

RIVISTA
DEL
DIRITTO COMMERCIALE
E DEL DIRITTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI

FONDATORI

ANGELO SRAFFA E CESARE VIVANTE

DIRETTORI

C. ANGELICI
Ord. dell'Univ. di Roma

G. B. FERRI
Emerito dell'Univ. di Roma

A. GAMBINO
Emerito dell'Univ. di Roma

G. GUIZZI
Ord. dell'Univ. di Napoli

G.B. PORTALE
Emerito dell'Univ. Cattolica di Milano

P. RESCIGNO
Emerito dell'Univ. di Roma

ANNO CXV (2017)

PICCIN

SOMMARIO del fascicolo 2, 2017

PARTE PRIMA

U. PETRONIO, <i>Possesso vale titolo tra presunzione processuale e diritto sostanziale</i>	191
G. GUIZZI, <i>Appunti in tema di interesse sociale e governance nelle società bancarie</i>	241
P. REVIGLIONE, <i>L'idoneità degli esponenti bancari nel quadro della nuova corporate governance bancaria</i>	269
A.M. LUCIANO, <i>Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non</i>	317

PARTE SECONDA – OSSERVATORIO – VARIETÀ

G.B. FERRI, <i>Elogio dell'approssimazione e il pensiero di Giuseppe Terranova</i>	191
A. NIGRO, <i>La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese</i>	201
M. BUSSOLETTI, <i>La cancellazione della società e gli effetti dell'estinzione nella giurisprudenza recente</i>	223
E. GABRIELLI, <i>Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari</i>	241
M. STELLA RICHTER jr, <i>Società benefit e società non benefit</i>	271
D. BONACCORSI DI PATTI, <i>Note minime sull'associazione in partecipazione e sulle cointeressenze</i>	287
P. DE MARTINIS, <i>Il patto di "ripresa": garanzia o (ri)acquisto?</i>	307

Giurisprudenza commentata

P. PETTITI, <i>Soggettività e fallimento della società in house (nota a Cassazione n. 3196, 7 febbraio 2017 e Corte d'Appello di Catanzaro, 12 luglio 2016)</i>	340
---	-----

RIVISTA
DEL
DIRITTO COMMERCIALE
E DEL DIRITTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI

Fondatori

ANGELO SRAFFA e CESARE VIVANTE

Direttori

C. ANGELICI G. B. FERRI A. GAMBINO
G. GUIZZI G.B. PORTALE P. RESCIGNO

Già diretta da

ALBERTO ASQUINI - GIUSEPPE VALERI - LORENZO MOSSA -
ALFREDO DE GREGORIO - PAOLO GRECO - MARIO ROTONDI -
ANGELO DE MARTINI - LUIGI MENGONI - SALVATORE SATTA -
GIUSEPPE FERRI - ROSARIO NICOLÒ - BERARDINO LIBONATI -
PAOLO FERRO-LUZZI


PICCIN

Comitato di direzione

GUIDO ALPA, MARIO BESSONE, MARIO BUSSOLETTI, MICHAEL J. BONELL, LUCIA CALVOSA, VINCENZO CARIELLO, ANTONINO CATAUDELLA, FILIPPO CHIOMENTI, MARIA TERESA CIRENEL, GIUSEPPE CONTE, DIEGO CORAPI, RAFFAELE DI RAIMO, GIUSEPPE FERRI *jr*, MARCELLO FOSCHINI, ENRICO GABRIELLI, SERAFINO GATTI, FRANCESCO GIORGIANNI, ENRICO GINEVRA, ANDREA GUACCERO, MARCO MAUGERI, MARISARIA MAUGERI, ILARIA PAGNI, DANIELE U. SANTOSUOSSO, CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, MARIO STELLA RICHTER *jr*, GIUSEPPE TERRANOVA, ALBERTO TOFFOLETTO, UMBERTO TOMBARI

Comitato editoriale

SIMONE CICCINELLI, MICHELE DE MARI, LUCIA FOLLADORI, LORENZA FURGIUELE, MARIANNA MARINI, FRANCESCO PACILEO, MATTIA POMPILI, EMILIA PUCCI, MASSIMO ROSSI, ANNA SCOTTI, DANILO SEMEGHINI, STEFANIA SERAFINI

Comitato di valutazione scientifica

NICCOLÒ ABRIANI, LORENZO DELLI PRISCOLI, FEDERICO FERRO-LUZZI, GIOVANNI FIGÀ TALAMANCA, MARIO NOTARI, CINZIA MOTTI, STEFANIA PACCHI, ANDREA PACIELLO, MICHELE PERRINO, ROSARIA ROMANO, FEDERICO ROSELLI, LUIGI SALAMONE, LEOPOLDO SAMBUCCI, LAURA SCHIUMA, MAURIZIO SCIUTO, GIULIANA SCOGNAMIGLIO, CLAUDIA TEDESCHI, DANIELE VATTERMOLI

IL PATTO DI «RIPRESA»: GARANZIA O (RI)ACQUISTO?

SOMMARIO: 1. La crisi del mercato immobiliare e le società di *leasing*: dalla «escussione» del «patto» di riacquisto alla risoluzione del contratto - 2. Il «patto» di riacquisto nel contratto di *leasing* - 3. Brevi riflessioni sulla funzione del «patto»: *causa vendendi*, fideiussione, garanzia atipica o contratto autonomo di garanzia? - 4. Contestualità dell'operazione e assunzione dell'impegno per obbligazioni future: l'importo massimo di cui all'art. 1938 c.c. - 5. Il tipo normativo «contratto di finanziamento» e l'estinzione della garanzia *ex art.* 1956 c.c.

1. Uno dei settori che hanno maggiormente risentito della crisi del mercato immobiliare è quello del *leasing*, dove, oltre ad una fisiologica contrazione del numero di operazioni, si riscontra anche un atteggiamento diversificato degli operatori finanziari in caso di prolungato inadempimento dell'utilizzatore: alcune società di *leasing* non si avvalgono della facoltà di risolvere anticipatamente il contratto, confidando nella presenza di garanzie *a latere*, spesso costituite da «patti» di riacquisto. Altre, al contrario, improvvisamente e inaspettatamente, comunicano che intendono avvalersi della clausola risolutiva espressa inserita nel contratto, a volte anche nel pieno di trattative con l'utilizzatore per la rinegoziazione del contratto di *leasing* ovvero, insieme agli altri creditori della società finanziata, per la definizione di una ristrutturazione aziendale, attraverso, ad esempio, un piano c.d. attestato o un concordato preventivo.

La prima opzione è quella maggiormente praticata dalle società di *leasing* di piccole dimensioni, non strutturate per la gestione di un numero sempre crescente di immobili e che non dispongono di un servizio (anche tramite società dello stesso gruppo), volto alla ricollocazione sul mercato degli immobili «ritirati», ma riguarda anche quelle società, di dimensioni medio-grandi, il cui *management* ritiene costosa e improduttiva, specie nel breve periodo, l'attuazione di una «gestione» aggressiva dei rapporti di *leasing* in sofferenza.

La seconda è invece praticata da quegli intermediari che dispongono di maggiori risorse nel breve periodo ovvero il cui *management* ha maturato la decisione di non investire ulteriormente nel mercato del *leasing* immobiliare: è, infatti, ad oggi, la strada maggiormente seguita dagli operatori che fanno parte di quei gruppi stranieri i quali hanno intrapreso una vera e propria fuga dal mercato italiano.

Nell'attuale, particolare, fase economica, ci si chiede se questi diversi modi di gestire l'inadempienza dell'utilizzatore siano sempre legittimi e, soprattutto, se il differimento nell'avvalersi della facoltà di risolvere anticipatamente il contratto di locazione finanziaria esponga la società di *leasing* a determinate conseguenze in ordine al c.d. patto di riacquisto o di ripresa.

In forza di tale impegno, assunto dal venditore o da un terzo, in relazione al contratto di locazione finanziaria a margine dell'obbligo indicato, si dichiara: «Vi garantiamo sin da ora che, dietro Vostra richiesta scritta e per tutta la durata del contratto, nei casi di risoluzione anticipata dello stesso, provvederemo ad acquistare la proprietà di tale immobile. Il prezzo del nostro acquisto viene sin da ora pattiziamente concordato in quello risultante dall'importo dei canoni impagati dall'Utilizzatore prima della risoluzione, compresi gli interessi di mora al tasso indicato nel contratto di *leasing* e le relative spese, nonché dall'importo dei canoni a scadere dopo la predetta risoluzione fino al termine del contratto, attualizzati alla data della risoluzione stessa al tasso contrattuale ed, infine, del prezzo di riscatto»¹.

Il rinviare nel tempo la risoluzione del contratto di *leasing* determina un maggior onere a carico dell'obbligato all'acquisto, che è tenuto ad un esborso il cui ammontare (il c.d. prezzo di acquisto) cresce nel tempo.

Analizzando, infatti, le tre componenti del «prezzo» previsto dal patto di riacquisto, si comprende come ciascuna di esse cresca e, quindi, aumenti la loro somma.

In particolare, gli interessi di mora crescono fisiologicamente nel tempo: il canone insoluto prima della scadenza produceva, per la quota capitale, interessi a tasso contrattuale; dopo la scadenza, continua a produrli a tasso di mora. Ne consegue che il «pregresso» del contratto di *leasing*, dato dai canoni insoluti e dai relativi interessi di mora, col passare del tempo è maggiore.

Il credito, poi, relativo ai canoni futuri, che ammonta al loro valore scontato a tasso contrattuale, cresce nel tempo: se, infatti, la data di esercizio del patto d'acquisto si sposta in avanti nel tempo, si

(1) Il testo è quello del modulo adoperato da una società di *leasing* di grandi dimensioni, secondo cui, inoltre, colui che si obbliga all'acquisto, «essendo particolarmente interessato all'immobile» oggetto del contratto di locazione finanziaria, si «dichiara sin da ora disposto, al fine di cui sopra, ad intraprendere ogni azione, anche legale, per ottenere la materiale disponibilità» del bene «da parte dell'Utilizzatore ovvero di eventuali terzi».

accorcano le durate di tempo su cui esso è calcolato. Ne deriva un maggior valore scontato.

