

ALDO PETRUCCI

LA LEGGE SULLA GARANZIA DELLE OBBLIGAZIONI DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE. UNA PRIMA ANALISI

1. Inquadramento della legge nel diritto civile cinese attuale. — 2. La fideiussione. — 3. L'ipoteca. — 4. Il pegno. — 5. Ritenzione e caparra. — 6. Considerazioni finali.

Appendice: Legge sulle garanzie delle obbligazioni della R.P.C.

1. *Inquadramento della legge nel diritto civile cinese attuale.*

Come è noto, con legge 12 aprile 1986, entrata in vigore il 1° gennaio 1987, il legislatore della R.P.C. ha fissato in 156 articoli i Principi generali del diritto civile, che a tutt'oggi rappresentano l'unica codificazione generale di tale diritto attualmente vigente nel Paese ⁽¹⁾. Dopo questa legge, ne sono state approvate numerose altre dirette a disciplinare singole materie, talora sviluppando e perfezionando la scarna normativa dei Principi generali, talora regolando *ex novo* istituti, soprattutto nel campo commerciale, del tutto assenti in essi ⁽²⁾. È sufficiente qui ricordare, in materia contrattuale, la legge sui contratti tecnologici del 23 giugno 1987, quella sui contratti economici del 2 settembre 1993 di revisione della precedente del 13 dicembre 1981, quella recentissima sulle vendite all'asta del 5 luglio 1996

⁽¹⁾ Sui precedenti storici ed i punti salienti di questa legge cfr. in lingua occidentale R. BERTINELLI, *Verso lo Stato di diritto in Cina. L'elaborazione dei Principi generali del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese dal 1949 al 1986*, Milano, 1989, p. 3 ss., dove è citata anche la principale bibliografia in lingua cinese; LIANG H., *Das chinesische Zivilrecht: sein gegenwaertiger Zustand und der Erlass eines Zivilgesetzbuches*, trad. ted. di R. Heuser in *Archiv fuer die civilistische Praxis* 194, (1994), p. 479 ss., dove è contenuta anche un'esauriente panoramica delle fonti del diritto civile cinese attuale; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1996, p. 69 ss.

⁽²⁾ Prima dei Principi generali erano state emanate le leggi sul contratto economico (13 dicembre 1981), sui contratti economici aventi ad oggetto interessi stranieri (21 marzo 1985), sul matrimonio (10 settembre 1980), sulla successione ereditaria (10 aprile 1985), sui marchi commerciali (23 agosto 1982) e sui brevetti (12 marzo 1984).

ed il progetto della legge generale uniforme sui contratti, che sarà probabilmente approvata nel 1998 ⁽³⁾; in tema di persone giuridiche, la legge sulle *joint ventures* con gli stranieri del 4 aprile 1990; in tema di società, la legge sulle società del 29 dicembre 1993; in tema di proprietà intellettuale, le leggi sul diritto di autore del 7 settembre 1990, sui brevetti del 4 settembre 1992, di modifica della precedente del 12 marzo 1984, e le norme di attuazione del 15 luglio 1993 della legge sulla tutela dei marchi del 23 agosto 1982; infine il codice marittimo del 7 novembre 1992, le leggi sulla banca commerciale e sui titoli di credito del 10 maggio 1995 e sulle assicurazioni del 30 giugno 1995 ⁽⁴⁾. La via scelta per la realizzazione del codice civile sembra infatti essere quella di una previa emanazione di singole leggi settoriali, da sperimentarsi nella pratica, per poi perfezionarle e codificarle sistematicamente o in un unico codice comprensivo del diritto civile e commerciale, o in due codici separati ⁽⁵⁾.

In questo contesto va letta ed interpretata la legge sulle garanzie delle obbligazioni approvata il 30 giugno 1995 ed entrata in vigore il 1 ottobre successivo. Prima di essa, l'art. 89 dei Principi generali si limitava a statuire poche norme sulla fideiussione, il pegno, la caparra ed il diritto di ritenzione ⁽⁶⁾, mentre l'ipoteca, solo menzionata nell'ultimo comma degli

⁽³⁾ L'attuale progetto, destinato a sostituire tutte le leggi contrattuali vigenti, si compone di oltre 300 articoli suddivisi in capitoli con una parte generale ed una dedicata ai singoli contratti tipici. Ringrazio vivamente la Prof.ssa Liu Lan dell'Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino per avermi fornito tali informazioni. Per un primo commento a questo progetto cfr. la relazione di JIANG P., *Il diritto romano e la redazione di una legge contrattuale unitaria della R.P.C.* (trad. it. Zhang Lihong e A. Petrucci) tenuta in occasione del X Congresso Latino-americano de derecho romano (Lima 12-15 agosto 1996) in corso di stampa.

⁽⁴⁾ Per le leggi anteriori al 1993 è disponibile una traduzione ufficiale in lingua inglese in *The Laws of People's Republic of China*, vol. I (1978-1981), vol. II (1982-1986), vol. III (1987-1989), il volume relativo al periodo 1990-1992 contiene inoltre il testo originale cinese. Per quelle successive segnaliamo alcune traduzioni non ufficiali: in francese della legge del 1993 di riforma del contratto economico in H. LECLERCQ, *Introduction au droit chinois des contrats*, Paris, 1994, p. 139 ss.; in inglese della legge sulle società del 1993 in AA.VV., *PRC securities market handbook*, Beijing, 1994, n. 1 ss. e della banca commerciale del 1995 in un opuscolo della Casa editrice giuridica della Cina, Beijing, 1995, p. 27 ss.

