

*IL MOBILE CONFINE*

*DELLA*

*TIPICITA' CONTRATTUALE*

di

ANTONELLO MARTINEZ

## *Sommario*

1. Introduzione
  2. Dal contrattualismo tipico a quello atipico
  3. Gli usi normativi e gli usi negoziali: loro interferenza nella formazione del contratto
  4. La tipizzazione del contratto atipico: il ruolo della giurisprudenza
  5. I contratti socialmente utili
  6. Alcuni esempi di tipizzazione
  7. Ricezione dei contratti tipici e atipici internazionali
  8. Alcuni contratti internazionali in espansione
  9. Conclusioni
- Bibliografia

## 1. *Introduzione*

Il diritto moderno è il frutto della continua evoluzione che la società ha naturalmente compiuto.

Nel corso dei secoli, infatti, il diritto è stato lo specchio che ha riflettuto le trasformazioni della società attraverso i suoi istituti e i suoi strumenti.

Il XX secolo, in particolare, è stato teatro di un'accelerazione del progresso scientifico e tecnologico che ha modificato, e tuttora modifica l'assetto degli interessi della società e il contributo del diritto.

Un importante passo avanti è senz'altro costituito dall'automazione del processo produttivo che se da una parte provoca problemi non trascurabili di disoccupazione, dall'altra apre nuovi campi di attività con l'affermarsi di nuove tecniche produttive; la creazione di macchine elettroniche sempre più complesse e capaci di adattarsi a diverse lavorazioni ha cambiato il volto delle fabbriche e la stessa natura del lavoro industriale: dove un tempo erano necessari molti operai generici oggi può essere sufficiente un solo tecnico, addetto al controllo della macchina.

Strettamente legata alla “rivoluzione dei computer” è la crescita di nuove tecnologie e di nuove branche della scienza applicata quali, ad esempio, l’informatica, la cibernetica, la robotica e la telematica, che concorrono tutte a qualificare la società dell’automazione.

Quella post-industriale è una società in cui diminuisce la domanda di lavoro manuale, mentre aumenta quello di lavoro tecnicamente qualificato; in cui il settore industriale, cresciuto originariamente a spese di quello agricolo, tende a cedere occupazione al settore terziario (l’insieme dei soggetti e delle imprese che producono i servizi necessari all’industria e all’agricoltura); in cui, grazie ai progressi dell’informatica e della telematica, cresce continuamente la quantità e qualità dei servizi offerti all’utente.

È una società nella quale, in breve, il movimento delle informazioni è più veloce del movimento delle persone.

Ed è in questo quadro che si inserisce un altro fenomeno significativo, il processo di dematerializzazione <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> F. Galgano “Le fonti del diritto nella società post-industriale”, in *Sociologia del diritto*, n. 1-2, 1990

Si tratta del procedimento, letterale, logico e giuridico, in base al quale una parola che indica un bene materiale perde questo connotato “fisico” per designare un significato più vasto e astratto.

Ma facciamo un esempio: il marchio, che nella società industriale indicava solo il segno distintivo delle merci di produzione industriale, con il passare del tempo, invece, è diventato esso stesso un bene immateriale e autonomo, separato dal singolo prodotto.

Ed infatti, attraverso la creazione e la distribuzione di prodotti diversificati rispetto a quello originario, le grandi imprese fanno affidamento sul valore simbolico rappresentato dal marchio stesso.

A questo proposito si parla di un contratto di *merchandising* per indicare un contratto di licenza parziale, riferita ad una determinata categoria di prodotti o servizi, in cui il titolare di un marchio ne concede l’uso a terzi per prodotti appartenenti a generi diversi da quelli per i quali è stato originariamente usato.

È possibile rendersi conto del profondo mutamento tanto dell’ordinamento giuridico

---

quanto della fattispecie particolare del *merchandising* di marchi, se si prendono in considerazione le difficoltà opposte dalla disciplina previgente in tema di marchi, in ordine soprattutto, alla validità del modello.

Esso, in effetti, poneva ostacoli non lievi in ordine alla stessa validità del contratto in quanto, sotto il profilo strutturale il diritto all'uso esclusivo del marchio era ritenuto non estensibile a prodotti differenti da quelli commercializzati, mentre sotto il profilo della circolazione, vi era il vincolo della contemporanea cessione di una parte dell'azienda.

La situazione si è radicalmente modificata con l'entrata in vigore della legge sui marchi n. 929/92<sup>2</sup>, in base alla quale il titolare di un marchio celebre può godere di una protezione allargata, rispetto alla normativa precedente.

---

<sup>2</sup> La legge 6 giugno 1992, n. 929, prevede, all'art. 1, che il titolare ha il diritto di vietare ai terzi, salvo consenso, di usare un segno identico o simile al marchio registrato, anche per prodotti o servizi non affini, a condizione che il marchio registrato goda dello stato di rinomanza, e che l'uso del segno senza giustificato motivo consenta di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o rechi pregiudizio agli stessi. Soltanto l'art. 15, ultimo comma, prevede un limite a tale facoltà, statuendo che in ogni caso, dal trasferimento o dalla licenza del marchio, non deve derivare inganno in quei caratteri dei prodotti o dei servizi che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico.

La legge sui marchi introduce un elemento innovatore, in quanto, in base ad esso, è possibile effettuare la registrazione del marchio con riferimento a prodotti non commercializzati dal titolare.

Infatti, ai sensi dell'art. 22 comma 1° della legge citata, può ottenere una registrazione del marchio d'impresa chi lo utilizzi o si proponga di utilizzarlo, nella fabbricazione o nel commercio di prodotti ovvero nella prestazione di servizi della propria impresa o di imprese di cui abbia il controllo o che ne facciano uso con il suo consenso.

Ed è stato inoltre introdotto, ai sensi dell'art. 15 l.m., il principio della libera circolazione del marchio per la totalità o solo per una parte dei prodotti o dei servizi per i quali è stato registrato.

La nuova disciplina attribuisce, quindi, piena validità, nell'ordinamento italiano, al *merchandising* di marchi ed inoltre allo sfruttamento del valore pubblicitario del marchio, anche in settori eterogenei tra loro.

Oggi, il mercato appare sempre più dinamico e duttile.

Le grandi imprese sono, spesso, a capo di un gruppo che coordina e pianifica le diverse attività delle società che controlla.

In questo modo si forma un modello economico in cui vari settori, da quello industriale a quello finanziario, dal settore del commercio a quello dei servizi tendono a perseguire, ciascuno nel proprio campo, un fine comune che coincide con l'interesse del gruppo.

La realtà della società post-industriale viene ad essere caratterizzata dal progressivo distacco della funzione imprenditoriale dai singoli settori produttivi.

Mentre un tempo, infatti, il grande capitale imprenditoriale era monosettoriale, era, cioè, destinato ad un settore specifico dell'industria, del commercio o dei servizi, oggi, invece, assume un connotato polifunzionale, che si manifesta nell'attitudine a passare rapidamente da un settore all'altro senza essere più legato a determinati prodotti o mercati.

Tale flessibilità del mercato influenza fortemente il sistema giuridico creando la necessità di effettuare profonde riforme legislative, che



consentano di rendere l'ordinamento giuridico adeguato alle mutate esigenze della società.

*Tuttavia, la situazione risulta difficilmente sostenibile utilizzando, come strumento innovatore, la legge, a causa del fatto che il rinnovamento tecnologico e commerciale della società segue ritmi diversi e notevolmente più rapidi.*

Lo strumento legislativo risulta, molto spesso, inadeguato a svolgere questa funzione, principalmente a causa di due caratteri dell'economia contemporanea la quale è, innanzitutto, un'economia che supera i confini nazionali in antitesi, invece, con la natura nazionale dei sistemi legislativi; ed è, in secondo luogo, un'economia in permanente trasformazione, insofferente, quindi, alla rigidità delle leggi.

Il principale mezzo per garantire una costante innovazione giuridica viene, così, ad essere, il contratto ed, in particolare, lo sviluppo internazionale dei contratti atipici.

La libertà di circolazione e l'autonomia di cui godono i contratti atipici fungono quale garanzia dell'attività commerciale nazionale, ancora prima che internazionale.

Per permettere che ciò avvenga, sono previsti, all'interno di ciascun ordinamento nazionale, una serie di norme giuridiche, che consentono di svolgere un controllo sulle norme, sugli atti e sulle convenzioni straniere che si intendono adottare.

Nell'ordinamento italiano, tale strumento di controllo è affidato art. 31 preleggi, attraverso il quale è previsto che diritti, atti, e convenzioni straniere non possono, in nessun caso, avere effetti in Italia quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume.

Secondo la Corte di Cassazione, i principi posti a salvaguardia degli essenziali valori umani, sociali ed economici, non devono necessariamente essere compresi ed espressamente previsti, all'interno del diritto italiano.

La loro individuazione deve essere, invece, in ogni caso, rivolta ai <<fondamentali diritti dell'uomo, comunemente accolti in molti nazioni di civiltà affine>><sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Corte di Cassazione, 8 gennaio 1981, n. 189 in *Rivista di diritto internazionale*, 1981, p. 787 Analogo riferimento alla “*società internazionale*”, in App. Genova, 26 gennaio 1964, in *Riv. dir. internaz.*, 1964, p. 643

In effetti, la problematica che in questa sede vogliamo affrontare, e cioè il passaggio dal contrattualismo tipico a quello atipico, nasce dal confronto continuo della realtà sociale ed industriale con quella normativa.

E questo confronto spesso è foriero di difficile adattamento dell'una realtà all'altra: la realtà normativa procede spesso lentamente e per gradi, tanto che dobbiamo proprio alla giurisprudenza, nella quasi totalità dei casi, il primo riconoscimento di una trasformazione, di un mutamento.

E la ragione per cui queste due realtà procedono su piani differenti, e con tempi differenti, è dovuta esclusivamente a questo: nel nostro ordinamento, i contratti atipici non sono normativamente regolati.

Il nostro codice cioè, pur prevedendo che le parti approntino lo strumento contrattuale più consono alla tutela dei propri interessi, non fornisce paradigmi normativi, sorta di *scheletri* contrattuali sui quali costruire il contratto atipico.

Le parti sono dunque libere di *creare* un paradigma normativo idoneo alla tutela di quegli interessi sorti per quello *specifico* caso concreto.

La tipizzazione dei contratti, dove per tipizzazione si intende proprio l'adattamento del contratto – che nasce per rispondere alle esigenze della realtà industriale – ad una realtà normativa, deriva piuttosto dalla diffusione, nella prassi commerciale, di nuovi modelli contrattuali appositamente studiati per disciplinare le operazioni economiche che devono realizzare.

I contratti innominati sono, quindi, socialmente tipici, in quanto corrispondono a modelli contrattuali uniformemente adottati nel mondo degli affari.

Molto spesso, i contratti socialmente tipici nazionali più diffusi rispondono alle caratteristiche comuni ai più frequenti modelli a grande diffusione internazionale.

Ne sono un esempio il *leasing*, il *factoring*, il *franchising*, il *lease-back*, il *countertrade*, e molti altri.

Secondo l'art. 1322 comma 2° c.c., gli interessi conseguiti attraverso il contratto atipico devono essere meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, tuttavia, nel caso si tratti di un contratto internazionale, tale giudizio deve ispirato ai principi accolti da quelle che, nel diritto

internazionale privato, vengono indicate come le “nazioni di civiltà affine”.

Il procedimento di tipizzazione dei contratti atipici internazionali uniformi prosegue, all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali, attraverso la ricezione degli stessi ad opera della giurisprudenza.

Si attua, in questo modo, un ulteriore passo verso la creazione di una disciplina del diritto privato, uniforme a livello internazionale.

La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza, che, ha evidenziato la <<permeabilità del nostro ordinamento, oltre che alle esigenze economiche anche alle influenze di figure giuridiche già codificate all'estero>> <sup>4</sup>.

Le sentenze giurisprudenziali assumono, così, il compito di adeguare il diritto codificato alle esigenze della società in continua evoluzione.

La prassi del commercio internazionale viene, in parte, influenzata da uno strumento ulteriore che contribuisce a creare una disciplina uniforme; si tratta dell'elaborazione dei “Principi per i contratti commerciali internazionali”, proposta dall'Istituto

---

<sup>4</sup> Così, Trib. Milano, 9 ottobre 1986, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, II, p. 337.

Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT).

Detti principi non possiedono forza vincolante, tuttavia possono influenzare gli interpreti nell'elaborazione di regole comuni e nell'interpretazione tanto delle norme internazionali, quanto di quelle nazionali <sup>5</sup>.

I fattori che hanno portato all'individuazione di principi internazionalmente uniformi risiedono, fondamentalmente, nella diffusione internazionale delle pratiche contrattuali economiche e commerciali, negli usi del commercio internazionale, ossia nella reiterata ed uniforme osservazione di particolari pratiche da parte degli operatori di determinati settori imprenditoriali, e nella giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali.

Sotto il primo profilo, talvolta questa diffusione si è verificata spontaneamente, assecondata dalle

---

<sup>5</sup> Storicamente, il diritto uniforme è stato formato a partire dall'affermazione della *lex mercatoria*, intesa come diritto uniforme del ceto dei mercanti medioevali, per regolare i rapporti mercantili e, soprattutto, per derogare, relativamente ai rapporti commerciali, al diritto civile del tempo, costituito prevalentemente dal diritto romano, rilevatosi non più congeniale alle esigenze dei traffici. La nuova concezione di *lex mercatoria* si va affermando in opposizione al diritto romano, bensì al particolarismo del diritto statale.

giurisprudenze nazionali; altre volte invece la relativa diffusione è stata favorita dalla predisposizione di formulari, di contratti per gli imprenditori ad esse aderenti, da parte delle associazioni internazionali di categoria, oppure delle grandi società multinazionali<sup>6</sup>.

## 2. Dal contrattualismo tipico a quello atipico

### 2.1. Cenni storici<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Il fenomeno ha assunto una rilevanza notevole: la Corte di Cassazione, in una decisione relativa alla questione che riguardava la possibilità di deliberare un lodo arbitrale internazionale privo di deliberazione, lo ha giudicato non deliberabile, in quanto contrario alla *lex mercatoria*, ossia ad una regola non scritta, che impone, anche ad arbitri operanti in Stati che non hanno aderito alle convenzioni internazionali sull'arbitrato, la motivazione dei lodi arbitrali. Si tratta della sentenza della Corte di Cassazione, 8 febbraio 1982, n.722, in Giust. Civ., 1982, I, p.1579.

<sup>7</sup> Nel diritto romano il termine *contractus* era utilizzato per individuare una fonte delle obbligazioni. Le *Istituzioni di Gaio*, elaborate durante il regno di Antonino Pio (138 – 161 d.C.), contengono la distinzione fondamentale tra *obligationes ex contractu* ed *obligationes ex delicto*. Lo stesso Gaio, in un'opera successiva, abbandona questa bipartizione e teorizza una tripartizione nella quale precisa che le obbligazioni nascono o da contratto o da misfatto o, in base ai titoli specifici, da vari tipi di fonti. L'appartenenza del *contractus* al sistema delle fonti delle obbligazioni, evidenzia come sia chiara, già nel diritto romano, la distinzione tra atti ad efficacia reale ed atti ad efficacia obbligatoria. Il *contractus* era del

In Italia il legislatore del 1865 codifica un'importante affermazione dell'autonomia del contratto quando all'art. 1098 lo definisce come "l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico" ampliando così il contenuto dell'art. 1101 c.c. francese che disciplinava solo il contratto costitutivo.

Significativo appare inoltre l'art. 1103 c.c. del 1865, corrispondente all'art. 1323 del codice vigente, in quanto prevede che i <<contratti abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo. Le regole particolari a certi contratti civili sono stabilite nei titoli relativi a ciascuno di essi e quelle proprie delle contrattazioni commerciali nel codice del commercio>>.

---

tutto estraneo a qualunque connotazione soggettiva, infatti esso non era l'espressione di un accordo volontario tra le parti, ma indicava semplicemente il vincolo obbligatorio in se, il rapporto, l'affare nella sua componente puramente oggettiva. Il vero antecedente del moderno contratto risale, invece, secondo parte della dottrina, al diritto giustiniano e si identifica con il *pactum* o *conventio* dove nasce il *consensus*, inteso come elemento essenziale del contratto.



L'articolo trovava inoltre un significativo richiamo all'art. 1107 del codice napoleonico che affermava la validità degli accordi convenzionali seguendo il principio dell'autonomia e sottoponendoli alle regole generali del contratto.

Il codice del 1942 ha optato per una disciplina generale del contratto anziché del negozio giuridico.

Questa scelta è dovuta alla circostanza che la categoria dell'atto negoziale è talmente vasta che sarebbe stato estremamente difficile creare una disciplina valida per tutti i tipi di negozi, ed inoltre, perché il contratto, frutto dell'accordo delle parti, è considerato la principale espressione della autonomia privata.

Il negozio giuridico produce effetti unicamente tra le parti, e non ha, dunque forza di legge rispetto ai terzi.

L'elenco dei "singoli contratti" contenuto nel titolo terzo del libro quarto del codice civile del 1942, è per quell'epoca ampio ed aggiornato, anche se non sono mancate alcune critiche riguardo alla ormai scarsa rilevanza di contratti come l'anticresi o la rendita vitalizia; oppure alla ragione per la quale sia disciplinato un fenomeno

secondario come il conto corrente e non invece il conto corrente bancario.

## *2.2 Il contenuto dei contratti e l'autonomia contrattuale*

Altra questione, quella relativa al contenuto dei contratti.

Anche ad un'analisi superficiale non sfugge come la parte generale dedicata al contratto sembri più attenta alla struttura che al contenuto dello stesso.

Risulta, allora, chiara l'esigenza della giurisprudenza di ricondurre i contratti atipici ad un tipo legale per individuare per essi una disciplina.

La struttura dei tipi legali ha subito una duplice evoluzione all'interno e all'esterno del codice, dal 1942 ad oggi.

Da una parte, infatti, la disciplina legale di alcuni contratti è cambiata radicalmente (il riferimento è al contratto di lavoro subordinato), dall'altra si riscontra un notevole aumento dei nuovi tipi di contratto che si affiancano ai tipi legali del codice civile.

Il legislatore ha fuso insieme contratti civili e contratti commerciali recependo numerose figure emerse dalla prassi, e, nel complesso, ne ha dettato una disciplina dettagliata.

L'elenco dei tipi contrattuali presenti all'interno del codice si è gradualmente ampliato grazie alla ricezione di nuove figure nate dalla prassi commerciale, dalla contrattazione standardizzata (contratti bancari, somministrazione) ed infine, dalla contrattazione collettiva (contratto d'agenzia)<sup>8</sup>.

Inevitabilmente, d'altra parte, sussistono delle zone d'ombra, che il legislatore non ha direttamente disciplinato e rispetto alle quali suppliscono le raccolte di usi, analizzati da qualche tempo per i nuovi contratti ancora estranei al codice, tra cui il *leasing*, *factoring* e di recente anche il *franchising* e i contratti di pubblicità.

La giurisprudenza ha individuato numerosi nuovi contratti oltre a quelli già disciplinati nel codice civile, per esempio il contratto di parcheggio, di noleggio, di ormeggio, di procacciamento di affari, nonché il vitalizio c.d.

---

<sup>8</sup> G. De Nova, *Nuovi contratti*, Utet, Torino 1990 (2), pp. 11 ss.

improprio, il contratto autonomo di garanzia, ecc. e più recentemente, di origine anglosassone di contratti di *leasing*, *factoring*, *catering*, *engineering*, *franchising*, *merchandising*, la cessione di *know how*, e tutti i vari tipi di contratti di pubblicità e di sponsorizzazione, la concessione di vendita in esclusiva, i vari contratti di borsa, i contratti di ingaggio e di cessione di professionisti dello sport, i contratti di informatica, i contratti parasociali, i contratti costitutivi di associazioni temporanee di imprese, ecc.

Spesso, al loro interno, questi contratti ne contengono altri; si tratta di sottotipi anche molto diversi tra loro, che proprio per la loro appartenenza alla categoria dei contratti atipici mal sopportano di essere disciplinati rigidamente, essendo così necessario parlare non del contratto ma dei contratti di *leasing*: operativo, *leasing* finanziario, *lease-back*, dei contratti di pubblicità: il contratto di agenzia pubblicitaria, il contratto di diffusione pubblicitaria, il contratto di concessione pubblicitaria, dei contratti di sponsorizzazione: la sponsorizzazione propriamente detta e l'accordo di patrocinio, ecc.

La ricezione di questi nuovi contratti è avvenuta, e sta tuttora avvenendo, non senza qualche perplessità<sup>9</sup>

L'art. 1321 c.c. definisce il contratto come <<l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale>>. Attraverso l'incontro delle loro volontà le parti mirano a raggiungere un accordo che riesca a soddisfare i rispettivi interessi, spesso opposti tra di loro. L'autonomia contrattuale delle parti è la base su cui si forma il contenuto del contratto e da cui trae origine il regolamento del rapporto da esso nascente.

Il legislatore del 1942, recependo quest'esigenza di libertà nel momento della determinazione sia del contenuto che della forma ha introdotto, nel codice civile, l'art. 1322 come espressione dell'autonomia contrattuale.

Nel 1° co. di tale articolo, è sancito il principio generale che <<le parti possono liberamente

---

<sup>9</sup> Si discute, per esempio, sull'opportunità di un intervento del legislatore o sulla convenienza che sia la prassi a dettare la disciplina dei nuovi contratti; sulla possibilità di intervenire sui singoli tipi o, al contrario, di creare una disciplina generale standard; inoltre, sull'opportunità di inserire la disciplina dei nuovi contratti nel codice ovvero in leggi speciali.

determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge>>.

Nel 2° co., è ulteriormente previsto che <<le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico>>.

L'articolo codifica, da una parte, la libertà riservata ai contraenti di determinare il contenuto di un'obbligazione e, dall'altra la possibilità di combinare quest'ultimo con altre obbligazioni o prestazioni anche al di fuori dei tipi contrattuali previsti dall'ordinamento.

Il principio dell'autonomia contrattuale consente alle parti di modificare gli effetti di un contratto già perfezionato con clausole liberamente pattuite ed esterne ad esso, salvo il limite della conformità di queste alle norme imperative.

L'autonomia contrattuale individuata <<è libertà di perseguire finalità diverse da quelle perseguibili con i contratti tipici; ma è anche libertà di

perseguire con modalità contrattuali atipiche finalità già perseguibili con contratti tipici>><sup>10</sup>.

L'autonomia contrattuale può, inoltre, esplicarsi nella costruzione di contratti atipici che perseguono finalità economiche precedentemente tipizzate, ma con una struttura nuova. E' quanto emerge dalla seguente pronuncia della Corte di Cassazione, riguardante il contratto di *leasing*, la quale prevede che esso è valido anche se <<le medesime finalità possono essere raggiunte mercé un tipo contrattuale nominato, la vendita con riserva di proprietà>><sup>11</sup>.

Nel rispetto, quindi, della prevalenza del principio di autonomia le parti sono libere di seguire gli schemi previsti e regolati dal codice dei contratti tipici, oppure possono concludere contratti che non trovano un'espressa previsione della legge.

Unico limite a tale libertà di scelta è il mantenimento di quella struttura base che

---

<sup>10</sup> F. Galgano, 1988. p. 46

<sup>11</sup> Cass., 28 ottobre 1983, n. 6390, in Foro it., 1983, I, p. 2297. In questo senso anche Cass., 6 maggio 1986, n. 3023, in Foro it., 1986, I, p. 1919; Cass., 26 novembre 1987, n. 8766, in G.I., 1988, I, 1, p. 555.

costituisce l'essenza del contratto stesso così come emerge dagli artt. 1321 ss. del codice civile.

Il primo comma dell'art. 1322 c.c. prende in considerazione essenzialmente i contratti tipici, quelli cioè che hanno un nome e una disciplina giuridica specifica prevista dalla legge, e sancisce la libertà di autodeterminazione del contenuto da parte dei contraenti con il limite inderogabile della liceità.

Da ciò deriva che le parti possono scegliere liberamente di seguire in tutto la disciplina specifica riservata dal codice alla fattispecie particolare, ma possono anche determinare autonomamente la parte del contratto che non abbia carattere imperativo rimanendo sempre nel campo dei contratti tipici.

Di ciò, si trae conferma, dal secondo comma dello stesso articolo, che tratta esplicitamente i contratti atipici e che sancisce la libertà dei privati di inventare figure contrattuali nuove rispetto a quelle legali.

In questo caso, però, il controllo dell'ordinamento sul contratto, investe un profilo ulteriore e cioè quello della necessità di una verifica degli interessi effettivamente perseguiti per



mezzo del contratto atipico, necessità che non si verifica per i contratti tipici, data la “garanzia” della loro causa preventivamente tipizzata.

La ragione di questo speciale limite sulla dignità della causa del contratto atipico e quindi anche sull’opportunità dell’operazione economica è così illustrata nella relazione al codice: infatti, dal momento che <<un controllo della corrispondenza obbiettiva del contratto alle finalità garantite dall’ordinamento giuridico è inutile se le parti utilizzano i tipi contrattuali legislativamente nominati e specificatamente disciplinati: in tal caso la corrispondenza stessa è apprezzata e riconosciuta dalla legge col disciplinare il tipo particolare di rapporto e resta allora da indagare se per avventura la causa considerata non esista in concreto o sia venuta meno; quando il contratto non rientra in alcuno degli schemi tipici legislativi, essendo mancato il controllo preventivo e astratto della legge sulla rispondenza del tipo nuovo di rapporto alle finalità tutelate, si palesa invece necessaria la valutazione del rapporto da parte del

giudice, diretta ad accertare se esso si adegui ai postulati dell'ordinamento giuridico>><sup>12</sup>.