Infine, il credito relativo al prezzo di riscatto, che è dato dal suo valore scontato a tasso contrattuale, aumenta col passare del tempo: quando la data d'esercizio del patto d'acquisto si sposta in avanti nel tempo, si riduce la durata di tempo su cui esso è calcolato. Ne consegue, ancora una volta, un maggior valore scontato².

Tuttavia, se da un punto di vista finanziario il ritardare la risoluzione del contratto determina in ogni caso un «guadagno» per la società di *leasing*, dato dal maggior importo dovuto dall'obbligato all'acquisto, ciò non esclude che quest'ultima possa ad un certo punto non avere più convenienza ad aspettare: ciò accadrà quando sia possibile reimpiegare quel credito di denaro, dato dal «prezzo» di acquisto ad una certa data, in modo più redditizio e vi sia la volontà di operare ulteriormente sul mercato del credito.

2. Nella prassi negoziale, in caso di risoluzione del contratto di finanziamento per l'inadempimento dell'utilizzatore, sempre maggiore diffusione ha avuto, negli ultimi anni, il c.d. «patto» di riacquisto³, me-

(2) Si riporta un esempio numerico elaborato in riferimento ad un contratto di *leasing* con vita residua di 10 anni.

Il debito residuo a tale data è di euro 1.000.000 (si tratta della scadenza dell'ultimo canone pagato).

Il tasso contrattuale è dell'1,005%; esso prevede il pagamento di ulteriori 10 canoni annui d'ammontare pari ad euro 105.514,93 ciascuno.

Il tasso d'interesse semplice per gli interessi di mora è del 2%.

Il prezzo di riscatto è di euro 1.000.

Se la società di *leasing* attivasse il patto d'acquisto alla data 8 (ossia 2 anni prima della scadenza ultima), il suo credito sarebbe pari ad euro 1.112.078,65; se aspettasse un anno (con risoluzione della locazione finanziaria alla data 9), il suo credito salirebbe ad euro 1.131.060,22.

La differenza in termini assoluti di euro 18.981, destinata ad aumentare sia in relazione ad importi finanziati maggiori sia in considerazione del maggior lasso di tempo rispetto all'inadempimento in cui il «prezzo» di acquisto viene preteso, non deriva, dunque, solo dai più onerosi interessi di mora ma anche dai canoni a scadere e dal valore di riscatto scontati alla data posteriore in cui avviene la risoluzione.

(3) Sull'argomento cfr.: L. BOGGIO, *Tertium non datur? Ossia della qualificazione e della disciplina del cd. patto di riacquisto tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, nota a Cass., 19 luglio 2005, n. 15199, in *Foro pad.*, 2007, c. 7 ss.; M. BUSSANI-P. CENDON, *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e giurisprudenza*. Leasing, Factoring, Franchising, Milano, 1989, p. 79 ss.; A. CECCHERINI, *Leasing e patto di riacquisto*, nota a Cass., 28 agosto 1995, n. 9050, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1393; R. CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria*, Rimini, 1982,

dante il quale il fornitore si impegna ad acquistare il bene oggetto del *leasing*, per un corrispettivo le cui modalità di calcolo non sono sempre dello stesso tenore. Infatti, alcuni «patti» si riferiscono al valore d'uso del bene⁴ e alle sue concrete condizioni al momento del riacquisto, altri ai canoni non pagati dall'utilizzatore.

A tale pattuizione, comunemente detta «patto di ripresa», si è inizialmente fatto ricorso nell'ambito del c.d. *leasing* convenzionato⁵, ossia in quella convenzione-quadro nella quale la società di *leasing* concedente si impegna con il venditore o fornitore ad acquistare, entro un certo *plafond* massimo, i beni da quest'ultimo prodotti per concederli in *leasing* ai soggetti indicati dal venditore stesso⁶; attualmente,

p. 73, in cui la clausola di riacquisto è limitata al caso in cui «l'utilizzatore non eserciti il diritto di opzione di acquisto finale del bene»; ID., *Contratti di leasing*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, I contratti del mercato finanziario, II, Torino, 2011, pp. 1613-1620; G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, 3 ed., Milano, 1995, p. 37; ID., voce «Leasing», in *Digesto civ.*, Torino, 1993, X, p. 474; V. DI GREGORIO, *Leasing e prassi contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 424 ss.; A. FRIGNANI, *Il leasing verso una disciplina completa*, in *Giur. it.*, 1983, IV, c. 369 ss.; F. GRECO, *Il patto di riacquisto nel contratto di leasing*, in *Vita not.*, 1998, p. 1886 ss.; M. LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, 2002, pp. 136-140; D. MICELISOPO, *Patto di riacquisto inserito in compravendita di bene destinato a leasing finanziario*, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 79 ss.; S. MONTICELLI, *Il leasing*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, I contratti in generale, diretto da Alpa e Bessone, II, I contratti atipici, I, Torino, 1991, pp. 161-162; A. MUNARI, *Funzione e natura giuridica del patto di riacquisto nell'operazione di leasing*, nota a Trib. Milano, 15 maggio 1985, in *Foro pad.*, 1985, c. 395 ss.; ID., *Il patto di riacquisto nell'operazione di leasing: profili giuridici ed operativi*, in *Leasing*, 1986, 23, pp. 8-9; F. NAPPI, *Sul c.d. patto di riacquisto nella locazione finanziaria: per un inquadramento sistematico nella categoria dei Garantieverträge*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 207; ID., *Un'ipotesi di Garantievertrag: il patto di riacquisto nelle operazioni di leasing* (nota a Trib. Milano 12 novembre 1992 e Trib. Milano 26 novembre 1992), in *Studi sulle garanzie personali*, Torino, 1997, p. 53 ss., e in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, II, p. 710 ss.; M. OLGIATI, *Sul c.d. patto di riacquisto nell'operazione di leasing e sull'applicabilità allo stesso dell'art. 1956 c.c.*, nota ad App. Milano, 5 dicembre 1986, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 227 ss.; A. PORRO, *Leasing e factoring nell'esperienza giudiziaria*, in *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia*, a cura di A. MUNARI, Milano, 1988, p. 63 ss.; M. TODOROVA, *Leasing, patto di riacquisto del bene stipulato fra l'acquirente ed il venditore e qualificazione negoziale*, nota a Cass., 19 luglio 2005, n. 15199, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1116 ss.

(4) Risultante da una tabella di degrado allegata al «patto».

(5) G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 26; R. CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria*, cit., p. 70.

(6) Si ritiene che il «patto di ripresa» non sia in contrasto con il divieto del patto commissorio. In tal senso, App. Milano, 18 febbraio 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, p. 175, secondo cui «nel patto commissorio è il creditore che, in difetto

la prassi negoziale ha esteso l'istituto ad operazioni occasionali di locazione finanziaria, aventi ad oggetto anche beni immobili, prevedendo sempre più di frequente che l'impegno venga assunto da terzi estranei all'operazione di *leasing*, «venendo allora a perdere il patto *de quo* l'originaria logica e funzione economica»⁷.

In letteratura, più volte si è posta la questione della veste assunta dal «patto»: se si tratti, cioè, di un contratto preliminare unilaterale condizionato alla risoluzione del contratto di *leasing*; del c.d. *pactum de retroemendo*⁸; di un contratto di opzione; ovvero, ancora, di una proposta irrevocabile sospensivamente condizionata alla risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore⁹.

Secondo quest'ultima impostazione, che risente della teoria della fattispecie¹⁰, il termine di irrevocabilità «è in realtà duplice: la durata

del pagamento, acquista la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno (o altrimenti vincolata mediante un negozio apparentemente di scambio ma in funzione di garanzia), mentre nel patto di riacquisto [...] è chi ha venduto, con atto diretto alla funzione di scambio, che s'impegna a riacquistare la cosa dall'acquirente – creditore del terzo, ossia dalla società di *leasing* proprietaria».

In realtà, non può astrattamente escludersi un «patto» di riacquisto sottoscritto con l'intento di aggirare il divieto previsto dall'art. 2744 c.c., laddove, beninteso, ricorra in aggiunta agli elementi sintomatici della frode alla legge tipizzati dalla giurisprudenza – vale a dire una situazione di credito e debito tra la società di *leasing* e l'impresa venditrice, preesistente o contestuale alla vendita; le difficoltà economiche del venditore legittimanti il sospetto di un approfittarsi della sua condizione di debolezza; la sproporzione tra il corrispettivo versato dal concedente e il valore del bene trasferito (Cass. 28 giugno 2006, n. 14903, in *Dir. e prat. soc.*, 2007, p. 60, con nota di F. BUONOMENNA, *Condizioni di liceità del contratto di "sale and lease back"*; Cass. 6 agosto 2004, n. 15178, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1019) –, anche un collegamento, di fatto o di diritto, tra venditore e utilizzatore.

(7) S. ROSA, *Impegno di riacquisto da parte del fornitore*, in AA.VV., *Il leasing verso gli anni '90: fra realtà negoziale e prospettive di cambiamento*, Atti del Convegno di Brescia, 20-21 novembre 1987, Brescia, 1988, p. 28.

(8) App. Firenze, 22 gennaio 1994, in *Riv. it. leasing*, 1994, p. 659.

(9) Trib. Belluno, 21 febbraio 1986, *ivi*, 1987, p. 752; Trib. Milano, 24 aprile 1986, *ivi*, 1986, p. 769; Trib. Monza, 13 ottobre 1987, *ivi*, 1987, p. 751.

(10) Sul concetto di fattispecie, intesa come «complesso degli elementi necessari per la produzione di un effetto o di un insieme di effetti» (D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 3), cfr. P.G. MONATERI, voce *Fattispecie*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 224 ss.; R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2005, p. 34 ss., in cui l'autore, dopo essersi soffermato sul concetto di «Tatbestand», elaborato dalla dottrina penalistica tedesca per indicare la fattispecie di reato, sottolinea la scarsa propensione dei giuristi all'utilizzo di nuovi tipi e più complessi di fattispecie; cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Fattispecie*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989.

della proposta non può superare la scadenza anticipata del contratto di *leasing* in caso di risoluzione ¹¹ e (comunque non sopravvive alla scadenza naturale del contratto di *leasing*) ¹².

