



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School**

**Dottorato di ricerca
in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro
Ciclo 26
Anno di discussione 2013**

***I contratti di finanziamento non tipicamente
bancari e il credito all'esportazione***

**SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: JUS/04
Tesi di Dottorato di Antonella Floris, matricola 955808**

Coordinatore del Dottorato

Prof. Luigi Benvenuti

Tutore del Dottorando

Prof. Corrado Chessa

Co-tutori del Dottorando

Prof. Gianluca Sicchiero

Prof. Alberto Urbani

a Carlo e Ignazio,

INDICE

<i>Introduzione</i>	4
CAPITOLO I - <i>Profili causalistici nei contratti di finanziamento</i>	
SOMMARIO. 1. La causa del contratto. - 2. La causa nella <i>lex mercatoria</i> e nel diritto europeo dei contratti. - 3. La causa di finanziamento.....	6
CAPITOLO II - <i>Il forfaiting</i>	
SOMMARIO. 1. L'operazione di <i>forfaiting</i> . - 2. Gli elementi che lo caratterizzano: la clausola "senza rivalsa" e la garanzia "a prima richiesta". - 3. Il <i>forfaiting</i> in Italia. 4. Spunti per una qualificazione della figura.....	38
CAPITOLO III - <i>Il project financing</i>	
SOMMARIO. 1. L'operazione di <i>project financing</i> e i suoi profili privatistici. - 2. Le fasi dell'operazione e la ripartizione dei rischi. - 3. La qualificazione giuridica. 4. Il sistema delle garanzie.....	71
CAPITOLO IV - <i>Il factoring internazionale</i>	
SOMMARIO. 1. Il <i>factoring</i> in generale. - 2. I soggetti coinvolti nelle operazioni di <i>factoring</i> . - 3. Le principali clausole dei contratti di <i>factoring</i> . 4. La natura giuridica del <i>factoring</i> . 5. I rapporti tra il <i>factor</i> e l'impresa cliente. - 6. I rapporti tra il <i>factor</i> e il debitore ceduto. Il regime delle eccezioni. - 7. Le eccezioni opponibili al fallimento. - 8. Il <i>factoring</i> in Italia. - 9. Il <i>factoring</i> negli ordinamenti stranieri. - 10. Il <i>factoring</i> internazionale e la Convenzione Unidroit (Ottawa, 26 maggio 1988). - 11. La Convenzione Uncitral (New York, 12 dicembre 2001).....	110
CAPITOLO V - <i>La legge applicabile in Italia</i>	
SOMMARIO. 1. La disciplina italiana per l'agevolazione delle esportazioni. - 2. Il <i>Consensus</i> . - 3. Profili di diritto internazionale privato	176
<i>Note conclusive</i>	194
<i>Bibliografia</i>	197
<i>Ringraziamenti</i>	210

INTRODUZIONE

Il presente lavoro è dedicato all'analisi di alcuni modelli contrattuali utilizzati nella prassi commerciale internazionale per finanziare e agevolare il settore delle esportazioni. Si tratta di contratti non tipizzati dalla legge italiana che pongono all'interprete il problema di ricostruirne la natura giuridica e di individuare conseguentemente la disciplina applicabile.

In funzione dell'indagine sulle singole fattispecie contrattuali si è ritenuto preliminarmente opportuno affrontare il profilo della causa del contratto. Il tema della causa del negozio è ancora oggi vivo e attuale e la dottrina e la giurisprudenza si confrontano nel tentativo di offrirne una nozione unitaria. Sul profilo della concretezza della causa ruotano le più recenti pronunce giurisprudenziali cui anche la migliore dottrina – seppure con qualche riserva – sembra voler aderire. Superata la definizione “bettiana” che intende la causa come funzione economico-sociale del contratto, deve ritenersi ormai pacificamente accolta la nozione più pragmatica di “causa concreta” capace di dare rilevanza ai particolari interessi espressi dalle parti in sede di conclusione del contratto.

La materia causalistica si rivela particolarmente interessante anche da un altro punto di vista capace di superare i confini nazionali. Della attualità della causa ci si è, infatti, interrogati in occasione dello studio dei plurimi esempi di codificazione di rango internazionale e comunitario mediante i quali la letteratura giuridica ha tentato di uniformare il diritto dei contratti nell'ambito degli affari transfrontalieri. Come si avrà modo di vedere, i principi del diritto dei contratti elaborati dalle commissioni nelle sedi sovranazionali hanno escluso *in toto* ogni riferimento alla causa e alla *consideration* che tanto hanno impegnato, giuristi di impronta romanistica e di *common law*.

Venendo, quindi, all'esame dei modelli contrattuali cui la tesi è principalmente dedicata, ci si occuperà di *forfaiting*, di *project financing* e di *factoring* internazionale. Si tratta di contratti profondamente diversi tra loro, improntati su schemi contrattuali e scelte differenti. Alcuni di essi, anche se non per la loro integralità, richiamano, inoltre, le norme predisposte dalle apposite convenzioni internazionali espressamente volte a realizzare l'uniformità giuridica benché non sempre si siano rivelate all'altezza delle aspettative.

Il proposito, dunque, del lavoro è quello di verificare se sia ravvisabile un minimo denominatore comune tra le fattispecie contrattuali analizzate che sia in grado di ricondurle tutte entro la categoria dei contratti di finanziamento non tipicamente bancari.

CAPITOLO I

Profili causalistici nei contratti di finanziamento

SOMMARIO: 1. La causa del contratto. - 2. La causa nella *lex mercatoria* e nel diritto europeo dei contratti. - 3. La causa di finanziamento.

1. La causa, ai sensi dell'art. 1325 c.c., costituisce uno dei requisiti essenziali di ogni contratto¹. Tanto che la sua carenza (art. 1418 c.c.) – ma anche la sua illiceità (art. 1343 c.c.) – è motivo di nullità dell'intera operazione negoziale.

Ecco, dunque, che si spiegano i plurimi dubbi che hanno animato la dottrina e la giurisprudenza al fine di rinvenirne la nozione e di riconoscerne il ruolo nell'impianto codicistico dedicato alla disciplina del contratto, atteso che, contrariamente a quanto avvenuto per gli altri elementi essenziali del contratto – l'oggetto, l'accordo e (relativamente alle ipotesi in cui è prevista a pena di nullità) la forma – il legislatore del 1942 non ne ha offerto alcuna definizione. Quest'ultima deve, quindi, essere ricercata attraverso l'esame delle (poche) norme che alla causa sono dedicate.

Ormai ampiamente superata è la posizione di chi affermava la coincidenza del concetto di causa con quello di oggetto del contratto². Secondo quest'opinione l'inclusione della causa tra gli elementi essenziali del contratto sarebbe da ricollegare

¹ Non potendo ricordare tutti i contributi che la dottrina ha offerto a proposito della causa, ci si limita qui a citare le opere più significative: G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, I, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1999, p. 483 ss.; ID., *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 1 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 447; U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA-U. BRECCIA-A. LISERRE, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XII, Torino, 1999, p. 1 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, t. 1, Padova, 1999; M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.; E. PAOLINI, *La causa del contratto*, Padova, 1999; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, p. 416 ss.; F. ROLFI, *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; R. SACCO, *La causa*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *I contratti in generale*, Torino, 1993, p. 635 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, *Delle obbligazioni (Art. 1321-1352)*, Bologna-Roma, 1970, p. 300 ss.; G. SICCHIERO, *Il contratto a causa mista*, Padova, 1995.

² G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. III, Firenze, 1877, p. 502 ss.; M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, p. 65 ss.; L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 225 ss.

unicamente ad un errore in cui il legislatore del *Code Napoléon* – cui quello italiano si è ispirato per la codificazione del 1865 – sarebbe incorso nell’interpretare il pensiero giuridico di Pothier.

Le origini francesi del nostro codice civile hanno indotto altri studiosi a ritenere che il concetto di causa andasse inteso non tanto con riferimento al complesso contrattuale quanto come correlato all’obbligazione che nel contratto trova la propria fonte³.

Le teorie che, nei decenni successivi all’emanazione del codice civile vigente, si sono divise il campo delle elaborazioni dottrinali impegnate a imprimere un contenuto alla nozione di causa, possono distinguersi in soggettive e oggettive.

Tra i sostenitori delle prime deve ricordarsi chi ritiene che il riferimento rivolto dal codice civile alla causa abbia inteso dare rilevanza alla volontà delle parti attraverso il riconoscimento di un valore giuridico agli effetti perseguiti dai contraenti. L’ordinamento, insomma, non farebbe che plasmarsi e adeguarsi alla volontà dei soggetti⁴.

Secondo un’opinione, la causa coincide con la sintesi del consenso nell’oggetto del contratto. L’elemento causale esprime la *ratio* del consenso e sussiste, quindi, laddove gli interessi posti a suo fondamento risultano leciti⁵.

Contraria all’attribuzione al concetto di causa di un significato soggettivo si è dimostrata, invece, un’autorevole tesi dottrinale secondo la quale la causa – oltre ad integrare la « ragione determinante del soggetto al negozio » coincide con la « funzione immediatamente adempiuta dal negozio ». Non appartengono, per tale via, alla causa i motivi soggettivi e personali che inducono i soggetti a concludere il singolo contratto⁶.

Le teorie oggettive della causa fanno, al contrario, riferimento alla sua funzione limitatrice dell’autonomia privata, oppure alla sua capacità di esprimere lo

³ In questo senso, G.B. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 548. Tale teoria si spiegava con l’osservazione che nel sistema civilistico napoleonico il contratto era inteso unicamente come fonte di obbligazioni, con la conseguenza che la causa del contratto veniva a coincidere con la causa dell’obbligazione.

⁴ E. BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici*, Padova, 1932; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 172.

⁵ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961 (rist.), p. 31 ss., il quale precisa che « siccome la causa costituisce la ragione economico-giuridica dell’atto, essa è talmente incorporata al negozio, che risulta dal concorso del consenso e dell’oggetto, sicché basta provare questi due requisiti per dimostrare l’esistenza del terzo, in quanto esso si risolve in sostanza nel rapporto fra gli altri ».

⁶ In questo senso F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1997 (rist.), p. 129 s.

scopo del singolo negozio⁷ e la giustificazione degli spostamenti patrimoniali che esso comporta⁸. Altri hanno preferito parlare di « funzione giuridica fissata dalla sintesi dei suoi effetti (giuridici) essenziali »⁹.

Fondamentale, sul punto, si è rivelato il pensiero giuridico espresso da Emilio Betti¹⁰, la cui elaborazione in tema di causa del contratto ha riscosso per molti decenni un indubbio successo sia tra i giuristi¹¹ che nella giurisprudenza¹². Tale opinione, fondata sulla stessa Relazione al codice civile, ha coniato la tradizionale definizione di causa intesa come la « funzione economico-sociale » del contratto, intendendo con tale espressione riferirsi alla funzione che accomuna tutti i contratti appartenenti allo stesso tipo. Attraverso il riferimento a siffatta definizione, dunque, si è finito per riconoscere *de plano* l'esistenza della causa nei contratti tipici i quali, essendo direttamente riconosciuti e disciplinati dal legislatore, non potrebbero che essere espressione di una funzione lecita e meritevole di tutela e, pertanto, ammessa dall'ordinamento.

Nell'ambito della teorizzazione della causa come funzione economico-sociale del contratto si è, tuttavia, distinta quella posizione che, pur riconoscendo l'esistenza necessaria della causa nei contratti tipici, ha affermato che, anche con riguardo ad essi deve operarsi un giudizio circa la meritevolezza e la liceità della funzione concreta. Anche attraverso l'utilizzo di schemi contrattuali tipici e, pertanto, leciti le parti potrebbero, in concreto, perseguire degli scopi illeciti perché contrari ai principi dell'ordinamento e all'ordine pubblico¹³.

⁷ L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 321.

⁸ M. GIORGIANNI, *op. cit.*

⁹ S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 119.

¹⁰ E. BETTI, *op. cit.*, p. 111; ID., voce *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, III, p. 38 ss.

¹¹ Cfr. F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2008, p.242; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1966; ID., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969; ID., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1948; ID., voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*; V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 173 ss.

¹² Cfr. Cass., 13 giugno 1957, n. 2213; Cass., 14 ottobre 1958, n. 3251; Cass., 15 febbraio 1963, n. 331, la quale identifica la causa del negozio con la « sintesi dei suoi elementi essenziali »; Cass., 7 giugno 1966, n. 1495; Cass., 3 giugno 1967, n. 1216; Cass., 16 ottobre 1968, n. 3317; Cass., 7 aprile 1971, n. 1025, secondo cui la causa è « lo scopo obiettivo del negozio, reso autonomo rispetto allo scopo individuale che le parti perseguono con la sua stipulazione »; Cass., 13 ottobre 1975, n. 3300; Cass., 17 maggio 1976, n. 1738.

¹³ In tal senso, cfr. Cass., Ss.Uu., 11 gennaio 1973, n. 63. Sul punto si è espressa anche Cass., 11 gennaio 1973, n. 68, che ha riconosciuto che un sistema in cui « si affermasse che la funzione economico-sociale del contratto è stabilita astrattamente ed immutabilmente dall'ordinamento in relazione ad ogni tipo contrattuale » sarebbe « contrastante al sistema legislativo vigente che con gli artt. 1343 e 1418 ammette in via generale la illiceità della causa, nel senso che restringere la illiceità

In epoca moderna il concetto di causa è stato studiato soprattutto in relazione al principio di autonomia privata del quale la causa costituisce, indubbiamente, un limite. Da tale approccio consegue l'ulteriore affermazione secondo la quale l'ampliamento o la restrizione del campo di applicazione di uno dei due concetti – la libertà contrattuale delle parti ovvero la causa – riverbera necessariamente i suoi effetti nell'altro.

Si tratta di una definizione che, seppure ha conosciuto un indubbio successo, risulta ormai superata dalle più moderne teorizzazioni che rinvergono nell'istituto della causa un concetto meno generale e più individualizzato. La causa è, in sostanza, vista come la funzione che il particolare contratto è volto a realizzare. Non è, dunque, l'espressione di una funzione socialmente diffusa, quanto la sintesi della funzione economico-individuale che le parti hanno voluto mettere in pratica¹⁴.

Tali posizioni sono state espresse con maggior vigore da chi¹⁵, contrapponendo la funzione astratta del contratto a quella concreta ha, infine, anticipato i più recenti arresti giurisprudenziali.

La teoria della causa come funzione economico-sociale del contratto aveva fatto dell'elemento causale non solo un requisito essenziale per la validità e l'efficacia del contratto. La causa era diventata, come si è detto, un criterio per limitare e circoscrivere l'autonomia privata.

Una volta superata questa posizione, la dottrina si è ulteriormente interrogata sul significato e sul contenuto della causa la quale – seppure è certo che costituisce un limite per l'espressione dell'autonomia privata – non è posta a presidio di interessi pubblici, bensì a tutela delle stesse parti del contratto¹⁶. Sono ormai state sorpassate quelle impostazioni – tipiche dell'epoca fascista – secondo cui allo Stato

della causa al solo contratto atipico, sarebbe contrastante con il sistema, che regola nell'art. 1343 la causa in genere senza distinzione tra tipi di contratto e anzi, a ben vedere, la regola, con particolare riguardo ai contratti tipici, dato che ai contratti atipici, c'è solo, *ex art.* 1323, una estensione delle regole (tra cui l'art. 1343) dettato per i contratti tipici ».

¹⁴ In tal senso, G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 364 s.

¹⁵ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Padova, 1974, p. 321.

¹⁶ Lo stesso significato etimologico di autonomia (dal greco « *autòs nomos* ») esprime il valore che l'ordinamento riconosce agli interessi dei singoli. Il potere riconosciuto ai privati di dettare norme giuridiche non deriva dall'esigenza di tutelare interessi pubblici o altrui, ma dalla necessità di riconoscere a ciascuno la possibilità di regolare i propri interessi. Per approfondimenti v. E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 1958, p. 1559 ss.; L. FERRI, *op. cit.*, p. 16 ss.; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, p. 139 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366 ss.; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 785 ss.; ID., *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 517 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 372 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*², Napoli, 1969, p. 100 ss.

competere un potere di intervento esteso ai rapporti privatistici al fine di veicolarli verso la realizzazione dell'interesse pubblico. Diversamente, la causa viene ad assumere il ruolo di strumento di tutela del contraente, al fine di richiamarne l'attenzione e di evitargli il rischio di concludere contratti senza la necessaria ponderazione o, addirittura, di restare vittima della maggiore forza contrattuale della controparte¹⁷.

Come è stato osservato « alla causa si è demandato il diverso compito, più modesto, ma senz'altro più essenziale, di giustificare di fronte all'ordinamento i movimenti dei beni da un individuo all'altro »¹⁸.

In contrapposizione con la teoria della causa come funzione economico-sociale si è particolarmente posta la tesi elaborata da Giovanni B. Ferri, il quale, al contrario, ha sviluppato una concezione della causa intesa come funzione economico-individuale¹⁹ che esprime lo scopo pratico perseguito dai contraenti nella fattispecie concreta. La causa non esprime più l'interesse pubblico, ma lo scopo concreto e pratico voluto dalle parti.

Dalla teoria della causa come funzione economico-individuale il passo è stato breve per distinguere la nozione di causa in astratto da quella di causa in concreto. Quest'ultima era sconosciuta al diritto romano ed stata avversata dalla tradizionale teoria della causa intesa come funzione economico-sociale la quale riconosceva un identico elemento causale in tutti i contratti aventi il medesimo oggetto e appartenenti al medesimo tipo. La causa era, in tal senso, considerata nella sua astrattezza perché « fotografa la funzione astrattamente considerata, come schema asettico e costante di regolamentazione di interessi, che prescinde dal contesto concreto, dalle circostanze esistenti, dalle finalità pratiche perseguite dai contraenti »²⁰.

In realtà, già la Relazione al Re che accompagnava il testo del codice civile conteneva un primo riferimento alla causa in concreto. In essa si leggeva, infatti, che « in ogni singolo rapporto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio

¹⁷ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 231.

¹⁸ R. ROLLI, *op. cit.*, p. 64.

¹⁹ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 133; nonché, ID., *L'invisibile presenza della causa nel contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 903. Si veda anche ID., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 141 ss.

²⁰ R. ROLLI, *op. cit.*, p. 67. Una delle prime ricostruzioni della causa secondo la sua funzione concreta, si trova in U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 55, il quale vi ravvisa la manifestazione de « l'oggettiva rilevanza dell'assetto di interessi regolato contrattualmente ».

realizza, per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall'ordinamento giuridico possa veramente attuarsi, avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare. Tale controllo può rivelare che lo schema causale tipico non si può realizzare perché vi ostano le circostanze oggettive peculiari alla ipotesi concreta, le quali, essendo incompatibili con lo schema, rendono illecito ciò che sarebbe astrattamente lecito ».

Sotto il vigore del codice del 1942, se è vero che si è riconosciuto un più rilevante ruolo agli scopi concreti delle parti, questi ultimi hanno trovato, però, un limite nel concetto dei motivi che, intesi nel senso di meri impulsi interni a ciascuna parte, non ottengono rilevanza giuridica se non in specifiche e tassative ipotesi.

Occorre, allora, determinare quale sia il criterio idoneo a tenere distinta – in modo certo – la causa dai motivi. Questi ultimi, infatti, sono tali perché restano interni alla parte che ne è portatrice e, benché manifestati all'altra parte, non trovano, di regola, spazio e riconoscimento nel programma negoziale²¹.

Autorevole dottrina rileva come, a ben vedere, il confine tra causa e motivi sia piuttosto labile. Si afferma, infatti, come « il motivo, risultante dall'interpretazione, è evidentemente destinato ad incidere sulla fisionomia della causa. Serve, in sostanza, a chiarire o, a seconda delle ipotesi, a meglio specificare e delineare la funzione stessa che al negozio intendono attribuire il suo autore o i suoi autori e quindi ad individuare le finalità, che, con esso, intendono perseguire»²². Tuttavia, tutti gli studiosi sembrano fermi nella convinzione che l'individualizzazione della funzione che la causa esprime « non deve risolversi in una mera proiezione di un disegno soggettivo, ma deve rilevare oggettivamente, ossia deve essere immediatamente o potenzialmente idonea a diventare operativa nella

²¹ L'art. 1345 c.c., in deroga al generale principio di irrilevanza dei motivi, sanziona con la nullità il contratto che sia stato concluso esclusivamente per un motivo illecito e comune alle parti. Gli artt. 624 e 787 c.c., inoltre, sanciscono l'annullabilità, rispettivamente, del testamento e della donazione qualora risulti che sono stati determinati esclusivamente da un errore sul motivo. In argomento, C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 2000, p. 462, il quale sottolinea che « una specifica rilevanza deve inoltre essere riconosciuta al semplice motivo in base al principio di buona fede. Anche se il soddisfacimento di un determinato interesse non rientra nel contenuto del contratto, la parte deve tuttavia adoperarsi per salvaguardarlo se ciò non comporti un suo apprezzabile sacrificio ».

²² G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1993, p. 213 s., nota 298. Chiarisce la differenza tra i due concetti D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 532, il quale osserva come la causa, intesa come scopo comune delle parti, « non ha bisogno di essere accertat[a] aliunde, come invece il motivo ».

pratica »²³. Ne consegue l'elaborazione di una nozione di causa che, più che soggettiva e individuale viene a caratterizzarsi per la sua concretezza, per la sua adesione alla fattispecie particolare²⁴.

L'exasperazione della nozione di causa in senso concreto e particolare ha, infine, indotto altra dottrina ad affermare che « la causa astratta non esiste, esiste soltanto la causa del concreto negozio »²⁵ inducendo un autorevole Autore a evidenziare la contrapposizione tra funzionalisti e antifunzionalisti²⁶.

Considerata nella sua concretezza, la causa non risulta essere più la medesima ogni volta che il contratto presenta i medesimi elementi e che, in buona sostanza, può essere ricondotto allo stesso schema tipico²⁷.

La causa non serve a giustificare, in astratto, il tipo contrattuale (ché, allora, si ricadrebbe nelle critiche di chi rileva l'inutile sforzo di ricercare una causa nei contratti tipicamente previsti e disciplinati dalla legge) ma, piuttosto, riveste il ruolo di dare riconoscimento e valore al contratto concretamente concluso nelle sue particolari caratteristiche²⁸. Essa, per utilizzare una locuzione piuttosto fortunata, rappresenta la « pratica ragion d'essere dell'operazione valutata nella sua individualità o singolarità »²⁹.

La duplice esigenza di valorizzare, da un lato, l'interesse particolare che le parti hanno inteso soddisfare, senza, dall'altro, sfociare in un'exasperazione degli scopi individuali e intimi di ciascuna di esse, ha quindi indotto gli interpreti ad elaborare una nozione di sintesi tra i due aspetti. A questi fini si rivolge la nozione di causa che si sviluppa intorno alla funzione economico-pratica del contratto³⁰. Venendo ad essere espressa nella struttura del contratto, la causa – seppure informata

²³ Così L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*. Vol. 3. *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1999, p. 701.