Non esiste un solo criterio distintivo tra contratti tipici e atipici.

In astratto, è tipico il contratto che trova nella legge non solo il nome ma anche la propria specifica disciplina, mentre è atipico quello che non è in alcun modo regolato dalla legge.

La distinzione, tuttavia, non è facilmente rilevabile, quando si tratta di stabilire se un accordo concreto sia qualificabile come tipico o atipico.

A questo proposito, la dottrina tradizionale ha valorizzato il profilo causale, sostenendo che la classificazione del contratto come tipico è improntata sulla causa corrispondente che è a sua volta tipica.

Da qui deriva che <<un contratto non si può considerare atipico solo in relazione alla peculiarità del suo oggetto o alla limitata frequenza statistica della sua stipulazione, ma solo in relazione alla non perfetta identità della sua causa

---

<sup>12</sup> Rel. Min. c.c., n.603.

con quella normativamente prevista e disegnata dal diritto positivo>><sup>13</sup>

Questo orientamento non sempre offre un'efficace aiuto per verificare la natura della causa nel caso concreto dato il margine di elasticità naturale del contratto, senza dimenticare tutte le difficoltà che tuttora presenta il dibattito sullo stesso concetto di causa.

### *2.3. Tipicità e atipicità*

La tipicità è da sempre considerata principio immanente al diritto.

Le norme giuridiche, con il loro carattere necessariamente astratto, colgono e fissano i comportamenti costanti e concreti che emergono all'interno dei rapporti sociali, creando un sistema di regole astratte al quale i consociati vengono vincolati.

Viene dettato un regolamento che riassume queste situazioni, che confronta e orienta la condotta dell'uomo in schemi semplificati, prevedibili e vincolanti.

---

<sup>13</sup> Cass. 23.4.80, n.2665, in RFI, 1980, *Contratto in genere*, p. 57.

La contrapposizione tra contratti tipici e contratti atipici trova fondamento nella stessa disciplina codicistica del contratto.

Il rapporto tra tipico e atipico è differente a seconda dei vari settori del diritto. Così ad esempio nel diritto amministrativo, dove il perseguimento del pubblico interesse deve svolgersi nel rispetto del principio di legalità e tipicità e il potere atipico di ordinanza, destinato a far fronte a situazioni contingibili e urgenti è ammesso soltanto in materie non coperte da riserva assoluta di legge<sup>14</sup>.

*Ma nel diritto civile, il contratto tipico è uno schema che contiene la descrizione e la disciplina di comportamenti reiterati e consolidati, e costituisce il punto d'arrivo di un processo di maturazione dei tipi di contratto sociali.*

Ai tipi legali si giunge dunque attraverso la tipicità sociale, intesa come riconoscibilità collettiva delle operazioni economiche considerate, e che è l'indizio della loro attitudine a soddisfare le nuove esigenze del commercio.

Un tipo di contratto può essere utilizzato con carattere di generalità nella prassi commerciale a

---

<sup>14</sup> Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 1997, p. 552.

prescindere dall'essere o meno disciplinato sul piano legislativo. In seguito, la continua ripetizione della stessa operazione economica porterà, inevitabilmente, i giudici a conoscere e considerare queste operazioni, ed è evidente che l'attenzione del legislatore al tipo sociale sarà suscitata in gran parte dall'opera di vaglio e di verifica della tipicità sociale svolta dalla giurisprudenza.

L'opera della giurisprudenza assume importanza poiché la creazione di diversi precedenti giurisprudenziali conformi certifica il rilievo giuridico di un contratto composto di determinate caratteristiche, attraverso un processo di riduzione della situazione esaminata in uno schema che viene applicato in analoghe evenienze, favorendo perciò la tutela giuridica del nuovo contratto<sup>15</sup>.

E' solo alla fine di questo processo che il legislatore potrà istituire un tipo contrattuale legale, dettando per esso una disciplina completa e vincolante.

Il processo di formazione del tipo legale presuppone, quindi, una tipicità sociale e una tipicità giurisprudenziale.

---

<sup>15</sup> Beduschi, 1986, p. 360.

<<La vita degli affari ha elaborato il contratto di informazioni commerciali, cui la giurisprudenza ha ormai dato un nome. La tecnica delle agenzie di viaggio ha prodotto il contratto di viaggio o contratto turistico, ulteriormente tipizzato su una convenzione tra Stati, che lo regola in quanto sia transnazionale. Le banche praticano uno sconto di cambiali, cui la giurisprudenza dà il nome di contratto di sconto cambiario>><sup>16</sup>, ecc.

Quanto all'atipicità, si noti che già il codice napoleonico adottò un principio generale di autonomia disponendo all'art. 1107 che le regole generali sul contratto sono applicabili anche ai contratti <<che non hanno denominazione propria>>.

Il codice francese influenzò profondamente il codice civile italiano del 1865: all'epoca, i contratti atipici costituivano un problema residuale, tanto che l'argomento non veniva ritenuto meritevole di un'autonoma trattazione.

Ma già negli anni '30, sul tema, cominciano a rilevarsi contributi significativi, e ciò è dovuto essenzialmente al fatto che <<le vicende della vita

---

<sup>16</sup> R. Sacco, in Rescigno P. (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino 1997, p. 539.

economica collettiva, e più specialmente la sempre maggior complessità dei rapporti economici, cui è parallelo il mutarsi ed il progredire della tecnica degli affari, come creano nuovi bisogni, così suggeriscono nuove modalità per la loro soddisfazione, e determinano forme sempre nuove e diverse di quella collaborazione economica fra i soggetti che si attua col mezzo tecnico giuridico del contratto>><sup>17</sup>.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice, e quindi dell'art. 1322 2° co., il trattamento dei contratti ha subito una modificazione, perché, affianco del generale criterio di liceità, venne aggiunto un ulteriore controllo riservato ai contratti atipici, quello, cioè, della meritevolezza degli interessi perseguiti secondo l'ordinamento giuridico.

Oggi, la pratica commerciale evidenzia un vasto utilizzo dei contratti atipici.

Finora, la dottrina prevalente<sup>18</sup> ritiene che la giurisprudenza non abbia effettuato controlli specifici sulla meritevolezza degli interessi perseguiti da questi contratti, sulla base di criteri

---

<sup>17</sup> Osti 1938, p. 68.

<sup>18</sup> Si esprimono in tal senso, tra i tanti, De Nova, *Nuovi contratti*, cit., pp. 331 ss.; R. Sacco, cit., p. 423; A. Bessone, *I contratti atipici*, in *I contratti in generale*, 1989, p. 6.

autonomi, e che abbia, spesso, limitato la propria indagine alla mera liceità, salvi i casi di manifesta contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

Anzi, secondo un costante orientamento <<gli artt. 1322 e 1323 adempiono ad una funzione ben precisa: essi impediscono al giudice di dichiarare nullo un accordo pel solo fatto che esso non rientra in nessuno dei tipi specialmente previsti dalla legge>><sup>19</sup>.

Molto spesso un contratto atipico presenta in sé elementi di un contratto tipico, a dimostrazione del fatto che il legame tra tipicità e atipicità è sempre molto stretto.

In questo caso il contratto atipico risulta parzialmente regolato con clausole tipiche.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, infatti, ha previsto che <<nei contratti atipici, ove la disciplina del rapporto è dettata principalmente dalle parti, qualora in un contratto associativo atipico venga pattuito il potere di esclusione di un associato con deliberazione adottata da tutti gli altri, in presenza di inadempimenti imputabili al primo, l'operatività della relativa clausola, quale

---

<sup>19</sup> Sacco e De Nova, *op. cit.*, p. 425.



espressione dell'intento delle parti di modellare la disciplina dello scioglimento del rapporto, rispetto all'escluso, sullo schema proprio dell'analogo istituto del contratto di società, deve essere riconosciuta anche quando le parti medesime non abbiano voluto trasformare detto rapporto associativo (atipico) in rapporto societario (tipico)>><sup>20</sup>.

Quando però le modificazioni effettuate sono tali da oltrepassare il limite costituito dal rispetto della causa, significa che le parti, esercitando il potere lo attribuito e conferito dal 2° co. dell'art. 1322 c.c. hanno creato un contratto che non appartiene ad alcuno dei tipi aventi una disciplina particolare, e proprio perché è la mancanza di tale disciplina a contraddistinguerlo, esso resta atipico anche se in parte disciplinato dagli usi.

La questione più diffusamente affrontata da parte della dottrina, in relazione al contratto atipico, è relativa alla difficoltà di stabilire la natura, le modalità e i limiti del controllo sulla meritevolezza degli interessi.

Secondo l'opinione di Betti, coerente con i principi del codice vigente, <<la liceità è bensì

---

<sup>20</sup> Cass. 16.4.1991, n. 4032.

condizione necessaria, ma non condizione sufficiente di per sé sola a giustificare il riconoscimento del diritto. Per ottenere questo la causa deve rispondere anche ad un'esigenza durevole della vita di relazione, ad una funzione di interesse sociale, che solo il diritto – attraverso l'apprezzamento interpretativo della giurisprudenza – è competente a valutare nella idoneità a giustificare positivamente la sua tutela>><sup>21</sup>.

L'esigenza di un sindacato sul merito degli interessi perseguiti portò, in seguito, la dottrina ad affermare un giudizio improntato sui principi costituzionali e sulle norme comunitarie, facendo coincidere l'utilità sociale con il rispetto dell'ordine pubblico.

La giurisprudenza, invece, con particolare riguardo all'art. 3 della Costituzione, si è più volte espressa osservando che la parità di trattamento non può invadere la sfera di autonomia negoziale ed incidere sull'assetto economico che i privati hanno raggiunto in sede contrattuale<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Betti 1950, p. 192.

<sup>22</sup> Corte cost., 10 giugno 1966, n. 65, in RDA, 1967, II, p. 85; Cass., Sez. U., 29 maggio 1993, n. 6030 e 6031, in *Giust. Civ.*,

La natura dell'interesse, in quanto meritevole di tutela è di difficile identificazione.

Tale indagine deve riferirsi all'utilità del nuovo contratto e perciò alla sua rilevanza ed apprezzabilità giuridica.

Il controllo deve essere mirato all'individuazione della causa giustificativa dell'operazione astrattamente considerata, la quale, mentre esiste per definizione nei contratti tipici, può mancare in quelli atipici.

Tuttavia, al di là della concreta difficoltà di individuare autonomamente la meritevolezza dell'interesse e il controllo di liceità, la giurisprudenza precisa che sul piano pratico il <<contrasto con le norme imperative implica, prima che l'invalidità del negozio, la sua immeritevolezza di tutela [...]. Una volta concluso con esito negativo il controllo di liceità, può apparire inutile passare all'altro, già bastando uno solo di essi a negare effetti giuridici al negozio>><sup>23</sup>

Tuttavia la questione relativa alla meritevolezza degli interessi, tanto dibattuta in dottrina, non

---

1993, I, p. 2341; Cass., 11 novembre 1976, n. 4178, in *Foro it.*, 1977, I, p. 403.

<sup>23</sup> Cass., 5 luglio 1971, n. 2091, in *Foro it.*, 1971, I, p. 2195.

suscita la stessa attenzione in giurisprudenza, sempre più orientata a sovrapporvi il controllo di liceità ed, in particolare, a compiere l'operazione giuridica della tipizzazione del contratto atipico.

Ma entrando nel vivo del discorso, l'art. 1325 scompone il contratto, come noto, in quattro distinti “ requisiti essenziali”, che sono l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto, la forma.

Per concludere e perfezionare un contratto è necessario che siano rispettati detti requisiti essenziali, e proprio ai fini della sua validità: deve essere raggiunta una piena e totale coincidenza tra le dichiarazioni di volontà delle parti non solo sui punti essenziali, ma su ognuno dei suoi elementi, siano essi essenziali o secondari.

L'oggetto, che in quanto cosa o diritto che il contratto trasferisce da una parte all'altra oppure prestazione che una parte si obbliga ad eseguire a favore dell'altra,

deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile, come previsto dall'art. 1346 c.c.

*Il principio generale del moderno sistema dei contratti è quello della libertà delle forme.*

Abbandonato quasi totalmente (fatta eccezione per i contratti immobiliari, per le clausole

vessatorie ed altri casi espressamente previsti dalla legge) quel rigoroso formalismo che aveva caratterizzato il contratto in epoca anteriore alle codificazioni moderne, perché il contratto sia valido e produttivo di effetti, è sufficiente che la volontà delle parti si sia manifestata, non rilevando più il modo o la forma della dichiarazione.

La causa è la funzione economico-sociale del contratto, come la definiscono le relazioni preliminari al codice civile, e costituisce la <<giustificazione della tutela dell'autonomia privata>><sup>24</sup>, e un <<vincolo al potere della volontà individuale>><sup>25</sup>.

Il bene e il diritto non si trasferiscono e l'obbligazione non sorge se nel contratto manca la causa, la sua giustificazione economico-sociale.

Così dall'art. 1470 si evince che funzione economico-sociale della vendita è lo scambio della cosa con il prezzo: in questo contratto tipico la proprietà della cosa si trasferisce attraverso la sussistenza e la combinazione sia della comune e coincidente volontà dei contraenti, requisito soggettivo, sia attraverso l'ulteriore fatto che al

---

<sup>24</sup> Relazione del guardasigilli al re, nn. 8, 79.

<sup>25</sup> Relazione del guardasigilli al re, nn. 193-94.

passaggio del bene dal venditore al compratore corrisponde l'obbligo di quest'ultimo di pagarne il prezzo.

Nel contratto di donazione (art. 769), per esempio, la causa è lo spirito di liberalità che si concretizza nel dare o nel promettere di dare a titolo gratuito. Così, ancora, causa della permuta (art. 1552) è lo scambio di cosa con cosa, e del contratto di lavoro (art. 2094), è lo scambio della prestazione del lavoratore contro la retribuzione in denaro per il lavoro eseguito.

Questa concezione della causa in senso oggettivo, quindi come funzione economica del contratto, è dominante in giurisprudenza come in dottrina a partire dagli anni '60.

La Corte di Cassazione ne dà una chiara descrizione nella sentenza n. 1244 del 18 febbraio 1983, definendola come <<la funzione economico-sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce rilevante ai fini della tutela apprestata>>.

I contratti tipici, in quanto regolati e disciplinati direttamente dalla legge, hanno dunque tutti una causa (tipica).

Tali contratti sono tipici perché il legislatore ha già svolto un controllo preventivo sulla liceità e meritevolezza della causa di ciascuno di essi.

Non si pone, quindi, per essi, il problema di accertare la sussistenza di una funzione economico-sociale, in quanto tale questione è già stata risolta positivamente nel momento in cui il legislatore li ha inseriti e regolati nel codice civile, nella categoria dei contratti tipici.

Il problema si pone successivamente quando si tratta di accertare se alla base dell'operazione economica voluta dalle parti ci sia o meno una causa conforme a quella tipica del modello astratto.

Un caso di scuola è quello dell'acquisto di cosa propria, dove la funzione dello scambio, pur presente nel modello legale e astratto della vendita, non ha avuto modo di esplicarsi poiché il compratore non riceve nulla in cambio del presso e di conseguenza il contratto è nullo ai sensi dell'art. 1418, che indica le cause di nullità del contratto, e 1325, che ne indica i requisiti essenziali.

In questo caso, nonostante sia tipico, il contratto è nullo per mancanza di causa. A tale riguardo la Cassazione ha disposto che «la causa, posta

direttamente dalla norma per ciascun contratto tipico, deve essere presente anche nel contratto tipico concretamente posto in essere, il quale deve avere una funzione concreta che corrisponda ad una delle funzioni tipicamente ed astrattamente determinate>><sup>26</sup>.

Lo stesso vale , per esempio, per la fideiussione quando manchi in concreto il debito garantito, e così pure per l'assicurazione senza rischi oppure per la novazione in caso di inesistenza dell'obbligazione originaria.

Per essi il giudice è chiamato ad accertare, in applicazione dell'art. 1322, comma 2°, se <<siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico>>, dovrà quindi individuare in che cosa consista l'accordo tra le parti , il loro scopo e accertare se il modello concreto di operazione economica non previsto dalla legge sia conforme ai principi dell'ordinamento.

Nei contratti atipici la causa può mancare quando la volontà dei privati si indirizza verso uno scopo non meritevole di tutela, per esempio quando gli interessi perseguiti risultano futili o

---

<sup>26</sup> Cass. 23 maggio 1987, n. 4681 in *GI*, 1988, I.



inidonei a far sorgere un vincolo giuridico, come accade nelle obbligazioni naturali.

Il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2°, diventa in questo modo il passaggio obbligato per l'immissione di contratti atipici nell'ordinamento giuridico

Al riguardo la giurisprudenza e la dottrina sono concordi con le considerazioni sviluppate nella relazione al re, secondo cui <<in ogni singolo rapporto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio realizza, per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall'ordinamento possa veramente attuarsi, avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare>><sup>27</sup>.

La giurisprudenza ha poi espresso il proprio punto di vista dichiarando che <<è chiaro che la causa nei negozi tipici, previsti, ammessi e disciplinati dal legislatore, non può per definizione che essere lecita; e che quindi, allorché il legislatore (artt. 1343, 1418 c.c.) parla di contratti affetti da nullità per illiceità della causa, intende la

---

<sup>27</sup> Rel. Min. c.c., n. 614.

causa in senso diverso da quello oggettivo sopra delineato, cioè in senso almeno prevalentemente soggettivo, quale scopo e intento comune ai contraenti di usare, o meglio dire, di abusare della funzione strumentale del negozio tipico, per conseguire o tentare di conseguire una modificazione della situazione giuridica preesistente, non ammessa dall'ordinamento giuridico.

Riprovano tale intento, ad esso la legge reagisce attraverso la sanzione di nullità. Nei negozi o contratti atipici o innominati, poi, il concetto di causa di per sé si avvicina, se pure non identifica, con il concetto dell'intento comune delle parti di ottenere una modificazione della situazione giuridica preesistente, intento che il legislatore protegge in via generale, soltanto quale lecita premessa perché socialmente utile, espressione dell'autonomia contrattuale; cosicché ove il legislatore riprovi, invece, quella modifica cui le parti tendono, la causa è direttamente illecita, e come tale, non può trovare protezione nell'ordinamento giuridico>><sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Cass. 29.4.1961, n. 985, in *Foro it.*, 1962, I, p.765.

Tale orientamento aderisce alla previsione della nullità del contratto, indifferentemente tipico o atipico, per difetto di causa espressamente indicata negli artt. 1418 e 1325 c.c., ed è stata ribadita dalla giurisprudenza che ha affermato che <<si ha mancanza di causa, che invalida il contratto, quandola funzione tipica di questo è impedita *ab origine* oppure quando i contraenti, pur dichiarando di voler un dato negozio, non prevedono o deliberatamente escludono un elemento essenziale al tipo prescelto. In tema di compravendita può parlarsi di mancanza di causa se nessun prezzo è voluto dalle parti, ma non se il compratore non paga il prezzo pattuito: in tale ipotesi il rimedio esperibile è la risoluzione per inadempimento e non già la mancanza di causa>><sup>29</sup>.

Il problema della illiceità della causa (art. 1343) non ha ragione di porsi in astratto nei contratti tipici, in caso contrario si parlerebbe per assurdo di illegalità della causa legale, mentre nel contratto concreto ricondotto al modello legale la causa potrebbe essere illecita se il contratto persegue fini diversi da quelli ammessi.

---

<sup>29</sup> Trib. Messina 18.8.1961, in *GS*, 1962, p. 68.

Il 1° comma dell'art. 1322 c.c., sancisce il principio generale, riferito essenzialmente ai contratti tipici, della libertà dei privati di determinarne il contenuto con un limite di liceità, il che significa che i contraenti hanno il potere di modificare la disciplina legale particolare del contratto tipico quando essa non abbia carattere imperativo.

Il 2° comma dello stesso articolo, riguardante soltanto i contratti innominati, sancisce la libertà dei privati di inventare *ab origine* figure contrattuali nuove, non prefissate, ma in questo caso il controllo dell'ordinamento è diretto a verificare se gli interessi perseguiti con il contratto atipico sono meritevoli di essere tutelati, requisito garantito in astratto dalla causa del modello atipico. L'ulteriore prova sulla dignità e utilità economica della causa atipica è illustrata chiaramente nella relazione al codice: «un controllo della corrispondenza obbiettiva del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico è inutile se le parti utilizzano i tipi contrattuali legislativamente nominati e specificatamente disciplinati: in tal caso la corrispondenza stessa è apprezzata e riconosciuta

dalla legge col disciplinare il tipo particolare di rapporto e resta allora da indagare se per avvenuta la causa considerata non esista in concreto o sia venuta meno; quando il contratto non rientra in alcuno degli schemi tipici legislativi, essendo mancato il controllo preventivo e astratto della legge sulla rispondenza del tipo nuovo di rapporto alle finalità tutelate, si palesa invece necessaria la valutazione del rapporto da parte del giudice, diretta ad accertare se esso si adegui ai postulati dell'ordinamento giuridico>><sup>30</sup>.

Questo potere di controllo sull'autonomia contrattuale non è ugualmente attribuito al giudice a protezione degli interessi pubblici, funzione riservata dalla legge all'autorità governativa.

Sulla scia del consolidato indirizzo che considera la causa un elemento essenziale per tutti i contratti, la cui mancanza rende nullo il contratto concreto, la Cassazione si è trovata a dirimere controversie in ordine alla validità di accordi aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà di un bene immobile senza che da ciò risultasse la *expressio causae* dell'attribuzione patrimoniale.

---

<sup>30</sup> Rel. Min. c.c., n. 603.

E' stato ribadito che <<la semplice e unilaterale attribuzione patrimoniale non può in alcun caso assurgere a causa giuridica del negozio, in quanto non consente di verificarne lo scopo e di stabilirne, di conseguenza, la rilevanza socio-economica e, in ultima analisi, la liceità; ne consegue che il contratto col quale si trasferisca ad altri un bene, senza specificazione del titolo di tale trasferimento non è assumibile, perciò, nella nozione di contratto atipico e resta, quindi un atto nullo per mancanza di causa>><sup>31</sup>.

Un'altra causa di nullità è prevista nell'art.1418 2° co., il quale indica tre ipotesi distinte: illiceità della causa, illiceità dell'oggetto e illiceità dei motivi.

<<Il concetto di illiceità esprime una contraddizione del contratto all'ordinamento giuridico più forte di quella espressa dalla sua contrarietà a norme imperative<<<sup>32</sup>.

L'art. 1343 c.c., riferendosi alla causa, ne prevede l'illiceità quando essa è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.

---

<sup>31</sup> Cass. 20.11.1992, n. 12401, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2759.

<sup>32</sup> F. Galgano, *op. cit.*, p. 286.

Così, anche in riferimento al contratto di lavoro, la illiceità della causa è stata ravvisata quando le parti <<con l'uso di uno schema negoziale tipico, abbiano direttamente perseguito uno scopo contrario alle norme imperative o all'ordine pubblico – alle norme fondamentali e generali, cioè ai principi basilari pubblicistici dell'ordinamento – ovvero al buon costume>><sup>33</sup>.

L'illiceità della causa si differenzia da quella dell'oggetto, in quanto investe non la cosa o la prestazione dedotta nel contratto, ma la funzione del contratto stesso. Il contratto con il pubblico funzionario, perché compia, verso corrispettivo in denaro, un atto contrario ai suoi doveri, è nullo per illiceità dell'oggetto; il contratto con lo stesso ufficiale perché compia, sempre verso corrispettivo un atto rientrante tra le sue mansioni, è nullo per illiceità della causa in quanto è illecito ricevere danaro per quella prestazione da parte del funzionario<sup>34</sup>.

Un'altra ipotesi di illiceità della causa è considerata quella dei contratti conclusi in frode alla legge (art. 1344).

---

<sup>33</sup> Cass. 11.1.1973, n. 68, in *FP*, 1974, I, p. 115.

<sup>34</sup> F. Galgano 1993, p. 291.

E' considerato in frode alla legge, il contratto che costituisce <<il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa>>.

L'aspetto causale, rispetto a tutti i contratti, assume un valore diverso nei contratti tipici solo in astratto, nel senso che l'appartenenza di questi ad un modello legale assicura di per sé la giustificazione sociale e giuridica dell'operazione economica, salvo che essa sia *ab origine*, irrealizzabile, o che persegua interessi disapprovati dall'ordinamento giuridico, ipotesi che la rendono in concreto assente o illecita.

Nei contratti atipici, invece, mancando una previsione legale, spetta al giudice il doppio compito di controllare la dignità sociale e la liceità.

Pertanto, è la causa concreta che deve essere considerata per stabilire, o provare a stabilire, se un contratto è tipico o atipico.

La più antica giurisprudenza si accontentava di constatare se un contratto atipico violasse o meno qualche norma di legge, più di recente si è giunti a non trascurare mai l'intento pratico perseguito dalle parti confrontandolo con la funzione astratta del contratto tipo.



Infatti, la giurisprudenza ha precisato che <<pur non ripudiandosi il concetto astratto ed obbiettivo di causa come funzione economico-sociale del negozio, funzione posta direttamente dalla norma per contratto tipico e presente pur nei contratti atipici attraverso il limite della rispondenza concreta ad una delle funzioni astratte degne di tutela secondo l'ordinamento, devesi però ammettere che tale funzione non deve rimanere nel limite dell'astrattezza, ma deve essere presente anche nel contratto, pur tipico, concretamente posto in essere: quest'ultimo cioè deve avere una funzione concreta, obbiettiva, che corrisponda ad una delle funzioni tipicamente ed astrattamente determinate, come nell'ipotesi del contratto atipico la causa creata dalle parti deve rientrare in una delle funzioni degne di tutela>><sup>35</sup>.