In questa prospettiva, il comportamento della società di *leasing* che, nonostante l'inadempimento dell'utilizzatore, non si avvalga della risoluzione del contratto, potrà essere valutato come contrario a buona fede ex art. 1358 c.c., con la conseguenza che l'obbligato all'acquisto potrà ottenere esclusivamente una riduzione del «prezzo», che deve essere quantificato senza tener conto del periodo intercorso

Per la dottrina tradizionale, è il contratto, in quanto fattispecie, che si pone come causa degli effetti giuridici: così, per tutti, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9 ed., 2002, p. 103; e, ancor prima, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, p. 442.

Secondo altra impostazione, più attenta alla dinamica dei fenomeni giuridici, gli effetti giuridici rappresentano la risposta dell'ordinamento alle nuove situazioni di fatto e trovano la loro giustificazione nella valutazione delle stesse da parte dell'ordinamento. In tal senso, v. A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in questa rivista, 1962, p. 433 ss.; ID., voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 926 ss., in cui l'autore, osservando il fenomeno in chiave procedimentale, e quindi della dinamica giuridica, supera l'impostazione tradizionale di fattispecie quale causa degli effetti, e spiga questi ultimi non sul rapporto tra fatto e norma, bensì su quello tra oggetto valutato e soggetto valutante, rappresentato dall'ordinamento giuridico nel suo complesso; e, più di recente, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1992, p. 227, per il quale la fattispecie «nel suo realizzarsi costituisce il punto di confluenza tra la norma e il divenire della realtà».

(11) Si noti come, secondo questo orientamento, la proposta perda la sua efficacia proprio nel momento in cui l'obbligato ha interesse ad accettarla. Inoltre, e il rilievo sembra decisivo, più che di termine dovrebbe discorrersi di condizione per l'incertezza dell'evento futuro, dato dalla risoluzione del contratto.

Sulla distinzione del termine dalla condizione, v. Cass., 2 giugno 1992, n. 7174, in *Giur. it.*, 1993, c. 1773.

Sotto questo aspetto, il meccanismo ricorda quello della clausola *if and when* nel contratto di subappalto, con cui il subcommittente si impegna a pagare il subappaltatore soltanto dopo aver a sua volta ricevuto il corrispettivo da parte del committente principale.

Per tale clausola, di cui si discute se configuri una condizione, un termine di efficacia ovvero di adempimento – detta più propriamente, in quest'ultimo caso, *pay when paid* – v. F. BONELLI-S. RELLINI, *Effetti della clausola if and when: una rassegna ragionata della giurisprudenza italiana e internazionale*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, p. 239 ss.; V. CIGLIOLA, *Le clausole «if and when» nel contratto di subappalto*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 543 ss.; G. CAPILLI, *Le clausole «if and when» nei contratti tra professionisti e P.A.*, in *Contr.*, 2001, p. 861 ss.; P. DALLA VALLE, *Clausola if and when*, in *Digesto, Disc. Priv., Sezione Civile, Agg.*, I, 2003, p. 254 ss.

(12) A. MUNARI, *Funzione e natura giuridica del patto di riacquisto nell'operazione di leasing*, cit., cc. 407 e 408.

tra l'inadempimento e la risoluzione, ma considerando solo «il tempo ragionevole per la risoluzione di diritto»¹³.

Tale ricostruzione non può essere condivisa per più di una ragione: perché nella proposta irrevocabile il termine per la irrevocabilità è unico¹⁴; perché la volontà di rendere irrevocabile la proposta deve risultare espressamente¹⁵; e, infine, perché il tempo entro cui il proponente s'impegna a mantenere ferma l'offerta deve risultare dalla proposta, di cui costituisce un elemento essenziale, e non può essere desunto *aliunde*¹⁶.

In verità, «non vale tanto discutere del corretto inquadramento della convenzione [...] come proposta (perché questa è soltanto una delle forme attraverso la quale si può perfezionare un accordo)», ovvero come contratto, preliminare o di opzione, «ma occorre scendere all'individuazione dell'affare oggetto dell'accordo»¹⁷.

In altri termini, almeno inizialmente, occorre indagare su quale sia la natura del «patto», cioè la sua causa, essendo irrilevante la struttura del negozio da cui deriva l'obbligo all'acquisto, in quanto rimessa alla volontà delle parti, libere di utilizzare, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, diverse strutture, anche unilaterali¹⁸.

(13) Trib. Milano, 12 giugno 1989 e 5 novembre 1990, in *Riv. it. leasing*, 1990, p. 439 ss.

(14) Ciò che, invece, deve rilevarsi è che l'avveramento della condizione, dato dalla risoluzione, debba e possa avvenire, naturalmente, entro il termine di efficacia del contratto.

(15) Cass. 28 settembre 1976, n. 3177, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce «Contratto in genere, atto e negozio giuridico», 99, secondo cui «[l]l'irrevocabilità della proposta contrattuale presuppone un espresso impegno del proponente [...] e, pertanto, in difetto di detto formale impegno, non può essere desunta dalla peculiarità dell'affare, né dal comportamento del proponente».

(16) Cass., Sez. Un., 24 maggio 1975, n. 2103, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 894 ss., e in *Foro it.*, 1975, I, c. 2496, in cui la Corte afferma che «[i]l termine entro il quale il proponente si obbliga a mantenere ferma la proposta, ai sensi dell'art. 1329, comma 1, c.c., costituendo elemento essenziale della proposta irrevocabile, deve essere fissato dallo stesso proponente. In mancanza di tale predeterminazione la proposta, dovendo considerarsi pura e semplice, è revocabile, a norma dell'art. 1328, c. 1, finché il contratto non sia concluso».

Per la dottrina, v. A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2006, p. 378, per il quale «il «certo tempo», previsto dalla legge per la proposta irrevocabile, è perciò un elemento essenziale della fattispecie, di regola non surrogabile con l'intervento del giudice e con l'applicazione di criteri oggettivi».

(17) Cass. 28 agosto 1995, n. 9050, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1395.

(18) Sempre attuale è l'insegnamento di M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. Sc. Giur.*, 1937, p. 290 ss. (ora in *Scritti minori*, Napoli, 1988, II, p. 7 ss.).

Prima di affrontare la questione della funzione assoluta dal «patto», occorre dare conto di una ulteriore evoluzione che si è affermata nella prassi.

Avendo la società di *leasing* l'obbligo di far acquisire al venditore, che «riacquista», la disponibilità della cosa, disponibilità «da intendersi nell'accezione giuridica e non materiale»¹⁹, e non potendosi escludere che detta obbligazione assuma un contenuto impossibile, ad esempio, per l'«acquisto da parte del terzo in buona fede (art. 1153 c.c.) per abusiva rivendita del bene stesso da parte dell'utilizzatore»²⁰, ovvero a seguito del perimento del cespite avvenuto prima dell'esecuzione del «patto», la modulistica adoperata dalle società di *leasing* prevede, sempre più di frequente, anche in alternativa e, in tal caso, a scelta del concedente, l'obbligo di riacquisto in capo al terzo ovvero il subentro di quest'ultimo nelle obbligazioni che gravano sull'utilizzatore inadempiente²¹.

secondo cui la distinzione tra contratti nominati e innominati non è di struttura ma si pone esclusivamente sul terreno delle tecniche di individuazione della disciplina.

Così, anche, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 151, nt. 78, che critica, giustamente, la contraria opinione di A. CATADELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 41 ss.

(19) Trib. Milano, 28 ottobre 1985, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 190; Trib. Milano, 24 aprile 1986, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 769, secondo cui «[l']obbligo del fornitore di riacquistare il bene concesso in locazione finanziaria non può considerarsi sottoposto alla condizione che esso ritorni nella disponibilità materiale del concedente, bensì nella semplice disponibilità giuridica, cosicché la collaborazione del concedente si esaurisce nel fornire il titolo giuridico o l'autorizzazione al ritiro del bene»; App. Torino, 28 giugno 1988, in *Riv. it. leasing*, 1990, p. 439.

In senso contrario, Trib. Milano, 9 maggio 1988, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 712 ss., in base alla quale, «sebbene la consegna possa assumere connotazioni varie fino a configurarsi come *ficta* o simbolica, essa deve tuttavia essere sempre effettiva e consentire comunque all'acquirente di stabilire sulla cosa il suo potere di fatto. Perciò, qualora la società di leasing azioni il patto di riacquisto ma non sia in condizioni di attribuire con la consegna della cosa il potere di fatto su di essa al fornitore, questo ultimo deve ritenersi sciolto dalla sua obbligazione di riacquistare il bene» (p. 715); Cass. 28 agosto 1995, n. 9050, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 267, con nota di F. NAPPI, *L'obbligazione di consegna nel c.d. patto di riacquisto del bene concesso in leasing*, in cui i giudici della suprema Corte ritengono però possibile «che le parti pattuiscano che la consegna (materiale) sia effettuata con la semplice messa a disposizione del bene restando a carico del fornitore «gli oneri e le spese» dell'effettiva appropriazione».

(20) S. ROSA, *op. cit.*, p. 29.