²⁴ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 364 il quale precisa che la valorizzazione della concretezza non deve sfociare in un'esaltazione delle motivazioni soggettive che hanno influenzato le parti. L'Autore sottolinea come il concetto di « concreto » non deve essere confuso con il significato di « soggettivo », specificando che « la concretezza può (e qui deve) declinarsi in termini di oggettività ».

²⁵ G.B. FERRI, *Tradizione e novità*, cit., p. 144.

²⁶ Cfr. G. ALPA, *La causa e il tipo*, cit., v. I, p. 493.

²⁷ Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 364.

²⁸ In tal senso, M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975; V. Roppo, *op. cit.*, p. 364.

²⁹ L'espressione è di M. BESSONE, *Causa tipica e motivi del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 1098.

³⁰ Cfr. A. CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 229 ss.

delle intenzioni e degli interessi personali delle parti – entra a far parte del programma negoziale comune alle parti.

Tali esiti interpretativi sono, infine, stati accolti anche dalla Suprema Corte, la quale – se è vero che già in tempi più risalenti si era talvolta espressa in favore di una valorizzazione dell'interesse che il singolo contratto era volto a realizzare non soltanto in conformità al modello tipicamente disciplinato ma, altresì, nella sua realizzazione concreta³¹ – ha ormai accantonato i riferimenti alla « matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale » privilegiando gli « interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato) »³².

³¹ Cfr. Cass., 6 agosto 1997, n. 7266, secondo cui deve essere privilegiata « la cosiddetta causa concreta, intesa (solitamente) come funzione economico-individuale, inclusiva dei motivi obiettivi nel negozio ». Si vedano, altresì, Cass., 14 marzo 2006, n. 5438; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285; Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273; Cass., 6 agosto 2004, n. 15178; Cass., 19 luglio 1997, n. 6663; Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3492.

³² Il primo esplicito riferimento alla nozione di causa in concreto si trova in Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1720 ss., con nota di F. ROLFI; in *Giur. it.*, 2007, p. 2203 ss., con nota di BOSCHETTI; in *Contratti*, 2007, p. 621 ss., con nota di RIMOLDI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 299 ss., con nota di CUCCOVILLO; in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1985 ss., con nota di IZZI BERNARDINI; e in *Riv. not.*, 2007, II, p. 180 ss., con nota di C. UNGARI TRANSATTI. In senso critico si esprime V. ROPPO, *Causa concreta*, cit. p. 963 s., notando come, a ben guardare, la Suprema Corte abbia omissis di esaminare, al fine della decisione, proprio i concreti termini del rapporto contrattuale oggetto della controversia. Il medesimo Autore non manca, inoltre, di sottolineare come il concetto di causa in concreto avesse trovato i suoi primi riconoscimenti giurisprudenziali già in Cass., 26 gennaio 1995, n. 975, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2502, che, pronunciandosi in tema di presupposizione, dava rilevanza alla « funzione pratica che le parti hanno effettivamente assegnato al loro accordo ».

In termini di « causa concreta del contratto intesa quale funzione economico-individuale del contratto » si sono espressi anche i giudici di merito: cfr. Trib. Latina, 11 agosto 2008, Giud. Perinelli, in *Contratti*, 2008, p. 1086 per dichiarare la non meritevolezza di un contratto e, quindi, la nullità di un contratto di mutuo fondiario utilizzato per ripianare i debiti chirografari nei confronti della banca mutuante e sostituirli con altri di pari importo assistiti da garanzie personali e reali.

La validità della categoria concettuale è stata, poi, in più occasioni confermata anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: cfr., Cass., Ss.Uu., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, I, c. 2460, con nota di F.S. COSTANTINO; Cass., Ss.Uu., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2799, che si esprime in termini di « sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, [...] funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere »; Cass., Ss.Uu., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 19 ss., che, sulla questione della giustificazione della risarcibilità, nell'ambito della responsabilità contrattuale, del danno non patrimoniale, con il riferimento alla « causa concreta del negozio da intendersi come sintesi degli effetti reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello anche tipico adoperato, sintesi, e dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale ». Da ultimo, è intervenuta Cass., Ss.Uu., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1534, che, in materia di concordato preventivo, richiama la nozione di « causa concreta del procedimento di concordato sottoposto » all'esame del giudice.

Si veda, inoltre, Cass., 24 luglio 2007, n. 16325, in *Danno e resp.*, 2008, p. 845 ss., con nota di DELLI PRISCOLI. In quella sede si è affermata « l'estinzione dello stipulato contratto [...] per irrealizzabilità della causa concreta » e, specificamente, per l'impossibilità di soddisfare, a causa di un'epidemia in corso nella destinazione turistica prescelta, « lo scopo vacanziero, e cioè il benessere psicofisico che il pieno godimento della vacanza come occasione di svago e riposo è volto a realizzare ». Tutt'altro che banale appare la precisazione di V. ROPPO, *Causa concreta*, cit. p. 969, il quale rileva che – sebbene la decisione si sia esplicitamente riferita ad una « impossibilità di utilizzazione della prestazione » e al « venir meno dell'interesse creditorio » purché « non imputabile al creditore » e comunque incidente « sull'interesse che risulta anche tacitamente obiettivamente nel contratto e che ne

L'accoglimento di tali argomentazioni comporta, in ultima analisi, per l'interprete il dovere di rivolgere la sua attenzione, non soltanto agli elementi tipici che rivelano la riconducibilità della fattispecie concreta ad un determinato modello tipico, ma anche agli elementi atipici che evidenziano la particolare e specifica funzione che, tramite il negozio, le parti hanno voluto soddisfare³³. Dalla nozione di causa che si ritenga di adottare, deriva, come esito finale, la differenza di approccio

connota la causa concreta » - ben avrebbe dovuto la S.C. sottolineare come l'estinzione del contratto abbia trovato la sua giustificazione nell'obiettiva irrealizzabilità della « funzione turistica » e non in una mera impossibilità soggettiva quale potrebbe, ad es., ravvisarsi in una malattia contratta in prossimità della partenza o nell'impossibilità di raggiungere l'aeroporto per tempo a causa di un imprevedibile ingorgo del traffico automobilistico.

Alla luce di tali considerazioni, particolarmente problematica si rivela Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, p. 921 ss., con nota critica di F. ROLFI. La Suprema Corte, in quell'occasione, non solo ha statuito che anche l'impossibilità (non imputabile al creditore) di fruire dell'esecuzione della prestazione incide sulla causa concreta del negozio determinandone la sopravvenuta irrealizzabilità e, di conseguenza, determinando l'estinzione del rapporto obbligatorio, in analogia con la disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, chiarendo, altresì, che « il concetto di causa concreta [...] assume rilievo quale criterio di adeguamento del rapporto negoziale, considerato nel suo aspetto dinamico-effettuale », ma si è spinta ancora oltre, giungendo a dare rilevanza causale – in un rapporto contrattuale di natura alberghiera concluso da una coppia di coniugi – alla sopravvenuta morte, appena prima del soggiorno, di uno di essi. In proposito la dottrina appare piuttosto critica. Cfr. F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 925 ss., che solleva dubbi circa l'opportunità di far gravare sul debitore il rischio del sopravvenuto venir meno dell'interesse del creditore alla prestazione. In senso parimenti critico, cfr. L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *Contr.*, 2008, p. 786 ss., nonché V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 970.

Non si ritiene, invece, di aderire alla tesi che afferma che deve essere rinviata al problema della causa in concreto anche la questione giuridica sollevata dal c.d. preliminare di preliminare, recentemente sanzionata da Cass. 2 aprile 2009, n. 8038 (in *Contr.*, 2009, p. 986 ss., con nota di TOSCHI VESPASIANI) con la nullità per mancanza dell'elemento causale. La S.C. ha, infatti, statuito che « l'art. 2932 c.c. instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti. Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi [...] ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno assunto immediatamente: non ha senso pratico il problema ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito ». In senso critico V. Roppo, *op. ult. cit.*, p. 971 ss. sostiene che anche in ipotesi siffatte la decisione in termini di nullità per carenza di causa non deve darsi per scontata dovendo, invece, fondarsi sul preventivo esame della causa concreta. E, a dimostrazione dell'assunto appena detto, l'Autore porta l'esempio dei contraenti che, in sede di conclusione del preliminare di compravendita immobiliare, si siano altresì impegnati a stipulare, successivamente, il preliminare per atto pubblico al fine di poterne richiedere la trascrizione. In tali circostanze, l'Autore ritiene, appunto, che, alla luce dello scopo concreto avuto di mira dai contraenti, non sia affatto corretto ravvisarne la nullità. L'esempio, a ben vedere, non sembra idoneo a sottoporre a critica la statuizione della Corte di legittimità. Nel caso esemplificato, infatti, appare evidente che, fin dalla prima prestazione del consenso le parti si sono obbligate a concludere la compravendita definitiva, rimandando ad un successivo atto unicamente la ripetizione del medesimo consenso nella forma pubblica, in analogia con la ben nota figura del c.d. compromesso di vendita il quale consiste, esso stesso, in una valida espressione della volontà definitiva seppure non sia idonea alla trascrizione (in vista della quale – ed esclusivamente per tale ragione – le parti si impegnano a ripetere il medesimo consenso con atto pubblico). Nessuna necessità di richiamare la nozione di causa in concreto sembra, dunque, sussistere con riferimento ad un'ipotesi di mero consenso preliminare alla conclusione di un successivo contratto preliminare.

³³ Sul punto cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 383.

col quale l'interprete si rivolge al contratto al fine di offrirne una sua qualificazione giuridica. Se il criterio della causa astratta si limita a dare rilevanza all'interesse che il contratto tipico è volto a realizzare nella previsione del legislatore, diversamente, il riferimento alla funzione concreta attribuisce importanza, ai fini della qualificazione, anche agli elementi atipici. Di questi ultimi potrebbe, addirittura, esserne affermata la prevalenza, fino a ravvisare un superamento dei confini dello schema tipico determinando la riconduzione del contratto ad un diverso modello³⁴.

La tesi della causa concreta, inoltre, dimostra la sua utilità nell'ambito del giudizio di meritevolezza che ritorna ad avere importanza e utilità anche con riferimento ai negozi tipici.

Dall'adozione di una nozione di causa che dà maggiore rilevanza agli interessi delle parti e alle loro particolari intenzioni, discendono conseguenze anche in merito alla disciplina applicabile di fronte alla loro mancata soddisfazione. Il riferimento alla funzione concreta del contratto, infatti, potrebbe, infine, indurre a ravvisare in ogni inattuazione del concreto interesse, anche se sopravvenuta nel corso della fase esecutiva del rapporto contrattuale³⁵, un vizio dell'elemento causale, comportando le tipiche conseguenze che l'ordinamento riconduce alla mancanza della causa.

É innegabile che una tale soluzione, tuttavia, « finisce per sovrapporre inevitabilmente i profili del difetto genetico e del difetto funzionale del sinallagma, venendo ad ascrivere al problema della causa e alle relative conseguenze – *in primis*, la nullità – aspetti che attengono piuttosto alla dimensione funzionale del contratto »³⁶. Al difetto di causa vengono, infatti, ricondotti i problemi attinenti all'inadempimento, all'impossibilità sopravvenuta o all'eccessiva onerosità sopravvenuta che, tradizionalmente, si qualificano come ipotesi patologiche del profilo funzionale del sinallagma contrattuale, in contrapposizione alle sue patologie genetiche (rappresentate, in primo luogo, dalla mancanza degli elementi essenziali del contratto). Appare, allora, opportuno precisare che, sebbene sia corretto ravvisare un vizio nella realizzazione della causa concreta del contratto, le predette patologie

³⁴ Cfr. R. ROLLI, *op. cit.*, p. 74, nota 116, che sottolinea come « l'elasticità del tipo, infatti, permette fino ad un certo limite che l'operazione, per presentando dati divergenti, possa ciononostante essere ricondotta all'ipotesi tipica. Oltre tale limite, necessariamente non definibile a priori, si dovrà dare riconoscimento a clausole tipiche o ad un contratto atipico tout court ».

³⁵ Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 392, il quale osserva come « anche per i problemi aperti da difetti sopravvenuti del rapporto contrattuale, e da trattare in termini di risoluzione, il concetto di causa può svolgere una funzione utile ».

³⁶ Così R. ROLLI, *op. cit.*, p. 77.

non devono essere confuse con il difetto genetico della causa. La nullità che consegue a tali ultime circostanze non si estende, cioè, ai vizi funzionali che, semmai, danno luogo al diverso rimedio della risoluzione.

Una volta stabilita la differenza tra la causa astratta e la causa concreta – e dopo aver chiarito che quest’ultima non si risolve nella mera rilevanza delle ragioni soggettive che hanno animato la volontà di ciascun contraente –, resta da stabilire il criterio da utilizzare per accertare, volta per volta, se la ragion pratica fatta valere sia soltanto un motivo soggettivo o, invece, integri l’elemento causale del contratto. La questione non è di poco conto, posto che esso deve essere il più possibile in grado di offrire dei criteri certi e idonei a stabilire quando le motivazioni intime siano state esplicitate fino a divenire elemento essenziale del contratto, posto che, secondo l’orientamento costante della giurisprudenza il motivo è « costituito da una rappresentazione soggettiva che induce la parte a contrattare e che, come tale, resta al di fuori del congegno negoziale »³⁷.

2. La globalizzazione che ha caratterizzato in misura preponderante gli scambi commerciali negli ultimi decenni, non ha lasciato esente neanche il mondo giuridico e le sue strutture concettuali³⁸. Lo studio del diritto nazionale si trova, sempre più spesso, a dover allargare i propri orizzonti oltre i confini statali. Ogni sistema giuridico statale è costretto, ormai quotidianamente, a confrontarsi con i modelli stranieri. Ciò accade, particolarmente, all’interno del territorio europeo. L’apertura dei mercati transfrontalieri e il parallelo abbattimento delle barriere doganali, infatti, hanno inevitabilmente richiesto che si procedesse ad una revisione dei modelli e delle fonti del diritto fino ad incidere, talvolta, sullo stesso concetto di sovranità nazionale.

Nell’ambito di tale processo di integrazione dei differenti modelli nazionali si è, talvolta, percorsa la strada dell’affidamento ad *authorities* indipendenti e

³⁷ In questo senso si sono espresse Cass., 28 maggio 1942, n. 1441; Cass., 11 febbraio 1946, n. 116; Cass., 11 aprile 1951, n. 858; Cass., 28 luglio 1951, n. 2207; Cass., 6 aprile 1952, n. 927; Cass., 28 agosto 1952, n. 2781; Cass., 14 marzo 1961, n. 565; Cass., 24 aprile 1961, n. 925; Cass., 15 febbraio 1963, n. 331; Cass., 6 dicembre 1965, n. 2438; Cass., 15 novembre 1967, n. 2742.

Sulle problematiche sollevate dalla qualificazione giuridica dei motivi si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*, cit., p. 178 ss.; per approfondimenti sulla rilevanza giuridica dei motivi e per le differenze con l’elemento causale, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, voce *Motivo del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1994, XI, p. 466, ove ampi riferimenti bibliografici.

³⁸ Sui riflessi della globalizzazione nel mondo giuridico, si fa rinvio alle considerazioni di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

transnazionali della funzione di vigilanza sul mercato globalizzato; talaltra, si sono emanate norme regolatrici di fonte internazionale, spesso aventi una mera natura di *soft law*³⁹, le quali, benché non vincolanti, sono comunque in grado di imporsi e di influire sulla pratica degli affari.

Notevoli sono, tuttavia, gli ostacoli che ancora oggi si frappongono ad un tale processo di uniformazione. Il mondo del diritto e, particolarmente, il suo settore privatistico, evidenziano la forte difficoltà degli stati nazionali a rinunciare ai propri schemi giuridici, ereditati da una tradizione secolare, se non millenaria, in favore di soluzioni differenti, tipiche di modelli giuridici stranieri.

In un tale contesto giuridico-economico, le esperienze normative di fonte internazionale ed europea si sono per lungo tempo dedicate alla regolamentazione di specifici ambiti del commercio, in vista di un'armonizzazione delle discipline

³⁹ Nonostante le indubbie difficoltà che si incontrano nel tentativo di attribuire una definizione precisa e onnicomprensiva alla locuzione "*soft law*", sembra possibile offrirne, quantomeno, una nozione generale. Pare, infatti, piuttosto condivisa dagli Autori l'utilizzo dell'espressione per riferirsi a quelle esperienze normative provenienti non dagli organi legislativi degli ordinamenti (nazionali o sovranazionali) ma, piuttosto, elaborate in via autonoma dai soggetti direttamente destinatari della loro applicazione e nelle quali è assente il carattere di vincolatività tipico delle norme giuridiche. Cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, p.2 ss., il quale definendo la *soft law* come « fenomeno complesso e assai variegato di atti e fatti *lato sensu* normativi, [...] portatori di norme di comportamento di carattere spiccatamente autoritativo » riconosce che, della *soft law* è, invero, ormai possibile darne una definizione soltanto « in negativo » [come] mera « categoria residuale ». L'Autore, peraltro, osserva che, sia quando ci si riferisca alla *soft law* come all'insieme di norme non vincolanti, spontaneamente osservate dagli interessati, sia quando si utilizzi l'espressione per sottolinearne la fonte di produzione che direttamente proviene dai « soggetti regolati », è possibile ravvisarne un elemento uniformante nella « natura latamente consensuale di questo fenomeno. Infatti, sia che il carattere differenziale degli strumenti in esame consista nel non avere essi efficacia direttamente vincolante, sia che esso sia da ricercare nel coinvolgimento dei soggetti regolati nella definizione delle norme, risulta di prima intuizione che il consenso di questi ha un ruolo di primo piano, alternativamente nel momento creativo o, stante la mancanza di strumenti di coazione, nel momento applicativo delle regole ».

In argomento cfr., altresì, L. SENDEN, *Soft law in European Community Law*, Oxford-Portland, 2004; F. SYNDER, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in S. MARTIN, *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, Dordrecht, 1994, p. 198, il quale definisce la *soft law* come quelle « rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects ». In senso maggiormente descrittivo del fenomeno v. D. THÜRER, *The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration*, in O. JACOT-GUILLARMOD, P. PESCATORE, *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Zürich, 1990, p.132, che, riconoscendo valenza legale alla figura in esame la qualifica come quei « commitments which are more than policy statements but less than law in its strict sense. They all have in common, without being binding as a matter of law, a certain proximity to the law or a certain legal relevance ». Si veda, infine, G. BORCHARDT, K. WELLENS, *Soft law in European Community law*, in *European Law Review*, 1989, p. 267, secondo i quali la « *community soft law concerns the rules of conduct which find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable) but which according to their drafters have to be awarded a legal scope, that has to be specified at every turn and therefore do not show a uniform value of intensity with regard to their legal scope, but do have in common that they are directed at (intention of the drafters) and have as effect (through the medium of the Community legal order) that they influence the conduct of Member States, institutions, undertakings and individuals, however without containing Community rights and obligations* ».

settoriali dettate dai singoli ordinamenti. Ciò ha dato luogo all'introduzione nel diritto interno di regolamentazioni specifiche e, spesso, ispirate da principi differenti rispetto a quelli che fondano la teoria generale del contratto.

Sono ormai molteplici le disposizioni normative adottate dai legislatori nazionali in recepimento di direttive comunitarie le quali, da un lato, promanano dalle fonti di produzione europea alla cui base non è ravvisabile alcun progetto di uniformazione e di coordinamento e che, d'altra parte, poco o nulla si sono interessate della teoria generale del contratto.

Con particolare riferimento all'ordinamento italiano, è a tutti nota l'introduzione in esso, negli anni più recenti, di un rilevante numero di codici normativi la cui disciplina è riservata a specifici settori del commercio o a particolari categorie di contraenti. Il riferimento corre – tra gli altri – al codice del consumo, al codice delle assicurazioni private e al codice della proprietà industriale che hanno dato vita a sotto-discipline spesso contrastanti con i principi generali del codice civile. Il legislatore italiano, con un atteggiamento simile a quello seguito in altri paesi (un fenomeno analogo si è verificato, ad es., in Francia, dove la disciplina in favore del consumatore ha trovato spazio nel *Code de la consommation*), ha infatti preferito non intervenire nell'ambito della disciplina generale del contratto determinando, tuttavia, con tale scelta, una frammentazione nel sistema giuridico.

La proliferazione di discipline settoriali e differenziate ha, inoltre, evidenziato l'esigenza di operare una razionalizzazione del sistema divenuto ormai eccessivamente disomogeneo. Ciò è evidentemente accaduto in Germania dove, nel 2002, si è proceduto, in occasione della riforma del *Bürgerliches Gesetzbuch*, ad introdurre tra le norme di quest'ultimo i principi contrattualistici di derivazione comunitaria.

In ambito europeo e internazionale si è, in particolare, avvertita l'esigenza di dare uniformità ai principi vigenti nella materia delle obbligazioni e del contratto in generale, al fine di assicurare una base comune di riferimento che potesse agevolare gli scambi transfrontalieri senza avvantaggiare o preferire il modello normativo di un determinato ordinamento interno a discapito di altri.

Si è così formato, nell'assenza di una disciplina positiva, un insieme di regole spontanee basate sugli usi normativi diffusi nel mercato internazionale che ha creato i presupposti per l'elaborazione di una nuova *lex mercatoria*⁴⁰.

La *lex mercatoria* identifica quel fenomeno giuridico, originatosi in epoca medioevale e rinascimentale, attraverso il quale i soggetti coinvolti nei traffici commerciali, al fine di rimediare alle lacune normative degli ordinamenti nazionali e per dare certezza giuridica ai propri affari, elaborano le norme applicabili agli affari dei propri settori commerciali, riconoscendo loro applicabilità ed efficacia oltre i confini territoriali e i particolarismi giuridici tipici dell'epoca medioevale, prima, e statale, poi⁴¹. Nonostante gli antecedenti storici risalgano ad un'epoca in cui non si erano ancora affermati gli Stati nazionali moderni, la *lex mercatoria* conosce, ancora oggi – epoca in cui le esigenze di globalizzazione e uniformità giuridica sono innegabilmente sentite anche a livello politico – e nonostante i tentativi accentratrici tipici dello sviluppo degli Stati nazionali⁴², viva attualità. Ciò in quanto proprio le regolamentazioni giuridiche provenienti dagli ordinamenti giuridici nazionali rappresentano un limite o, addirittura, un ostacolo allo sviluppo dei commerci transfrontalieri i quali richiedono, invece, di poter fare affidamento su schemi e clausole contrattuali uniformi a prescindere dal luogo di conclusione del contratto e dalla nazionalità delle parti coinvolte⁴³.

⁴⁰ Cfr. DAVID, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori internazionali o una nuova lex mercatoria?*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 577; F. GALGANO, *La lex mercatoria*, Bologna, 2001; F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit e usi contrattuali nei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003; M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.

⁴¹ Cfr. F. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 9, il quale osserva che « le regole del commercio vennero così sottratte alla “compromissoria” mediazione della società politica; esse poterono, al tempo stesso, varcare i confini comunali ed espandersi, come regole professionali della classe mercantile, fin dove si estendevano i mercati ».

⁴² V., sul punto, F. MARRELLA, *op. cit.*, p. 21, che ravvisa una delle cause della perdita di centralità della *lex mercatoria* nell'« avvento dello Stato moderno [che] provocò la statalizzazione e la centralizzazione del diritto commerciale ».