Sulla stessa linea, la Cassazione torna ad occuparsi della questione della causa del contratto di *leasing*, precisando che <<l'intento rilevante nel contratto di *leasing* è quello tenuto presente dalle parti al momento della stipulazione del contratto e che, se le parti hanno preso in considerazione la funzione traslativa, questa ben può influenzare la

---

<sup>35</sup> Cass. 11.1.1973, in *FP*, 1974, I, p. 115.

causa del contratto in quanto la causa, per quanto sia da considerare obiettivamente, opera secondo la volontà delle parti e non indipendentemente da questa>><sup>36</sup>.

La contrapposizione tra contratti tipici e contratti atipici trova fondamento nella stessa disciplina codicistica del contratto.

Il legislatore ha infatti operato una precisa distinzione tra l'insieme delle regole relative ai “contratti in generale” (titolo II del libro IV) e quelle relative unicamente ai “singoli contratti” (titolo III del libro IV), dettando poi per ciascuno di essi una regolamentazione particolare.

Questa differenziazione trova puntuale riscontro negli articoli 1322, 2° co., e 1323 c.c.

A prima vista la contrapposizione non sembra creare particolari difficoltà, in quanto per contratti tipici si intendono anzitutto i “singoli contratti” che trovano nel codice, principalmente nel titolo III del libro IV (ma vari contratti sono regolati altrove, nel libro II come la donazione o nel IV come il contratto di lavoro, il contratto di società, il contratto d'opera, ed altri ancora in leggi speciali

---

<sup>36</sup> Cass.4.7.1997, n. 6034, in Giust. civ., 1998, I, p. 135.

come il contratto di edizione<sup>37</sup>), la loro disciplina particolare; e per contratti atipici, i contratti che le parti possono stipulare liberamente in base al principio di autonomia, a condizione che tali contratti siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e che sono disciplinati dalle norme generali contenute nel titolo II.

In realtà, invece, questo sistema lascia nell'ombra alcuni aspetti problematici e di non sempre agevole soluzione.

Infatti: la qualifica di un'operazione contrattuale come rientrante in un "tipo" piuttosto che in un altro comporta l'applicazione di una diversa disciplina, con la conseguenza di attribuire differenti *naturalia negotii*, cioè <<tutti quegli effetti che, pur non dipendendo direttamente dalla volontà delle parti, si reputano conseguenti a tale tipo di contratto, finché le parti non li abbiano esclusi. Ascrivere un contratto ad un tipo piuttosto che ad un altro significa in buona sostanza attribuirgli questi piuttosto che quegli altri *naturalia*>><sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> F. Galgano, *op. cit.*, 1993, p. 133.

<sup>38</sup> Sacco, *op. cit.*, 1997, p. 540.

Inoltre alcuni tipi di contratti presentano caratteri generali estremamente ampi, tanto che il legislatore ha previsto all'interno degli stessi ulteriori figure, convenzionalmente denominate "sottotipi", tra cui, per esempio, in tema di vendita, ha creato <<sottotipi della vendita di cose mobili, con riserva di gradimento, a prova, a campione, con riserva della proprietà, su documenti, con pagamento contro documenti, a termine, di titoli di credito, di cose immobili, di eredità>><sup>39</sup>.

Innanzitutto è necessario chiarire la natura della relazione tra diritto generale e diritto speciale.

A tale proposito è da rilevare che le norme speciali, in quanto tali, sussistono solo se sussistono quelle generali; la norma speciale è tale solo se viene posta in relazione ad una norma generale che ne determina l'ambito.

<<L'attributo della specialità deriva da un giudizio di comparazione tra due norme. Isolatamente considerata, nessuna norma può dirsi speciale>><sup>40</sup>.

Il legislatore del 1942 ha adottato per la regolamentazione dei contratti esattamente questo

---

<sup>39</sup> Clarizia, *I contratti di finanziamento*, 1988, p. 2.

<sup>40</sup> Irti 1979, p.43.

sistema, da cui risulta evidente la combinazione tra norme sui contratti in generale, comuni a tutti i contratti e che si applicano a ciascuno di essi, e le norme sui singoli contratti, valide solo per i contratti cui si riferiscono, <<per il che il primo gruppo costituisce un indispensabile, anche se non sempre avvertito, presupposto del secondo gruppo>><sup>41</sup>.

La locuzione “norme generali”, secondo l’insegnamento tradizionale, indica norme comuni, <<tali cioè da apparire suscettibili di essere applicate ad ogni singolo contratto in concreto: epperò in concorso (e non in antitesi) con le norme particolari, che sono, invece, dettate *ratione materiae*, e in tale ultimo significato, quella locuzione sta sul medesimo piano normativo di queste ultime. [...]; Infatti la disciplina giuridica di ogni singolo contratto poggia su un corrispondente substrato, che è di natura economica e dà l'impronta della finalità (o funzione) di esso>><sup>42</sup>.

Dunque la disciplina dei contratti tipici risulta dalla combinazione delle regole generali, che

---

<sup>41</sup> Messineo, *op. cit.*, p. 787.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

costituiscono una sorta di reticolato normativo fermo e rigido nei suoi elementi costitutivi, con quelle specifiche di ciascun contratto, che rispondono all'esigenza evolutiva della materia attraverso la ricezione del nostro ordinamento di nuove figure contrattuali<sup>43</sup>.

Nel delineare la disciplina dei contratti tipici bisogna peraltro registrare la tendenza a non riconoscere più carattere speciale alle norme sui singoli contratti, non operando così il divieto

---

<sup>43</sup> Quanto esposto finora vale quasi sempre ci sono casi, infatti, che si discostano dalla disciplina tradizionale e che si comportano diversamente. Può avvenire che norme dettate per i singoli contratti risultino applicabili a più tipi: un esempio riguarda la garanzia decennale a carico dell'appaltatore (art. 1669), estesa dalla giurisprudenza al costruttore e al venditore. Anche la disciplina generale dei contratti può contenere norme applicabili solo a sottocategorie, per esempio le norme sulla risoluzione valgono solo per i contratti a prestazioni corrispettive (art. 1463 ss.), oppure norme generali limitate da formule che le circoscrivono ai casi in cui esse sono consone alla "normale natura dell'affare" (art. 1327 c.c.). Quando una fattispecie concreta presenti elementi astrattamente riconducibili sia ad una norma generale, sia ad una norma relativa al singolo contratto, quando sussistono i presupposti per l'applicazione della disciplina particolare, è quest'ultima che si applica, non la disciplina generale, in applicazione del principio che le norme speciali derogano a quelle generali che hanno in questi casi una funzione meramente sussidiaria e residuale. Tuttavia non è detto che le due norme siano sempre in conflitto, può infatti accadere che si integrino a vicenda, formando una nuova norma che risulta dalla combinazione di entrambe.

generale previsto dall'art. 14 disp. prel. c.c., riguardante l'inapplicabilità analogica delle norme relative a singoli contratti, con la conseguenza che le norme dettate per un tipo possono essere applicate anche ad un contratto diverso.

A questo punto si aprono molteplici possibilità, ed infatti <<e' forte la tentazione di applicare al contratto d'opera la disciplina, pur eccezionale, dell'appalto. E' forte la tentazione di applicare al contratto atipico la disciplina, anche eccezionale, al tipo affine, piuttosto che la norma di parte generale>>.44.

Per quanto riguarda i contratti atipici, l'indicazione fornita dall'art. 1323 c.c. (secondo cui a tale contratti si applica la disciplina dettata nel titolo II), non è da sola in grado di esaurire la questione, anche a causa del fatto che <<il contratto atipico, cui applicare le sole regole generali contenute negli artt. 1321 - 1469 del codice civile, non ha mai fatto apparizione in un ufficio giudiziario!>>45.

---

<sup>44</sup> De Nova, *op. cit.*, p. 332.

<sup>45</sup> Sacco e De Nova, *op. cit.*, p. 425.

La necessità di ampliare e di integrare la disciplina del contratto in generale è sempre stata chiara alla dottrina, e già nel codice abrogato, per supplire a questa mancanza, si evidenzia l'alternativa del c.d. "assorbimento" del contratto atipico nel contratto tipico che contenesse il maggior numero di elementi comuni, e la tecnica della "combinazione" delle discipline dei vari contratti tipici di cui il contratto tipico riproducesse le caratteristiche qualificanti.

Le sopra citate posizioni sono state oggetto di numerose critiche e riserve, e soprattutto non sono state in grado di proporre un criterio esaustivo e coerente al problema.

In conclusione, <<il lineare rapporto tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti, che leggiamo nell'art. 1323 c.c. non è mai stato rispondente al diritto positivo, e tantomeno lo è oggi, di fronte ad una indubbia frammentazione della figura del contratto e ad un palese tendenza centrifuga verso discipline di singoli contratti sempre più lontane dalla disciplina generale>><sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> De Nova, *Il tipo contrattuale*, 1994, UTET, p. 9.



Emerge, da tali considerazioni, che una parte della dottrina considera il rapporto tra parte generale e parte speciale non più chiaro e lineare ma quasi una sorta di analitica regolamentazione non rispondente alle esigenze della società moderna. Un'altra parte, al contrario, non considera un <<utile approccio al tema un impostazione che privilegi il dato meramente economico e sociologico. [...] La creazione di una parte generale e la sua teorizzazione non significano affatto negazione delle eterogeneità che corrono, che devono correre, nella disciplina di situazioni economicamente irriducibili>><sup>47</sup>.

### *3. Gli usi normativi e gli usi negoziali: loro interferenza nella formazione del contratto*

Ma il contenuto del contratto non è solo, come disciplinato nell'art. 1321 c.c., frutto dell'accordo delle parti, ma piuttosto il risultato della interazione di una pluralità di fonti.

Il codice civile esprime questa pluralità di fonti nel contratto , e all'art. 1374 enuncia il generale

---

<sup>47</sup> Benedetti 1992, p. 76.

principio secondo il quale <<il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità>>.

Vengono quindi indicate quattro fonti del regolamento contrattuale.

A differenza dell'integrazione legale che, operando in forza di una norma imperativa, sostituisce una clausola difforme con la legge, l'integrazione mediante gli usi presuppone una carenza nel regolamento, voluta o non voluta dalle parti.

Secondo la Cassazione<sup>48</sup>, il giudizio sulla sussistenza della lacuna appartiene al giudice di merito e non è sindacabile in sede di legittimità.

L'art. 1374 non è l'unica norma che pone gli usi in rapporto con il contratto: secondo l'art. 1340 c.c. <<le clausole d'uso s'intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti>>, inoltre secondo l'art. 1368 c.c. <<le clausole ambigue si interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso>>, salvo che una delle parti sia un

---

<sup>48</sup> Cass. 26.9.1977, n. 4093, in *Foro It.*, 1977, I.

imprenditore, nel qual caso il comma 2° dispone che vale <<ciò che in pratica generalmente nel luogo in cui ha sede l'impresa>>.

Ancora, l'art. 1362 dispone che per la ricostruzione della comune intenzione delle parti è necessario andare oltre il significato letterale delle parole contenute nel contratto, ma occorre <<valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto>>.

L'art. 1340 c.c. prevede l'integrazione del contratto mediante <<clausole d'uso>>, cioè usi negoziali che per il fatto di essere comunemente applicati in un certo luogo, per un determinato tipo di affari, presentano il carattere della generalità proprio dell'uso, prescindono dai requisiti (generalità e opinio iuris ac necessitatis) propri degli usi normativi, obbligano le parti anche se da esse ignorati e prevalgono sulle stesse norme di legge aventi carattere dispositivo, sempre che siano idoneamente provati<sup>49</sup>; gli usi negoziali sono un mezzo d'interpretazione della volontà dei contraenti ambiguamente espressa, e d'integrazione della medesima con le clausole che,

---

<sup>49</sup> Cass. 19.4.1980, n. 2853, in *Giur. It.*, 1981

abituamente praticate nella zona, si presumono volute dalle parti<sup>50</sup>.

Presupposto per l'applicazione di tali clausole, è la presenza di una lacuna nel contratto, intesa sia con riferimento a vuoti di regolamentazione da parte della legge, sia a vuoti di contenuto da parte dell'autonomia privata.

L'inserimento delle clausole d'uso non avviene quando le parti, pur non avendo previsto clausole aventi lo stesso contenuto, non le hanno volute, cioè ne hanno escluso l'operatività: se la volontà delle parti si è manifestata solo in tale senso negativo, la lacuna permane ma diviene allora applicabile la regola del diritto dispositivo.

*Le clausole d'uso trovano applicazione anche se non conosciute dalle parti.*

Si tratta di un'integrazione oggettiva, non fondata sulla conoscenza o sulla volontà dei contraenti di avvalersene e che opera sulla base della mancata esclusione: il contenuto dell'accordo si determina infatti alla luce dell'esperienza e della pratica negoziale di un certo settore d'affari.

Nello svolgimento dell'attività commerciale, le contrattazioni diventano sempre più sollecite e

---

<sup>50</sup> Cass. 1958, n. 3267, in *Giust. civ.*, 1969.

frequenti, e richiedono una maggiore semplificazione. Per cui, per evitare che i contraenti debbano ripetere ogni volta tutte le pattuizioni ormai consolidatesi come pratica corrente, si considerano automaticamente inserite nel contratto le clausole d'uso relative al contratto in questione.

Nessun problema si pone quando l'uso non contrasta con la norma di legge ma ne specifica il contenuto.

Il problema sorge, invece, quando l'uso negoziale contrasti con il diritto positivo, nel qual caso la dottrina è giunta a riconoscere la prevalenza degli usi. Il fondamento di detta deroga risiede nello stesso art. 1340 c.c., che ha conferito una certa elasticità alla disciplina dei contratti, consentendo di colmare le eventuali lacune con le clausole che nascono dall'esperienza di un dato ramo del mercato, e che per questo risultato particolarmente adatte a regolare gli interessi dei contraenti.

Quindi l'uso negoziale, come anche l'atto di autonomia privata, può derogare alla norma dispositiva, a differenza dell'uso negoziale deve essere data dalla parte che ne chiede l'applicazione, in base al principio generale

contenuto nell'art. 2697 c.c.; al contrario l'uso normativo beneficia del principio *iura novit curia*, e deve essere applicato d'ufficio dal giudice anche in assenza di prova della parte. Anche sotto tale profilo è possibile quindi individuare una differenza tra usi negoziali ed usi normativi.

L'esistenza dell'uso è chiaramente esclusa nel caso di <<complesse ed elaborate disposizioni>>, che a volte <<scoprono assai ingenuamente la loro natura di pure e semplici condizioni (clausole) contrattuali unilateralmente redatte, e proposte a più o meno ignari e consenzienti contraenti>><sup>51</sup>.

Comunque, <<qualora l'esistenza di un determinato uso negoziale od interpretativo venga provata mediante l'esibizione della raccolta ufficiale della camera di commercio, il giudice del merito non può ritenere operante un uso di contenuto diverso, in base alla generica notorietà del medesimo, occorrendo, a tal fine, una dimostrazione concreta e rigorosa, idonea a contrastare l'efficacia probatoria di detta raccolta>><sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Scialoja, *Natura ed efficacia di c.d. usi Cotonieri*, p. 365.

<sup>52</sup> Cass. 26.9.1977, n.4093, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II

La prova degli usi deve essere fornita con riferimento a clausole determinate, di conseguenza si tende ad escludere che intere regolamentazioni possano essere considerati usi negoziali.

L'esclusione delle clausole d'uso può avvenire sia espressamente, mediante una manifestazione di volontà contraria, sia tacitamente, nel qual caso occorre fare riferimento al comportamento delle parti, durante la trattativa o successivo alla conclusione del contratto.

Per quanto riguarda la forma di tale esclusione, si ritiene che, nel silenzio della legge, essa non debba necessariamente essere espressa, ma che possa anche risultare implicitamente per l'incompatibilità delle clausole d'uso con la regolamentazione e lo scopo del contratto.

Molto discusso è il problema dell'applicabilità della disciplina dettata per le clausole vessatorie alle clausole d'uso.

Si tratta di stabilire se il requisito della specifica approvazione, previsto dall'art.1341, comma 2° c.c., per le clausole vessatorie contenute nelle condizioni generali del contratto debba valere anche per gli usi negoziali che rivestano le caratteristiche proprie delle clausole vessatorie.

Per la giurisprudenza <<la clausola contrattuale, che preveda la regolamentazione del rapporto secondo una determinata raccolta di usi (nella specie, usi di vendita dei filati, editi dall'associazione cotoniera italiana), è idonea a rendere applicabili tali usi, senza che possa richiedersi, nel caso di onerosità del loro contenuto, la specifica approvazione per iscritto contemplata dall'art. 1341, riguardando questa norma la diversa ipotesi delle condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti>><sup>53</sup>.

Parte della dottrina ha sottolineato la sostanziale affinità esistente tra gli usi negoziali e la disciplina dell'art. 1341, comma 2° c.c., in relazione alla stessa predisposizione “in via di fatto” della clausola vessatoria, almeno nell'ipotesi in cui l'aderente sia estraneo ad un determinato campo del mercato, come accade nei rapporti tra operatori economici e consumatori.

Appare in questi casi evidente la necessità di tutelare il consumatore <<giacché il contenuto della clausola e l'unilateralità della sua formazione da parte della categoria di mercato interessata impongono una espressa valutazione della clausola

---

<sup>53</sup> Cass. 14.3.1986, n.1729, in *Foro it.*, 1986, II



da parte dell'aderente>><sup>54</sup>, soprattutto se l'inserimento dell'uso determina un regolamento d'interessi sfavorevole per una delle parti.

Il carattere vessatorio di una clausola viene individuato in base alla combinazione di previsioni di carattere generale, il significativo squilibrio e la buona fede, con previsioni specifiche, come l'elenco di clausole vessatorie malgrado trattativa.

L'art. 1469-bis c.c. qualifica come vessatorie le clausole, contenute in un contratto in cui l'imprenditore e/o il professionista venda beni o preli servizi al consumatore aderente, che, <<malgrado la buona fede, determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto>><sup>55</sup>.

Il quarto comma dell'art. 1469-ter c.c. indica come ulteriore presupposto per l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore, l'assenza di una trattativa individuale.

Pertanto una clausola contrattuale inserita in un contratto concluso tra un professionista ed un

---

<sup>54</sup> Inzitari, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, p. 360.

<sup>55</sup> La stessa Relazione al codice civile, al paragrafo n. 612 stabilisce che <<è dominata dall'obbligo di correttezza e da quello di buona fede (in senso oggettivo) la materia delle trattative contrattuali e quella concernente i contratti per adesione>>.

consumatore, anche quando determini uno squilibrio normativo, non potrà essere considerata vessatoria se sia stata oggetto di trattativa individuale.

La giurisprudenza è particolarmente attenta e copiosa riguardo al rapporto di lavoro subordinato. Gli usi aziendali sono riconducibili non alla figura degli usi normativi previsti agli artt. 1, 4 e 8 preleggi, bensì a quella degli usi negoziali, di cui all'art. 1340 c.c.

A seguito di numerose pronunce, di segno non univoco, la più recente giurisprudenza ha operato un *revirement*: si consideri infatti, nel caso di specie, che l'uso aziendale di licenziare i dipendenti alla scadenza del sessantesimo anno di età, se uomini, e al cinquantesimo anno, se donne, ha carattere di uso negoziale, non già di uso normativo<sup>56</sup>.

Il comportamento tenuto da un singolo datore di lavoro, se spontaneamente tenuto nel tempo in relazione ad una determinata collettività di lavoratori, si qualifica come uso aziendale e fa sorgere delle obbligazioni soltanto nei confronti dei soggetti, già parte del rapporto, ossia dei lavoratori

---

<sup>56</sup> Cass. 17.2.1978, n. 782, in *Riv. giur. lav.*, 1978, II, p. 504.

già occupati, e non anche nei confronti, per esempio, dei lavoratori futuri, con i quali, viceversa, il datore potrà stipulare accordi differenti, senza che su di essi possano prevalere i diversi e più favorevoli usi aziendali.

Questi ultimi invece, limitatamente ai lavoratori già occupati, si inseriscono nei contratti individuali di lavoro come clausole più favorevoli, con la conseguenza di rimanere immutati nonostante le eventuali modificazioni *in peius* introdotte da accordi o contratti collettivi successivi, a meno che i suddetti lavoratori non li ratifichino anche solo con un comportamento concludente.

La manifestazione di volontà della parte contraria all'inserimento nel contratto di clausole d'uso non ha effetto se interviene dopo la conclusione del contratto, che, una volta formatosi, non può essere modificato ad opera di uno solo dei contraenti.

Di conseguenza, la disciplina risultante dall'integrazione del contratto di lavoro con l'uso aziendale non può essere successivamente modificata *in peius* per i lavoratori da atti unilaterali del datore di lavoro.

Gli usi aziendale, in quanto usi negoziali, svolgono una funzione integrativa del contratto anche se ignorati dalle parti, e non possono in alcun caso consistere in comportamenti reiterati in contrasto con la volontà di una delle parti.

La Corte Suprema ha cassato la pronuncia del giudice di merito il quale aveva ritenuto l'esistenza di un uso aziendale, per il fatto che una gratifica annuale era stata ripetutamente erogata ai dipendenti senza prima accertare se tale erogazione unilateralmente disposta dal datore di lavoro fosse limitata nel tempo o fosse condizionata alla concreta situazione economica aziendale<sup>57</sup>.

L'uso aziendale deve sempre contenere l'intento negoziale di regolare aspetti del rapporto di lavoro.

Le Sezioni Unite, investite della risoluzione del contrasto di giurisprudenza manifestatosi rispetto alla formazione degli usi aziendali – riconducibili alla categoria di quelli negoziali o di fatto, che, in quanto tali, si distinguono dagli usi normativi, caratterizzati dal requisito soggettivo della *opinio iuris ac necessitatis*, e sono suscettibili di inserzione automatica, come clausola d'uso, nel contratto individuale di lavoro, con idoneità a derogare

---

<sup>57</sup> Cass. 22.7.1987, n. 6392, in *Foro it.*, 1987, I.

soltanto in *melius*, la disciplina collettiva – rileva il mero fatto giuridico della reiterazione del comportamento considerato, purché provvisto del requisito della spontaneità, la cui sussistenza deve risultare a *posteriori*.

Ciò può avvenire esclusivamente attraverso l'apprezzamento globale della prassi già consolidata, senza che possa aversi riguardo all'atteggiamento psicologico proprio di ciascuno degli atti di cui questa si compone e con la conseguenza che alla formazione suddetta risulta di ostacolo l'obbiettiva esistenza di un obbligo giuridico pregresso – incompatibile con la spontaneità della prassi, quale che sia il convincimento soggettivo in ordine all'obbligo medesimo -, a prescindere da qualsiasi scrutinio circa l'intento sotteso a ciascuno degli atti reiterati, restando, quindi, irrilevante che si tratti o non di un comportamento con intento negoziale<sup>58</sup>.

Risulta non sempre agevole il coordinamento tra le clausole d'uso previste dall'art. 1340, con gli usi normativi, disciplinati nell'art. 1374.

Una parte della dottrina individua, come criterio distintivo, il fatto che le clausole d'uso concorrono

---

<sup>58</sup> Cass. 30.3.1994, n. 3134, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2114.

a determinare il contenuto del contratto, e quindi l'integrazione del contratto ex art. 1340 c.c. attiene alla fase di formazione del contenuto; mentre gli usi normativi di cui all'art. 1374 c.c. operano rispetto ad un contratto già formato, integrandone, insieme alla legge ed all'equità, gli effetti.

L'uso negoziale può derogare al diritto positivo, così come possono anche le pattuizioni delle parti in base al principio dell'autonomia contrattuale, grazie all'elasticità che in tal modo si attribuisce alla materia contrattuale.

La funzione dell'art. 1374 c.c. è invece quella di completare il quadro degli effetti relativi al contratto.

Infatti opera in questi casi il principio di eterointegrazione del contratto, per cui l'eventuale esistenza di lacune eliminabili ricorrendo alla legge, agli usi ed all'equità non esclude la perfezione del contratto <<in quanto i contraenti abbiano manifestato una valida volontà di ritenersi vincolati in relazione agli elementi essenziali già concordati>><sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Cass. Sez. Un., 27.11.1963, n. 3044, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 27.

Gli usi normativi servono ad integrare gli effetti del contratto inserendosi automaticamente, e ciò indipendentemente da specifici riferimenti dei contraenti.

Gli usi espressamente richiamati dalla legge acquistano, per effetto del richiamo, forza di legge tra le parti.

#### *4. La tipizzazione del contratto atipico: il ruolo della giurisprudenza*

La questione della ricerca di una specifica disciplina del contratto innominato, non pienamente risolta dall'art. 1323 c.c., si converte in una questione di metodo finalizzata alla fissazione del criterio e dei limiti in base ai quali sia possibile qualificare la fattispecie concreta. L'art. 12 disp. prel. c.c., fornisce il criterio guida dell'analogia per colmare le lacune dell'ordinamento. Ed è infatti all'analogia che secondo la dottrina<sup>60</sup> occorre far riferimento alla

---

<sup>60</sup> Per esempio Costanza, *Il contratto atipico*, Milano, 1992, p. 109; Galgano, *Le obbligazioni e i contratti*, vol. I, UTET, Torino 1988, p. 419.

ricerca di una disciplina particolare per un contratto innominato che presenti somiglianze con un contratto tipico. Somiglianza che non è difficile da riscontrare se si considera che il legislatore ha già disciplinato una pluralità di tipi corrispondenti alle fondamentali funzioni economiche realizzabili mediante contratto, cosicché il contratto atipico non costituisce mai un corpo estraneo al sistema tipizzato.