⁽⁵⁾ Sul metodo seguito per la codificazione cfr. i vari contributi, tra cui in particolare quello di WEI Z., *Zhongguo de minshi lifa yu minfa fadianhua (Legislazione civile e codificazione del diritto civile in Cina)*, al Congresso internazionale «*Luomafa Zhongguofa yu minfa fadianhua (Diritto romano, diritto cinese e la codificazione del diritto civile (Pechino 3-6 ottobre 1994)*», i cui Atti sono stati pubblicati in cinese a cura di S. Schipani e Huang F., Beijing 1995, p. 117 ss., in particolare per il contributo sopracitato p. 128 ss. Sugli orientamenti attuali della civilistica cinese riguardo l'eventuale unione o separazione di un codice civile ed uno di commercio vedasi LIANG H., *Das chinesische Zivilrecht*, cit., p. 489 ss.

⁽⁶⁾ Il testo di tale articolo nella traduzione italiana di R. BERTINELLI, *Verso lo Stato di diritto*, cit., p. 117 s., è il seguente: « In base alla legge o a pattuizioni tra le parti, è possibile adottare le seguenti forme per garantire l'esecuzione dell'obbligazione:

1) il fideiussore è colui che garantisce che l'obbligato eseguirà la sua obbligazione: se l'obbligato non esegue, il fideiussore deve eseguire in base alle pattuizioni ovvero ne ha la responsabilità in solido; dopo l'esecuzione, il garante ha il diritto di reclamare il rimborso da parte dell'obbligato.

artt. 80 e 81 in tema di proprietà e diritti connessi, trovava una prima regolamentazione negli artt. 11-20 del codice marittimo (?).

La presente legge, composta da 96 articoli e suddivisa in sette capitoli, contiene invece una disciplina organica dei cinque tipi di garanzia delle obbligazioni: la fideiussione, l'ipoteca, il pegno, la ritenzione e la caparra (art. 2). Ai principi generali contenuti nel capitolo primo (artt. 1-5), fanno seguito il capitolo secondo sulla fideiussione, *baozheng* (artt. 6-32), il terzo sull'ipoteca, *diya* (artt. 33-62), il quarto sul pegno, *zhiya* (artt. 63-81), il quinto sulla ritenzione, *liuzhi* (artt. 82-88), il sesto sulla caparra, *dingjin* (artt. 89-91). Conclude il testo il settimo capitolo recante norme supplementari (artt. 92-96). Nell'illustrarla brevemente, oltre ai cenni circa i numerosi punti risalenti alla tradizione romanistica ed alle codificazioni che ne sono derivate, ci è sembrato opportuno trattenerci su quelli connessi alla realtà economico-giuridica attuale della Cina, formulando in proposito alcune rapide osservazioni.

2. La fideiussione.

Il capitolo secondo sulla fideiussione risulta a sua volta diviso in tre titoli: fideiussione e fideiussore (titolo primo, artt. 6-12), il contratto di fideiussione e i suoi tipi (titolo secondo, artt. 13-20) e la responsabilità nascente dalla fideiussione (titolo terzo, artt. 21-32). Le norme più peculiari si trovano nel primo e riguardano i soggetti che possono fungere da fideiussore. Dopo l'affermazione generale dell'art. 7, secondo cui « le persone giuridiche, le associazioni non riconosciute o i cittadini, che hanno la capacità di adempiere alle obbligazioni altrui, possono essere fideiussori », gli articoli successivi pongono degli espressi divieti di assumere tale

2) L'obbligato o una terza persona possono offrire beni da costituire in pegno. Se l'obbligato non esegue l'obbligazione, il creditore ha il diritto, in base alla legge, di ottenere in modo prioritario il rimborso o appropriandosi in modo proporzionale del pegno ovvero del ricavato della vendita di esso.

3) Una parte può, a norma di legge, dare una somma in deposito all'altra parte. Dopo che l'obbligato ha eseguito la prestazione, il creditore ha il diritto di dedurre il deposito dal prezzo o può restituirlo. Se la parte che ha dato il deposito non esegue, non ha il diritto di reclamare la restituzione del deposito. Se la parte che ha ricevuto il deposito non esegue deve restituire il doppio del valore del deposito.

4) Se in base alle clausole contrattuali una parte ha la custodia dei beni dell'altra parte, e quest'ultima non paga la somma dovuta entro il termine stabilito dal contratto, il custode ha il diritto di ritenzione sui beni e, in accordo con la legge, può rivalersi sui beni stessi per la parte dovuta, ovvero rimborsarsi in modo privilegiato dalla somma derivante dalla vendita del bene in custodia.

(?) L'ultimo comma degli artt. 80 e 81, sempre nella traduzione italiana di R. BERTINELLI, *Ibidem*, p. 114 s., così recita: « La terra può essere venduta, affittata, ipotecata o trasferita solo nelle forme legali » (art. 80) e « Le miniere, i corsi di acqua dello Stato, le foreste, le montagne, le praterie, le terre incolte e le coste di proprietà statale in base alla legge appartenenti alla proprietà collettiva, possono essere oggetto di compravendita, affitto, ipoteca o di trasferimento solo nelle forme legali » (art. 81); gli artt. 11-20 del codice marittimo concernono l'ipoteca su navi.

qualità a: 1) enti pubblici, salvo i casi in cui essi diano in mutuo somme a loro volta ottenute in prestito da Governi stranieri o da organizzazioni economiche internazionali, e comunque, anche in tale evenienza, solo dopo l'approvazione del Consiglio di Stato ⁽⁸⁾ (art. 8); 2) a istituzioni ed associazioni con scopi di interesse pubblico, come scuole ed ospedali (art. 9); 3) alle branche ed ai rami delle imprese con personalità giuridica in assenza di apposita procura scritta di queste ultime (art. 10). Ed infine si vieta ad unità ⁽⁹⁾ o a persone di costringere banche, enti finanziari ed imprese a concludere contratti di fideiussione (art. 11).