(21) Si riporta la modulistica adoperata da una società di *leasing* di piccole dimensioni, che per l'obbligo al subentro utilizza il seguente testo: «Importo finanziato Euro ... A seguito delle intese intercorse, prendo atto che tra la Vostra Spettabile Società e la ... è in corso di perfezionamento il contratto di locazione finanziaria in virtù

Anche se tra le due figure vi è una apparente similitudine, esiste una differenza funzionale tra obbligo al subentro²² e patto di riacquisto: con quest'ultimo, lo scopo perseguito dalle parti è quello di assicurare al concedente l'esercizio dell'attività caratteristica – che è di tipo esclusivamente finanziario evitando così di addossargli anche una gestione immobiliare, sia pure limitata alla fase patologica dei rapporti di locazione finanziaria –, di sgravarlo cioè dalla necessità di ricollocare sul mercato gli immobili «ritirati» a seguito della risoluzione; con l'obbligo al subentro²³, invece, si mira a garantire i corretti flussi di

del quale provvederete ad acquistare i beni sopra descritti che costituiranno i "Beni" oggetto della locazione di cui sopra. Ho inoltre preso visione del contratto stesso, in particolare delle clausole e condizioni ivi contenute. Stante quanto sopra evidenziato laddove il contratto di leasing non dovesse concludersi ovvero dovesse risolversi anticipatamente per qualsiasi motivo ed in qualsiasi momento, mi impegno, sin d'ora, irrevocabilmente, a subentrare immediatamente, a semplice Vs. richiesta e per l'effetto del verificarsi degli eventi descritti, nel suddetto contratto, in qualità di Utilizzatore del bene oggetto di leasing, alle stesse identiche condizioni del precedente Utilizzatore. In tale ipotesi, provvederò a corrispondervi l'ammontare dei canoni scaduti entro 30 giorni dalla Vostra richiesta, ed a pagare alle scadenze previste i successivi canoni di locazione finanziaria. La risoluzione anticipata del contratto di locazione finanziaria ai sensi e per gli effetti di quanto stabilito nel predetto contratto di leasing potrà avvenire, a Vostro insindacabile giudizio, senza alcun obbligo da parte Vostra di segnalarmi eventuali inadempimenti dell'utilizzatore. Sarà infine mia cura e responsabilità riprendere possesso dei beni oggetto del contratto di leasing e saranno a mio carico tutte le spese relative di qualsiasi natura anche legale. Resta altresì convenuto che nessuna responsabilità viene da Voi assunta circa il predetto recupero restando in ogni caso determinato l'importo da me a Voi dovuto, secondo i criteri di cui al punto a) ed indipendentemente dallo stato di fatto e di diritto dei beni, che Vi sarà immediatamente corrisposto previa emissione della relativa fattura».

(22) Simile al modulo di cui alla nota che precede è quello adoperato da una società di *leasing* facente parte di un gruppo straniero, il cui testo però, a differenza di quello adoperato dal precedente *lessor*, che richiama ad un contratto di *leasing* in corso di perfezionamento, fa riferimento ad un contratto di locazione finanziaria perfezionato «contestualmente alla sottoscrizione dell'obbligo al subentro»; nella prassi, la firma del subentrante viene prudenzialmente apposta poco prima del perfezionamento del *leasing* e il modulo in cui il terzo si assume l'obbligo al subentro riporta la stessa data del primo.

Particolarmente interessante è il punto del testo in cui il subentrante dichiara quanto segue: «Resta inteso che la concedente non sarà in alcun modo responsabile dello stato nel quale i beni si troveranno e che il nostro impegno resta valido anche in caso di totale o parziale perdita dei beni, senza che debba stabilirsi nessuna diminuzione delle somme dovute».

(23) Non vi è alcun contributo dottrinale sull'obbligo al subentro in materia di *leasing* mentre la figura negoziale ha suscitato un discreto interesse nella letteratura che si è occupata di appalti pubblici essendo testualmente richiamata dall'art. 129 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi

cassa attesi al fine di assicurare l'equilibrio finanziario della società di *leasing*. Per tale ragione si rende opportuno rinviare, per un'analisi più approfondita del tema, ad altra sede, limitando in questa il discorso al solo obbligo o «patto» di riacquisto.

Occorre, dunque, soffermarsi brevemente sulla funzione assolta dal «patto» di riacquisto.

3. Secondo una certa impostazione, l'esistenza del sinallagma 'bene contro prezzo' presente nel riacquisto è indice inequivocabile della presenza di una *causa vendendi*²⁴.

Tuttavia, tale orientamento non sembra possa essere pienamente condiviso, in quanto la causa traslativa non è di per sé incompatibile con la funzione di garanzia; basti pensare alle alienazioni a scopo di garanzia in cui la funzione di scambio non esclude, in concreto, la presenza di una causa di garanzia.

In dottrina si è rilevato come il «patto» di riacquisto possa essere effettivamente tale, «e quindi essere condizionato alla possibilità, per la società di *leasing*, di garantire al fornitore la disponibilità del bene. Ciò ricorre quando il prezzo di riacquisto è determinato con riferimento al residuo valore di mercato del bene al momento del riacquisto. Quando invece il «prezzo» di riacquisto è dato dai canoni scaduti e a scadere, più il prezzo di opzione, il «patto» di riacquisto assume natura fideiussoria.

e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE). Tale garanzia, che è rimasta peraltro di fatto inattuata, non è stata poi riproposta nel nuovo Codice degli appalti pubblici introdotto dal D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Sull'argomento cfr.: M. ZOPPOLATO, *Le garanzie e il sistema di esecuzione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, VIII, *Il regolamento di attuazione*, Milano, 2011, p. 4665 ss.; P. CARBONE, *Garanzie e appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2013, p. 733 ss., spec. pp. 838-855; F. LOMBARDO, sub *Art. 129*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. Baccarini, G. Chinè e R. Proietti, 2 ed., Milano, 2015, p. 1497 ss.

(24) A. MUNARI, *Funzione e natura giuridica del patto di riacquisto nell'operazione di leasing*, cit., p. 406.

In giurisprudenza, Cass. 19 luglio 1995, n. 7870, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 127 ss., secondo cui qualora «un'impresa acquisti dei beni per concederli in locazione finanziaria e contestualmente stipuli con il fornitore dei beni stessi un patto in base al quale quest'ultimo si impegna a riacquistarli, in caso di risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del locatario, predeterminando il prezzo di riacquisto con riferimento al tempo in cui, verificatosi il detto inadempimento, l'impresa ottenga la dichiarazione di risoluzione del contratto di locazione, tale patto ha la causa propria di un contratto di vendita e non quella di un contratto di garanzia, con la conseguenza che, nella specie, sarà inapplicabile la norma di cui all'art. 1957»; Cass. 28 agosto 1995, n. 9050, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1393, con nota di A. CECCHERINI, *Leasing e patto di riacquisto*; App. Firenze, 22 gennaio 1994, in *Riv. it. leasing*, 1994, p. 659.

Tanto più se si prevede espressamente che il «prezzo» sarà corrisposto indipendentemente dalla effettiva e materiale disponibilità dei beni. Ed allora il garante deve pagare indipendentemente dalla possibilità di recuperare il bene»²⁵.

In contrario, occorre rilevare come non si possa escludere *a priori* un intervento spontaneo del terzo che, ad esempio nel *leasing* immobiliare, si obblighi al riacquisto dell'immobile ad un corrispettivo pari alla somma dei canoni scaduti e a scadere e del prezzo di opzione, al solo scopo di realizzare un eventuale investimento.

È pur vero che la fideiussione può essere prestata spontaneamente; tuttavia, «questa ipotesi ricorre raramente nella prassi perché, di regola, è il *debitore* che individua il fideiussore al quale richiedere di garantire il suo debito presente o futuro»²⁶.

Non sono allora i criteri di determinazione del corrispettivo a conferire al «patto» di riacquisto natura fideiussoria²⁷, bensì altri fattori, tra di essi concorrenti, che lo fanno ricondurre nell'ambito dei negozi di garanzia.

Oltre alla già menzionata previsione secondo cui il corrispettivo sarà pagato indipendentemente dalla effettiva e materiale disponibilità dei beni, si pensi, soprattutto, alla richiesta avanzata dalla società di *leasing* della sottoscrizione del «patto» di riacquisto come *conditio sine qua non* per la concessione del finanziamento all'utilizzatore mediante l'operazione di *leasing*.

Ancora, si pensi alla c.d. profilazione «bancaria» dell'obbligato al riacquisto, dovendosi con ciò intendere quel complesso di attività realizzate dalle società di *leasing* e che spaziano dalle indagini preliminari di carattere patrimoniale e finanziario a carico del soggetto «garante», fino alle segnalazioni al sistema creditizio successive alla sottoscrizione dell'impegno²⁸.

(25) G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., loc. cit.

In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 12 giugno 1990, in *Riv. it. leasing*, 1990, p. 440.

(26) G. BOZZI, (a cura di) *La fideiussione*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, *Diritti dei contratti*, diretto da Alpa e Confortini, Torino, 2013, p. 38, secondo cui, essendo irrilevante il consenso del debitore per la formazione del contratto, deve riconoscersi che la fideiussione possa anche essere prestata contro la volontà del debitore e che sia valido «il patto, ricorrente nella pratica degli affari, con il quale il creditore si obbliga verso il fideiussore a non rivelare al debitore l'esistenza della garanzia: c.d. fideiussione segreta» (nt. 44).

(27) Ritiene determinante il criterio di quantificazione del prezzo, R. CLARIZIA, *Contratti di leasing*, cit., p. 1620.

(28) Sono attività queste che solo un ente creditizio può e deve svolgere compiutamente; laddove, invece, il rapporto si instauri senza l'intervento di un terzo soggetto

Al riguardo, si evidenzia che, secondo le istruzioni della Banca d'Italia ²⁹, in merito al servizio centralizzato dei rischi creditizi per gli intermediari del credito ³⁰, «[s]ono comprese nella categoria di censimento *garanzie ricevute* le garanzie reali e personali rilasciate agli intermediari allo scopo di rafforzare l'aspettativa di adempimento delle obbligazioni assunte dalla clientela nei loro confronti. In particolare devono essere segnalate, [...] le garanzie personali di "seconda istanza", la cui efficacia è condizionata all'accertamento dell'inadempimento del debitore principale e degli eventuali garanti di prima istanza. Tra l'altro, confluiscono nella categoria di censimento: [...] i patti di

che in modo professionale finanzia l'operazione, come accade nel *leasing*, è possibile prevedere che l'obbligo al riacquisto e, più in generale, le altre garanzie atipiche, elaborate dalla prassi nell'ambito della locazione finanziaria, avranno una scarsa diffusione, proprio per l'incapacità del «concedente» di valutare adeguatamente il «garante».

Si pensi al *rent to buy*, recentemente introdotto dall'art. 23 (Disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili) del D.L. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto "Sblocca Italia"), convertito, con modificazioni, dalla L. 11 novembre 2014, n. 164, su cui, per i contributi precedenti alla nuova disciplina, v. A. FUSARO, *Rent to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 419 ss.; F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in *Contr.*, 2014, p. 822 ss.; A. TESTA, *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, in *Imm. propr.*, 2014, p. 384 ss.; A. CIRLA, *Il rent to buy: una grande occasione che però ancora non riesce a decollare*, *ivi*, p. 721 ss.; A. LOMONACO, *Questioni in tema di profili fiscali del c.d. Rent to buy: spunti di riflessione*, Studio Tributario n. 490-2013/T, approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato, nella seduta del 25-26 luglio 2013; e, successivamente alla recente normativa, A. SCARPA, *L'operazione «rent to buy» entra nel nostro sistema*, in *Guida al dir.*, 2014, n. 41, p. 51 ss.; C. CICERO-V. CAREDDA, *Rent to buy*, Napoli, 2016.