Il richiamo all'analogia da parte della giurisprudenza è stato di rado considerato: al riguardo spicca la decisione secondo cui «ai sensi dell'art. 1322 c.c. è consentito alle parti e alla loro autonomia negoziale, di dare vita anche a negozi atipici purché meritevoli di tutela e non, quindi, in contrasto con la legge, l'ordine pubblico e il buon costume. A detti negozi, in mancanza di un'espressa previsione negoziale, sono applicabili, in via analogica, le disposizioni contemplate per altri negozi ad essi assimilabili per natura e funzione economici sociale»<sup>61</sup>.

L'applicazione analogica della disciplina del contratto tipico deve però svolgersi tenendo conto della concreta situazione e degli interessi in gioco,

---

<sup>61</sup> Cass. 13.5.1980, n. 3142, in *Foro it.*, I, 1981.



e dunque nei limiti della compatibilità con la particolarità del caso specifico.

Il criterio dell'analogia viene applicato in modo tale da evitare una rigida utilizzazione dell'intera disciplina del contratto tipico.

Al contrario, si opera una distinzione all'interno del contratto atipico tra elementi principali, soggetti alla disciplina del tipo prevalente, ed elementi accessori, autonomamente soggetti ad una disciplina diversa più appropriata al caso particolare.

È stato infatti precisato che il criterio dell'assorbimento non esclude che <<alle obbligazioni accessorie si applichino le norme proprie di queste (estranee al tipo prevalente), in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente>><sup>62</sup>.

In altri casi si è osservato che <<la disciplina unitaria dei contratti misti, cioè quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cosiddette teoria dell'assorbimento o della prevalenza), non esclude ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e

---

<sup>62</sup> Cass. 8.9.1970, n. 1345, *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1342.

concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale; elementi ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto non incompatibili con quelle del contratto prevalente. Pertanto, se in un contratto misto la causa di un determinato contratto tipico si fonde con quella del deposito in modo che gli elementi del primo prevalgono su quelli del secondo, ciò non esclude che, in relazione agli elementi del deposito, possano applicarsi alla disciplina del rapporto le norme dettate per il corrispondente contratto, qualora nessuna incompatibilità sussista tra queste e quelle proprie dell'altro contratto prevalente»<sup>63</sup>.

Tuttavia il diritto applicato sembra seguire un procedimento di tipizzazione dello schema atipico che la dottrina ha ampiamente analizzato pervenendo alla conclusione che «gli artt. 1322 e 1323 adempiono ad una funzione ben precisa: essi impediscono al giudice di dichiarare nullo un accordo per il solo fatto che esso non rientra in nessuno dei tipi specialmente previsti dalla legge. Ma ci pare che la regola di autonomia esaurisca in ciò il suo compito. Il contratto atipico, cui

---

<sup>63</sup> Cass. 10.3.1979, n. 1494, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1759.

applicare le sole regole generali contenute negli artt. 1321-1469 del codice civile, non ha mai fatto apparizione in un ufficio giudiziario>><sup>64</sup>.

Quando si richiama la tendenza giurisprudenziale alla tipizzazione, si intende *sottolineare la tecnica utilizzata per ricercare nel tipo legale affine la disciplina vincolante nel singolo caso atipico*. In altre parole, quando, in presenza di un contratto riconosciuto come atipico, invece di integrarne la disciplina con il ricorso analogico al contratto tipico affine, si tende piuttosto ad isolarne una singola parte corrispondente alla disciplina di un tipo legale ed a mutarne l'intera regolamentazione senza considerare la diversità dei due schemi, e tralasciando il fatto che le norme che regolano un contratto particolare <<sono riferibili al contratto tutto intero, e non a singoli elementi; i quali restano influenzati proprio dalla circostanza di far parte della disciplina di uno, piuttosto che di un altro contratto>><sup>65</sup>.

Ugualmente si può parlare di tendenza alla tipizzazione quando innanzi ad un contratto

---

<sup>64</sup> Sacco e De Nova, *op. cit.*, p. 536.

<sup>65</sup> Messineo, *op. cit.*, p. 109

atipico si svalutano gli elementi differenti, si enfatizzano gli elementi di affinità con schemi già regolati e si finisce per applicargli direttamente la disciplina del contratto tipico.

Questa tendenza è, però, resa possibile dalla circostanza che i confini dell'elasticità del tipo contrattuale sono assai difficili da individuare ed osservare.

Gli espedienti tipizzati adottati dalla giurisprudenza sono di vario genere; essi vanno dalla tipizzazione delle clausole, e cioè dalla costruzione di corrispondenze fisse tra voluto e conseguenze ulteriori<sup>66</sup>, all'enfatizzazione del criterio della prevalenza, che consente di annullare il valore della clausola estranea al tipo, come nella già richiamata sentenza della Cassazione 6.3.1951, n. 552<sup>67</sup>.

L'analisi delle tecniche seguite è alquanto vasta. In particolare, la tendenza alla tipizzazione ha trovato il suo massimo campo di espansione in relazione alla categoria dei contratti misti e

---

<sup>66</sup> Sacco e De Nova, op. cit., p. 537.

<sup>67</sup> Per esempio, la stipulazione a favore di terzi è individuata da una clausola e disciplinata negli artt. 1411 ss. c.c.; dovunque ci sia una stipulazione a favore di terzi operano questi articoli, sia che si tratti di vendita, di mandato o di qualsiasi altro contratto.

complessi, la cui stessa configurazione appare elaborata al fine di selezionare tra le diverse discipline che regolano contratti tipici con tratti caratteristici comuni, quella corrispondente all'elemento prevalente.

La teoria della prevalenza, altrimenti detta dell'assorbimento, è basata sul presupposto che all'interno del contratto atipico sia possibile ritrovare un elemento corrispondente a un contratto tipico, con carattere di dominanza rispetto agli altri.

Tuttavia la teoria dell'assorbimento non prevede il caso in cui ci sia equivalenza tra i vari elementi di contratti tipici in modo da rendere impossibile l'individuazione di uno prevalente rispetto agli altri.

È stato perciò prospettato da una parte della dottrina, soprattutto tedesca, più attenta alla volontà delle parti, il criterio della combinazione, che prevede la cumulativa applicazione ai singoli elementi del contratto atipico della disciplina che per ognuno di essi è prevista nel corrispondente tipo legale.

Anche questa teoria è stata oggetto di critiche, in quanto “non è mai possibile l'applicazione diretta

delle norme proprie di un determinato contratto tipico a un contratto concreto che presenti solamente alcuni degli elementi propri di quel tipo combinati insieme con quelli di un tipo diverso: perché a priori non si può senz'altro dire che un elemento singolo di una complessa fattispecie tipica debba di per sé attrarre l'applicazione della norma che in relazione al medesimo è posta nella disciplina complessiva del tipo.

La ragione della norma può anche trovarsi nella correlazione in cui quei singoli elementi si trovino cogli altri concorrenti a costituire la complessa fattispecie considerata dalla legge, e quindi, perché la norma possa essere applicabile ad un contratto diverso da tale fattispecie tipica, è necessario che nel contratto stesso si manifesti una identica esigenza giuridica, nonostante che in esso i singoli elementi del contratto tipico si ritrovino solamente in parte, e siano collegati con elementi propri di un tipo diverso”<sup>68</sup>.

Una pronuncia del Pretore di Bologna ha reso invalida una clausola di un contratto avente ad oggetto la prestazione di attività didattica finalizzata alla preparazione per il superamento di

---

<sup>68</sup> Osti 1959, p. 500.

esami scolastici, e la fornitura di supporti didattici e di altri servizi connessi.

La questione riguardava l'efficacia della clausola con la quale si limitava il diritto di recesso del consumatore subordinandolo ad un termine breve di cinque giorni dalla stipulazione del contratto ed al pagamento di una penale pari al quarto del compenso pattuito per l'intero corso.

Tale clausola è stata invalidata ex art. 1469 *quinquies* c.c. dopo che il contratto è stato qualificato come contratto atipico.

Utilizzando il criterio della prevalenza causale, il Pretore ha ricondotto il contratto agli schemi tipizzati del contratto d'opera intellettuale e dell'appalto di servizi, che entrambi prevedono il principio della inderogabilità del potere di recesso (del committente), da cui risulta che nell'operazione concreta il recesso del consumatore avrebbe potuto essere regolato in vari modi, ma non escluso o disciplinato a vantaggio del professionista, creando così una situazione di evidente e significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti.

Per cui <<se *ex lege* è prevista la libertà di recedere, le deroghe devono mantenere un ambito ragionevole di esercizio di tale facoltà>><sup>69</sup>.

Ritenute dunque irragionevoli, le deroghe apportate all'esercizio del potere di recesso da parte del committente sono state dichiarate inefficaci, <<con conseguente applicabilità al recesso del consumatore della disciplina legale della libera re cedibilità salvo il rimborso delle spese sostenute dal professionista prima del recesso ed in previsione dell'impegno assunto>><sup>70</sup>.

L'analisi delle tecniche seguite dalla giurisprudenza sulla tipizzazione porta a considerarne anche le numerose conseguenze.

Il primo aspetto di rilievo riguarda gli elementi naturali del contratto, cioè <<tutti quegli effetti che, pur non dipendendo direttamente dalla volontà delle parti, si reputano conseguenti a tale tipo di contratto, finché le parti non li abbiano esclusi. Ascrivere un contratto ad un tipo piuttosto che ad un altro significa in buona sostanza attribuirgli questi piuttosto che quegli altri

---

<sup>69</sup> Pret. Bologna 6.8.1998.

<sup>70</sup> Pret. Bologna 6.8.1998.



*naturalia*>><sup>71</sup>, e di conseguenza anche la validità alle deroghe a questi ultimi.

Oltre ai *naturalia negotii*, il tipo di contratto influenza anche una serie di altre disposizioni, quali la capacità delle parti, la forma, o altri requisiti di validità.

Un ulteriore aspetto riguarda poi le norme di applicazione necessaria, ossia norme la cui applicazione viene necessariamente ricollegata dalla legge ad un dato tipo, quali quelle relative a termini di prescrizione o risolubilità per inadempimento.

La dottrina ha sviluppato un'ulteriore tecnica, chiamata metodo "tipologico", che si caratterizza nel tentativo di uno studio del contratto nella sua completezza cogliendone gli elementi più rilevanti al fine di ricollegare allo stesso una disciplina determinata.

La peculiarità del metodo tipologico consiste, pertanto, nel riconoscere un rilievo secondario alla definizione legislativa di ciascun tipo, poiché "determinante non è che un contratto possa essere sussunto nella definizione, bensì che esso corrisponda al tipo normativo considerato dal

---

<sup>71</sup> Sacco e De Nova, *op. cit.*, p. 451.

legislatore”<sup>72</sup>, da cui deriva che solo il raffronto tra le due discipline, complessivamente intese, consente di coglierne gli aspetti rilevanti e quindi di individuare la disciplina applicabile.

Infatti <<è confrontando i rimedi offerti al compratore in caso di vizi della cosa con i rimedi accordati al committente nel contratto di appalto, che si chiarisce nell’assenza di un diritto del compratore all’eliminazione dei vizi, come il tipo normativo della vendita sia quello di un contratto in cui il venditore non sia il fabbricante del prodotto>><sup>73</sup>.

La riconduzione al tipo contrattuale non presuppone necessariamente un giudizio di identità, ma è necessario che sia comunque presente un ragionevole grado di conformità individuato concretamente dall’interprete.

Secondo il metodo tipologico, i giudici procedono gradualmente; prima scomponendo il contratto nei suoi elementi, e selezionando, tra questi, quelli ritenuti prevalenti per ricondurre la fattispecie al tipo, e poi applicando la disciplina prevista per quest’ultimo, con la conseguenza di rendere

---

<sup>72</sup> G. De Nova, *Nuovi contratti*, II ed., 1990, Utet, p. 23.

<sup>73</sup> De Nova, *Nuovi contratti*, cit., p. 140.

fruibili per l'applicazione pratica anche singole norme tratte dalla disciplina di un determinato tipo, di volta in volta ritenute idonee a trovare applicazione nel caso di specie.

Un esempio di particolare importanza dell'applicazione del metodo tipologico riguarda una decisione della Cassazione che, mutando un orientamento consolidato, ha iniziato a ritenere, a partire dagli anni novanta, la nullità della vendita con patto di riscatto stipulata a scopo di garanzia per violazione del divieto del patto commissorio<sup>74</sup>.

Risulta allora evidente l'applicazione del metodo tipologico, poiché «una vendita con patto di riscatto non è suscettibile concettualmente nella fattispecie del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., perché c'è una sfasatura tra gli elementi che compongono l'una e l'altra figura, e tuttavia si accetta tranquillamente di applicare quella disciplina nella vendita con patto di riscatto a scopo di garanzia perché si riconosce che anche questo meccanismo negoziale corrisponde al tipo normativo che il legislatore aveva in mente quando

---

<sup>74</sup> Cass. 27.2.1991, n. 2126, in *Giust. civ.*, 1992, I.

ha dettato, in quei termini, il divieto di patto commissorio<sup>75</sup>.

Una volta giunti alla configurazione del tipo legale, è possibile che da questo si distacchino nuove forme contrattuali atipiche destinate in seguito a tradursi in ulteriori modelli tipici o viceversa.

Inoltre può accadere che con il passare del tempo un tipo legale risulti non più rispondente alle moderne esigenze, o che mutazioni culturali e del costume rendano anacronistici e inutile l'operazioni economica che ne formava oggetto.

In tal caso la legge stessa può intervenire per stabilire la scomparsa del tipo, promuovendo un processo di de tipizzazione normativa.

Alcuni tipi legislativi divengono inevitabilmente desueti nella prassi del commercio e non trovano più alcun più alcun riscontro sociale o giurisprudenza: si pensi, ad esempio, ai contratti di rendita (art. 1862 c.c., art. 1872 c.c.), all'anticresi (art. 1960 c.c.), o alla cessione dei beni ai creditori (art. 1977 c.c.) sempre più di rado considerati nei repertori della giurisprudenza.

---

<sup>75</sup> Roppo, *op. cit.*, p. 12.

Così è avvenuto per il contratto di noleggio che, presente relativamente al noleggio della nave, nel codice di commercio del 1882, non è stato invece inserito tra i contratti tipici regolati nel codice civile del 1942, sopravvivendo quindi come contratto atipico.

È quanto è avvenuto anche per la dote che, prima ammessa e disciplinata nell'art. 177 c.c., è stata abolita ed espressamente vietata con la riforma del diritto di famiglia (art. 166 *bis* c.c.), anche come convenzione atipica, essendo infatti <<nulla ogni convenzione che comunque tenda alla costruzione di beni in dote>>.

Infine può accadere che da un originario schema normativo sorgano, successivamente, una pluralità di tipi autonomi.

È il caso della locazione, che nel codice del 1865 comprendeva, al suo interno, quattro sottotipi: locazione, affitto, lavoro subordinato, contratto d'opera; i quali sono stati regolati come tipi autonomi nel codice vigente.

## 5. *I contratti socialmente utili*

Il processo di interazione tra tipicità e atipicità è incessante, tanto che i contratti innominati sono stati giudicati<sup>76</sup> come fenomeni transitori nell'ordinamento giuridico.

Il codice civile del 1942 ha recepito numerosi contratti precedentemente classificati come innominati, tuttavia sono emerse nei decenni seguenti, specialmente sulla spinta della prassi del commercio internazionale, nuove molteplici figure contrattuali, ancora non sufficientemente disciplinate.

Un esempio di contratto socialmente tipico è costituito, per esempio, dal *brokeraggio*.

Il *broker* è un esperto del mercato assicurativo e si occupa di fornire condizioni ottimali, di carattere economico e non, al consumatore.

Alcune sentenze inquadrano il *brokeraggio* nell'ambito della mediazione, ma in questo modo non si riferisce a superare una incongruenza fondamentale; cioè il fatto che il mediatore deve essere imparziale e libero da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza

---

<sup>76</sup> De Ruggero e Maroi 1967, p. 168.

con le parti del contratto (art. 1754 c.c.); al contrario, il broker opera come fiduciario dell'assicurando, che è suo cliente e del quale cura gli interessi cercando di procurargli le migliori condizioni possibili. Più attendibile sembra la qualificazione del contratto come appalto di servizi o come contratto d'opera.

Altro esempio di contratto socialmente tipico, è costituito dal *merchandising*.

Il contratto di *merchandising* è nato all'inizio del Novecento e si è sviluppato nella prassi del mondo anglosassone, quale strumento di promozione nella vendita di beni o di servizi, diretto a consentire l'uso di nomi ed immagini dei personaggi dei fumetti e dei cartoni animati nella commercializzazione dei prodotti.

Successivamente, a tal fine, sono stati utilizzati nomi ed immagini di personaggi del cinema e dello sport.

Dagli anni settanta il *merchandising* ha avuto una grande diffusione, estendendosi all'utilizzo dei marchi quali strumenti di promozione della vendita di beni o servizi differenti da quelli per i quali i marchi erano stati creati.

Il *merchandising* è caratterizzato dall'autorizzazione, da parte del titolare dei segni distintivi, all'uso dei medesimi per promuovere la vendita di beni o di servizi.

La comparazione dei contratti di sponsorizzazione e di *merchandising*, sotto il profilo funzionale e strutturale, presenta due modelli simmetrici ed opposti.

Infatti, il *merchandising* è diretto a consentire l'uso dei segni distintivi creati ed appartenenti ad altri come strumenti promozionali al fine della vendita di prodotti o servizi, quali strumenti, in altre parole, volti ad attrarre l'attenzione del consumatore e dell'utente per la notorietà del nome, dell'immagine, del marchio.

Il contratto di sponsorizzazione, invece, è diretto ad utilizzare l'attività svolta dal soggetto sponsorizzato quale veicolo per la diffusione del messaggio pubblicitario e, in particolare, dei segni distintivi utilizzati dal soggetto sponsorizzante.

Come è stato scritto di recente, “la sponsorizzazione ha un impatto promozionale in quanto sia lo sponsor a partecipare all'attività primaria, sportiva, artistica, culturale, dello sponsorizzato. Il merchandising, anche quando



faccia leva sulla personalità del concedente, porta invece al fenomeno simmetrico ed inverso della partecipazione della celebrità concedente il proprio nome o la propria immagine alle comunicazioni aziendali dell'imprenditore concessionario relative all'attività (secondaria) di quest'ultimo"<sup>77</sup>.

Nel contratto di merchandising, il concedente attribuisce il diritto d'uso dei propri segni distintivi, per la promozione dei prodotti del concessionario; nella sponsorizzazione, all'opposto, è lo sponsor ad utilizzare l'attività dello *sponsee* quale veicolo per il proprio messaggio pubblicitario e per i propri segni distintivi.

## 6. *Alcuni esempi di tipizzazione*

### 6.1. *Il contratto di leasing*

In Italia il *leasing* assume dimensioni significative a partire dalla metà degli anni sessanta. Importato dagli Stati Uniti, è stato introdotto nel settore commerciale a seguito dello

---

<sup>77</sup> Ricolfi, *Il contratto di merchandising nel diritto dei segni distintivi*, Milano 1991, p. 43.

sviluppo tecnologico che ha interessato l'economia italiana del secondo dopoguerra.

In principio si trattava di semplice locazione di attrezzature da parte dei produttori ai clienti che lo richiedevano esplicitamente, successivamente con la partecipazione di banche, società finanziarie e società assicuratrici, vennero appositamente create nuove società, indipendenti dai produttori, con il compito di rendere più agevole l'applicazione del *leasing*.

L'ingresso di queste società, sempre più specialistiche, ha dato inizio ad una progressiva standardizzazione del contratto di *leasing*, intrapresa dagli operatori finanziari, e recepita dalla prassi negoziale, che diventa sempre più uniforme e crea modelli che poco si differenziano tra di loro e che <<nulla hanno di atipico e di innominato nella realtà degli affari, pur essendo certamente irriducibili ai contratti già nominati e tipicamente regolati>><sup>78</sup>.

Nel 1973 viene presentato il primo disegno di legge d'iniziativa parlamentare e il dibattito del

---

<sup>78</sup> Breccia, Le nozioni di "tipico" e "atipico": spunti critici e ricostruttivi, in *Tipicità ed atipicità nei contratti*, in Quad. di giur. comm., Milano 1983, p. 12.

leasing assume ampie dimensioni: seguono poi altri progetti di legge ma nessuno di questi approda ad una normazione ufficiale, per cui tuttora sul *leasing* manca una regolamentazione legislativa quanto meno *organica*.

Il termine anglosassone *leasing* è stato da più autori tradotto in italiano con l'espressione "locazione finanziaria", in base alla quale "locazione" indica <<il nucleo base dell'istituto o, quanto meno, il rapporto giuridico preponderante, mentre l'attributo "finanziaria" sta ad indicare la funzione di finanziamento cui assolve lo strumento in esame>><sup>79</sup>.

Diversamente si pone De Nova, per il quale <<il termine preferibile per indicare l'operazione che più frequentemente è qualificata come "locazione finanziaria" è quello di "*leasing*" perché mette subito in evidenza che si tratta di un contratto atipico, di derivazione anglosassone, e non di un sottotipo della locazione>><sup>80</sup>.

Il termine "locazione finanziaria" è stato introdotto nella legislazione italiana con una

---

<sup>79</sup> Buonocore V., *Leasing*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, vol. IV, Utet, Torino 1983, p. 798.

<sup>80</sup> G. De Nove, *Il contratto di leasing*, Giuffrè, Milano 1995, p. 3.

norma contenente agevolazioni tributarie, precisamente l'art. 1 della L. 25.10.1968, n. 1089, ed ha ricevuto consacrazione formale nell'ambito della riforma tributaria degli anni 1973-74.

Il *leasing* è oggetto di numerose disposizioni normative, tuttavia allo stato attuale risulta essere un contratto atipico, poiché <<manca una nozione normativa di tale contratto ed una norma che specifichi i diritti e gli obblighi delle parti>><sup>81</sup>.

La giurisprudenza è unanime nel ricondurre il contratto di *leasing* alla categoria del contratto atipico data la sua <<funzione sociale non

---

<sup>81</sup> P. Boria, *Leasing nel diritto tributario*, in *Digesto, Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, vol. VIII, UTET, Torino 1992 (4), p. 505. In tal senso contrario Clarizia, *La tipizzazione legislativa del contratto di locazione finanziaria*, in *RIL*, 1993, p. 257; il quale ritiene che il *leasing* sia tipico, poiché “un contratto è tipico, quando seppure con interventi sparsi qua e là e talvolta occasionali, il legislatore ne ha disciplinato le caratteristiche e gli aspetti strutturali, e funzionali principali”. “Orbene la legge antiriciclaggio, quella sui gruppi creditizi e il decreto legislativo di recepimento della seconda direttiva CEE offrono una regolamentazione completa ed analitica dei soggetti che possono esercitare l'attività di locazione finanziaria; la normativa recante agevolazioni e quella in tema di trasparenza prevedono la disciplina essenziale e sostanziale del contratto; la legislazione fiscale è già da tempo molto precisa sul punto; i provvedimenti del 31 luglio 1992 della Banca d'Italia recano le istruzioni per la redazione del bilancio d'impresa e del bilancio consolidato degli enti finanziari”.

riconducibile ad alcuna causa tipica prevista dal codice civile>><sup>82</sup>.

Una prima definizione legislativa del contratto di *leasing* è contenuta nella legge 2 maggio 1976, n. 183, relativa alla disciplina degli interventi straordinari nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976-1980, il cui art. 17 comma 2° stabilisce che <<per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquisiti 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<<.

La stessa legge, sempre all'art. 17 comma 6°, stabilisce che <<alla scadenza del contratto, gli impianti oggetto della locazione finanziaria di cui al comma 1, possono essere acquistati dal conduttore per un importo pari all'uno per cento del loro valore di acquisto>>.

Inoltre la direttiva attuative del CIPE del 31 maggio 1977, contenente <<direttive per la

---

<sup>82</sup> Tribunale di Milano, 8.2.1990, in *Riv. it. Leasing* 1992, p. 517.

concessione del contributo in conto canoni per le operazioni di locazione finanziaria di impianti industriali>>, al n. 11 stabilisce che <<la durata del contratto di locazione non può superare i 15 anni ed essere inferiore a 5 anni>>, e che <<i canoni di locazione anticipati, che la FIME-*leasing* può chiedere al conduttore, non potranno superare il 20 per cento del valore dell'impianto>>.

Le precedenti leggi disciplinano, in realtà, un sottotipo di *leasing*, precisamente il *leasing* agevolato, ma sono comunque indicative.

Sempre in campo civilistico, è importante rilevare come l'art. 91 comma 2°, d.lg. 30 aprile 1992 n. 285, in tema di responsabilità civile, sancisca la responsabilità del conducente in solido con l'utilizzatore, ai sensi dell'art. 2054 comma 3° c.c., e non con la società di *leasing*.

Ed in fine, la disciplina della trasparenza, prevista all'art. 115 e seguenti del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, che si applica anche al contratto di *leasing*.

Nel settore del diritto penale, va richiamata la l. 2 maggio 1983 n. 178, che risolve il problema della responsabilità penale delle società di *leasing* per la violazione di norme antinfortunistiche, ed in

quello fiscale, il d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917, che, nel quadro del Testo Unico delle imposte sul reddito, ne detta una organica disciplina.

Gli usi in materie di *leasing* sono stati raccolti a cura della Camera di Commercio di Milano per la prima volta nel 1975.

In base all'art. 8 disp. prel. c.c., gli usi normativi hanno efficacia nelle materie non regolate dalla legge e dai regolamenti (oltre che, nelle materie regolate, per espresso richiamo), e considerando il fatto che il *leasing* è materia non regolata in quanto non disciplinato dalla legge e dai regolamenti, ne consegue che il *leasing* può essere disciplinato dagli usi.