La necessità di simili precisazioni si spiega alla luce della pluralità di soggetti economici che si trovano attualmente in Cina ad operare nel mondo del diritto. Per comprenderne la complessità basti pensare che, in base ai Principi generali, possono rientrare in tale categoria: 1) le imprese con personalità giuridica appartenenti alla proprietà di tutto il popolo o alla proprietà collettiva, con propri fondi, statuto, struttura organizzativa e sede e con possibilità di assumere in modo autonomo responsabilità civili, le imprese con personalità giuridica a capitale misto cinese e straniero, quelle cooperative sino-straniere e quelle straniere, aventi i necessari requisiti, costituite nel territorio della R.P.C. (art. 41); 2) le istituzioni con fondi indipendenti, le unità di servizio e le organizzazioni sociali (art. 50); 3) le associazioni tra imprese o tra un'impresa ed un'unità di servizio con o senza personalità giuridica (artt. 51 e 52). Cui vanno aggiunte: 4) le società a r.l. con personalità giuridica nascenti da *joint ventures* con stranieri, previste dalla legge del 1 luglio 1979, emendata dalla successiva del 4 aprile 1990; 5) le imprese con esclusivo capitale straniero, di cui alla legge 12 aprile 1986, modificata con successiva 12 dicembre 1990; 6) le società a r.l. e a r.l. per azioni, disciplinate dalla legge 29 dicembre 1993; 7) le branche operanti in Cina di società straniere, regolate dagli artt. 199-205 della medesima legge.

Anche la norma dell'art. 11 della presente legge riflette un'esigenza della vita giuridica cinese attuale, dove le banche commerciali e le imprese

⁽⁸⁾ Il Consiglio degli Affari di Stato o Consiglio di Stato è il supremo organo esecutivo ed amministrativo dello Stato, al quale l'art. 89 della Costituzione del 4 dicembre 1982 affida i compiti di adottare misure amministrative, elaborare regolamenti, approvare decisioni ed ordinanze; di proporre leggi all'Assemblea Nazionale del Popolo e ai suoi Comitati permanenti; di emendare o annullare le ordinanze, i regolamenti e le decisioni dei Ministeri, delle Commissioni ministeriali e di tutti gli organi amministrativi.

⁽⁹⁾ Le unità, in cinese *danwei*, caratterizzano tutta la struttura statale ed il sistema economico e produttivo della R.P.C. Ad esse appartengono tutti i cittadini e loro tramite si applicano norme molto importanti, quali l'assegnazione degli alloggi, l'erogazione dei servizi di assistenza sanitaria di base, la politica di pianificazione delle nascite.

Sull'argomento cfr. in lingua cinese *Cihai (Enciclopedia linguistica cinese)*, Shanghai, 1980, p. 289 ss., ed in lingua occidentale P.R. BILANCIA, *Dictionary of Chinese Law and Government*, Standford Ca., 1981, *ad uscem*; R. BERTINELLI, *Verso lo Stato di diritto*, cit., p. 91 nt. 16.

finanziarie, in quanto persone giuridiche pubbliche ⁽¹⁰⁾, si trovano inserite in strutture gerarchizzate soggette alle direttive di quelle poste al vertice (alla cui sommità si trova la Banca Popolare della Cina) e della stessa Autorità amministrativa ⁽¹¹⁾. La finalità di questo articolo è dunque quella di salvaguardare, almeno entro certi limiti, uno spazio di autonomia operativa degli istituti bancari e finanziari, introducendo in sostanza una deroga all'obbligo di adeguarsi a tali direttive ⁽¹²⁾.

La restante normativa sulla fideiussione contiene principi generalmente accolti nei codici civili ed assai spesso ereditati dal diritto romano, quali la responsabilità parziaria o solidale di più fideiussori (art. 12), la validità della garanzia per obbligazioni future nascenti da mutuo o da compravendita di determinate merci con la previsione di un termine e del limite massimo garantito (art. 14), il beneficio di escussione, dalla cui pattuizione o meno discendono le diverse figure della « fideiussione generale » e della « fideiussione con responsabilità solidale » (artt. 16-19), l'opponibilità da parte del fideiussore delle eccezioni spettanti al debitore principale tranne quelle personali (art. 20), il divieto che il fideiussore si obblighi *in duriorem causam* (art. 21), i requisiti per la cessione del credito o del debito garantito (artt. 22 e 23), il diritto di regresso del fideiussore nei confronti del debitore principale (art. 31) ⁽¹³⁾.

Un ultimo importante profilo, evidente nella disciplina complessiva di questa garanzia assai più che nelle altre su cui ci tratteremo nei prossimi paragrafi, è l'ampio spazio concesso all'autonomia negoziale delle parti nel modificare convenzionalmente le norme legali. Così esse possono determinare l'ambito di responsabilità di più fideiussori ed il tipo di fideiussione, derogare a quanto disposto dall'art. 21 circa l'estensione della garanzia, dagli artt. 22 e 23 sulla cessione del credito o del debito garantito, modificare il contenuto dell'art. 24 sulla necessità dell'accordo scritto

⁽¹⁰⁾ Cfr. artt. 11 ss. della citata legge sulla banca commerciale del 10 maggio 1995.

⁽¹¹⁾ Si vedano gli artt. 8-10 e 59-63 della medesima legge 10 maggio 1995.

⁽¹²⁾ Vedasi sul punto WANG J.-DONG K., *Zhonghua Renmin Gongheguo Danbaofa. Yuanli yu tiaowenshiyi (legge sulla garanzia delle obbligazioni della Repubblica Popolare Cinese. Principi generali e commento)*, Beijing, 1995, p. 55.