⁴³ Cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 314, il quale evidenzia, come conseguenza tipica della globalizzazione dei mercati, la stessa internazionalizzazione delle economie, in forza della quale « non sono solo le merci a circolare oltre i confini nazionali; la stessa organizzazione produttiva e distributiva si disloca e si ramifica in ambiti internazionali ». Dell'esistenza di tale insieme di regole ha dato atto anche la Corte di legittimità, la quale, pronunciandosi sulla legittimità di una decisione arbitrale, ha osservato che « Nella misura in cui si constata che quegli operatori – prescindendo dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato – consentono su valori basilari inerenti al loro traffico e, quindi, mostrano di nutrire (anche per *affectio* dettata da motivi pratici) l'*opinio necessitatis*, deve ritenersi che esista una *lex mercatoria* regole di condotta con contenuti mutevoli, ma, *pro tempore*, determinati). Per modo che il diritto “mercantile” sorge quando si forma e manifesta la convinzione di valori cogenti, e cioè in quanto i soggetti, che nutrono tale convinzione, vengono a coordinare le loro condotte in base a regole comuni (integrando una *societas* mercantile). Nella *societas* così individuata – ove manchino strutture ed enti esponenziali – il diritto si rileva allo stato diffuso (cosiddetto “diritto diffuso”); mentre, in presenza di strutture

Sulla scorta di tali necessità ha, dunque, visto la luce la c.d. nuova *lex mercatoria*, la quale comprende regole giuridiche e principi generali spontaneamente osservati dagli operatori commerciali, modelli contrattuali atipici ma, anche, metodi comuni di risoluzione stragiudiziale delle controversie⁴⁴. Benché si tratti di regole non vincolanti per i soggetti, il loro continuo e uniforme utilizzo – giustificato dalle predette esigenze di uniformità e di certezza – ne ha determinato la ferma osservanza da parte dei soggetti interessati, fino ad arrivare a qualificarsi come fonte di regolazione dei commerci⁴⁵.

Il passo successivo si è identificato nel perseguimento – tanto a livello internazionale quanto in ambito europeo – dell’obiettivo di una codificazione positiva di tali principi⁴⁶. L’esigenza è stata avvertita anche dal Parlamento europeo oltre che dagli stessi giuristi che si sono spontaneamente preoccupati dell’elaborazione di una raccolta di principi generalmente condivisi tale da limitare il ricorso al sempre più diffuso fenomeno dello *shopping* del diritto⁴⁷.

organizzatorie – le quali, per lo più, riguardano la risoluzione dei conflitti, e cioè la giustizia arbitrale – il diritto “mercantile”, pur acquistando maggiore spessore, non muta la sua natura. E – collocandosi nell’ambito del diritto “mercantile” (indipendentemente dal diritto degli Stati) l’arbitrato “mercantile” (estemporaneo e preorganizzato) – le norme che lo disciplinano devono ritenersi costituite da altrettanti valori recepiti (con convinzione di cogenza) da parte dei soggetti della società mercantile. Ed – imponendo la mancanza di sovranità della *societas* mercantile e la mancanza di potestà coattiva delle sue strutture organizzatorie il ricorso alla forza cogente di ordinamenti sovrani e la necessità di realizzare attività con duplice rilevanza nell’ordinamento mercantile ed in quello statale – le strutture della società mercantile, e fra esse segnatamente gli organismi che preorganizzano e somministrano la giustizia arbitrale, hanno rilevanza sia sul piano della *lex mercatoria* degli operatori, sia nell’ordinamento in cui tali organismi sogliono radicarsi ». Nei termini appena citati si è espressa Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Riv. dir. int. priv e proc.*, 1982, p. 829 ss.

⁴⁴ Sull’arbitrato commerciale internazionale, cfr. P. BERNARDINI, voce *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1997, p. 89 ss.

⁴⁵ Vivacemente discussa è la natura giuridica della *lex mercatoria*. A chi vi ravvisa una chiara espressione di norme consuetudinarie sviluppatasi a livello internazionale si oppone chi, al contrario, nota le chiare differenze che sussistono tra la *lex mercatoria* e l’*usus* normativo. Da un lato, infatti, la *lex mercatoria* non richiede la continua e costante ripetizione nel tempo di determinati comportamenti, potendosi agevolmente prestare a modificazioni ed evoluzioni in funzione delle concrete esigenze dei commerci. Dall’altra, la collocazione della *lex mercatoria* al di fuori della categoria consuetudinaria permette di riconoscerle una capacità normativa anche laddove il riferimento agli usi non sarebbe ammesso e, cioè, quando esista una norma giuridica contraria. Al contrario, una delle esigenze che la *lex mercatoria* intende soddisfare è proprio quella di poter configurare una regolamentazione degli affari che, benché sia *contra legem*, risponda meglio alle necessità della prassi.

⁴⁶ Oltre alle esperienze di codificazione del diritto sostanziale, diverse sono state, altresì, le produzioni normative di fonte comunitaria volte a uniformare il diritto processuale. Ci si riferisce, per quanto concerne la materia civilistica, soprattutto al Regolamento CE n. 44/2001 del Consiglio, del 20 dicembre 2000 (c.d. Bruxelles I), concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; al Regolamento CE n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che ha istituito un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento; nonché al Regolamento CE n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, che ha istituito un procedimento europeo per le controversie di modesta entità.

⁴⁷ L’espressione si riferisce alla consueta pratica – ammessa espressamente anche dalla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali – con la quale le

Gli approdi cui si è giunti sono rappresentati, da un lato, dall'approvazione dei c.d. *Principi Unidroit*⁴⁸, che raccolgono le norme generali sui contratti commerciali internazionali e, dall'altra, dai progetti di uniformazione europea che, invece, hanno trovato il loro esito, dapprima, nei *Principi di diritto europeo dei contratti*⁴⁹ e nel *Progetto preliminare del codice europeo dei contratti*, a cura dell'Accademia dei giuristi europei di Pavia (con il coordinamento del professor Giuseppe Gandolfi)⁵⁰ e, quindi, nel *Draft of Common Frame of Reference*⁵¹.

parti contrattuali scelgono la disciplina nazionale applicabile al contratto sulla base degli effetti pratici e giuridici maggiormente favorevoli ancorché né il contratto né le parti medesime abbiano con la nazione prescelta alcun legame. Per un'analisi del fenomeno cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 90 ss.; A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004; AA. VV., *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, a cura di Palia, Milano, 2007.

⁴⁸ Alla prima edizione del 1994 dei principi Unidroit, i cui lavori iniziarono ufficialmente nel 1980, sono seguite l'edizione del 2004 e, quindi, quella più recente del 2010 che si compone di 211 articoli. I principi Unidroit non trovano applicazione immediata, bensì richiedono che le parti, in sede di conclusione del contratto, vi facciano riferimento direttamente o anche attraverso un generale rinvio alla *lex mercatoria* o ai "principi generali del diritto" o abbiano utilizzato altre simili clausole. Ai principi Unidroit potrà, inoltre, ricorrersi quando le parti non abbiano scelto la legge applicabile al contratto (cfr. Principi Unidroit, 2010, preambolo). La versione ufficiale dei Principi Unidroit è pubblicata sulla pagina web <http://www.unidroit.org>. Uno studio approfondito dei Principi Unidroit è condotto da M.J. BONELL, *Un "codice" internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 2006. In proposito, R. ROLLI, op. cit., p. 118, ravvisa l'espressione di « una nuova *lex mercatoria* su scala planetaria [...] che [ha] rilanciato l'uso normativo come fonte di produzione del diritto nella società globale ». Si veda, altresì, F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 189 ss., il quale sottolinea come tali principi siano in realtà espressione della "*business community*" e, pertanto, meritevoli dell'appellativo di « dispotic[i] ». Si vedano, inoltre, F. FERRARI, *I "principi per i contratti internazionali" dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 300 ss.

⁴⁹ Per la versione italiana dei *Principi di diritto europeo dei contratti*, v. C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001; e ID., *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte III, Milano, 2005. I Principi rappresentano il risultato dei lavori della Commissione Lando (dal nome del prof. Ole Lando che la ha presieduta)

⁵⁰ La traduzione italiana dell'*Avant-projet* del *Code européen des contrats* è pubblicata in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 275 ss. Cfr., inoltre, AA.VV., *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, Milano, 2002; L. VALLE, *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, p. 683.

⁵¹ La prima espressione della necessità di elaborare un « codice europeo comune del diritto privato » si rinviene nella Risoluzione del Parlamento europeo del 26 maggio 1989 ed è stata, successivamente, precisata nella Risoluzione del 6 maggio 1994 con la quale si è sollecitata l'istituzione di un gruppo di studio che ne esaminasse le concrete possibilità di realizzazione. A fronte della difficoltà nella predisposizione di un vero e proprio codice europeo, il risultato più importante in materia è rappresentato, ad oggi, dal *Draft of Common Frame of Reference*, il quale si propone - così come suggerisce il suo nome - di mettere a disposizione sia degli operatori (imprenditori, consumatori, avvocati, giudici e notai), che dei legislatori nazionali e delle istituzioni comunitarie un insieme di « *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* » cui le parti sono libere di aderire o ispirarsi ogniqualvolta essi siano maggiormente idonei a soddisfare i propri interessi rispetto alla legge che risulterebbe applicabile in virtù dei principi di diritto internazionale privato. Il *Draft of Common Frame of Reference* è il risultato del lungo lavoro predisposto dallo *Study Group on European Civil Code*, dal *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* ed è stato pubblicato, nella sua prima edizione, il 29 dicembre 2007. La sua versione definitiva risale al 2009.

L'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (meglio noto con l'acronimo *Unidroit*) ha sede a Roma, è stato istituito nel 1926 e poi ricostituito nel 1940, come organo ausiliario delle Nazioni Unite. Si tratta di un'organizzazione intergovernativa, avente personalità giuridica, cui partecipano 55 Stati e che ha lo scopo di studiare ed elaborare progetti di legislazione comune al fine di armonizzare e coordinare la disciplina del diritto dei contratti propria degli Stati contraenti. Poiché si tratta di un obiettivo piuttosto complesso per la comprensibile resistenza dei Governi nazionali ad adottare regole estranee ai propri ordinamenti, l'attività dell'*Unidroit* ha preso avvio con il difficile compito della fissazione di principi comuni⁵².

I progetti di ispirazione comunitaria, dal canto loro, hanno invece voluto rappresentare un tentativo di rafforzare la solidità dell'Unione europea attribuendole un carattere non soltanto commerciale ma anche politico e, soprattutto, giuridico. In adesione agli orientamenti espressi dalla prevalente dottrina, deve in proposito ribadirsi la profonda distinzione concettuale che sussiste tra il c.d. diritto comunitario (rappresentato, oltre che dai Trattati istitutivi dell'Unione e dagli atti ad essi equiparati, anche dal c.d. diritto comunitario derivato) e il c.d. diritto privato europeo che raccoglie i tentativi portati avanti dagli studiosi europei per ravvicinare i sistemi giuridici nazionali e i modelli adottati, anche in funzione del recepimento delle direttive comunitarie, dagli Stati membri⁵³.

Non sempre i principi espressi nelle predette raccolte coincidono e, di solito, nemmeno combaciano i loro ambiti applicativi. In tutti i modelli, tuttavia, è insito l'obiettivo di assicurare l'armonizzazione dei principi e degli istituti propri degli ordinamenti interni insieme al tentativo, in particolare, di colmare i divari esistenti tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*. Deve, peraltro, sottolinearsi come

⁵² Mentre l'*Unidroit* svolge le sue attività nel campo dell'unificazione del diritto privato, l'*Uncitral* è stato costituito nel 1966 si dedica all'unificazione del diritto commerciale internazionale. Per approfondimenti, v. W. RODINÒ, voce *Unidroit*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, agg. 2000, p. 742 ss.

⁵³ Sul punto, si vedano, G. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2005, p. 90 ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2004, p. 177 s., il quale rileva, quali elementi caratterizzanti il "diritto europeo" gli aspetti per cui esso « a) vorrebbe tendenzialmente toccare ogni aspetto della realtà giuridica, e comunque è caratterizzato da un approccio di tipo sistematico; b) non è collegato ad alcun ordinamento dotato di effettività; c) è di matrice dottrinale ». Si vedano, sul punto, anche A. GAMBARO, *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea*, Torino, 1989, p. 45 ss.; U. MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contr. impr. Europa*, 1999, p. 207; A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 369.

tali esperienze non abbiano condotto ad un testo vincolante per le parti. Ad essi deve, piuttosto, riconoscersi natura di *soft law*, alla quale le parti rimangono libere di aderire o meno⁵⁴.

In realtà, la redazione dei principi di matrice europea è stata animata da un'ambizione ben più coraggiosa. Sia la raccolta normativa curata dalla Commissione Lando, sia l'*Avant projet* elaborato dall'Accademia dei giuristi europei, infatti, sono stati guardati con favore dallo stesso Parlamento europeo che vi ha ravvisato i primi tentativi di elaborazione di un codice europeo delle norme sui contratti in generale, anche non commerciali⁵⁵.

L'affermazione dei principi europei è stata riconosciuta anche dalla Corte di Giustizia europea, le cui sentenze interpretative, oltre ad avere forza di precedente,

⁵⁴ In tal senso si esprime l'art. 1:101 dei *Principi di diritto europeo dei contratti* che dispone: « *I Principi sono destinati ad essere applicati come norme generali di diritto dei contratti nell'Unione europea. (2) I Principi si applicano quando le parti hanno convenuto di inserirli nel contenuto del contratto o hanno convenuto che il contratto sia regolato da essi. (3) I Principi possono altresì trovare applicazione quando le parti: (a) hanno convenuto che il contratto sia regolato dai "principi generali del diritto", dalla "lex mercatoria" o hanno usato espressione analoga; o (b) non hanno scelto altro sistema di regole o altre norme di diritto per disciplinare il contratto. (4) I Principi possono fornire una soluzione alla controversia da decidere quando il sistema o le norme della legge applicabile non vi provvedano* ».

Parallelamente il Preambolo dei Principi Unidroit prevede: « *I presenti Principi enunciano regole generali in materia di contratti commerciali internazionali. I Principi si applicano quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato. I Principi possono applicarsi quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia regolato dai "principi generali del diritto", dalla "lex mercatoria" o simili. I Principi possono applicarsi quando le parti non hanno scelto il diritto applicabile al loro contratto. I Principi possono essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme. I principi possono essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione del diritto nazionale applicabile. I Principi possono servire come modello per i legislatori nazionali ed internazionali* ».

Deve sul punto considerarsi che, sebbene siano molteplici le norme contenute sia tra i Principi di diritto europeo dei contratti (art. 1:101, in tema di obbligo di buona fede; art. 2:105, sulla clausola di onnicomprensività che non può essere oggetto di trattativa individuale; art. 4:118, sui rimedi in tema di vizi della volontà, l'ingiusto profitto e l'iniquo vantaggio; art. 6:105, sull'unilaterale predisposizione delle clausole del contratto; art. 9:509, sul potere del giudice di ridurre la clausola penale) che tra i Principi Unidroit (art. 1.7, sull'obbligo di buona fede; art. 3.1.4, relativo alla validità del contratto; art. 7.4.13, sull'indennità dovuta in caso di inadempimento; art. 7.1.6, sulle clausole di esonero da responsabilità) che si autodichiarano imperative, sono gli stessi testi normativi a riconoscere la preminenza delle norme imperative di fonte interna o comunitaria o internazionale (cfr. art. 1.4 dei Principi Unidroit) e della stessa volontà delle parti le quali possono espressamente derogare a singole norme dei Principi ancorché definite inderogabili. Cfr. A. DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 287 il quale coglie come « la forza di un tale *corpus* di norme, che non ha dietro di sé né l'autorità dei governi (come accade per le convenzioni internazionali) né quella di un'organizzazione sopranazionale, come può essere la Comunità europea, è affidata alla sua capacità "persuasiva" ». Capacità di cui, a ben vedere, stanno dando ampia dimostrazione negli ormai frequenti lodi arbitrali internazionali in cui trovano sempre più frequente applicazione. Cfr., in proposito, l'analisi di F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi nei contratti del commercio internazionale*, cit.

⁵⁵ Cfr. C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. XIII, il quale descrive il lavoro della Commissione Lando come « un progetto di codice del contratto e dell'obbligazione, che intende apprestare una disciplina comune ai cittadini europei, equidistante da ciascuna delle parti di un contratto, quale che sia il loro ordinamento di origine ».

sono vincolanti e direttamente applicabili negli Stati membri al pari dei regolamenti comunitari⁵⁶.

Tali raccolte di principi non soltanto sono in grado di rappresentare un valido strumento per gli operatori del diritto (avvocati, giudici e collegi arbitrali) interessati a conoscere gli usi commerciali internazionali⁵⁷ ma costituiscono, altresì, un punto di riferimento essenziale per l'interpretazione e l'integrazione del diritto nazionale⁵⁸, senza tralasciare il ruolo ambizioso di offrire ai legislatori nazionali una valida fonte di ispirazione per la revisione delle norme interne⁵⁹.

Pare ormai plausibile anche l'ammissibilità del ricorso ai *Principi Unidroit* per derogare alle norme di diritto interno⁶⁰. Nel nostro ordinamento ciò è, ad esempio, accaduto quando la stessa giurisprudenza ha permesso l'ingresso dell'istituto del contratto autonomo di garanzia il quale, com'è evidente, deroga al tradizionale carattere dell'accessorietà che, secondo le norme codicistiche, connette l'obbligazione fideiussoria all'obbligazione principale⁶¹.

Dallo studio delle raccolte dei principi internazionali ed europei cui si è appena fatto cenno è possibile trarre utili strumenti al fine di accertare se abbia ancora un senso interrogarsi sulla causa e se sia ravvisabile, anche oltre i confini nazionali, un corrispondente istituto giuridico di viva attualità.

Né i *Principi Unidroit*, né i *Principi di diritto europeo dei contratti*, indicano la causa tra gli elementi essenziali del contratto. Essi sembrano, piuttosto, voler ribadire che la causa è ormai un istituto obsoleto, morto e superato. E in questo senso ne hanno parlato alcuni dei più illustri commentatori delle codificazioni transnazionali⁶².

⁵⁶ Cfr. R. ROLLI, *op. cit.*, p. 122; Tali caratteri sono stati riconosciuti da Corte Cost., 23 aprile 1985, n. 113, in *Foro it.*, 1985, I, c., 1600; ma anche da Cass., 16 maggio 2003, n. 7630, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2015.

⁵⁷ Cfr. C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 2001, p. 15.

⁵⁸ Cfr. M.J. BONELL, *op. cit.*, p. 257, il quale sottolinea l'idoneità dei Principi a svolgere un proficuo ruolo anche nella soluzione di controversie puramente interne ai confini nazionali. Di « crisi della sovranità del parlamento nazionale ed in ultima analisi del giuspositivismo » parla R. ROLLI, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁹ La VII disposizione contenuta nel preambolo dei Principi Unidroit 2010 dispone espressamente che « i Principi possono servire come modello per i legislatori nazionali ed internazionali ».

⁶⁰ Cfr. M.J. BONELL, *op. cit.*, p. 257.

⁶¹ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, p. 492 ss.

⁶² Cfr. C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. XXVII, il quale ne ha sospettato la « morte presunta »; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 100 ss., il quale, nonostante l'introduzione del problema in termini dubitativi, riconosce che esiste « un fondamento nella pretesa che il contratto possieda una causa [...] perché la protezione del singolo dal contratto privo di giustificazione è in definitiva protezione del mercato e dunque di tutti,

Dai principi europei sul contratto e dai principi Unidroit deriva una nozione di contratto che parrebbe interamente poggiata sull'accordo (*l'agreement*), ovvero l'espressione di volontà delle parti da sola sufficiente a costituire il fondamento del vincolo giuridico. L'art. 2:101 dei *Principi Lando* precisa, in proposito, che « non occorre alcun altro requisito »⁶³ e un'identica espressione è utilizzata dall'art. II-1:101 del *Draft of Common Frame of Reference*.

Che la causa (o la *consideration* del mondo giuridico anglosassone) non sia più un elemento indispensabile per il sorgere dell'obbligazione appare ancora più evidente e tangibile dalla lettura delle norme dettate in materia di promessa unilaterale. Sul punto l'art. 2:107 dei *Principi di diritto europeo dei contratti* afferma che « una promessa che intenda essere vincolante senza accettazione è vincolante come tale »⁶⁴.

Anche il *Progetto preliminare del codice europeo dei contratti* elaborato dall'Accademia dei giusprivatisti europei si limita ad esigere, a pena di nullità, che il contratto si componga di un accordo e di un contenuto, riservando l'essenzialità dell'elemento formale alle ipotesi tipicamente previste dal codice medesimo (art. 5, commi 4° e 5°).

Nello stesso senso, l'art. 3.1.2 dei *Principi Unidroit* dispone che « un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti »⁶⁵.

sia pure in tal modo mediata ». L'Autore evidenzia, inoltre, come il problema dell'assenza della causa nei testi di uniformazione del diritto di rango internazionale sia, a ben vedere, un falso problema. Ciò in quanto, sebbene la causa non sia direttamente richiamata, le raccolte dei principi in materia contrattuale a livello comunitario o internazionale, vi fanno, in realtà, costantemente riferimento ogni qualvolta si riferiscono allo scopo del contratto (artt. 3.2.7; 4.3; 4.8; 5.1.2 dei Principi Unidroit) ai criteri di buona fede e ragionevolezza (art. 1:302 dei Principi di diritto europeo dei contratti) o alla sproporzione tra le prestazioni (art. 30 del Progetto Gandolfi per la predisposizione del Codice Europeo dei Contratti). Cfr., sul punto, ID., *op. cit.*, p. 118; C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo, in Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, p. 329, il quale si è espresso nei termini di « eclissi » e « tramonto della causa », di « erosione » e di « perdita di terreno della causa ». Parla di « morte e resurrezione della causa », U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 241 ss.

⁶³ Nel punto D) del commento alla disposizione si legge, altresì, che « neppure è necessario che il destinatario della promessa prometta a sua volta di prestare o prestare alcunché avente valore in cambio della promessa (*consideration*) ».

⁶⁴ Nei commenti, al punto E), si precisa che « promesse "pazze" fatte da persone sane di mente sono talmente improbabili da non essere degne di preoccupazione »:

⁶⁵ Cfr. G. SICCHIERO, *op. ult. cit.*, p. 103, il quale riconosce che le tre opere di codificazione hanno « imboccato la strada aperta solo in parte dall'art. 29 della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili adottata a Vienna l'11 aprile 1980 ».

Anche in queste ultime codificazioni le cause di nullità, annullabilità e inefficacia sono ricollegate ai vizi nella formazione del contratto piuttosto che alla « funzione dell'accordo o [al] rapporto di scambio tra le prestazioni »⁶⁶.

Deve, peraltro, riconoscersi che è altresì previsto che le parti possano derogare a tale disposizione richiedendo ulteriori elementi per la conclusione del contratto e, in particolare, l'enunciazione della causa o della *consideration*.