La questione da risolvere riguarda la natura degli usi in materia di *leasing*, in quanto tutte le raccolte delle Camere di Commercio li presentano come usi negoziali e non normativi.

Si tratta di usi derivanti dalla prassi negoziale, che suggeriscono una possibile nozione di *leasing*, evidenziano le clausole contrattuali comuni ai vari formulari contrattuali, e lasciano cadere quelle di dubbia validità e utilità, contribuendo così alla tipizzazione sociale. Tuttavia rimane auspicabile

un intervento che ne garantisca l'uniformità a livello nazionale e non solo provinciale.

La definizione del *leasing* mobiliare contenuta nella raccolta degli usi della Camera di Commercio di Milano indica che: <<si suole denominare contratto con il quale un soggetto, detto locatore, si obbliga a mettere a disposizione di un altro soggetto, detto locatario o conduttore, per un dato tempo, un bene mobile verso un corrispettivo a scadenze periodiche, determinato in relazione al valore del bene, alla durata del contratto, dietro versamento di un importo prestabilito>>.

La definizione del *leasing* immobiliare prevista dagli usi è invece la seguente: <<Si suole indicare con il termine *leasing* immobiliare, comunemente detto locazione finanziaria immobiliare, il contratto con il quale una parte, detto locatore, si obbliga a mettere a disposizione dell'altra parte, detto conduttore o locatario, per un dato tempo, un bene immobile verso un corrispettivo, pagabile a scadenze periodiche, determinato in relazione al valore dell'immobile, alla durata del contratto e ad altri elementi; detti immobili sono acquistati o fatti acquistare dal locatore, su scelta ed indicazione del conduttore, con facoltà per quest'ultimo di



divenirne proprietario alla scadenza del periodo contrattuale dietro versamento di un importo da determinarsi secondo criteri prestabiliti>><sup>83</sup>.

Nella prassi il termine leasing è utilizzato sia per indicare l'operazione (chiamata leasing finanziario) definita nella l. n. 183 del 1976, sia per contraddistinguere la diversa operazione con la quale il produttore di un bene standardizzato lo concede in godimento ad un altro imprenditore per un corrispettivo commisurato al valore di uso del bene e per un periodo di tempo inferiore alla vita economica del bene stesso. Figura quest'ultima che, identificata come *leasing* operativo, non ha in realtà nulla di atipico, essendo direttamente riconducibile allo schema della locazione.

I due tipi di *leasing* differiscono per le finalità dell'operazione, per la diversità dei soggetti e per le clausole del contratto.

---

<sup>83</sup> Si segnala la presenza del Codice deontologico, approvato il 22 aprile 1985 dal Consiglio dell'Assilea (Associazione Italiana *Leasing*), che contiene un insieme di raccomandazioni, alcune delle quali si riferiscono al contenuto del contratto di *leasing*.

Infine la "Dichiarazione di Siviglia", adottata al Convegno Leaseuropeo del 9-11 ottobre 1983, riguarda i principi contabili in materia di *leasing* e contribuisce a delineare la nozione del contratto adottata dall'Assilea.

Il *leasing* operativo ha per oggetto il godimento dei beni strumentali standardizzati e di uso corrente, consentendone, allo scadere del contratto, una eventuale nuova utilizzazione. Di norma viene concesso direttamente dal produttore, il quale assume anche l'obbligo di fornire una serie di servizi collaterali quali l'assistenza, la manutenzione e l'istruzione all'uso. In alcuni casi l'impresa produttrice si serve di una società controllata che finanzia la commercializzazione dei propri prodotti.

Nel *leasing* operativo il valore residuale del bene al termine del rapporto rimane in genere elevato, così da permetterne un'ulteriore commercializzazione, e il rischio di obsolescenza tecnologica resta a carico del concedente.

Il canone è commisurato al valore dell'utilizzo del bene ed è comprensivo delle remunerazioni per i servizi collaterali.

Il contratto ha, di solito, breve durata, raramente supera i tre anni ed è comunque inferiore alla vita economica del bene, che è destinato a nuove soluzioni.

È in genere prevista la facoltà di recedere, con adeguato avviso, per l'utilizzatore, il quale alla

scadenza del contratto può scegliere se restituire il bene, rinnovare il contratto a condizioni precedentemente stabilite, oppure, in rari casi, acquistarlo per una somma già prefissata.

La finalità del *leasing* operativo è quella di evitare i rischi relativi alla proprietà del bene, per esempio l'incertezza del prezzo di realizzo nel momento in cui il bene non sia più necessario per il processo produttivo cui era stato destinato, e la rapida obsolescenza, e inoltre quello di garantirgli alcuni servizi collaterali.

Il concedente, invece, ha la possibilità di una maggiore commercializzazione dei propri prodotti.

Il *leasing* operativo è fondamentalmente una locazione ed è disciplinato nelle norme del codice sulla locazione ordinaria.

Il *leasing* finanziario, invece, è il contratto in cui una parte (impresa di *leasing*-concedente) concede all'altra (utilizzatore), contro il pagamento di un canone periodico il godimento di un bene mobile o immobile, anche non standardizzato, che ha acquistato o fatto costruire su indicazione e scelta dell'utilizzatore il quale, normalmente, ha contattato direttamente il fornitore.

La durata del contratto per i beni mobili è solitamente uguale o di poco inferiore alla vita economica del bene, ed il canone è comprensivo dell'ammortamento, dell'interesse sul capitale investito, delle spese di gestione, e del margine di profitto dell'impresa di *leasing*.

L'importo dei canoni arriva così a coprire il costo di mercato del bene.

Allo scadere del contratto l'utilizzatore gode di una triplice facoltà di scelta: chiederne il rinnovo a canoni sensibilmente ridotti, in tal caso il loro ammontare sarà commisurato al solo valore di godimento del bene; acquistare il bene per un prezzo molto modesto, escluso chiaramente il *leasing* immobiliare, solitamente già pattuito all'atto della stipulazione del contratto; oppure restituire il bene.

I rischi sono ripartiti tra la società di *leasing*, e l'utilizzatore.

Sulla prima grava il rischio imprenditoriale dell'insolvenza dell'utilizzatore, sebbene il suo credito sia economicamente garantito dal permanere della proprietà sul bene oggetto del contratto. La prevalente dottrina associa questa

garanzia del *leasing* a quella della vendita a rate disciplinata dall'art. 1523 ss. c.c.<sup>84</sup>.

Tutti gli altri rischi gravano, invece, sull'utilizzatore: <<quelli relativi alla mancata consegna del bene da parte del fornitore, al perimento del bene medesimo, anche se fortuito, ai suoi vizi, anche se tali da renderlo inidoneo all'uso destinato, o da renderne impossibile il godimento>><sup>85</sup>.

Il rischio di obsolescenza, a differenza di quanto accade per il *leasing* operativo, si ripartisce tra concedente ed utilizzatore, anche se con maggiore carico per il secondo, in quanto <<la maggior quota del corrispettivo è imputata ai canoni. Ne viene che, se l'obsolescenza si verifica nel corso della durata contrattuale, l'utilizzatore la supporta, dovendo pagare i canoni anche se il suo interesse all'uso del bene si è ridotto. Il concedente, invece,

---

<sup>84</sup> In senso contrario, invece, Clarizia, *Diritto di proprietà e locazione finanziaria immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, pp. 210 ss.; il quale sostiene la diversità della funzione assoluta dalla proprietà nel *leasing* e nella vendita disciplinata dall'art. 1523, in quanto nel primo il concedente non solo non partecipa alla scelta e valutazione del bene oggetto del contratto ma, nel caso di risoluzione del rapporto per insolvenza dell'utilizzatore o per mancato esercizio dell'opzione, può trovarsi in serie difficoltà con la ricollocazione del bene sul mercato.

<sup>85</sup> Caselli, *Leasing*, p. 216.

subisce rischi nei soli limiti della (eventuale) perdita del prezzo conseguente al mancato esercizio dell'opzione da parte dell'utilizzatore>><sup>86</sup>.

La dottrina aziendalistica individua la finalità prima del *leasing* finanziario nel finanziare, sia pure indirettamente, l'utilizzatore consentendogli di sfruttare un bene strumentale alle esigenze dell'impresa pur senza doverne necessariamente acquistare la proprietà<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Ferrarini, *La locazione finanziaria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino 1990, UTET, p. 8 Alpa e Bessone rettificano parzialmente quest'osservazione, poiché <<considerato l'elevato ammontare dei canoni, pari quasi all'intero costo del bene, e considerato che nei formulari, comunque, non è consentito all'impresa utilizzatrice cedente del contratto, sembra che, in definitiva, il rischio dell'obsolescenza gravi su quest'ultima considerando anche che, nella prassi, il corrispettivo per l'esercizio dell'opzione di acquisto è, in genere, al massimo pari al cinque per cento del costo del bene: valore del tutto trascurabile nell'ambito della complessiva operazione>>, *I contratti atipici*, vol. II, in *I contratti in generale*, p. 146.

<sup>87</sup> I vantaggi connessi all'operazione risultano notevoli. Innanzitutto, costituendo una fonte addizionale di credito, l'operazione fornisce alle imprese utilizzatrici nuovi mezzi per far fronte con tempestività alle innovazioni tecnologiche, permettendo inoltre la costruzione o la rinnovazione degli impianti. Si aggiunga, in più, che il prezzo pagato dalle società di *leasing* per l'acquisto dei macchinari è di norma inferiore a quello del normale listino di mercato grazie ai forti sconti praticati in tali operazioni da parte dei produttori. Il *leasing* finanziario permette inoltre agli utilizzatori di evitare grosse

Per quanto riguarda, al contrario, gli aspetti svantaggiosi per l'imprenditore che si avvale del *leasing* finanziario, essi sono così efficacemente sintetizzati da Galimberti: <<1) il *leasing* può lasciare al locatore il valore residuo del bene locato e l'eventuale sua rivalutazione; 2) riduce la possibilità di interrompere l'utilizzazione del bene locato ove questa si riveli antieconomica durante la vita del contratto; 3) toglie i vantaggi in ordine; 4) aumenta il rischio di spossessamento del bene strumentale locato in caso di inadempienze da parte del locatario; 5) aumenta il rischio d'impresa diminuendo la consistenza patrimoniale>><sup>88</sup>. Ai quali vanno aggiunti inoltre, <<l'elevato costo del finanziamento, le spese dell'istruttoria e dell'assicurazione obbligatoria contro i rischi di perimento del bene che ne è oggetto, il quale, non comparando in bilancio, non contribuisce ad

---

immobilizzazioni di capitali pur consentendo loro di acquistare la proprietà dei beni oggetto del contratto alla scadenza di quest'ultimo. Il contratto permette di usufruire di agevolazioni contabili, in quanto l'operazione non figura nel bilancio di esercizio dell'impresa, ma solo nel conto profitti e perdite per l'importo dei canoni corrisposti durante l'esercizio, e fiscali, poiché permette alle aziende ed ai liberi professionisti di dedurre, per i beni strumentali, dal reddito tassabile i canoni di locazione e l'IVA relativa corrisposti nell'anno.

<sup>88</sup> Galimberti, *Il leasing industriale e il leasing immobiliare*, p. 61.

incrementare la solidità patrimoniale dell'azienda, né quindi può essere dato in garanzia per un altro finanziamento >><sup>89</sup>.

La natura del *leasing* quale contratto atipico di finanziamento è ormai largamente riconosciuta<sup>90</sup>.

La causa di finanziamento è messa in evidenza dall'App. Milano 11 marzo 1986, da cui si trae la conseguenza che: <<le rate di canone pagate dall'utilizzatore debbono essere considerate quote di rimborso del finanziamento concesso dalla società di *leasing*, e non rate di prezzo>><sup>91</sup>.

I tentativi di ridurlo a figure tipiche, come la vendita col patto di riservato dominio o come la locazione con patto di futuro acquisto della proprietà, di cui all'art. 1526 comma 3°, appaiono nettamente minoritari.

---

<sup>89</sup> Alpa e Bassone, *op. cit.*, p. 148.

<sup>90</sup> A questo proposito, risulta significativa la sentenza emessa da Cassazione, 6 maggio 1986, n. 3023, in *Foro it.*, 1986 I, c. 1819, la quale prevede che <<il cosiddetto *leasing* finanziario [...] configura un contratto atipico, essenzialmente rivolto a consentire ad una parte la disponibilità della cosa mediante un prestito di capitale effettuato dall'altra, ove detto canone assume principalmente il valore di restituzione della somma mutuata, non diversamente periodico di un prezzo d'acquisto, anche perché tale acquisto è contemplato in via meramente eventuale e comunque abbisogna di una nuova manifestazione di volontà negoziale (esercizio dell'opzione)>>.

<sup>91</sup> App. di Milano, 11 marzo 1986, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 685.



Spesso si parla di contratto “assolutamente atipico”, altre volte di contratto con causa mista, all’interno del quale si combinano le cause della locazione, della vendita con riserva di proprietà e del mutuo; in ogni caso si esclude che la disciplina applicabile al *leasing* possa essere identificata col criterio della causa prevalente.

Anche il *leasing* finanziario, come il *leasing* operativo, risponde alla definizione dell’art. 1571 c.c. offre alla locazione: la concessione in godimento di una cosa mobile o immobile per un determinato tempo, verso un determinato corrispettivo.

Tuttavia, ampliando l’ambito di ricognizione degli *essentialia* all’intera disciplina normativa della locazione, risulta chiaro che per il *leasing* la conformità al tipo locazione è soltanto parziale.

Dalla locazione, in particolare, il *leasing* differisce <<a) per il fatto che il concedente, a differenza del locatore, si limita a consegnare il bene all’utilizzatore, senza assumere le ulteriori obbligazioni di mantenere la cosa in stato da servire all’uso (art. 1575 n. 2) e di garantire il pacifico godimento (art. 1575 n. 3); b) per il fatto che sul concedente, a differenza che sul locatore,

non incombe la garanzia per vizi di cui all'art. 1578; c) per il fatto che i rischi relativi al perimento o alla sottrazione della cosa incombono, analogicamente a quanto accade per l'acquirente con patto di riservato dominio, sull'utilizzatore, il quale dovrà continuare a corrispondere i canoni nonostante abbia cessato di godere della cosa<sup>92</sup>; d) per il fatto che, nel *leasing* automobilistico, è l'utilizzatore, e non il concedente, il soggetto sul quale grava la responsabilità indiretta di cui all'art. 2054 comma 3°, dovendo l'utilizzatore essere equiparato all'acquirente con riserva di proprietà>><sup>93</sup>.

Il *leasing* finanziario si discosta così alla disciplina della locazione, per avvicinarsi alla vendita; se infatti, sotto il profilo giuridico proprietario del bene strumentale è la società di *leasing* (e ciò a fini di garanzia), sotto il profilo

---

<sup>92</sup> Una per tutti, Trib. Di Lecce, 12 ottobre 1984, in *Riv. it. Leasing*, 1985, p. 238, nella quale è escluso che sia <<applicabile in via analogica la norma imperativa contenuta nell'art. 1579 c.c. sulle limitazioni convenzionali della responsabilità dettata in tema di locazione ordinaria, perché non ricorre identità di *ratio*; infatti, la funzione di finanziamento propria della locazione finanziaria concorre a distinguerla da altre figure negoziali quali la locazione e la vendita con riserva di proprietà>>.

<sup>93</sup> F. Galgano, *Le obbligazioni e i contratti*, vol. II, tomo II, *Diritto civile e commerciale*, CEDAM, Padova 1983, p. 126.

economico e funzionale proprietario del bene oggetto del contratto è l'utilizzatore<sup>94-95</sup>>>.

---

<sup>94</sup> Il comma 3° dell'articolo dispone inoltre che tali principi si applicano anche nel caso in cui il contratto sia configurato come locazione e sia convenuto che al termine di esso il conduttore acquisti la proprietà per effetto del pagamento dei canoni. Risulta, perciò, decisiva la natura dei pagamenti rateali; infatti se questi ultimi sono considerati canoni per il godimento del bene, sembra sia naturale il collegamento con lo schema della locazione, per cui le rate versate non sono ripetibili; se sono invece rate di prezzo, ci si rifà alla vendita, e le rate versate sono, nei limiti dell'art. 1526, ripetibili. In questo caso, dunque, l'art. 1526 c.c. è applicabile in determinate ipotesi, in via analogica, al contratto di *leasing* traslativo. Ciò però non implica che tutta la normativa dettata per la vendita debba necessariamente essere applicata al contratto di *leasing* traslativo. Il contratto presenta punti di contatto con il tipo normativo della vendita con riserva di proprietà ma non si identifica interamente con essa né sotto il profilo della separazione del momento traslativo, né perché il bene è acquistato o fatto costruire, per essere concesso in *leasing*. Inoltre il *leasing* differisce dalla vendita con riserva di proprietà per il fatto che l'acquisto della proprietà da parte dell'utilizzatore non è, come nella vendita con riserva di proprietà, un effetto reale differito al pagamento dell'ultima rata del prezzo, ma è l'effetto di una specifica e solo eventuale dichiarazione di volontà dell'utilizzatore; e infine per il fatto che, in caso di risoluzione anticipata del rapporto, il concedente ha diritto, a differenza del venditore con riserva di proprietà, di trattenere per intero i canoni percepiti. È generalmente escluso l'accostamento del *leasing* finanziario allo schema del mutuo. Il *leasing* finanziario non coincide dunque con nessun contratto nominato. Tuttavia, lo stesso è disciplinato attraverso una selezione di norme della locazione e di quelle sulla vendita con riserva di proprietà. L'avvicinamento del *leasing* finanziario alla vendita pone il problema dell'applicabilità dell'art. 1526 c.c., il quale stabilisce che "se la risoluzione del contratto ha luogo per

In conclusione <<il *leasing* è un contratto innominato, o atipico, perché non è disciplinato in modo organico dalla legge, e non può essere ricondotto a nessun tipo legale. Tuttavia può essere richiamata, sin quando non vi sarà una disciplina legislativa specifica, disciplina della vendita con riserva di proprietà e, in misura minore della locazione: ciò, come si è detto, tenendo nel dovuto conto la trilateralità del *leasing*, e la sua funzione di finanziamento>><sup>96</sup>.

Solo dopo un lungo travaglio interpretativo<sup>97</sup>, la Corte di Cassazione ha deciso che il *leasing* è espressione dell'autonomia contrattuale e che quando ha ad oggetto beni strumentali persegue interessi diversi dalla vendita con riserva della proprietà, stabilendo infine che il *leasing* non è in frode alle norme imperative della vendita con

---

inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate rimosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno". L'art. 1526 è una norma imperativa, introdotta dal legislatore del 1942 per contenere le clausole contrattuali con cui, nel contratto di vendita rateale con riserva della proprietà, in caso di risoluzione per inadempimento del compratore, si riconosceva al venditore il diritto di trattenere le rate rimosse.

<sup>95</sup> Corte di Cassazione, 2 agosto 1995, n. 8464, sez. I, *Foro it.*, 1996, I, p. 164.

<sup>96</sup> G. De Nova, *op. cit.*, p. 272.

<sup>97</sup> Cass., 28 ottobre 1983, n. 6390, in *Riv. it. leasing*, 1984.

riserva di proprietà per il solo fatto di avere ad oggetto autovetture o altri beni di consumo.

Soprattutto la Corte operava una distinzione tra il *leasing* finanziario e il *leasing* operativo sostenendo che per primo «l'operazione promossa dal locatore presenta esclusivamente gli aspetti del finanziamento di un bene prodotto da terzi» e che «l'utilità residua del bene, al termine del contratto, è, sotto il profilo finanziario, pressoché prossima all'obsolescenza».

Con questa sentenza dunque, la Suprema Corte affronta per la prima volta il problema della qualificazione giuridica del *leasing* riassumendone le caratteristiche tipizzanti; una «società finanziaria acquista il bene (prodotto da terzi) per conto dell'utilizzatore di esso, che lo sceglie in relazione alle proprie esigenze produttive: il canone viene fissato non in ragione dei vantaggi che saranno offerti dal bene, ma in relazione al suo costo e alla durata del contratto». Al termine del suddetto l'utilità economica residua del bene è «sotto il profilo finanziario pressoché prossima all'obsolescenza, cosicché di scarsa rilevanza appare a questo punto la circostanza che il bene venga definitivamente acquistato dal conduttore

per una somma di trascurabile entità, in quanto l'operazione finanziaria ha avuto completo esaurimento>>.

Si precisa infatti, nella citata sentenza, che il *leasing* <<è diretto a procurare essenzialmente non tanto la proprietà del bene quanto la disponibilità di esso per un determinato periodo, trascorso il quale i vantaggi offerti dal bene dato in locazione divengono di trascurabile entità e la stessa proprietà del bene di secondaria importanza>>.

L'aspetto finanziario dell'istituto assume pertanto un'importanza determinante che differenzia il contratto di *leasing* dalla vendita con riserva di proprietà.

Sulla scia della richiamata decisione, la Cassazione ha puntualizzato ulteriormente che il *leasing* finanziario è <<essenzialmente rivolto a consentire ad una parte la disponibilità della cosa mediante un prestito di capitale effettuato dall'altra>>, mentre <<il canone assume principalmente il valore di restituzione della somma mutuata, non di versamento periodico di un prezzo di acquisto, anche perché tale acquisto è contemplato in via meramente eventuale e

comunque abbisogna di una nuova manifestazione di volontà negoziale>><sup>98</sup>.

Le finalità che caratterizzano l'operazione sono individuate <<nel reddito che una parte trae dall'investimento di capitali in termini brevi e con adeguate garanzie e nella possibilità, per l'altra parte, di acquistare la disponibilità di un bene (in genere di rapida obsolescenza) sino, in pratica, al suo esaurimento, senza l'immobilizzo dell'intera somma necessaria all'acquisto>>.

La causa del contratto è individuabile pertanto nel finanziamento per l'acquisto del bene e della sua immediata disponibilità.

La giurisprudenza prevalente ritiene dunque che il *leasing* abbia natura finanziaria, e che si tratti di contratto atipico.

Al *leasing* sarebbe, pertanto, applicabile solo la disciplina prevista per i contratti in generale dagli artt. 1321 ss. del c.c., e così anche l'art. 1458 comma 1° c.c. che stabilisce che, nei casi di contratti ad esecuzione continuata o periodica, l'effetto retroattivo della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. Il concedente,

---

<sup>98</sup> Corte di Cassazione, 6 maggio 1986, n. 3023, in *Riv. It. leasing*, 1986, p. 141.

pertanto, avrà diritto ai canoni maturati fino al momento dello scioglimento del rapporto non a titolo di indennizzo, così come nel caso dell'art. 1526 comma 2° c.c., bensì a titolo di adempimento corrispettivo del godimento del bene oggetto del contratto.

Nei casi esaminati dalla giurisprudenza si escludeva, dina a questo punto, l'ammissibilità, in riferimento al *leasing*, dell'applicazione analogica degli artt. 1525 e 1526 c.c., in quanto norme estranee alla disciplina contrattuale atipica.

Infatti, secondo il principio generale dettato dall'art. 1323 c.c., ai contratti innominati sono applicabili solo le disposizioni generali relative al contratto e non anche le norme proprie delle singole fattispecie nominate.

L'anno successivo la Cassazione torna sul tema.

Con la sentenza 26 novembre 1987, n. 8766, la Corte conferma l'orientamento precedente, sostenendo che quest'ultimo <<deve essere confermato, non venendo adottate nuove e fondate ragioni per discostarsene>><sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> Cass., 26 novembre 1987, n. 8766, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 617. La Corte aggiunge inoltre qualche indicazione dottrinale: <<Come la qualificazione giuridica del contratto va



Successivamente, a partire dal 1989, la Cassazione riprende il dialogo con i giudici di merito, con un gruppo di sei decisioni coordinate e contestuali dalla 1° Sezione, emesse tutte il 13 dicembre 1989, nn. 5569 – 5574.

Ed infatti in una di esse, la Corte, dopo aver osservato che alla questione dell'applicabilità al *leasing* dell'art. 1526 ovvero dell'art. 1458 era stato già risposto con <<una serie calibrata di pronunce>>, prosegue sostenendo che <<l'analisi del problema proposto, peraltro, non può neppure tralasciare la considerazione dei notevoli e numerosi contributi di dottrina svolti sull'argomento, in parte suscitati dalle predette pronunce>><sup>100</sup>.

Tuttavia, l'orientamento precedente non viene realmente modificato, e la Corte ribadisce l'applicabilità dell'art. 1458 c.c., ai contratti di

---

operata alla stregua dell'intero contenuto dell'operazione, così la disciplina normativa cui occorre attenersi deve unitariamente essere quella risultante da tale qualificazione, senza che sia possibile scomporre il contenuto del contratto innominato e individuare discipline diverse in relazione a singole prestazioni o a determinate vicende ed effetti, contraddicendo la specifica indennità strutturale e funzionale del negozio medesimo>>.

<sup>100</sup> Cass., 13 dicembre 1989, n. 5573, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 585.

*leasing* di durata pari alla vita economica del bene, visto che <<i>i canoni pagati tendono a remunerare il concedente del valore economico consumato dal concessionario<>><sup>101</sup>.

Diventa dunque basilare la differenziazione tra le due varianti di *leasing* : le due figure sono identiche nella struttura, ma differiscono nella funzione.