⁽¹³⁾ Cfr. sulla responsabilità parziaria o solidale di più fideiussori Gai 3, 121-122; *Pauli sententiae* 1,20; D. 46, 1, 39 (Mod. l.2 reg.); artt. 1946 e 1947 c.c. it.; artt. 2025-2027 c.c. fr.; § 769 BGB; artt. 369-372 c.c. giapp.; art. 860 c.c. Taiwan; sulla validità della garanzia per obbligazioni future ed il suo ambito di applicazione art. 1938 c.c. it.: §§ 765 e 777 BGB; artt. 115 n. 5 e 398-bis c.c. giapp.; sul beneficio di escussione Nov. Iust. 4,1 (a. 535 d.C.); art. 1944 c.c. it.; artt. 2021-2024 c.c. fr.; §§ 771 e 773 BGB; artt. 452-453 c.c. giap.; sull'opponibilità delle eccezioni da parte del fideiussore art. 1945 c.c. it.; art. 2036 c.c. fr.; § 768 BGB; sul divieto per il fideiussore di obbligarsi *in duriorem causam*, Gai 3, 126; D. 46, 1, 8, 7 (Ulp. l. 47 *ad Sab.*); gli artt. 1941-1942 c.c. it.; artt. 2013 e 2016 c.c. fr.; § 767 BGB; art. 447 c.c. giapp.; art. 861 c.c. Taiwan; sui requisiti per la cessione del credito o del debito garantito gli artt. 1263 e 1275 c.c. it.; art. 1692 c.c. fr.; §§ 401 e 418 BGB; sul diritto di regresso Gai 3, 127; D. 17, 1, 6, 2 (Ulp. l. 31 *ad ed.*), D. 17, 1, 53 (Pap. l. 9 *quæst.*), D. 46, 1, 36 (Paul. l. 14 *ad Plaut.*); gli artt. 1949 e 1950 c.c. it.; artt. 2028 e 2029 c.c. fr.; § 774 BGB; art. 459 c.c. giapp.

del fideiussore in caso di variazioni al contratto principale, convenire un termine di durata della garanzia diverso da quello legale di sei mesi (artt. 25-27). Questa rilevanza dell'autonomia negoziale rappresenta un indubbio sviluppo rispetto alla legislazione in materia civile degli anni 80, in cui i limiti della libertà contrattuale erano rigidamente fissati, e si pone in linea con la tendenza di una loro progressiva attenuazione, manifestata per la prima volta nell'art. 20 della legge 21 marzo 1985 sui contratti economici aventi ad oggetto interessi stranieri, e poi più decisamente nel codice marittimo del 1992 a proposito del noleggio di una nave (art. 127), e che dovrebbe pienamente affermarsi nella nuova legge generale sul contratto di prossima approvazione (14).

3. *L'ipoteca.*

Il capitolo terzo, relativo all'ipoteca, è quello che racchiude il maggior numero di articoli, suddividendosi in cinque titoli: l'ipoteca ed i beni da costituire in ipoteca (titolo primo, artt. 33-37), il contratto di ipoteca e la iscrizione di essa (titolo secondo, artt. 38-45), gli effetti dell'ipoteca (titolo terzo, artt. 46-52), l'attuazione del diritto di ipoteca (titolo quarto, artt. 53-58) e l'ipoteca con limite massimo (titolo quinto, artt. 59-62).

L'aspetto più saliente della normativa di questo diritto reale di garanzia discende ovviamente dal particolare regime della proprietà fondiaria della R.P.C. Le disposizioni degli artt. 34, 36-37, 42, 55-56 vengono infatti a delineare, come ora vedremo, una disciplina del tutto specifica che non trova riscontro nel diritto civile di altri Paesi.

L'art. 34, nell'elencare i beni capaci di ipoteca, indica, oltre agli edifici e costruzioni sui fondi, i veicoli e le attrezzature del debitore ipotecario (nn. 1 e 2) ed oltre ai beni previsti in altre leggi (n. 6):

— il diritto di uso di un fondo statale, gli edifici e le costruzioni di proprietà statale nella legittima disponibilità del debitore (n. 3);

— i veicoli, le attrezzature e le altre cose analoghe di proprietà statale nella legittima disponibilità dello stesso (n. 4);

— il diritto di uso di terre incolte, come montagne, colline e terreni alluvionali improduttivi, legittimamente concessi al debitore, e dietro autorizzazione del concedente (n. 5).

Con riguardo al n. 3, i primi due commi dell'art. 36 precisano che l'ipoteca costituita su edifici realizzati su fondi statali si estende anche al diritto di uso degli stessi e viceversa l'ipoteca su questo diritto di uso si estende anche alle costruzioni. Quest'ultimo riferimento tuttavia va inteso agli edifici esistenti al momento della costituzione dell'ipoteca, per quelli compiuti in seguito il 1° comma dell'art. 55 nega invece l'estensione della

(14) Cfr. in proposito le osservazioni di JIANG P., *Il diritto romano e la redazione di una legge contrattuale unitaria*, cit., p. 5 ss.

garanzia reale, non riconoscendo nemmeno al creditore ipotecario, in sede di attuazione della stessa, un diritto di prelazione sul prezzo quando il diritto di uso dei fondi e gli edifici già presenti su di essi siano venduti all'asta.

Il 3° comma dell'art. 36 introduce invece una parziale deroga nel caso del diritto di usare un fondo appartenente ad imprese di proprietà di un villaggio o di una frazione di villaggio, escludendo la possibilità di ipotecarlo da solo, mentre per gli edifici industriali di tali imprese si riafferma il principio generale dell'estensione dell'ipoteca su di essi anche al diritto di usare il relativo fondo.