(29) Circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991 – 14° Aggiornamento del 29 aprile 2011.

(30) Il servizio di centralizzazione dei rischi creditizi gestito dalla Banca d'Italia è disciplinato dalla delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio del 29 marzo 1994, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 91 del 20 aprile 1994, e dalle citate istruzioni emanate in conformità della stessa. La delibera è stata assunta ai sensi degli artt. 53, comma 1, lett. b), 67, comma 1, lett. b), e, nella versione vigente in quel momento, 107, comma 2, del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385), con i quali si conferiva al CICR il potere di emanare disposizioni aventi a oggetto il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni nei confronti, rispettivamente, delle banche, delle società finanziarie appartenenti a gruppi creditizi e degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale ex art. 107 del predetto Testo Unico ed oggi, a seguito della riforma della regolamentazione degli intermediari finanziari di cui al D.lgs. n. 141/2010, che ha soppresso l'elenco generale di cui all'art. 106 T.U.B. e quello speciale di cui all'art. 107 T.U.B., iscritti tutti in un Albo unico tenuto dalla Banca d'Italia che esercita attività di vigilanza, anche di carattere prudenziale.

riacquisto stipulati nell'ambito di operazioni di locazione finanziaria qualora abbiano contenuto fideiussorio, cioè prevedano l'assunzione, da parte del fornitore del bene locato, del rischio di inadempimento dell'utilizzatore, indipendentemente dalla riconsegna e dalla stessa esistenza del bene locato»³¹.

Sebbene le istruzioni facciano riferimento esclusivamente all'obbligo al riacquisto a carico del solo fornitore, e quindi al c.d. patto di ripresa, è ormai prassi consolidata da parte degli istituti di *leasing* quella di segnalare anche i «patti» di riacquisto sottoscritti da terzi estranei all'operazione (di *leasing*).

La segnalazione, in entrambi i casi, sarà legittima, naturalmente, solo laddove l'obbligo al riacquisto abbia contenuto fideiussorio, vale a dire se, ricorrendo i criteri di cui sopra, preveda l'assunzione del rischio di inadempimento dell'utilizzatore³².

Qualora ciò accada, tuttavia, non si ricadrà nell'ambito della fideiussione poiché quest'ultima ha «per contenuto una prestazione identica a quella dovuta dal debitore principale (oppure ad una parte di essa, quando la fideiussione sia stata stipulata solo per parte del debito principale)»³³, dovendosi, allora, più correttamente, discorrere di garanzia atipica³⁴.

Dall'impossibilità di inquadrare il «patto» di riacquisto nell'ambito della fideiussione deriva la pressante esigenza di individuare quale disciplina si applichi ad esso; a tale esigenza, tuttavia, non può darsi adeguata risposta se non dopo aver individuato il metodo da seguire nell'analisi della fattispecie *de quo*: l'aver qualificato³⁵ il «patto» in

(31) Capitolo II, Sezione 2, paragrafo 3. Garanzie ricevute: p. 13.

(32) Sulla responsabilità degli istituti di credito per inesatte segnalazioni, v. C. DE SINNO, *La responsabilità civile della banca nelle segnalazioni alla Centrale dei rischi*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 897 ss.; M. TOMMASINI, *La responsabilità della banca per inesatte informazioni*, in *Dir. e form.*, 2002, p. 855 ss.

(33) A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, 1957, p. 89.

L'obbligato nel «patto» di riacquisto dovrà, ad esempio, versare un «prezzo» che comprende, oltre ai canoni non pagati e a scadere, anche il corrispettivo per l'esercizio dell'opzione per il riscatto finale, a cui l'utilizzatore non è tecnicamente vincolato.

(34) App. Torino, 28 giugno 1988, cit.; Trib. Milano, 5 novembre 1990, cit.

(35) Sulla qualificazione del contratto v. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 175 ss., spec. p. 176, secondo cui «l'interpretazione permette di individuare i connotati della fattispecie contrattuale; la qualificazione consente di inquadrare l'atto di autonomia in uno schema, in una di quelle strutture giuridiche contemplate dal diritto positivo e perciò atipiche, ma a contenuto variabile; la sussunzione, pur attuandosi con modalità prossime a quelle della qualificazione, serve per ricondurre il negozio in uno o più tipi legali, onde applicarne la relativa disciplina».

termini di garanzia atipica non esclude, infatti, la sua riconducibilità al «tipo normativo» della fideiussione, inteso non quale contratto nominato, «che non è tipo, ma concetto», bensì quale «modello che sottende alla disciplina legale»³⁶.

Prima della scelta sul metodo, occorre precisare come il «patto» di riacquisto presenti un carattere comune alla fideiussione, e cioè quello della accessorietà dell'obbligazione a carico del «garante» rispetto a quella che grava sull'utilizzatore; da qui, l'impossibilità di ricondurlo nell'ambito della figura del contratto autonomo di garanzia, anche se non sono mancati tentativi volti a ricostruire l'obbligo di riacquisto in questi termini³⁷.

La migliore risposta al problema in esame si ricava dal metodo tipologico³⁸, elaborato in contrapposizione al metodo concettuale³⁹.

Quest'ultimo si basa su una definizione, costituita dalla somma degli elementi che si registrano come comuni a tutti gli individui sussu-

(36) G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 140, nt. 51.

(37) Trib. Roma, 11 dicembre 1991, in *Riv. it. leasing*, 1992, p. 770 ss.; Trib. Milano, 26 novembre 1992, *ivi*, 1994, p. 660 ss.

In dottrina, NAPPI, *Un'ipotesi di Garantievertrag: il patto di riacquisto nelle operazioni di leasing*, cit., pp. 70 e ss., spec. pp. 72 e 73, il quale, poiché il «garante» col patto di ripresa intende «solo assicurare, senza riferimento ad un interesse creditorio, e quindi autonomamente, l'esito ottimale della operazione di finanziamento», ritiene «quindi di poter accedere a quello schema della garanzia del buon esito di un affare, da lungo tempo utilizzato in Germania dalla dottrina e dalla giurisprudenza sotto la denominazione, oggi forse un po' inflazionata, di Garantievertrag»; F. NAPPI, *Sul c.d. patto di riacquisto nella locazione finanziaria: per un inquadramento sistematico nella categoria dei Garantieverträge*, cit., p. 223 ss.

(38) La parola «tipo» deriva dal greco «τύπος» (correlato a «τύπτειν» che vuol dire «colpire») e «significa, innanzitutto, semplicemente percossa; poi l'effetto provocato da essa, l'impressione visibile causata da essa: la coniazione di una moneta, del sigillo, la traccia, la base; infine, soprattutto la forma ottenuta dalla lavorazione di metallo o pietra: statua, immagine»; A. KOLLER, *Grundfragen einer typuslehre im gesellschaftsrecht*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967, p. 12. Per l'autore, che analizza il problema del tipo nel diritto societario, ancora oggi c'è chi cerca di equiparare il tipo alla forma, intendendo però con l'ultimo termine non soltanto l'apparenza esteriore del contenuto bensì «die Form samt ihrem Untergrunde», cioè la forma insieme al suo fondamento.

Il pensiero tipologico – che ha in A. KOLLER, *op. cit.*, *passim*, spec. pp. 11-55, e in K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2 ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1969, *passim*, spec. p. 423 ss., i suoi esponenti più autorevoli – è stato ripreso e sviluppato in Italia da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., spec. pp. 112-172; e, successivamente, da M. COSTANZA, *op. cit.*, spec. pp. 223-237.

(39) K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft*², Heidelberg, 1968, p. 244.

mibili all'interno del concetto. Su questa base, l'operazione conseguente è, per l'appunto, quella della sussunzione: selezionare tra i vari individui della realtà tutti coloro che presentino tutti quanti gli elementi che compongono la definizione e dunque il concetto. A questo punto, si può specificare quando un individuo è sussumibile entro un determinato concetto e se a quel concetto è riferita una determinata disciplina, si può ulteriormente dire che quell'individuo della realtà deve soggiacere a quella disciplina. Come si vede, è un metodo estremamente rigido, privo di sfumature, che permette solo risposte del tipo «sì o no»⁴⁰.

Il metodo tipologico può operare in un senso restrittivo ovvero in un senso estensivo. Opera in senso restrittivo tutte le volte che porta ad escludere l'applicabilità a un determinato contratto di questa o quella norma, appartenente alla disciplina di un tipo contrattuale, in cui quella figura sarebbe sussumibile sotto il profilo concettuale o definitorio, ma con cui dal punto di vista tipologico non si può completamente identificare. Il metodo tipologico, dunque, porta a dire che, benché il *leasing*, dal punto di vista definitorio, corrisponda al tipo legale della locazione, non tutte le norme sulla locazione sono legittimamente richiamabili in sede di disciplina del *leasing*.

(40) Il concetto generale esprime abitualmente una somma di caratteristiche che sono comuni a tutte le singole componenti della categoria corrispondente e solo a queste; si ottiene astruendo le caratteristiche distintive di componenti simili tra loro e riassumendo soltanto le caratteristiche comuni, la cui sussistenza o mancanza è determinante per il pensiero concettuale.

Il metodo tipologico ha, invece, impostazione e obiettivi diversi: all'enumerazione di elementi ricorrenti sostituisce infatti una visione complessiva del fenomeno che ha di fronte, nel tentativo di coglierlo non nella somma dei suoi elementi analiticamente considerati, ma nel suo complessivo modo di essere, attraverso quella che in psicologia si potrebbe definire una percezione gestaltica, cioè una percezione che guarda ad una determinata realtà senza scomporla nei suoi elementi particolari, ma assumendola nella sua globalità.

