

Corso ordinario on - line MAGISTRATURA 10[^] ed. 2016-2017

Lezione C-21

Gli altri contratti - 2

Sommario. – **D.** I contratti aleatori. 1. Il contratto di assicurazione: nozione e tipi - 1.1 Elementi del contratto di assicurazione - 1.2. La clausola *claims made* - 1.3. Il contratto di assicurazione nel Regolamento 593/2008 c.d. Roma I – 1.4. L'assicurazione fideiussoria – 1.5. Polizza fideiussoria e contratto autonomo di garanzia – 2. Il brokeraggio – **E.** I contratti reali: 1. Il comodato – 1.1 Disciplina positiva. - 1.2. Comodato precario e comodato di scopo. 2. Il perfezionamento del mutuo. 3. Il contratto estimatorio – **F.** Contratti atipici. 1. Il leasing: definizione - 1.1 Oggetto e obblighi delle parti - 1.2 Tipi - 1.2.1. Il *leasing* immobiliare – 1.3. Il contratto di *rent to buy* - 2. Il *sale and lease back* 3. Il contratto di *factoring*. – **G.** Altri contratti - 1. Il contratto di “pacchetto turistico” - 2. Il deposito alberghiero - 3. Contratto di parcheggio: sul gestore grava l'obbligo di custodia? – 4. Il negozio fiduciario.

(*Omissis*)

E. I contratti reali

1. Il comodato

Il comodato è un contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile affinché quest'ultima se ne serva secondo l'uso pattuito o per il tempo determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta (art. 1803 c.c.).

Il comodato in particolare è:

- *Contratto reale*: in quanto si perfeziona con la consegna della cosa;
- *Obbligatorio*: in quanto il comodatario acquista solo un diritto personale, e non vi è traslazione della proprietà della cosa data in uso o la costituzione di un diritto reale sulla cosa;
- *Gratuito*: se, infatti, fosse stabilito un corrispettivo si configurerebbero altre figure negoziali. La gratuità del comodato, però, non viene meno qualora sia imposto un onere a carico del comodatario (c.d. comodato morale), in quanto l'onere non ha carattere di corrispettività;
- *Unilaterale*: in quanto implica prestazione da una sola parte (restituzione della cosa da parte del comodatario).
- *Contratto di durata*: la cui efficacia si protrae finché dura la detenzione (qualificata) della cosa.

1.1. Disciplina positiva

I diritti del comodatario sono costituiti dall'uso della cosa secondo il titolo di concessione; dall'ottenimento del rimborso delle spese straordinarie, necessarie ed urgenti eventualmente sostenute per la conservazione della cosa; dall'ottenimento del risarcimento dei danni eventualmente derivatigli dai vizi della cosa comodata, di cui il comodante era a conoscenza e che non gli aveva comunicato (art. 1812 c.c.).

Gli obblighi del comodatario sono, invece, la custodia e la conservazione della cosa con la diligenza del buon padre di famiglia; l'uso della cosa determinato dal contratto o dalla sua natura; il divieto di sub-comodato.

Inoltre, uno degli obblighi principali scaturenti dal contratto di comodato e posto a carico del comodatario è quello di restituire la cosa oggetto del negozio in parola: l'obbligo di restituzione (art. 1809 c.c.) è determinato dal carattere temporaneo dell'attribuzione e delimita il godimento spettante al comodatario; il caso normale in cui sorge detto obbligo è rappresentato dallo spirare del termine, escludendosi che il comodatario abbia il diritto di restituire la cosa prima della scadenza concordata.

In tema di comodato senza previsione del termine finale, il comodante non può esigere *ad nutum* la restituzione della cosa quando la durata del rapporto sia determinabile attraverso la disciplina dell'uso della cosa stessa, ovvero l'esame degli interessi e delle utilità perseguite dai contraenti; inoltre, il comodante non può richiedere *ad nutum* la restituzione della cosa, quando sussista una indiretta determinazione della durata attraverso la delimitazione dell'uso consentito della cosa, desumibile dalla natura di essa, dalla professione del comodatario, dall'esame degli interessi e dalle utilità perseguite dai contraenti ed assegnatari e finalità del negozio

Se non è stato convenuto un termine né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede (art. 1810 c.c.): in questo caso il comodato si definisce precario.

Nella sentenza n.6678 del 12 marzo 2008 i giudici della Suprema Corte analizzano il caso specifico di un contratto di comodato immobiliare in cui le parti prevedono che la restituzione dell'immobile da parte del comodante debba avvenire "nel caso che il comodante ne abbia necessità", il contratto si connota come una figura atipica, non riconducibile né al modello legale del comodato a termine né a quello del comodato senza limitazione di durata, dovendo intendersi come convenuto senza determinazione di tempo ma con la facoltà di restituzione solo in presenza di una necessità di utilizzazione dell'immobile che sia incompatibile con il protrarsi del godimento altrui.

Se il comodatario viola gli obblighi suddetti, il comodante potrà chiedere la restituzione immediata della cosa data in prestito, oltre al risarcimento del danno (art. 1804 c.c.).

1.2. Comodato precario e comodato di scopo

Ai fini dell'obbligazione di restituzione del bene, assume valore dirimente la soluzione della questione inerente la natura del contratto di comodato intercorso tra le parti, ossia se si tratta di un *comodato precario* ovvero di un *comodato di scopo* (che ricorre, ad esempio, quando l'immobile viene concesso in comodato per essere destinato ad abitazione coniugale o familiare).

Difatti, mentre sulla base dell'esistenza di un *comodato precario* ex art. 1810 c.c. (sussistente qualora la durata del contratto non sia stata convenzionalmente stabilita e non possa determinarsi sulla base dell'uso previsto), il comodante può semplicemente richiedere la restituzione del bene, in quanto la determinazione del termine di durata del *vinculum iuris* è rimessa in via potestativa alla sola sua volontà; nelle ipotesi in cui si deduca l'esistenza di un *comodato a termine ovvero con determinazione dell'uso cui la cosa deve essere destinata* (art. 1809 c.c.), il comodante potrà esigere – in ragione del favor comunque accordato al comodante in considerazione della essenziale gratuità del contratto – la restituzione immediata del bene prima della scadenza del termine, solo adducendo un suo urgente e impreveduto bisogno, in quanto l'obbligo di restituzione sorge *naturaliter* soltanto alla scadenza del termine ovvero quando il comodatario se ne è servito in conformità del contratto.

Caso tipico è quello del genitore proprietario che concede un immobile al figlio perché vi stabilisca la casa familiare e dopo qualche anno la coppia si separa: si discute se tale concessione in uso dell'immobile dia luogo ad un contratto di comodato precario ovvero ad un comodato di scopo, con conseguente applicabilità – rispettivamente – della disciplina di cui all'art. 1810 c.c. o dell'art. 1809, comma 2 c.c. in tema di restituzione.

Al riguardo, si registrano due orientamenti giurisprudenziali difformi.

Un primo orientamento, nel risolvere il problema della disciplina applicabile all'assegnazione della casa familiare disposta in favore di uno dei coniugi nell'ambito del giudizio di separazione qualora l'immobile sia stato precedentemente oggetto di comodato da parte del suo titolare perché fosse destinato ad abitazione familiare del comodatario, ha concluso che la posizione del coniuge assegnatario nei confronti del terzo concedente resti conformata dalla natura del diritto preesistente, e sia quindi soggetta agli stessi limiti che segnavano il godimento da parte della comunità domestica nella fase fisiologica della vita matrimoniale. Tanto premesso, ha poi affrontato la questione relativa al se la concessione in comodato del bene nella specifica prospettiva della sua utilizzazione quale casa familiare assuma decisiva rilevanza, ai fini della ravvisabilità di un termine collegato alla destinazione della cosa. A tale ultimo riguardo, la S.C. ha affermato che è necessario attribuire rilevanza al dato oggettivo dell'uso cui la cosa è destinata. La specificità della destinazione a casa familiare, quale punto di riferimento e centro

di interessi del nucleo familiare, è incompatibile con un godimento contrassegnato dalla provvisorietà e dall'incertezza che caratterizzano il comodato cosiddetto precario e che legittimano la cessazione *ad nutum* del rapporto su iniziativa del comodante. Il vincolo di destinazione, pertanto, appare idoneo a conferire all'uso, cui la cosa doveva essere destinata, il carattere di termine implicito della durata del rapporto, la cui scadenza non è determinata, ma è strettamente correlata alla destinazione impressa ed alle finalità cui essa tende: tale vincolo, peraltro, non potrebbe considerarsi automaticamente caducato neppure per il sopravvenire della crisi coniugale, atteso che la destinazione a casa familiare prescinde, nella sua oggettività, dalla effettiva composizione, al momento della concessione in comodato, della comunità domestica, apparendo piuttosto indirizzata a soddisfare le esigenze abitative della famiglia anche nelle sue potenzialità di espansione (cfr. Cass. sez. un. n. 13603/2004).

Pertanto, secondo tale orientamento, sostenuto anche dalle Sezioni Unite, il comodato di un bene adibito a casa coniugale rientrerebbe nell'ipotesi di cui all'art. 1809, comma 1 c.c., la cui restituzione è legata al termine dell'utilizzo.

Secondo altro orientamento della giurisprudenza di legittimità, invece, la circostanza che l'immobile sia stato adibito ad uso familiare non consente di attribuire un termine implicito ad una convenzione negoziale che ne fosse priva, integrando così la fattispecie del c.d. comodato precario, sicché lo scioglimento del *vinculum iuris* costituito tra le parti è rimesso in via potestativa alla sola volontà del comodante (cfr. Cass. n. 15986/2010).

Parte della dottrina ha ritratto tale ultimo orientamento più rispondente ai principi desumibili dagli artt. 1803 ss. c.c., anche al fine di evitare una eccessiva funzionalizzazione del diritto di proprietà. Invero, ai sensi degli artt. 1803 e 1810 c.c., il termine finale del comodato potrà essere desunto dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata in quanto tale uso abbia in sé connotata una durata predeterminata nel tempo (cfr. Cass. sez. un. n. 3168/2011; Cass. 5907/2011, nonché Cass. n. 9775/1997, secondo cui: *"il termine finale del comodato in tanto può, a norma dell'art. 1810 c.c., risultare dall'uso cui la cosa doveva essere destinata, in quanto tale uso abbia in sé connotata una durata predeterminata nel tempo, mentre in mancanza di particolari prescrizioni di durata, l'uso corrispondente alla generica destinazione dell'immobile si configura come indeterminato e continuativo, idoneo a sorreggere un termine finale, con la conseguenza che, in tali ipotesi, la concessione deve intendersi a tempo patimenti indeterminato e cioè a titolo precario, onde la revocabilità "ad nutum" da parte del comodante, a norma dell'art. 1810 c.c.)*).

Quello appena esposto è un principio di carattere generale in tema di durata del comodato, desumibile dalla stessa nozione che il codice fornisce di tale contratto (cfr. art. 1803 c.c., per il quale la consegna di un bene mobile o immobile è fatta affinché la controparte se ne serva per un tempo o per un uso determinato).

D'altra parte, in assenza di una durata predeterminata o predeterminabile dell'uso cui il bene deve essere destinato, non può in alcun modo configurarsi un termine finale (anche solo implicito), trattandosi di termine incerto, caratterizzato dalla non prevedibilità del momento in cui la destinazione del bene verrà a cessare, da considerarsi come non apposto.