Conseguentemente e coerentemente in tutte le ipotesi ora menzionate è necessario, ai fini dell'iscrizione dell'ipoteca, l'intervento degli enti ed organi amministrativi incaricati della gestione dei beni da ipotecare e che ne rilasciano l'eventuale diritto di uso, come viene dettagliatamente stabilito nell'art. 42, e nell'attuazione della garanzia ipotecaria la trasmissione del diritto di uso dei fondi concessi nei casi i cui al n. 5 dell'art. 34 e al 3° comma dell'art. 36 non ne fa mutare la proprietà collettiva o l'uso primitivo (art. 55, 2° comma), così come nella vendita all'asta di un diritto di uso su un fondo statale costituito in ipoteca il creditore gode del diritto di prelazione sul prezzo solo dopo aver corrisposto allo Stato il canone relativo alla concessione di tale diritto di uso (art. 56).

Il quadro è completato infine dall'art. 37, in cui si elencano esplicitamente i beni che non possono formare oggetto di ipoteca. Fra di essi, accanto ad attrezzature destinate all'istruzione ed alla sanità o riservate agli interessi pubblici o appartenenti ad istituzioni con finalità di pubblico interesse (n. 3), a beni, la cui proprietà o diritto di uso sono incerti o controversi (n. 4) o sottoposti a sequestro, pignoramento o controllo giudiziale (n. 5) o esclusi per legge dalla costituzione di ipoteca (n. 6), si segnalano:

— la proprietà di un fondo (n. 1);

— il diritto di usare i fondi di proprietà collettiva, come terreni, fondi per la costruzione di abitazioni o riservati all'uso individuale, salvo quelli previsti dal n. 5 dell'art. 34 e dal 3° comma dell'art. 36 (n. 2).

Per intendere la peculiare disciplina appena esposta, occorre richiamarsi al « sistema della proprietà » (*suoyouzhi*) fissato negli artt. 6-18 della Carta Costituzionale del 1982 e negli artt. 71-83 dei Principi generali del 1986. Senza approfondire qui l'argomento, sul quale peraltro già esiste una notevole bibliografia in lingua occidentale ⁽¹⁵⁾, è sufficiente rilevare come secondo tale sistema, benché si ammettano una proprietà individuale, privata e del cittadino, una netta supremazia sia riconosciuta al

⁽¹⁵⁾ Vedansi, per tutti, R. BERTINELLI, *Verso lo Stato di diritto*, cit., p. 49 ss.; SHENG Y.-ZENG Q., *Diritto cinese. II) Cina popolare*, in *Enciclopedia del diritto Treccani*, vol. I, Roma, 1989, p. 10 ss. della voce e la bibliografia in essi citata.

tipo di proprietà pubblica socialista (*gonggong suoyouzhi*) nei suoi due livelli di proprietà statale, definita come proprietà di tutto il popolo (*quanmin suoyouzhi*), e di proprietà collettiva, denominata proprietà collettiva delle masse lavoratrici (*laodong quzhong jiti suoyouzhi*), che vengono ad includere in modo pressoché totale tutte le cose immobili (16).

In base agli artt. 80 ed 81 dei Principi generali, inoltre, il suolo e le risorse naturali di proprietà dello Stato possono essere dati in uso alle unità appartenenti alla proprietà di tutto il popolo o alle unità collettive, con protezione legale di tale diritto di uso, ed un analogo diritto può attribuirsi anche sui beni di proprietà collettiva a cittadini o ad organizzazioni collettive con estensione ad essi della medesima tutela. Questa scissione tra diritto di proprietà pubblica e diritto di possedere ed usare il suolo ed altri immobili, già alla base dell'importante riforma agraria del 1982, costituisce il criterio che ispira anche la successiva legge sull'amministrazione del suolo del 25 giugno 1986, emendata con legge 29 dicembre 1988, con progressivo ampliamento del diritto di uso anche ad unità individuali.

Si comprendono così sia l'incapacità del diritto di proprietà sui fondi di formare oggetto di ipoteca, evitandone in tal modo l'eventuale trasferimento in attuazione della garanzia ipotecaria, sia l'intervento delle Autorità amministrative nella sua iscrizione. Da rilevare anche la differente regolamentazione riservata dalla legge ora in esame ai diritti di uso dei beni statali e a quelli dei beni collettivi, ammettendo per i primi una possibilità generalizzata di essere ipotecati, che è invece espressamente esclusa per i secondi, salvo le limitate ipotesi del n. 5 dell'art. 34 e del 3° comma dell'art. 36. Ciò dipende dalla circostanza che in tali ipotesi il diritto di uso di tali beni è finalizzato allo svolgimento di attività commerciali e produttive, mentre al di fuori di esse il legislatore, non ha voluto che, mediante l'attuazione della garanzia reale, si potesse realizzare una modifica del vincolo di destinazione economica di questo tipo di proprietà (17).

Circa l'ulteriore disciplina sull'ipoteca caratterizzata da una serie di principi comuni al diritto civile di altri Paesi di tradizione romanistica (efficacia costitutiva dell'iscrizione, artt. 41 e 43; effetti reali del diritto, artt. 48-50 e 52; spettanza al debitore della parte eccedente di prezzo in caso di vendita o assegnazione della cosa ipotecata, artt. 49 e 53; preferenza alle ipoteche iscritte anteriormente rispetto alle successive, art. 54; surro-

(16) In base all'art. 13 della Costituzione ed agli artt. 1 della legge 10 aprile 1985 sulla successione ereditaria e 75 dei Principi generali possono essere di proprietà dei singoli cittadini i seguenti immobili: l'abitazione, gli alberi, i beni di produzione ammessi dalla legge (cfr. artt. 26-29 degli stessi Principi generali) e quelli acquisiti nel rispetto della legge (in pratica quelli per i quali l'ordinamento prevede la possibilità del trasferimento di proprietà ai privati).