La presunta superfluità della causa comporta notevoli riflessi anche in tema di impossibilità originaria della prestazione. Questa, infatti, ai sensi dell'art. 3.1.3 dei *Principi Unidroit* « non pregiudica la validità del contratto »⁶⁷.

La dottrina che si è interrogata sulle ragioni che hanno indotto i redattori a trascurare gli istituti della causa e della *consideration* hanno, per lo più, trovato una risposta al quesito nella « estrema problematicità che ha sempre caratterizzato queste due categorie »⁶⁸. Altri, ancora, hanno ravvisato una plausibile spiegazione dell'esclusione nella notevole difficoltà nella quale i giuristi si sarebbero trovati per riuscire a far convivere in un medesimo codice un istituto di *civil law* e un principio di *common law* che, nei rispettivi ordinamenti, sono in egual misura considerati imprescindibili e irrinunciabili. L'impossibilità, pertanto, di fare a meno di uno di essi in favore dell'altro ha, infine, provocato l'estromissione di entrambi⁶⁹.

Un'ulteriore argomentazione può trarsi dal commento all'art. 3.1.2 dei *Principi Unidroit*, dalla cui lettura il profilo della causa e della *consideration* escono ridimensionati in favore della flessibilità e della facilità di utilizzo che i principi giuridici di fonte transnazionale intendono garantire, stante il loro obiettivo volto ad assicurare la certezza del diritto e il contenimento delle controversie⁷⁰.

⁶⁶ In questi termini, G. SICCHIERO, *op. ult. cit.*, p. 105. L'Autore rileva come la sproporzione tra le prestazioni rilevi solo in casi di abuso di una parte in danno dell'altra.

⁶⁷ È facile osservare come, secondo le norme codicistiche del nostro ordinamento, il contratto sarebbe invece nullo per mancanza della causa in concreto. Un'applicazione di tale principio sono, ad es. l'art. 1895 c.c. in tema di inesistenza del rischio, l'art. 1876, sulla rendita vitalizia costituita su persone già defunte.

⁶⁸ C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. XXIV, il quale persegue osservando che « della prima si dice che non è possibile dare una definizione di causa che sia accettata universalmente, della seconda che la dottrina che la riguarda è complessa e confusa ».

⁶⁹ Così C. CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 39. Una diversa analisi è condotta da S. MAZZAMUTO, Introduzione, in *Il contratto e le tutele*, cit. p. 11, il quale afferma che la mancanza della causa nel contratto di diritto europeo non può essere decifrata sulla base della « mera esigenza di compromesso tra culture giuridiche diverse ». L'Autore sostiene che « causa e consideration, dunque, scompaiono non perché inesistenti, ma piuttosto perché non essenziali, poiché il contratto – magari solo in talune ipotesi, seppur non in tutte – può farne a meno ».

⁷⁰ Di irrilevanza della causa nell'ambito dei Principi Unidroit parla G. ALPA, *La causa e il tipo*, cit., p. 484.

Altri riconducono la scarsa attenzione che è stata riservata alla causa alla cessata esigenza degli ordinamenti di controllare la meritevolezza degli interessi di cui il contratto è espressione. Il controllo sull'autonomia privata sarebbe, in buona sostanza, demandato al requisito del contenuto e al maggiore spazio che le norme riservano oggi al rispetto della buona fede⁷¹ e alla tutela del contraente più debole. Al di là dei limiti imposti dalla correttezza e dal divieto di imporre clausole abusive, si ritiene, dunque, che alle parti, in ragione della libertà contrattuale loro riconosciuta⁷², debba essere attribuita la più ampia libertà di impegnarsi e vincolarsi. Quando le parti si trovano su un livello di parità informativa e contrattuale, infatti, appare piuttosto improbabile che esse possano concludere un contratto privo di una giustificazione e, quindi, di una causa.

Se alcuni interpreti hanno senz'altro ritenuto positiva la scelta dei codificatori di non fare riferimento alcuno ai concetti di causa e *consideration*⁷³, altri, interrogandosi sulla reale portata innovativa – sotto il profilo causale – delle opere di rango europeo e internazionale volte all'armonizzazione del diritto sono giunti, invece, alla conclusione che, ciononostante, la causa, benché non sia espressamente richiamata, svolge ancora un importante ruolo tra gli elementi essenziali del contratto e conserva in esso una sua « invisibile presenza »⁷⁴.

⁷¹ Sul ruolo della buona fede, cfr. M. BARCELONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 308. Sul valore universale che i Principi Unidroit hanno riconosciuto alla buona fede, cfr. G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 316.

⁷² L'art. 1:102 dei Principi di diritto europeo dei contratti dispone che « le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza nonché delle norme imperative contenute nei Principi ». Ai sensi dell'art. 1.1 dei Principi Unidroit « le parti sono libere di concludere un contratto e di determinarne il contenuto », mentre l'art. 1.7 sancisce che « ciascuna parte deve agire in conformità alla buona fede nel commercio internazionale. Le parti non possono escludere o limitare quest'obbligo ». Analogamente a tale ultima norma dispone l'art. 1:102 dei Principi di diritto europeo dei contratti, secondo il quale « le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza, senza possibilità di limitare tale obbligo ». Anche il Progetto preliminare del Codice europeo dei contratti, redatto dall'Accademia dei giusprivatisti europei ha dedicato ampio spazio al principio di buona fede, che trova applicazione sia nelle trattative precontrattuali (art. 6), sia in occasione dell'interpretazione del contratto (art. 39, comma 4°) e per la sua integrazione (art. 44), ma anche come fonte di clausole implicite (art. 32).

⁷³ Cfr. G. BROGGINI, *Causa e contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, p. 31.

⁷⁴ G.B. FERRI, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, cit., p. 897 ss., nonché, ID., *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 27 ss. Significative appaiono le parole citate dall'Autore dallo scritto di J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, 2006, il quale oltre a ravvisare, tra le codificazioni extranazionali un concetto di « *cause qui ne dite pas son nome* », osserva, peraltro, che « *quand on met la cause à la porte, elle rentre par la fenêtre* ».

I *Principi Unidroit* – che, apparentemente, danno rilevanza soltanto al nudo patto (il *mere agreement*⁷⁵) – possono essere, invece, letti in un diverso senso. L'espressione secondo la quale l'accordo delle parti sarebbe sufficiente a far sorgere il vincolo contrattuale non è, cioè, volta ad espungere la causa dal suo ruolo tradizionale, ma « solamente ad elevare il contratto consensuale a modello generale, senza addentrarsi nel problema della causa »⁷⁶.

Ad essere scomparsa risulta essere, allora, soltanto la nozione di causa nella sua accezione tradizionalmente riferita alla funzione astratta di cui la fattispecie concreta avrebbe dovuto essere manifestazione. Non possono, invece, ritenersi superate e irrilevanti tutte quelle problematiche che, tradizionalmente, vengono esaminate e risolte attraverso il riferimento all'elemento causalistico⁷⁷. Piuttosto, può affermarsi che si è scelto di affrontarle, anziché tramite lo strumento della causa – che, come si è detto, avrebbe suscitato non pochi problemi di coordinamento tra ordinamenti profondamente diversi – facendo ricorso ai generali principi di buona fede, di equità e di ragionevolezza.

Ciò risulta particolarmente evidente negli artt. 4:109, 1° comma, lett. b) e 4:110 dei *Principi di diritto europeo de contratti*. Il primo dichiara annullabile il contratto in forza del quale una delle parti abbia « tratto dalla situazione della prima un vantaggio iniquo o un ingiusto profitto »; la seconda norma, dettata in materia di clausole abusive che non siano state oggetto di trattativa individuale tra le parti, ne esclude l'annullabilità quando lo squilibrio sia riferito « all'adeguatezza del valore delle obbligazioni di una parte rispetto alle obbligazioni dell'altra ». Nel medesimo senso pare orientato, inoltre, il *Draft of Common Frame of Reference* che, all'art. II-9:101, 2, lett. c), richiama i concetti della *good faith* e della *fair dealing*.

Ne consegue che, se pure è vero che il concetto di causa non trova immediata espressione nei plurimi lavori di uniformazione del diritto (e, in particolare, nei *Principi Unidroit*, nei *Principi di diritto europeo dei contratti* e nel *Draft of Common Frame of Reference*), ciononostante essa risulta godere ancora di ottima salute, essendole riconosciuta una fondamentale rilevanza attraverso la

⁷⁵ Il riferimento al *mere agreement* – quale unico elemento necessario per la modifica o lo scioglimento del contratto – era già contenuto nell'art. 29 della Convenzione sulla vendita internazionale di merci, adottata a Vienna l'11 aprile 1980.

⁷⁶ R. ROLLI, *op. cit.*, p. 140.

⁷⁷ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa*, cit.

valorizzazione dell'esigenza del ragionevole bilanciamento degli interessi di cui le parti sono portatrici⁷⁸.

Non si può, peraltro tacere, di quell'orientamento che ritiene che, nonostante il mancato esplicito richiamo alla categoria causale nelle codificazioni sovranazionali, ad essa si sia voluto fare riferimento allorquando si sono indicati, tra gli elementi essenziali del contratto, l'accordo delle parti e il suo contenuto (cfr. art. 2 e 5 del *Code Européen*)⁷⁹. Più specificamente, si sostiene che il riferimento al contenuto del contratto sarebbe in grado di ricomprendere sia la nozione di causa che quella di oggetto, entrambi, com'è a tutti noto, essenziali per la validità del negozio⁸⁰. Detta conclusione trova il proprio fondamento in plurime disposizioni: l'art. 1:302 dei *Principi di diritto europeo dei contratti* che, richiamando i concetti di « *nature* » and « *purpose* » del contratto, alluderebbero al suo scopo e, in ultima analisi, alla funzione economico-individuale. La soluzione risulterebbe, inoltre, confermata dall'art. 4:109, lett. b), il quale fa esplicito richiamo del concetto di scopo.

Tuttavia, anche l'opinione appena richiamata, finisce per richiamare, i medesimi concetti di buona fede, correttezza e ragionevolezza di cui si è detto *supra*⁸¹, finendo, in buona sostanza, per avvalorare la convinzione che siano proprio questi ultimi i criteri di giudizio circa la rilevanza giuridica o meno del contratto secondo il legislatore europeo.

3. Nell'insieme vasto e disomogeneo dei contratti c.d. atipici⁸² in questa sede si intende focalizzare l'attenzione su alcune particolari operazioni, piuttosto

⁷⁸ Cfr., sul punto, A. D'ANGELO, *Principi Unidroit e regole causalistiche*, in *Contratti in generale*, I, Aggiornamento 1991-1998, diretto da Alpa e Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1999, p. 236, secondo il quale « davvero non si vede come un regime che prevede una così intensa salvaguardia di un equilibrio sinallagmatico presupposto alla stregua di valori estrinseci e sovraordinati rispetto alla stessa determinazione dei contraenti, possa contestualmente consentire che un soggetto si obblighi verso un altro o gli trasferisca beni od utilità senza alcuna giustificazione causale ».

⁷⁹ In questi termini, cfr. G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 36 ss.

⁸⁰ Tuttavia, occorre segnalare che una simile conclusione – che, peraltro, ricorda l'antica teoria volontaristica della causa – potrebbe sollevare l'ulteriore questione circa la imprescindibile necessità di tenere distinto l'elemento dell'oggetto da quello, ugualmente essenziale per il nostro codice, della causa.

⁸¹ Cfr. G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 38 ss.

⁸² Si tratta, invero, di contratti innominati, ovvero non disciplinati dalle norme dell'ordinamento giuridico, che sono tuttavia diffusi nella prassi commerciale, tanto da poter essere facilmente definiti « socialmente tipici ». Del resto è solamente di questi ultimi che l'interprete può

diffuse nel settore del commercio internazionale e, in particolare, volte ad agevolare le esportazioni. Si tratta di transazioni nelle quali è generalmente coinvolto un istituto bancario, anche se tale caratteristica non deve indurre a concludere nel senso di qualificare i predetti contratti come di esclusiva competenza bancaria. Al contrario, la partecipazione di un soggetto bancario⁸³ è soltanto indice dell'affidamento che, ancora oggi, gli imprenditori rivolgono a tali soggetti, preferendo, spesso, giovare della loro competenza e affidabilità piuttosto che di altri soggetti e società.

Benché la fonte di finanziamento delle attività di impresa più consistente sia ancora rappresentata dalle operazioni creditizie tradizionali, queste ultime non sempre si rivelano il metodo migliore per fronteggiare le esigenze di praticità e di speditezza che suscitano le attività imprenditoriali, in genere, e quelle implicate nel commercio internazionale, per quanto qui ci riguarda. In alcune circostanze, inoltre, la particolarità dell'operazione da finanziare e i rischi in essa coinvolti possono indurre il soggetto finanziatore a negare la stessa erogazione del credito. Del resto gli stessi termini "fido" e "affidamento", comunemente utilizzati per riferirsi alle forme di credito non tipicamente disciplinate, evidenziano in modo eloquente come essi si fondano su un rapporto di fiducia tra la banca e il soggetto beneficiario e con particolare riferimento all'attività che quest'ultimo intende sviluppare⁸⁴.

Accanto alle comuni forme di credito, la pratica del commercio ha, pertanto, sviluppato e affinato altre tecniche di supporto. Esse costituiscono l'oggetto del presente lavoro di indagine.

Gli scambi commerciali con soggetti collocati in paesi stranieri impongono agli imprenditori di fronteggiare, oltre alle consuete esigenze di liquidità, nuovi

interessarsi. Sull'improbabilità che il giudice e, ancor più, l'interprete si trovino davanti ad un negozio assolutamente atipico v. R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, VI, Torino, 1975, p. 805, il quale nota come « il contratto atipico cui applicare le sole regole generali contenute negli artt. 1322 e ss. del codice civile, non ha mai fatto apparizione in un ufficio giudiziario ». Sul contratto atipico si vedano, inoltre, P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti d'impresa)*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 43 ss.; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., p. 787 ss.

⁸³ Alla banca l'art. 10, 1° comma, t.u.b. riserva l'esercizio dell'attività bancaria, la quale si compone dell'attività di raccolta di risparmio e dell'erogazione del credito. A norma dell'art. 106 t.u.b., invece, la concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico e sotto qualsiasi forma è estesa a tutti gli intermediari finanziari nella cui nozione sono compresi, oltre alle banche, anche i soggetti che rispettino i requisiti di cui al successivo art. 107.

⁸⁴Cfr. R. RAZZANTE, *Gli strumenti di finanziamento a disposizione delle imprese*, in AA. VV., *Finanziamento alle imprese*, a cura di G. Liace e R. Razzante, Padova, 2005, p. 2. Sul punto, si veda anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1943, secondo il quale elemento essenziale dei contratti di credito è, oltre al differimento della restituzione, alla sostituzione dell'oggetto della dazione con un uguale quantità di beni dello stesso genere e al profilo aleatorio, anche il necessario affidamento nella restituzione che è insito nell'operazione.

problemi, attinenti alla necessità di informarsi circa l'affidabilità della controparte, di ottenere l'intermediazione di un soggetto terzo per ricevere il pagamento del corrispettivo e, in generale, per essere assistiti, consigliati e assicurati, a cominciare dalla fase delle trattative e fino alla naturale estinzione del rapporto. Tali esigenze riescono ad essere soddisfatte nel modo migliore attraverso il sostegno dei soggetti bancari che riescono ad offrire alle imprese clienti una serie di servizi di consulenza, di assistenza e, com'è ovvio, di pagamento e di finanziamento, indispensabili per un'ottimale riuscita degli affari⁸⁵.

Accade spesso – anzi è pratica abituale – che l'esportatore conceda all'importatore una dilazione nel pagamento del prezzo corrispettivo della fornitura. Allo stesso tempo però l'esportatore, avendo necessità di monetizzare in tempi rapidi il proprio credito, si rivolge ad un istituto bancario al fine di ottenere un finanziamento. Quest'ultimo assume, di regola, la forma – medesima o analoga – dello sconto (art. 1858 ss. c.c.) o dell'anticipazione bancaria (art. 1846 ss. c.c.).

Nell'ambito delle operazioni di finanziamento all'esportazione, inoltre, assumono un ruolo fondamentale gli effetti cambiari, tratti all'ordine dell'importatore ovvero emessi da quest'ultimo, ovvero le lettere di credito. Nel primo caso si tratta di titoli di credito che incorporano il diritto al pagamento e a fronte della loro cessione la banca eroga al creditore girante una somma di denaro. Qualora si tratti di effetti "semplici", l'unica garanzia per la banca sarà data dall'affidabilità dell'esportatore o, al più, qualora la cessione riguardi cambiali accettate dal debitore o vaglia cambiari emessi da quest'ultimo, si potrà parallelamente fare affidamento sulla credibilità e sull'affidabilità dell'importatore medesimo.

La situazione risulta più agevole quando lo sconto riguarda effetti "documentati", ovvero fondati sui documenti che attestano la regolarità dell'operazione commerciale sottostante alla loro emissione e, specificamente, l'avvenuta consegna della merce o la corretta esecuzione dei lavori in conformità alle previsioni contrattuali.

Oltre allo sconto (e al *forfaiting* che, come si dirà, costituisce una figura per certi versi analoga allo sconto), l'esportatore può ottenere dalla banca un'anticipazione a fronte della trasmissione di fatture o di rimesse documentarie. In

⁸⁵ Si avrà modo di evidenziare in seguito come nell'ordinamento italiano, il commercio con l'estero e, in particolare, l'esportazione, sia particolarmente agevolata attraverso la predisposizione di peculiari forme di intervento a sostegno degli imprenditori.

tali ipotesi la banca sarà incaricata di rilasciare i documenti all'acquirente dopo aver ottenuto da quest'ultimo il pagamento ovvero l'accettazione di cambiali tratte nei suoi confronti.

Salvo che si tratti di documenti rappresentativi di merci (nel qual caso la banca potrà giovare della garanzia costituita dall'indiretto possesso che i documenti rappresentano), l'istituto di credito farà affidamento soltanto sulle capacità restitutorie dell'esportatore.

L'anticipazione, inoltre, può riguardare la cessione di crediti documentari e, principalmente, di lettere di credito.

In altre ipotesi, infine, il finanziamento si fonda sulla preventiva cessione (ai sensi e con gli effetti degli artt. 1260 ss. c.c.), in favore dell'istituto erogante, del credito vantato dall'esportatore nei confronti dell'importatore. Gli effetti del trasferimento e, particolarmente, la garanzia per la banca, si distinguono a seconda che il cedente assuma o meno la responsabilità, oltre che per l'esistenza del credito, anche per la sua soddisfazione. Si parla, in quest'ultimo caso di cessione *pro solvendo*, laddove la liberazione del cedente per l'eventuale inadempimento del debitore integra una cessione *pro soluto*.

Qualora, infine, la cessione del credito non sia disposta in via definitiva ma soltanto a titolo di garanzia della regolare restituzione del finanziamento, essa assume una natura sostanzialmente analoga all'anticipazione su pegno il quale ultimo avrà, appunto, ad oggetto il credito ceduto.

Una differente modalità di finanziamento viene integrata allorché l'unica garanzia predisposta dall'esportatore in favore della banca sia la sua stessa capacità solutoria. Si parla, in dette circostanze di *supplier's credit*.

Ancora diversa è la struttura del c.d. *buyer's credit* che si realizza quando il beneficiario del finanziamento non sia formalmente l'esportatore. A ricevere il finanziamento e, pertanto, ad obbligarsi alla sua restituzione è direttamente l'importatore. Tuttavia, le somme non gli vengono materialmente consegnate ma la banca – un istituto del paese dell'esportatore – procede alla loro erogazione in favore del fornitore-esportatore il quale risulta integralmente soddisfatto ed estraneo agli eventuali rischi. Essi, infatti, sono posti a carico dell'intermediario.

Prima di esaminare alcune delle figure più diffuse nella prassi del commercio internazionale, si rende opportuna una breve disamina dei tratti che

caratterizzano figure contrattuali così differenti tra loro. Esse, infatti, sono tutte accomunate dalla funzione di finanziamento che ne informa la natura giuridica e contribuisce a identificarne la disciplina.

Una storica pronuncia della Corte di Cassazione ha ravvisato la nozione di “contratti di finanziamento” in quei « contratti di mutuo di scopo o di destinazione, preordinati per legge (o per volontà delle parti) al perseguimento di determinate finalità, [che] si diversificano dallo schema tipico dei negozi di mutuo – oltre che per il modo di perfezionamento, in quanto hanno natura consensuale e non reale – altresì sotto il profilo strutturale, perché il sovvenuto non si obbliga solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere i relativi interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto compiendo gli atti o svolgendo l’attività in concreto programmata; e sotto il profilo causale, giacché nel sinallagma contrattuale quest’ultima prestazione, ancor più di quella degli interessi, assume rilievo corrispettivo dell’attribuzione della somma, con la conseguenza che la funzione economico-sociale del negozio non si esaurisce, come di ordinario, nel consentire al sovvenuto il godimento del danaro mutuato, ma concerne la (futura) destinazione dello stesso, essendo la disponibilità della somma strumentale all’interesse (pubblico, nel mutuo di scopo legale) di conseguire la finalità stabilita »⁸⁶.

Se quella appena riportata descrive la nozione tradizionale di finanziamento è, tuttavia, piuttosto agevole riconoscere che essa non sempre rispecchia la realtà del commercio in cui le parti sempre più spesso modellano gli schemi contrattuali a seconda dei loro bisogni senza, necessariamente, inserirvi degli obblighi di destinazione da rispettare e tali che la loro mancanza possa inficiarne la funzione.

⁸⁶ Così Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1687. Nel medesimo senso si era già espressa anche Cass., 13 gennaio 1943, n. 47, secondo cui « quello che nella pratica commerciale si chiama finanziamento altro non è che un mutuo, con lo scopo prestabilito dell’impiego del danaro mutuato in una determinata industria o commercio e col corrispettivo di un interesse o anche di un premio proporzionale agli utili dell’azienda del mutuatario ». Distingue, invece, il contratto di finanziamento dal contratto di mutuo, riconducendo il primo allo schema del contratto normativo, Cass., 27 novembre 1967, n. 2845 che ha statuito che « diverso dal contratto di mutuo è quello c.d. di finanziamento, il quale è caratterizzato dall’obbligo di un soggetto di fornire capitali a ripetizione, in base ad un rapporto fondamentale di carattere contestuale e obbligatorio. Tale figura contrattuale importa la promessa fondamentale, accettata, di successivi mutui di danaro, con un corrispettivo che può essere un tasso di interesse o anche una partecipazione agli utili delle operazioni finanziarie. Mentre il mutuo si esaurisce in quella prestazione di consegna, da cui nascono obbligazioni contrattuali a carico del solo mutuatario, il finanziamento costituisce un contratto di carattere obbligatorio e consensuale, preparatorio dei futuri mutui, che, al pari dei contratti preliminari di mutuo, può essere unilaterale e con obbligazioni da una sola parte, ove sussista soltanto la promessa accettata, cioè l’obbligo di dare a mutuo, rimanendo libero il finanziamento di riceversi le somme, e può anche essere bilaterale o a prestazioni contrapposte e reciproche, ove alla promessa da parte del finanziante corrisponda l’obbligo del finanziato di ricevere il finanziamento nei modi e nei termini previsti ».

