 . De plus, la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité.

⁵⁹ Cass. com. 11 oct. 2017, n°15-18372.

⁶⁰ Le cessionnaire peut même échapper à l'opposabilité des exceptions fondées sur les rapports personnels du cédant et du débiteur cédé en sollicitant l'acceptation de celui-ci (C. mon. fin., art. L. 313-29)

⁶¹ CA Versailles, 28 fév. 2013, n° 12/06573.

⁶² V. L. ANDREU, *Cession Dailly et procédures collectives*, «Rev. Proc. Coll.», n° 6, 2017, p. 1. ; J.-E. KUNTZ, V. NURIT, *La cession de créances Dailly à titre de garantie à l'épreuve du plan de sauvegarde*, «BJE», 1^{re} janv. 2014, p. 58.

⁶³ V. L. ANDREU, *Cession Dailly*, cit.

de la procédure et à titre de garantie, un grand nombre de créances futures. Les créances étant sorties du patrimoine du débiteur la Cour fut contrainte d'admettre que « si la cession de créances professionnelles faite à titre de garantie implique la restitution du droit cédé au cas où la créance garantie viendrait à être payée, elle opère cependant un transfert provisoire de la titularité du droit à la date apposée sur le bordereau et que, sortie du patrimoine du cédant jusqu'à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective du cédant postérieurement à cette date »⁶⁴. C'est ainsi « l'intégralité du poste-client du débiteur qui est susceptible d'être appréhendée à un moment où l'entreprise a un besoin vital de trésorerie »⁶⁵. La solution rejoint en somme celle dégagée à propos de la saisie-attribution de créance à exécution successive intentée avant la procédure collective et qui continue de produire effet pendant celle-ci. On comprend alors pourquoi les professionnels se ruent vers de telles garanties.

Cantonnement légal de l'efficacité. La récente cession de droit commun de créance à titre de garantie, épousant sur ces différents points ceux de la cession de créances professionnelles⁶⁶, les effets décrits, si perturbants pour le déroulement de la procédure du cédant étaient voués à être décalqués, au risque d'entraver le sauvetage entrepris.

Comme bien souvent⁶⁷, le droit des entreprises en difficulté riposta dans le but de lutter, selon les mots du rapport du président de la République⁶⁸,

⁶⁴ Cass. com., 9 déc. 2020, n° 19-13014. V. déjà, Cass. com., 7 déc. 2004, n° 02-20732, D. 2005, note L. Larroumet. « 732 : Vu les articles L. 313-23, L. 313-24 et L. 313-27 du Code monétaire et financier ; Attendu qu'il résulte de ces textes que, même si son exigibilité n'est pas encore déterminée, la créance peut être cédée et que, sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de ce dernier postérieurement à cette date ».

⁶⁵ A. JACQUEMONT, N. BORGA, TH. MASTRULLA, *Droit des entreprises en difficulté*, 12^{ème} éd., 2022, n° 499.

⁶⁶ C. civ., art. 1321 et suivant : La cession de créance peut porter sur des créances futures. Entre les parties, le transfert de la créance, présente ou future, s'opère à la date de l'acte. Il est opposable aux tiers dès ce moment. La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.

⁶⁷ Et cette fois-ci le même jour que celui de l'instauration des cessions de créances futures dans le Code civil, l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021.

⁶⁸ « En droit commun, ces opérations produisent désormais leurs effets immédiatement, dès la date de l'acte de cession ou de nantissement, même si la créance sur laquelle elles portent ne naît qu'ultérieurement. L'application de cette solution en procédure collective serait inopportune et pourrait faire obstacle à la poursuite de l'activité de l'entreprise, privée d'une partie de sa trésorerie. Des exceptions strictes à cette règle de non-accroissement de l'assiette sont limitativement prévues ».

contre l'efficacité de la cession de créance future en cas de procédure collective. Il n'était pas question de tuer dans l'œuf cette nouvelle garantie propriété, mais d'en juguler partiellement l'efficacité. Il est donc légalement proscrit, en substance, après le jugement d'ouverture « tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle quelle qu'en soit la modalité (...) par ajout ou complément de biens ou droits, (...) par transfert de biens ou droits du débiteur »⁶⁹. Si la majorité des auteurs considèrent que la réforme a atteint son but, d'autres sont plus circonspects. En particulier le professeur Pétel⁷⁰ considère, à juste titre selon nous, « que l'arrivée à échéance d'une créance déjà cédée à titre de garantie n'accroît pas l'assiette de la garantie ; elle la rend efficace. On n'est pas dans le domaine du renouvellement énoncé à l'article L. 622-21 IV ».

A s'en tenir à l'opinion dominante, la cession de créances futures contractée avant l'ouverture de la procédure, mais qui viendraient à échéance pendant celle-ci, serait désormais dépourvue d'effets. La jurisprudence qui en avait admis l'efficacité en matière de cession Dailly devient donc caduque.

Toutefois, pour ne pas remettre en cause le financement classique réalisé par les établissements bancaires, une exception est apportée pour la cession de créances professionnelles. Cette dernière conserverait sa validité mais à la seule condition qu'elle soit « intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à l'ouverture de la procédure ». Il est certain que les établissements de crédit vont de manière massive faire signer de telles conventions cadres pour délaissier les autres formes de cession de créances futures. Une même exception aux nullités de la période suspecte est prévue lorsque la cession Dailly intervient pendant la période suspecte mais en raison d'un contrat cadre conclu avant l'apparition de l'état de cessation des paiements⁷¹.

⁶⁹ C. com., art. L. 622-21, IV issue de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.

⁷⁰ P. PÉTEL, *Les sûretés dans l'ordonnance modifiant le livre VI du Code de commerce*, «RPC», 2021-6, doss 10, n°12 ; *adde* N. BORGA, *La réalisation des sûretés réelles dans le contexte d'une procédure collective*, «RDBF», 2022. Dossier. 21, n° 17 : « Dans un tel cas, l'assiette de la sûreté ne fait, à proprement parler, l'objet d'aucun accroissement. Elle a dès la constitution de la sûreté été conçue comme portant sur des créances futures, un flux de richesses à venir » ; A. REYGROBELLET, J. DELVALLÉE, *La réforme des procédures collectives et la pratique notariale : la situation des créanciers*, «JCP N», 2022. 1013, n° 10 ; J.-D. PELLIER, *Accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle : pour une lecture stricte de l'article L. 622-21, IV, du code de commerce*, D. 2022, p. 751.

⁷¹ C. com., art. L. L632-1. Sont nuls, toutes sûretés réelles conventionnelles ou droit de rétention conventionnel constitués sur les biens ou droits du débiteur pour dettes

B. *Fiducie sûreté*

Genèse. Tout en s'en différenciant, la fiducie-sûreté participe de la même logique que celle dont relève la cession de créances à titre de garantie. Il s'agit de faire sortir un élément (qui peut d'ailleurs être une créance) du patrimoine du constituant pour le transférer à un fiduciaire (avocat ou établissement de crédit) qui doit le tenir séparé de son propre patrimoine. Le fiduciaire est donc titulaire de deux patrimoines ce qui heurte de plein fouet la théorie de l'unité du patrimoine et justifie en partie qu'il ait fallu attendre la loi n°2007-211 du 19 février 2007 pour que la fiducie fasse son entrée dans le Code civil et que son application en pratique ne soit réellement effective que ces derniers temps. Ce transfert fiduciaire produit l'effet extraordinaire de rendre les biens apportés en fiducie insaisissables et par les créanciers du constituant⁷² (le bien est sorti de son patrimoine), et par les créanciers du fiduciaire (le bien n'est pas dans son patrimoine mais dans un patrimoine fiduciaire)⁷³.

L'immunité des biens apportés dans le patrimoine fiduciaire explique l'attrait de la pratique de la fiducie-sûreté. Le bien est alors transféré à titre de garantie d'une obligation. En cas de non-paiement de la dette garantie, il faut distinguer deux cas. Ou bien, ce qui est fréquent, le fiduciaire est aussi le créancier garanti (un établissement bancaire). Dans ce cas ce dernier acquiert « la libre disposition du bien cédé en à titre de garantie ». La propriété fiduciaire se transforme en propriété ordinaire⁷⁴ et vaut paiement. Ou bien, le fiduciaire n'est pas le bénéficiaire de la garantie et le créancier garanti peut exiger de lui autant la remise du bien afin de pouvoir en disposer librement (sorte d'attribution en paiement), que la vente si la convention le prévoit. Il recevra à titre exclusif le prix de la réalisation.

Détrônant l'hypothèque, la fiducie-sûreté devient à son tour « la reine des sûretés » et a vocation à être utilisée non seulement dans les

antérieurement contractées, à moins qu'ils ne remplacent une sûreté antérieure d'une nature et d'une assiette au moins équivalente et à l'exception de la cession de créance prévue à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier, intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à la date de cessation des paiements ;

⁷² C. civ., art. 2025 : « hors les cas de fraude et sans préjudice des droits de créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie ».

⁷³ Le code civil (C. civ., art. 2024) prévoit d'ailleurs, sans doute de manière superflète, que « l'ouverture d'une procédure collective au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire ».

⁷⁴ Il est possible par contrat de prévoir que le fiduciaire pourra vendre le bien et employer le prix au paiement du créancier.

montages financiers importants mais encore en garantie des financements les plus modestes. Son succès récent ne tient pas seulement à sa redoutable efficacité. Il s'explique aussi par le fait qu'elle ne perturbe pas l'activité de l'entreprise constituante lorsqu'une convention de mise à disposition a été signée. Par cette absence de dépossession, l'entreprise conserve l'usage du bien apporté en fiducie.

Fiducie sûreté et procédure collective. Le bien apporté en fiducie ne fait ainsi plus partie du patrimoine du débiteur et ne rentre pas dans le gage commun de ses créanciers. Il n'est pas affecté par l'effet réel de la procédure ouverte contre le constituant. Le créancier garanti bénéficiera à titre exclusif, sans entrer en concours avec les autres créanciers, même privilégiés, du bien apporté en fiducie. On comprend alors que le droit des procédures collectives ait, comme toujours, réagi avec fermeté contre la force de cette propriété-garantie perturbatrice. De l'avis quasi unanime, un arbitrage équilibré entre la fiducie et le droit des entreprises a été trouvé.

Une efficacité maintenue. En cas de liquidation judiciaire du constituant, le législateur a pris le soin d'exclure du régime des contrats en cours et le contrat de fiducie et le contrat de mise à disposition permettant à la fiducie-sûreté de survivre à la liquidation judiciaire et de conserver tous ses effets. Par ailleurs, les biens apportés en fiducie ne peuvent être transmis dans un plan de cession au repreneur, puisqu'ils ne font pas partie du gage commun des créanciers. En revanche, le contrat de mise à disposition des biens apportés en fiducie aurait pu l'être. C'est la raison pour laquelle il est prévu expressément qu'il sera cédé au cessionnaire si et seulement si le bénéficiaire de la fiducie donne son accord⁷⁵.

Une efficacité légalement atténuée. L'efficacité de la fiducie varie selon qu'elle entrave ou non le déroulement de la procédure. En présence d'une fiducie sans mise à disposition, le constituant n'a plus la possession des biens apportés en fiducie. Dès lors, le créancier garanti peut instruire le fiduciaire afin que les stipulations du contrat de fiducie soient mises en œuvre (acquisition de la libre disposition des actifs ou cession des actifs). Le créancier est partiellement satisfait et la procédure collective peut se poursuivre sans entrave. Si toutefois les biens qui ont été transférés au patrimoine fiduciaire sont devenus utiles à la poursuite de l'activité, le juge-commissaire peut alors autoriser le paiement des créances garanties, pour

⁷⁵ C. com., art. L. 641-11-1, VI : La convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie.

obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire. La chèvre et le chou sont ainsi ménagés. Le créancier sera payé de sa créance, pourtant antérieure au jugement d'ouverture, et la société pourra utiliser le bien apporté en fiducie.