Una efficace descrizione dei due tipi di *leasing* è contenuta nella decisione n. 5570/89, secondo la quale <<il contratto di *leasing* può assumere due diverse configurazioni: la prima è il *leasing* cosiddetto tradizionale con funzione di finanziamento mediante cessione di bene in

---

<sup>101</sup> Cass., 13 dicembre 1989, n. 5572, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 583. La precedente giurisprudenza della Corte viene confermata, ma solo in relazione al tipo “tradizionale” di *leasing* considerato nelle decisioni precedenti: il *leasing* di durata corrispondente alla vita economica del bene. A tale ipotesi, denominata “*leasing* di godimento”, si applicherà, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell’utilizzatore, l’art. 1458 c.c., e dunque la società di *leasing* potrà trattenere i canoni percepiti. Tale precedente giurisprudenza deve essere, al contrario, disattesa per un nuovo tipo di *leasing* in cui il trasferimento del bene all’utilizzatore rientra nella funzione assegnata al contratto dalle parti, rivelata tra l’altro dalla notevole eccedenza del valore residuo del bene rispetto al prezzo di opzione. A tale ipotesi, denominata “*leasing* traslativo”, si applicherà invece l’art. 1526 c.c..

godimento; la seconda è quella del *leasing* traslativo nel quale le parti prevedono l'alienazione finale del bene e pertanto l'ammontare dei canoni non rappresenta il solo corrispettivo del godimento del bene ma costituisce una anticipazione del prezzo; inoltre la prima figura dà luogo ad un negozio ad esecuzione continuata o periodica mentre nella seconda i pagamenti dei canoni rappresentano in misura preponderante il pagamento del prezzo di vendita per cui sono rate di una medesima prestazione>><sup>102</sup>.

In concreto, è possibile distinguerli, avvalendosi di alcuni indici rilevatori, quali il rapporto tra prezzo dell'opzione e valore residuo del bene, la clausola di proroga del rapporto alla scadenza del contratto, la previsione di restituzione del bene in buono stato di manutenzione e funzionamento, ed altri ancora.

Ciò che più rileva, comunque, è l'individuazione della reale volontà delle parti la cui indagine spetta al giudice di merito, salvo il controllo di legittimità della Cassazione.

---

<sup>102</sup> Cass., 13 dicembre 1989, n. 5570, in Riv. notar. 1990, p. 1483.

## 6.2. *Il contratto di factoring*

Le origini del *factoring*<sup>103</sup> risalgono al periodo romano ed al Medioevo.

Numerose testimonianze storiche riferiscono che, grazie alla comparsa dei primi mezzi di trasporto, e data la limitatezza dei mezzi di pagamento in moneta, il *factor* rinviava al suo committente il controvalore in merci rispetto ai beni a lui inizialmente spediti per la vendita, dopo aver dedotto una commissione spettantegli quale agente commerciale.

È possibile rinvenire una serie di definizioni di *factoring*, più o meno complete, che si sono succedute nel tempo.

Il *factoring* è un contratto elaborato dalla pratica commerciale che viene considerato atipico e innominato<sup>104</sup>, in quanto non è destinatario di una organica disciplina legale.

---

<sup>103</sup> Dal punto di vista etimologico, il sostantivo “*factor*” deriva dal verbo latino “*facere*” e significa “colui che fa”. Nel lessico inglese indica, invece, “colui che agisce per conto di altri”. Il termine derivato “*factoring*” è <<di origine anglosassone e di cui non si rinviene un termine di significato equivalente in italiano>>, come indicato dal Tribunale di Milano, 28 marzo 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 436.

<sup>104</sup> Così come previsto costantemente dalla giurisprudenza. Per alcuni esempi, vedi Trib. Milano, 28 marzo 1977, in *Giur.*

Tale contratto, come gli altri contratti atipici, trova il suo fondamento giuridico nell'art. 1322, 2° comma c.c., il quale consente alle parti di perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico attraverso la stipulazione di contratti non previsti dalla legge.

Esiste, innanzitutto, una definizione legale di un suo sottotipo e precisamente del *factoring* agevolato per l'artigianato<sup>105</sup>.

Un'altra definizione del *factoring* è contenuta nella raccolta degli usi della Camera di Commercio di Milano, che così recita: <<si suole denominare *factoring*, il contratto col quale un imprenditore, detto cedente o fornite, trasferisce o si obbliga a

---

*comm.* 1978, II, p. 436; Cass. 10 gennaio 1992 n. 198, e Cass. 18 ottobre 1994, n. 8497.

<sup>105</sup> L'art. 12, 2° comma della legge Regione Lombardia 30.4.1980, n. 48, recante <<interventi a favore dell'associazionismo artigiano>>, dispone che <<per contratti di cessione globale, senza garanzia, di crediti commerciali ("factoring") si intendono quei contratti innominati, a titolo oneroso, con prestazioni corrispettive, in base ai quali i soggetti di cui al precedente art. 2 cedono globalmente i propri crediti commerciali o, per conto loro, quelli delle imprese artigiane consociate, ad una società finanziaria (*factor*), la quale li contabilizza e li incassa, assumendosi a carico il rischio dell'insolvenza da parte dei debitori ceduti ed anticipandone eventualmente il ricavo mentre, a loro volta, i medesimi si obbligano al pagamento alla società finanziaria di una commissione d'incasso sull'ammontare dei crediti ceduti ed un interesse sulle anticipazioni ottenute>>.

trasferire a titolo oneroso mediante cessione di credito, ad altro soggetto, detto cessionario o *factor*, la totalità o parte dei crediti anche futuri, derivanti dall'esercizio dell'impresa, verso i propri clienti, detti debitori-ceduti, ottenendone la controprestazione in servizi e/o denaro.

Il *factor* suole anticipare in tutto o in parte l'importo dei crediti ceduti>><sup>106</sup>.

Anche la dottrina propone diverse definizioni di *factoring*.

Si parla, per esempio, di *factoring* come di una <<formula di amministrazione finanziaria e commerciale che, attraverso una cessione di crediti, consente al produttore di beni o servizi di trasferire ad economie esterne (i *factors*) la gestione e l'incasso dei crediti, derivantigli dalle forniture eseguite, ed il rischi di eventuali insolvenze, fruendo in pari tempo di finanziamenti ed assistenze commerciali (informazioni, *marketing*, ecc.) e legali>><sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Il testo degli usi di factoring è stato approvato dalla Commissione Provinciale della Camera di Commercio di Milano in data 7 maggio 1991.

<sup>107</sup> R. Bianchi, *Il factoring e i problemi gestionali che comporta*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1970, pp. XII – XIII. Un'altra definizione è data da M. Milone in *L'azienda di factoring, aspetti di gestione, organizzazione e rilevazione*,

Infine per la giurisprudenza si tratta di un <<rapporto col quale un fornitore di beni o servizi si obbliga a cedere ad un *factor*, previa sottoposizione al medesimo dei contratti conclusi o da concludere con i propri acquirenti, tutti o parte dei relativi crediti. Il *factor*, a sua volta, valutata la solvibilità di costoro, si obbliga a rendersi cessionario dei crediti talora *pro solvendo* e più spesso *pro soluto* con assunzione, in tal caso, del rischio del mancato pagamento e a svolgere, al contempo, il servizio di contabilizzazione, amministrazione e gestione contenziosa dei rapporti oggetto del contratto di *factoring* nonché a corrispondere al fornitore, nella misura ed alla

---

Cacucci Editore, Bari 1967, p.23, il *factoring* consiste nel “trasferimento di un credito commerciale da un’azienda ad un’altra azienda – denominata *factor* – che, contro pagamento da parte del cedente di una commissione, si assume l’incarico di riscuoterne l’importo, garantendo il buon fine anche in caso d’insolvenza o di momentanea difficoltà nei pagamenti del creditore”. Inoltre, l’attività di *factoring* è stata delineata da Leonardo S. Petix, in *Aspetti tecnici del factoring*, Guido Pastena Editore, Roma, 1969, p. 30, per il quale essa consiste, fondamentalmente “nell’acquisto *pro-soluto* di crediti commerciali della durata di novanta/centoventi giorni - eccezionalmente di centottanta giorni - nell’assunzione del relativo servizio di incasso, e nell’erogazione di finanziamenti sottoforma di pagamento anticipato del corrispettivo della cessione del credito>>.

data convenute, l'importo dei crediti approvati>><sup>108</sup>.

Come si deduce dalle definizioni proposte, il contratto di *factoring* interessa tre parti: il *factor*; il cliente del *factor*; il debitore di tale cliente.

Il *factoring* è un contratto tra imprenditori che si realizza mediante la cessione dei crediti che uno di essi vanta verso i propri clienti.

Nel contratto, il *factor* può svolgere, verso corrispettivo, diverse attività a favore del cedente, quali per esempio, finanziare il cedente stesso attraverso degli anticipi sull'ammontare dei crediti ceduti, procedere alla riscossione dei crediti, gestirli ed amministrarli, assumere il rischio dell'insolvenza finanziaria dei debitori ceduti, esercitare eventuali azioni giudiziarie e porre in essere diffide in caso di inadempimento.

Dal punto di vista legislativo, il *factoring* è soggetto alla disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali prevista dagli artt. 115-128 del Testo Unico del credito <sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Tribunale di Milano, 28 marzo 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 436.

<sup>109</sup> Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385.



La legge 21 febbraio 1991, n. 52, disciplina esclusivamente la cessione dei crediti d'impresa, ovvero dei crediti presenti o futuri derivanti da contratti stipulati o da stipulare dal fornitore nell'esercizio dell'impresa.

Il *factoring* non si identifica, dunque, con la cessione dei crediti d'impresa disciplinata dalla legge 52/91, la quale prende in considerazione solo un sottotipo di tale contratto.

Nei casi non previsti dalla legge sopra citata, il *factoring* segue la normativa dettata dagli artt. 1260 ss. del codice civile relativi alla disciplina generale della cessione dei crediti.

Per quanto riguarda gli usi relativi al *factoring*, essi sono stati raccolti da più Camere di Commercio.

Nella raccolta degli usi della Camera di Commercio di Milano, gli usi di *factoring* sono presentati come “usi negoziali”<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup> Gli usi negoziali concorrono, insieme alle altre fonti, a formare una nozione ed una prima disciplina del contratto, contribuendo così, alla sua tipizzazione. Inoltre, gli usi negoziali individuano le clausole contrattuali comuni ai vari formulari correnti e rispondenti alla effettiva prassi operativa, lasciando cadere quelle particolari presenti in alcuni contratti soltanto.

In materia di usi, per quanto riguarda il *factoring* internazionale, deve essere ricordato il *Code of International Factoring Customs* (IFC), elaborato dalla *Factors Chain International*<sup>111</sup>ed, in fine, la Convenzione UNIDROIT sul *factoring* internazionale<sup>112</sup>.

Le diverse forme di *factoring* possono essere classificate in base alla qualità dei soggetti, ovvero secondo il tipo di società di *factoring*, in base alle funzioni svolte ed alle modalità di esecuzione; in base alla struttura dell'operazione; in base all'area geografica.

a) per quanto attiene alle imprese di *factoring*, si rileva un fenomeno tipicamente italiano. Sono state create dai grandi gruppi industriali proprie società di *factoring*, che si sono affiancate a quelle di emanazione bancaria. Può trattarsi di società che si rendono cessionarie o dei crediti che i fornitori vantano nei confronti del gruppo (si pensi al caso in cui molti sono i fornitori-ceduti mentre uno solo è il debitore ceduto, per cui si tratta di

---

<sup>111</sup> La *Factors Chain International*, che costituisce attualmente la più importante rete internazionale di *factors*, ha il proprio segretario permanente ad Amsterdam. Il testo degli IFC viene aggiornato ogni anno.

<sup>112</sup> La Convenzione è stata sottoscritta ad Ottawa il 28 maggio 1988.

*factoring* monceduto), oppure dei crediti che il gruppo vanta nei confronti degli acquirenti (nel qual caso, molti sono gli acquirenti-debitori e uno solo è il creditore cedente, cosiddetto *factoring* moncedente).

b) In base alle funzioni svolte dalle società di *factoring*, si può distinguere tra *old line factoring* e *new style factoring*<sup>113</sup>.

Il primo identifica una tecnica eseguita attualmente dalle società di *factoring* che operano nei paesi europei. Il *factor* si incarica di incassare a suo rischio e pericolo le fatture emesse dai suoi clienti assumendo un ruolo puramente finanziario.

Esso rappresenta quindi il *factoring* tradizionale, che ha per oggetto la cessione dei crediti *pro soluto* al *factor* e che prevede tutti gli altri servizi di amministrazione e contabilizzazione delle fatture.

L'*old line factoring* comprende gli schemi operativi del *conventional factoring* e del *maturity factoring*. Nel *conventional*, il *factor* offre tutti i servizi caratteristici: assume il rischio dell'insolvenza (la cessione è senza rivalsa), concede anticipi e gestisce i crediti. Nel *maturity*,

---

<sup>113</sup> La distinzione è colta da G. Fossati e A. Porro, *op. cit.*, p. 17.

al contrario, il *factor* si limita ad assumere il rischio dell'insolvenza e a gestire i crediti, ma non concede anticipi.

Il *New Style Factoring* è invece un tipo di *factoring* che praticano alcune società negli U.S.A. e che comprende le stesse operazioni dell'*old line* ma in un quadro creditizio più completo, simile all'attività bancaria.

Altra variante dell'*old line* è il *factoring with recourse*, nel quale la cessione è con rivalsa <sup>114</sup>.

c) Sulla struttura del contratto di *factoring*, in Italia <<la prassi contrattuale è divisa tra i casi – e

---

<sup>114</sup> Secondo le modalità di esecuzione, si distinguono il *notification factoring* ed il *non-notification factoring*. Nel primo caso, i clienti del *factor* si impegnano a menzionare, su tutte le fatture emesse, che il pagamento dovrà essere effettuato esclusivamente al *factor*. Il cliente, naturalmente dovrà restituire al *factor* la totalità dei loro conti clienti ma sono dispensati dall'indicare sulle loro fatture che il pagamento deve essere effettuato nelle mani del *factor*. Questo ultimo assicura, come sempre, la copertura dei rischi di insolvenza e l'eventuale finanziamento come in un contratto di tipo classico, ma non può incaricarsi della riscossione dei crediti, poiché i debitori non sono stati messi al corrente della cessione. In questo caso il venditore si impegna a trasferire immediatamente al *factor* le somme ricevute dagli acquirenti. L'applicazione di questa particolare forma di *factoring* che, comunque, viene usata negli U.S.A. solo in casi eccezionali, trova diversi ostacoli in Italia per motivi di carattere giuridico in quanto, secondo l'art. 1264 c.c. <<la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l'ha accettata e quando gli è stata notificata>>.

sono la maggioranza – in cui si adotta lo schema del contratto quadro-cessioni successive, e i casi – e sono la minoranza – in cui si adotta lo schema della cessione globale di crediti presenti e futuri>><sup>115</sup>.

d) Per quanto riguarda, infine, l'area geografica, la distinzione è essenzialmente tra *domestic factoring*, ed *international factoring*. Il primo si verifica quando sia il fornitore che l'acquirente svolgono la loro attività nello stesso paese, mentre il secondo si pratica nel caso in cui le parti del contratto risiedono in paesi diversi. In particolare, si usa suddividere ulteriormente quest'ultimo in *factoring* all'esportazione, se il *factor* acquista crediti verso debitori stranieri, e *factoring* all'importazione, quando il cliente del *factor* è uno straniero che si impegna a cedere i crediti che egli potrà vantare verso clienti del paese importatore.

Il *factoring* è un contratto di natura consensuale, in quanto si forma con il semplice consenso delle

---

<sup>115</sup> G. De Nova, *Nuovi contratti*, II Edizione, UTET, Torino, 1994, p. 124.

parti e si perfeziona al momento dell'incontro delle volontà <sup>116</sup>.

Il *factor* acquista, dunque, la titolarità del credito per effetto del solo consenso legittimamente manifestato tra le parti, indipendentemente dalla volontà del debitore ceduto e dalla conoscenza che quest'ultimo abbia dell'avvenuta cessione.

Il fatto di non rendere nota la cessione al debitore comporta, comunque, dei rischi per il *factor*. Infatti questi, da un lato, può veder prevalere sul suo diritto quello di un altro cessionario, il quale abbia notificato la cessione al debitore ceduto (art. 1265 c.c.); dall'altro, può sentirsi opporre da quest'ultimo che la prestazione è stata da lui eseguita, in buona fede, a favore dell'originario creditore (art. 1264 c.c.).

Per evitare quest'ultima situazione, il *factor*, di regola, prevede tra le condizioni del contratto la clausola con la quale impone al cedente di indicare che i pagamenti dei crediti ceduti vengano effettuati solo a suo favore.

---

<sup>116</sup> Per tutte: Cass. Sez. I, 26 luglio 1966, n. 2072, in *Foro pad*, 1967; Cass. Sez. III, 27 giugno 1977, n. 2761, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 552; Cass. Sez. I, 20 novembre 1975, n. 3887, in *Giust. civ.*, 1975, fasc. 21-22.

Per assolvere tale obbligo, i clienti dell'impresa di factoring sono soliti far stampare, sulle fatture inviate ai propri debitori, l'avviso che è liberatorio solo il pagamento eseguito al *factor*, in quanto cessionario del credito.

Il *factoring* è un contratto di durata per il protrarsi nel tempo degli effetti contrattuali. La durata del contratto può essere determinata o indeterminata.

In quest'ultimo caso può essere stabilito un preavviso, da uno a sei mesi.

Anche quando la durata è predeterminata è prevista la possibilità di risoluzione del contratto di una penale dovuta dalla parte che prende l'iniziativa.

La risoluzione, volontaria o contrattuale, pone termine al trasferimento dei crediti che devono ancora sorgere ma obbliga le parti ad ultimare le operazioni in corso.

Il *factoring* è un contratto di scambio, che si contraddistingue per la diversità degli scopi perseguiti e per l'interdipendenza delle prestazioni.

Da una parte emerge lo scopo contrattuale del *factor*, che acquista i crediti per realizzare i propri fini economici, costituiti sia dalla commissione

dovutagli per la gestione dei crediti acquistati e per la copertura dei rischi di insolvenza, sia dagli interessi maturati sugli anticipi eventualmente corrisposti, dall'altra la molteplicità degli scopi del cedente che, attraverso la cessione di tutti o di una parte dei propri crediti, ne realizza la contabilizzazione, e la gestione amministrativa e giudiziaria.

La natura atipica e complessa del *factoring* comporta che la ricerca degli elementi costitutivi del contratto venga necessariamente svolta con l'ausilio dei moduli contrattuali contenenti le condizioni generali, predisposti dalle società di *factoring*.

Clausola fondamentale è quella con la quale il fornitore si impegna ad offrire in cessione al *factor* i crediti presenti e futuri vantati nei confronti di tutti i propri clienti, o solo di quelli specificatamente indicati dal *factor*.

Il fornitore si impegna, inoltre, a non porre in essere con terzi altri rapporti di *factoring* ed a non conferire ad essi mandato a riscuotere i crediti di cui il *factor* è divenuto titolare, concretizzando, così, una clausola di esclusiva che permette al



*factor* di avere una migliore valutazione del suo rischio.

A tale obbligazione corrisponde, normalmente, la facoltà del *factor* di accettare o di non accettare, a suo insindacabile giudizio, le proposte del fornitore relative alla cessione dei singoli crediti.

Se il *factor* si rende cessionario del credito vantato da fornitore, può decidere che la cessione avvenga “con rivalsa (pro solvendo), cioè con garanzia da parte del cedente della solvenza del debitore ceduto, ovvero “senza rivalsa” (pro soluto), cioè con rischio dell’insolvenza del debitore ceduto a carico del cessionario stesso.

Affinché la cessione sia pro soluto, la disciplina del contratto richiede normalmente un’espressa approvazione preventiva del credito da parte del *factor*.

Tale approvazione è effettuata in seguito alla valutazione della capacità finanziaria di ciascun

acquirente del fornitore, secondo le modalità previste dal contratto.

Se il fornitore non consulta il *factor* ovvero supera il credito autorizzato, il *factor* può rifiutare il credito non autorizzato, aumentare spontaneamente lo scoperto, o accettarlo sotto condizione sospensiva per cui in caso di mancato pagamento del credito può far valere il diritto di rivalsa contro il fornitore per la parte eccedente lo scoperto autorizzato.

La garanzia di buon fine, che fa ricadere sul *factor* sia il rischio di insolvibilità, sia il rischio di mancato pagamento alla scadenza, si applica ai crediti approvati e che provengono da vendite o prestazioni di servizi non contestate né dal punto di vista tecnico, né da quello commerciale, prima della scadenza, da parte dell'acquirente.

Le cessioni sono a titolo oneroso ed il prezzo relativo, di regola pari al valore nominale del

credito ceduto, dedotto il compenso del *factor*, viene accreditato dal *factor* al fornitore al momento dell'incasso del credito o, in caso di cessione senza rivalsa e di inadempimento del debitore ceduto, entro 210 giorni dalla scadenza del credito.

Il *factor* intesta al fornitore un conto corrente nel quale vengono iscritte tutte le operazioni (a credito, l'ammontare delle fatture approvate e non approvate; a debito, gli eventuali anticipi effettuati al fornitore e le remunerazioni spettanti al *factor*) svolte in pendenza del rapporto.

Una clausola molto importante è quella per mezzo della quale il *factor* si riserva la facoltà di effettuare, a suo insindacabile giudizio, le anticipazioni sui crediti ceduti.

Dalla stipulazione del contratto sorgono, in fine, in capo al fornitore, una serie di obblighi di comportamento quali, per esempio, quello di

comunicare al *factor* le notizie circa la solvibilità dei debitori ceduti e le vicende relative alla loro attività economica, nonché l'obbligo di consegnare al *factor* la documentazione a prova del credito e degli eventuali diritti di garanzia a tutela dello stesso.

L'interesse del *factor* all'adempimento di tali obblighi è tutelato mediante la predisposizione di clausole che gli conferiscono il potere di effettuare controlli sull'azienda e sulle scritture contabili del fornitore<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup> Una sintetica esposizione della disciplina dei rapporti tra *factor* e cedente si rinviene nella raccolta degli usi, a cura della Camera di Commercio di Milano. L'art. 4, 1° comma, individua così gli obblighi del cedente: <<il fornitore-cedente deve consegnare al cessionario, al più presto e normalmente entro 30 giorni dall'esecuzione della fornitura, tutti i documenti probatori del credito, ivi compresi gli eventuali effetti cambiari emessi o girati dal debitore ceduto e i documenti di garanzia concernenti il credito, previa apposizione della propria girata sui documenti che ne siano suscettibili>>.

Il *factoring*, in Italia, si realizza mediante la cessione dei crediti <sup>118</sup>, per la quale si applica la disciplina prevista negli artt. 1260-1267 c.c.

Attraverso la legge 21 febbraio 1991, n. 52, il legislatore ha inteso regolamentare, non la convenzione di *factoring*, nelle sue diversificate e complesse componenti, bensì esclusivamente, la cessione dei crediti d'impresa, per la quale ha dettato una peculiare disciplina in aggiunta o in alternativa a quella generale di cui agli artt. 1260 ss. c.c.

È stato rilevato, in dottrina, sia che le nuove norme della legge possono essere considerate come un'ideale sezione aggiuntiva del capo sulla

---

<sup>118</sup> Trib. Milano, 16 ottobre 1989, in *Riv. It. leasing*, 1990, p. 182, prevede che: «è noto che l'istituto del factoring non ha specifica disciplina nel nostro codice, ma costituisce un negozio atipico, che nel rispetto delle norme generali sul contratto trova la sua regolamentazione nell'autonomia negoziale delle parti; esso svolge funzioni economiche di diversa natura e principalmente di finanziamento e va ricondotto essenzialmente allo schema tipico della cessione di credito. In tale ambito il Collegio ritiene pienamente valida la cessione di crediti futuri».

cessione dei crediti <sup>119</sup>, sia che tale legge identifica una differenziata disciplina posta in deroga a quella generale, di cui agli artt. 1260 ss. c.c. <sup>120</sup>.

Si considerano derogate o integrate quelle norme del codice civile incompatibili con la nuova legge, mentre rimangono in vigore le norme codicistiche per gli aspetti e rapporti non previsti o regolati dalla nuova legge, o in relazione ai quali, quest'ultima, non offra un regolamento in deroga o sostanzialmente incompatibile.

Con la legge 21 febbraio 1991, n. 52, il legislatore ha inteso regolare la cessione dei crediti d'impresa verso corrispettivo, cioè la cessione

---

<sup>119</sup> G. De Nova, *Nuovi contratti*, UTET, Torino 1990, p. 108.

<sup>120</sup> C. Anfossi, P. Berlanda, R. Clarizia, P. Melia, D. Velo, *Il factoring*, Pirola, Milano 1992, p. 117; G. Tucci, *Garanzia sui crediti d'impresa e tutela dei finanziamenti*, Giuffrè, Milano 1984, il quale afferma che il *factoring* si caratterizza, sotto il profilo soggettivo, come un contratto d'impresa, nel senso che la natura non imprenditoriale del cedente, ex art. 2082 c.c., così come la mancanza dei diversi requisiti soggettivi strutturali e di personalità richiesti al cessionario, comportano la non applicazione della legge ed il conseguente ricorso al diritto comune.

avente “*causa vendendi*”, tralasciando ogni riferimento esplicito al *factoring*.

Sotto questo profilo, risulta di notevole importanza determinare se la legge 52/91 abbia reso tipico o meno il contratti di *factoring*.

La prassi contrattuale indica chiaramente che il negozio di *factoring* non ha per oggetto esclusivo la cessione dei crediti verso corrispettivo, ma può assumere funzioni di garanzia o semplicemente di servizio.

Risulta, dunque, evidente la maggiore ampiezza contenutistica del *factoring* rispetto alla previsione legislativa.