Da tanto deriva che, non è possibile desumere dalla destinazione familiare della casa concessa in comodato l'esistenza di un termine implicito di durata, trattandosi di una durata indeterminata e, comunque, indeterminabile, sicché il termine deve essere considerato come non apposto, con conseguente applicabilità della disciplina in tema di comodato precario (art. 1810 c.c.). Diversamente opinando, si finirebbe per comprimere in maniera eccessiva la libertà del comodante di poter disporre di un bene di sua proprietà, concesso gratuitamente a terzi in godimento. Tanto soprattutto ove si cercasse di consentire che il vincolo di destinazione a casa familiare sopravviva alla crisi coniugale.

Inoltre, va sottolineato che il comodato che sia a termine o che sia di scopo è per sua natura caratterizzato dalla transitorietà dell'uso, nel senso che un tempo per la restituzione deve sempre essere possibile desumerlo dal contratto (disciplinato dall'art. 1809 c.c.), altrimenti trattasi di contratto a tempo indeterminato (disciplinato dall'art. 1810 c.c.).

Deve, in ogni caso, essere evidenziato che, dopo il 2004, alcune pronunce di legittimità, pur apparentemente confermando l'orientamento su ricordato espresso dalle Sezioni Unite (in tema di esistenza di un termine implicito di durata del comodato di un immobile destinato a casa coniugale, idoneo a determinare l'applicazione della disciplina di cui all'art. 1809, comma 2 c.c. in tema di restituzione), lo hanno opportunamente precisato nel senso che, da un lato, non è ravvisabile quella funzionalizzazione del bene alle esigenze abitative della famiglia nelle

ipotesi di assenza di figli minori da tutelare (cfr. Cass. n. 9253/2005), e dall'altro lato, si è posto l'accento sull'ulteriore regola secondo cui, per stabilire la destinazione della casa concessa in comodato, è necessario che il giudice di merito valuti la comune intenzione delle parti, al fine di verificare l'esistenza di un vincolo di destinazione alle esigenze abitative familiari (e perciò non solo e non tanto a titolo personale del comodatario) idoneo a conferire all'uso cui la cosa deve essere destinata il carattere implicito della durata del rapporto (cfr. Cass. n. 16559/08): la destinazione del bene in comodato ad uno specifico uso non può essere desunta dalla mera situazione di fatto, creata dal comodatario, ma deve risultare dall'accordo delle parti e l'accertamento in proposito attiene all'interpretazione del contratto ed in quanto tale è rimesso alla discrezionale valutazione del giudice di merito (Cass. 16.10.2013, n. 23567).

Così facendo, le pronunce più recenti hanno comunque circoscritto la portata della statuizione delle Sezioni Unite del 2004, anche al fine di non determinare un'assoluta funzionalizzazione del diritto di proprietà alle esigenze abitative del nucleo familiare.

Relativamente ai problemi derivanti dalle crisi delle coppie di fatto, ed alle conseguenze per gli ex-conviventi e per i figli minori, si è stabilito, inserendosi nel solco delle Sezioni Unite del 2004, che il comodato, stipulato senza prefissazione di termine, di un immobile successivamente adibito, per inequivoca e comune volontà delle parti contraenti, ad abitazione di un nucleo familiare di fatto, costituito anche da prole minorenni, non può essere risolto in virtù della mera manifestazione di volontà *ad nutum* del comodante ex art. 1810, primo comma, c.c., ragion per cui il rilascio dell'immobile può essere richiesto solo alla cessazione delle esigenze abitative familiari cui è stato destinato, ovvero per un bisogno urgente ed imprevedibile ex art. 1809, comma 2, cod. civ. (Cass., sez. III, 21 giugno 2011, n. 13592 per cui *"secondo la giurisprudenza di questa Corte, da cui non è il caso di discostarsi, ove il comodato di un immobile sia stato stipulato senza limiti di durata in favore di un nucleo familiare, come analogicamente deve considerarsi la famiglia di fatto, per di più arricchita dalla nascita di un figlio, ... si versa nell'ipotesi di comodato a tempo indeterminato, caratterizzato dalla non prevedibilità del momento in cui la destinazione del bene verrà a cessare"*; ha poi desunto da ciò che, *"per effetto della concorde volontà delle parti"* di collegare l'immobile alle esigenze di un nucleo familiare, si determina sul bene *"un vincolo di destinazione ... idoneo a conferire all'uso, cui la cosa è destinata, il carattere implicito della durata del rapporto, anche oltre la eventuale crisi coniugale o ... familiare tra i conviventi e senza possibilità di far dipendere la cessazione del vincolo esclusivamente dalla volontà ad nutum del comodante"*; ha infine precisato che l'unico limite opponibile a tale protrazione del vincolo di destinazione è il diritto del comodante *"di richiedere il rilascio dell'immobile nell'ipotesi di un bisogno ai sensi dell'art. 1809 comma 2 c.c., segnato dai requisiti dell'urgenza e della non previsione"*).

Le incertezze della Suprema Corte in argomento si desumono da due ulteriori pronunce.

Una prima (n. 2103/2012), ha ritenuto che nella concessione in comodato di un bene immobile, compiuta da uno dei genitori in favore di un figlio affinché funga da residenza familiare, sia implicito il termine della durata del rapporto, rientrando tale ipotesi nella previsione dell'art. 1809, co. 1, c.c. Di conseguenza, una volta cessata la convivenza ed in mancanza di un provvedimento giudiziale di assegnazione del bene, questo deve essere restituito al comodante, essendo venuto meno lo scopo cui il contratto era finalizzato.

Una seconda decisione invece (n. 14177/2012) in una fattispecie analoga, ha ritenuto che il comodato di un bene immobile concesso da un terzo in favore di un congiunto, perché fosse destinato ad abitazione familiare del comodatario, deve ritenersi a tempo indeterminato.

Quindi, mentre la prima sentenza ha ritenuto che la dissoluzione del nucleo familiare costituisca un termine implicito al comodato, la seconda sentenza ha qualificato il comodato *familiae gratia* come contratto a tempo indeterminato.

Atteso il perdurare della situazione di incertezza interpretativa, la questione è stata nuovamente rimessa alle Sezioni Unite non condividendosi la soluzione, adottata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 13063 del 2004, secondo cui il diritto del proprietario non può essere esercitato sino a che duri la "funzionalizzazione" dell'immobile al suo scopo di abitazione domestica. Al riguardo, si è ravvisata l'esigenza di evitare una sostanziale espropriazione delle facoltà e dei diritti connessi alla titolarità sull'immobile, con evidenti riflessi sulla sfera costituzionale della tutela del risparmio e della sua funzione previdenziale, con la conseguenza di scoraggiare il ricorso alla suindicata figura del comodato in ambito familiare. Inoltre, si è evidenziato che se la compressione del diritto reale del coniuge proprietario, che ha messo a

disposizione l'immobile per esigenze abitative della famiglia, trova, anche in caso di crisi coniugale, il suo fondamento costituzionale nella tutela della famiglia, dei coniugi e dei figli (artt. 29 - 31 Cost.), e nella funzionalizzazione della proprietà ex art. 42 Cost., comma 3, a salvaguardia della solidarietà coniugale e postconiugale, trattandosi invece di terzo proprietario comodante, tale tutela non sembra peraltro invocabile, trattandosi di un mero estraneo (Cass., sez. III, 17.6.2013 n. 15113, la quale si occupa della questione connessa relativa alla possibilità del terzo comodante estraneo al nucleo familiare (si pensi al padre di uno dei due coniugi) di recedere dal contratto di comodato in presenza della crisi della coppia con figli in cui il giudice, in sede di separazione o divorzio, assegna l'immobile al coniuge con cui conviveranno i figli: in tal caso secondo le Sezioni Unite del 2004 quando un terzo abbia concesso in comodato un bene immobile di sua proprietà perché sia destinato a casa familiare il successivo provvedimento, pronunciato nel giudizio di separazione o di divorzio, di assegnazione in favore del coniuge affidatario di figli minorenni o convivente con figli maggiorenni senza loro colpa economicamente non autosufficienti, non modifica né la natura né il contenuto del titolo di godimento sull'immobile. Il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa, idoneo ad escludere uno dei coniugi dalla utilizzazione in atto e a "concentrare" il godimento del bene in favore della persona dell'assegnatario, resta cioè regolato dalla disciplina del comodato negli stessi limiti che segnavano il godimento da parte della comunità domestica nella fase fisiologica della vita matrimoniale).

Le Sezioni Unite con la sentenza del 29 settembre 2014, n. 20448 hanno precisato che il codice civile disciplina due "forme" del comodato, quello propriamente detto, regolato dagli artt. 1803 e 1809 e il c.d. precario, al quale si riferisce l'art. 1810 c.c., sotto la rubrica "comodato senza determinazione di durata". È solo nel caso di cui all'art. 1810 c.c., connotato dalla mancata pattuizione di un termine e dalla impossibilità di desumerlo dall'uso cui doveva essere destinata la cosa, che è consentito di richiedere ad nutum il rilascio al comodatario. L'art. 1809 c.c. concerne invece il comodato sorto con la consegna della cosa per un tempo determinato o per un uso che consente di stabilire la scadenza contrattuale. Esso è caratterizzato dalla facoltà del comodante di esigere la restituzione immediata solo in caso di sopravvenienza di un urgente e impreveduto bisogno (art. 1809 c. 2 c.c.). È a questo tipo contrattuale che va ricondotto il comodato di immobile che sia stato pattuito per la destinazione di esso a soddisfare le esigenze abitative della famiglia del comodatario, da intendersi in tal caso "anche nelle sue potenzialità di espansione". Trattasi infatti di contratto sorto per un uso determinato e dunque, come è stato osservato, per un tempo determinabile *per relationem*, che può essere cioè individuato in considerazione della destinazione a casa familiare contrattualmente prevista, indipendentemente dall'insorgere di una crisi coniugale. È grazie a questo inquadramento che risulta senza difficoltà applicabile il disposto dell'art. 1809 comma secondo, norma che riequilibra la posizione del comodante ed esclude distorsioni della disciplina negoziale.

Dunque, hanno ribadito le Sezioni Unite che il comodato di un bene immobile senza limiti di durata in favore di un nucleo familiare (come ad esempio dal genitore di uno dei coniugi) già formato o in via di formazione, è un comodato a tempo indeterminato, caratterizzato dalla non prevedibilità del momento in cui la destinazione del bene verrà a cessare. Infatti, in tal caso, per effetto della concorde volontà delle parti, si è impresso allo stesso un vincolo di destinazione alle esigenze abitative familiari (e perciò non solo e non tanto a titolo personale del comodatario) idoneo a conferire all'uso il carattere implicito della durata del rapporto, anche oltre la crisi coniugale e senza possibilità di far dipendere la cessazione del vincolo esclusivamente dalla volontà, ad nutum, del comodante.

Del resto, come più volte ribadito, la specificità della destinazione, impressa per effetto della concorde volontà delle parti, è incompatibile con un godimento contrassegnato dalla provvisorietà e dall'incertezza, che caratterizzano il comodato cosiddetto precario, e che legittimano la cessazione "ad nutum" del rapporto su iniziativa del comodante, con la conseguenza che questi, in caso di godimento concesso a tempo indeterminato, è tenuto a consentirne la continuazione anche oltre l'eventuale crisi coniugale.