Une fiducie avec mise à disposition. En revanche, la fiducie sera réellement affectée par la procédure si les actifs fiduciaires sont utiles au bon déroulement de la procédure ce qui est présumé lorsque le débiteur constituant en garde l'usage ou la jouissance par le truchement d'une convention de mise à disposition⁷⁶. La fiducie est alors désactivée et le créancier garanti devra se soumettre au contrainte du plan de sauvegarde ou de redressement⁷⁷.

Ainsi, la résistance de la fiducie-sûreté à la procédure repose principalement sur l'existence, ou non, d'une « convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage et la jouissance des biens ». Il n'est alors pas surprenant que le contentieux porte aujourd'hui sur la forme que doit revêtir cette convention⁷⁸. On le sait, lorsqu'il est acquis qu'une règle résiste aux procédures collectives, ce sont les modalités d'application qui sont ensuite contestées en pratique. Le paradoxe aujourd'hui est que la fiducie est utilisée pour garantir le financement de la période d'observation !

⁷⁶ Article L622-23-1 Lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêt du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert.

⁷⁷ Toutefois, Si le plan n'a pas été correctement exécuté, le fiduciaire retrouvera le droit de céder ses biens en fiducie dans la procédure collective qui en résultera (C. com., art. L. 631-14 al.5). L'atteinte aux droits des créanciers a des limites.

⁷⁸ CA Bordeaux, 4e ch. civ., 18 déc. 2023, n° 23/04451 : BJS mars 2024, n° BJS202t8, note D. Robine ; LEDEN janv. 2024, n° DED202a7, obs. C. Gralitzer ; BJE mai 2024, n° BJE201m3, J.-J., Ansault, De manière générale, on considère que la convention n'a pas à prendre la forme d'un contrat nommé. S. FARHI, *Fiducie-sûretés et droit des entreprises en difficulté, Études sur l'efficacité du mécanisme*, P.-M. Le Corre (préf.), Paris 2016, p. 265 n° 364, P. STOFFEL-MUNCK, *Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français*, in *Réforme des sûretés : premier bilan*, «Dr. et patr.», 2012, n° 213.

2.3. L'insaisissabilité de la propriété d'un bien : une nouvelle garantie?

Le droit français s'est récemment soucié du sort du logement de l'entrepreneur individuel. Pour encourager l'entrepreneuriat, il a été dans un premier temps proposé à ce dernier de faire une déclaration notariée d'insaisissabilité des droits portant sur sa résidence principale (DNI)⁷⁹. Cette simple faculté est devenue une disposition légale, applicable automatiquement, sauf renonciation de l'entrepreneur à cette protection⁸⁰. Désormais « les droits d'une personne physique immatriculée au registre national des entreprises sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne »⁸¹.

L'immeuble demeure naturellement saisissable par les créanciers antérieurs à l'immatriculation de l'entrepreneur⁸². Bien souvent, l'unique créancier antérieur est l'établissement bancaire qui en a financé l'achat du logement. Il est alors le seul à pouvoir appréhender ce bien insaisissable par effet de la loi, puisque l'insaisissabilité lui est opposable. Dans ce cas très fréquent, l'immeuble échappe au gage commun des créanciers et n'est pas frappé par l'effet réel de la procédure collective. L'établissement bancaire peut ainsi saisir l'immeuble, malgré l'ouverture de la procédure collective, selon les règles du droit commun, et ce même s'il n'a pas déclaré sa créance à la procédure collective⁸³. Il échappe à la discipline collective⁸⁴. Une mesure qui était censée protéger l'entrepreneur individuel se transmute en une garantie exceptionnelle que les banquiers savent utiliser à bon escient. Le droit exclusif que ce créancier possède sur ce bien le fait échapper au concours des autres créanciers.

Cette jurisprudence s'applique aussi aux créanciers dit « de l'indivision » et notamment « ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis ». Ces créanciers « seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis »⁸⁵.

⁷⁹ Cette DNI a été créée par la loi no 2003-721 du 1^{re} août 2003 pour l'initiative économique.

⁸⁰ Loi n°2015-990 du 6 août 2015.

⁸¹ C. com., art. L. 526-1.

⁸² Et par les créanciers personnels antérieurs et postérieurs.

⁸³ Il peut déclarer sa créance, ce qui ne l'empêchera pas de saisir l'immeuble, sauf si son action est prescrite (Cass. com., 24 mars 2021, n°19-23413)

⁸⁴ Com. 28 juin 2011, n° 10-15.482

⁸⁵ C. civ., art. 815-17

Puisqu'ils sont les seuls à pouvoir saisir le bien indivis, ce dernier n'entre pas dans le gage commun des créanciers d'un indivisaire (ni la part indivise de l'indivisaire). Là encore, Il échappe à la discipline collective et à l'effet réel de la procédure collective ouverte contre un indivisaire. En conséquence, ce créancier pourra saisir le bien, sans en demander l'autorisation au juge-commissaire. Il s'appropriera intégralement le produit de la réalisation à hauteur du montant de sa créance. Le banquier qui finance l'acquisition d'un bien indivis est qualifié de créanciers de l'indivision. Il pourra donc appréhender le bien indivis malgré la procédure collective ouverte contre l'un des indivisaires⁸⁶, ce qu'il n'aurait pas pu faire naturellement s'il était créancier hypothécaire. En ayant un droit exclusif sur la propriété du bien indivis, il résiste totalement à la procédure collective.

3. Conclusion

La légalité de l'utilisation de la propriété, bien réel principal, comme garantie n'a jamais été vraiment contestée. En revanche sa confrontation avec le droit des entreprises en difficulté est plus récente en raison des enjeux financiers et du nombre important des procédures collectives ouvertes. Il était alors impérieux d'essayer de trouver un consensus. Le législateur tente d'y parvenir au gré d'interventions ponctuelles dont est souvent contestée, en pure perte, leur constitutionnalité⁸⁷. L'atteinte au droit de propriété est souvent reconnue comme proportionnelle à l'objectif poursuivi, le sauvetage de l'entreprise.

Il en ressort que cette propriété utilisée à titre de garantie est totalement efficace en cas de liquidation judiciaire, là où le seul but du liquidateur est de liquider les actifs. La solution est logique tant le but d'une sûreté est de satisfaire le créancier impayé. La conséquence est que l'utilisation de la propriété-garantie est devenue presque plus fréquente que le financement garanti par des sûretés classiques.

⁸⁶ Civ. 1, 13 décembre 2005, n° 02-17778 « Mais attendu que, par application des dispositions de l'article 815-17, alinéa 1er, du code civil, les créanciers de l'indivision préexistante à l'ouverture de la procédure collective de l'un des indivisaires, qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, conservent leur droit de poursuivre la licitation de ces biens, malgré l'ouverture de cette procédure ; que la cour d'appel en a exactement déduit que l'extinction de la créance, faute de déclaration au passif de l'indivisaire soumis à la procédure collective, est sans incidence sur le droit de la banque, créancière de l'indivision, de poursuivre la réalisation des biens indivis.

⁸⁷ Ph. ROUSSEL-GALLE, LPA 29 sept. 2011, p. 66.

En revanche, l'efficacité de la propriété utilisée à titre de garantie est atténuée par des dispositions légales lorsqu'elle perturbe le redressement de l'entreprise. C'est ainsi qu'est désactivée la fiducie avec convention de mise à disposition pendant la période d'observation, ou qu'est rendue inefficace la cession de créance future pendant la procédure. Il n'en reste pas moins que, dans bien des cas, le droit du propriétaire l'emporte, sans que cela ne perturbe exagérément le déroulement de la procédure. Mais en réalité, il nous semble que l'arbitrage est réalisé par le pouvoir judiciaire, le juge-commissaire, en fonction des intérêts en présence. Il lui revient, à titre exceptionnel d'autoriser le paiement du créancier pour éviter que ce dernier fasse jouer son droit de propriété et fasse perdre la possession d'un bien nécessaire au redressement. Il en est ainsi de la créance du rétenteur, comme de celle du vendeur avec propriété garantie, mais encore des créances antérieures du crédit-bailleur pour que le débiteur, crédit preneur, lève l'option du bien et n'ait pas à le restituer⁸⁸.

Il n'en reste pas moins vrai, que les créanciers munis de sûretés réelles sont de plus en plus mal lotis. D'ailleurs peuvent-ils encore en prendre puisque le débiteur n'a quasiment plus d'actif du fait de son attrait de plus en plus intense vers la location de biens et la cession de la propriété à titre de garantie ? Les liquidateurs judiciaires le savent bien, eux qui sont en partie rémunérés en fonction du montant des réalisations réalisées ! il n'y a de moins en moins d'actif dans les procédures.

Faut-il pour autant s'offusquer de cette tendance lourde ? Elle reflète bien l'économie d'usage « qui fait la part belle à la location de l'usage d'un bien ou service plutôt que sa propriété » très en vogue actuellement. Plus sérieusement, en la matière tout est sans cesse en évolution. Comme l'écrit Jean-Luc Vallens⁸⁹, « les praticiens doivent s'habituer à une nouvelle réalité : le droit du crédit, de l'endettement et du désendettement est en perpétuel mouvement, reflétant l'évolution des mœurs et des priorités économiques ». L'utilisation sous toutes ses formes de la propriété est plus qu'un succédané⁹⁰ de sûreté. C'est sans doute le moyen direct de

⁸⁸ On peut noter aussi que en présence d'une location financière les loyers postérieurs seront payés afin que le débiteur puisse conserver la jouissance du bien.

⁸⁹ J.-L. VALLENS, *Vers un droit au désendettement*, «BJE», mai 2024, n° BJE201n1. L'auteur semble suggérer que la solution vient de la remise des dettes par le créancier.

⁹⁰ Le juge-commissaire pourra autoriser le paiement des créances antérieures du crédit-bailleur si le bien est utile à la poursuite de l'activité afin que le débiteur puisse lever l'option d'achat.

A. KORNMANN, *Propriété et procédures collectives; vers un succédané de sûretés*, «RJ com». 1991.16

financement des entreprises. Le crédit n'est donc pas détraqué⁹¹. La garantie du financement des entreprises se fait aujourd'hui par un autre canal que celui des sûretés réelles classiques. Un nouveau monde en somme auquel tout le monde s'habitue progressivement et qui ne bafoue pas le droit de propriété.

⁹¹ D. MARTIN, *Sûretés truquées, crédit détraqué*, « Banque » 1975.1133

Les garanties dans les contrats de la commande publique

SOMMAIRE : 1. Introduction – 2. Les garanties techniques destinées à assurer la bonne exécution des contrats de la commande publique – 2.1. Les garanties contractuelles postérieures à la réception – 2.2. Les garanties légales postérieures à la réception – 3. Les garanties financières destinées à assurer la bonne exécution des contrats de la commande publique – 3.1. La protection principale : la retenue de garantie – 3.2. Les protections de substitution : la garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire.

1. *Introduction*

Notion largement ignorée du droit administratif. Sans être totalement étrangère au droit administratif, la notion de « garantie » n'est de toute évidence pas une notion centrale en droit administratif. Elle n'est ni une notion dont les contours sont parfaitement identifiés, ni une catégorie juridique homogène. Souvent absente des index des manuels de droit administratif général, la garantie est souvent perçue comme une notion « technique », parfois tête d'épingle, qui ne concerne que certaines branches du droit administratif et qui relève tout au plus de ce que l'on appelle désormais le droit administratif spécial.