La nuova legge ha reso tipico soltanto l’aspetto prevalente del *factoring*, quello della cessione del credito verso corrispettivo, ma accanto alla “*causa vendendi*” permangono funzioni diverse.

Tutto ciò porta alla conclusione che la tipizzazione del *factoring* è stata compiuta solo

parzialmente, in quanto il limite del rispetto della causa atipica non è stato oltrepassato, nonostante la tipizzazione di una frazione della sua causa, operata dal legislatore.

Il contratto di *factoring* rimane, dunque, un contratto atipico.

<<il fatto che convergano, ora, nel negozio innominato, elementi del contratto nominato (cessione verso corrispettivo), non determina incompatibilità si sorta, stante la complessità della causa del *factoring*, e tale convergenza potrà, tutt'al più, determinare un concorso di discipline giuridiche>><sup>121</sup>.

Prima dell'entrata in vigore della legge 21 febbraio 1991, n. 52, la disciplina del *factoring* si basava sulla ricezione gli artt. 1260-1267 c.c., salvo l'applicazione delle deroghe convenzionali

---

<sup>121</sup> G. Fossati e A. Porro, *Il factoring*, Giuffrè, Milano 1994, p. 122.



che non comportassero peggioramento o compromissione della posizione giuridica del debitore ceduto, che non poteva essere aggravata da accordi tra cedente e cessionario.

L'intervento legislativo in tema di cessione di crediti d'impresa verso corrispettivo, che costituiscono l'aspetto preminente del *factoring*, risulta inderogabile quando siano sussistenti le concorrenti condizioni previste dall'art. 1 (nel caso in cui le parti del rapporto siano costituite da imprenditori).

Il *factoring* resta, dunque, un contratto atipico, per il quale, nonostante l'intensificazione dei limiti alla libertà contrattuale delle parti, posti dalla nuova legge, persistono spazi di autoregolamentazione in forza dell'autonomia prevista dall'art. 1322 c.c.

### 6.3. *Il contratto di franchising: cenni*

Il franchising europeo, ed italiano in particolare, è volto alla creazione di nuovi punti vendita o di produzione.

A differenza del modello americano, in base alla quale il *franchisee* partecipa in proprio alle vicende di una particolare catena distributiva e persegue l'obiettivo di raggiungere una propria imprenditorialità, il *franchisee* europeo è più incline a realizzare un più elevato livello di redditività immediata, rinunciando al perseguimento di una propria struttura imprenditoriale.

Ciò e' confermato dal fatto che il *franchisee* europeo si obbliga al pagamento di *royalties* più alte, rispetto a quelle generalmente dovute al *francisor* americano, il quale, invece, impone un più forte *initial fee*.

Il *franchisee* europeo, dunque, è più incline a ridurre il livello iniziale di rischio così da

assicurarsi, per tutta la durata del contratto, la collaborazione del *franchisor*<sup>122</sup>.

Fra le molte definizioni date in tutto il mondo alla tecnica del *franchising*, è opportuno segnalare le più significative.

Secondo l'International Franchise Association di Chicago<sup>123</sup>, il *franchising* può essere definito come «un sistema di collaborazione tra un produttore (o rivenditore) di beni od offerente di servizi (*franchisor*) ed un distributore (*franchisee*), giuridicamente ed economicamente indipendenti l'uno dall'altro, ma vincolati da un contratto in virtù del quale il primo concede al secondo la facoltà di entrare a far parte della propria catena di distribuzione, con il diritto di sfruttare, a determinate condizioni e dietro il pagamento di

---

<sup>122</sup> G. Santini, *Commercio e servizi*, Il Mulino, Bologna 1988, p. 149.

<sup>123</sup> Tale definizione è riportata da Aldo Frignani, *Factoring, leasing, franchising, concorrenza*, G. Giappichelli Editore, Torino 1983, p. 35.

una somma di denaro, brevetti, marchi, nomi, ditta, insegna o addirittura anche una semplice formula o segreto commerciale a lui appartenenti>>.

La definizione data dalla Federazione francese del *franchising* è considerata completa in quanto ha integrato l'aspetto relativo al controllo del circuito distributivo con quello relativo al suo funzionamento.

Il *franchising* può essere definito come <<un sistema di collaborazione fra un'impresa definita *franchisor* da una parte e una o più imprese definite *franchisees* dall'altra.

Esso comporta per il *franchisor*:

-la proprietà di una ragione sociale, di una denominazione commerciale, di sigle, simboli, di marchio di fabbrica, commerciale o di servizi, oltreché di un *know-how* messo a disposizione delle imprese che fanno parte dell'organizzazione;

-un insieme di prodotti e/o servizi;

-offerti in maniera originale e specifica;  
-sfruttati obbligatoriamente e totalmente secondo tecniche uniformi messe a punto preventivamente e tenute costantemente sotto controllo.

Questo accordo di collaborazione ha per fine lo sviluppo accelerato delle imprese stipulanti, tramite l'azione congiunta delle risorse umane e capitali, pur mantenendo ciascuna delle parti la propria indipendenza nel quadro di una reciproca esclusiva.

Il contratto implica una remunerazione o un vantaggio economico a favore del *franchisor* proprietario del marchio e del *know-how*>> <sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> Questa definizione di *franchising* è stata maturata dalla Corte di Parigi, con una sentenza del 20 aprile 1978, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n. 5, 1980. Inoltre, l'Associazione Italiana del *Franchising* (A.I.F.), ispirandosi alla definizione contenuta nel Regolamento , non tratta il *franchising* industriale, poiché anche la prassi italiana è quasi esclusivamente orientata al *franchising* in materia di distribuzione di beni e di servizi. La definizione è ripresa dallo Statuto dell'Associazione stessa: <<Il *franchising* –

Un aiuto importante per l'elaborazione di una nozione di contratto di *franchising* viene da una recente fonte informativa sopranazionale, il regolamento CEE sugli accordi di *franchising* entrato in vigore il 1° febbraio 1989. Tale regolamento non detta una disciplina civilistica del contratto, la sua funzione primaria è, infatti, quella di specificare le condizioni affinché si possa applicare l'esenzione dal divieto di accordi

---

affiliazione commerciale – è una forma di collaborazione continuativa per la distribuzione dei beni o servizi fra un imprenditore, affiliante, e uno o più imprenditori, affiliati, giuridicamente ed economicamente indipendenti l'uno all'altro, che stipulano un apposito contratto, attraverso il quale:

- a) L'affiliante concede all'affiliato l'utilizzazione della propria formula commerciale, comprensiva del diritto di sfruttare il suo *know-how* ed i propri segni distintivi, unitamente ad altre prestazioni e forme di assistenza atte a consentire all'affiliato la gestione della propria attività con la medesima immagine e politica commerciale dell'impresa affiliante;
- b) l'affiliato si impegna a far propria politica commerciale ed immagine dell'affiliante, nell'interesse reciproco delle parti medesime e del consumatore finale, nonché al rispetto delle condizioni contrattuali liberamente pattuite>>

restrittivi della concorrenza, individuati dall'art. 85, par. 1 del trattato CEE.

Il Regolamento distingue tre tipi di *franchising*: il *franchising* <<industriale>> che riguarda la produzione di beni <sup>125</sup> ed è equiparato alla <<licenza di fabbricazione basata su brevetti e/o *know-how* tecnologico correlata a licenza di marchio>><sup>126</sup>; il *franchising* <<in materia di distribuzione>>, che riguarda la vendita di merci; ed infine il *franchising* <<in materia di servizi>>, che si riferisce <<alla prestazione di servizi in conformità con le istruzioni del concedente e sussidiariamente alla fornitura di beni direttamente connessa con la prestazione dei servizi>><sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Regolamento CEE, n. 4087/88 della Commissione del 30 novembre 1988 concernente l'applicazione dell'art. 85, par. 3 del trattato a categorie di accordi di franchising, in GUCE N.L. 359/4 del 28 dicembre 1988.

<sup>126</sup> Regolamento CEE, cit., n. 4.

<sup>127</sup> Si veda n.5 del Progetto di Regolamento, in GUCE n. C 229/3 del 27 agosto 1987, riprodotto in DCI, 1987, p.p. 687 ss.

La Commissione considera il franchising come il sistema per sfruttare finanziariamente un insieme di conoscenze e, di conseguenza, la definizione del contratto è introdotta dalla descrizione di tali conoscenze come bene oggetto del contratto: <<Per *franchising* si intende un insieme di diritti, di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, *know-how* o brevetti da utilizzare per la rivendita di beni o per la prestazione di servizi ad utilizzatori finali>> (art. 1.3 lett. a).

Il contratto di *franchising* è poi definito in relazione al bene.

L'art. 1.3 lett. b così dispone: << Per accordo di *franchising* si intende un accordo col quale un'impresa, l'affiliante, concede ad un'altra, l'affiliato, dietro corrispettivo finanziario diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un *franchising* allo



scopo di commercializzare determinati tipi di beni e /o servizi; esso comprende almeno gli obblighi connessi:

- all'uso di una denominazione o di un insegna commerciale comune e di una presentazione uniforme della sede e/o del contratto;

- alla comunicazione da parte dell'affiliante all'affiliato di un *know – how*,

- alla prestazione permanente, da parte dell'affiliante all'affiliato, di un assistenza in campo commerciale o tecnico per la durata dell'accordo>>.

Le varie definizioni, sebbene con diverse sfumature, sottolineano, in sostanza, che il contratto di franchising si fonda sulla collaborazione tra *franchisor*, che dispone di una vasta e qualificata esperienza in un determinato settore industriale, commerciale e/o di servizi, ed il *franchisee*, imprenditore indipendente che ira ad

aumentare il giro d'affari e la redditività della propria azienda<sup>128</sup>.

Manca, nel nostro Paese, una disciplina legislativa del *franchising*: il contratto è considerato dunque atipico, nel senso che non è destinatario di un'organica disciplina legale<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Secondo la *Fédération Européenne du Franchising*, i cui paesi aderenti sono Germania, Francia, Italia, Paesi Bassi, Danimarca, Regno Unito, Portogallo ed Austria, <<il *franchising* è un sistema di commercializzazione di prodotti e/o servizi e/o tecnologie basato su una stretta e continuativa collaborazione tra imprese legalmente e finanziariamente separate e indipendenti, il *franchisor* ed i suoi *franchisees*, secondo il quale il primo concede il diritto ed impone l'obbligo di intraprendere un'attività economica in base al sistema che ha elaborato. Il diritto legittima e obbliga il *franchisee*, in cambio di un corrispettivo finanziario diretto o indiretto, ad usare il nome commerciale e/o i marchi relativi a prestazioni di servizi, il *know-how*, i metodi commerciali e tecnici, le procedure ed altri diritti di proprietà industriale e /o intellettuale, collegati ad una prestazione continua di assistenza commerciale e tecnica nel quadro e secondo le condizioni di un contratto di affiliazione scritto, concluso tra le parti a questo fine>>.

<sup>129</sup> Una disciplina legislativa del *franchising* si trova, in Europa, soltanto in Francia. Si tratta dell'art. 1 della legge n. 89-1008 del 31 dicembre 1989, poi oggetto del decreto n. 91-337 del 4 aprile 1991; in base a tale disposizione, il *franchisor* deve fornire numerose informazioni ai potenziali *franchisees*. Negli Stati Uniti l'*United States Federal Trade Commission* ha adottato nel 1979 una regolamentazione denominata <<*Disclosure requirements and prohibition concernine*

La Camera di Commercio di Milano ha provveduto alla raccolta degli usi del contratto di *franchising*<sup>130</sup>.

Alcuni aspetti del contratto possono trarsi dal codice deontologico<sup>131</sup>, elaborato dall'associazione italiana del *franchising*, che, secondo una recente decisione giurisprudenziale in materia di autodisciplina pubblicitaria<sup>132</sup>, può assumere

---

*franchising and business opportunity ventures*>>. Numerosi stati hanno adottato specifiche discipline.

<sup>130</sup> Camera di Commercio di Milano, *Raccolta provinciale degli usi 1990*, Estratto 4, Usi in materia di *franchising*, approvati il 19 dicembre 1991, in base ai quali <<con il contratto di *franchising* un'impresa, detta affiliante, concede ad un'altra, detta affiliata, contro corrispettivo, di utilizzare un insieme di diritti relativi a proprietà industriale o intellettuale – marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti – per la rivendita di beni o per la prestazione di servizi>>.

<sup>131</sup> E' stato elaborato anche un <<codice europeo di deontologia del *franchising*>>; v. in nota al commento di Frignani, *Il codice deontologico europeo del franchising e le sue implicazioni: osservazioni a caldo*, in *Studi Franceschelli*, Milano 1983, p. 561.

<sup>132</sup> Trib. Milano, 22 gennaio 1976, in *FP*, 1976, I, p. 128., secondo cui <<Gli artt. 1, 3, 7 del codice di lealtà pubblicitaria non sono in contrasto con la disciplina imperativa dell'art. 2598 c.c. e costituiscono una puntuale applicazione del principio del divieto della pubblicità menzognera che la

rilevanza anche oltre la cerchia degli appartenenti all'associazione che la ha espresso, in quanto può essere preso in considerazione dal giudice per identificare i principi di correttezza professionale, richiamati dall'art. 2598, n. 3 c.c.

#### *7. Ricezione dei contratti tipici e atipici internazionali*

Sono considerati internazionali, tutti quei contratti che presentino, da un punto di vista sociale, collegamenti con sfere territoriali sottoposte all'autorità di Stati diversi, e dunque, con ambiti entro i quali siano in vigore sistemi giuridici diversi.

---

giurisprudenza da sempre riconduce nell'ambito dei principi della correttezza professionale>>.

Lo stato attuale del diritto commerciale internazionale è in larga parte soggetto ai diritti statali.

Nel corso degli anni, gli Stati hanno adottato un numero crescente di convenzioni internazionali, allo scopo di eliminare le incertezze generate dalla presenza dei differenti schemi giuridici nazionali.

I principi di UNIDROIT di propongono di ovviare a questo particolarismo, introducendo nel sistema del commercio internazionale un insieme di regole comuni destinate a tutti gli Stati.

Essi sono, innanzitutto, redatti in un linguaggio chiaro e semplice, e tale da permettere anche ai non giuristi di comprenderne il contenuto.

I contenuti dei principi di UNIDROIT, riflettendo concetti comuni a molti sistemi giuridici esistenti, sono spesso impiegati come guida nella redazione dei contratti commerciali internazionali.

Per quanto riguarda la loro applicazione, ad opera dei giudici statali e degli arbitri, essi vengono richiamati espressamente da alcune sentenze arbitrali.

### 7.1. *Il sale and lease back*

Tra le varie tipologie che la prassi ha prospettato per l'operazione di *leasing*, assume un'importanza particolare quella denominata *sale and lease back*.

Lo schema negoziale, che ormai anche in Italia ha raggiunto una notevole diffusione, prevede la vendita di un bene (mobile, immobile o, come accade spesso negli U.S.A., un intero complesso aziendale) dal proprietario ad un'impresa di *leasing*, che ne paga il prezzo e contestualmente concede il suddetto bene in locazione finanziaria al venditore<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Gli usi della Camera di Commercio di Milano dedicano il capo terzo al *lease back*, e prevedono che «il *leasing* si

L'interesse che spinge un imprenditore a concludere il contratto di *lease back*, non è di ottenere beni strumentali al processo produttivo, così come invece avviene nel *leasing* classico, bensì quello di reperire il capitale da immettere nella gestione economico-finanziaria dell'impresa, senza privarsi della materiale disponibilità del bene.

Alla scadenza del contratto, l'utilizzatore potrà optare per la continuazione della locazione ovvero per l'acquisto del bene dietro pagamento del prezzo.

L'individuazione della natura giuridica del contratto in questione, è stata ampiamente dibattuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che ne hanno formulato varie ipotesi.

La definizione legale del *leasing*, contenuta nell'art. 17 comma 2 della legge 12 maggio 1976,

---

denomina *sale and lease back*, comunemente detto *lease back*, quando il concedente acquisti il bene oggetto del *leasing* direttamente dall'utilizzatore>>.

n. 183, pone l'accento sulla trilateralità di tale operazione, che richiede l'intervento, appunto, di tre distinte figure: il fornitore del bene, il concedente, che acquista il bene o lo fa costruire dal fornitore su indicazione dell'utilizzatore, e l'utilizzatore stesso<sup>134</sup>.

A tale proposito, De Nova precisa che <<in ogni caso, se è vero che nel *lease back* i soggetti sono due, è del pari vero che l'utilizzatore gioca un duplice ruolo, quello di fornitore e appunto di utilizzatore, e ciò in due diversi contratti: è

---

<sup>134</sup> Tale struttura esclude dall'ambito del *leasing* finanziario, come peraltro già evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, il c.d. *leasing* diretto o *leasing* del costruttore, ossia quella particolare forma contrattuale in cui il fornitore e concedente coincidono. La definizione di cui all'art. 17 legge 183/1976 e la giurisprudenza della Suprema Corte, del resto, non hanno mai indicato, quale condizione del contratto di *leasing*, che il bene appartenesse ad un soggetto diverso dall'utilizzatore, ma hanno indicato come requisito la trilateralità del rapporto, per escludere dal *leasing* finanziario il contratto in cui il concedente fosse già proprietario del bene (c.d. *leasing* diretto).



fornitore nella vendita, è utilizzatore nel contratto di *leasing*>><sup>135</sup>.

L'autore, dunque, sostiene che il contratto di *lease back* è costituito da due contratti distinti, precisamente dalla vendita e dal *leasing*.

Secondo altri autori, invece, si tratta di un contratto nel quale siano individuabili due negozi (vendita e *leasing*) ciascuno con causa propria, anche se entrambi collegati in funzione di un unico scopo<sup>136</sup>.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, l'orientamento non è costante.

La Corte di Cassazione, nell'importante decisione del 16 ottobre 1995, n. 10805, ha previsto che <<il contratto di *sale and lease back* è un negozio socialmente tipico con autonomia di struttura e di funzione. La vendita del bene alla società di *leasing*

---

<sup>135</sup> De Nova, *Nuovi contratti*, cit., p. 299.

<sup>136</sup> Uno per tutti L. Di Mauro, *Il leasing approda in Cassazione*, in *Giur. it.*, I, 1, p. 681.

avviene a scopo di *leasing* e cioè al fine di concedere il bene stesso in *leasing* e non a scopo di garanzia quale accessorio di un contratto di mutuo preesistente o concomitante>><sup>137</sup>.

Questo schema contrattuale ha suscitato notevoli perplessità, ed è stato da più parti ritenuto nullo per diverse ragioni.

Innanzitutto, il *lease back*, in contrasto con quanto previsto dall'art. 1322 c.c., non risponderebbe ad interessi meritevoli di tutela, perché <<dà luogo ad una distribuzione di pesi e

---

<sup>137</sup> Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Rep. Giust. civ.*, 1997. Inoltre, la Commissione Provinciale delle Imposte di Lecce, sez. III, 14 aprile 1995, n. 97, in *Rep. Giust. Civ.*, 1995, ha previsto che <<secondo le norme in tema di interpretazione dei contratti dettate dal codice civile in entrambi i negozi giuridici compresi nel contratto di *sale and lease back*, spiegano distintamente gli effetti giuridici tipici propri dei contratti di compravendita e di locazione finanziaria e non possono avere rilevanza i motivi interni che hanno determinato le parti a concludere il contratto>>. Infine, Trib. Verona, 15 dicembre 1988, in *Giur. merito* 1990, p. 300, parla di "contratto unitario e anomalo", mentre Trib. Pavia, 1 aprile 1988, in *Leasing*, n. 11, sostiene che <<poiché la concessione in godimento di un bene strumentale è elemento essenziale del contratto di *leasing*, è anomalo un contratto di *lease back* che abbia ad oggetto macchinari prodotti dall'utilizzatore e destinati al commercio>>.

vantaggi contrattuali che non è equa ma che è invece dannosa per il venditore-utilizzatore>><sup>138</sup>, ed inoltre violerebbe i principi di tipicità delle garanzie reali.

In secondo luogo, tale schema negoziale verrebbe a realizzare un'operazione economica complessa che tende a risultati diversi da quelli propri dei negozi (vendita e successivo *leasing*) posti formalmente in essere dalle parti e perseguirebbe effetti di alcuni negozi altrimenti illeciti. Secondo tale orientamento, infatti, la causa del *lease back* si identificherebbe in un mutuo assistito da garanzia atipica col quale verrebbe aggirato il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., realizzando quindi un contratto in frode alla legge e dunque nullo.

---

<sup>138</sup> Trib. Verona, 15 dicembre 1988, in *Riv. it. leasing*, 1990, p. 224.

L'art. 2744 c.c., dispone che <<è nullo il patto con il quale di conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno>><sup>139</sup>.

La *ratio* della norma è stata individuata nell'esigenza di tutelare i terzi dal rischio di approfittamento da parte del concedente che, sfruttando le condizioni di difficoltà economica del venditore-utilizzatore, riesca ad acquistare la proprietà di un bene per un'operazione assistita da garanzia, eludendo così la regola della *par*

---

<sup>139</sup> L'ipotesi in questione riguarda la possibilità di estendere il divieto anche ai trasferimenti fiduciari a scopo di garanzia, cioè a quelle convenzioni tra creditore e debitore in forza delle quali viene trasferito un bene al creditore o ad un terzo, con l'intesa che il trasferimento abbia solo una funzione di garanzia ed il bene torni quindi al debitore quando questi adempia, o sia venduto o passi definitivamente al creditore se il debitore non adempie (accordi noti come patti commissori autonomi, perché non 2accessori2 ad un pegno o ad un'ipoteca).

*condicio creditorum*. Gli interessi degli altri creditori, verrebbero, in questo modo, pregiudicati dalla sottrazione dal patrimonio complessivo del debitore di un bene che, secondo la regola della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., dovrebbe soddisfare i creditori per quanto ecceda il debito assistito da garanzia reale.

In quest'ottica il *sale and lease back* verrebbe ad essere qualificato non come operazione finanziaria, composta da due distinti negozi giuridici di vendita e di leasing, bensì come un unico negozio, nullo perché avente causa illecita, mediante il quale la proprietà della cosa viene trasferita al concedente al solo scopo di garantire il debito contratto<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> La Cassazione aveva, in un primo tempo, individuato la linea di confine tra alienazioni a scopo di garanzia, che integrano gli elementi dei patti commissori vietati, e alienazioni a scopo di garanzia legittime. V. ad esempio, 29 aprile 1980, n. 2845, o Cass., 14 aprile 1981, n. 2245, per le quali, se il trasferimento del bene avviene subito e l'adempimento del mutuo funziona come una condizione

La giurisprudenza ha progressivamente riconosciuto la legittimità di quest'ultima operazione finanziaria.

Nel 1983, la Corte Suprema<sup>141</sup> aveva mutato il suo indirizzo, con una sentenza poi ripresa da molte altre, affermando che può aversi nullità per violazione dell'art. 2744 c.c. anche quando il trasferimento della proprietà è immediato (è cioè condizionato risolutivamente all'adempimento) se si versa comunque un'ipotesi di alienazione a scopo di garanzia.

Infatti, con la pronuncia del 16 ottobre 1995, n. 10805 la Corte di Cassazione ha statuito che lo

---

risolutiva, allora l'accordo è valido perché il debitore non subisce necessariamente alcuna coazione, privandosi effettivamente e subito del bene e quindi essendo in grado di valutare le conseguenze della sua scelta; se invece il trasferimento avviene solo al momento dell'inadempimento, e l'inadempimento stesso funziona quindi come una condizione sospensiva del trasferimento, allora il debitore continua ad avere la disponibilità del bene e può essere indotto ad acconsentire a trasferirlo al creditore perché ritiene comunque di poter adempiere, verificandosi così quel maggiore rischio di coazione che la norma vuole evitare.

<sup>141</sup> Cass., 3 giugno 1989, n. 3800, in *G. I.*, 1983, I, p. 1648.

schema negoziale socialmente tipico del <<*lease back* presenta autonomia funzionale e strutturale quale contratto d'impresa e caratteri peculiari che non consentono di ritenere che esso integri, per sua natura e nel suo fisiologico operare, una fattispecie negoziale fraudolenta sanzionabile ai sensi degli artt. 1344 2744 c.c.>><sup>142</sup>.

L'importanza della sentenza consiste nell'aver separato la valutazione in ordine alla legittimità del *lease back* alla figura dell'alienazione in garanzia collegata ad un mutuo; ne vengono riconosciute certamente le somiglianze strutturali, ma esse non sono idonee a giustificare un giudizio di piena assimilazione fra due figure e la conseguente declaratoria di nullità del *leasing* di ritorno.

---

<sup>142</sup> Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Rep. giust. civ.*, 1996, I, p. 1739.

Aderendo a tale qualificazione del *lease back*, la vendita funge, allora, da necessario presupposto per il contratto di *leasing* che su di essa si innesta:

essa <<non risulta piegata a scopo di garanzia, quale accessorio di un preesistente o concomitante mutuo, ma costituisce necessario presupposto per la concessione del bene in *leasing*: non è quindi una vendita a scopo di garanzia, bensì una vendita a scopo di *leasing*>>.

Le conseguenze di questa diversa qualificazione del rapporto negoziale si manifestano sia in caso di integrale pagamento dei canoni che nel caso di inadempimento dell'utilizzatore.

Nella prima ipotesi il trasferimento della proprietà del bene al conduttore non avviene automaticamente, ma per effetto di una sua ulteriore manifestazione di volontà, frutto dell'esercizio del diritto di opzione; nella seconda, in capo all'utilizzatore, nell'ipotesi in cui sia stato



stipulato un *leasing* di godimento, non sorge un diritto alla restituzione dei canoni pagati, poiché gli stessi verranno trattenuti dal locatore quale compenso per l'utilizzazione del bene.