Tale principio è peraltro temperato dalla facoltà del comodante di chiedere la restituzione nell'ipotesi di sopravvenienza di un bisogno, ai sensi dell'art. 1809 c.c., comma 2, segnato dai requisiti della urgenza e della non previsione. Ed infatti ai sensi dell'art. 1809 c.c., comma 2, consegue che non solo la necessità di un uso diretto ma anche il sopravvenire d'un impreveduto deterioramento della condizione economica del comodante - che giustifichi la restituzione del

bene ai fini della sua vendita o di una redditizia locazione - consente di porre fine al comodato, ancorchè la sua destinazione sia quella di casa familiare, ferma, in tal caso, la necessità che il giudice eserciti con massima attenzione il controllo di proporzionalità e adeguatezza nel comparare le particolari esigenze di tutela della prole e il contrapposto bisogno del comodante (così anche Cass., sez. III, 3.12.2015, n. 24618).

2. Il perfezionamento del mutuo

La giurisprudenza di legittimità ritiene che il contratto di mutuo sia un contratto reale che si perfeziona con la consegna della somma data a mutuo, che è quindi elemento costitutivo del contratto, anche se configura la consegna idonea a perfezionare il contratto di mutuo non solo la materiale e fisica *traditio* del denaro nelle mani del mutuatario, ma anche la *disponibilità giuridica* da parte di quest'ultimo (sulla causa del mutuo v. Lezione C14 par. 2.1.1.).

Dunque, il conseguimento della giuridica disponibilità della somma mutuata da parte del mutuatario, può ritenersi sussistente, come equipollente della *traditio*, nel caso in cui il mutuante crei *un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario*, in guisa tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio di quest'ultimo, ovvero quando, nello stesso contratto di mutuo, le parti abbiano inserito specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico che il mutuatario dà al mutuante di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse del primo, come l'estinzione di un debito che il mutuatario aveva già nei confronti del mutuante (tra le altre, Cass. 14270/2011, la quale evidenzia che ciò che rileva, per come risulta dalla giurisprudenza di legittimità su richiamata, è che la somma data a mutuo esca dal patrimonio del mutuante ed entri nel patrimonio del mutuatario e questi ne possa disporre e di fatto ne disponga per soddisfare un proprio interesse ed è ciò che accade nel caso di accreditamento in conto corrente "a rosso", idoneo a far insorgere in capo alla società mutuataria la disponibilità giuridica della somma) ovvero come quella di garantire un precedente rapporto già esistente con il mutuante.

E' pertanto necessario che si crei un titolo autonomo di disponibilità a favore del mutuatario, perché è solo in tal modo che la somma esce realmente dal patrimonio del mutuante ed entra in quello del mutuatario (Cass. 11116/1992) e riceve una specifica destinazione convenzionale tale da rinnovare il titolo di appartenenza della somma medesima (Cass. 6686/1994);

La figura del contratto di **mutuo di scopo** è del tutto autonoma e distinta da quella del mutuo in senso proprio, poiché è un contratto consensuale, oneroso ed atipico che assolve comunque una funzione creditizia (si pensi al mutuo edilizio in cui la somma concessa, garantita da ipoteca, deve essere destinata a fini immobiliari, cioè a costruire immobili; v. anche Lezione C14 par. 3.2.1.). La caratteristica del mutuo di scopo va ravvisata nel fatto che, *con l'incontro dei consensi delle parti, si perfeziona il contratto consensuale di finanziamento*, ma non si trasferisce in capo al soggetto finanziato la proprietà delle somme oggetto del finanziamento stesso, occorrendo per tale trasferimento l'elemento ulteriore della *traditio* delle somme medesime. Però, a differenza di quanto si verifica nel contratto di mutuo regolato dal codice civile, si rileva che in quello di finanziamento la consegna di una determinata quantità di denaro costituisce l'oggetto di un'obbligazione del finanziatore, anziché elemento costitutivo del contratto (Cass., sez. III, 3 dicembre 2007, n. 25180).

In altri termini, il mutuo di scopo, legale o convenzionale, è fattispecie negoziale consensuale, onerosa ed atipica, che assolve essenzialmente funzione creditizia, con la conseguenza che, specie nella ipotesi di finanziamento legale (nel quale sono già individuati i soggetti erogatori ed i beneficiari del finanziamento), *la consegna della somma* da corrispondere, normalmente per stati di avanzamento, e con contestuale controllo della progressiva realizzazione dello scopo, rappresenta *l'esecuzione dell'obbligazione principale*, anziché, come nel mutuo, l'elemento costitutivo del contratto (Cass., sez. I, 21.7.1998, n. 7116, che ha tratto la conseguenza che l'appartenenza della intera somma, salvo i ratei già materialmente riconosciuti e corrisposti, è riferibile non al soggetto finanziato ma all'ente finanziatore).

Il mutuo di scopo è connotato dall'obbligo del mutuatario di realizzare l'attività programmata, sicché la destinazione delle somme mutate è parte inscindibile del regolamento di interessi voluto dalle parti (fra le altre, Cass. 9.2.2015, n. 2409) e la presenza della clausola di destinazione comporta allora che, qualora non sia poi realizzato il progetto, il contratto è nullo. Tuttavia, si è pure chiarito che, proprio perché si tratta di mutuo di scopo, in cui l'impegno assunto dal mutuatario ha rilevanza corrispettiva nell'attribuzione della somma, con rilievo

causale nell'economia del contratto, ne deriva che l'accertamento causale si lega all'attuazione del risultato, onde, allorché questo venga perseguito, non sussiste alcuna nullità del contratto per mancanza originaria della causa (cfr. Cass. 24 gennaio 2012, n. 943; 8 aprile 2009, n. 8564).

La Cassazione ha affermato che l'operazione di erogazione al cliente, da parte di una banca, di un mutuo (di scopo) contestualmente impiegato per acquistare per suo conto strumenti finanziari predeterminati ed emessi dalla banca stessa, a loro volta contestualmente costituiti in pegno in favore di quest'ultima a garanzia della restituzione del finanziamento, dà vita ad un *contratto atipico unitario*, la cui causa concreta risiede nella realizzazione di un lucro finanziario, da ricondurre ai "servizi di investimento" ex art. 1, comma 5, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Cass. n. 7776/2014).

Il mutuo fondiario (art. 38 d.lgs. 385/1993, cioè il credito che ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili, ad es. quello stipulato per l'acquisto di un appartamento) invece si perfeziona con la consegna o messa a disposizione del denaro anche se trattasi di due tipologie di mutuo differenti tra loro.

Il contratto di mutuo fondiario non configura un mutuo di scopo (ex multis, Cass. n. 9511/2007). Da ciò consegue che tale mutuo può essere utilizzato per il conseguimento delle finalità più varie e quindi anche per il ripianamento di una passività pregressa (tra le altre, Trib. Ferrara 5.12.2013; ma v. in argomento v. Lezione C14 par. 2.1.1.).

3. Il contratto estimatorio

Con il contratto estimatorio il proprietario (*tradens*) consegna una o più cose mobili determinate ad un soggetto (*accipiens*) che si obbliga a pagare il prezzo, salvo restituire quanto ricevuto nel termine stabilito (art. 1556 c.c.).

L'*accipiens* non acquista la proprietà della *res*, né assume l'obbligazione di venderla, ma è tenuto al pagamento del prezzo di stima, ove alieni, per proprio conto e nel proprio interesse, a terzi le cose consegnate oppure non provveda, nel termine convenuto, alla restituzione (l'*accipiens* è di fronte all'alternativa tra pagare il prezzo o restituire il bene entro un dato termine convenuto).

Il contratto estimatorio è un contratto reale: ciò significa che l'accordo delle parti non è ancora sufficiente per dirsi sorto il vincolo negoziale, che viene ad esistenza solo al momento della consegna delle cose.

L'operazione economica trova giustificazione, da una parte, nell'interesse del proprietario di avvalersi dell'organizzazione di un altro soggetto (ad esempio un imprenditore o un commerciante) per far conoscere i propri prodotti; dall'altra, nell'interesse dell'*accipiens* di avere a disposizione beni in vista della rivendita, con la sicurezza di poter restituire entro il termine stabilito, l'invenduto, andando così esente dal pagamento del prezzo. Tale contratto permette al rivenditore di affrancarsi dal rischio economico dell'invenduto, con l'obbligo di pagare il prezzo delle cose mobili (ovviamente non deperibili) ricevute una volta smerciate, ferma restando la facoltà di restituirle alla scadenza pattuita nel caso opposto; mentre offre al consegnante (*tradens*), il proprietario, la facoltà di avvalersi di distributori autonomi in maniera da ridurre le spese altrimenti necessarie per organizzare una rete commerciale sottoposta al proprio controllo diretto.

Il consegnatario acquista con la dazione della merce la legittimazione a disporre, legittimazione affrancata dalla titolarità del diritto di proprietà che permane *medio tempore* nella sfera del *tradens*, tanto che l'art. 1558 c.c. prevede che i creditori del consegnatario non possono sottoporre a pignoramento o a sequestro le cose oggetto di stima finché non sia stato pagato il prezzo, e con esso si sia perfezionato l'effetto traslativo fra consegnante e consegnatario. Si verifica così una scissione tra il diritto assoluto di proprietà ed il suo potere tipico: da un lato il proprietario (*tradens*), che a seguito della consegna delle merci alla controparte, smarrisce *ipso iure* il diritto di disporre delle cose oggetto di stima (art. 1558, 2° co., c.c.), dall'altro il consegnatario che acquista su di esse la legittimazione a disporre pur essendo sfornito del *ius in re*. Il *tradens* mantiene la proprietà delle merci sinché il consegnatario non le abbia alienate ad un terzo che ne diventa proprietario oppure, in assenza

del negozio dispositivo, fino a quando non acquisti egli stesso la titolarità pagando l'*aestimatio*.

L'art. 1556 c.c., per come strutturato, prevede che l'obbligazione principale dell'*accipiens* consiste nel pagamento del prezzo delle cose vendute, ma questi gode della facoltà positivamente sancita di estinguere il contratto (una sorta di recesso legale) restituendo le cose al *tradens* entro il termine convenuto. Decorso tale termine viene meno la suddetta facoltà, con la conseguenza che è tenuto al pagamento del prezzo e solo con il pagamento l'*accipiens* diviene proprietario, non per il mero decorso del termine pattuito senza restituzione del bene. Secondo altra impostazione invece per il passaggio di proprietà non occorre attendere il pagamento del prezzo che è dovuto proprio per l'avvenuto passaggio di proprietà.

In deroga al principio *res perit domino*, il consegnatario assume in forza della *traditio* effettiva il rischio derivante dalla perdita accidentale delle merci o dal loro danneggiamento fortuito (art. 1557 c.c.). Tale deroga si fonda sulla circostanza che l'*accipiens* non solo è legittimato a vendere le cose, ma esercita altresì su di esse il potere di controllo *uti dominus* (cfr. anche art. 1523 c.c.).

Si badi, che con il contratto estimatorio l'*accipiens* non assume l'incarico di alienare in nome proprio e per conto del consegnante conformemente allo schema tipico del *mandato a vendere*, poiché la legittimazione a disporre non fa nascere un'obbligazione a gestire gli interessi patrimoniali del *dominus*. Il consegnatario deve sì cooperare secondo buona fede (art. 1375 c.c.) alla circolazione del bene o dei beni oggetto di stima, ma non assume un impegno gestorio, sicché non si è in presenza di un rapporto gestorio, come si desume dal fatto che il consegnatario non deve restituire l'intero importo tratto dalla vendita ma solo il prezzo stimato.

La Suprema Corte (Cass., sez. III, 21.12.2015, n. 25606) ha precisato che affinché il contratto sia qualificabile come estimatorio non è necessario che le parti abbiano provveduto ad identificare il termine di restituzione e neppure che i beni siano stati oggetto di stima. È invece essenziale che le parti si siano accordate sulla *facoltà dell'accipiens di restituire la cosa anziché pagarne il prezzo* che dunque è elemento essenziale e qualificante il contratto in esame.