Notion relevant de certains droits administratifs spéciaux. Tel est le cas par exemple du droit de la fonction publique qui lui a réservé, très tôt, une place importante. On se souvient en effet que l'article 75 de la Constitution de l'an VIII (article qui a survécu à cette Constitution avec force de loi ordinaire) avait institué le système de la garantie des fonctionnaires qui subordonnait à une autorisation du Conseil d'Etat l'exercice des actions tendant à mettre en jeu, devant les tribunaux judiciaires, la responsabilité des agents publics « pour des faits relatifs à leurs fonctions ». Ce système a fait long feu et a été supprimé par le décret-loi du 19 septembre 1870 (en raison de trop nombreux refus de poursuivre) avant que le Tribunal des Conflits ne distingue, par son célèbre arrêt Pelletier (TC, 30 juillet 1863), les fautes personnelles des fautes de service des agents publics, ces dernières n'engageant évidemment pas la responsabilité des agents mais seulement celle de la personne publique. Plus près de nous et à titre d'illustration, le droit de la fonction publique a consacré à partir de 2008 la garantie

individuelle de pouvoir d'achat (GIPA) qui permet d'indemniser les agents dont le traitement a augmenté moins vite que l'inflation au cours d'une période de référence¹.

Notion cardinale en droit des contrats publics. Si la notion de garantie est aussi peu usitée en droit administratif, c'est probablement parce qu'elle est avant tout une notion qui vient d'ailleurs. Notion familière de l'ancien droit, du droit processuel et aujourd'hui du droit de l'Union européenne et du droit européen des droits de l'homme comme le montre le programme de ce colloque, la garantie occupe une place centrale en droit civil, en droit des obligations et plus encore en droit des contrats. Mais les préoccupations des contractants publics n'étant pas fondamentalement différentes de celles de contractants privés et l'opposition entre contrats administratifs et contrats privés n'étant que relative, les contrats administratifs accueillent eux aussi la notion de garantie. Ils en constituent même le terrain d'élection.

Contrats de la commande publique. Notons toutefois que tous les contrats administratifs ne sont pas logés à la même enseigne : les contrats de recrutement d'agents publics, les contrats d'occupation du domaine public et/ou du domaine privé ignorent très largement les garanties car leur objet (recruter un agent, valoriser ou céder une dépendance domaniale) les en écarte.

En revanche, les contrats de la commande publique (qui se divisent entre les marchés publics et les concessions) accueillent avec faveur les garanties, et cela pour des raisons qu'il est facile de saisir. Etant des contrats par lesquels les personnes publiques (principalement mais pas exclusivement car les personnes privées sous influence publique sont également concernées) passent commande d'un ouvrage, d'une fourniture ou d'un service qui sont destinés à satisfaire les besoins d'un service public ou, à tout le moins, d'une mission d'intérêt général, les marchés publics et les contrats de concession doivent être protégés par des garanties particulières, sans équivalent dans d'autres contrats administratifs ou publics.

Diversité des garanties. Ces garanties sont de plusieurs ordres et peuvent être classées selon qu'elles sont directes ou indirectes.

Certaines peuvent être qualifiées de garanties *indirectes*. Tel est le cas

¹ La garantie individuelle de pouvoir d'achat (GIPA) a été instituée par le décret n°2008-539 du 6 juin 2008 et la loi n°2009-972 du 3 août 2009 (art.41). Elle est destinée à compenser la perte de pouvoir d'achat des fonctionnaires et agents contractuels (dont la rémunération est calculée à partir d'un indice) dont l'évolution du traitement indiciaire est inférieure, sur une période de 4 ans, à celle de l'indice des prix à la consommation. Si le traitement indiciaire brut de l'agent a évolué moins vite que l'inflation au terme de la période de 4 ans, un montant indemnitaire brut équivalent à la perte de pouvoir d'achat est versé à chaque agent concerné.

des obligations de publicité et de mise en concurrence qui permettent à la personne publique de sélectionner les meilleures entreprises et la meilleure offre. Les critères de sélection des candidatures et des offres permettent en effet d'écarter les entreprises peu sérieuses, et de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. Celles qui, d'une certaine façon, offrent les meilleures garanties tant en termes de prix que de qualité des prestations. Ces règles de publicité et de mise en concurrence sont aussi une garantie de la régularité de la procédure de passation et permettent d'assurer le respect de l'égalité d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement, mais aussi le bon usage des deniers publics. A ces garanties procédurales, s'ajoutent aussi des garanties de paiement (on pense ici notamment à la cession de créances).

D'autres garanties peuvent être qualifiées de *directes* car leur objet même est d'assurer l'exécution des prestations dans les conditions convenues par contrat. Ce sont ces garanties qui seront présentées brièvement dans les lignes qui suivent. Elles peuvent être scindées en garanties techniques d'une part (I) et en garanties financières d'autre part (II).

2. Les garanties techniques destinées à assurer la bonne exécution des contrats de la commande publique

Garanties ou responsabilités? Ces garanties applicables aux constructeurs et concernant donc les seuls contrats de construction (marchés publics de travaux et concession de travaux) consacrent « *l'obligation pour les constructeurs de réparer certains dommages causés aux ouvrages après la réception des travaux* » (H Hoepffner, *Les garanties des constructeurs en droit public*, LGDJ 2018, coll. Syst, p. 12). Ces différentes garanties sont « *des formes de responsabilités* » (H. Hoepffner, préc.) en ce qu'elles sont soumises à un régime particulier de responsabilité qui les distingue des responsabilités contractuelle et extracontractuelle : ce sont des responsabilités « *objectives ou de plein droit* » qui reposent sur des présomptions de responsabilité. En effet, deux conditions suffisent à les mettre en œuvre : un dommage doit exister et être imputable au constructeur (l'imputabilité jouant ici un rôle décisif car elle s'apparente ou s'approche d'un rapport de causalité)

Importance de la réception. La réception constitue une étape fondamentale de l'opération de construction : elle est « *l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande*

de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement » (art. L. 1792-6 code civil)². Les effets juridiques attachés à la réception sont redoutables. Prononcée sans réserve, la réception met fin aux rapports contractuels. Si elle est prononcée avec réserves, les rapports contractuels subsistent jusqu'à la levée des réserves. Il faut également préciser que l'adoption du décompte général et définitif sans réserves éteint définitivement les relations contractuelles, même dans l'hypothèse où les réserves émises à l'occasion de la réception ne sont pas levées.

Droit public et droit privé : autonomie du droit administratif. Ces garanties techniques applicables aux constructions concernent aussi bien les personnes privées que les personnes publiques. Naturellement, le juge administratif s'est très largement inspiré des règles du droit civil pour dégager les garanties protégeant le maître d'ouvrage public. Mais après avoir appliqué directement les dispositions du code civil, il s'est attaché à partir de 1967 à développer sa propre conception d'un système de garanties : il a alors consacré des « *principes dont s'inspire le Code civil* », avant de ne se référer (à partir de 2015 et pour la seule garantie décennale) qu'aux « *seuls principes qui régissent la garantie décennale* ». Ces garanties peuvent être présentées selon qu'elles sont contractuelles (A) ou légales (B).

2.1. *Les garanties contractuelles postérieures à la réception*

A. *La garantie de parfait achèvement d'un an*

Née de la pratique, reprise par la loi du 4 janvier 1978 et codifiée à l'article 1792-6 du code civil, la garantie de parfait achèvement (ci-après GPA) est en droit administratif une forme particulière de responsabilité contractuelle. Les conditions de sa création sont originales car la GPA est née de la volonté des parties qui ont pris l'habitude de prévoir un délai de garantie au cours duquel l'entrepreneur est tenu de parfaire l'achèvement de l'ouvrage en remédiant aux désordres ayant fait l'objet de réserves lors de la réception ou apparus postérieurement à celle-ci. C'est aujourd'hui une garantie légale et d'ordre public en droit privé (art. 1792-5 civ) et elle est considérée en droit administratif comme une catégorie particulière de responsabilité contractuelle (CE, 9 juillet 2010, Cne de Lorry les Metz, n°310032).

² Définition reprise dans le CCAG travaux art. 2 : « la réception est l'acte par lequel le pouvoir adjudicateur déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve. Cet acte est le point de départ des délais de garantie dans les conditions fixées au chapitre V du présent CCAG ».

Responsabilité contractuelle spécifique. C'est assurément une responsabilité contractuelle car elle a pour fondement le contrat, plus précisément le CCAG travaux (à condition que le marché public s'y réfère). Mais c'est une responsabilité contractuelle particulière à plusieurs égards. D'abord parce qu'elle se superpose à la responsabilité contractuelle de droit commun en couvrant les désordres ayant fait l'objet de réserves lors de la réception de l'ouvrage. Pour ceux qui n'ont pas fait l'objet de réserves, la responsabilité contractuelle de droit commun ne peut plus jouer. De plus, elle dépasse cette responsabilité contractuelle de droit commun en couvrant également les désordres non apparents lors de la réception et qui se manifestent dans l'année qui suit cette réception. Enfin, elle est une garantie objective pour faute car la responsabilité du constructeur est engagée dès lors que le maître d'ouvrage prouve que la prestation n'est pas conforme aux clauses du contrat ou aux règles de l'art. Si sa durée est en principe d'un an (selon le CCAG travaux), celle-ci peut être modulée à la hausse ou à la baisse par les parties (contrairement au droit civil), de même qu'elle peut être prolongée (jusqu'à la levée des réserves lorsque la réception a été prononcée avec réserves ; lorsque les désordres sont apparus après la réception et ont été signalés au cours du délai de garantie par une décision expresse du maître d'ouvrage) ou interrompue (en cas de reconnaissance par le constructeur de sa responsabilité). Ce délai remplit plusieurs fonctions : il est à la fois un délai destiné à souligner les désordres, mais aussi un délai pour saisir le juge administratif et un délai de prescription.

B. La responsabilité contractuelle pour fraude ou dol de cinq ans

Application ancienne. C'est une responsabilité qui est reconnue de longue date par le Conseil d'Etat (CE, 19 mai 1893, Cne de Vesse sur Allier), même si ce n'est qu'en 1974 qu'il en a fait la première application positive (CE, Sect, 24 mai 1974, Sté Paul Millet). Son fondement a évolué au fil du temps. Alors que le juge administratif se fondait directement sur les dispositions du code civil en 1974, il se réfère depuis 2007 (CE, 26 nov 2007, Sté les travaux du Midi, n°266423), « à la prescription qui résulte des principes dont s'inspire l'article 2262 du code civil », ce qui est une façon – désormais bien connue – d'affirmer l'autonomie de sa jurisprudence par rapport à celle du juge civil.

Responsabilité contractuelle aggravée. Cette responsabilité contractuelle pour fraude ou dol peut être qualifiée de responsabilité aggravée dans la mesure où il faut que le maître d'ouvrage apporte la preuve d'une faute d'une extrême gravité (la fraude pouvant consister, par exemple,

en l'utilisation d'un procédé de construction inadapté, d'un matériel défectueux, etc.), d'un dol (c'est-à-dire d'une violation délibérée de ses obligations par le constructeur) ou d'une faute assimilable à une fraude ou à un dol (un comportement inexcusable : utilisation d'un matériau inadapté, etc.). Naturellement, cette faute ne peut engager la responsabilité du constructeur que si elle a causé un préjudice direct et certain.

Délai. Le bénéficiaire de cette action est évidemment le maître d'ouvrage et les débiteurs en sont les constructeurs. Cette action peut être exercée dans un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle le maître d'ouvrage connaissait ou aurait dû connaître la fraude ou le dol (CE, 10 octobre 2022, Sté Eiffage construction, n°454446).