(17) Cfr. WANG J.-DONG K., *Zhong...*, in *Danbaofa*, cit., p. 144 s.

gazione dell'indennizzo alla cosa ipotecata perita, art. 58) ⁽¹⁸⁾, meritano una breve riflessione tre aspetti.

Il primo consiste nell'introduzione da parte del legislatore cinese di un rapporto tra ammontare del credito garantito e valore dei beni ipotecati, per cui non si ammette la costituzione di un'ipoteca su beni che valgono meno dell'importo del credito che si intende garantire (art. 35, 1° comma); da tale principio discende l'ulteriore conseguenza che uno stesso bene non può formare oggetto di una seconda ipoteca se non nella misura in cui il suo valore sia superiore al primo credito garantito (art. 35, 2° comma). È questo un principio, la cui probabile *ratio* è quella di assicurare una reale efficacia della garanzia attraverso la congruenza tra la sua entità e quella del credito, che non trova rispondenza nelle altre legislazioni, dove ci si limita ad esigere che l'ipoteca venga iscritta su beni specialmente indicati e per una somma determinata in denaro ⁽¹⁹⁾. Sotto tale profilo va quindi osservato che nell'ordinamento cinese si esprime una preferenza per un regime legalmente prestabilito circa il rapporto tra credito garantito ed ammontare della garanzia, anziché rimetterlo al libero apprezzamento delle parti.

Il secondo aspetto si può ritenere quasi opposto a quello appena visto, nel senso che si prevede la possibilità di costituire una particolare figura di ipoteca, denominata ipoteca con limite massimo (*Zuigaodiya*), la cui regolamentazione si trova negli artt. 59-62 della presente legge. Rispetto alla figura dallo stesso nome disciplinata dal § 1190 del *BGB* tedesco (*Hoechstbetragshypothek*), quella ora in esame si caratterizza per l'accessorietà ai soli contratti di mutuo e compravendita di determinate merci (art. 60), non precisate nel testo legislativo, ma da individuarsi nei regolamenti amministrativi, e per fungere da garanzia entro il limite massimo convenuto per una pluralità di crediti sorti in un certo periodo di tempo (art. 59) ⁽²⁰⁾. Questa sua limitata accessorietà e la destinazione prefissata comportano l'impossibilità di trasmettere il credito garantito (art. 61). L'obiettivo infatti che sembra proporsi il legislatore cinese è quello di assicurare continuità e rapidità alle relazioni finanziarie e commerciali di un determinato tipo, escludendo, con il ricorso a questa figura, la necessità di

⁽¹⁸⁾ Cfr. sull'efficacia costitutiva dell'iscrizione art. 2134 c.c. fr., art. 2808 c.c. it., § 1117 *BGB*; sugli effetti reali D. 20, 1, 17 (Ulp. l. 15 *ad ed.*); l. 4, 6, 7; artt. 2114 e 2166 c.c. fr.; artt. 2808 e 2858 c.c. it., §§ 1153-1156 *BGB*; sul principio *prior tempore potior iure* CJ. 8, 17, 3(4); art. 2134 c.c. fr., artt. 2852-2854 c.c. it.; sul perimento della cosa ipotecata art. 2131 c.c. fr.; art. 2742 c.c. it., §§ 1127-1130 *BGB*; sulla spettanza al debitore ipotecario dell'*hyperocha* D. 20, 4, 20 (Tryph. l. 8 *disp.*); art. 510, comma 3 c.p.c. it.; art. 373 c.c. giapp.; art. 865 c.c. Taiwan.

⁽¹⁹⁾ Cfr. art. 2809 c.c. it.; artt. 2129 e 2132 c.c. fr.; § 1115 *BGB*.

⁽²⁰⁾ Il § 1190 del *BGB* dispone nella determinazione del credito garantito l'inclusione anche degli interessi nel limite massimo dell'ipoteca, la natura di *Sicherungshypothek* di quest'ultima e la sua intrasmissibilità.

assumere una garanzia per ogni singola operazione in cui esse si concretano.

Il terzo aspetto riguarda il rapporto tra il divieto di patto commissorio e l'attuazione della garanzia. Infatti, dopo aver affermato nell'art. 40 che è vietato ai contraenti convenire la trasmissione della proprietà della cosa ipotecata al creditore, se l'obbligazione non è adempiuta alla scadenza ⁽²¹⁾, gli artt. 33 e 53 indicano i modi di soddisfazione dello stesso su tale cosa in caso di inadempimento, mediante la sua assegnazione con previa stima in denaro, la sua vendita o vendita all'asta. Quest'ultimo articolo tuttavia sembra porre tali modi su un medesimo piano, rimettendo la scelta per uno di essi all'accordo delle parti al momento in cui l'inadempimento si verifica e, solo in mancanza di siffatto accordo, all'intervento dell'Autorità Giudiziaria. Così facendo, tale norma viene a privilegiare la volontà delle parti rispetto ad un sistema legale di preferenza, come si riscontra invece in molti codici, dove la vendita, soprattutto all'incanto, è ritenuta più idonea rispetto all'assegnazione, cui viene attribuito un ruolo di soluzione estrema ⁽²²⁾.

4. Il pegno.

Il capitolo quarto della legge avente ad oggetto il pegno è composto da due titoli relativi, il primo, al pegno sui beni mobili (artt. 63-74) ed il secondo a quello sui diritti (artt. 75-80).