Dunque, il termine non è essenziale, ma lo stesso è ugualmente necessario per l'esecuzione del contratto e qualora non sia stato individuato alcun termine, né questo sia stabilito dagli usi, questo va determinato ex art. 1183 c.c.

Analogamente non essenziale è la circostanza che le parti abbiano provveduto alla stima dei beni (*aestimatio*), purché il prezzo sia determinabile, o siano fissati dei prezzi minimi ai quali l'*accipiens* si debba attenere.

La mancanza del termine e le modalità particolari di determinazione del prezzo non portano, pertanto, automaticamente ad escludere l'esistenza del contratto estimatorio, ma impongono solo una maggiore attenzione nella valutazione di tutti gli elementi sintomatici che possano ricostruire l'originaria volontà delle parti, quali le qualità professionali delle parti e la natura dei beni.

Il *tradens* è legittimato a proporre l'*azione di risoluzione del contratto* ovvero a chiedere il *pagamento del prezzo* se il consegnatario, oltrepassato inutilmente il termine per la restituzione, non adempie l'obbligazione solutoria.

F. Contratti atipici

1 Il leasing: definizione

Il leasing è un contratto atipico con il quale una parte concede ad un'altra il godimento di un bene, dietro corrispettivo di un canone periodico, per un certo periodo di tempo. Alla scadenza prevista a favore della parte che ha ricevuto il godimento, quest'ultima ha la possibilità di scelta tra vari comportamenti, e cioè:

- restituire il bene;
- proseguire nel godimento, versando un canone notevolmente ridotto;
- acquistarne la proprietà, pagando un'ulteriore somma, c.d. prezzo d'opzione;
- richiederne la sostituzione con un altro bene meglio utilizzabile;
- agire nelle altre forme stabilite dal contratto.

Nel nostro ordinamento una definizione normativa di leasing finanziario era contenuta nell'abrogato art. 17 della legge 2 maggio 1976, n. 183 *"per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito"*.

1.1 Oggetto e obblighi delle parti

Oggetto del contratto possono essere sia beni mobili (non consumabili), sia immobili, purché scelti dal conduttore.

Obblighi del locatore finanziario sono:

- acquistare o, comunque, mettere a piena disposizione del conduttore i beni richiesti;
- sopportare i rischi relativi al bene dato in utilizzazione.

Obblighi del conduttore-utilizzatore sono:

- per tutta la durata del contratto, egli deve versare il canone stabilito all'altra parte;
- alla scadenza del contratto, egli deve porre in essere uno dei comportamenti di cui sopra.

1.2. Tipi

Con la denominazione leasing si suole definire il leasing c.d. finanziario ma esiste anche **il leasing operativo**. Questo è quel contratto con il quale un produttore di beni a elevata standardizzazione dà direttamente in godimento un proprio bene all'utilizzatore, dietro pagamento di canoni periodici per un periodo di tempo commisurato alla vita economica del bene, alla scadenza del quale normalmente avviene la restituzione dello stesso. In questo caso il concedente è anche produttore del bene e sono assenti i caratteri propri del finanziamento, tanto che non è un contratto atipico ma è normalmente riconducibile alla locazione, all'affitto o al noleggio, a seconda di come in concreto si atteggiavano le pattuizioni.

Più articolato il discorso per il **leasing finanziario**: si tratta di un contratto in forza del quale chi intende usare e godere di un determinato bene (utilizzatore) chiede a un'impresa di leasing (concedente) di procurarselo (dal produttore) per poi cederglielo in godimento. L'utilizzatore paga un canone periodico, assume i relativi rischi e ha facoltà di divenire proprietario del bene al termine del contratto pagando un prezzo prestabilito.

L'orientamento costante della giurisprudenza ritiene che l'operazione di leasing finanziario dia luogo ad una figura di collegamento negoziale. E' noto che perché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, è necessario, però, che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico fra i negozi, sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti.

L'operazione di leasing finanziario postula un collegamento funzionale tra il contratto di vendita stipulato tra il fornitore ed il concedente e quello di leasing stipulato tra quest'ultimo e l'utilizzatore, e si realizza mediante clausole di interconnessione, inserite nel primo contratto, con cui si conviene che il bene viene acquistato per cederlo in godimento all'utilizzatore e deve essere consegnato direttamente a quest'ultimo (tra le altre, Cass., Sez. Un. 5.10.2015, n. 19785).

In virtù del collegamento negoziale (o meglio, come di vedrà tra breve, degli effetti a favore dell'utilizzatore propri del contratto di vendita), l'utilizzatore è legittimato a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura, oltre che al risarcimento del danno conseguentemente sofferto.

E' sorto contrasto in giurisprudenza se l'utilizzatore sia legittimato, oltre a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di vendita stipulato tra il fornitore del bene e il concedente e al risarcimento del danno conseguentemente sofferto, anche a proporre domanda di risoluzione del contratto di vendita per inadempimento del fornitore, come effetto naturale del contratto di locazione finanziaria, oppure se tale legittimazione sussista solamente in presenza di specifica clausola contrattuale con la quale venga trasferita la posizione sostanziale, del concedente all'utilizzatore.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un. 5.10.2015, n. 19785, v. in Dispensa), sostenendo che, in mancanza di un'espressa previsione normativa al riguardo, l'utilizzatore non può esercitare l'azione di risoluzione o di riduzione del prezzo del contratto di vendita tra il fornitore ed il concedente, cui esso è estraneo, se non in presenza di specifica clausola contrattuale, con la quale gli venga dal concedente trasferita la propria posizione sostanziale.

Sotto il profilo strutturale evidenziano le Sezioni Unite che il contratto di vendita è, per l'utilizzatore, negozio stipulato tra terzi (*res inter alios acta*) rispetto al quale egli non ha alcun potere d'incidenza e neppure il riconosciuto collegamento negoziale tra i contratti concede all'utilizzatore l'esperibilità da parte sua dell'azione di risoluzione del contratto di vendita, al quale egli non ha partecipato.

La Corte non condivide l'orientamento di parte della giurisprudenza di legittimità per cui saremmo in presenza di un contratto unitario trilaterale nell'ambito del quale l'acquisto ad opera del concedente va effettuato per conto dell'utilizzatore, con la previsione, quale elemento naturale del negozio, dell'esonero del primo da ogni responsabilità in ordine alle condizioni del bene acquistato per l'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatti con il fornitore, a scegliere il bene che sarà oggetto del contratto e a stabilire le condizioni di acquisto del concedente, il quale non assume direttamente l'obbligo della consegna, nè garantisce che il bene sia immune da vizi e che presenti le qualità promesse, nè rimane tenuto alla garanzia per evizione. Così ragionando, si evitava di lasciare l'utilizzatore senza tutela, essendo comunque abilitato ad esperire direttamente le azioni derivanti dalla compravendita del bene nei confronti del fornitore; azioni giustificate proprio dalla struttura trilaterale del rapporto e dal fatto che è l'utilizzatore (e non il concedente/proprietario, che si è limitato a finanziare l'operazione) ad avere intrattenuto rapporti diretti con il fornitore del bene oggetto del contratto. Così ragionando, si evitava di lasciare l'utilizzatore senza tutela, essendo comunque abilitato ad esperire direttamente le azioni derivanti dalla compravendita del bene nei confronti del fornitore.

La tesi del contratto unitario plurilaterale è stata abbandonata dalla giurisprudenza a seguito della decisa critica della dottrina, iniziandosi a ricostruire, in accordo con questa, la struttura del contratto di leasing come ipotesi di collegamento negoziale: l'operazione di leasing finanziario consta di due contratti collegati tra loro: quello di leasing propriamente detto e quello di fornitura.

In quest'ordine di idee, s'è fatto ricorso alla disposizione dell'art. 1705 c.c., comma 2, (il quale attribuisce al mandante il diritto, in via diretta e non in via surrogatoria, di far propri di fronte ai terzi i diritti di credito sorti in testa al mandatario, assumendo l'esecuzione dell'affare, a condizione che egli non pregiudichi i diritti spettanti al mandatario in base al contratto concluso, potendo il mandante esercitare in confronto del terzo le azioni, derivanti dal contratto concluso dal mandatario, intese ad ottenerne l'adempimento od il risarcimento del danno in caso di inadempimento) per dedurre che l'utilizzatore ha la legittimazione a far valere le azioni intese all'adempimento del contratto di fornitura ed al risarcimento del danno da inesatto adempimento, con esclusione però dell'azione di risoluzione.

Sulla base della stessa premessa normativa, si è pure aggiunto che, in assenza di diversa pattuizione, con la consegna del bene dal fornitore direttamente all'utilizzatore e la conseguente sua accettazione da parte di quest'ultimo, sorge a carico dell'utilizzatore l'obbligo di pagamento dei canoni nei confronti del concedente e non possono a lui opporsi eventuali vizi, per quanto originali, del bene locato, che devono essere fatti valere con azione di garanzia unicamente nei confronti del fornitore. Invero, costituisce elemento naturale del negozio

l'esonero dal locatore di ogni responsabilità in ordine alle condizioni del bene acquistato per l'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatti con il fornitore, a scegliere il bene, che sarà oggetto del contratto, ed a stabilire le condizioni di acquisto per il concedente, per cui ogni vizio del bene dovrà essere fatto valere direttamente dall'utilizzatore nei confronti del fornitore, così come avviene nel caso di contratto concluso dal mandatario in nome proprio, ma per conto del mandante, con la conseguenza che l'utilizzatore non può far valere l'eccezione di inadempimento del fornitore, per vizio del bene locato, a norma dell'art. 1460 c.c., per rifiutare le proprie prestazioni nei confronti del concedente.

Per effetto di questa evoluzione giurisprudenziale s'è, dunque, ammesso che l'utilizzatore possa agire contro il fornitore per l'adempimento o per il risarcimento, ma s'è escluso categoricamente che possa agire anche per la risoluzione, tenuto, appunto, conto che a questa conseguono necessariamente effetti sulla sfera giuridica del concedente, con la determinazione dell'obbligo di restituzione del bene e della perdita del lucro dell'operazione di finanziamento.

Questa è la tesi alla quale hanno aderito le Sezioni Unite, osservando che non v'è dubbio che la vicenda è trilatera, nel senso che coinvolge necessariamente tre soggetti; così come è indubbio che tra i due negozi v'è un indispensabile collegamento, siccome la fornitura è effettuata in funzione della successiva locazione del bene compravenduto e la locazione presuppone che il locatore si sia procurato il bene che darà in godimento al locatario.

Tuttavia, i due contratti mantengano la loro sostanziale autonomia, talché l'utilizzatore è terzo rispetto al contratto di fornitura ed il fornitore è terzo rispetto al contratto di locazione, laddove, invece, il concedente è l'unico, tra i tre, ad essere parte di entrambi gli atti.

In quest'ordine di idee, la sottrazione della vicenda dall'ambito del rapporto plurilaterale e la sua sussunzione in quello del contratto collegato fa sì che le parti possano gestire separatamente i distinti rapporti contrattuali, secondo le rispettive funzioni, assegnando rilevanza giuridica a quelle sole interdipendenze che realmente condizionano l'attuazione dell'operazione economica.