2.2. Les garanties légales postérieures à la réception

A. Les garanties propres aux fournisseurs et fabricants : la garantie des vices cachés de deux ans

Objet. La garantie des vices cachés protège l'acheteur d'une chose des défauts qui « *la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus* ». Elle fait peser une obligation de résultat sur le vendeur et concerne donc les marchés publics de fournitures et les marchés industriels³ : l'acheteur n'a pas besoin de prouver une quelconque faute du vendeur, il lui suffit d'établir que la chose était entachée d'un vice non apparent au moment de sa livraison. En la matière, le juge administratif applique directement les dispositions du code civil (article 1641 et s.), sans les adapter au droit des marchés publics (CE, 24 nov 2008, CH Région d'Annecy, n°291539 ; CE, 7 avril 2011, Sté Ajaccio Diesel, n°344226 ; CE, 7 juin 2018, Sté FPT Powertrain Technologies, n°416535).

Garantie légale. C'est une garantie légale qui existe indépendamment des clauses du contrat qui trouve son fondement, comme on vient de le souligner, dans les dispositions du code civil (art. 1641). L'article 1643 dudit code autorise les aménagements conventionnels mais la doctrine émet des doutes sur sa transposition en droit administratif et la jurisprudence administrative ne permet pas, en l'état, de régler la question.

Vices couverts par cette garantie? La garantie des vices cachés ne peut

³ C'est-à-dire les marchés ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototypes spécialement conçus et réalisés pour répondre aux besoins de l'acheteur.

jouer que si la chose vendue présente un défaut grave, qui rend la chose impropre à l'usage auquel on la destine. Et il faut que ce vice ait été caché au moment de la réception de la marchandise.

Délai. Cette garantie protège la personne publique, qui doit agir dans un délai de 2 ans à moins que les parties aient fixé contractuellement une durée différente. Ce délai court à compter de la découverte du vice. Contrairement à la Cour de cassation (Cass, com 8 juin 1999, n°96-18.840) qui a jugé que ce délai se heurtait au délai butoir de 5 ans (prescription commerciale quinquennale résultant de l'article L. 110-4-1 du code de commerce), le Conseil d'Etat écarte ce délai au motif que la prescription commerciale, courant à compter de la vente, n'est pas applicable aux obligations nées de l'exécution de marchés publics (CE, 7 juin 2018, n°416535).

Choix de l'acheteur. L'acheteur public, qui est en position d'invoquer cette garantie, a le choix entre rendre la chose et se faire restituer le prix (action rédhitoire), garder la chose et se faire rendre une partie du prix en fonction de l'estimation des experts (action estimatoire) ou demander son remplacement ou sa réparation (action en réparation).

B. Les garanties propres aux constructeurs

a) La garantie de bon fonctionnement

Objet. La garantie de bon fonctionnement couvre, après la réception, les désordres affectant les éléments d'équipement indissociables d'un ouvrage, installés ou mis en service lors de sa construction et affectés d'un défaut de fonctionnement.

Garantie légale et objective. C'est une garantie légale, applicable même dans le silence du contrat, en vertu des « principes dont s'inspirent les dispositions de l'article 1792-3 du code civil » (CE, 14 mai 1990, Sté CGEE Alsthom) et une forme de responsabilité objective puisqu'elle est engagée de plein droit dès lors que le maître d'ouvrage prouve que le fonctionnement d'un élément d'équipement est défectueux (il n'est donc pas nécessaire de prouver un manquement du constructeur à ses obligations contractuelles). Alors que la caractère d'ordre public de cette garantie est consacré par l'art. 1792-5 du code civil (toute clause d'un contrat qui aurait pour objet de l'exclure ou d'en limiter la portée est réputée non écrite), ce caractère n'est pas clairement affirmé en droit public.

Conditions de mise en œuvre. La garantie de bon fonctionnement (qu'on appelait garantie biennale jusqu'à la loi du 4 janvier 1978) porte sur les

éléments d'équipement dissociables d'un ouvrage : ce sont les éléments qui ne font pas corps avec un ouvrage, ceux qui peuvent être démontés ou remplacés sans porter atteinte à la structure de l'ouvrage, à sa solidité ou à sa destination.

Délai. Cette garantie a en principe une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage. Mais le juge administratif admet que les parties puissent l'allonger ou le réduire.

Articulation avec les autres garanties. Pour les désordres affectant un élément d'équipement survenant dans l'année suivant la réception, la personne publique peut choisir d'agir au titre de la garantie de parfait achèvement ou de la garantie de bon fonctionnement. S'agissant des désordres affectant un élément d'équipement dissociable, elle peut décider d'agir au titre de la garantie décennale si ces désordres sont à l'origine d'une dysfonctionnement affectant l'ensemble de l'ouvrage. C'est dire que le maître d'ouvrage a le choix entre garantie biennale et garantie décennale, même s'il privilégiera très souvent en pratique la garantie décennale car celle-ci fait l'objet d'une assurance obligatoire.

b) *La garantie décennale*

Définition. Pendant dix ans après la réception des ouvrages, tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit envers le maître d'ouvrage des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination dès lors qu'il n'était pas apparent au moment de sa réception (art 1792 al 1^{er} du code civil).

Réception en droit administratif. Jusque dans les années 1960, le Conseil d'Etat s'est borné à appliquer directement les dispositions du code civil. Mais par la suite, il a souhaité se démarquer du juge et du droit civils en affirmant en 1973 qu'il lui appartenait d'appliquer, non le code civil, mais les « *principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270* » dudit code (CE, Ass, 2 février 1973, Trannoy, n°82706). Plus récemment, et tenant compte de l'abrogation de l'article 2270 du code civil par la loi du 17 juin 2008, il s'est référé aux « *principes qui régissent la garantie décennale* » (CE, 15 avril 2015, Cne de St Michel sur Orge, n°376229).

Garantie légale post-contractuelle. La garantie décennale est une garantie post-contractuelle car elle trouve sa source dans le contrat mais ne peut être engagée qu'après la réception des travaux. Elle est aussi une garantie légale car elle est applicable même dans le silence du contrat en vertu des

principes qui la régissent. Cela signifie très concrètement qu'il est possible de l'engager même en cas de clause contraire du contrat.

Responsabilité de plein droit. Le maître d'ouvrage n'est pas tenu de démontrer une faute dans l'exécution du contrat, ce qui signifie que la responsabilité du constructeur est présumée. Ce dernier peut s'exonérer de toute responsabilité en prouvant l'existence d'une cause étrangère qui peut consister en un cas de force majeure ou en une faute de la victime. Mais en aucun cas, il ne peut s'exonérer en prouvant son absence de faute ou en invoquant le fait d'un tiers.

Conditions de mise en œuvre de la garantie décennale. Cette garantie couvre les désordres non apparents résultant de travaux de construction d'un ouvrage, quelle que soit leur nature (construction, réfection, ravalement) ou leur importance, dès lors qu'il en résulte pour l'ouvrage lui-même des désordres qui ont un impact sur sa solidité ou sa destination. Il doit s'agir de désordres graves qui affectent la solidité de l'ouvrage (ce qui exclut les désordres esthétiques, un cloquage de peinture par exemple) ou les menus désordres (fissures non infiltrantes). Ces désordres doivent rendre l'ouvrage impropre à sa destination (celle-ci étant appréciée subjectivement, c'est-à-dire en fonction de la destination que le maître d'ouvrage veut donner à l'ouvrage). Ce désordre peut être général ou limité dans l'espace et dans le temps (il peut s'agir par exemple d'une mauvaise isolation qui entraîne une surchauffe d'un bureau l'été). Il peut s'agir d'un désordre présent et définitif apparu et dénoncé dans le délai d'épreuve ou futur. En effet, contrairement au juge civil, le juge administratif inclut dans la garantie décennale les désordres évolutifs (c'est-à-dire ceux qui sont apparus et dénoncés dans le délai de dix ans et qui vont se poursuivre et provoquer de nouveaux dommages au-delà des dix ans) ainsi que les désordres futurs (qui sont apparus dans le délai de dix ans, sans revêtir les caractéristiques requises pour engager la garantie décennale, mais qui vont atteindre ce degré de gravité dans un délai prévisible).

Créanciers et débiteurs de la garantie décennale. Le bénéficiaire de la garantie décennale est le maître d'ouvrage ou l'acquéreur de l'immeuble s'il est cédé avant l'expiration du délai de dix ans. Il peut aussi s'agir d'un tiers subrogé dans les droits du maître d'ouvrage (assureur dommage ouvrage). Les débiteurs de cette garantie sont les constructeurs (architecte, entrepreneur, technicien, etc.) qui sont liés au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage, ce qui exclut par exemple les sous-traitants (dont la responsabilité peut quand même être engagée à titre dérogatoire lorsque la responsabilité de l'entrepreneur principal ne peut pas être

utilement recherchée : CE, 7 déc 2015, Cne de Bihorel, n°380419).

Délai. La délai décennal n'est pas d'ordre public et les parties peuvent donc convenir de la réduire ou de l'augmenter. Le délai de garantie est déclenché par la réception des travaux ou, en cas de réserves, de leur levée ; les parties pouvant aussi librement déterminer un autre point de départ (la prise de possession de l'ouvrage, par exemple).

Réparation des désordres. La garantie décennale permet au maître d'ouvrage de choisir entre la réparation en nature ou en argent et d'obtenir la réparation intégrale du préjudice subi (réparation du préjudice principal-remise en ordre des vices de construction par exemple- et des préjudices annexes en lien avec les désordre affectant l'ouvrage-pertes de loyers, troubles de jouissance, etc.).

Ces garanties techniques jouent évidemment un rôle essentiel dans le droit de la commande publique. Elles ne sont cependant pas suffisantes à elles seules et sont utilement complétées par des garanties financières.

3. Les garanties financières destinées à assurer la bonne exécution des contrats de la commande publique

Ces garanties financières se partagent en une protection principale (la retenue de garantie-A) et en des protections de substitution (la garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire-B). Les unes et les autres permettent, à l'instar des garanties techniques précitées, d'assurer la bonne exécution des contrats de la commande publique par leurs titulaires.

3.1. La protection principale : la retenue de garantie

Définition. La retenue de garantie consiste à bloquer dans les comptes de la personne publique une partie des sommes dues au titulaire du marché (et à lui seul : la retenue de garantie ne s'appliquant pas au sous-traitant) pour servir de garantie à l'exécution par celui-ci de certaines de ses obligations contractuelles (rép min. n°2379, JO Sénat 8 janvier 1982). Cette retenue est « *prélevée par fractions sur les acomptes, les règlements partiels définitifs et le solde* » (art. R. 2191-34 du code de la commande publique-CCP).

Objet. Elle a pour objet d'assurer la protection de l'acheteur. Selon l'article R.2191-32 CCP, la retenue de garantie a pour seul objet de

« couvrir les réserves formulées à la réception des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie lorsque les malfaçons n'étaient pas apparentes ou que leurs conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception ». Fort logiquement, il n'est pas possible d'utiliser la retenue pour garantie pour d'autres choses (CAA Nancy, 31 mai 2010, n°08NC01369)

Fondement contractuel. Cette retenue de garantie doit être prévue par le contrat. Si ce n'est pas le cas, tout prélèvement indu constitue une faute de la part de l'acheteur (CE, 2 juin 1989, Cne de Boissy-Saint-Léger, n°65631).

Intangibilité de la retenue de garantie. Les parties ne peuvent pas supprimer, même par avenant, la retenue de garantie car cela affecterait les conditions de la mise en concurrence initiale. En effet, la retenue de garantie peut dissuader certains opérateurs économiques de soumissionner et les règles initiales ne doivent donc pas être modifiées une fois le contrat conclu.