Nel primo il dettato normativo si conforma ai principi comunemente accolti nelle codificazioni vigenti ed in parte già accennati in tema di ipoteca: divieto del patto commissorio (art. 66), determinazione dell'ammontare del debito garantito (art. 67), diritto del creditore pignoratorio di percepire i frutti del pegno salvo patto contrario (art. 68), responsabilità dello stesso per la conservazione della cosa pignorata (art. 69), suoi obblighi di restituirla in caso di adempimento dell'obbligazione garantita e modi di soddisfazione nel caso di inadempimento (art. 71), diritto di regresso del terzo datore del pegno (art. 72) e surrogazione dell'eventuale indennità alla cosa pignorata perita (art. 73) ⁽²³⁾.

Maggiore attenzione meritano invece le disposizioni circa il pegno sui diritti perché in esse si possono cogliere i riflessi della nuova legislazione commerciale. L'art. 75 infatti elenca in modo alquanto dettagliato i diritti che si possono costituire in pegno, indicando espressamente:

⁽²¹⁾ Principio le cui radici, come è noto, risalgono al diritto romano (cfr. Cj. 8, 34, 3 a. 326) ed in seguito recepito da tutti i codici civili: cfr. § 1149 BGB; art. 2744 c.c. it., art. 2088 c.c. fr.; art. 376 c.c. giapp.; art. 893 c.c. Taiwan.

⁽²²⁾ Cfr., ad es., il sistema delineato negli artt. 567-591 c.p.c. it.

⁽²³⁾ Vedansi, per i principi non già menzionati parlando dell'ipoteca, gli artt. 2790 ss. c.c. it., artt. 2078 ss. c.c. fr., §§ 1214 ss. BGB; artt. 342 ss. c.c. giapp.; art. 884 ss. c.c. Taiwan. Per le fonti giuridiche romane ci limitiamo a ricordare D. 20, 1, 11, 1 (Marc. l. sing. ad form. hypoth.) sull'anticresi.

- 1) la cambiale, la cambiale tratta, l'assegno, i crediti, il libretto di risparmio, la polizza dei magazzini e la polizza di carico;
- 2) le azioni e le quote sociali trasferibili in base alla legge;
- 3) il diritto esclusivo di marchio legittimamente trasferibile, i diritti patrimoniali di brevetto e di autore;
- 4) gli altri diritti che si possono costituire in pegno in base alla legge.

I diritti di cui al n. 1 sono stati regolati in modo organico dalla recente legge del 10 maggio 1995 sui titoli di credito e per essi il contratto di pegno si perfeziona con la consegna al creditore del titolo (art. 76). Alorché il termine della riscossione del denaro o del ritiro o carico delle merci è anteriore alla scadenza dell'obbligazione garantita, il creditore pignoratizio può procedere alla riscossione, al ritiro o al carico e, in base all'accordo con il debitore, soddisfarsi su tali cose oppure depositarle presso un terzo scelto di comune accordo (art. 77).

Anche i diritti contemplati al n. 2 hanno trovato una estesa disciplina nella recente legge sulle società del 29 dicembre 1993. Nel costituirli in pegno si profila tuttavia una differenza tra azioni e quote sociali di una società a responsabilità limitata: per le prime, si prevede l'intervento di un ente amministrativo, in quanto il contratto è efficace dal momento della registrazione presso l'Autorità competente alla registrazione dei titoli, con divieto, salvo patto contrario, di una successiva trasmissione delle azioni pignorate; ove le parti l'abbiano prevista, si dispone che il prezzo della trasmissione sia destinato a soddisfare in anticipo il creditore oppure ad essere depositato presso un terzo scelto congiuntamente (art. 78, 1° e 2° comma). Per le quote di una società a responsabilità limitata, la costituzione in pegno risulta invece più semplice, perché si applicano le disposizioni relative alla trasmissione delle azioni contenute nella succitata legge sulle società, perfezionandosi il contratto con la sola registrazione nel libro degli azionisti (*rectius* dei soci) (art. 78, 3° comma).

Un regime analogo a quello appena descritto per le azioni vale anche per i diritti racchiusi al n. 3 dell'art. 75 (diritto esclusivo di marchio, diritti patrimoniali di brevetto e di autore), ognuno dei quali è stato regolato, come si è detto in precedenza, da singole leggi approvate negli ultimi anni. Per essi infatti la costituzione in pegno è produttiva di effetti dal momento della registrazione del contratto presso l'ufficio pubblico competente e da quel momento, salvo diverso accordo (applicandosi in tal caso un disposto analogo a quello dell'art. 78, 2° comma), non possono trasferirsi a terzi né autorizzarne ad essi l'uso (artt. 79-80).

Come si vede, nella disciplina appena esposta si riflette lo sforzo di una trattazione quanto più unitaria dei diversi tipi di diritti pignorabili alla luce delle recenti innovazioni legislative, cercando di evitare la frammentarietà di molte codificazioni vigenti, che sotto il contratto di pegno

dettano disposizioni relative per lo più ai crediti, mentre lasciano ai codici di commercio o alle leggi speciali la regolamentazione del pegno sugli altri diritti ⁽²⁴⁾.

5. Ritenzione e caparra.

Per gli altri due tipi di garanzia regolati dalla presente legge, la ritenzione (capitolo quinto, artt. 82-88) e la caparra (capitolo sesto, artt. 89-91), qualche rilievo suscita la normativa concernente la prima, mentre quella sulla seconda non presenta aspetti particolari ⁽²⁵⁾, se non il limite massimo del suo ammontare pari al 20% del valore dell'oggetto del contratto (art. 91).