«Mentre l'astrazione «concettuale» si esaurisce nell'estrapolazione delle singole caratteristiche del concetto e della loro facile addizione, abbandonando così ogni osservazione», quella tipologica «è l'astrazione «comparativa-evidente» adatta a rimettere insieme i singoli tratti pregnanti resi noti in una chiara (ora generale) immagine»: A. KOLLER, *op. cit.*, p. 18.

Anche il risultato è diverso: il concetto generale è qualcosa di assolutamente astratto; il tipo è, invece, un'immagine generale ottenuta per astrazione ideologica.

La modalità di astrazione del pensiero tipologico evita intenzionalmente ogni isolamento delle caratteristiche e pone l'accento sull'unità del quadro complessivo; il tipo è, dunque, qualcosa di più della semplice somma delle sue parti. «È un tutto di senso, che è effettivamente composto da parti ma che può essere compreso solo partendo dal tutto»: A. KOLLER, *op. cit.*, p. 19, secondo cui «un tipo non si sviluppa mai per mera giustapposizione di caratteristiche».

Per altro verso, il metodo tipologico opera in senso estensivo, facendo sì che a un determinato contratto, che pure non presenta tutti gli elementi del relativo concetto e non è sussumibile entro la corrispondente definizione, si possano tuttavia applicare determinate norme comprese nella disciplina di quel tipo. Ecco perché si accetta di applicare al *leasing* norme ricavate dalla disciplina della vendita con riserva della proprietà, anche se, dal punto di vista definitorio o concettuale, il *leasing* non è in nessun modo sussumibile nella figura della vendita con riserva della proprietà.

4. Ai sensi dell'art. 1938 c.c. la fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito «e a condizione che siano determinati i soggetti dell'obbligazione principale»⁴¹.

L'espressione 'obbligazione futura' «non ha un significato tecnico e sta a significare, soltanto, genericamente», quel debito che ancora non è sorto⁴².

Se il debito non esiste ancora significa che, evidentemente, sorgerà dopo che la fideiussione sia già stata data.

Il «prima» ed il «dopo» nell'accadere dei fenomeni giuridici possono essere esclusi solo dall'accadere «insieme». Se ciò è vero, allora occorre domandarsi se sia possibile dare una definizione della contestualità che abbia una valenza giuridica.

Vi sono fattispecie in cui il susseguirsi delle operazioni è disciplinato dal legislatore: si pensi all'art. 605, ult. cpv., c.c., secondo cui tutte le operazioni necessarie al ricevimento del testamento segreto da parte del notaio devono essere fatte di seguito e senza passare ad

(41) G. BOZZI (a cura di), *La fideiussione*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, cit., p. 770.

Cfr., anche, A. RAVAZZONI, *Fideiussione*, in *Digesto civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 276, secondo cui le cauzioni imposte dal giudice nel processo civile mediante fideiussione sono l'esempio di obbligazioni fideiussorie a garanzia di debiti futuri ed eventuali.

(42) A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, cit., p. 136.

L'art. 1938 c.c. «è espressione del più generale principio di deducibilità in rapporti obbligatori di una prestazione di cose future»: L. RUGGERI-S. MONTICELLI, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2005, p. 163, secondo cui «[l']esistenza del bene non integra una condizione necessaria per aversi una fattispecie contrattuale, bensì attiene al momento esecutivo del rapporto contrattuale, dal momento che l'oggetto del contratto può essere identificato nell'assetto di interessi regolato dalle parti la cui attuazione avviene tramite la prestazione che può avere ad oggetto, secondo il disposto dell'art. 1348 c.c., anche cose future».

altri atti; all'art. 2375 c.c. sulla redazione del verbale assembleare non contestuale purché tempestiva; e, ancora, all'art. 51, n. 10, l. n. 89 del 1913 sulla apposizione delle sottoscrizioni negli atti pubblici dalle parti, dai fidefacienti, dall'interprete, dai testimoni e dal notaio, da cui si desume il precetto della c.d. contestualità delle sottoscrizioni, che verrebbe violato «non solo se, ad es. una delle parti sottoscrivesse in luoghi e tempi diversi, ma anche se si allontanasse prima della sottoscrizione delle altre»⁴³.

Ebbene, dall'esame di tali figure si evince che due o più operazioni giuridiche sono contestuali quando vengono realizzate non solo insieme ma anche una dopo l'altra purché senza soluzione di continuità.

Né, in contrario, vale obiettare che tali regole non valgono per le scritture private perché ciò che conta, ai nostri fini, non sono le formalità in sé ma il susseguirsi dei fatti, in una dimensione temporale che esula dalla forma assunta dagli atti tra cui vi è un collegamento negoziale.

Il valore del tempo, in altri termini, non cambia in ragione della forma che i privati adoperano per la regolamentazione dei loro interessi.

Ne discende che la fideiussione, prestata per un'obbligazione assunta (anche nello stesso giorno ma) dopo un intervallo di tempo⁴⁴, rientra nel paradigma di cui all'art. 1938 c.c.

* La fideiussione a garanzia di tale obbligazione «diviene efficace ed operativa solo quando il debito garantito verrà ad esistenza (e potrà essere escussa nel caso di inadempimento di tale debito); ma l'utilità pratica di una garanzia per debito futuro è che fino al momento della nascita di tale debito, il fideiussore non può, in linea di principio, revocare la propria volontà e recedere dal contratto di fideiussione (ovviamente per il periodo di tempo di durata della fideiussione, se stabilito)»⁴⁵.

Non è necessario, poi, che al momento del rilascio della garanzia sussista già il rapporto fondamentale da cui deriveranno le future obbligazioni, essendo sufficiente una mera descrizione di detto rapporto, sia pure non ancora esistente⁴⁶, mediante, ad

(43) M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Milano, 2007, p. 202; v., anche, G. CASU, *La legge notarile commentata*, a cura di Casu e Sicchiero, Torino, 2010, pp. 344 e 345.

(44) Tra le parti il momento del perfezionamento della scrittura privata può essere accertato con tutti i mezzi offerti dalla legge. Per l'accertamento della data, v. Cass., 7 luglio 1971, n. 2130, in *Riv. banc.*, 1971, p. 340.

(45) G. STELLA, *Le garanzie del credito*, I, *Fideiussione e garanzie autonome*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2010, p. 154.

(46) In senso contrario, v. L. RUGGERI-S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 166, secondo cui l'art. 2852 c.c., che in materia di ipoteche dispone che la garanzia reale può essere

esempio, l'indicazione dell'oggetto del contratto che si andrà a concludere⁴⁷.

L'art. 1938 c.c., come novellato dalla l. n. 154 del 1992, ha natura imperativa e, pertanto, la fideiussione per obbligazioni future rilasciata senza indicazione di un massimale garantito è radicalmente nulla⁴⁸.

L'indicazione nelle fideiussioni per obbligazioni future della somma massima garantita «corrisponde a un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico ed ha valenza generale, applicandosi anche alle garanzie atipiche e, tra queste, alle lettere di *patronage*»⁴⁹.

concessa per crediti futuri nascenti da un rapporto già esistente, può essere considerato «espressione di un principio operante anche nelle garanzie personali».

(47) App. Firenze, 18 febbraio 1985, in *Riv. it. leasing*, 1985, p. 496 ss., con nota di L. CAPALDO, *Osservazioni in tema di fideiussione e leasing finanziario*, secondo cui «[q]uel che interessa, in sostanza, è la determinazione dei o del rapporto giuridico nel cui ambito la fideiussione dovrà operare: ciò è conforme del resto alla previsione del citato art. 1938 c.c. laddove l'espressione «obbligazione futura», da non confondersi ovviamente con l'obbligazione ancora da scadere, si estende necessariamente, oltre le prestazioni determinabili in anticipo sul presupposto di un determinato rapporto giuridico, a quelle non ancora conoscibili nel loro ammontare ma che potranno derivare da uno specifico rapporto ancora da costituire» p. 503; Trib. Roma, 23 aprile 1994, in *Gius.*, 1994, p. 168, in merito ad una fideiussione prestata a garanzia di contratti di locazione finanziaria sottoscritti poco dopo e che venivano indicati nella fideiussione; Trib. Milano, 12 luglio 1984, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, II, p. 95, che richiede, giustamente, anche «il riferimento obiettivo all'estensione quantitativa della fideiussione accettata dal fideiussore».

(48) MACARIO, *La fideiussione*, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, 2, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 308.

In giurisprudenza, v. Cass., 15 settembre 1993, n. 9534, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 203; Cass., 9 dicembre 2002, n. 17483, in *Foro pad.*, 2004, I, c. 65; Trib. Chieti, 10 febbraio 2006, in *P.Q.M.*, 2006, 2-3, p. 63.

(49) Cass. 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Notariato*, 2010, p. 125, in *Contratti*, 2010, p. 373.

Nello stesso senso, v. Trib. Roma, 18 febbraio 2002, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, II, p. 326, con nota di F. MANGANO, e Trib. Pistoia, 11 luglio 2008, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Fallimento*, n. 549, che avevano entrambi qualificato l'art. 1938 c.c. come norma che appartiene all'ordine pubblico economico. La prima di queste pronunce ha esteso il divieto di garanzie illimitate alle lettere di *patronage* «forti» e, più in generale, alle promesse unilaterali. Ciò perché, altrimenti, sarebbe un divieto facile da aggirare. La pronuncia, sancisce inoltre che l'art. 1938 c.c., seppure diretto a differente istituto, costituisce «principio generale della materia applicabile anche ad impegni di natura ed esiti analoghi, seppure fondati su differenti fattispecie negoziali». La seconda decisione ha voluto invece esprimere il principio di ordine pubblico economico che anima l'art. 1938 c.c., vale a dire il rispetto del dovere di solidarietà sociale, manifestazione del più ampio principio di buona fede oggettiva, da parte degli intermediari finanziari durante l'esecuzione della garanzia.

Da ciò consegue la necessità di prevedere l'importo massimo di «riacquisto» nel relativo «patto», pena la nullità di quest'ultimo.