Se al contrario si aderisse alla tesi per la quale il *lease back* deve essere qualificato come un finanziamento assistito da garanzia atipica, il concedente, in base all'art. 1526 c.c., dovrebbe restituire i canoni pagati dall'utilizzatore, salvo ovviamente il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa<sup>143</sup>.

---

<sup>143</sup> La giurisprudenza, sul tema, è copiosa. Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in *Rep. giust. civ.*, 1993, statuisce che «la stipulazione di un contratto di *sale and lease back* con un corrispettivo del riscatto del bene oggetto di negozio del tutto simbolico rispetto al valore del bene stesso, viola il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. ed è conseguentemente nullo per aver causa illecita e precisamente contraria a norme imperative producendo l'effetto indiretto di costituire un'atipica garanzia a favore dell'acquirente-locatore». Inoltre, Collegio arbitrale 14 dicembre 1990, *Rep. giust. civ.* 1991, prevede che «il contratto *sale and lease back* dà veste giuridica ad un fenomeno già accettato dalla coscienza sociale e produce, a favore dell'utilizzatore, notevoli vantaggi di ordine fiscale e finanziario, per cui non si può mettere in dubbio la sua liceità. Pertanto tale contratto non può

Appurata la liceità dello schema socialmente tipico del *sale and lease back*, spetterà al giudice stabilire, nell'ambito della singola fattispecie concreta esaminata, se l'operazione posta in essere dalle parti possa essere considerata in contrasto col divieto di patto commissorio. Il giudice, in sostanza, dovrà verificare se vi sia stato un approfittamento da parte del concedente della condizione di debolezza economica del venditore-utilizzatore ed una contestuale elusione del principio della *par condicio creditorum* tramite la sottrazione, a discapito dei terzi creditori, di un

---

ritenersi illecito in ogni caso ma solo quando costituisce, nella stipulazione che in concreto è stata posta in essere, violazione del divieto, sancito dall'art. 2744 c.c., del patto commissorio. Pretura Verona, 20 aprile 1989, in *Rep. giust. civ.* 1992, ha stabilito che <<il fornitore che sia anche utilizzatore, e perciò avendo posto in essere un contratto di leasing con la forma del *sale and lease back*, che sia riuscito a farsi supervalutare il bene oggetto del contratto mediante l'uso di artifici e di raggiri conseguendo in tal modo un ingiusto profitto si danni della società di *leasing*, commette il reato di truffa previsto e punito dall'art. 640 c.p.>>.

bene facente parte dell'attivo patrimoniale del debitore.

In tal senso possono essere determinati una serie di elementi sintomatici dello scopo fraudolento perseguito dalle parti, al ricorrere dei quali il contratto di *lease back* dovrà essere dichiarato nullo.

Infatti sia la sentenza 10805/95 che la circolare n. 20 del 4 luglio 2000 della Direzione regionale delle entrate della Lombardia (che dà conto dell'evoluzione giurisprudenziale in materia) hanno individuato, quali anomalie che più di frequente possono giustificare la declaratoria di nullità:

- la natura del bene, che deve essere strumentale all'esercizio dell'impresa;

- la presenza di una precedente o contestuale situazione di debito tra concedente ed utilizzatore;

- la permanenza del bene nella disponibilità della società di *leasing*;
- la sproporzione tra il valore del bene ed il prezzo pagato al venditore-utilizzatore;
- il tasso di interesse decisamente gravoso;
- le difficoltà economiche dell'impresa venditrice.

#### 8. *Alcuni contratti internazionali in espansione*

La tecnica finanziaria conosciuta sotto il nome di *venture capital*, consiste nell'acquisizione da parte di un investitore, generalmente una società finanziaria, di una partecipazione minoritaria in una piccola o media impresa con prospettive di sviluppo, al fine di rivendere la partecipazione stessa e realizzare una plusvalenza.

Il *venture capital*, ha avuto origine e si è sviluppato prevalentemente in paesi di cultura

anglosassone, dove era utilizzato con successo per finanziare la realizzazione di vere e proprie idee o invenzioni spesso sviluppate da piccoli gruppi non dotati dei mezzi finanziari necessari a rendere commercialmente sfruttabili i risultati della loro attività<sup>144</sup>.

Successivamente, la tecnica del *venture capital*, è stata utilizzata anche per finanziare programmi di sviluppo di nuovi prodotti e tecnologie, da parte di imprese già esistenti ed operanti nel mercato. Così, negli ultimi trent'anni, si è sviluppato anche in Italia sebbene, principalmente per ostacoli di natura tributaria, esso non ha avuto la diffusione che ha raggiunto in altri paesi. Solo di recente,

---

<sup>144</sup> In questo senso A. Frignani, in *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital*, Torino 1991, pagg. 351 ss, ed anche F. Lanfranchi, *L'utilizzo di tecniche di Venture Capital per il finanziamento di programmi di innovazione tecnologica: un caso concreto*, in *Dir. comm. int.*, 1989, pp. 169 ss.

infatti, sono stati messi in atto i presupposti per uno sviluppo su larga scala del *venture capital*<sup>145</sup>.

La svolta principale, tuttavia, avviene con la legge del 5 ottobre 1991, n. 317<sup>146</sup>, contenente interventi per l'innovazione e lo sviluppo delle piccole imprese, che prevede la possibilità di costituire società aventi, come oggetto sociale esclusivo l'assunzione di partecipazioni temporanee al capitale di rischio di piccole imprese, costituite in forma di società di capitali,

---

<sup>145</sup> Infatti, con la legge del 14 agosto 1993, n. 344, sono stati disciplinati i fondi comuni di investimento mobiliare chiusi, il cui patrimonio deve essere investito per un importo compreso tra il 40% e l'80% dello stesso, in valori mobiliari non quotati ed a condizione che la partecipazione assunta non consenta alla società di gestione del fondo l'acquisizione del controllo dell'emittente, ai sensi dell'art. 2359 c.c.; in proposito, v. A. Morano e A. Cirillo, *La nascita dei fondi comuni di investimento mobiliare denominati "chiusi"*, in *Le società*, 1993, pp. 1305 ss. Allo stesso modo, con il d.lg. 21 aprile 1993, n. 124, sono stati istituiti i c.d. fondi pensione, il cui patrimonio può essere investito anche in azioni o quote con diritto di voto emesse da società non quotate, su cui v. F. Di Majo, *Istituzione e disciplina dei fondi pensione: interessate le società*, in *Le società*, 1993, pp. 907 ss.

<sup>146</sup> La legge 5 ottobre 1991, n. 317, ha trovato attuazione con il D. M. 19 novembre 1992, n. 575, che ha istituito l'Albo nazionale delle società finanziarie per l'innovazione e lo sviluppo (S.F.I.S.).

che non possono comunque dar luogo alla determinazione delle condizioni di cui all'art. 2359 c.c.

In base a quanto previsto da detta legge, le partecipazioni assunte in ciascuna impresa non possono eccedere il 20% dei fondi patrimoniali della S.F.I.S. partecipante, e devono essere rimosse entro otto anni dalla data di effettuazione del primo intervento partecipativo. Da tale momento devono trascorrere almeno tre anni per ulteriori interventi nei confronti della medesima impresa.

Il *project financing* è uno schema multi-contrattuale utilizzato nella prassi del commercio internazionale, che designa una particolare forma di finanziamento di progetti industriali di grosse dimensioni, con ripartizione dei rischi tra una molteplicità di soggetti.

Il *project financing* si caratterizza nel finanziamento non di una persona, la cui

solvibilità può essere sempre in discussione, ma di un progetto.

Le garanzie per il finanziatore non sono quelle che la persona può offrire, perché il prestito è *without recourse* (con esclusione di regresso), ma sono quelle, oggettive, costituite dalla redditività del progetto stesso.

Il rimborso del prestito è, dunque, assicurato dai proventi derivanti dalla vendita di beni o servizi (elettricità, gas, petrolio, trasporti, ecc.) che l'attività dell'opera assicura.

Una prima forma di *project financing* è costituita dal caso in cui lo stesso appaltatore funge da finanziatore, senza necessità di ricorrere, quindi, a finanziatori esterni.

In questi casi, l'appaltatore, una volta realizzata l'opera, non ne trasferisce la proprietà al soggetto appaltante, ma la trattiene e gestisce lui stesso l'opera, trattenendo i redditi che ne derivano.



Una volta che questi proventi abbiano raggiunto la soglia necessaria per assicurare all'appaltatore il compenso che gli è dovuto, la proprietà dell'opera potrà essere trasferita al soggetto appaltante.

Sono questi gli schemi contrattuali noti come B.O.O. (*Build, Own and Operate*) o B.O.T. (*Build, Operate and Transfer*).

Tuttavia, le possibilità per gli appaltatori di reperire le ingenti risorse necessarie per queste forme di autofinanziamento, sono spesso gravose, inoltre, con tali formule l'appaltatore si accolla rischi di gestione di un progetto che esulano la sua specializzazione industriale.

È invece crescente l'intervento di finanziatori istituzionali, che rinunciano a chiedere garanzie per il rimborso del prestito al mutuatario, in quanto persona fisica, e accettano, invece, di rivalersi sui proventi derivanti dalla operatività del progetto.

Il progetto viene, quindi, isolato da tutti i soggetti a vario titolo interessati alla sua realizzazione, soggetti che la prassi definisce come *sponsors*.

Tale isolamento del progetto dai suoi *sponsors*, si attua attraverso la creazione di una *project company*, che ha come oggetto sociale la realizzazione del progetto stesso e il suo sfruttamento successivo, ai fini di reddito.

La *project company* riceve direttamente i finanziamenti, e ciò, comporta che, in questo modo, il finanziatore resta protetto da eventuali situazioni di insolvenza degli *sponsors*.

Il finanziatore, nel *project financing*, partecipa in notevole misura al rischio di impresa.

Tale rischio si scompone a sua volta in una serie di rischi specificatamente individuati nella prassi, ed in relazione a ciascuno di essi, il finanziatore dovrà ricercare le protezioni più idonee.

In particolare, si individuano i rischi che:

- a. la realizzazione del progetto subisca dei ritardi, o che addirittura si interrompa (*completing risk*);
- b. i costi di completamento del progetto superino quelli preventivati, spostando quindi i termini di redditività del progetto (*cost overruns risk*);
- c. i costi di operatività del progetto (materie prime, manodopera, energia) siano stati sottostimati (*operating risk*);
- d. la metodologia produttiva e le tecnologie scelte risultino inadeguate (*technological risk*);
- e. la qualità dei prodotti o servizi messi in vendita dalla *project company* risulti carente (*quality risk*);
- f. il mercato dei potenziali acquirenti di tali prodotti o servizi si riduca rispetto a quanto previsto (*market risk*).

Tutti questi rischi incidono sulla redditività del progetto, da cui, a sua volta, dipende il rimborso del prestito concesso dai finanziatori.

Questi ultimi dovranno, quindi, reperire delle efficaci protezioni, senza le quali i rischi stessi si rivelerebbero inaccettabili per i finanziatori istituzionali.

È pertanto nata, su richiesta dei finanziatori, la pratica di garantire il credito di questi ultimi mediante la sottoscrizione di contratti di fornitura a lungo termine e a prezzo fisso, che prevedano l'assunzione, da parte del compratore, di un obbligo incondizionato a pagare, indipendentemente dall'avvenuta consegna dei prodotti o servizi oggetto della compravendita e con rinuncia a qualsiasi causa di scusabilità dell'inadempimento del compratore stesso (*exclusion of defences clause*).

Questi contratti di somministrazione prendono il nome di *take or pay contracts*, se relativi a prodotti, e *throughout agreements*, se relativi a servizi.

Essi sono stipulati tra la *project company*, fornitrice dei prodotti e servizi, e il compratore.

## 9. *Conclusioni*

Il diritto moderno ha seguito costantemente, nel tempo, un percorso tracciato dalla società, che è in perenne evoluzione e che per questo offre continui spunti di cambiamento.

Le operazioni proposte dal mercato vengono accolte favorevolmente e sviluppate all'interno dell'ordinamento giuridico, attraverso l'elaborazione di nuovi schemi legislativi e modelli ricorrenti di sentenze.

La prassi commerciale viene gradualmente recepita e, alla fine di un lungo quanto necessario procedimento di tipizzazione, acquista dignità di legge.

I nuovi contratti sono regolati attraverso la disciplina che la prassi commerciale e l'apporto normativo delle grandi società, attraverso la predisposizione di formulari, adottano per ciascun contratto.

La qualificazione dei contratti atipici avviene per opera della giurisprudenza, che è chiamata a risolvere il caso concreto, applicando la disciplina generale sul contratto, dettata dal codice civile, spesso omettendo di affrontare il complesso problema relativo alla definizione di una disciplina propria di tali contratti.

La questione della qualificazione del contratto atipico ha interessato in misura rilevante l'elaborazione dottrinale.

Infatti, con riferimento a diverse fattispecie atipiche, quali, per esempio, il *factoring*, il *franchising* e il *leasing*, si è manifestata la tendenza della dottrina italiana a ricondurre i contratti innominati nell'ambito di tipi legali.

La suddetta operazione consente, mediante l'accostamento delle nuove fattispecie ai tipi contrattuali già disciplinati dal codice civile ovvero da leggi speciali, di individuare la disciplina applicabile.

Strumentali, ai fini della qualificazione dei contratti atipici, sono le figure del contratto misto o complesso, da un lato, e dei contratti collegati, dall'altro.

Secondo questa impostazione teorica, l'elemento caratterizzante, tra le due ipotesi, dovrebbe essere ravvisato nel fatto che, nel primo caso, gli elementi di diversi negozi tipici si fondono in un'unica, mentre nell'altra fattispecie distinti schemi

negoziali si combinano tra loro, conservando, comunque, una configurazione individuale e cause autonome, pur se collegate.

Tale distinzione concettuale non presenta, peraltro, alcuna implicazione pratica.

Infatti, al fine di individuare la normativa applicabile, si ricorre, in entrambi i casi, al c.d. “criterio della prevalenza”.

I contratti atipici, pur presentando tipologie estremamente differenziate ovvero vicine a taluni modelli contrattuali tipici, restano comunque, “negozi atipici, espressione dell’autonomia contrattuale, affermatasi nella prassi per soffi sfare le esigenze della moderna comunicazione d’impresa”<sup>147</sup>, con una funzione economico-sociale autonoma e differenziata rispetto a quella soddisfatta mediante le figure contrattuali tipiche.

---

<sup>147</sup> Così, B. Savorani, *Il fenomeno della sponsorizzazione della dottrina, nella giurisprudenza e nella contrattualistica*, in *Dir. inf.*, 1990, p. 633.



L'incessante evoluzione del settore economico-commerciale non consente di disciplinare i contratti atipici, in modo completo e preciso in ogni parte, in quanto la macchina legislativa risulta decisamente meno dinamica del mondo degli affari.

I contratti atipici, quali *leasing*, *factoring* ecc., pur essendo socialmente tipici, in quanto largamente utilizzati sulla base di una disciplina uniforme (anche a livello internazionale), continuano ad essere regolati dalla prassi commerciale e dall'opera tipizzante della giurisprudenza, le quali diventano, a tutti gli effetti, le reali fonti di disciplina.

### *Bibliografia*

ALFA G. BESSONE, *I contratti atipici*, in *I contratti in generale*, vol. II, t. I, UTET, Torino 1989.

- AMOROSO M., G. BONOSI, F. COLOMBO, A. FRIGNANI, *Il franchising*, I, Buffetti, Roma 1985.
- ANFOSSI C., BERLANDA P., CLARIZIA R., MELIA P., VELO D., *Il factoring*, Pirola, Milano 1992.
- BALDI R., *Il contratto di agenzia*, Giuffrè, Milano 1978.
- BARBIERI, *Nota adesiva alle sentenze della Corte d'Appello di Trieste*, 28 aprile 1960, in *Le Corti di Brescia*, Venezia e Trieste, 1960, pp. 512 ss.
- BEDUSCHI C., *Tipicità e diritto: contributo allo studio della razionalità giuridica*, CEDAM, Padova 1992.
- BENEDETTI A., *La cessione del contratto*, Giuffrè, Milano 1998.
- BERNARDINI P., *L'arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè, Milano 2000.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano 1953.

- BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto*, Giuffrè, Milano 1991.
- BIANCHI R., *Il factoring e i problemi gestionali che comporta*, Giappichelli, Torino 1970.
- BONFANTE G., *Nuovi orientamenti della Cassazione in tema di locazione finanziaria*, in *Giur. It.*, 1990, I, 1, pp. 382 ss.
- BUONOCORE V., *Leasing*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, vol. IV, UTET, Torino 1983, pp. 798, 814.
- BUSSANI M., CENDON P., *I contratti nuovi*, Giuffrè, Milano 1989.
- CAGNASSO, O. *La concessione di vendita*, Giuffrè, Milano 1983.
- CAGNASSO-IRREA, *Concessione di vendita. Merchandising. Catering*, p. 35 ss.
- CANTELE, V. in *Il Corriere Giuridico*, 1991, p. 395.
- CAPOTASTI, *Assicurazione del credito e factoring*, in *Assicurazioni*, 1972, I, pp. 511 ss.

CARNEVALI, V, *I problemi giuridici del factoring*, in  
Riv. dir. civ., 1978, I, pp. 299, 319.

CAROSONE, O. *L'opera dell'ingegno per  
commissione*, Giuffrè, Milano 1970, p. 117.

CLARIZIA, R. *I contratti di finanziamento. Leasing e  
factoring*, UTET, Torino 1989.

*Diritto di proprietà e locazione finanziaria  
mobiliare*, in Riv. dir. comm., 1982, pp. 210 ss.

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, ed. Scientifica,  
Napoli 1999.

COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Giuffrè, Milano  
1981.

CRISCUOLI G., *Il contratto*, Cedam, Padova 1996.

DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova  
1974.

- *Analisi critica del progetto Unidroit sul leasing*,  
RDC, 1984 (2), pp. 532 ss.

- *Nuovi contratti*, UTET, Torino 1990.

- *Nuovi contratti*, Utet, Torino 1994 (2).

- *Il contratto di leasing*, Giuffrè, Milano 1985.
- DE MARCHI G., CANNATA G., *Leasing e factoring*, Pirola, Milano 1984.
- DE RUGGIERO R., MAROI F., *Diritti di obbligazione e contratti, tutela dei diritti*, Principato, Milano 1972.
- DEVASINI P., *Il sistema di franchising*, Etas Libri, Milano 1990.
- DEVOTO C., *La via italiana al franchising*, in *Consulenza*, 1982, n. 18, pp. 47 ss.
- DI MAJO, A. Istituzione e disciplina dei fondi pensione: interessate le società, in *Le società*, 1993, pp. 907 ss.
- DI MAURO L., Il leasing approda in Cassazione, in *Giur. it.*, I, 1, pp. 681 ss.
- FERRARINI, *Dal progetto alla Convenzione Unidroit*, in *Il leasing internazionale nel progetto Unidroit*, *Rivista italiana di Leasing*, 1988, pp. 5 ss.

- *La locazione finanziaria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, UTET, Torino 1990.
- FOSSATI G., PORRO A., *Il factoring*, Giuffrè, Milano 1994.
- FRIGNANI A., voce *Countertrade*, in Dig. 4° ediz., Sez. comm., IV, Torino 1989, pp. 192 ss.
- *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital*, UTET, Torino 1991.
- *I profili giuridici*, in AA.VV., *Il franchising*, Roma 1987.
- *Factoring, franchising, concorrenza*, UTET, Torino 1979.
- Il controllo del franchising nella fase dello sviluppo: esperienza statunitense e strumenti giuridici utilizzabili in Italia, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, pp. 246 ss.
- Nuove riflessioni in tema di franchising, in *Giur. it.*, 1980, IV, p. 206 ss.

Il codice deontologico europeo del franchising e le sue implicazioni: osservazioni a caldo, in *Studi Franceschelli*, Milano 1983, p. 561 ss.

- *Factoring, leasing, franchising, concorrenza*, G. Giappichelli, Torino 1983.

- *L'avanprogetto di legge uniforme su certi aspetti del factoring internazionale (Unidroit, 1982)*, in *Factoring*, in *Riv. it. leasing*, 1986.

*Factoring*, 1993, p. 83 ss.

*Recenti sviluppi del factoring*, Giuffrè, Milano 1978.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale. le obbligazioni e i contratti*, CEDAM, Padova 1996.

- *Le obbligazioni e i contratti*, vol. II, tomo II, *Diritto civile e commerciale*, CEDAM, Padova 1983.

GALGANO F., INZITARI B., *Codice civile e leggi collegate*, Cedam, Padova 1997(2).

- GALIMBERTI G., *Il leasing industriale e il leasing immobiliare*, Giuffrè, Milano 1980.
- GAST, O. Relazione al seminario sul *Franchising*, 8 maggio 1987, Camera di Commercio di Milano.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli 1990
- GHIGNATI, Franchising, *Riv. dir. comm.*, 1987(2), pp. 451-452.
- GRAZIADEI, M. *Nota a sentenza*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1962, pp. 346
- SS.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1979.
- LANFRANCHI F., L'utilizzo di tecniche di Venture Capital per il finanziamento di programmi di innovazione tecnologica: un caso concreto, in *Dir. comm. int.*, 1989, pp. 169 ss.
- LONGO, S. *Diritto delle obbligazioni*, 1950, pp. 369 ss.



- LUPI M., in *Rivista delle Società*, n. 5, 1991.
- MANDRIOLI, C. *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino 1989.
- MENDELSON, *The avenues to international expansion for the franchisor, Franchise world*, 1988, pp. 40 ss.
- MESSINEO, F. in *Manuale di diritto civile e commerciale*, XXI, t.1, 1959.
- *Manuale di diritto fallimentare*, I, Giuffrè, Milano 1964.
- MICCIO, R. *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, IV,1, Torino, 1957, pp. 254 ss.
- MILONE M., *L'azienda di factoring, aspetti di gestione, organizzazione e rilevazione*, Cacucci Editore, Bari 1967.
- MOLOSSI L., *Contenuti essenziali di un contratto di affiliazione commerciale*, in AA.VV., *L'affiliazione commerciale*, pp. 60 ss.

- MORANO A., CIRILLO A., La nascita dei fondi comuni di investimento mobiliare denominati 'chiusi', in *Le società*, 1993, pp. 1305 ss.
- MORRESI M., *Contratto di franchising per la distribuzione di prodotti*, Ipsoa, Milano 1989.
- NORA S., MINC A., *Convivere con il calcolatore*, Milano 1979, p. 156.
- NUZZO A., Dal contratto all'impresa: il factoring, R.S., 1984, pp. 942 ss.
- OSTI G., *Contratto: concetto, distinzione*, UTET, Torino 1938.
- PANUCCIO V., *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, Giuffrè, 1955.
- PARDOLESI, R. *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli 1979.
- Distribuzione (contratti di)*, voce in *Dig.* 4° ed., Comm., Torino 1990, p. 12.

- Leasing finanziario: si ricomincia da due, in *Foro it.*, 1990, p. 474.
- PETIX L.S., *Aspetti tecnici del factoring*, Guido Pastena Editore, Roma 1969.
- PUGLIATTI, S. in *La pubblicità nel diritto privato*, 1944, pp. 97, 99.
- PANUCCIO, V. *Cessione dei crediti*, voce in *Enc. Dir.*, VI, p. 871.
- QUATRARO, V. Factoring e procedure concorsuali, in *Riv. società*, IPSOA, 1984, n. 9, pp. 884 ss.
- RAVAZZI G., *La soluzione del franchising per alcuni problemi italiani di distribuzione commerciale*, in AA. VV., *L'affiliazione commerciale, organizzazione di un sistema italiano di franchising distributivo*, Milano 1983, p. 21 ss.
- RESCIGNO, G. *L'accollo ex lege*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1954, p. 240 SS.
- ROBERTI, G.M. *Contratti di franchising ed accordi di distribuzione commerciale nel diritto*

- comunitario della concorrenza*, 1987, IV, p. 441  
ss.
- ROPPO E., *Il contratto*, Il Mulino, Bologna 1978.
- SANTANGELO, E. *Il factoring*, in *Dir. fall.*, 1975, I, p.  
197 ss.
- SACCO R., *Obbligazioni e contratti*, in P. Rescigno  
(a cura di), *Trattato di diritto privato*, UTET,  
Torino 1982.
- SANTINI, G. *Commercio e servizi*, Il Mulino,  
Bologna 1988.
- *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Il  
Mulino, Bologna 1979.
- SANTINI-BONVICINI, *Gli aspetti giuridici del  
franchising*, in *Il franchising: realtà e  
prospettive*, Giuffrè, Milano 1985.
- SELTZ D., *Manuale di franchising*, Giuffrè, Milano  
1986.
- SOTGIA, *La cessione*, in *Studi Sassaresi*, I, 6, n. 90.

TUCCI G., *Garanzia sui crediti d'impresa e tutela dei finanziamenti*, Giuffrè, Milano 1984.

VETTORI G., *Anomalie e tutela nei rapporti di distribuzione tra imprese*, Giuffrè, Milano 1983.

VICENTINI G., *Relazione conclusiva*, in *Nuove forme di impiego del risparmio e di finanziamento delle imprese. Disciplina civile e fiscale*, Milano 1984, pp. 339 ss.

ZANELLI E., *Il franchising*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 11, Utet, Torino 1984.

- *Franchising. La tipologia del contratto di "franchise" come concessione aggregativa*, in *Ann. Fac. Giur. Genova*, Milano, 1977, pp. 885 ss.

- *Il franchising nella tipologia delle concessioni tra imprese*, a cura di P. Verrucoli, *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, Giuffrè, Milano, 1978 pp. 247.