Détermination du montant de la garantie. La retenue de garantie est une créance du cocontractant que l'acheteur public conserve à titre de sûreté contre le seul titulaire du marché. Selon l'article R. 2191-33 CCP, son montant « ne peut être supérieur à 5% du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications en cours d'exécution » (3% lorsque le contrat est conclu avec une PME). Ces montants de 5 et 3% sont des plafonds ; il s'appliquent au montant initial du marché public et de ses éventuelles modifications. La retenue de garantie est prélevée par fractions sur chacun des versements effectués (à l'exception des avances) : acomptes, règlements partiels définitifs, soldes du marché.

Remboursement de la retenue de garantie. Selon l'article R. 2191-35 CCP, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de 30 jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie. Si des réserves ont été émises, le remboursement n'interviendra que dans les 30 jours suivant leur levée. Ce qui signifie que tant que les réserves ne sont pas levées, la retenue de garantie n'est pas restituée.

3.2. Les protections de substitution : la garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire

Présentation générale. L'une et l'autre peuvent être constituées en remplacement de la retenue de garantie. Elles sont d'ailleurs plus intéressantes

que la retenue de garantie pour les opérateurs économiques car ils n'ont pas à supporter la retenue de garantie sur leur trésorerie. Leur objet est identique à celui de la retenue de garantie : il est de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures et services, ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie. L'une et l'autre ne peuvent pas être utilisées par l'acheteur pour récupérer d'autres sommes dont le cocontractant serait débiteur (comme les pénalités de retard par exemple).

Garantie à première demande. Elle est souscrite par le titulaire du marché public au profit de l'acheteur. C'est un engagement autonome, détachable du contrat de base (CE, 10 mai 1996, FNTP, n°159980), qui constitue un contrat de droit privé (CE, 3 novembre 2004, Sté Technibat aluminium service, n°263934). Le garant ne peut opposer aucune exception tirée du contrat de base pour s'exonérer de son obligation de paiement (sauf en cas de fraude ou d'abus manifeste-CE, 10 mai 1992, FNTP, préc.)

Caution personnelle et solidaire. Le cautionnement est un contrat par lequel une personne (la caution) s'engage personnellement envers un créancier à remplir l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de ce dernier. En matière de marché public, le cautionnement ne peut pas être simple, il est nécessairement solidaire.

À la différence de la garantie à première demande qui est détachable du contrat principal, la caution personnelle et solidaire est un accessoire de celui-ci : c'est donc un contrat administratif relevant de la compétence du juge administratif (CE, S, 11 février 1972, OPHLM du Calvados, n°79402). L'acheteur ne peut exiger de la caution le versement de sommes faisant l'objet de son engagement que dans la mesure où il peut invoquer à l'égard du débiteur principal une créance certaine et exigible (CE, S, 17 mars 1972, OPHLM de Nantes, n°76453), ce qui signifie que la caution peut opposer au débiteur les exceptions susceptibles d'être opposées par le créancier liées à l'exécution du contrat principal.

Conditions. La garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire ne peuvent être apportées que par un organisme tiers agréé par l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution (art L. 612-1 du code monétaire et financier), sachant que l'acheteur peut accepter ou refuser l'organisme apportant sa garantie. Le titulaire d'un marché public peut remplacer la retenue de garantie par une garantie à première demande sans recueillir l'accord l'administration (mais l'acheteur sera libre d'accepter ou non l'organisme de crédit). En revanche, s'il veut recourir à une caution solidaire et personnelle, le titulaire du marché public doit obtenir l'accord de l'acheteur.

Montant. La garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire ne peuvent pas porter sur plus de 5% du montant initial du marché, augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. (3% lorsque le marché public est conclu avec une PME).

Libération. Les établissements financiers ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie. Lorsque des réserves ont été notifiées au titulaire du marché public et aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les sûretés sont libérées un mois au plus tard après la date de leur levée. Il est impossible de faire jouer la garantie à première demande après le décompte définitif car la notification du décompte général rend ce dernier définitif (sic !), même si des réserves relatives à l'état de l'ouvrage achevé n'ont pas été levées ou qu'il n'est pas fait état de sommes correspondant à la réalisation des travaux nécessaires à la levée des réserves.

L'étude des garanties applicables aux contrats de la commande publique met en évidence un paradoxe tout à fait remarquable. Si la notion de garantie souffre en droit public d'un réel défaut de conceptualisation, qui mériterait sans doute que la doctrine s'y intéresse davantage et lui consacre plus d'intérêt, leur utilité pratique n'en est pas moins incontestable car elles sont de nature à favoriser la bonne exécution des contrats administratifs et la qualité des équipements publics.

Federica Rassa

La garanzia dei diritti fondamentali nel diritto dell'UE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'affermazione progressiva della garanzia dei diritti fondamentali – 2.1. La giurisprudenza creatrice della Corte di giustizia – 2.2. La creazione delle tradizioni costituzionali comuni – 2.3. La continuità del riferimento alle tradizioni costituzionali comuni – 3. La consacrazione della garanzia dei diritti fondamentali nel diritto primario – 3.1. La comparsa dei diritti fondamentali nei Trattati – 3.2. Il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE – 4. I diritti fondamentali come punto di incontro e di scontro nella (possibile?) definizione di una identità condivisa – 4.1. Un'applicabilità della Carta funzionale alle esigenze poste dal diritto dell'UE – 4.2. La riaffermazione del ruolo centrale della protezione costituzionale dei diritti fondamentali.

1. Introduzione

La garanzia dei diritti fondamentali è la garanzia di diritti soggettivi primari dell'individuo tutelati dai poteri pubblici, quindi tradizionalmente dallo Stato, la cui violazione, anche da parte del legislatore, deve essere sanzionata. In generale si tratta di diritti umani, cioè relativi ad un individuo in quanto essere umano – non come lavoratore per esempio, di libertà pubbliche o anche di diritti più recenti come garanzie procedurali o ambientali.

Oggi la tutela giuridica dei diritti fondamentali in Europa è garantita tramite vari strumenti giuridici e diplomatici, da vari attori e su vari livelli. Si parla dunque di protezione multilivello¹, in riferimento alla coesistenza di garanzie nazionali, internazionali e naturalmente europee nell'ambito dell'Unione e del Consiglio d'Europa, con una particolare attenzione nell'ambito europeo all'attivismo delle assemblee parlamentari europee. Si pensi in particolare al fatto che, per quel che riguarda l'Unione europea

¹ *Ex multis*, M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali- il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, intervento in occasione dell'incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 16-18 ottobre 2014, disponibile su [<https://www.cortecostituzionale.it>], pp. 1-21. R. G. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in «Questione giustizia», n. 4, 2016, pp. 89-114. A. RUGGERI, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in «Politica del diritto», n. 3, 2007, pp. 317-346.

(UE), il Parlamento europeo ha costantemente agito al fine di favorire l'affermazione ed il rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali nelle Comunità e poi nell'UE adottando già nel 1977, insieme al Consiglio e alla Commissione, una dichiarazione congiunta sui diritti fondamentali ed impegnandosi a garantirne il rispetto nell'esercizio delle proprie competenze. Tale impegno si è protratto fino ad oggi, in quanto il Parlamento europeo agisce per la tutela dei diritti fondamentali che fanno parte dei valori su cui si fonda l'UE, conformemente al testo dell'articolo 2 Trattato sull'Unione europea (TUE)², nell'ambito delle proprie competenze e malgrado la difficile articolazione dell'esercizio di tali competenze con quelle del Consiglio dell'UE.

Tra l'altro si deve ricordare che già dal 1979 il Parlamento europeo si dichiarò favorevole all'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e in seguito dell'Unione, anche se come sappiamo la questione dell'adesione dell'UE alla CEDU non si è ancora risolta. Dopo la ripresa dei negoziati nel 2020, un nuovo strumento di adesione è stato elaborato e sembrerebbe aver risolto i problemi sollevati dall'avviso 2/13 reso dalla Corte di giustizia nel gennaio 2014, tranne la questione relativa alla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC), nel cui ambito la competenza della Corte di giustizia è estremamente ridotta, il che dovrebbe condurre ad una revisione dei Trattati.

Nell'attesa di ulteriori sviluppi a riguardo ci si deve dunque concentrare sulla questione dell'attuale garanzia dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto UE. Interrogarsi su tale garanzia implica necessariamente l'analisi dell'azione della Corte di giustizia. Tale azione è stata determinante per l'evoluzione del diritto dell'Unione, in particolare per quel che riguarda l'affermazione progressiva della garanzia dei diritti fondamentali (2.), nonché la consacrazione nel diritto primario di detta garanzia (3.), fino ad arrivare oggi ad una garanzia dei diritti fondamentali come punto di incontro e di scontro nella (possibile?) definizione di una identità costituzionale condivisa (4.).

² Secondo il quale «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

2. *L'affermazione progressiva della garanzia dei diritti fondamentali*

L'affermazione progressiva della garanzia dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto UE è frutto della giurisprudenza creatrice della Corte di giustizia (2.1.), che ha condotto alla comparsa della nozione di tradizioni costituzionali comuni (2.2.), le quali continuano ad essere presenti nelle argomentazioni della Corte (2.3.).

2.1. *La giurisprudenza creatrice della Corte di giustizia*

La creazione della garanzia dei diritti fondamentali trae origine dall'assenza, nei trattati istitutivi delle Comunità, di un meccanismo di controllo del rispetto dei diritti fondamentali. In effetti le ambizioni delle comunità originarie non toccavano l'ambito dei diritti fondamentali, perseguendo obiettivi di natura economica. Il periodo successivo alla seconda guerra mondiale era inoltre stato caratterizzato a livello nazionale da un'ondata di costituzioni nazionali accompagnate da dichiarazioni dei diritti (in Francia a partire dalla Costituzione del 1946, in Italia con l'elaborazione della Costituzione dal 1947, in Germania dal 1949) oltre che dall'adozione nel 1950 della CEDU firmata a Roma il 4 novembre 1950, nell'ambito del Consiglio d'Europa. Il diritto comunitario non aveva dunque vocazione a occuparsi dei diritti fondamentali, anche se si deve sottolineare la presenza nei Trattati di alcuni diritti. Si pensi ad esempio al principio di non discriminazione in funzione della nazionalità e del principio d'uguaglianza, affermato in particolare per la parità tra uomini e donne, a cui la Corte di giustizia riconoscerà l'effetto diretto già nel 1976 in *Defrenne II*³, o alle politiche europee dedicate ai diritti economici e sociali (come la politica sociale, tramite il Fondo sociale europeo, la politica di coesione economica e sociale...)⁴.

Questa lacuna ha creato la necessità per la Corte di giustizia di contenere la riluttanza espressa da alcune corti costituzionali ed il pericolo per la primazia del diritto comunitario che questa rappresentava. In particolare

³ CGCE 8 aprile 1976, *Defrenne (II)*, Causa 43-75, *Raccolta della giurisprudenza* 1976, p. 45, ECLI:EU:C:1976:56. C. BLUMANN, *Les droits fondamentaux, nouvel horizon du droit de l'Union européenne ?*, in «*Revue du droit de l'Union européenne*», n. 1, 2020, pp. 145-168.

⁴ O ancora il diritto al ricordo individuale a salvaguardia della protezione giuridica effettiva. C. Blumann, *ivi*.

nel 1959⁵ la Corte di giustizia aveva indicato di non essere competente ad applicare le norme costituzionali che tutelano i diritti fondamentali negli Stati membri nell'ambito del controllo della validità del diritto comunitario, col conseguente rischio che i giudici costituzionali nazionali potessero sottoporre le norme comunitarie alla loro giurisdizione⁶.