A tale conclusione si dovrebbe, in realtà, giungere anche se non si rinvenisse nell'art. 1938 c.c. un principio generale del nostro ordinamento: l'aver dapprima ricondotto il «patto» di riacquisto nell'ambito delle garanzie atipiche e, quindi, inquadrato detto «patto», in una visione complessiva del fenomeno, nel «tipo normativo» della fideiussione, fa sì che la disciplina di tale garanzia personale si applichi direttamente alla figura *de quo*, senza che sia necessario far ricorso ad una *vis expansiva* della norma, come fa, invece, la giurisprudenza richiamata per le lettere di *patronage*, che non riesce, in definitiva, a sottrarsi all'istinto della sussunzione nel tipo legale mediante la qualificazione causale delle singole fattispecie.

Secondo una certa impostazione, la prescrizione dell'importo massimo garantito può essere soddisfatta anche *per relationem*, con la previsione, cioè, di «'indici di determinabilità' dell'impegno assunto dal fideiussore, attraverso il riferimento al contenuto del contratto principale», in modo che il terzo promittente, allorché si impegni, nei confronti del creditore, possa rendersi conto dell'importo complessivo dell'esposizione debitoria⁵⁰.

Si pensi al caso in cui nella garanzia vi sia il rinvio specifico al contratto principale in cui risulti già predeterminato l'ammontare del credito che sarà concesso al debitore principale.

In verità, se la *ratio legis* è quella di richiamare immediatamente l'attenzione del fideiubente sull'impegno che va ad assumere con la sottoscrizione della «garanzia», non si comprende come tale finalità possa essere soddisfatta dalla mera determinabilità *per relationem* dell'importo massimo garantito; e ciò, anche in considerazione della velocità con cui si svolgono oggi giorno le contrattazioni, in cui la sottoscrizione da parte del garante ne costituisce un mero frangente.

Se è vero che nessuno deve assumere impegni in modo inconsapevole e che ciascuno ha il dovere di agire con diligenza e in modo informato, tuttavia, non si può tacere come il ritenere sufficiente, per la validità della garanzia per obbligazioni future, la mera determinabilità

(50) Cass. 13 febbraio 2009, n. 3525, in *Mass. Foro it.*, 2009, c. 203; nello stesso senso, sia pure implicitamente, Trib. Savona, 11 marzo 1999, n. 166, in *Nuova giur. ligure*, 2001, p. 427 ss., secondo cui «[è] nullo il contratto di fideiussione 'omnibus' stipulato a beneficio di una Banca che non contenga 'indici di determinabilità' dell'obbligazione assunta dal fideiussore sicuri ed efficaci, o l'importo massimo garantito come prescritto dal riformato art. 1939 c.c.».

dell'importo massimo garantito alteri lo scopo della norma: un criterio obiettivo di validità diventa, così, un onere di diligenza a carico della parte che si vorrebbe, invece, tutelare, in quanto normalmente soggetto «più debole»⁵¹.

L'importo massimo garantito dovrebbe, dunque, essere indicato esclusivamente nel testo della «garanzia».

Ad ogni modo, l'art. 1938 c.c. non può essere letto disgiuntamente dall'art. 1956 c.c., che ne completa la disciplina; ed infatti, entrambe le norme sono state modificate dalla l. n. 154 del 1992⁵².

Prima di verificare se l'art. 1956 c.c. si applichi o meno al «patto» di riacquisto, ed eventualmente secondo quali presupposti, occorre premettere come, sebbene in più decisioni la giurisprudenza abbia interpretato la norma quale espressione del principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.⁵³, in realtà, tale disposizione faccia riferimento ad una nozione di buona fede per così dire tipizzata⁵⁴.

5. Il creditore garantito in merito ad obbligazioni future, in forza dell'art. 1956 c.c., ha l'onere di non fare credito al debitore nel caso in cui sappia che le condizioni patrimoniali di quest'ultimo siano divenute tali da rendere il soddisfacimento delle proprie ragioni creditorie notevolmente più difficile⁵⁵ rispetto al momento

(51) Altra questione è se l'importo debba essere necessariamente indicato in denaro.

In realtà, dall'analisi del testo della norma non risulta che il tetto massimo garantito debba essere espresso in denaro. In tal senso, G.C. RIVOLTA, *Le nuove disposizioni sulla fideiussione*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 675, per il quale «non può escludersi una sua determinazione diversa: per esempio rapportata a dati variabili (come il capitale sociale, il patrimonio netto, il volume d'affari, il fatturato del debitore principale, in un momento o periodo prestabilito)», avendo le parti «ampio spazio per sbizzarrirsi».

(52) Sulla necessità di coordinare le due norme, v. G. BOZZI, voce *Fideiussione omnibus*, in *Enc. giur. Treccani*, 1993, p. 5; A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XVIII, 3, Milano, 1998, p. 170; L. PONTIROLI, *Fideiussione omnibus*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2000 (aggiornamento), p. 380.

(53) Cass., 7 settembre 1998, n. 8850, in *Contratti*, 1998, p. 613; Cass., 23 maggio 2005, n. 10870, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 87.

(54) V. MARCONDA, *Fideiussione «omnibus» e principio di buona fede*, nota a Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, cc. 2769 e 2770.

(55) Sul presupposto del peggioramento delle condizioni economiche del debitore, successivo al rilascio della fideiussione, cfr. A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XVIII, 3, Milano, 1998, pp. 271-272; e, sebbene

in cui la fideiussione fu prestata, pena la perdita della garanzia.

Dal coordinamento della norma con l'art. 1938 c.c., consegue che l'estinzione della garanzia si verifica anche se il credito è concesso nei limiti dell'importo massimo garantito⁵⁶, salvo il caso in cui il garante autorizzi⁵⁷ il creditore a fare credito.

Obbligazione futura, ai fini dell'art. 1956 c.c., tuttavia, non è soltanto quella il cui debito non è ancora sorto, come abbiamo visto in relazione all'art. 1938 c.c., ma anche quella, inerente ad un rapporto già sorto, che «avrà modo di venire a scadenza dopo che la fideiussione è prestata». E ciò perché fare credito «non è solo mettere la controparte nella possibilità di disporre di somme di denaro da restituire, ma, ad esempio, anche lasciare che un rapporto a prestazioni corrispettive si svolga in modo che la controparte continui a ricevere la prestazione a suo favore, senza dal canto suo eseguire la propria»⁵⁸.

In altri termini, se è vero che «la concessione del credito mira ad attribuire, di solito contro corrispettivo, il godimento temporaneo di un capitale»⁵⁹, in una accezione moderna fare credito non è solo prestare denaro — che a sua volta non è semplicemente erogare un bene

più risalente nel tempo, M. FRAGALI, *Della fideiussione, Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1962, pp. 478-479.

Per la giurisprudenza, v. Cass., 20 luglio 1989, n. 3385, in *Foro it.*, 1989, I, c. 3101; Trib. Bari, 3 ottobre 2006, in *Obbl. e contr.*, 2007, 3, p. 265.

(56) G. GRIPPO, *La fideiussione in generale*, in Grippo, Pacchi, Pasquariello, Valignani, *Le garanzie personali*, I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XI, I, Torino, 2007, p. 36; BOZZI, voce *Fideiussione omnibus*, cit., p. 5.

(57) L'autorizzazione deve essere specifica, cioè relativa ad un nuovo e concreto credito. Sul punto, cfr. F. BENATTI, *La deroga agli art. 1956 e 1957*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, I, p. 171 ss.; S. BONFATTI, *Effetti diretti ed indiretti della disciplina della «trasparenza» sulle fideiussioni bancarie*, in *Dir. banc.*, 1994, I, p. 3 ss.

Vi sono, tuttavia, alcuni casi in cui in giurisprudenza si ritiene non necessaria la speciale autorizzazione, in quanto già implicitamente concessa dal fideiussore: si pensi, ad esempio, al caso in cui il garante rivesta sia la qualità di socio di società di capitali, sia di fideiussore della società debitrice principale; ovvero, al fideiussore che è socio della società di persone garantita; oppure, ancora, al garante che sia anche legale rappresentante della società debitrice principale. Per tali fattispecie, cfr. Cass., 7 settembre 1998, n. 8850, in *Contratti*, 1998, p. 613; Cass., 6 agosto 1992, n. 9349, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 1255; Cass., 20 luglio 1989, n. 3385, in *Foro it.*, 1989, I, c. 3101; Cass., 21 febbraio 2006, n. 3761, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 336, n. 261; Cass., 5 giugno 2001, n. 7587, in *Dir. e pratica società*, 2001, p. 63.

(58) Cass. 2 marzo 2005, n. 4458, in *Obbl. e contr.*, 2005, p. 309 ss., con nota di A. TOMASSETTI, *Fideiussione per obbligazione futura, transazione novativa e speciale autorizzazione del fideiussore*.

(59) A. GALASSO, *Credito (contratti di)*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, V, 2004, p. 32.

nella sua materialità, quanto piuttosto il far conseguire un determinato valore monetario⁶⁰ – ma anche continuare ad adempiere senza reagire all'inadempimento della controparte.

Si potrebbe definire «credito per mancata reazione all'inadempimento», che non vuol dire rinuncia alla controprestazione né mera tolleranza, bensì voluto accantonamento delle ragioni derivanti dalla corrispettività del contratto. E ciò per i motivi più vari: allo scopo di evitare di perdere un cliente cui si tiene particolarmente; per mera comodità in un dato momento storico-economico; per motivi contingenti o, anche, nei rapporti tra privati, per benevolenza.

Ad ogni modo, quale che sia il motivo della mancata reazione all'inadempimento, questo accantonamento da parte del creditore a far valere le proprie pretese genera un ulteriore credito nei confronti dell'inadempiente.

Questo slittamento nell'adempimento di una delle prestazioni corrispettive implica, per colui che continui ad eseguire la propria prestazione nonostante non riceva quella prevista a carico della controparte e a suo favore, l'assunzione di un rischio che è tipico di ogni concessione di credito.

Nel caso in cui l'inadempimento non sia occasionale ma reiterato e, quindi, tale da legittimare l'esercizio del potere di risoluzione ovvero del diritto di avvalersi della clausola risolutiva espressa, laddove prevista, il concedente deve essere autorizzato dal «garante» poiché quest'ultimo si è impegnato a garantire il «credito» del primo derivante dal contratto di *leasing*, per l'importo che deve essere calcolato al momento della predetta inadempienza, e non, anche, quello «per mancata reazione all'inadempimento», che implica l'assunzione di un rischio ulteriore.