Nella pratica, il collegamento si realizza mediante apposite clausole previste in ciascuno dei due contratti. In particolare, nel contratto di leasing, quelle clausole: obbligano il concedente ad acquistare il bene già individuato dall'utilizzatore e descritto nello stesso contratto (anche mediante esplicito riferimento al contenuto del contratto di fornitura, che l'utilizzatore dichiara di conoscere ed approvare); cedono all'utilizzatore diritti futuri, ma determinabili perché derivanti al concedente dal contratto di fornitura; obbligano il concedente alla futura cessione di eventuali diritti nascenti da responsabilità del fornitore. Nel contratto di fornitura: configurano l'utilizzatore (che nel contratto di leasing ha assunto tutti i rischi derivanti dalla fornitura oltre che dall'utilizzo del bene oggetto del contratto) quale beneficiario delle prestazioni inerenti alla produzione e messa a disposizione del bene, in conformità con le prescrizioni contrattuali e di legge già definite nel contratto di leasing. Così pure, nella pratica questo collegamento è talvolta ancor più esaltato attraverso la partecipazione dell'utilizzatore al contratto di fornitura.

E' proprio la presenza di siffatte clausole normalmente in uso nei moduli contrattuali che consente di configurare il contratto di fornitura alla stregua di un contratto produttivo di alcuni effetti obbligatori a favore del terzo utilizzatore (cfr. art. 1411 c.c.; di qui la possibilità di questi di agire per l'adempimento e per il risarcimento del danno nei confronti del fornitore), senza necessità di ipotizzare la presenza di un mandato implicito al contratto di leasing volto ad assicurare all'utilizzatore i diritti di azione riconosciuti dalla legge al mandante nel mandato senza rappresentanza (art. 1705 c.c., comma 2).

Tuttavia, *nell'operazione di leasing non si verifica un collegamento negoziale in senso tecnico* nel solo qual caso la validità e l'invalidità di un contratto si rifletta sull'altro in forma di reciproca interdipendenza. Ossia produca, in estrema sintesi, gli effetti di cui al brocardo del *simul stabunt simul cadent*.

Invero, affinché questo ricorra è necessario che sussista sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale

Orbene, sul punto le Sezioni Unite concordano con quella dottrina la quale osserva che, dal

punto di vista economico, l'operazione di leasing è sicuramente trilaterale, nel senso che i rapporti tra fornitore, concedente ed utilizzatore costituiscono un tutto unitario, ma dal punto di vista giuridico, ci si trova al cospetto di due contratti (quello di compravendita e quello di locazione finanziaria) che conservano la rispettiva distinzione, pur essendo tra loro legati da un nesso che difficilmente può essere considerato di collegamento negoziale in senso tecnico. Un collegamento tale, cioè, da comportare che la patologia di un contratto comporti la patologia anche dell'altro. E' pur vero che questi contratti sono legati da un nesso obiettivo (economico o teleologico), ma quel che manca, perché possa ravvisarsi il collegamento tecnico, è il nesso soggettivo, ossia l'intenzione delle parti di collegare i vari negozi in uno scopo comune. Non si può dire, infatti, che il fornitore si determini alla vendita in funzione della circostanza che il bene verrà concesso in locazione dal compratore/concedente all'utilizzatore/locatario. Al contrario, il fornitore ha il mero interesse alla vendita del suo prodotto e la causa che regge il contratto da lui stipulato con il finanziatore/concedente è quella tipica del contratto di compravendita, ossia il trasferimento del bene in cambio del prezzo. Tant'è che, nella fisiologica evoluzione dell'operazione, il fornitore, una volta consegnato il prodotto all'utilizzatore, esce di scena, essendo assolutamente disinteressato allo svolgersi dell'altra vicenda che concerne la locazione stipulata tra concedente ed utilizzatore. Le circostanze, dunque, che sia proprio l'utilizzatore a scegliere il fornitore, a trattare con lui ed a ricevere la consegna del bene e che il fornitore, a sua volta, sia consapevole che l'acquisto da parte del committente sia finalizzato alla locazione del bene in favore del terzo utilizzatore sono del tutto esterne rispetto alla struttura stessa dei contratti che si vanno a stipulare e non sono capaci di mutarne la causa di ciascuna.

Quindi, il concedente, una volta determinatosi al finanziamento, è del tutto disinteressato rispetto alla scelta del bene e del fornitore effettuata dall'utilizzatore, posto che, qualunque essa sia, egli è garantito dalla proprietà del bene rispetto all'obbligo del pagamento del canone a carico dell'utilizzatore stesso.

A conferma di quanto finora argomentato soccorre la Convenzione Unidroit sul leasing finanziario internazionale stipulata ad Ottawa il 28 maggio 1988 (che descrive la vicenda economica come incorporante due distinti contratti e non parifica in radice le figure del concedente e dell'utilizzatore nei loro rapporti verso il fornitore) ed il quadro normativo delineato dal Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.Lgs. n. 385 del 1993), il quale, nei contratti di credito collegati ed in ipotesi di inadempimento del fornitore, non consente all'utilizzatore/consumatore (soggetto sicuramente meritevole di maggior tutela rispetto all'imprenditore) di agire direttamente contro il fornitore per la risoluzione del contratto di fornitura, bensì gli consente di chiedere al concedente/finanziatore (dopo avere inutilmente costituito in mora il fornitore) di agire per la risoluzione del contratto di fornitura; richiesta che determina la sospensione del pagamento dei canoni (art. 125 quinquies, il quale dispone pure che la risoluzione del contratto di fornitura determina la risoluzione di diritto, senza penalità e oneri, del contratto di locazione finanziaria).

In conclusione, secondo la Corte, tra il contratto di leasing finanziario, concluso tra concedente ed utilizzatore, e quello di fornitura, concluso tra concedente e fornitore allo scopo (noto a quest'ultimo) di soddisfare l'interesse dell'utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa, si verifica un'ipotesi di collegamento negoziale (nella pur persistente individualità propria di ciascun tipo negoziale) in forza del quale l'utilizzatore è legittimato a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura, oltre che al risarcimento del danno conseguentemente sofferto. Invece, in mancanza di un'espressa previsione normativa al riguardo, l'utilizzatore può esercitare *l'azione di risoluzione del contratto di vendita* tra il fornitore ed il concedente (cui esso è estraneo) solamente in presenza di specifica clausola contrattuale con la quale gli venga dal concedente trasferita la propria posizione sostanziale.

Per le stesse ragioni, sempre secondo la Corte, si deve escludere pure che l'utilizzatore (in assenza di apposita clausola) possa autonomamente esercitare contro il fornitore l'azione di *riduzione del prezzo* che, quale rimedio sinallagmatico, andrebbe a modificare i termini dello scambio nel rapporto tra concedente e fornitore.

Quanto alla diversa questione *dei vizi della cosa concessa in locazione finanziaria* che la rendano inidonea all'uso, occorre distinguere l'ipotesi in cui gli stessi siano emersi prima della consegna (rifiutata dall'utilizzatore) da quella in cui siano emersi successivamente alla stessa perché nascosti o taciuti in mala fede dal fornitore. Il primo caso va assimilato a quello della mancata consegna, con la conseguenza che il concedente, in forza del principio di buona fede,

una volta informato della rifiutata consegna, ha il dovere di sospendere il pagamento del prezzo in favore del fornitore e, ricorrendone i presupposti, di agire verso quest'ultimo per la risoluzione del contratto di fornitura o per la riduzione del prezzo. Nel secondo caso, l'utilizzatore ha azione diretta verso il fornitore per l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa, mentre il concedente, una volta informato, ha i medesimi doveri di cui al precedente caso. In ogni ipotesi, l'utilizzatore può agire contro il fornitore per il risarcimento dei danni, compresa la restituzione della somma corrispondente ai canoni già eventualmente pagati al concedente.

All'interno della figura giuridica del leasing finanziario si delineano poi diversi sottotipi:

- **leasing traslativo**, che si configura quando i beni che ne formano oggetto conservano, alla scadenza del contratto, un valore residuo apprezzabile, superiore al prezzo di opzione;
- **leasing di godimento**, che si configura, invece, quando la durata del contratto è sostanzialmente corrispondente alla vita economica del bene e il cui valore residuo alla scadenza è limitato sì che il prezzo d'opzione è basso (in tal caso, i canoni tendono essenzialmente a remunerare il concedente del capitale impiegato);

Sulla differenza tra leasing traslativo e di godimento la Cassazione afferma che il leasing può essere di godimento o traslativo; si ha il primo caso quando esso ha ad oggetto beni non idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto, per cui i canoni configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso di detti beni e la funzione del contratto è prevalentemente di finanziamento; mentre nel secondo caso la pattuizione ha riferimento a beni atti a conservare, alla scadenza del rapporto, un valore superiore all'importo convenuto per l'opzione, per cui i canoni hanno la funzione di scontare anche una quota del prezzo di previsione del successivo acquisto (Cass. Sez. III, 27 marzo 2014, n. 7212 Cass., sez. trib., 9 novembre 2011, n. 23324).

In sostanza, per stabilire se il contratto di leasing sia di godimento o traslativo occorre individuare la volontà delle parti al momento della conclusione di esso, accertando se il canone sia stato pattuito come corrispettivo dell'utilizzazione del bene ovvero come corresponsione anticipata di parte del prezzo per il suo acquisto alla prevista scadenza del contratto. Si ha la figura di leasing di godimento allorché l'insieme dei canoni è inferiore, in modo consistente, alla remunerazione del capitale investito nell'operazione di acquisto e concessione in locazione del bene, e lascia non coperta una parte non irrilevante di questo capitale, mentre il prezzo pattuito per l'opzione è di corrispondente livello; ricorre invece la figura del leasing traslativo se l'insieme dei canoni remunera interalemtne il capitale impiegato e il prevedibile valore del bene alla scadenza del contratto sopravanza in modo non indifferente il prezzo d'opzione.

Secondo una giurisprudenza ormai consolidata, la figura del c.d. **leasing traslativo** viene paragonata a quella della **vendita con riserva di proprietà** e, conseguentemente, trovano applicazione, per analogia, le relative disposizioni previste dal codice civile.

Il compratore acquista la proprietà della cosa col pagamento dell'ultima rata di prezzo, ma assume i rischi dal momento della consegna (proprio a tale ultimo riguardo, ha precisato recentemente Cass. Civ., sez. III, 14 ottobre 2011, n. 21301, che *"In tema di leasing traslativo, la clausola contrattuale che pone a carico dell'utilizzatore il rischio per la perdita del bene oggetto del contratto non ha carattere vessatorio, poiché si limita a regolare la responsabilità per la perdita del bene in conformità della disciplina legale desumibile - in via analogica - dall'art. 1523 c.c. sulla vendita a rate con riserva della proprietà"*).

In caso di risoluzione del contratto, da una parte, l'acquirente-utilizzatore potrà chiedere il rimborso di quella "quota" della rata versata a titolo di corrispettivo mentre, parallelamente, il venditore-concedente potrà chiedere un equo compenso per l'uso dei beni oggetto del contratto e, naturalmente, il risarcimento del danno. In altre parole, se il contratto si risolve, il venditore deve restituire le rate percepite, mentre l'acquirente deve corrispondere un compenso per aver utilizzato il bene ex art. 1526 c.c. (tale da remunerare il solo godimento e non ricomprendere anche la quota destinata al trasferimento finale di essi), oltre al risarcimento del danno (tra le altre, Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625; Cass. 19 aprile 2010, n. 9257; Cass. 8 gennaio 2010 n. 73; si veda, sul punto, anche Cass. Civ., sez. III, 27 settembre 2011, n. 19732, secondo cui *"In tema di leasing, il concedente, in caso di risoluzione contrattuale, mantenendo la proprietà del bene e acquisendo i canoni maturati fino alla risoluzione, non può e non deve conseguire un indebito vantaggio derivante da un cumulo di utilità (canoni e residuo valore del bene) in contrasto con lo specifico dettato normativo di cui all'art. 1526, che è norma inderogabile"*).