Il tratto caratterizzante le operazioni in esame sembra essere la medesima funzione che – attraverso il ricorso a schemi contrattuali pure differenti – le parti intendono realizzare. Lo scopo ultimo è, infatti, ravvisabile nell'intenzione di agevolare e incrementare i traffici commerciali transfrontalieri attraverso una qualche forma di finanziamento. Ci si domanda, allora, se tale scopo finale possa assurgere a costituire la stessa causa contrattuale del contratto. Il dubbio che si intende sciogliere attiene, cioè, alla possibilità di individuare, con riferimento a contratti che si caratterizzano per l'utilizzo e il riferimento a schemi e istituti giuridici profondamente differenti, una comune causa di finanziamento.

Per dare risposta al quesito appare evidente che deve, in prima analisi, ricercarsi cosa debba intendersi per causa di finanziamento. Di essa se ne possono offrire due definizioni, una in senso economico ed un'altra in senso giuridico.

Intesa in senso economico, la causa di finanziamento acquista un significato piuttosto esteso, potendo essere riconosciuta in ogni attività mediante la quale « si incrementa la provvista e il patrimonio di un soggetto »⁸⁷. Una portata simile della definizione potrebbe risultare eccessiva e, forse, inutile, venendo a caratterizzare contratti profondamente differenti tra loro.

Un autorevole orientamento ha proposto, dunque, di restringere il campo dei contratti con causa « finanziaria » a quegli schemi negoziali che « inizino e terminino con il denaro, indipendentemente dalla specifica natura giuridica e connessione, dei singoli atti o negozi che possano giuridicamente puntualizzare tali operazioni »⁸⁸. Secondo questo orientamento, elemento essenziale delle operazioni di finanziamento è il tempo perché « è appunto il far godere l'altra parte della disponibilità del denaro per un certo periodo di tempo ciò che giustifica l'operazione stessa »⁸⁹.

Agganciare la nozione di finanziamento alla dazione del denaro e all'obbligo della sua restituzione finirebbe – secondo alcuni – per far coincidere la nozione di attività creditizia (riservata dall'art. 10 t.u.b. ai soggetti bancari) con quella finanziaria (permessa anche agli intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b.), con l'unica differenza che, mentre alle banche è permesso l'esercizio

⁸⁷ R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Torino, 2002, p. 6, il quale ritiene che, trasposta in campo giuridico, una simile nozione, risulti « troppo ampia, sì da ricomprendere negozi a titolo gratuito ed oneroso » essendo, peraltro, rivolta « alle imprese come ai consumatori, a banche e intermediari finanziari specializzati ma anche a soggetti non peculiarmente qualificati ».

⁸⁸ P. FERRO-LUZZI, *L'attività bancaria*, in *La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di Ferro-Luzzi-Castaldi, Milano, 1996, I, p. 233.

⁸⁹ ID., *op. ult. cit.*, p. 234 s.

combinato della raccolta del risparmio e dell'erogazione del credito, agli altri intermediari finanziari (diversi dalle banche) è permessa unicamente una delle due attività ma non il loro esercizio simultaneo⁹⁰.

Con la scorta del decreto del Ministro del Tesoro del 6 luglio 1994 – che, proprio al fine di esplicitare la nozione di attività finanziaria di cui all'art. 106 t.u.b., dispone che « per attività di finanziamento sotto qualsiasi forma si intende la concessione di crediti ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive e di impegni di firme » ma anche « ogni tipo di finanziamento connesso con operazioni di: a) locazione finanziaria; b) acquisto di crediti; c) credito al consumo, come definito dall'art. 121 t.u., fatta eccezione per la forma tecnica della dilazione di pagamento; d) credito ipotecario; e) prestito su pegno; f) rilascio di fidejussioni, avalli, aperture di credito documentarie, girate, nonché impegni a concedere crediti » – si è, allora, proposto di ricollegare la nozione di finanziamento non soltanto all'elemento oggettivo – rappresentato dalla tipologia contrattuale – ma, altresì, all'elemento soggettivo. La natura di finanziamento del contratto viene, cioè, a derivare dalla natura soggettiva del soggetto coinvolto nell'operazione il quale deve essere una banca o un altro intermediario finanziario secondo i criteri stabiliti dal t.u.b. e dal t.u.f.⁹¹

Se si seguisse quest'impostazione e si identificasse la natura dell'attività svolta sulla base della natura del soggetto che la pone in essere, sarebbe, allora, piuttosto evidente che si dovrebbe arrivare alla conclusione che ogni contratto il quale – a prescindere dallo schema utilizzato – sia concluso da una banca o da un altro intermediario finanziario, acquista, in via automatica, la natura di contratto finanziario. La natura finanziaria del soggetto, cioè, avrebbe una forza tale da attribuire natura finanziaria alla sua attività⁹².

⁹⁰ Cfr. R. CLARIZIA, *op. cit.*, p. 7, secondo il quale l'attività finanziaria costituisce un *genus* al cui interno si inserisce l'attività bancaria tipicamente riservata alle banche. L'attività finanziaria, invece, assumerebbe una nozione ampia che non può restringersi e coincidere con l'attività creditizia, intesa come erogazione di denaro con l'obbligo della restituzione, ma ricomprende attività variegata tra cui la stessa consulenza alle imprese e la gestione dei rapporti.

⁹¹ In questo senso R. CLARIZIA, *op. cit.*, p. 9 ss., il quale precisa che « si deve, dunque, far rientrare nella nozione di attività finanziaria anche l'attività svolta dalle società di intermediazione mobiliare, dalle società di gestione dei fondi comuni di investimento a capitale variabile, insomma da tutti i soggetti la cui attività è stata riordinata nel testo unico delle disposizioni in materia di mercati finanziari ».

⁹² Cfr. R. CLARIZIA, *op. cit.*, p. 11. L'Autore finisce per riconoscere che « anche se la causa dei contratti stipulati dagli intermediari finanziari, bancari e non, sia riconducibile a quella di un contratto, tipico o atipico, non avente *prima facie* natura, in senso generico, creditizia (si pensi alla gestione e dunque al mandato), la qualità di intermediario finanziario e la correlativa natura (necessariamente)

Tuttavia, un tale ragionamento sembrerebbe condurre, in definitiva, ad una mera affermazione tautologica, mediante la quale non si fa che riconoscere la causa di finanziamento in funzione della natura giuridica dei soggetti coinvolti nel contratto (i quali, a loro volta, si qualificano per l'attività svolta). Oltre a ciò, la stessa utilità di una simile nozione appare piuttosto limitata. Essa, infatti, acquista rilevanza soltanto ai fini dell'applicabilità della disciplina dettata dal titolo VI del t.u.b., dettato in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti⁹³.

Si noti, peraltro, che l'art. 106 t.u.b. si limita a riservare agli intermediari finanziari « l'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma ». Ad essere riservata non è, dunque, qualsiasi attività di finanziamento, bensì – e in senso meno ampio – quella che è rivolta nei confronti del pubblico. Restano, allora, fuori dalla previsione del d.lgs. n. 385 del 1993 – ma sono, comunque, contratti di finanziamento – quelli che non sono rivolti al pubblico ma a soggetti determinati e, ad esempio, a singole imprese con le quali lo stesso soggetto finanziatore sia in affari.

Ritenuta, dunque, la non riferibilità della natura di finanziamento del contratto alla qualifica della parte contrattuale e atteso che la legge non ne offre una definizione, non può che riconoscersi rilievo alla stessa nozione economica di finanziamento che ne ravvisa il profilo descrittivo nella messa a disposizione delle risorse necessarie per realizzare un'opera o svolgere una determinata attività. I modelli di volta in volta adottati potranno essere i più diversi: talvolta, si ricorrerà all'erogazione di una somma di denaro; talaltra, il soggetto finanziatore metterà direttamente a disposizione del beneficiario un bene o gli concederà un credito. In ogni caso, non può non riconoscersi che lo scopo pratico-individuale perseguito dalle parti sia quello di consentire o agevolare la realizzazione di un progetto, l'acquisto di un bene o l'esercizio di un'attività attraverso la messa a disposizione di risorse finanziarie.

Allorquando tali scopi di finanziamento ispirino i rapporti contrattuali esistenti tra soggetti non riconducibili alla nozione di banca o di altro intermediario finanziario non può, per ciò solo, non riconoscersi la sussistenza di una funzione di finanziamento. Forse, allora, al fine di evitare fraintendimenti, si potrebbe

finanziaria della sua attività, andrà necessariamente ad influire e ad influenzare la stessa causa del contratto ».

⁹³ Cfr. ID., *op. cit.*, p. 11, secondo il quale la disciplina applicabile ai contratti di finanziamento deve essere ravvisata negli artt. 115 ss. t.u.b.

distinguere da un lato, la nozione generica e onnicomprensiva di “finanziamento” secondo i termini proposti e, al suo interno, come in un rapporto di genere a specie, la categoria più ristretta dei contratti posti in essere nell’esercizio dell’“attività finanziaria”, intesa come attività di erogazione di mezzi finanziari al pubblico e, dunque, riservata ai soggetti indicati agli artt. 10 e 106 t.u.b.

È indubbio che con il riferimento ai contratti di finanziamento non si ha in mente un unico tipo contrattuale – del resto, anche chi li qualifica in ragione della natura del soggetto contraente è ben consapevole che essi possono trovare espressione in modelli piuttosto differenti (mutuo, apertura di credito, credito ai consumatori, etc.)⁹⁴ – quanto, piuttosto, ci si riferisce ad una generica categoria negoziale che ricomprende varie manifestazioni contrattuali tutte accomunate, da un lato, dalla messa a disposizione di mezzi economici per la realizzazione di un determinato risultato o l’esercizio di una data attività e, dall’altro, dall’introduzione di tale funzione all’interno della causa del contratto, attraverso clausole di destinazione del finanziamento o, quantomeno, l’attribuzione al soggetto finanziatore di un qualche strumento che gli permetta di verificare la concreta possibilità di realizzazione del risultato e l’effettivo utilizzo delle risorse concesse secondo le condizioni pattuite⁹⁵.

Alla luce della nozione di finanziamento accolta e appena descritta, in questa sede si intende, dunque, trattare di alcune tipologie atipiche di contratti nei quali, seppure la loro conclusione non sia riservata alle banche o agli intermediari finanziari, è ravvisabile una comune funzione di finanziamento e che, in particolare, sono volti al finanziamento degli scambi commerciali verso l’estero.

⁹⁴ Cfr. R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento*, Torino, 1989, pp. 31 e 35, il quale, in uno scritto precedente all’approvazione del t.u.b., riconosceva che « il finanziamento [...] non assume autonoma e distinta rilevanza giuridica, ma è sempre riconducibile nell’ambito di un contratto già noto, o perché legalmente tipizzato o perché solo socialmente diffuso ».

⁹⁵ Sul punto, risulta concorde M. FRAGALI, voce *Finanziamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, XVII, p. 606 ss. *Contra* R. CLARIZIA, *op. ult. cit.*, p. 35, il quale nota che « ai fini della qualificazione del contratto come di finanziamento ciò che rileva è l’approntamento dei mezzi finanziari con il relativo obbligo di restituzione del *tantundem*, mentre l’eventuale obbligo a carico del finanziato di destinare ad un certo scopo il denaro si aggiunge a siffatta « struttura » che già esiste ». Se è condivisibile l’opinione secondo cui il vincolo di destinazione non è elemento essenziale dei contratti di finanziamento, è pur vero che deve comunque sussistere una qualche attività o impresa da sostenere economicamente perché altrimenti si avrebbe un mero trasferimento di somme di denaro senza, però, alcuno scopo di finanziamento. E si sarebbe, per tale via, di fronte ad un contratto di mutuo ma che non potrebbe essere compreso tra i contratti con funzione di finanziamento.

CAPITOLO II

IL FORFAITING

SOMMARIO: 1. – L'operazione di *forfaiting*. 2. – Gli elementi caratterizzanti: la clausola senza rivalsa e la garanzia a prima richiesta. 3. – Il *forfaiting* in Italia. 4. – Spunti per una qualificazione della figura.

1. Tra le operazioni di finanziamento d'impresa, ormai diffuse nella prassi, il *forfaiting* (termine, derivante dal francese *forfait*, indicante il prezzo globale, stabilito in misura fissa e in blocco per un servizio o come corrispettivo di un bene o di una merce), riveste senz'altro una posizione di primo piano. Esso consiste in una complessa operazione di finanziamento⁹⁶ dei crediti all'esportazione a medio termine⁹⁷ che si realizza mediante una cessione, a favore di un istituto finanziario,

⁹⁶ Si tratta, nello specifico, di una forma di credito in favore del fornitore. In questo senso, M. LÜTSCHG-EMMENEGGER, *A Guide to Forfaiting*, London, 1998, p. 12 che riconduce l'operazione alla categoria del *supplier's credit*.

⁹⁷ Per la dottrina italiana, v. AA. VV., *Forfaiting*, in *I contratti. Principi. Formule. Procedure*, Milano, 2002; Alagna, *Contratti bancari di intermediazione creditizia*, Milano, 1984, p. 188; L. BARBIERA-G. GENTILE, *Diritto della banca e dei contratti bancari*, Padova, 2003, p. 335 ss.; C. BAULI, *Forfaiting*, in *I nuovi contratti*, a cura di P. Cendon, vol. XII, Torino, 2005, p. 325 s.; Q. BISCARO, *Guida alle modalità di finanziamento delle piccole e medie imprese*, Milano, 1999; N. CARCANO, *Il forfaiting come forma di finanziamento del commercio internazionale: tendenze e prospettive*, in *Bancaria*, 1996, f. 2, p. 76 ss.; G.B. CASTELLUCCI, *Il forfaiting*, in *Rassegna mensile del Credito Italiano*, Cordusio, 1981, 2, p. 55 ss.; ID., *Gli strumenti del forfaiting*, in *Rassegna mensile del Credito Italiano*, agosto-settembre 1981, p. 46 ss.; ID., *Che cos'è il forfaiting*, in *Il Sole 24 Ore Mondo & Mercati*, 16 aprile 1998; ID., *Copertura senza intoppi*, in *Guida al forfaiting/2*, *Il Sole 24 Ore*, 1998; ma v. anche gli articoli pubblicati in AA. VV., *Factoring: problemi e prospettive*, a cura di Ruozi e Oliva, Milano, 1983; R. CHAHINIAN, *La tecnica del forfaiting: vantaggi e svantaggi*, in *Interscambio*, settembre 1986, p. 391 ss.; L. DI BRINA, *Il forfaiting*, in AA. VV., *L'attività delle banche*, a cura di A. Urbani, Padova, 2010; A. DI MEO, *Pagamenti documentali e crediti documentari*, Rimini, 1999; ID., *Pagamenti internazionali. 150 casi risolti*, Milano, 2001; V. DONATO, *Il realizzo di crediti all'esportazione attraverso gli accordi di «forfaiting»*, in *Bancaria*, 1986, p. 9 ss.; G. FONTANA, *Il forfaiting alla luce della Legge Ossola*, in *Società*, 1983, p. 819 ss.; G. FOSSATI, *Nuovi strumenti finanziari*, Roma, 1986; M. FRANZOSI, *Forfaiting*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 415 ss.; F. GALGANO-F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2011, p. 393 ss.; G. GARIONI, *Il forfaiting. Struttura, mercato, funzionamento e agevolazioni*, in *Comm. intern.*, 2001, f. 14, inserto; G. GARIONI-S. CIFALINÒ-G. CORRIERO, *Strumenti di sostegno all'internazionalizzazione*, in *Comm. intern.*, 2003, f. 21, p. 28 ss.; S. LODDO, *I presupposti economici delle operazioni di forfaiting*, in *Studi in onore di Perrillo*, Milano, 1985, I, p. 357 ss.; S. MONTICELLI, *Il forfaiting dei crediti all'esportazione*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, p. 271 ss.; S. MONTICELLI-G. PORCELLI, *I contratti dell'impresa*, Torino, 2006, p. 149 ss.; G. PANZARINI, *Il forfaiting: la funzione specie nel mercato internazionale, le tecniche, la qualificazione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, I,

detto *forfaiter*, e senza rivalsa verso il cedente, di effetti cambiari a futura scadenza⁹⁸ e derivanti dalla fornitura di beni o di servizi all'estero, in cambio dell'anticipazione in contanti dell'importo dei titoli stessi e previa deduzione di un tasso di interesse in misura fissa.

I soggetti interessati sono almeno tre: l'esportatore, l'importatore e il *forfaiter*⁹⁹. Ognuno di essi è espressione di un interesse che con lo strumento del *forfaiting* riesce a trovare soddisfazione. L'importatore, infatti, intende ottenere i servizi e i prodotti offerti da un imprenditore estero, ma ha necessità di ottenere una dilazione nel pagamento del prezzo, mentre l'esportatore ha interesse a fornirgli i suoi prodotti o i suoi servizi senza, tuttavia, essere gravato dagli elevati rischi che normalmente caratterizzano le operazioni transfrontaliere. Sugli scambi commerciali tra Paesi diversi, soprattutto quando ne sia stata rateizzata o differita l'esecuzione, vengono ad incidere rischi e difficoltà ben maggiori rispetto a quelli che caratterizzano le operazioni tra imprenditori di uno stesso Stato. Le ragioni sono da individuarsi, oltre che nella difficoltà, per l'esportatore, di appurare l'affidabilità della controparte contrattuale, anche nel pericolo che sull'operazione – e sulla sua esecuzione – possano incidere eventi esterni di natura economico-finanziaria e geo-

p. 769 ss., nonché in *La banca e i nuovi contratti nel quadro della II direttiva CEE*, a cura di G. De Nova, 1993, p. 123 ss.; A. PARENTI, *Lo smobilizzo dei crediti internazionali*, in *Studi commercio con l'estero*, 1983, n. 8, p. 52 ss.; I. PIACENTINI- R. BONAGURO, *Il formulario di tutti i contratti*, Milano, 1987, p. 399 ss.; M. PITTALIS, *Credito all'esportazione e forfaiting*, Padova, 1994; ID., *Il forfaiting*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 1418 ss., nonché in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Tratt. diretto da F. Galgano, Torino, 1999, p. 555 ss.; G. PORCELLI, voce *Forfaiting (contratto di)*, in *Enc. del Diritto, Il Sole 24 Ore*, Milano, 2007, v. VI, p. 504 ss.; M. RIVOSECCHI, *Il forfait financing (sconto pro-soluto di portafoglio cambiario) più correntemente conosciuto come forfaiting*, in *Finanziamenti d'impresa*, Milano, 1983, p. 209 ss.; E. TAVERNIER, *Il «forfaiting»*, in *Foro pad.*, 1983, c. 285 ss.; L. VIGONE, *Contratti atipici. Nuovi strumenti commerciali e finanziari*, Milano, 1993, p. 106 ss. Per la dottrina straniera, cfr. A. BOUDINOT-J.C. FRABOT, *Technique et pratique bancaires*, Paris, 1978; C.W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Berlin-New York, 1981; C. Gavalda-J. Stoufflet, *Droit de la banque*, Paris, 1974; GRAF VON WESTPHALEN, *RechtsproblemederExportfinanzierung*, Heidelberg, 1978; I. GUILD-R. HARRIS, *Forfating. An alternative approach to export trade finance*, New York, 1986; H. SCHÖNLE, *Bank-und Börsenrecht*, München, 1976. Cfr., inoltre, A. RIPLEY, *Forfaiting for Exporters. Practical solutions for global trade finance*, Padstow, 1996, p. 2, il quale rileva che il *forfaiting* viene ormai utilizzato anche per fornire capitale circolante o finanziamenti a termine più lungo a società senza che sussista un correlato acquisto di beni. L'Autore osserva che proprio la flessibilità nella sua applicazione è stata la chiave del crescente utilizzo del *forfaiting* che ha continuato ad essere adottato e adattato dal mercato ogni volta che le richieste dei clienti sono cambiate nel tempo.

⁹⁸ Il credito è rappresentato da titoli di credito con scadenza periodica e, di regola, semestrale.

⁹⁹ Quest'ultimo, spesso, non coincide con un singolo istituto finanziario ma – e ciò avviene in particolare per le operazioni di importi più ingenti – da un gruppo di *forfaiters*. Cfr. S. Monticelli, op. cit., p. 274. In genere si tratta di società finanziarie specializzate che assumono, a tutti gli effetti, il ruolo di « intermediari in un mercato di titoli ». Così, G. GARIONI, *Il forfaiting.*, cit., 2001, p. IX.

politica¹⁰⁰. L'impresa esportatrice ha, in buona sostanza, interesse a definire l'affare e a riceverne il prezzo nel più breve tempo possibile onde limitare al minimo l'incidenza di eventuali rischi di cambio e di fluttuazione degli interessi, ma anche politici, monetari o catastrofici¹⁰¹.

L'*impasse* appena descritto viene talvolta superato con il ricorso al *forfaiting* e facendo, dunque, intervenire nell'operazione un terzo soggetto il quale, non solo scambia i diritti di credito vantati dall'esportatore con moneta liquida, ma, inoltre, sopporta i rischi dell'operazione soddisfacendo, per questa via, gli interessi dell'esportatore medesimo al ricevimento immediato del pagamento e, al contempo, quelli dell'importatore ad ottenerne la dilazione.

Le origini del *forfaiting* vengono tradizionalmente collocate nella Svizzera degli anni '50 del secolo scorso, quando, terminate le vicende belliche, le strutture finanziarie del Paese cercavano dei sistemi per finanziarie le importazioni di grano dagli Stati Uniti verso i Paesi dell'Europa dell'Est¹⁰². È interessante, tuttavia, notare che questo non fu che l'inizio di un secondo periodo d'oro per l'istituto – il quale era conosciuto ai commercianti internazionali fin dal 1800¹⁰³ – che ancora oggi non è

¹⁰⁰ Per tali profili, si rimanda a A. FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XII, Padova, 1990, p. 193 ss.; P. BERNARDINI, *Il rischio di cambio nei contratti internazionali*, in *Dir. comm. internaz.*, 1989, p. 3 ss.

¹⁰¹ Tra i rischi di credito si distinguono, in particolare, nel rischio-paese, il quale si riferisce alle « condizioni macroeconomiche, sociopolitiche o legislative della nazione del debitore » la cui valutazione è svolta mediante l'attribuzione di « rating » da parte di primarie società internazionali (quali Standard & Poor's, Moody's, Fitch Ibc); ad esso si accompagna, inoltre, il rischio commerciale che è insito in ogni operazione di credito e che inerisce alle capacità di solvibilità del singolo debitore. Si veda, per una approfondita analisi dei temi, G. Garioni, *Il forfaiting.*, cit., 2001, p. IX. I vantaggi – indubbiamente molteplici – che il ricorso al *forfaiting* offre, sono puntualmente colti da S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 276 ss., il quale, inoltre, rileva che, gravando il rischio di insolvenza esclusivamente sul forfaiter, « è evidente la convenienza dell'operazione in oggetto anche rispetto alle assicurazioni di credito all'esportazione che, in genere, attraverso la previsione di franchigie, lasciano che parte del rischio permanga sull'esportatore-assicurato ».