Tale ricostruzione consente di ristabilire quell'unità di trattamento giuridico a cui prima si faceva riferimento; diversamente, non troverebbe una plausibile giustificazione, almeno in questo caso, una regolamentazione, per la mancata reazione all'inadempimento, del tipo normativo *leasing* diversa da quello della locazione.

Con ciò, naturalmente, non si vuole identificare nel *leasing* una vera e propria locazione e neppure sottolineare che in esso, quale contratto atipico⁶¹, che si colloca in un'area ricompresa tra la locazione e

(60) B. INZITARI, *La moneta*, in *Trattato dir. comm.*, diretto da Galgano, IV, Padova, 1983, p. 3 ss.; e prima, R. SACCO, *op. cit.*, p. 785 ss.

(61) Sul problema della qualificazione del *leasing* finanziario, v. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, I, *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p. 367 ss., spec. pp. 389-390.

la vendita a rate con riserva della proprietà, il pagamento dei canoni sia il corrispettivo, almeno in parte, per il godimento del bene da parte dell'utilizzatore⁶².

Non si vuole, in altri termini, attribuire alla prestazione valore identificante⁶³.

Sarebbe questo, infatti, un tentativo di qualificazione del contratto che in generale non è accettabile, sia perché varrebbe «solo per le ipotesi in cui la prestazione che le parti hanno stabilito non abbia una struttura complessa, non sia, cioè, il risultato della commistione di due o più prestazioni (tipiche o atipiche)»; sia perché non è in grado di formulare una disciplina generale della sottocategoria «quando la normativa dei diversi contratti è strettamente ricollegata alla loro funzione nel traffico economico»⁶⁴.

Si vuole, piuttosto, evidenziare come nel tipo normativo «finanziamento», il trasferimento di risorse finanziarie non è una caratteristica indefettibile, potendo essere sufficiente, per l'applicabilità di alcune regole, che il concedente si limiti a lasciare, volutamente, il denaro, che è già nel patrimonio del finanziato, nella disponibilità di quest'ultimo.

per il quale non è possibile delineare una configurazione unitaria del *leasing*, dovendosi più correttamente discorrere di sottotipi di locazione finanziaria.

(62) Trib. Firenze, 4 febbraio 2008, in *Contr.*, 2009, p. 52, secondo cui «[l]a causa del contratto di *leasing*, infatti, non ha natura solo finanziaria, ma consiste, anche ed essenzialmente, nel mettere a disposizione dell'utilizzatore il bene che ne costituisce oggetto».

(63) Per tale impostazione, invece, v. G. SBISA, voce *Promessa al pubblico*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sez. civ.*, XV, Torino, 2004, p. 363 ss., spec. p. 365, secondo cui per stabilire la disciplina dei singoli rapporti scaturenti da promesse onerose, «[o]ccorre [...] individuare, in base alla natura delle prestazioni, il corrispondente schema tipico (compravendita, contratto d'opera, locazione, ecc.), che servirà da parametro, sia per integrare la regolamentazione predisposta dal promittente, sia per sostituirla, quando sia in contrasto con disposizioni inderogabili»; e, sebbene più risalenti nel tempo, G. ROMANELLI, *In tema di noleggio di veicolo*, in *Riv. dir. nav.*, 1971, p. 250 ss., e A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 53, che si richiamano al pensiero di M. STOLFI, *Appunti critici sui contratti di durata*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940, p. 846.

(64) M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 207, che rileva, in coloro che assumono come dato qualificante delle fattispecie negoziali il solo oggetto, la tendenza «a dare rilievo alla sola prestazione principale», a quella cioè «che nella economia negoziale viene ritenuta prevalente», e ad assegnare alle altre prestazioni una funzione meramente accessoria. In tal modo, però, «la normativa applicabile in via diretta si riduce [...] a quelle sole regole che si riferiscono alla prestazione considerata come identificante», mentre «per le altre si ricorre all'analogia».

Nel disegno del legislatore, come intuito anche dalla giurisprudenza che in alcune decisioni adotta, senza peraltro avvedersene, il metodo tipologico, il tipo normativo «finanziamento» non postula sempre il trasferimento di risorse finanziarie; in queste fattispecie, in cui manca un effettivo spostamento di «denaro», la liberazione del fideiussore non richiede l'assunzione della garanzia per un'obbligazione futura, che tecnicamente non può ricorrere, quanto l'ulteriore «concessione di credito» al garantito, senza la sua speciale autorizzazione, pur sapendo il creditore che le condizioni patrimoniali del garantito sono divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito.

L'assegnazione di una determinata fattispecie negoziale al tipo normativo non dipende, dunque, dalla corrispondenza di tutti i singoli tratti, quanto dalla corrispondenza del «quadro d'insieme» ⁶⁵ (*Gesamtbildes*).

Diversamente dal concetto, che è «chiuso», poiché «il suo ambito di applicazione è chiaramente determinato dall'elenco degli elementi della sua definizione» ⁶⁶, il tipo è «elastico», in quanto non viene meno nel caso concreto in cui i singoli tratti siano strutturati in modo debole o addirittura manchino ⁶⁷.

Non è di alcuna utilità enucleare un concetto di finanziamento, che giunge, peraltro, nel mondo del diritto da quello delle discipline economiche – in cui si è soliti ricondurre a tale *nomen* tutti quegli schemi negoziali in qualche modo destinati all'approvvigionamento di mezzi finanziari di imprese o privati – se non a fini meramente descrittivi ⁶⁸.

La prospettiva cambia se il tipo «finanziamento», delineato dalla disciplina contenuta nelle norme più disparate, viene osservato a partire

(65) L. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^a ed., Berlin-Heidelberg, 1995, p. 297, in cui l'autore – che prosegue la «Metodologia della scienza giuridica» del maestro Karl Larenz – precisa che si può procedere all'assegnazione di un contratto ad un determinato tipo sempre sulla base di una valutazione complessiva.

(66) G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 128.

(67) L. CANARIS, *op. cit.*, p. 299, in cui l'autore richiama la descrizione del tipo come «struttura di caratteristica elastica» proposta da D. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*, Berlin, 1971, S. 34.

Per una rielaborazione della dottrina tipologica, v. di recente, ancora L. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4 ed., Berlin-Heidelberg, 2014, p. 290 ss.

(68) L'osservazione è ben compresa da R. CLARIZIA, voce *Finanziamenti* (*dir. priv.*), in *Novissimo Dig. It.*, App. III, Torino, 1982, p. 754, per il quale è opportuno «restringere la nozione di finanziamento, che ci viene offerta dagli economisti, intendendo per tale l'apprestamento di mezzi, suscettibili di una valutazione economica, che realizzano un incremento economico-patrimoniale del beneficiario».

da una fattispecie non sussumibile in quella del tipo legale ⁶⁹; e più ci si allontana, più l'immagine si compone quasi in maniera iperrealista, facendo intravedere la costruzione del disegno che, invece, dalla corta distanza non si può notare bene.

Ne consegue che, nel caso in cui l'utilizzatore non paghi i canoni di *leasing*, e la società concedente, senza chiedere l'autorizzazione all'obbligato al riacquisto, che rivesta la posizione di «garante», non eserciti il potere di risoluzione nonostante il grave inadempimento del primo, sarà applicabile in via diretta, e non per analogia ⁷⁰, l'art. 1956 c.c., secondo cui in tale ipotesi il fideiussore è liberato dalla propria obbligazione, in quanto si fa credito all'utilizzatore con la garanzia data dal «patto» di riacquisto.

PAOLO DE MARTINIS

(69) Il tipo non è «una scorciatoia metodologica» (così R. PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione dei beni e servizi*, cit., p. 117), ma una operazione euristica complessa che impone, dapprima, la ricostruzione del modello normativo attraverso l'individuazione del tipo cui si è ispirato il legislatore; è, dopo, la disamina delle norme che disciplinano quel dato contratto, anche mediante il confronto con quelle che regolano contratti affini, e lo studio del materiale giurisprudenziale.

Tale metodo «presenta il vantaggio di evitare applicazioni di norme di legge a casi ai quali le norme stesse non sono adatte; e soprattutto consente di trovare una disciplina per il caso nuovo, in più discipline legali»: G. DE NOVA, *L'autonomia contrattuale: tipicità e atipicità*, in Id., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 163.

(70) G. STELLA, *op. cit.*, p. 685, per il quale, «essendo volto il patto di riacquisto a garantire il pagamento dei canoni da parte dell'utilizzatore, se esso viene stipulato contestualmente al contratto di *leasing*, dovrà ritenersi garanzia per obbligazioni future, al pari di quanto si ritiene per la fideiussione a garanzia del pagamento periodico dei canoni di locazione».

Per la giurisprudenza, sia pure applicando l'art. 1956 c.c. in via analogica, Trib. Milano, 15 maggio 1985, in *Foro pad.*, 1985, c. 395; Trib. Milano, 15 luglio 1985, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 190; App. Milano, 5 dicembre 1986, *ivi*, 1987, p. 227; Trib. Milano, 12 novembre 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, p. 707; indirettamente, Cass. 2 marzo 2005, n. 4458, cit.; Cass. 13 febbraio 2009, n. 3525, cit.

In senso contrario, seppur senza tenere in alcuna considerazione l'ulteriore credito derivante dall'aver lasciato il denaro nella disponibilità del debitore, App. Milano, 12 novembre 1991, in *Riv. it. leasing*, 1992, p. 770, e App. Milano, 18 febbraio 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, p. 173, entrambe sul presupposto che i singoli canoni periodici, scaturenti da un contratto di locazione finanziaria stipulato contestualmente al sorgere della garanzia, non costituiscono «obbligazioni future»; App. Genova, 1 marzo 1993, in *Riv. it. leasing*, 1994, p. 660, secondo cui l'art. 1956 c.c. non troverebbe applicazione, «in quanto nel caso di specie non si ravvisa alcuna successione temporale tra la prestazione della garanzia e l'assunzione della posizione debitoria dell'utilizzatore garantito»; più di recente, App. Milano, 4 luglio 2003, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, p. 536; Cass., 29 luglio 2005, n. 15199, in *Foro pad.*, 2007, c. 6.