Al fine di correre ai ripari, la Corte ha dunque fatto ricorso ai principi generali del diritto comunitario ed utilizzato la nozione delle tradizioni costituzionali comuni, presentata dal giudice europeo come una scoperta, come la rivelazione di un patrimonio costituzionale condiviso tra gli Stati membri. Tuttavia tale le tradizioni costituzionali comuni costituiscono una realtà autonoma, perché indipendente dalle disposizioni normative nazionali di ciascuno Stato membro, nonché dall'interpretazione che ne fanno i giudici nazionali. Si tratta quindi di una nozione capace di ricordare agli Stati membri dei valori tradizionali, costanti e condivisi, sulla base dell'evocazione inizialmente astratta dei valori propri di tutti gli ordinamenti giuridici nazionali e il cui contenuto è stato progressivamente determinato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Una nozione di conseguenza anche capace di trasformarsi a seconda degli sviluppi della giurisprudenza comunitaria.

2.2. *La creazione delle tradizioni costituzionali comuni*

Più precisamente, la Corte di giustizia ha affermato l'esistenza di una protezione dei diritti fondamentali nelle Comunità a partire dalla sentenza Stauder del 1969⁷, seguita nel 1970 dalla sentenza Internationale Handelsgesellschaft⁸. In tale occasione, la Corte di giustizia ha indicato per la prima volta che la tutela dei diritti fondamentali, il cui rispetto è parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ispirandosi alle

⁵ CGCE 4 febbraio 1959, Friedrich Stork & CO., Causa 1-58, *Raccolta della giurisprudenza* 1959 p. 43, ECLI:EU:C:1959:4. CGCE 15 luglio 1960, Gli uffici di vendita del carbone della Ruhr, Cause riunite 36, 37, 38-59 e 40-59. *Raccolta della giurisprudenza* 1960 p. 857, ECLI:EU:C:1960:36.

⁶ Si veda per la Corte costituzionale italiana la sent. 27 dicembre 1973 n. 183, Frontini, *Foro It.* 1974, I col. 314, ECLI:IT:COST:1973:183. Sent. 8 giugno 1984, Granital. *Gaz. Uff.* n. 169 del 20 giugno 1984, ECLI:IT:COST:1984:170. Si veda per la Corte costituzionale tedesca sent. 29 maggio 1974, Solange I, *BverfGE* n. 37 p. 271. Sent. 22 ottobre 1986, Solange II, *BverfGE* n. 73 p. 339.

⁷ CGCE 12 novembre 1969, Erich Stauder, Causa 29-69, *Raccolta della giurisprudenza* 1969 p. 419, ECLI:EU:C:1969:57.

⁸ CGCE 17 dicembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH, Causa 11-70, *Raccolta della giurisprudenza* 1970 p. 1125, ECLI:EU:C:1970:114.

tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, deve essere garantita nel quadro della struttura e degli obiettivi della Comunità. Tale affermazione, preceduta dall'indicazione dell'inopponibilità delle norme nazionali, anche di rango costituzionale, al diritto comunitario, costituisce la prima tappa dell'affermazione della garanzia dei diritti fondamentali nella costruzione europea, finalizzata a modulare il rapporto tra il diritto comunitario ed il diritto interno degli Stati membri ed a evidenziare il nesso tra tutela dei diritti fondamentali e le costituzioni nazionali.

La Corte cercava di assicurare le autorità nazionali, ed in particolare le corti nazionali, sul fatto che la giurisprudenza comunitaria si sarebbe ispirata ai valori costituzionali nazionali, riaffermando comunque il primato del diritto comunitario. Tuttavia, come ben noto, questo tentativo non ha convinto né la Corte costituzionale italiana, né la Corte costituzionale tedesca, le quali hanno cominciato a sviluppare dei limiti, o meglio dei contro-limiti, al primato del diritto comunitario basati sulla protezione costituzionale dei diritti fondamentali non garantita in modo sufficiente o per meglio dire equivalente inizialmente a livello europeo, tramite le sentenze Frontini del 1973⁹ e Granital del 1984¹⁰ per l'Italia e Solange I e II rispettivamente del 1974 et del 1986¹¹. L'assenza di un catalogo europeo dei diritti fondamentali non aveva invece suscitato una reazione da parte della Francia, forse perché nell'ordinamento interno la questione della garanzia dei diritti fondamentali nei confronti del legislatore era ancora in evoluzione¹².

La Corte di giustizia ha in seguito continuato a rafforzare la garanzia giurisprudenziale dei diritti fondamentali tramite il riferimento alle convenzioni internazionali sottoscritte dagli Stati membri, in particolare alla CEDU, considerata come fonte di ispirazione dei principi generali del diritto comunitario ed esplicitamente citata dalla Corte di giustizia dal 1975¹³. La CEDU ha dunque offerto ai giudici comunitari un vasto catalogo di diritti fondamentali già interpretati e applicati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, occupando un posto particolare nella giurisprudenza comunitaria, senza tuttavia soppiantare il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni.

⁹ Sent. 27 dicembre 1973, Frontini, cit.

¹⁰ Sent. 8 giugno 1984, Granital, cit.

¹¹ Sent. 29 maggio 1974, Solange I, cit. Sent. 22 ottobre 1986, Solange II, cit.

¹² Come ben noto, l'introduzione della procedura della questione prioritaria di costituzionalità (QPC) davanti al Consiglio costituzionale francese risale al 2008.

¹³ CGCE 28 ottobre 1975, Rutili, Causa 36/75, *Raccolta della giurisprudenza* 1975 p. 1219, ECLI:EU:C:1975:137. Si veda anche CGCE 15 maggio 1986, Johnston, Causa 222/84. *Raccolta della giurisprudenza* 1986 p. 1651, ECLI:EU:C:1986:206.

2.3. *La continuità del riferimento alle tradizioni costituzionali comuni*

La continuità del riferimento alle tradizioni costituzionali comuni è d'altronde indicativa dell'approccio ai diritti fondamentali che ha caratterizzato fin dall'inizio la loro tutela da parte della Corte di giustizia.

Si trattava inizialmente di assicurarne la garanzia al fine di stabilizzare il primato del diritto comunitario, si è trattato poi di garantirli in maniera compatibile con tale primato, sostituendo dove possibile la protezione costituzionale atta a limitare l'applicazione della fonte europea col diritto europeo. E infatti tale riferimento non è realmente sostituito dalla CEDU nella giurisprudenza comunitaria, in quanto le tradizioni costituzionali comuni sono una creazione *ex novo* della Corte di giustizia, la quale riconosce l'esistenza di una nozione da essa stessa creata e da essa legittimata¹⁴.

In tal modo l'interpretazione del diritto comunitario avviene anche alla luce dei principi generali del diritto ispirati alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, pertanto la Corte di giustizia può indicare che la tutela di tali diritti deve essere assicurata nell'ambito dell'ordinamento e degli obiettivi delle Comunità e dell'Unione. Qualsiasi questione relativa ad un'eventuale violazione dei diritti fondamentali da parte di un atto comunitario si deve quindi valutare nell'ambito dello stesso diritto comunitario, il che permette l'esclusione di altri criteri di valutazione relativi al diritto interno e perfino all'ordinamento costituzionale di uno Stato membro. In caso contrario si finirebbe per mettere in discussione il fondamento stesso dell'appartenenza alle Comunità e all'Unione. Come afferma la Corte già dal 1979¹⁵, ciò rischierebbe di minare l'unità materiale e l'efficacia del diritto comunitario, con l'inevitabile effetto di perturbare l'unità del mercato comune e di mettere in pericolo la coesione della costruzione europea.

Così facendo la garanzia dei diritti fondamentali tramite le tradizioni costituzionali comuni permette di filtrare le diverse tradizioni giuridiche degli ordinamenti giuridici interni, per adattarle alle esigenze del diritto dell'Unione, alle sue strutture e ai suoi obiettivi¹⁶, attraverso

¹⁴ F. RASSU, *Les traditions constitutionnelles communes comme instrument d'harmonisation implicite au sein de l'UE*, in «Revue du droit de l'Union européenne», n. 1, 2024, pp. 177-191.

¹⁵ CGCE 13 dicembre 1979, Hauer, Causa C-44/79, *Raccolta della giurisprudenza* 1979 p. 3727, ECLI:EU:C:1979:290. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero la incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in «Studi», I, 2015, p. 249, disponibile su [<http://www.giurcost.org>].

¹⁶ M. GRAZIADEI E R. DE CARIA, *The "constitutional traditions common to the Member*

l'interpretazione autonoma della Corte di giustizia, indipendente dei concetti nazionali¹⁷.

3. *La consacrazione della garanzia dei diritti fondamentali nel diritto primario*

L'*acquis* della giurisprudenza della Corte di giustizia è stato in seguito accolto in seno ai Trattati (3.1.), culminando con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (3.2.).

3.1. *La comparsa dei diritti fondamentali nei Trattati*

La giurisprudenza della Corte di giustizia è stata codificata dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht del 1992. Il Trattato ha così offerto una base giuridica testuale primaria per l'azione della giurisprudenza comunitaria, indicando che l'Unione rispetta i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e in quanto risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, come principi generali del diritto comunitario¹⁸. Detta codificazione viene poi confermata dal Trattato di Amsterdam, secondo il quale "l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché lo Stato di diritto, principi comuni agli Stati membri"¹⁹. Tale processo culmina in seguito

States" in the case-law of the European Court of Justice: judicial dialogue at its finest, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 4, 2017, pp. 949-971.

¹⁷ G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in «Rivista AIC», n. 4, 2020, pp. 296-312. V. SCARABBA, *Tra fonti e corti: diritti e principi fondamentali in Europa*, Padova, 2008, pp. 92-93.

¹⁸ L'articolo F, par. 2, indicava in particolare che « L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario ». Il contenuto di tale articolo si trova oggi all'articolo 6, par. 3, del TUE modificato dal Trattato di Lisbona, secondo cui « I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. ». Si veda J.-D. MOUTON, *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire?*, in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean Claude Gautron*, Paris, 2004 pp. 463-477.

¹⁹ Si tratta della nuova formulazione dell'articolo F, par. 1, introdotta dal Trattato di

con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata dalle istituzioni europee (Parlamento europeo, Consiglio e Commissione) a Nizza il 7 dicembre 2000 e grazie all'entrata in vigore del trattato di Lisbona, che le ha conferito valore giuridico vincolante tramite il rinvio all'articolo 6 del TUE.

La Carta, riunendo in un *Bill of Rights* dell'Unione europea le libertà e i diritti fondamentali che già costituiscono il fondamento delle Comunità e dell'Unione, suggella e sistematizza le conquiste risultanti dalla giurisprudenza comunitaria e della Corte EDU in materia di diritti fondamentali, con l'utilizzo delle tradizioni costituzionali comuni come collegamento tra la Carta e gli ordinamenti giuridici nazionali²⁰.

3.2. *Il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*

Tale Carta nasce su iniziativa del Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999 e più precisamente sulla base di una decisione, allegata alle conclusioni del Consiglio europeo, che sottolineava la necessità di raccogliere in una carta i diritti fondamentali, modo da renderli più manifesti²¹. In particolare si indicava che “la tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell'Unione europea e il presupposto

Amsterdam.

²⁰ Possiamo per esempio ricordare il caso IR, CGUE 11 settembre 2018, IR contro JQ, Causa C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696. In tale occasione la Corte ha precisato in riferimento al principio di non discriminazione in particolare in materia di religione che “prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha conferito alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, tale principio derivava dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione ora sancito dall'articolo 21 della Carta, ed è di per sé sufficiente a conferire agli individui un diritto invocabile come tale nell'ambito di una controversia che li veda opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione”.