Diversamente, il leasing di godimento costituisce un contratto di durata cui è applicabile la disciplina generale sul contratto ed in particolare l'art. 1458 c.c., in base al quale la risoluzione del rapporto non travolge le prestazioni già eseguite.

1.2.1. Il leasing immobiliare

Una particolare ipotesi di leasing traslativo è il **leasing immobiliare** affermatosi in tempi recenti, grazie ad un regime fiscale favorevole che permette la deduzione in 12 anni dei canoni di locazione finanziaria dal reddito d'impresa e di lavoro autonomo. Tale forma di leasing è finalizzato all'acquisto di *beni immobili strumentali* da parte di imprese e professionisti e anche questo si caratterizza per il coinvolgimento di tre distinti soggetti: il fornitore del bene (cioè il proprietario dell'immobile individuato dall'utilizzatore), il concedente (il finanziatore dell'operazione, che acquista l'immobile dal fornitore alle condizioni già pattuite dall'utilizzatore, al fine di concederlo successivamente in godimento a quest'ultimo con il contratto di locazione finanziaria) e l'utilizzatore finale (il quale paga al concedente un canone periodico per il godimento dell'immobile e alla scadenza del contratto può decidere se restituire il bene al concedente, acquistarlo ad un prezzo prestabilito ovvero rinnovare il contratto a condizioni economiche predeterminate o predeterminabili proseguendo nel godimento del bene).

Nel leasing immobiliare, come in ogni leasing traslativo, si ha un *collegamento negoziale* tra il contratto di compravendita dell'immobile (tra concedente e fornitore del bene) e quello di locazione finanziaria (tra concedente ed utilizzatore finale) e si caratterizza per una complessiva causa di finanziamento: il pagamento del canone è infatti considerato non tanto come corrispettivo per la locazione del bene quanto piuttosto come modalità per la restituzione di un finanziamento che è pari al costo del bene (e delle spese accessorie) aumentato del compenso per l'attività del finanziatore (sotto forma d'interesse sul capitale investito), mentre al mantenimento della proprietà in capo al concedente è attribuito un mero scopo di garanzia.

La legge di stabilità per il 2016, del 28.12.2015, n. 208, tipizza, al comma 76, il **contratto di locazione finanziaria per l'acquisto di un immobile da adibire ad abitazione principale**, riconoscendo così ai privati la possibilità di finanziare anche l'acquisto o la costruzione della c.d. prima casa mediante il ricorso alla figura del leasing. La dichiarata finalità è quella di agevolare, specie per i più giovani, l'acquisto dell'abitazione di residenza attraverso l'utilizzo dello strumento della locazione finanziaria quale innovativo canale di finanziamento rispetto all'ordinario strumento del mutuo ipotecario. Rispetto a quest'ultimo finanziamento il leasing assicura il vantaggio di poter ottenere un finanziamento in grado di coprire l'intero valore dell'abitazione; di modulare liberamente l'importo (e la periodicità) della rata della locazione finanziaria e del riscatto finale; di non dover concedere alcuna ipoteca (essendo il concedente garantito dal mantenimento della proprietà del bene sino al riscatto).

Il comma 76 lo definisce come il contratto con cui il concedente si obbliga ad acquistare o a far costruire l'immobile da destinare ad abitazione principale da parte dell'utilizzatore su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, il quale ne assume tutti i rischi, anche quelli relativi al perimento, e lo pone a disposizione di questi per un tempo specificato e verso un determinato corrispettivo commisurato al prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto (*"Con il contratto di locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale, la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire l'immobile su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che se ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo mette a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tenga conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha la facoltà di acquistare la proprietà del bene a un prezzo prestabilito"*).

La norma riprende la definizione già fatta propria dalla prassi, e chiarisce, in particolare, che *l'utilizzatore assume tutti i rischi connessi al godimento del bene* (c.d. inversione del rischio). Si tratta di una previsione che codifica quanto, come visto, già si era soliti pattuire nei contratti

di locazione finanziaria in deroga a quanto previsto dall'art. 1526, co. 3, c.c., per la vendita con riserva di proprietà. Ne discende che l'utilizzatore non può invocare la garanzia per vizi nei confronti del concedente, né questi risponde dell'inadempimento dei soggetti con i quali ha contrattato l'acquisto o la costruzione dell'immobile in conformità alle indicazioni dell'utilizzatore stesso, il quale è comunque legittimato ad esercitare, in nome proprio, le azioni scaturenti dal contratto di fornitura, alla luce del collegamento negoziale che caratterizza il leasing (v. par. 1.2.). L'utilizzatore è anche responsabile per la perdita o deterioramento del bene anche se dovuti a causa a lui non imputabile, per cui dovrà corrispondere i canoni residui anche se ha cessato di godere del bene.

La suindicata norma precisa anche che trattandosi di leasing traslativo il corrispettivo del canone è commisurato al prezzo di acquisto o di costruzione ed alla durata del contratto e che alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha la facoltà di riscattare la proprietà del bene ad un prezzo predeterminato, che sarà pari al valore di mercato del bene al momento della stipula del contratto di locazione finanziaria dedotti i canoni già pagati.

Il comma 77 prevede che all'acquisto dell'immobile oggetto del contratto di locazione finanziaria si applica l'articolo 67, terzo comma, lettera a), della legge fallimentare, in base al quale non sono soggetti all'azione revocatoria i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.

Il comma 78 detta le conseguenze in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore: *"In caso di risoluzione del contratto di locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene avvenute a valori di mercato, dedotta la somma dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere attualizzati e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto. L'eventuale differenza negativa è corrisposta dall'utilizzatore al concedente. Nelle attività di vendita e ricollocazione del bene, di cui al periodo precedente, la banca o l'intermediario finanziario deve attenersi a criteri di trasparenza e pubblicità nei confronti dell'utilizzatore"*.

Si è visto al par. 1.2., che per la Suprema Corte in caso di risoluzione del contratto di leasing traslativo opera per un verso il principio generale di retroattività di cui all'art. 1458 c.c. e per altro verso, analogicamente, il disposto previsto dall'art. 1526 c.c. per la vendita con patto di riservato dominio: il concedente è cioè tenuto a restituire i canoni riscossi fino al momento dell'intervenuta risoluzione, avendo diritto a percepire dall'utilizzatore un equo compenso per la fruizione della cosa e l'eventuale risarcimento del danno patito. Nonostante il concedente abbia l'obbligo di restituire le rate già riscosse, sovente nei contratti tipo di leasing immobiliare si predetermina il risarcimento del danno in un importo pari ai canoni residui ed al prezzo di opzione: sono frequenti infatti le clausole per cui in caso di risoluzione del contratto l'utilizzatore ha diritto alla restituzione del ricavato dalla vendita del bene a terzi, dedotto quanto ancora dovuto per le rate a scadere e per l'opzione di riscatto.

La nuova norma, di fatto, codifica tale prassi, poiché prevede che il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore la somma ricavata dalla vendita o dalla ricollocazione del bene (come, ad esempio, una nuova concessione dello stesso bene in *leasing* ad un altro soggetto oppure altra sua utilizzazione) avvenute a valori di mercato, deducendovi il montante dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere attualizzati e del prezzo convenuto per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto; l'eventuale differenza negativa è invece corrisposta dall'utilizzatore al concedente.

I commi 79 e 80 disciplinano un meccanismo di sospensione del pagamento dei canoni a favore dell'utilizzatore, al verificarsi di determinati presupposti, e senza alcuna commissione o spesa d'istruttoria o richiesta di garanzie aggiuntive.

Il comma 81 estende infine al contratto di locazione finanziaria in discorso l'applicabilità del procedimento di convalida di sfratto di cui agli artt. 657 ss. c.p.c.

La legge di stabilità prevede agevolazioni fiscali per il *leasing* finalizzato all'acquisto dell'abitazione principale sia nel campo dell'imposizione diretta che nel campo della imposizione indiretta (commi 82 e 83).

1.3. Il contratto di *rent to buy*

La fattispecie negoziale conosciuta con la locuzione inglese *rent to buy*, variamente intesa, ha trovato con il D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito in L. 11 novembre 2014, n. 164, all'art. 23, una sua disciplina in un nuovo contratto definito quale *contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*.

Si tratta di un nuovo *tipo* di contratto in cui, sotto il profilo descrittivo (ma non anche funzionale, v. quanto detto *infra* sulla causa), si fondono un contratto di locazione e un preliminare (unilaterale) di vendita di un immobile (nella Relazione illustrativa si afferma che si tratta di "*una nuova tipologia contrattuale a valenza generale*"; in dottrina si parla anche di atipicità standardizzata). Significa che il proprietario consegna fin da subito l'immobile al conduttore-futuro (eventuale) acquirente, il quale paga il canone e dopo un certo periodo di tempo il conduttore può decidere se acquistare il bene, detraendo dal prezzo una parte dei canoni pagati.

Lo schema negoziale è descritto nella proposizione del primo comma dell'art. 23 cit.: "*contratti che prevedono l'immediata concessione del godimento di un immobile, con diritto per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto*".

La suddetta disciplina prevede che il conduttore abbia la facoltà di acquistare il bene, ma non un obbligo. Ovviamente le parti possono concordare che il conduttore sia obbligato ad acquistare, ma secondo l'opinione prevalente tale previsione, certamente lecita, non consentirebbe di applicare le nuove norme di cui all'art. 23 cit., tra le quali, in particolare, quelle in tema di trascrizione. Infatti, se entrambe le parti avessero un'identica posizione di reciproco diritto ed obbligo in ordine al trasferimento dell'immobile, non potrebbero trovare applicazione il comma 1-bis dell'art. 23 cit., per difetto del suo presupposto costituito dal mancato esercizio da parte del conduttore del proprio diritto di acquistare l'immobile.

La nozione del contratto in oggetto, infatti, sembra sia strumentale ad affermarne la trascrizione, secondo una tecnica redazionale già utilizzata con l'art. 2645-ter c.c., che riguarda gli atti di destinazione: la norma fa riferimento ad una tipologia contrattuale che viene descritta al fine di individuare la fattispecie negoziale che può essere trascritta.

Prima della positivizzazione di una siffatta tipologia contrattuale, l'autonomia contrattuale avrebbe consentito di conseguire il medesimo risultato utilizzando, e combinando tra loro, i tipi contrattuali della locazione, del contratto preliminare, della compravendita con riserva di proprietà, del leasing immobiliare (contratto che viene infatti richiamato nell'articolo proprio al fine di escluderlo dall'ambito di applicazione della nuova disciplina) anche se nessuno di tali modelli è sovrapponibile alla disciplina prevista dall'art. 23 cit.

Pur se strumentalmente finalizzata alla trascrizione il contratto di *rent to buy* è caratterizzato da quattro profili: 1) immediata concessione del godimento di un immobile; 2) diritto di acquistarlo entro un termine determinato (un preliminare c.d. unilaterale); 3) imputazione a corrispettivo del trasferimento della parte di canone indicata nel contratto, 4) previsione della restituzione di una quota, contrattualmente definita, dei canoni imputata al corrispettivo, in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito.