¹⁰² Per una dettagliato riassunto delle vicende che hanno interessato la diffusione del *forfaiting* si rimanda a G. PANZARINI, *op. cit.*, p. 771 ss., il quale rileva, inoltre, che « le operazioni di *forfaiting* non sono però esclusivamente dedicate ai crediti dell'impresa esportatrice di beni e servizi, perché consta che ad esse hanno fatto ricorso società anche nazionali, le quali avendo alienato loro importanti pacchetti azionari, [...] hanno preferito tradurre subito in moneta liquida il credito: ciò anche per ragioni di bilancio ».

¹⁰³ Origini del *forfaiting* ben più risalenti nella storia gli attribuisce A. RIPLEY, *op. cit.*, p. 2 s. Secondo l'Autore alcune varianti di questa operazione sono state utilizzate oltre 2000 anni fa dai commercianti di seta fenici che, pur di concludere i contratti di vendita, si vedevano costretti a concedere credito agli acquirenti ateniesi. Poiché, tuttavia, erano allo stesso tempo interessati ad ottenere un immediato pagamento in denaro, i fenici vendevano la seta agli ateniesi in cambio di titoli di credito che i commercianti fenici scambiavano con i finanziatori orientali per una certa somma di denaro, cosicché questi ultimi finivano per sopportare il rischio della transazione. Se il titolo di credito era rilasciato con la clausola "senza garanzia" nessun diritto di azione era riconosciuto ai finanziatori verso i fenici o nei confronti di qualsiasi altro precedente possessore dei titoli stessi.

finito ma, anzi, si è ulteriormente rinforzato divenendo uno strumento, non più eccezionale ma rapido e ordinario, per ottenere immediata liquidità.

Attualmente l'istituto è assai utilizzato in ogni area geografica¹⁰⁴ e le imprese vi fanno sempre più costante ricorso¹⁰⁵ soprattutto per il finanziamento di forniture e prestazione di servizi in favore dei Paesi in via di sviluppo o di nuova industrializzazione.

Generalmente ad essere interessate dal *forfaiting* sono operazioni commerciali di rilevante importo e per le quali l'esportatore concede dilazioni di pagamento, in genere comprese fra i due e i cinque anni ma che possono arrivare anche fino a sette-otto. Sono rari, invece, i casi in cui l'operazione ha durata più lunga (ovvero più breve, di sei mesi ad esempio, come talvolta può accadere per la fornitura di derrate alimentari). Poiché l'intervento del *forfaiter* e, come si vedrà, di altri soggetti garanti, implica costi ingenti¹⁰⁶, l'operazione acquista una qualche utilità soltanto in relazione a scambi commerciali di un certo rilievo economico (solitamente non inferiori ai 100 mila euro).

La speditezza dell'operazione è, altresì, permessa dall'autonomia e dall'astrattezza del *forfaiting* rispetto all'affare sottostante. Il *forfaiter* non ha, infatti, alcuna necessità di indagarne la convenienza. Egli, piuttosto, si pone il problema di verificare l'affidabilità della banca garante¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cfr. M. LÜTSCHG-EMMENEGGER, *op. cit.*, p. 11, la quale nota che, se è vero che le origini del *forfaiting* si rinvergono nella domanda di finanziamento degli scambi commerciali tra i paesi dell'Europa occidentale e quelli dell'Europa orientale, la tecnica è oggi ampiamente utilizzata in ogni area geografica, per gestire operazioni di *pre-export finance*, *structured trade finance*, *project finance* e, talvolta, *working capital*. Inoltre, mentre un tempo poteva affermarsi con sicurezza che la Svizzera era il centro gravitazionale del *forfaiting*, oggi il mercato ruota per gran parte intorno ai soggetti bancari londinesi.

¹⁰⁵ Com'è stato efficacemente osservato, « è visibile, nel panorama mondiale del *forfaiting*, la tendenza delle imprese (le quali abbiano fatto una volta ricorso ad esso) a replicare, per così dire, il ricorso per altri loro crediti, avendo esse ben compreso che lo smobilizzo dei crediti, senza residui di responsabilità verso l'acquirente dei medesimi (e cioè verso il *forfaiter*), è un risultato così prezioso da bilanciare i maggiori costi che l'operazione di *forfaiting* comporta rispetto ad uno sconto bancario ». Così G. PANZARINI, *op. cit.*, p. 773.

¹⁰⁶ Cfr. E. TAVERNIER, *op. cit.*, c. 285 ss., il quale rileva, in proposito, che l'incremento della concorrenza nel settore e il più agevole accesso ad un maggiore flusso di informazioni hanno determinato un abbassamento dei costi e, contestualmente, un utilizzo non più eccezionale ma ordinariamente diffuso tra gli operatori.

¹⁰⁷ Tali caratteri si evidenziano maggiormente con riferimento al mercato secondario. Si veda, sul punto, M. LÜTSCHG-EMMENEGGER, *op. cit.*, p. 82 ss. Nello stesso senso si è espressa anche la Court of Appeals statunitense nella decisione *Al Trade Finance, Inc. v Petra Bank*, DC Cir. 1994, secondo cui « *in exchange for the discount on the obligation, the forfaiter assumes only interest risk and the credit risk associated with the guaranteeing bank* ».

Uno degli elementi essenziali¹⁰⁸ della vicenda negoziale è il carattere cartolare ed astratto del credito rateizzato e ceduto al *forfaiter*, il quale viene ad acquistare un diritto autonomo e indipendente dalle vicende del sottostante rapporto.

Nella pratica, gli strumenti più utilizzati a tali fini sono le cambiali tratte (*bills of exchange*) e i pagherò cambiari (*promissory notes*)¹⁰⁹. L'utilizzo delle une piuttosto che delle altre ha rilevanza ed effetti differenti per l'esportatore. Le prime, infatti, proprio perché da questi tratte al proprio ordine sull'importatore e da quest'ultimo accettate, non gli consentono, mediante la girata al *forfaiter*, di ritenersi liberato da ogni responsabilità. La clausola "senza rivalsa" (*without recourse*) che viene apposta sulla girata – e che integra un altro aspetto caratterizzante l'operazione –, infatti, non esclude l'eventuale responsabilità dell'esportatore in qualità di traente. Ciò in quanto trova applicazione l'art. 13, comma 2, della legge cambiaria che – com'è noto – dispone l'inefficacia di ogni clausola con la quale il traente si esoneri da responsabilità per il pagamento¹¹⁰.

Né il problema della responsabilità dell'esportatore può considerarsi escluso dall'intervenuta rinuncia, mediante una dichiarazione scritta, del *forfaiter* ad agire nei suoi confronti nell'eventualità dell'inadempimento dell'importatore-accettante. Tale pattuizione – che, com'è stato osservato¹¹¹, integra un *pactum de non petendo* –, resta priva di utilità pratica una volta che le tratte siano state dal *forfaiter* cedute nel

¹⁰⁸ Cfr. S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 285. Lo studioso precisa che « in astratto qualsiasi credito, anche non cartolare, potrebbe formare oggetto di forfeizzazione ». Tuttavia, tale ultima ipotesi è pressoché inesistente nella prassi. Si veda, in proposito, M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 1422 s. che osserva come sia « del tutto insolita la cessione di crediti non cartolari, attesa la differente disciplina della cessione del credito nei diversi Paesi, ma soprattutto la mancanza delle caratteristiche di astrattezza che nell'operazione in esame rivestono fondamentale importanza ». In questo senso, anche G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 1984, p. 615.

¹⁰⁹ Cfr. C. BAULI, *op. cit.*, p. 329, il quale ricorda, inoltre, che i documenti incorporanti il credito « devono essere redatti su moduli uniformi predisposti dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi, in lingua inglese o francese, al posto dei titoli stampati nei singoli Stati ». Tale accorgimento potrebbe tuttavia considerarsi – più che indispensabile – utile a evitare eventuali incomprensioni e contrasti in sede esecutiva, non potendosi ritenere i titoli predisposti secondo le norme nazionali inadeguati al raggiungimento del medesimo risultato. L'utilizzo di formati standard si rivela, d'altra parte, piuttosto utile se non essenziale, laddove il *forfaiter* intenda a sua volta cedere i titoli nel mercato secondario. Il *forfaiter* secondario, infatti, non ha alcun rapporto con le parti dell'affare sottostante e la sua maggiore sicurezza dipende dall'affidamento che può fare sulla conformità dei titoli acquistati alle condizioni di forma e di sostanza generalmente diffuse.

¹¹⁰ L'efficacia della clausola è, inoltre, negata, in ogni caso, anche in virtù dell'art. 1229 c.c., qualora sia volta ad escludere la responsabilità del traente per dolo o colpa grave. Al contrario *il Bills of Exchange Act 1882* adottato nell'ordinamento inglese permette ai traenti e ai giratari di liberarsi da ogni responsabilità nei confronti del portatore del titolo. In tal senso, cfr. R. CRANSTON, *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, 2002, p. 70, il quale osserva tuttavia che il problema non si pone quando – come avviene di regola – sono utilizzati i vaglia cambiari.

¹¹¹ Cfr. S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 286 ss.; v., anche, M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 108 ss.

mercato secondario. La convenzione, infatti, costituendo un'eccezione personale ai sensi degli artt. 1993 c.c. e 21 l.c., potrà essere opposta dall'esportatore al primo *forfaiter*-prenditore, ma non agli eventuali successivi giratari, eccezion fatta per l'ipotesi derogatoria di cui all'art. 21 l.c. e, cioè, per il caso in cui il terzo, pur essendo a conoscenza dell'esistenza del patto, abbia «intenzionalmente»¹¹² agito in danno del debitore.

L'unico rimedio esperibile dall'esportatore può, allora, essere l'azione per il risarcimento del danno cagionato dal *forfaiter*, allorché questi si fosse, eventualmente, impegnato a non ritrasferire i titoli (ipotesi, tuttavia, poco probabile e ancor meno diffusa nella pratica)¹¹³ o, quantomeno, ad ottenere dai terzi cessionari il medesimo impegno di non agire nei confronti del traente. In quest'ultima ipotesi l'impegno del *forfaiter* integrerebbe una promessa del fatto del terzo la cui mancata realizzazione farebbe sorgere a suo carico l'obbligo di indennizzare il beneficiario. In ragione delle molteplici problematiche appena evidenziate, appare, dunque, chiaro che per l'esportatore è di gran lunga preferibile il ricorso ai pagherò cambiari, i quali, non integrando un suo impegno diretto, gli permettono, attraverso l'apposizione della clausola “senza rivalsa”, di liberarsi definitivamente da ogni responsabilità (salvo quanto si dirà a proposito della responsabilità per la validità dei titoli stessi)¹¹⁴.

Al di là dei profili appena considerati, sia le cambiali tratte che i pagherò si rivelano particolarmente utili per la realizzazione degli interessi delle parti. Essi,

¹¹² L'art. 1993 c.c. riproduce integralmente l'art. 21 l.c., preoccupandosi soltanto di sostituire l'avverbio « scientemente » che aveva suscitato, in dottrina e giurisprudenza, vive perplessità circa l'inquadramento del livello di consapevolezza e volontà richiesto, in capo al terzo, al fine di potergli opporre le eccezioni personali inerenti i rapporti tra debitore e il suo dante causa. Le opinioni si dividevano, infatti, tra coloro che affermavano la necessità dell'elemento psicologico del dolo (cfr., in proposito, W. BIGIAMI, *L'exceptio doli in diritto cambiario*, in *Foro it.*, 1938, IV, c. 177 s.) e chi riteneva sufficiente la sola mala fede. I dubbi sono stati risolti dall'art. 1993, comma 2 – norma di interpretazione autentica (v. Q. ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1996; F. MARTORANO, voce *Cambiale. I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 12) –, che ha optato per la soluzione più rigorosa, non ritenendo sufficiente né la conoscenza del patto, né la consapevolezza del terzo che esso non sia a lui opponibile. Il traente dovrà invece dimostrare l'accordo collusivo tra il terzo e il suo dante causa o, almeno, l'essersi determinato all'acquisto in virtù di un disegno speculativo, avvantaggiandosi, da un lato, di un prezzo calcolato in ragione dell'esclusione della garanzia del primo cedente e, dall'altro, dell'inopponibilità nei suoi confronti della medesima limitazione. V., in merito, anche M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 108 ss.

¹¹³ Cfr. G. PANZARINI, *Il forfaiting*, cit., p. 788 s., il quale consiglia ai pratici del settore, a fini preventivi, di ottenere l'inserimento nei contratti di forfaiting di una clausola con la quale il cessionario si impegni a non ritrasferire i titoli. Al di là della poca probabilità che il *forfaiter* accetti effettivamente delle clausole in tal senso le quali, precludendogli la possibilità di guadagnare sulla rinegoziazione degli stessi, farebbero venire meno uno dei suoi principali interessi nell'operazione, occorre peraltro rilevare che l'eventuale divieto di alienazione sarebbe comunque sottoposto ai limiti di cui all'art. 1379 c.c.

¹¹⁴ Come si vedrà, rimane in ogni caso in capo all'esportatore la responsabilità per l'eventuale invalidità dei titoli o delle sottoscrizioni.

infatti, si distinguono da altri strumenti di cessione del credito per la loro semplicità di forme, oltre che per la disciplina, sostanzialmente uniforme a livello internazionale, assicurata dall'*International Convention for Commercial Bills* di Ginevra del 1930¹¹⁵, la quale è, peraltro, di fatto osservata anche in molti dei Paesi non firmatari (quale è – presa qui ad esempio per la frequenza delle operazioni di *forfaiting* che si realizzano nel suo territorio – la Gran Bretagna)¹¹⁶. Gli effetti cambiari, infine, sono vantaggiosi anche perché permettono la suddivisione del credito in plurimi documenti i quali potranno essere autonomamente e separatamente ceduti dal *forfaiter* a terzi cessionari.

Queste considerazioni sono già sufficienti ad evidenziare le ragioni del ridotto interesse che, all'opposto, rivestono altre forme di trasferimento del credito, quali sono le lettere di credito¹¹⁷ e i crediti commerciali. Questi ultimi presentano

¹¹⁵ La Convenzione, che detta le norme di diritto materiale in materia di cambiali e vaglia cambiari (e alla quale si aggiungono le Convenzioni, firmate a Ginevra nella stessa data, che regolano, rispettivamente, alcuni conflitti di leggi e il diritto di bollo nella medesima materia), sono state promosse, intorno agli anni Venti, da una corrente formatasi con il favore della Società delle Nazioni. Si veda, per approfondimenti, A. MALATESTA, voce *Cambiale. III) Diritto internazionale privato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997.

¹¹⁶ Cfr. M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 1421 s.

¹¹⁷ I giudici inglesi, con una locuzione particolarmente efficace, descrivono le lettere di credito come « *the life blood of commerce* ». Attraverso le lettere di credito il soggetto acquirente ottiene da una banca (la c.d. *Issuing Bank*) l'emissione di titoli cambiari all'ordine del creditore beneficiario. Solitamente nella transazione interviene anche un'altra banca (la c.d. *Advising Bank*), del paese dell'esportatore, che può essere autorizzata ad accettare i titoli o – previa verifica della corrispondenza dei documenti esibiti dall'esportatore (attestanti l'avvenuta spedizione, l'origine e/o la qualità dei beni, nonché la polizza di assicurazione comprendente, talvolta, i rischi marini e di eventuali guerre) alle istruzioni impartite dall'importatore – al pagamento del prezzo in suo favore o, ancora, a negoziare i titoli medesimi. È evidente che, essendo il pagamento subordinato all'esecuzione delle istruzioni impartite dall'importatore, l'esportatore è posto nella rischiosa posizione di potersi vedere negato o ritardato il pagamento del prezzo ogni qualvolta il credito abbia carattere revocabile ovvero qualora sorgano contestazioni circa la regolarità dei documenti esibiti. A seconda degli accordi raggiunti con la *Issuing Bank*, inoltre, le lettere di credito potranno avere o meno carattere revocabile. Qualora sia previsto negli accordi contrattuali, infine, il beneficiario potrà giovare della *confirmation* proveniente dalla banca, che gli assicurerà l'esecuzione del pagamento dietro la presentazione dei documenti richiesti. Le parti possono anche stabilire che le lettere di credito siano trasferibili potendo, allora, il beneficiario utilizzare le stesse lettere di credito per ottenere un finanziamento. Le lettere di credito trasferibili sono, di conseguenza, automaticamente divisibili, tuttavia, esse possono essere trasferite solo una volta.

Le lettere di credito, particolarmente nella forma delle *stand by letters of credit*, sono piuttosto diffuse negli scambi commerciali statunitensi, dove l'istituto dell'avallo non trova riconoscimento giuridico.

Strettamente legata all'istituto delle lettere di credito è la dottrina della c.d. *strict compliance*. Essa deriva dalla stessa natura delle lettere di credito, le quali rappresentano una transazione bancaria separata dal rapporto sottostante, nel quale né la *issuing bank*, né la *advising bank* sono coinvolte. L'*advising* o *negotiating bank* agisce, infatti, nell'interesse del compratore. Qualora ecceda le istruzioni del compratore, potrà essere chiamata a rispondere dei danni da quest'ultimo subiti. Ciò ha dato luogo alla elaborazione della "*doctrine of strict compliance*" in base alla quale la banca deve rifiutare i documenti che non siano strettamente aderenti alle istruzioni del compratore. Le regole internazionali e le definizioni sulle responsabilità e i doveri di tutte le parti coinvolte in una lettera di

peculiarità che li rendono meno appetibili agli operatori. Oltre a necessitare di una documentazione maggiormente complessa, richiedono, infatti, molto spesso, il consenso dell'importatore al trasferimento e, inoltre, incorporando in un unico documento l'intero credito, ne ostacolano la divisione ai fini di una più semplice negoziazione.

Il *forfaiting* non serve soltanto a facilitare gli scambi internazionali. Esso costituisce, nel contempo, un'operazione di profitto e di investimento per il *forfaiter*. La facile negoziabilità degli effetti cambiari – i quali sono, oltretutto, generalmente espressi in valute c.d. “forti” (dollari Usa, Euro o Yen) – sul mercato secondario¹¹⁸ può, infatti, rappresentare un incentivo economico ben maggiore dello stesso compenso che gli deriva dalla detrazione dell'interesse al momento dell'anticipazione. Il ricorso agli effetti cambiari permette, appunto, di suddividere il credito (e i rischi ad esso inerenti) in plurimi documenti che possono ulteriormente circolare, anche nell'ambito di un'ulteriore operazione di *forfaiting*. Il valore intrinseco dei titoli è incrementato, inoltre, dalla garanzia offerta, in genere, da un istituto bancario di primaria importanza avente sede nel medesimo Stato dell'importatore e che, dunque, possiede maggiori strumenti e canali per valutarne la solvibilità¹¹⁹.

Occorre, in proposito, sottolineare che, a fronte dell'assunzione dei rischi per il mancato soddisfacimento dei crediti, il *forfaiter* generalmente richiede che una

credito sono attualmente raccolte nello *Uniform Customs and Practise for Documentary Credit– UCP 600* – la cui ultima revisione risale al 2007.

Per approfondimenti in proposito, cfr. M. LÜTSCHG-EMMENEGGER, *op. cit.*, p. 21 ss.

¹¹⁸ Con la dizione “mercato primario” ci si riferisce all'acquisto da parte del *forfaiter* delle cambiali dall'esportatore. In tali operazioni il *forfaiter* è generalmente messo nella posizione ottimale per verificare che la transazione sottostante il titolo di credito sia stata pienamente soddisfatta, anche se non è chiaramente definito il grado della diligenza da lui dovuta. La clausola “senza rivalsa” comunque vale sia per i *forfaiter* primari che secondari, a meno che non sussista una frode nella transazione. In mancanza della dovuta diligenza nel market primario, il market secondario non potrebbe funzionare propriamente. Il c.d. “mercato secondario” è quello nel quale la banca cessionaria delle cambiali le rivende ad altri soggetti e, più in generale, tutte le vendite che si susseguono. In questo caso le transazioni avvengono tra istituti che non hanno un contatto diretto con l'esportatore ed è, pertanto, presupposto indefettibile per il corretto funzionamento delle operazioni, che sussista la dovuta diligenza fin dalla prima cessione nel mercato primario. Mentre il mercato primario appare florido e in crescita (sebbene sia difficilmente quantificabile per via della natura privata della transazione e dell'assenza di pubblicità), il mercato secondario negli ultimi anni registra una flessione, probabilmente dovuta all'interesse dei *forfaiters* a trattenere i titoli fino alla scadenza, soprattutto quando la scadenza non è superiore ai sei mesi. Cfr., in argomento, A RIPLEY, *op. cit.*, p. 132 ss.; M. LÜTSCHG-EMMENEGGER, *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁹ In proposito, v. E. TAVERNIER, *op. cit.*, c. 289, il quale rileva che « l'elemento più importante per piazzare le cambiali sul mercato è la qualità della garanzia fornita dalla banca locale dell'importatore ». Al fine di garantire la sicurezza del trasferimento nel mercato secondario il nuovo cessionario, di regola, pretende che siano certificate dalla banca del paese dell'importatore la regolarità e l'autenticità delle sottoscrizioni dei documenti negoziati.

banca di suo gradimento o altro istituto di forte solvibilità a livello internazionale presti garanzia per i titoli di cui egli è cessionario mediante, nella maggior parte dei casi, avallo dell'obbligazione cartolare¹²⁰ o con lettera di garanzia "a prima richiesta" (*on first demand*)¹²¹.

Dette garanzie – che il *forfaiter* pretende contengano l'assunzione da parte della banca di un impegno incondizionato e irrevocabile – così come i diritti acquistati, si qualificano per la loro astrattezza e autonomia, rispetto all'obbligazione principale, al punto che, in genere, il *forfaiter* è solito realizzare i suoi crediti mediante l'esazione dei titoli direttamente presso la stessa banca garante, la quale si rivale, in una fase successiva, sull'importatore¹²².

Il *forfaiting* ha conosciuto, nell'esperienza più recente, una sua capillare diffusione che può essere ricollegata anche ad una sua diversa funzione. Se esso si è sviluppato, dapprima, come sistema di negoziazione senza rivalsa dei titoli di credito, ha infatti, poi assunto una funzione eminentemente finanziaria. Ciò è particolarmente incentivato dal fatto che la maggior parte dei paesi occidentali – e, tra essi, l'Italia – incoraggiano le esportazioni attraverso la predisposizione di forme di assistenza e di garanzia in favore degli esportatori. Se l'operazione viene finanziata, per l'85% del suo valore, attraverso le agevolazioni statali, il restante 15% può essere facilmente soddisfatto attraverso il ricorso ai titoli cambiari avvallati dalla banca dell'importatore e dalla loro cessione senza rivalsa.

Quanto appena osservato risulta facilmente evincibile dalla considerazione di quelle ipotesi in cui i titoli sono emessi direttamente dall'esportatore per essere ceduti ad una banca di sua fiducia che li sconterà senza rivalsa. Manca, in questi casi,

¹²⁰ L'ordinamento inglese riconosce la validità della girata ma non conosce l'istituto dell'avallo, il quale non trova spazio nel *Bills of Exchange Act* del 1882. Ciononostante esso si è inserito nella pratica commerciale e le banche inglesi sono abituate ad inserire nei documenti di credito la formula « *good for aval* ». Cfr., in proposito, A. RIPLEY, *op. cit.*, p. 138.