²¹ Ed era già stata evocata dalla Commissione (che nel 1976 aveva proposto sia la redazione di un catalogo, sia di ricorrere alla tutela tramite la giurisprudenza della Corte di giustizia che l'adesione della Comunità alla CEDU). Comunicazione COM(1976) 037 def. della Commissione delle Comunità Europee del 4 febbraio 1976 sulla salvaguardia dei diritti fondamentali nel quadro dello sviluppo del diritto comunitario e comunicazione COM(79) 210 def. della Commissione del 2 maggio 1979, memorandum sull'adesione delle Comunità europee alla Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Si veda B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in «European papers: a journal on law and integration», n. 1, 2021, pp. 81-99.

indispensabile della sua legittimità”²². La Carta dei diritti fondamentali ha dunque consentito di affermare e rafforzare l'autonomia dell'Unione, senza far dipendere da fonti esterne la garanzia dei diritti fondamentali, a cui la Corte di giustizia ha fatto sempre più riferimento nella propria giurisprudenza.

Bisogna tuttavia sottolineare l'ambito applicativo ben definito della Carta, in quanto essa non ha attribuito nuove competenze all'UE. Dunque l'applicazione della Carta dipende dalle competenze conferite all'Unione sulla base del principio di attribuzione, in conformità all'art. 6, comma 2, TUE, secondo il quale “Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati”, nonché all'art. 51 della Carta, secondo cui quest'ultima si applica alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione e agli Stati “esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”²³. La Carta si applica quindi in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse²⁴, a differenza delle norme internazionali come la CEDU, le quali sono norme di applicazione universale, cioè a qualunque situazione disciplinata da tali norme.

Inoltre la Carta fa parte del diritto primario, si impone dunque alle istituzioni europee ed agli Stati che devono implementarla con norme nazionali. Di conseguenza, un privato leso nel godimento di un diritto fondamentale protetto dalla Carta, può invocarne l'applicabilità nei confronti della disposizione nazionale incompatibile, ma questo dipende dal grado di precisione della disposizione della Carta che protegge tale diritto. Si deve anche sottolineare l'esistenza sulla base del medesimo articolo 51 di una distinzione tra i diritti ed i principi contenuti nella

²² Conclusioni del Consiglio europeo di Colonia del 3-4 giugno 1999 par. 44 e 45. Tale posizione era stata anticipata nelle conclusioni del Consiglio europeo di Copenhagen del 1978, le quali indicavano che il rispetto e il mantenimento della democrazia rappresentativa e dei diritti umani negli Stati membri venivano ritenuti un elemento indispensabile per la loro stessa appartenenza alla Comunità, oltre che dei principi essenziali di una certa identità europea. Si veda NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, cit.

²³ E conformemente alle dichiarazioni allegate all'atto finale del Trattato di Lisbona.

²⁴ Come indicato dalla Corte di giustizia in Åkerberg Fransson del 2013. CGUE (Grande Sezione), 26 febbraio 2013, Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson, Causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105. Più precisamente la Corte ha indicato la propria competenza a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione della conformità del diritto interno con i diritti fondamentali garantiti dalla Carta quando tale diritto nazionale presenta un collegamento significativo con una norma di diritto UE, primario o derivato, diversa dalla disposizione della Carta di cui si lamenta la violazione.

Carta. I primi devono essere rispettati, i secondi osservati. Secondo l'art. 52 comma 5 della Carta: "Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti". Lo status giuridico dei principi appare di conseguenza più debole rispetto a quello dei diritti, perché solo i diritti possono essere oggetto di azioni dirette davanti ai giudici. I principi non sono dunque direttamente azionabili²⁵, anche se l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia indica una situazione concreta meno definita, come nel caso della sentenza *Association de médiation sociale*²⁶, in cui la Corte di giustizia ha indicato in riferimento al divieto di discriminazioni fondate sull'età previsto dall'art. 21 della Carta, comma 1, l'invocabilità di tale divieto davanti al giudice, in quanto concretizzato da una disposizione, più precisamente da una direttiva europea, avente effetto diretto. La conseguenza di tale invocabilità è la disapplicazione della norma nazionale incompatibile²⁷.

La Carta dei diritti fondamentali offre una garanzia di tali diritti protettrice dei singoli, ma anche rispettosa delle specificità e degli obiettivi della costruzione europea. Questo aspetto si è rivelato molto importante e costituisce ancor oggi un tema centrale del dialogo tra le corti, in particolar modo tra la Corte di giustizia e le corti costituzionali nazionali.

²⁵ Facilitando l'accettazione della forza vincolante della Carta da parte di certi Stati membri, come per esempio il Regno Unito, contrari in particolare all'inclusione nella Carta di diritti sociali azionabili davanti al giudice. Si veda NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali*, cit. C. PESCE, *Carta di Nizza e tutele dei lavoratori dell'Unione europea*, in «I Post di AISDUE - Annali AISDUE», n. 2, 2020, pp. 1-16.

²⁶ CGUE (Grande Sezione), 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, Causa C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2. R. Tinière. « Jurisprudence de la CJUE 2014 : décisions et commentaires », in *Collection Droit de l'Union européenne Grands arrêts*, Bruxelles, 2015, pp. 81-89.

²⁷ Tale sentenza ha anche indicato le condizioni dell'applicabilità della Carta ai rapporti orizzontali, ovvero fatto che il contenuto della disposizione in questione sia sufficiente a conferire un diritto soggettivo al singolo e permetta la disapplicazione della norma nazionale. Si veda NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali*, cit. C. AMALFITANO, *Principi e diritti nella Carta e principi generali: sovrapposizioni, interferenze e assimilazioni*, in *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, Roma, 2022, pp. 31-48.

4. I diritti fondamentali come punto di incontro e di scontro nella (possibile?) definizione di una identità condivisa

I diritti fondamentali appaiono dunque come punto di incontro e di scontro nella (possibile?) definizione di una identità condivisa in Europa in quanto, da un lato, la Corte di giustizia tende ad affermare un'applicabilità della Carta funzionale alle esigenze del diritto UE (4.1.) e, dall'altro, le corti nazionali non rinunciano ad affermare le esigenze costituzionali relative alla protezione di tali diritti, come mostra l'esempio italiano (4.2.)

4.1. Un'applicabilità della Carta funzionale alle esigenze poste dal diritto dell'UE

La giurisprudenza della Corte di giustizia si è basata sulla Carta e sulle tradizioni costituzionali comuni per consolidare una protezione europea dei diritti fondamentali compatibile con il diritto dell'Unione conformemente all'art. 52, comma 4, della Carta secondo il quale: "laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni". Questo ha potuto condurre ad un allargamento dell'applicabilità della Carta in alcune circostanze ma anche a delle limitazioni, nonché a significative divergenze tra le Corti.

Riguardo alla prima eventualità per esempio è possibile ricordare che con la sentenza I.R. della Corte di giustizia²⁸ del 2018, dove si afferma in relazione al principio di non discriminazione in base alla religione che, anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, "questo principio deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali assume così carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione, ormai sancito dall'articolo 21 della Carta, ed è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile come tale in una controversia tra loro in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione". Il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni ha quindi permesso al giudice dell'Unione di consolidare l'attribuzione dell'efficacia diretta all'articolo 21 della Carta²⁹. Riguardo invece alla seconda eventualità,

²⁸ CGUE 11 settembre 2018, IR contro JQ, Causa C-68/17, cit. L. S. ROSSI, *Droits fondamentaux, primauté et autonomie: la mise en balance entre les principes "constitutionnels" de l'Union européenne*, in «RTD Eur.», 2019, p. 67.

²⁹ Si veda in tal senso CGUE (Grande Sezione), 17 aprile 2018, Vera Egenberger, Causa C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257.

possiamo ricordare il celebre caso Melloni del 2013³⁰ relativo all'esecuzione di un mandato di arresto europeo, considerata incompatibile con la protezione dei diritti fondamentali contenuta nella costituzione spagnola. E nell'ambito del quale la Corte di giustizia, pronunciatisi in seguito ad un rinvio pregiudiziale, ha considerato tali disposizioni inopponibili al rispetto al primato del diritto dell'Unione.

In tali situazioni dunque la presenza di una garanzia dei diritti fondamentali offerta dalle disposizioni costituzionali ed europee alimenta un dialogo tra i giudici, in particolare con le Alte Corti degli Stati membri, ed occupa un posto centrale nella dialettica relativa al grado di protezione da accordare. E la nozione delle tradizioni costituzionali comuni è qui utilizzata sia dalla Corte di giustizia, al fine di sottolineare il legame tra la soluzione proposta (ovviamente rispettosa del diritto UE) e le costituzioni nazionali, ma anche dai giudici nazionali. Infatti il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni è stato utilizzato dai giudici nazionali con obiettivi e modi diversi, sia al fine di bloccare il dialogo con la Corte di giustizia, che in modo costruttivo per alimentarlo, in una situazione di contrapposizione tra esigenze nazionali ed esigenze europee.

4.2. La riaffermazione del ruolo centrale della protezione costituzionale dei diritti fondamentali

Il dialogo tra la Corte di giustizia e le corti costituzionali degli Stati membri, se costruttivo, può condurre alla creazione di una identità costituzionale condivisa³¹ in materia di diritti fondamentali ed anche condurre all'identificazione delle "vere" specificità nazionali che devono comunque essere preservate in quanto, come detto dal Trattato, l'UE rispetta l'identità degli Stati membri. Tale identità costituzionale condivisa, che riguarda naturalmente l'intero ordinamento giuridico comunitario, deve essere preservata dall'azione della Corte di giustizia la quale, agendo come una Corte costituzionale, tutelerebbe il nocciolo duro di tale identità costituzionale da qualsiasi attacco interno, anche derivante da un impegno

³⁰ CGUE 26 febbraio 2013, Melloni, Causa C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali*, cit., p. 255.

³¹ M. BLANQUET, *Mémeté et ipsité constitutionnelles dans l'Union européenne*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, 2012, pp. 53-91. Si veda anche V. CONSTANTINESCO, *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales : convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie?*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne: Union de droit, Union des droits*, Paris, 2010, pp. 79-94.

internazionale³². Detta identità, ispirandosi agli ordinamenti costituzionali nazionali, senza però coincidere con le diverse identità costituzionali degli Stati membri, ha vocazione ad alimentare costantemente un rinnovato dialogo tra i giudici nazionali, attenti a difendere le specificità degli ordinamenti interni e la Corte di giustizia. L'esempio classico è quello del dialogo con la Corte costituzionale tedesca³³, ma possiamo citare un esempio italiano, l'ormai celebre (anche in Francia) caso Taricco II del 2017³⁴, riguardo alle divergenze che possono sorgere tra la tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta e quella offerta dalle costituzioni nazionali, in caso di invocazione della clausola relativa all'identità nazionale³⁵.

Come ben noto, nella prima sentenza Taricco del 2015³⁶, il giudice dell'Unione ha affermato che, al fine di evitare un potenziale attacco agli interessi finanziari dell'Unione europea³⁷, il giudice nazionale dovrebbe

³² CGCE 3 settembre 2008, Kadi et Al Barakaat International, Cause riunite C-402/05 P et C-415/05 P. *Raccolta della giurisprudenza* 2008 p. I-6351, ECLI:EU:C:2008:461. La Corte aveva indicato in tale occasione che « i giudici comunitari devono, in conformità alle competenze di cui sono investiti in forza del Trattato CE, garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ivi inclusi gli atti comunitari che, come il regolamento controverso, mirano ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite ».