Tale tipologia contrattuale consente a chi deve acquistare un immobile di far fronte alle difficoltà economiche e di accesso al credito. Infatti è prevista una prima fase nella quale si assicura all'aspirante acquirente il godimento dell'immobile che gli viene accordato da un concedente e successivamente una seconda fase in cui, ricorrendone le condizioni economiche e giuridiche, si procede al trasferimento dell'immobile medesimo dal concedente a colui che già gode dell'immobile.

La seconda fase, quella dell'acquisto dell'immobile da parte del conduttore, è solo eventuale, poiché, come detto, colui che gode dell'immobile può decidere di non voler esercitare il diritto di acquistare: il contratto infatti nella prima fase produce solo effetti obbligatori con la tutela di cui all'art. 2932 c.c. prevista dal comma 3 dell'art. 23 cit. Va tuttavia osservato che più il tempo passa e più i canoni vengono pagati dal conduttore, più diviene probabile l'acquisto, sia perché il conduttore cercherà di non perdere una parte del denaro corrisposto al concedente (il canone sarà verosimilmente di un importo maggiore rispetto al normale canone di locazione), sia perché, riducendosi l'ammontare del saldo da corrispondere al concedente, sarà più facile accedere al credito ed ottenere un finanziamento per il saldo medesimo.

Il secondo comma dell'art. 23 cit. prevede che *"Le parti definiscono in sede contrattuale la quota dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito"*. Dunque, nell'ambito del canone complessivo le parti dovranno indicare, come elemento essenziale del contratto, quale parte costituisce corrispettivo del godimento dell'immobile e quale sarà invece imputata a corrispettivo dell'eventuale trasferimento dell'immobile, ma, si è osservato, all'interno di quest'ultima i contraenti dovranno (secondo altri potranno soltanto, nel senso che in mancanza comunque si applicherà la disciplina in esame) altresì indicare, per il caso in cui il conduttore decida di non procedere all'acquisto dell'immobile, la parte che il concedente dovrà restituire al conduttore e, conseguentemente, la parte che tratterrà e che costituisce il corrispettivo del diritto riconosciuto al conduttore di scegliere liberamente se addivenire o meno al trasferimento stesso.

In dottrina si è osservato che *la mancata doppia imputazione del canone* determina la fuoriuscita dal tipo negoziale con la conseguente applicazione di una differente disciplina in ragione della riqualificazione della fattispecie contrattuale, così come avverrebbe in ogni ipotesi *in cui difetti un elemento caratterizzante la fattispecie in esame*. Quindi, come visto, in caso di previsione *dell'obbligo anche a carico del conduttore di acquistare al termine previsto*, ci si troverebbe di fronte ad un contratto misto di locazione con preliminare di vendita in senso tecnico (e non solo descrittivo); mentre nel caso in cui l'intero corrispettivo venga imputato al prezzo, si verserebbe in un'ipotesi di preliminare (unilaterale, se l'obbligazione di trasferimento faccia capo al solo concedente) ad effetti anticipati, ossia quello della consegna.

Nonostante la sua efficacia inizialmente obbligatoria il contratto in esame è espressamente trascrivibile, mediante il richiamo a disposizioni che riguardano la pubblicità dichiarativa, ossia l'art. 2645-bis c.c., sulla trascrizione del preliminare, e l'art. 2643 co. 1 n. 8) c.c., sulla trascrizione della locazione ultranovennale. Proprio in virtù dell'espresso richiamo a tale norma, è diffusa l'opinione secondo cui la concessione in godimento configuri un'ipotesi *di diritto personale di natura obbligatoria* e non reale.

La trascrizione rende il contratto opponibile ai terzi, ponendo al riparo il futuro acquirente innanzitutto dagli atti di disposizione del bene che il proprietario ponga in essere successivamente alla conclusione del contratto, ma anche dall'eventuale fallimento del proprietario poiché per espressa previsione (art. 23, co. 6) è prescritta la prosecuzione del rapporto contrattuale.

La legge disciplina anche **il momento patologico del mancato adempimento degli obblighi** che dal contratto derivano. La previsione del comma 2 riguarda la determinazione della gravità dell'inadempimento del conduttore, secondo un parametro percentuale rispetto al numero complessivo dei canoni, mentre nel comma 5 sono individuati gli obblighi restitutori conseguenti l'inadempimento di ciascun contraente.

La legge prevede una specifica ipotesi di risoluzione per inadempimento: *"Il contratto si risolve in caso di mancato pagamento, anche non consecutivo, di un numero minimo di canoni, determinato dalle parti, non inferiore ad un ventesimo del loro numero complessivo"* (comma 2). Viene in tal modo fissata la misura quantitativa dell'inadempimento rilevante, misura che si desume dal tenore letterale della norma è maggiore dell'ammontare di una sola mensilità del corrispettivo, nel senso che il mancato pagamento di una mensilità non potrà di per sé essere motivo di risoluzione, ben potendo invece le parti concordare una soglia più elevata di inadempimento non grave.

Inoltre, in caso di mancato **pagamento dei canoni convenuti** nella misura indicata il concedente ha diritto alla restituzione dell'immobile ed acquisisce *interamente* i canoni a titolo di indennità, se non è stato diversamente convenuto nel contratto.

In ordine alla causa di tale contratto, secondo una prima impostazione, occorre ragionare in termini di *tipizzazione di un contratto a causa mista* ibrida tra locazione e vendita, sicché tutto ciò che in esso non è ricompreso, torna ad essere assoggettato alla disciplina del tipo prevalente.

Stando ad una diversa e preferibile impostazione, il richiamo contenuto nell'art. 23 cit. a regole dettate per il diritto personale di godimento, il ripetuto rinvio alla disciplina del contratto preliminare (per quanto attiene la trascrizione e per quanto riguarda la tutela in forma specifica) e la regolamentazione dettagliata delle conseguenze della risoluzione e l'intento stesso del legislatore (che nella relazione alla Camera sulla legge di conversione ha esplicitato il riferimento alla *"nuova tipologia contrattuale a valenza generale"*) sono elementi idonei a far

ritenere che la *causa del contratto* va individuata nell'attribuzione di un diritto personale di godimento in funzione del successivo acquisto della proprietà verso pagamento di un prezzo, cioè in un assetto di interessi nuovo ed autonomo che giustifica il diritto personale di godimento solo in funzione del prospettato acquisto del bene. Si deve pertanto escludere che la vicenda contrattuale in questione possa essere qualificata come un contratto di locazione cui accede un preliminare (unilaterale) di acquisto dell'immobile locato, con conseguente applicazione della loro specifica disciplina, fermo restando ovviamente l'applicabilità delle norme generali sul contratto.

Invero, si è visto che parte del canone periodicamente pagato può essere imputato al prezzo della successiva vendita e, dunque, così ci si allontanerebbe dalla locazione. Trattasi di uno schema contrattuale del tutto nuovo, distinto da altri istituti come *la locazione collegata con un preliminare di futura vendita* (con obbligo unilaterale o bilaterale) e *la locazione con opzione di acquisto* cui segue l'atto (il definitivo o l'accettazione dell'opzione) che produce l'effetto traslativo della proprietà.

Il distacco dalla locazione con opzione di acquisto o collegata ad un preliminare lo si ha in punto di pagamento del canone (nel *rent to buy*, una parte è imputata al prezzo della futura vendita, mentre nella locazione rappresenta esclusivamente il corrispettivo del godimento); mentre, limitatamente alla locazione con opzione di acquisto, lo si ha in punto di inadempimento da parte del concedente (nel *rent to buy*, il conduttore può agire ai sensi dell'art. 2932 c.c. laddove nella locazione non si potrebbe agire in forma specifica).

Un'altra figura affine è rappresentata dalla *vendita sotto forma di locazione di cui all'art. 1526, co. 3, c.c.*: in questo caso però il trasferimento della proprietà avverrebbe in modo automatico allo scadere della locazione, senza una successiva manifestazione di volontà, a differenza di quanto richiesto nel *rent to buy*.

2. Il *sale and lease back*

Attraverso il contratto di *sale and lease back* un'impresa commerciale o industriale (*lessee*) vende un bene di sua proprietà ad un imprenditore finanziario (*lessor*) che ne paga il corrispettivo, diventandone proprietario, e contestualmente lo cede in locazione finanziaria (*leasing*) alla stessa società alienante, che versa periodicamente dei canoni di leasing per una certa durata, con facoltà di riacquistare la proprietà del bene venduto, corrispondendo al termine del contratto il prezzo stabilito per il riscatto.

In definitiva, questo tipo di operazione risponde all'esigenza degli imprenditori di smobilizzare capitali già investiti per creare nuove disponibilità finanziarie da destinare al reinvestimento nell'ambito della stessa o di altra impresa, infatti, il *lessee* vende un proprio bene, alla società di leasing, senza perderne la materiale disponibilità.

Da questa sua configurazione, per come brevemente fin qui descritta, si desume come il canone periodico non costituisca semplicemente un corrispettivo per la locazione del bene, ma configuri una modalità di restituzione della somma concessa in finanziamento che è comprensiva anche di interessi e spese; inoltre, l'utilizzatore potrà ritornare proprietario del bene solo ove il diritto di opzione sia espressamente convenuto (cosiddetto "patto di riscatto"): si tratterà, in questa ipotesi, di un negozio giuridico unilaterale e recettizio, che l'utilizzatore potrà in essere ove reputi conveniente riacquistare la proprietà del bene, nel senso che in esso residui ancora un certo valore economico, altrimenti, del bene trasferito resterà definitivamente titolare la società finanziaria.

Insomma, il *sale and lease back* è recepito dagli usi commerciali come la conseguenza di un duplice contratto: di vendita e di leasing tra gli stessi soggetti.

La Suprema Corte ha evidenziato che in tali operazioni di leasing, tra il contratto di vendita e quello di locazione finanziaria esiste un collegamento funzionale, per effetto del quale si produce una diffusione delle cause di nullità, annullamento, risoluzione, dall'uno all'altro dei due contratti collegati. Ne deriva, pertanto, che l'utilizzatore può far valere in nome proprio, nei confronti del fornitore, le azioni scaturenti dal contratto di vendita e, se convenuto dal concedente per il pagamento dei canoni, può eccepirgli ex art. 1460 c.c. l'esistenza dei vizi della cosa. Con l'ulteriore conseguenza che siffatti vizi potranno essere fatti valere dal concedente, che di del contratto di vendita è parte in tutti i sensi (Cass., Sez. III, 20 febbraio 2014, n. 4065).

Il contratto di *sale and lease back* pone il problema relativo alla possibilità di elusione del divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c., sul quale si rinvia alla Lezione C6 par. 3.5.

3. Il contratto di *factoring*

Altra figura contrattuale atipica degna di menzione è il *factoring* che può essere definito come l'accordo con cui un imprenditore (il cedente-fornitore) cede, o si impegna a cedere, la totalità o parte dei crediti derivati o derivandi dall'esercizio della sua impresa ad altro imprenditore (il cessionario-factor), il quale, dietro corrispettivo, si impegna a fornire al cedente una serie di servizi accessori, quali, ad es., la gestione, la contabilizzazione e l'incasso dei crediti, lo "smobilizzo" dei crediti mediante anticipazione di quelli non ancora scaduti, l'assunzione del rischio di insolvenza del debitore, il recupero dei crediti, le informazioni commerciali, la valutazione dei nominativi dei debitori, la consulenza commerciale.

La cessione dei crediti può avvenire in due modi differenti: *pro-solvendo*, se il factor acquista i crediti con diritto di rivalsa sul cedente in ipotesi di mancato pagamento da parte del debitore; *pro-soluto*, se il factor acquista i crediti dal cedente in via definitiva, senza la possibilità di esercitare il diritto di rivalsa.