Circa la ritenzione va detto che il legislatore cinese ne sottolinea la funzione di garanzia reale delle obbligazioni nascenti da certi tipi di contratti, preferendo fissare alcuni principi generali sul modello del codice giapponese e di Taiwan ⁽²⁶⁾, anziché, come in numerosi altri codici, farvi riferimento con riguardo a singoli rapporti obbligatori ⁽²⁷⁾.

In base all'art. 84 infatti tale diritto è riconosciuto al creditore sui beni mobili del debitore, che egli detiene in base ad un contratto di deposito, trasporto, locazione di opera oppure ad un altro tipo per il quale lo prevedano espressamente leggi speciali. La sua natura reale emerge da un'identità pressoché completa della normativa con quella sul pegno di

⁽²⁴⁾ Emblematico in tal senso è l'ordinamento francese, nel quale solo tre articoli del *code civil* (2075, 2075-1 e 2081) considerano il pegno su beni mobili incorporali e su crediti, rinviando per le materie del commercio, per gli istituti autorizzati di prestito su pegno a quanto disposto nel codice di commercio e nelle relative leggi speciali (art. 2084). Anche in Italia si manifesta in modo evidente una tale frammentarietà: cfr. gli articoli del codice civile 2800-2805 sul pegno dei crediti, 2806 sul pegno dei diritti diversi dai crediti, 2352 sul pegno delle azioni di società, diritto di voto, opzioni e versamenti richiesti, 2014 e 2026 sul pegno dei titoli di credito, e gli artt. 66 e 69 della legge n. 1127 del 1939 sui brevetti e gli artt. 104 e 111 della legge n. 633 del 1941 sul diritto di autore. Analoghe osservazioni valgono per gli ordinamenti giapponese e di Taiwan, i cui codici civili contengono solo alcune disposizioni in tale materia: cfr. rispettivamente artt. 900-910 c.c. giapp. e artt. 362-367 c.c. Taiwan. Da questo punto di vista maggiormente organico è il modello del *BGB* tedesco, che dedica al pegno sui diritti ben 24 paragrafi (dal 1273 al 1296), con norme concernenti ogni tipo di diritto pignorabile. Ma anche in questo caso il pignoramento delle azioni e delle quote sociali, nonché del diritto di marchio e dei diritti patrimoniali di brevetto e di autore si trova al di fuori del codice civile.

⁽²⁵⁾ Principi analoghi, le cui radici affondano nel diritto romano (Gai. 3, 139; Gai. 1, 10 *ad ed. prov.* in D. 18, 1, 35 pr.; Ulp. l. 32 *ad ed.* in D. 19, 1, 11, 6; l. 3, 23 pr.), emergono infatti nell'art. 1590 c.c. fr., §§ 336-338 *BGB*, artt. 1385 e 1386 c.c. it.; art. 557 c.c. giapp.; artt. 248-249 c.c. Taiwan.

⁽²⁶⁾ Cfr. artt. 295-302 c.c. giapp.; artt. 928-939 c.c. Taiwan.

⁽²⁷⁾ Come fanno, sulle orme delle fonti giuridiche romane (ad es., Pap. l. 11 *resp.* in D. 20, 1, 1 pr. sul pegno; Pomp. l. 6 *epist.* in D. 33, 6, 8, sul *legatum per damnationem*) il c.c. fr.: artt. 1612 e 1613 (consegna della cosa venduta), 1673 (vendita con patto di riscatto), 1948 (deposito), 2082 (pegno), 2087 (anticresi), il c.c. it.: ad es., artt. 1152 (ritenzione a favore del possessore di buona fede), art. 1502 sulla vendita con patto di riscatto, art. 2794 sul pegno.

cose mobili sia per l'ambito della garanzia (art. 83), che per gli obblighi di custodia delle cose ritenute (art. 86), che ancora per i modi di soddisfazione del creditore (artt. 82 e 87).

6. Considerazioni finali.

Ci siano infine consentite due brevi osservazioni conclusive di sintesi.

La prima. Dal commento sui singoli tipi di garanzia, da un lato, emerge come questa legge si fondi su un gran numero di principi consolidati nel diritto civile dei Paesi a tradizione romanistica, senza tuttavia inclinare verso il modello francese o quello germanico, che peraltro non presentano in questo campo rilevanti differenze. D'altro lato, però, accanto a tali principi si manifesta una costante specificità della situazione cinese con il suo sistema di proprietà ed un'economia in parte liberalizzata ed in parte ancora sottoposta a pianificazione, che si traduce in disposizioni assenti negli altri ordinamenti. Ne risulta una normativa che costituisce un *unicum*, con lo scopo di coniugare le esigenze dell'economia di mercato con la conservazione del sistema politico socialista.

La seconda. Questa legge è stata approvata dopo un « rodaggio » pratico di vari anni della scarna normativa dei Principi generali e delle poche altre leggi speciali sopra indicate, trovando molto spesso come unica fonte le disposizioni contenute nei regolamenti amministrativi o addirittura talora evolvendosi al di fuori di essi. Ciò spiega la natura dettagliata di molti articoli, come quelli sul contenuto del contratto di fideiussione, di ipoteca e di pegno e sulla relativa responsabilità dei contraenti, e la piena rispondenza alle attuali esigenze giuridiche ed economiche cinesi. Si comprende così una certa soddisfazione dei giuristi per il miglioramento del livello qualitativo del contenuto di tale legge, e degli ambienti forensi per la chiarezza complessiva del suo dettato che ne facilita la sempre maggiore applicazione pratica, diffusa ormai, malgrado poco più di un anno di vigenza (dal 1 ottobre 1995), in tutti i settori ⁽²⁸⁾.

(28) Ringrazio vivamente i Professori Jiang Ping e Mi Jian e l'avvocato Fei Anling per le opinioni ed informazioni che mi hanno fornito a tale riguardo.