³³ Si pensi in particolare alla costante affermazione delle riserve costituzionali opposte alla primazia del diritto dell'Unione riguardo alla "clausola di eternità" dell'articolo 79 della Costituzione tedesca, in riferimento al controllo *ultra vires* ed al controllo dell'identità costituzionale tedesca. Si veda sent. 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13 e. a. e ord. 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, disponibili su <http://www.bundesverfassungsgericht.de>. Per approfondire S. KAUFMANN, *Le Bundesverfassungsgericht et les limites à la primauté du droit de l'Union. Confrontation ou complémentarité dans l'intégration européenne ?*, in « RTD Eur. », 2017, p. 59.

³⁴ CGUE 5 dicembre 2017, M.A.S. et M.B. contro Presidente del Consiglio dei Ministri, Causa C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936. Si veda anche, nello stesso senso, CGUE 5 giugno 2018, Proc. penale contro Nikolay Kolev e.a., Causa C-612/15, ECLI:EU:C:2018:392. CGUE 5 aprile 2016, Pál Aranyosi e Robert Căldăraru, Cause C-404/15 à C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

³⁵ Si ricordi che nel caso Taricco II la Grande sezione della Corte di giustizia è stata interpellata una seconda volta in merito all'interpretazione dell'articolo 325 TFUE, in riferimento ai procedimenti penali relativi a reati in materia di tassa/imposta sul valore aggiunto e per la presenza di una legislazione nazionale che prevede termini di prescrizione che possono comportare l'impunità per i reati.

³⁶ CGUE 8 settembre 2015, Proc. pen. contro Ivo Taricco e.a., Causa C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555.

³⁷ Nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi

lasciare inapplicata qualsiasi disposizione di diritto interno che possa ledere tali interessi. Detta affermazione della Corte aveva suscitato le più forti reazioni della dottrina italiana, nonché della Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Milano, le quali hanno sottoposto ricorsi di costituzionalità alla Corte costituzionale, sottolineando l'incompatibilità di tale giurisprudenza con il principio di legalità dei reati e delle pene tutelati dalla Costituzione italiana. La Corte costituzionale si è trovata quindi di fronte ad una situazione molto delicata, dovendo logicamente dare attuazione per la prima volta alla dottrina dei controlimiti, a causa del potenziale attacco ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano e quindi alle tradizioni costituzionali nazionali, soprattutto in relazione al rispetto dei diritti inalienabili della persona. E tuttavia la Corte costituzionale ha scelto la via del dialogo, formulando un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, nel quale ha sottolineato come la soluzione proposta nel caso Taricco avrebbe rischiato di ledere il principio di legalità dei reati e delle pene, secondo il quale le norme penali devono essere determinate con precisione e non essere retroattive³⁸. Detta affermazione è stata accompagnata dall'indicazione del fatto che tale esigenza rientra nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e nel sistema di tutela della CEDU. La Corte costituzionale ha dunque chiesto alla Corte di giustizia di modificare la propria valutazione della tutela da accordare ai diritti dei singoli sulla base dell'articolo 49 della Carta, al fine di tenere conto di tutte le fonti di tutela dei diritti fondamentali applicabili dalla normativa giudice nazionale. Secondo la Corte infatti, in base alla sentenza Taricco, spetta al giudice nazionale pronunciarsi sulla

finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

³⁸ La Corte italiana indicava in particolare che tale principio è protetto dall'articolo 25 della Costituzione, secondo il quale "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge". La Corte costituzionale ha quindi indicato che tale articolo esige la determinazione della regolamentazione penale materiale. Occorre dunque che l'interessato possa sapere, al momento della commissione del reato in questione, che il diritto dell'Unione impone al giudice nazionale, in presenza delle condizioni determinate in tale sentenza, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, conformemente all'articolo 7 della CEDU. Nella sentenza Taricco del 2015 la Corte di giustizia si era pronunciata sulla questione della compatibilità della norma ivi enunciata con l'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ma solo in relazione ad uno degli aspetti del principio di legittimità dei reati e delle pene, vale a dire il principio di irretroattività, trascurando l'esigenza di sufficiente precisione delle norme relative al regime sanzionatorio.

compatibilità della disapplicazione della norma nazionale con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano. Il che consentirebbe al giudice italiano di far valere la dottrina dei controlimiti e di non applicare la soluzione adottata dalla Corte di giustizia.

L'apertura al dialogo della Corte italiana ha dato i suoi frutti, in quanto la Corte di giustizia ha tenuto conto delle conseguenze suggerite dal ragionamento della Corte costituzionale, ricordando l'importanza del principio di legalità dei reati e delle pene nell'ordinamento giuridico dell'Unione, sancito dalle comuni tradizioni costituzionali, dalla Carta e anche dalla CEDU, nelle sue prescrizioni relative alla prevedibilità, precisione e irretroattività della norma penale applicabile. Da ciò il giudice dell'Unione non poteva che trarre la conclusione che spetti al giudice nazionale verificare se la mancata applicazione della norma nazionale determini una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico nazionale, ovvero se tale mancata applicazione contrasta con il principio di legalità dei reati e delle pene. Pertanto, in tali circostanze, il giudice nazionale non è tenuto a lasciare inapplicate dette disposizioni nazionali, anche se tale disapplicazione consentirebbe di sanare una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione. Spetterebbe in seguito al legislatore nazionale adottare le misure necessarie per rendere l'ordine interno conforme a quello dell'Unione³⁹.

Il dialogo dei giudici ha così permesso di disinnescare il rischio di opposizione della clausola di identità nazionale da parte della Corte costituzionale, facendo leva ancora una volta sulla conciliazione tra le garanzie nazionali e le esigenze europee di primato e autonomia, tutto ciò sul fondamento di tradizioni costituzionali comuni e della Carta⁴⁰. La soluzione adottata e addirittura suggerita dal giudice rimettente ha aperto inoltre la strada ad un più ampio controllo nazionale sulla tutela dei diritti fondamentali, che rispetterebbe maggiormente l'identità nazionale.

E la Corte costituzionale italiana ha tra l'altro mostrato da allora fino ad oggi di voler percorrere questa strada, come sottolineato pochi giorni dopo da un *obiter dictum*⁴¹, secondo il quale nel caso in cui un giudice

³⁹ Ciò ha consentito alla Corte costituzionale italiana di respingere la questione di legittimità costituzionale, pur sottolineando l'importanza dell'apprezzamento da parte dei giudici costituzionali della tradizione costituzionale nazionale nella sent. 10 aprile 2018, n. 115, *Gaz. Uff.* del 6 giugno 2018, n. 23, ECLI:IT:COST:2018:115.

⁴⁰ F. RASSU, *Les traditions constitutionnelles communes comme instrument d'harmonisation implicite au sein de l'UE*, in «Revue du droit de l'Union européenne», n. 1, 2024, pp. 177-191.

⁴¹ Par. 5.2 della sent. 7 novembre 2017, n. 269, *Gaz. Uff.* del 20 dicembre 2017, ECLI:IT:COST:2017:269. Si veda, *ex multis*, D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze*

ordinario constatasse sia la violazione della Costituzione italiana che quella della Carta, dovrebbe prima deferire la questione alla Corte costituzionale. Tale affermazione è stata in seguito addolcita in occasione di scambi diretti e indiretti tra il giudice costituzionale⁴², i giudici ordinari e la Corte di giustizia, per cui, in definitiva, se un giudice accerta una violazione sia della Costituzione che di una fonte europea, è a lui che spetterà la valutazione circa l'opportunità di rimettere la questione alla Corte costituzionale⁴³. Il che ricorda in parte quel che accadde con la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) francese⁴⁴, ma con una differenza fondamentale: la Corte costituzionale si considera competente per controllare la *conventionnalité*, la conformità agli impegni internazionali assunti dall'Italia.

Tale sviluppo della giurisprudenza costituzionale indica un cambiamento nel classico dualismo adottato dalla Corte italiana e mostra la sua volontà di partecipare alla realizzazione di una garanzia dei diritti fondamentali a livello europeo che tenga conto anche del punto di vista delle corti nazionali rispetto alle tradizioni costituzionali comuni e permetta anche la definizione di specifiche esigenze (identitarie?) costituzionali, non condivise dunque. Tale dialogo può essere considerato positivo fintanto che si tratterà di un dialogo costruttivo tuttavia, se così non fosse, si avvalorerebbero le teorie di una parte della dottrina che, osservando il recente attivismo delle corti costituzionali nel controllo del diritto dell'UE, parla di un movimento di contestazione del primato dei diritti UE, di conflitto distruttivo o ancora di sovranismo costituzionale⁴⁵.

n. 269/2017 e 115/2018, in «Rivista AIC», n. 1, 2019, pp. 1-26.

⁴² N. PERLO, *Dualisme adieu ? La nouvelle configuration des rapports entre les ordres italien et de l'Union en matière de droits fondamentaux*, in «Revue trimestrielle de droit européen», n. 2, 2020 p. 195. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, Roma, 2022 pp. 19-29.

⁴³ Si vedano in particolare le seguenti sentenze: sent. 21 febbraio 2019, n. 20, *Gaz. Uff.* del 27 febbraio 2019, n. 9, ECLI:IT:COST:2019:20. Sent. 21 marzo 2019, n. 63, *Gaz. Uff.* del 27 marzo 2019, n. 13, ECLI:IT:COST:2019:63. Ord. 10 maggio 2019, n. 117, *Gaz. Uff.* del 15 maggio 2019, n. 20, ECLI:IT:COST:2019:117. Sent. 5 febbraio 2020, n. 11, *Gaz. Uff.* del 12 febbraio 2020, n. 7, ECLI:IT:COST:2020:11. Sent. 30 luglio 2021, n. 182, *Gaz. Uff.* del 4 agosto 2021, n. 31, ECLI:IT:COST:2021:182. Sent. 11 marzo 2022, n. 67, *Gaz. Uff.* del 16 marzo 2022 n. 11, ECLI:IT:COST:2022:67. Sent. 12 febbraio 2024, n. 15, *Gaz. Uff.* del 14 febbraio 2024, n. 7, ECLI:IT:COST:2024:15.

⁴⁴ Si veda CGUE (Grande Sezione), 22 giugno 2010, Aziz Melki e Sélim Abdeli, Cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363.

⁴⁵ *Ex multis*, G. SCACCIA, *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, in «Federalismi.it», n. 29, 2022, pp. 135-160. P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, in «I Post di AISDUE», 1/2019, 3 settembre 2019, pp. 1-22.

Il volume raccoglie le relazioni presentate alle «Diciannovesime Giornate di studio Roma Tre - Poitiers», che si sono tenute a Roma il 29 e 30 settembre 2023 sul tema «La garanzia. Tradizioni storiche e modelli» e in collaborazione fra il Dipartimento di Giurisprudenza di Roma Tre e la Faculté de Droit et des Sciences sociales dell'Université de Poitiers. Questa raccolta di scritti congressuali, confermando la prospettiva interdisciplinare e transnazionale della ultraventennale collaborazione scientifica italo-francese, dedica un'indagine di ampio respiro in chiave storico-comparatistica al tema della garanzia, declinandolo sia nelle sue molteplici varianti disciplinari – che spaziano dal diritto romano alla storia del diritto, dal diritto civile al diritto comparato, e ancora dal diritto processuale, civile e penale, al diritto comunitario – sia nelle sue composite tradizioni storiche, configurazioni dogmatiche e modelli ordinamentali.

SIMONE BENVENUTI

è professore associato di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

GIULIETTA ROSSETTI

è professoressa associata di Diritto romano presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.