¹²¹ Sul punto, v. M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 1422, nota 13, che rileva come ciò sia dovuto all'impossibilità, per il *forfaiter*, di potersi facilmente accertare circa le capacità di adempimento del soggetto importatore. Si veda anche E. TAVERNIER, *op. cit.*, c. 289 s. il quale richiama l'attenzione degli operatori sull'accertamento circa la capacità, nel Paese di riferimento, dell'avallo di essere fonte di obbligazioni. In alcuni Paesi non firmatari della Convenzione di Ginevra (ad es. USA, Inghilterra, Canada, ma anche altri), infatti, l'istituto – sebbene rivesta forme più semplici e immediate – non è conosciuto né, tantomeno, è idoneo a far sorgere obbligazioni. Infine, v. C. BAULI, *op. cit.*, p. 329, il quale ricorda, come la garanzia non sia necessaria qualora il credito sia incorporato in una lettera di credito in una stand-by letter, « costituendo tali strumenti già un impegno inderogabile della banca che li emette ».

¹²² Cfr. G. GARIONI, *op. cit.*, p. X, il quale nota come siano, invece, rari i casi in cui il *forfaiter*, assume personalmente i rischi dell'operazione, rinunciando all'avallo o alla garanzia bancaria; ciò può avvenire, talvolta, « per debitori corporate primari nei rispettivi paesi ».

l'intervento dell'importatore o, comunque, risulta assente ogni riferimento al rapporto commerciale sottostante e l'emissione dei titoli avviene per l'interesse del soggetto emittente ad ottenere una loro immediata liquidazione¹²³.

Fatte queste premesse, finalizzate a contestualizzare il *forfaiting* nella realtà economico-giuridica in cui si inserisce, l'attenzione deve ora concentrarsi sull'elemento costitutivo ed essenziale della fattispecie e dalla quale la stessa prende, peraltro, il nome. L'obiettivo principale che l'esportatore intende raggiungere attraverso il ricorso al *forfaiting* è, come si è detto in precedenza, quello di soddisfare i suoi diritti di credito (nascenti dai rapporti di fornitura di beni o prestazione di servizi ad un acquirente straniero) mediante la loro cessione ad un terzo il quale gli anticipa l'importo corrispondente e sopporta i rischi per la loro mancata realizzazione. Il *forfaiter*, che interviene nell'operazione rendendosi cessionario dei crediti, al momento dell'anticipazione del loro importo nominale, procede a decurtarne immediatamente l'interesse, stabilito in un tasso fisso predeterminato e calcolato, sulla base dei rischi e dei costi dell'operazione, al momento della cessione (che avviene, appunto, *a forfait*)¹²⁴.

La forfettizzazione, operazione lunga e complessa, si sviluppa in tre momenti principali. Il primo integra una fase preparatoria nella quale non sorgono ancora obbligazioni a carico delle parti e prende avvio dall'iniziativa del soggetto esportatore il quale, per il tramite della sua banca di fiducia, sollecita al *forfaiter* un'offerta in ordine al tasso praticabile all'anticipazione. In questa prima fase l'intervento del *forfaiter* è limitato a predeterminare, a titolo meramente indicativo, il tasso di interesse, calcolato sulla base dei dati informativi che gli fornisce lo stesso esportatore. Dette informazioni riguardano, principalmente, i soggetti coinvolti, l'affare che intendono concludere, il suo oggetto e le modalità di esecuzione. È da notare che uno degli aspetti che per il *forfaiter* hanno rilevanza essenziale riguarda la natura, commerciale o finanziaria, dell'affare. Egli preferisce acquistare titoli che siano stati utilizzati come mezzi di pagamento di forniture (*trade-backed papers*),

¹²³ In argomento, A. RIPLEY, *op. cit.*, p. 135 ss., il quale compie un'accurata analisi delle diverse possibilità di utilizzo dello "sconto senza rivalsa".

¹²⁴ V., però, A. WARD, *The nature of negotiation under documentary credits*, in *Journal of International Banking Law*, 1999, p. 293, il quale rileva l'attitudine delle banche scandinave – qualora si trovino ad operare con soggetti di riconosciuta solvibilità – ad accreditare al beneficiario l'intero valore del titolo *without recourse*, dopo essersi accertate della corrispondenza dei documenti alle condizioni del credito. In tali ipotesi viene addebitato un costo sulla base del tempo trascorso tra la negoziazione e il rimborso ma il cliente riesce ad ottenere, in sostanza, gran parte dei benefici che avrebbe in forza di una *confirmation* senza aver pagato per essa.

piuttosto che effetti utilizzati quali strumenti di credito con un'impropria funzione di garanzia (*financial papers*). I primi, infatti, sono evidentemente indicatori di una maggior solidità finanziaria del debitore principale¹²⁵. Le informazioni ottenute preliminarmente dal *forfaiter* sono, peraltro, utili all'esportatore al fine di stabilire in modo preciso il prezzo della fornitura, il quale dovrà inglobare, com'è ovvio, i costi per la forfettizzazione del credito.

Quando l'esportatore gli avrà comunicato notizie più dettagliate circa i termini e le modalità dell'affare commerciale sottostante, il *forfaiter*, valutata l'opportunità o meno di acquistare i titoli, indica il tasso applicabile e formula all'esportatore un'offerta (*offer or commitment offer*)¹²⁶. Si passa, in questo modo, alla seconda fase, il c.d. periodo di opzione, durante il quale, seppure sia ancora incerta la definitiva conclusione del contratto principale, il *forfaiter* resta vincolato all'offerta proposta fino alla comunicazione, per iscritto, da parte dell'esportatore della propria accettazione o, in ogni caso, sino alla scadenza del termine fissato per tale comunicazione (*expiry of offer*). Nella sua offerta il *forfaiter* indica, tra l'altro, i tassi di interesse applicati, rispettivamente, al periodo di opzione (*option fee*)¹²⁷ e al successivo ed eventuale periodo di impegno (*commitment fee*)¹²⁸.

Il periodo di impegno decorre dal momento in cui l'esportatore comunica al *forfaiter* l'avvenuta conclusione dell'affare con l'importatore, sino alla forfettizzazione effettiva dei titoli che avviene immediatamente dopo la spedizione delle merci all'importatore. In tale intervallo temporale l'esportatore cura, per il tramite della propria banca di fiducia, l'emissione dei pagherò – o, in alternativa, l'accettazione delle tratte – da parte dell'importatore, vi appone la girata in favore del

¹²⁵ In questo senso, M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 1424.

¹²⁶ Una comunicazione sufficientemente dettagliata dell'esportatore, com'è stato rilevato, potrebbe peraltro comportare il sorgere di qualche primo impegno da parte del medesimo. Potendo configurarsi la sussistenza di un invito a proporre, infatti, si è ventilata la possibilità che l'esportatore il quale, successivamente alla sua comunicazione specifica e particolareggiata, revochi o modifichi sensibilmente la sua iniziale proposta possa essere chiamato a risponderne a titolo di responsabilità precontrattuale. In questo senso, cfr. S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 278.

¹²⁷ Il periodo durante il quale il *forfaiter* resta vincolato alla sua proposta è talvolta fissato in 48 ore; in altri casi il margine di tempo concesso può essere anche di 3, 6 o 9 mesi. Soprattutto nei casi in cui questo sia più lungo, viene prevista la specifica commissione anche per il periodo di opzione, calcolata sulla base del valore nominale dei titoli.

¹²⁸ Esse compensano il *forfaiter* per tenere ferma la linea di credito per l'obbligato o il garantito e per il rischio-nazione implicato. Quando è commisurato ad un tasso fisso, il *commitment fee* compensa il *forfaiter* anche delle variazioni dei tassi di interesse. Il *commitment fee* è normalmente corrisposto in anticipo, mensilmente o trimestralmente, ed è calcolato su base proporzionale (ad es. sugli effettivi giorni decorsi). Di norma non può essere rimborsato se i documenti non vengono consegnati o se sono consegnati in ritardo. Prende, inoltre, il nome di *commitment* il documento che viene redatto in questa fase per contenere le condizioni generali dell'operazione o, per meglio dire, per accogliere la proposta formulata dal *forfaiter*.

forfaiter (con la clausola “senza garanzia”) e si adopera perché l’istituto garante prescelto dal *forfaiter* predisponga la lettera di garanzia o apponga l’avvallo sui titoli. Quanto appena descritto rende evidente, dunque, come sull’esportatore ricada la responsabilità per l’eventuale invalidità dei titoli e dei diritti incorporati qualora dipendano dal difetto di autenticità delle sottoscrizioni o di legittimazione dei soggetti firmatari.

I titoli così predisposti e mancanti unicamente della prova della spedizione delle merci oltre che delle date di emissione – di regola coincidenti con quella dell’imbarco – vengono quindi depositati presso un istituto di fiducia comune all’esportatore e al *forfaiter* (*trust deposit*). Una volta ricevuti i documenti attestanti l’effettivo imbarco delle merci e verificata la sussistenza di tutte le autorizzazioni e dei permessi eventualmente necessari, il medesimo istituto – dopo averli completati con i dati mancanti – li trasmette al *forfaiter* il quale li acquista e ne accredita il valore complessivo – dedotto, come si è detto, il tasso di forfettizzazione secondo il suo ricalcolo definitivo¹²⁹ – all’esportatore. A questo punto, salvo l’insorgere di eventuali aspetti patologici, l’operazione può dirsi conclusa. Sarà infatti cura dell’istituto di *forfaiting* presentare, alle rispettive scadenze, i titoli alla banca garante per l’incasso, la quale, a sua volta, si rivarrà sul debitore.

Deve, peraltro, segnalarsi che l’incremento delle operazioni di *forfaiting* ha determinato, come era prevedibile, un parallelo incremento delle ipotesi di frode poste in essere attraverso la messa in circolazione di lettere di credito e di titoli di credito contraffatti, ma anche di documenti di garanzia falsi¹³⁰.

¹²⁹ Il tasso di sconto « può essere un tasso nominale prefissato o essere pari ad uno *spread* sui cosiddetti *matching Libors*, cioè sul costo della raccolta al momento effettivo dello sconto (la seconda ipotesi è spesso utilizzata per periodi di *commitment* piuttosto lunghi) ». In questi termini, G. GARIONI, *op. cit.*, p. VII e X. Come osserva l’Autore, il prezzo dello sconto, che varia in funzione del rischio di credito, del merito creditizio del debitore e della durata della dilazione di pagamento, è condizionato altresì dalle valutazioni, in prospettiva, circa l’evoluzione del rischio: « tale margine aumenta se la situazione di un determinato paese o lo standing di un determinato debitore sono visti in via di deterioramento, e viceversa diminuisce se il rating di un paese o di un debitore migliorano ».

Si noti, inoltre, che spesso al tasso di sconto applicato dal *forfaiter* tiene conto dei c.d. *grace days*, che riflettono il tempo che normalmente è necessario per eseguire il pagamento nella nazione coinvolta. Nel calcolo dei ricavi netti questi “giorni di grazia” sono sommati agli effettivi giorni che intercorrono dalla cessione del credito fino alla data del pagamento e sono volti a indennizzare il *forfaiter* per il ritardo che deve sopportato perché si realizzi l’incasso nella sua nazione. I giorni di grazia rappresentano una parte del costo del *forfaiting* e non sono rimborsabili. È opportuno segnalare che ogni altra perdita risultante da un ulteriore ritardo nel pagamento, comunque, deve essere sostenuta dal *forfaiter* o dal possessore del titolo alla sua scadenza.

¹³⁰ Per un’analisi del fenomeno si veda M. LÜTSCHG-EMMENEGGER, *op. cit.*, p. 78. La giurisprudenza anglosassone non ha, invece, chiarito se dal *forfaiter* primario che aliena i titoli ad un successivo *forfaiter* possa pretendersi, senza voler aggirare la clausola “senza garanzia”, di usare la

2. La fase conclusiva del rapporto si compie con la cessione degli effetti cambiari e l'anticipazione del loro valore nominale (salva la decurtazione di cui si è detto). La cessione si caratterizza per l'apposizione, alla girata¹³¹, della clausola « senza rivalsa » o, altrimenti detta, « senza garanzia », « senza regresso » o « à forfait »¹³². Si tratta di una clausola meramente contrattuale, con la quale si stabilisce la liberazione del cedente da qualsiasi responsabilità che possa sorgere dopo il trasferimento dei titoli.

In merito all'esclusione di responsabilità occorre, però, fare delle precisazioni. L'inserimento della clausola, infatti, non solleva l'esportatore-cedente da ogni tipo di responsabilità. Essa lo esonera soltanto dal dover garantire il *nomen bonum*, ma egli continuerà a rispondere del *nomen verum*. Egli non è, quindi, liberato per il caso in cui i titoli ceduti risultino diversi da quelli oggetto del programma negoziale e, in particolare, per l'ipotesi in cui siano invalidi ovvero non validamente avallati o altrimenti garantiti¹³³. La girata senza rivalsa, infatti, non vale ad escludere l'obbligo che grava in capo all'esportatore, ai sensi dell'art. 1266 c.c., di garantire l'esistenza, al « momento della cessione »¹³⁴ del credito¹³⁵. Detto in altri termini,

dovuta diligenza per esaminare la transazione commerciale sottostante e per accertare che lo stesso impegno della banca garante sia stato assunto secondo buona fede. A differenza dei *forfaiter* successivi, infatti, il primo di essi ha la possibilità di chiedere ulteriori attestazioni alle parti contrattuali adoperandosi per limitare al minimo le possibilità che siano messi in circolazione documenti falsi. In caso contrario, così come in caso di frode, si dovrebbe ammettere che il possessore del titolo non onorato agisca nei confronti del *forfaiter*. Si tratta di un onere più pratico che giuridico che trova giustificazione nella necessità di flessibilità e di speditezza che deve contraddistinguere l'operazione. Ciò, poi, si spiega con la circostanza per cui, di norma, il *forfaiter* primario tende a non voler rivelare il nome dell'esportatore suo cliente, inducendo i *forfaiter* successivi ad aspettarsi da lui un maggior grado di diligenza senza, con ciò, essere sollevati dalla loro responsabilità di acquistare e rivendere dei titoli validi. Cfr., sul punto, anche A. RIPLEY, *op. cit.*, p. 132 e p. 140.

¹³¹ La girata, oltre a trasferire la legittimazione all'esercizio dei diritti incorporati nel titolo e a costituire la responsabilità, di regresso, del girante, serve anche a certificarne la proprietà. Per approfondimenti su forma e funzioni della girata, v. F. FERRARA JR., *La girata della cambiale*, Roma, 1935, p. 258 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1982, p. 252 ss.; F. MARTORANO, *op. cit.*, p. 12 ss.

¹³² La clausola « senza garanzia » era espressamente prevista dall'art. 259, comma 2, del cod. comm. del 1882. Da essa si distingue la « clausola non all'ordine, che fa sì che il girante possa vietare una nuova girata, escludendo la rivalsa cambiaria di tutti i successivi giratari del titolo, eccettuato quello immediato ». In questi termini, M. PITTALIS, *op. cit.* p. 1434, che rimanda ad A. PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, p. 314.

¹³³ Vedi, sul punto, E. TAVERNIER, *op. cit.*, p. 300; G. PANZARINI, *op. ult. cit.*, p. 785 ss.

¹³⁴ Cfr. M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 160, la quale osserva che, in ossequio al dato letterale della norma codicistica, la responsabilità dell'esportatore non si estende ai casi in cui i titoli siano divenuti invalidi o inefficaci per cause sopravvenute. Concorde con questa interpretazione, S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 289.

quindi, l'esclusione di responsabilità del cedente riguarda soltanto la mancata o inesatta riscossione dei titoli. Nell'ipotesi in cui il cessionario non sia riuscito ad ottenere – dal debitore o dalla banca garante – la prestazione (per ragioni di natura commerciale, economica o politica, ma non, invece, per eventuali vizi dei titoli) non potrà, dunque, rivalersi sul cedente.

Si noti che anche nel sistema anglosassone è ammessa una liberazione del cedente (sia nel mercato primario che in quello secondario) da ogni responsabilità attraverso l'apposizione della clausola « *without recourse* ». Quest'ultima, tuttavia, non ha effetto nelle ipotesi di acclarata frode¹³⁶. Deve, infine, osservarsi come la normativa contenuta nello *Uniform Commercial Code* (UCC) – al quale si conforma, in materia, la *United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes* adottata dall'Uncitral (artt. 44(2) e 45) – evidenzia come, attraverso l'apposizione della clausola « *without recourse* », soltanto le garanzie derivanti dalla girata sono escluse in toto, mentre la garanzia derivante dalla cessione è limitata ad assicurare di non avere conoscenza di azioni proposte da terzi. Tale ultima distinzione non è, invece, stata accolta dalla Convenzione di Ginevra che, all'art. 9, non permette al traente di liberarsi dalla responsabilità. Al fine di evitare

¹³⁵ In questo senso, M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 1425, la quale ribadisce che, in tutti i casi, grava « sull'esportatore la responsabilità in ordine all'invalidità degli effetti e delle obbligazioni ivi incorporate, per difetto di autenticità delle sottoscrizioni o di legittimazione dei soggetti firmatari ». Si veda, altresì, S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 288, il quale specifica che « l'esportatore, dunque, risponde della regolarità formale dei titoli oggetto della cessione che dovranno essere conformi alle prescrizioni vigenti nello Stato ove saranno esigibili, nonché essere corredati dei visti e delle autorizzazioni eventualmente necessarie al trasferimento di valuta ». Anche la giurisprudenza, per quanto risalente, si è pronunciata nel medesimo senso, affermando che la garanzia circa l'esistenza del credito (e, perciò, della validità delle sottoscrizioni da cui esso origina) può dirsi esclusa soltanto mediante la clausola « senza nostra garanzia e a vostro rischio »: Cass., 2 febbraio 1938, n. 332, in Foro it., 1938, I, 1, c. 310. Cfr., sul punto, L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Le leggi cambiarie nell'interpretazione della giurisprudenza*, Milano, 1969, p. 132. Si veda, in proposito, anche A. ZACCARIA, *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 340 ss.; M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 135, ritiene, inoltre, che la garanzia del cedente integri anche la “bona fide transaction”, ovvero l'assicurazione di aver correttamente adempiuto alla consegna della fornitura principale. In proposito, altri rilevano, però, che detta garanzia deve ritenersi operante solo qualora abbia formato oggetto di specifica clausola del contratto di forfaiting. Per quest'ultima opinione, cfr. S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 288.

¹³⁶ Cfr., sul punto, M. LÜTSCHG-EMMENEGGER, *op. cit.*, p.13. In proposito una corte statunitense ha osservato che le uniche eccezioni opponibili al *forfaiter* attengono alle seguenti ipotesi: « (1) *the notes are not valid*; (2) *the guarantee was not valid at the time of issuance, or, possibly, (3) the transaction involved was not as represented* ». In questi termini si è espressa la United States District Court, Southern District of New York, 29 settembre 1992, nel caso *AI Trade Finance, Inc v Centro Internationale Handelsbank Ag*. Non risulta, invece, chiarito se il *forfaiter* che trasferisce un titolo senza rivalsa possa essere chiamato a rispondere della successiva scoperta frode da parte del traente o dell'emittente del document. Si veda, in proposito, M. LÜTSCHG-EMMENEGGER, *op. cit.*, p. 85.

Sulla responsabilità del cedente in un'ipotesi in cui era stata apposta la clausola « *without recourse* », cfr. un “*old case*” deciso dalla giurisprudenza statunitense: *Dumont v Williamson* (1867), LT 71, p. 72.

contrasti che potrebbero sorgere nella fase esecutiva del rapporto è, pertanto, opportuno che le parti superino ogni ambiguità in relazione al concetto e all'ambito di operatività della clausola « *without recourse* ».

In ogni caso, pare utile sottolineare che la clausola « *without recourse* » deve essere apposta sul titolo, perché se fosse contenuta in un separato contratto sarebbe efficace soltanto nei rapporti tra le parti del contratto ma – in applicazione dei generali principi di relatività del contratto – non sarebbe in alcun modo opponibile agli ulteriori cessionari.

È opportuno, altresì, segnalare che il *forfaiter*, di regola, pretende che i titoli di credito, di cui si rende cessionario, siano garantiti da un istituto di credito di primaria importanza a livello internazionale o, comunque, a lui gradito. Nella maggioranza delle ipotesi, detta garanzia è prestata – anziché mediante avallo degli effetti – attraverso un autonomo documento (denominato *letter of guarantee*) con il quale il garante si impegna a soddisfare il credito “a prima richiesta”. La garanzia prestata deve, cioè, essere autonoma e incondizionata rispetto all'obbligazione garantita. Si è in proposito osservato che la mera apposizione della clausola “a prima richiesta” non è sufficiente a connotare di autonomia l'obbligo del garante, dovendo, invece, tale conclusione rappresentare l'esito di un'indagine interpretativa, circa la reale volontà delle parti, condotta sulla base dei generali principi di ermeneutica¹³⁷.

La garanzia autonoma, che viene rilasciata dalla banca su richiesta dell'importatore-debitore, ha suscitato molteplici dubbi in dottrina in ordine alla possibilità che essa possa essere fatta oggetto di trasferimento a terzi anche in assenza di un consenso esplicito del garante. Stando alla lettera dell'art. 1263 c.c. – il

¹³⁷ S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 289 s., specifica, peraltro, che « rappresentano indici significativi del carattere astratto della garanzia prestata talune formule che, spesso, sono aggiunte a completamento della previsione di pagamento “a prima richiesta” si allude al caso in cui detta clausola sia corredata dalla precisazione “senza contestazioni e/o senza sollevare eccezioni di sorta” cui spesso fa seguito l'espressione “in base all'insindacabile giudizio del beneficiario” cui, talvolta, si antepone l'avverbio “incondizionatamente” ». Dal documento deve, dunque, apparire chiara e indubitabile la volontà delle parti di costituire un diritto di garanzia completamente slegato dal rapporto garantito, non essendo sufficiente allo scopo il mero utilizzo di una pattuizione che potrebbe configurarsi come clausola di stile. Per approfondimenti circa la clausola di pagamento a prima richiesta, si vedano S. MONTICELLI, *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, Napoli, 2004, p.44; S. MONTICELLI, in S. MONTICELLI-L. RUGGERI, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 240 ss. In merito alle garanzie autonome si rimanda a G.B. PORTALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria*, in *Jus*, 1977, p. 3 ss., che ha coniato la denominazione italiana del “contratto autonomo di garanzia”; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, I, p. 186 ss.; ID., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, p. 73 ss. Si vedano anche C. DE SIMONE, *Nel «genus fideiussioni»: la garanzia «automatica» bancaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1977, I, p. 85 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La circolazione delle garanzie bancarie autonome e i termini della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, I, p. 561 ss.

quale stabilisce, com'è noto, che, insieme con il credito, sono ceduti i diritti e le garanzie ad esso accessori – la stessa norma non dovrebbe applicarsi alla garanzia a prima richiesta, caratterizzata, appunto, dalla sua autonomia rispetto al rapporto principale¹³⁸. Ciò vorrebbe, però, significare che, in occasione di ogni cessione dei titoli, dovrebbe ottenersi un nuovo consenso, da parte dell'istituto garante, alla cessione contestuale della garanzia. Dando maggiore peso al complesso delle finalità e degli interessi sottesi all'operazione di *forfaiting* e ai rapporti ad esso collaterali si deve, tuttavia, osservare che, essendo la garanzia concessa *ab origine* al fine di agevolare le successive cessioni, essa non può comunque considerarsi completamente slegata dalle vicende traslative che interessano gli effetti cambiari garantiti¹³⁹. La garanzia autonoma, dunque, deve poter liberamente circolare insieme ai titoli e il suo trasferimento potrà essere legittimamente opposto al garante una volta che allo stesso la cessione (o le plurime cessioni qualora il credito sia suddiviso in più titoli) sia stata notificata¹⁴⁰.