Il *factoring* può assumere diverse configurazioni: *full factoring*: il factor acquista, continuativamente, i crediti commerciali dei clienti man mano che sorgono; *maturity factoring*: il factor svolge essenzialmente un servizio di gestione crediti, il cui importo sarà accreditato al cliente solo dopo la data di scadenza degli stessi; *factoring internazionale*: rivolto a clienti e debitori di diversi Paesi. *factoring indiretto*: l'impostazione del *factoring* tradizionale è rovesciata in quanto il cliente del factor è lo stesso debitore, e la funzione del factor è quella di garantire la solvibilità del debitore.

Il costo per effettuare un'operazione di *factoring*, generalmente, è costituito da tre elementi: la commissione di *factoring*, dovuta per il servizio di gestione e di garanzia. Varia in base alle caratteristiche dei crediti ed al tipo di cessione concordata; un costo fisso, a titolo di rimborso spese; gli interessi sulle somme eventualmente anticipate.

Dunque, un contratto di *factoring* permette all'impresa di ottenere alcuni benefici, come la riduzione dei costi, poiché la commissione di *factoring* è spesso inferiore al costo che l'impresa dovrebbe sostenere per recuperare direttamente i propri crediti; la semplificazione della gestione commerciale e snellimento delle operazioni di compatibilità; il trasferimento del rischio; la riduzione delle perdite; la smobilizzazione del portafoglio clienti; la possibilità di aumentare il proprio volume d'affari.

Appare opportuno rilevare che l'elemento centrale del contratto in esame è comunque costituito dalla cessione dei crediti, che, a seconda dello schema contrattuale adottato dalle parti, avrà efficacia meramente obbligatoria (come, ad es., nell'ipotesi di crediti futuri) o immediatamente traslativa.

Il contratto di *factoring* prevede, secondo uno schema di perfezionamento progressivo, un accordo base (la vera e propria convenzione di *factoring*) e successive singole cessioni dei crediti. Esso viene concluso mediante la sottoscrizione di moduli contenenti le condizioni generali di contratto, che regolano gli aspetti fondamentali del negozio, quali, ad es., gli obblighi delle parti e la durata. Trattasi di documento predisposto unilateralmente dal factor, con conseguente applicabilità degli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.

Le condizioni generali sono integrate dalle condizioni particolari – frutto di una specifica trattativa intercorsa tra fornitore e factor e contenute in un distinto documento – che individuano le commissioni e gli interessi dovuti al factor.

Sulla natura giuridica del c.d. "contratto-base" di *factoring* sono sorte più opinioni:

- secondo alcuni, si tratterebbe di un preliminare unilaterale, che obbliga l'impresa alle singole cessioni di credito che il factor resta libero di accettare o meno (ma è controverso se un preliminare possa obbligare a concludere una serie aperta di definitivi);
- secondo altri, invece, saremmo al cospetto di una cessione di crediti futuri, produttiva di effetti reali quando i crediti vengano ad esistenza e sotto condizione sospensiva potestativa del consenso del factor (ma può essere incerto sia l'importo che la persona del futuro debitore; con riguardo a tale possibile qualificazione, si veda Cass. Civ., sez. III, 21 ottobre 2010, n. 21599, secondo cui "Il factor che si limiti a notificare al debitore ceduto l'avvenuta cessione, in proprio favore, dei crediti vantati verso quest'ultimo dal

cedente, omettendo (negligentemente) di informarsi presso il debitore ceduto circa l'esistenza dei crediti stessi, non può pretendere il risarcimento dei danni dal ceduto stesso per pretesa violazione di un (inesistente) obbligo di informazione, giacché il comportamento passivo o inerte del debitore ceduto, a fronte della mera comunicazione dell'avvenuta cessione, non viola il principio di correttezza e buona fede, non essendo detto debitore obbligato a porre in essere uno specifico comportamento nei confronti del cessionario tale da implicare un aggravamento della sua posizione");

- stando ad una terza scuola di pensiero, infine, si tratterebbe di un accordo normativo, non dispositivo, per la conclusione di futuri contratti di cessione del credito.

In realtà, a dire di parte della dottrina, si è in presenza, più che di un contratto-base seguito da una serie di contratti di cessione, di un solo contratto che costituisce il titolo giustificativo delle successive cessioni.

L'idea è condivisa anche dalla più recente giurisprudenza: sul punto, infatti, Cass. Civ., sez. III, 15 ottobre 2009, n. 21904, ha sostenuto che *"Il collegamento negoziale si concreta in un fenomeno giuridico che coinvolge contratti funzionalmente collegati ma strutturalmente, tipologicamente e casualmente autonomi e diversi. Il factoring è invece un negozio unico che coinvolge più parti..."*.

La Suprema Corte, respingendo la richiesta del ricorrente, **ha escluso** la sussistenza di un'ipotesi di **collegamento negoziale** nella cessione del credito al *factor*. Tale inquadramento, infatti, avrebbe permesso di far emergere e ritenere, conseguentemente, rilevante in capo al debitore un **dovere di correttezza e buona fede** non solo nei confronti del cedente, ma **anche nei riguardi del cessionario** (il *factor*) che, pur essendo terzo rispetto al contratto pendente tra fornitore e debitore, poteva e doveva assumere una posizione giuridicamente rilevante, in considerazione degli effetti propri del collegamento tra contratti. Nel caso di specie il cessionario lamentava la circostanza per la quale il debitore ceduto aveva omesso per lungo tempo di riferire il rilievo fondamentale della falsità delle fatture e, quindi, dell'inesistenza dei crediti ceduti. Al contrario, la Corte di Cassazione ha escluso del tutto tale configurazione, affermando testualmente che **il factoring è un negozio unico e complesso che coinvolge più parti**. A ciò la Suprema Corte ha aggiunto il rilievo per cui la riserva di verificare l'esistenza e consistenza dei crediti ceduti in capo al debitore non può configurare una specifica obbligazione di comportamento del ceduto nei confronti del cessionario. Pertanto, in difetto di tale doverosità di comportamento, il *factor* non poteva accontentarsi di una mancata contestazione, ma doveva intraprendere una condotta attiva per richiedere assicurazioni, chiarimenti e risposte positive alle parti titolari del rapporto ceduto.

Quindi, nel contratto di factoring la cessione è *res inter alios acta* nei confronti del debitore ceduto, il quale rimane estraneo al rapporto relativo, sicché dalla cessione non derivano obblighi verso il cedente per il debitore ceduto, nei cui confronti non è ravvisabile alcuna responsabilità contrattuale. Ne consegue che il debitore ceduto può opporre al *factor* cessionario le eccezioni concernenti l'esistenza e la validità del negozio da cui deriva il credito ceduto ed anche le eccezioni riguardanti l'esatto adempimento del negozio, mentre le eccezioni che riguardano fatti estintivi o modificativi del credito ceduto sono opponibili al *factor* cessionario solo se anteriori alla notizia della cessione comunicata al debitore ceduto e non ove successivi, in quanto una volta acquisita la notizia della cessione il debitore ceduto non può modificare la propria posizione nei confronti del cessionario mediante negozi giuridici posti in essere con il creditore originario (Cass. 11.05.2007, n. 10833; Cass. 08.02.2007, n. 2746).

E' opinione ormai pacifica, sia in giurisprudenza che in dottrina, che il factoring, importato nel nostro ordinamento dai Paesi di Common Law, non costituisca ancora un contratto pienamente tipizzato, pur all'esito dell'intervento del legislatore italiano.

La L. 21 febbraio 1991, n. 52 non offre, infatti, né una definizione né una compiuta disciplina del contratto in esame, limitandosi a dettare particolari norme in ordine alla cessione dei crediti d'impresa, qualora ricorrano i seguenti presupposti:

- a) il cedente è un imprenditore;
- b) i crediti ceduti sorgono da contratti stipulati nell'esercizio dell'impresa;
- c) il cessionario è una banca o un intermediario finanziario.

Ai sensi dell'art. 3 della L. 52/91, possono essere oggetto di cessione anche i crediti futuri, purché si tratti di crediti derivandi da contratti alla cui stipula si dovrà addivenire entro 24 mesi, termine il cui *dies a quo* si ritiene debba essere individuato nel momento della stipula delle singole cessioni (e non della convenzione di factoring).

Vi è chi afferma che la previsione contrattuale di un termine superiore a quello menzionato determinerebbe l'invalidità della relativa clausola, alla quale, conseguentemente, dovrebbe sostituirsi la previsione del periodo massimo stabilito dalla norma. Secondo altri, dal mancato rispetto del termine di 24 mesi non discenderebbe l'invalidità della cessione, ma l'impossibilità di avvalersi del regime di opponibilità di cui al successivo art. 5.

La L. 52/91 ha, inoltre, introdotto la possibilità di effettuare una cessione di crediti in massa, da intendersi sia come cessione di tutti i crediti verso un determinato debitore sia come cessione di tutti i crediti verso tutti i debitori.

Perché l'oggetto della cessione, sia che si tratti di cessione di crediti in massa sia che si tratti di cessione di crediti futuri, presenti il requisito di determinatezza di cui all'art. 1346 c.c., si richiede venga indicato il debitore ceduto (art. 3).

A differenza di quanto avviene per la cessione ordinaria, nella quale il cedente risponde della solvenza del debitore solo nel caso di esplicita assunzione del relativo impegno, la garanzia della solvenza rientra tra gli effetti naturali della cessione dei crediti d'impresa (art. 4).

Mentre l'art. 1267 c.c. prevede poi che, nell'ipotesi di esplicita assunzione della menzionata garanzia, il cedente sia responsabile nei limiti di quanto ha ricevuto, essendo inoltre tenuto a corrispondere gli interessi e le spese, l'art. 4 della L. 52/91 prevede, genericamente, che il cedente è tenuto a garantire il cessionario nei limiti del corrispettivo pattuito.

Secondo autorevole dottrina, l'adozione dell'espressione "corrispettivo pattuito", lungi dall'introdurre sul piano concreto una significativa modifica di quanto stabilito dall'art. 1267 c.c., sarebbe stata unicamente determinata dall'esigenza di svincolare la garanzia della solvenza dall'eventuale versamento di un anticipo da parte del factor-cessionario.

L'art. 5 della L. 52/91 attribuisce al cessionario che abbia corrisposto, totalmente o parzialmente, il corrispettivo della cessione, con pagamento avente data certa, la facoltà di opporre la cessione agli altri aventi causa del cedente, il cui titolo di acquisto non sia stato reso efficace verso i terzi anteriormente alla data del pagamento, al creditore del cedente che abbia pignorato il credito successivamente alla data del pagamento, al fallimento del cedente dichiarato dopo la data del pagamento (fermo restando quanto previsto dall'art. 7, co. 1).

L'art. 5 della L. 52/91 ha, dunque, un contenuto più ampio rispetto all'art. 1265 c.c., che si riferisce ai soli terzi cessionari aventi causa dal medesimo cedente.

Inoltre, mentre per la opponibilità della cessione ordinaria si richiede la notificazione al debitore ceduto o l'accettazione da parte di quest'ultimo, l'art. 5 fa genericamente riferimento al pagamento avente data certa anteriore.

Vi è chi ritiene che il requisito di cui all'art. 5 sia soddisfatto ogniqualvolta il pagamento risulti da documentazione avente data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c., come nel caso di pagamento a mezzo bonifico con registrazione dell'importo in avere sull'estratto conto della banca cedente, pagamento a mezzo assegno spedito con plico raccomandato, annotazione dei pagamenti effettuata dal factor in apposito libro vidimato e bollato.

(Omissis)