

Corso ordinario on - line MAGISTRATURA 9^a ed. 2015-2016

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 *claim's calims made*. - **1.3.** Il contratto di assicurazione nel Regolamento 593/2008 c.d. Roma I – **1.3.** L'assicurazione fideiussoria – **1.4.** 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. – **F.** Contratti atipici. **1.** Il leasing: definizione - **1.1** Oggetto e obblighi delle parti - **1.2** Tipi – **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?

(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 un 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).
- *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 c.c. comma secondo, norma che riequilibra la posizione del comodante ed esclude distorsioni della disciplina negoziale.

2. Il perfezionamento del mutuo

La giurisprudenza di legittimità ritiene che il contratto di mutuo è 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;

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 questa Corte 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 (Cass. 9482/2013 relativa all'ipotesi in cui la banca eroghi il finanziamento con la costituzione di una

garanzia ipotecaria allo scopo di consentire al soggetto finanziato di estinguere con la somma mutuata un preesistente debito nei confronti della banca medesima (es. saldo negativo su conto corrente bancario): in tal caso la Banca non assume alcun (nuovo) rischio, anzi essa riduce il rischio preesistente, in quanto acquisisce per il credito che sorge in relazione al nuovo finanziamento una garanzia che prima non aveva);

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. La caratteristica del contratto di 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).

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) 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 (si pensi al classico mutuo ipotecario per l'acquisto di un immobile) 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.

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.

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

Come accennato, 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. È 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.

La giurisprudenza consolidata ritiene che il contratto di leasing finanziario integri gli estremi del collegamento negoziale tra il medesimo ed il contratto di fornitura. 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.

Con la conclusione del contratto di fornitura viene a realizzarsi nei confronti del terzo contraente quella stessa scissione di posizioni che si ha per i contratti conclusi dal mandatario senza rappresentanza. Nel contratto di leasing il collegamento negoziale ha l'effetto giuridico di legittimare l'utilizzatore ad esercitare in nome proprio le azioni scaturenti dal contratto di fornitura. In particolare, è opinione della giurisprudenza maggioritaria che all'utilizzatore può essere riconosciuta una tutela diretta verso il fornitore e che con l'esercizio dell'azione di garanzia per vizi della cosa è legittimato anche a richiedere il risarcimento dei danni subiti per i difetti del bene locato. L'utilizzatore, inoltre, può esercitare nei confronti del fornitore le azioni volte all'adempimento e al risarcimento del danno da inesatto adempimento (tra le altre, Cass. 19 maggio 2006, n. 11776).

Inoltre, l'utilizzatore che abbia sospeso il pagamento dei canoni può eccepire l'inadempimento dell'operazione di consegna e chiedere la risoluzione del contratto ed eventualmente il risarcimento del danno. L'eccezione di inadempimento non può trovare ostacolo nel fatto che il contratto di leasing contenga una clausola che riversa sull'utilizzatore medesimo il rischio della mancata consegna, dovendosi ritenere invalide siffatte clausole, in quanto contrastanti con l'obbligazione del concedente di procurare all'altra parte il godimento del bene (Cass. 25 luglio 2011, n. 16235; Cass. 29.09.2007, n. 20592).

Con riferimento al *leasing finanziario*, la Corte (n. 16158/2007) si è soffermata sul momento

dell'acquisto della proprietà da parte del concedente, in una fattispecie in tema di rivendicazione del bene nei confronti del fallimento dell'utilizzatore. Nel ribadire che 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, la Suprema Corte precisa che, in tale contesto, non assumendo il fornitore alcun impegno diretto nei confronti o a favore dell'utilizzatore, l'acquisto del bene rappresenta non solo un atto giuridico strumentale alla concessione in godimento, ma anche un evento che deve logicamente precedere l'attribuzione all'utilizzatore della detenzione autonoma qualificata della cosa, che deve necessariamente provenire dal concedente proprietario perché si perfezioni il contratto di *leasing*.

All'interno del leasing finanziario si delineano poi due 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. (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.

Infine, si segnala che, con l'articolata ordinanza del 4.8.2014, n. 17597, la terza Sezione della Cassazione (leggila in Dispensa) ha rimesso alle Sezioni Unite la questione delle azioni contrattuali proponibili, nel leasing finanziario, direttamente dall'utilizzatore nei confronti del fornitore del bene in leasing (in particolare, quella di risoluzione), affrontando la questione tanto per il leasing di godimento, quanto per quello traslativo.

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. 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 negoziale 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 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.

Nonostante la sua efficacia inizialmente obbligatoria il contratto in esame è espressamente trascrivibile, anche se è discutibile la tecnica del duplice 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.

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.

In ordine alla causa, il richiamo contenuto nell'art. 23 cit. a regole dettate per il diritto reale 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 concreta del contratto* va individuata 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.

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 smobilitazione 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 ommesso 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 derivanti 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)