3. Il coinvolgimento di soggetti appartenenti a Paesi diversi crea, nel *forfaiting*, il problema dell'individuazione della legge nazionale ad esso applicabile e del giudice competente.

I contratti di *forfaiting* – che peraltro non fanno frequente ricorso alla forma scritta¹⁴¹ – in genere non contengono clausole attributive della giurisdizione. In tali casi si ritiene solitamente che questa debba essere riconosciuta al giudice del luogo di pagamento della cambiale.

In relazione alla disciplina applicabile alle obbligazioni incorporate nei titoli di credito oggetto della cessione, un primo punto fermo è offerto dalla Convenzione sui conflitti di legge in materia di cambiale e di vaglia cambiario – firmata a Ginevra

¹³⁸ Per rapporto principale sembra fuor di dubbio che debba qui intendersi quello cartolare integrato nel titolo e non il rapporto fondamentale tra l'esportatore e l'importatore.

¹³⁹ Cfr. S. MONTICELLI, *Il forfaiting dei crediti all'esportazione*, cit., p. 290 ss., il quale osserva inoltre che il criterio di accessorietà, richiamato dall'art. 1263 c.c., deve essere « in certa misura ridefinito e stemperato considerando il dettato degli artt. 2011 c.c. e 18 L.c. Che introducono il parametro della "inerenza" al titolo ».

¹⁴⁰ Il problema, non soltanto dogmatico, induce solitamente i tecnici del settore a richiedere nei documenti di garanzia l'inserimento di un'espressa clausola che ne assicuri la libertà di trasferimento a terzi. Si veda, in proposito, il *Manuale della forfeizzazione*, pubblicazione della *Finanz AG Zurich*, p. 12.

¹⁴¹ Cfr. M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 1433, la quale osserva che « nella quasi totalità dei casi [...] i titoli costituiscono l'unica traccia scritta dell'avvenuta forfeizzazione e delle sue modalità ».

il 7 giugno 1930 (resa esecutiva in Italia con il r. d. l. 25 agosto 1932, n. 1130)¹⁴² – cui rimanda l’art. 59 della l. n. 218 del 1995, recante la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

Per quanto riguarda, infine, il diritto sostanziale applicabile, i contratti di *forfaiting*, in genere, risultano regolati dalle leggi degli Stati in cui hanno sede le principali piazze finanziarie nel cui ambito si conclude questo genere di affari. Relativamente all’Europa, quindi, occorre riferirsi, particolarmente, alle legislazioni svizzera ed inglese, essendo Zurigo e Londra i luoghi tradizionalmente deputati alla conclusione di operazioni di *forfaiting*¹⁴³.

Venendo ora all’esame delle ipotesi in cui al contratto risulti applicabile la legge italiana, e constatato che esso, nel nostro ordinamento, si presenta come fattispecie negoziale atipica, dovrà procedersi alla sua qualificazione giuridica per poterne individuare la disciplina.

Il *forfaiting* è attualmente richiamato dall’art. 1, comma 2, lett. f), punto 2) del testo unico bancario (d. lgs. n. 385 del 1993), il quale lo inserisce tra le « attività ammesse al mutuo riconoscimento » e, specificamente, tra le « operazioni di prestito », includendolo nel « credito commerciale ». Il medesimo testo legislativo non contiene, tuttavia, alcuna definizione.

¹⁴² La Convenzione, informata al principio dell’autonomia delle singole obbligazioni cartolari, stabilisce che la legge applicabile a ciascuna di queste debba essere determinata autonomamente e possa, perciò, risultare diversa da quella applicabile alle altre obbligazioni pure nascenti dal medesimo titolo. La Convenzione, inoltre, indica criteri distinti, per l’individuazione delle leggi disciplinanti la capacità ad assumere l’obbligazione cambiaria, la forma e il loro contenuto sostanziale. In relazione alla capacità, l’art. 2 richiama la legge dello stato dell’obbligato; l’art. 3, 1° comma, prevede, invece, che i criteri formali applicabili siano quelli del luogo in cui la sottoscrizione è apposta – pur lasciando, il terzo comma, la facoltà per gli Stati contraenti di ritenere in ogni caso formalmente valide nel proprio territorio e nei confronti dei propri cittadini le obbligazioni cambiarie da questi ultimi assunti all’estero in conformità alla legge nazionale. La legge applicabile al contenuto sostanziale delle obbligazioni, infine, è indicata, per le obbligazioni principali (sono tali quella dell’accettante nella cambiale tratta e quella dell’emittente nel vaglia cambiario), nella legge del luogo del pagamento, mentre le obbligazioni di regresso (del traente, del girante e dei loro avallanti) risultano regolate dalla legge del luogo in cui è stata apposta la sottoscrizione. Su tali profili, cfr. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, Padova, 2011, p. 293 ss., nonché, in particolare, per le considerazioni circa le difficoltà pratiche e interpretative cui il principio di autonomia dà luogo, ad A. MALATESTA, *op. cit.*, p. 4 ss., il quale rileva che, nel commercio internazionale, l’applicazione di leggi distinte alle singole obbligazioni cambiarie determina incertezza nel portatore in merito ai diritti acquistati – giungendo a un risultato contrastante con la stessa finalità di tutela che l’autonomia dei rapporti, di norma, realizza. L’Autore dà inoltre conto del tentativo, finora rimasto incompiuto per il mancato raggiungimento del numero minimo di adesioni, di dare efficacia alla Convenzione UNCITRAL sulla cambiale internazionale (adottata nel 1988) la quale avrebbe dovuto realizzare un modello di disciplina comune applicabile anche agli Stati non firmatari della convenzione ginevrina (p. 9 s.).

¹⁴³ Cfr. C. BAULI, *op. cit.*, p. 332 s.

Un qualche riferimento si riscontrava, inoltre, già nella c.d. legge Ossola (l. 24 maggio 1977, n. 227) – sostituita dal d. lgs. n. 143 del 1998¹⁴⁴ – la quale, all'art. 18 definiva « finanziarie » tutte le operazioni elencate dall'art. 2 della l. n. 265 del 1962, fra le quali erano inserite anche le erogazioni pecuniarie « contro cessione in garanzia totale o parziale di crediti » (lett. b), nonché il risconto di « effetti relativi a crediti a medio termine nascenti da esportazioni di merci e servizi » (lett. d).

L'operazione di forfezzazione, come si è detto in precedenza, consiste di più momenti nei quali sorgono per le parti vincoli di diversa natura. L'intera vicenda negoziale deve, perciò, essere esaminata nelle singole fasi di cui si compone, al fine di individuare gli effetti e gli impegni che per ciascuna delle parti via via sorgono e per ricostruirne, in ultima analisi, la qualificazione giuridica. Si è già detto che vincoli giuridici nascono, per le parti, soltanto con la proposta irrevocabile da parte del *forfaiter*. In questo momento può considerarsi concluso un vero e proprio contratto di opzione ai sensi dell'art. 1331 c.c.¹⁴⁵ Il *forfaiter*, infatti, è vincolato alla

¹⁴⁴ La legge Ossola, e poi il d.lgs. 143/1998, hanno notevolmente contribuito alla diffusione, anche nel nostro Paese, del ricorso al *forfaiting*, mediante la previsione di una serie di rilevanti vantaggi per l'esportatore e per gli stessi istituti finanziari che vi intervengono. Il legislatore italiano, infatti, ha stabilito, a favore dei primi, la possibilità di ottenere dall'Istituto Centrale per il credito a medio termine (Mediocredito centrale), ora sostituito da Sace s.p.a., un contributo pari alla differenza tra il tasso di interesse praticato dal *forfaiter* e il tasso contrattuale convenuto a carico dell'importatore per il pagamento dilazionato delle forniture di beni e servizi. Inoltre, gli Istituti di credito che intervengono nel ruolo di intermediari fra il singolo esportatore e il *forfaiter*, qualora ricorrano determinate condizioni, potranno beneficiare del riconoscimento di una provvigione, anch'essa a carico di Sace s.p.a., pari all'1% del valore nominale dei crediti o dei titoli ceduti.

I vantaggi descritti, peraltro, sono sottoposti alla condizione che siano rispettate le prescrizioni del *Gentlemen's Agreement*, più comunemente conosciuto come *Consensus*, il quale contiene l'accordo – cui sono pervenuti, nell'aprile del 1978, i Paesi aderenti all'OCSE – in materia di limitazione reciproca della concorrenza avente ad oggetto, particolarmente, i limiti alle agevolazioni creditizie all'esportazione. Tali restrizioni attengono ai massimi periodi di dilazione concedibili nei pagamenti, ai tassi di interesse minimi da applicare alle rateizzazioni medesime, nonché alla percentuale minima dei pagamenti in contanti. Sulla base di tali norme, infatti, solitamente le parti stabiliscono che l'importatore, contestualmente alla stipula del contratto o nell'intervallo di tempo esistente tra la sottoscrizione dell'ordine e la consegna delle merci, versi un corrispettivo per la fornitura per una quota del 15% e che la dilazione riguardi il residuo 85% del prezzo.

In considerazione delle limitazioni prescritte, le banche e gli altri istituti finanziari italiani non risultano incoraggiati a realizzare direttamente le operazioni di forfezzazione e sono, invece, indotti a fungere da intermediari nella ricerca, sul panorama internazionale, di altri soggetti che risultino altamente affidabili per gli esportatori italiani. Cfr. M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 1420. Negli ultimi anni, tuttavia, anche in ragione degli incentivi concessi al settore bancario italiano, gli istituti di credito italiani hanno iniziato a mostrarsi interessati a realizzare direttamente operazioni di *forfaiting* in relazione a crediti verso soggetti residenti in paesi industrializzati e qualificati da un basso profilo di rischio. Si veda in proposito, G. GARIONI, *op. cit.*, p. IX. L'Autore rileva, peraltro, che « l'attività diretta delle banche nel mercato del *forfaiting* è più limitata di quella degli istituti di *forfaiting*, perché le prime sono in genere poco inclini a intermediare le operazioni sul mercato secondario, cioè spesso acquistano pro-soluto i rischi rappresentati dai titoli di credito e li tengono in portafoglio fino alla scadenza ».

¹⁴⁵ Concordano in questo senso, tra gli altri, S. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, p. 279 e G. PORCELLI, *op. cit.*, p. 504.

sua dichiarazione, mentre l'esportatore ha la facoltà di accettarla o meno¹⁴⁶. La considerazione secondo cui il *forfaiter* si riserva, in questa fase, la possibilità di ricalcolare in misura definitiva il tasso di interesse, infatti, non vale ad escludere la sussistenza del contratto di opzione e l'impegno da esso derivante a suo carico, ma mira soltanto a introdurre nel rapporto un carattere di aleatorietà nel calcolo delle somme che dovranno essere corrisposte all'esportatore¹⁴⁷.

Gli obblighi si fanno più stringenti nel *commitment period*. Con l'accettazione dell'esportatore, infatti, sorgono obblighi reciproci. L'esportatore assume l'impegno di trasferire al *forfaiter* gli effetti cambiari non appena ne abbia la disponibilità materiale, mentre quest'ultimo si obbliga a pagarne il corrispettivo sulla base delle condizioni già stabilite nella proposta.

I dubbi esegetici che più hanno impegnato la dottrina si riferiscono, a ben vedere, al rapporto che scaturisce dall'accettazione dell'esportatore. Dalle disposizioni normative richiamate in precedenza sembrerebbe che il legislatore abbia voluto offrire un chiaro segnale all'interprete, indirizzandolo verso la qualificazione del rapporto in termini di contratto di credito.

In proposito uno spunto è offerto dalla legge n. 52 del 1991, la quale, avendo come obiettivo la regolamentazione, quantomeno, dei profili più incerti relativi al contratto di *factoring* – il quale pure realizza una cessione di crediti, sebbene non specificamente di natura cartolare¹⁴⁸ – può offrire importanti suggerimenti anche per il *forfaiting*. Oltre all'assenza, nel testo di legge, di ogni

¹⁴⁶ Le parti però possono prevedere che, in caso di mancata di presentazione dei titoli per lo sconto, sia applicabile una penale, di regola stabilita intorno al 2% flat (cioè in quota fissa a prescindere dall'arco temporale in cui il *forfaiter* si è impegnato a mantenere ferma la proposta). Una penale – meno onerosa – è, inoltre, prevista anche per il caso di ritardo nella presentazione dei titoli.

¹⁴⁷ In questo senso M. PITTALIS, *op. cit.*, p. e, da ultimo, S. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, p. 279, il quale precisa che « la facoltà di ricalcolo [...] costituisce null'altro che una clausola di adeguamento ed a copertura dei rischi finanziari derivanti dal lasso temporale che corre tra l'impegno assunto a tenere a disposizione dell'esportatore i fondi e l'effettiva cessione dei titoli ».

¹⁴⁸ Notevole appare evidenziare, in questa sede, che la normativa sul *factoring* prevede, all'art. 4, che effetto naturale del contratto è l'operatività, in capo al cedente, della garanzia circa la solvenza del ceduto, potendo, tale vincolo, essere derogato soltanto da una previsione esplicita delle parti.

I principali aspetti che distinguono il *forfaiting* dal *factoring* attengono all'oggetto della cessione (che, nel primo caso, riguarda la posizione di credito derivante da un determinato contratto di fornitura o dall'esecuzione di una specifica opera, mentre, nel secondo, attiene in genere a tutti i crediti, anche futuri, vantati dal cedente nei confronti del debitore ceduto); dalla permanenza in capo al *factor* della responsabilità per il mancato adempimento da parte del debitore, laddove, come si dirà, principale caratteristica del *forfaiting* è data dalla specifica esclusione di ogni azione nei confronti del cedente per l'inadempimento del credito; la natura dei crediti ceduti che, nel *forfaiting*, sono rappresentati da strumenti negoziabili e che, dunque, alimentano i mercati secondari, tendenzialmente inesistenti con riferimento alle operazioni di *factoring*. Sul punto, v. H.J. WATERMAN, *Forfaiting*, in *International Finance in the 1990s. Changelles and Opportunities*, Oxford, 1993, p. 241; M.LÜTSCHG-EMMENEGGER, *op. cit.*, 1998, p. 15.

riferimento alla natura – eventualmente – finanziaria dell'operazione di *factoring*, risulta interessante notare che in più occasioni (agli articoli 1, 4, 5 e 7) l'importo erogato dal cessionario a favore del cedente viene definito come « corrispettivo », rinvigorendo quegli orientamenti che, come si dirà, intravedono nel *forfaiting* uno schema causale più vicino alla compravendita che ai contratti di credito.

Con l'accettazione della proposta, e il passaggio al *commitment period*, sorgono, dunque, per le parti, reciproche obbligazioni. Si conclude un contratto ad effetti obbligatori in forza del quale l'esportatore assume l'impegno di trasferire, non appena gli saranno consegnati, validi titoli di credito. Il *forfaiter* si obbliga, invece, da parte sua, a pagare il corrispettivo della cessione alle condizioni previste nell'opzione. Obblighi che sono, infine, adempiuti mediante, da un lato, la cessione effettiva e, dall'altro, l'anticipazione dell'importo nominale del credito ceduto.

Descritta in questi termini l'operazione trova non poche somiglianze con lo schema negoziale della compravendita. Più specificamente, essa si qualificherebbe come vendita ad esecuzione istantanea ma differita, il cui oggetto di trasferimento sono, appunto, gli effetti cambiari¹⁴⁹.

È bene ricordare, tuttavia, che, negli effetti pratici, il risultato cui tende la forfetizzazione è, essenzialmente, la monetizzazione dei crediti d'impresa, realizzata attraverso una « conversione del *credit granted* in *cash received* »¹⁵⁰. L'interprete deve, perciò, interrogarsi sulla relazione su cui insistono la cessione dei titoli e l'accreditamento del denaro, al fine di identificarne la funzione economico-pratica e, dunque, la causa¹⁵¹.

Nell'anticipazione del valore nominale dei titoli ceduti potrebbe scorgersi, secondo una diversa ipotesi interpretativa, una funzione di finanziamento. Si è detto, infatti, che l'esportatore ha interesse a convertire in breve tempo gli effetti in moneta liquida. Sulla base di questo presupposto – e assumendo che sull'esportatore-finanziato gravi, perciò, l'obbligo di restituire la stessa somma di denaro – la cessione potrebbe a sua volta assumere una duplice valenza. Essa potrebbe, infatti, integrare una modalità di restituzione del finanziamento e configurarsi come *datio in*

¹⁴⁹ Con questa soluzione interpretativa concorda anche S. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, p. 280, il quale osserva che, stante l'istantaneità della cessione dei titoli e del pagamento del corrispettivo, deve escludersene la natura di contratto di durata.

¹⁵⁰ In merito, v. M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 1422 s., nonché G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, cit., p. 242 ss. e p. 611 ss.

¹⁵¹ V. M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 1430 ss., la quale esamina i criteri interpretativi che possono venire in soccorso al fine di qualificare il trasferimento dei titoli.

solutum, ai sensi dell'art. 1197 c.c. In alternativa il trasferimento dei titoli potrebbe integrare una prestazione a garanzia del corretto e puntuale adempimento. In entrambi i casi, comunque, la cessione troverebbe la sua giustificazione su una preesistente obbligazione di pagamento di una somma di denaro.

L'obiezione cui si espone la tesi di una funzione creditizia sta proprio nel dubbio che effettivamente, in virtù del rapporto negoziale, sorga un'obbligazione solutoria in capo all'esportatore. Né, peraltro, trova conferma la ricostruzione del trasferimento in termini di garanzia. Che si opti per l'una o per l'altra via, infatti, l'ostacolo è dato dal carattere di definitività che è proprio della cessione, la cui efficacia non è risolutivamente condizionata al mancato adempimento di una diversa obbligazione principale.

A favore della ricostruzione in termini di funzionalità traslativa della cessione si può osservare, al contrario, che il *forfaiter* decide di intervenire nell'operazione proprio al fine di acquisire i titoli oggetto della cessione e non si limita ad accettarli in luogo dell'adempimento originariamente dovuto. Gli effetti cambiari sono, infatti, considerati come beni a sé stanti, con un autonomo valore di mercato ed il loro acquisto da parte del cessionario avviene in vista di un successivo smobilizzo e di conseguenti guadagni.

A corroborare quest'ultima soluzione interpretativa soccorre anche il criterio temporale, elaborato da dottrina e giurisprudenza, che ha riguardo alla relazione tra il momento in cui si realizza la cessione e quello dell'anticipazione del valore monetario. Se tra le due prestazioni vi è contestualità temporale, infatti, la giurisprudenza rileva nella cessione una funzione di garanzia, salvo che essa si configuri come controprestazione di un contratto sinallagmatico. La causa di garanzia è presunta, inoltre, quando la cessione sia posta in essere dopo il sorgere del debito, ma anteriormente alla sua scadenza, salvo che se ne dimostri la natura di pagamento anticipato. Se, infine, la cessione si realizza dopo la scadenza, se ne ipotizza la natura soddisfattiva, salva la prova di aver voluto costituire una garanzia tardiva¹⁵².

Applicando tali parametri al *forfaiting*, operazione nella quale il debito del *forfaiter* sorge contestualmente alla cessione o, addirittura, in un momento di poco

¹⁵² Per approfondimenti circa la cessione in garanzia, v. M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, ne *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1988, p. 222 ss. (ove anche ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza).

successivo (ma mai anteriore), è evidente che la causa solutoria – fondata invece su un’obbligazione preesistente – deve necessariamente essere esclusa. Allo stesso modo deve escludersi la funzione di garanzia, che richiederebbe la contemporanea esistenza del rapporto principale garantito e del rapporto di garanzia, oltretutto la possibilità, per il cessionario, di rivolgersi per l’adempimento non solo al ceduto ma anche al cedente¹⁵³.

A favore della ricostruzione dell’operazione come contratto di scambio di titoli contro corrispettivo e, più specificamente, come sotto-tipo dello schema negoziale della compravendita sussistono, infine, molteplici spunti. Non si deve, infatti, prescindere dalla considerazione per cui i due elementi essenziali dell’operazione (il trasferimento dei titoli e l’accredito del valore) trovano, innanzitutto, origine nel medesimo rapporto contrattuale; né che la banca assume tutti i rischi dell’operazione e che l’unico obbligato nei suoi confronti rimane l’importatore ceduto; i titoli, infine, sono chiaramente valutati come beni in sé, dotati di un proprio valore intrinseco e, su tale base, viene calcolato anche l’importo da decurtare dal valore nominale anticipato. La qualificazione del *forfaiting* come contratto di alienazione risulta, peraltro, coincidente anche con un altro fondamentale aspetto che informa la categoria. Infatti, come i rischi fortuiti di perimento e deterioramento successivi al trasferimento del diritto ricadono sull’acquirente, allo stesso modo, i rischi di insolvenza – imputabili ad un momento successivo rispetto alla cessione del titolo – gravano *in toto* sul cessionario.

Dette considerazioni possono dirsi oramai accolte dalla dottrina dominante¹⁵⁴, sebbene non si possa escludere che, in ipotesi specifiche, la funzione dell’operazione potrebbe essere, effettivamente, maggiormente vicina ad una concessione di finanziamento. Ciò potrebbe verificarsi, in particolar modo, qualora l’operazione si inserisse in un più articolato e complesso rapporto di collaborazione e assistenza di carattere finanziario e professionale, determinando anche un’attenuazione del carattere solutorio della cessione del credito.

Peraltro, volendo contestualizzare l’operazione nella rete di rapporti e di interessi in cui si inserisce, è innegabile che, tra i motivi che inducono l’esportatore a

¹⁵³ In questo senso, M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 1430 ss.

¹⁵⁴ Cfr. S. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, p. 280; G. PORCELLI, *op. cit.*, p. 504 ss., il quale afferma che nel *forfaiting* ricorre una « causa complessa, nella quale confluiscono elementi tanto del finanziamento, che si realizza mediante la monetizzazione di crediti a medio e lungo termine, quanto del trasferimento di crediti a titolo oneroso ».

cedere i titoli, sopportandone una decurtazione del valore, vi sia anche quello di ottenere un'immediata liquidità¹⁵⁵.

4. Per tentare di individuare la configurazione del *forfaiting* rivestono una particolare importanza i criteri interpretativi e le soluzioni adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza per risolvere analoghe questioni in riferimento ad altre figure contrattuali.

In proposito, merita senz'altro un cenno l'annosa questione circa la natura giuridica dello sconto, figura per molti aspetti analoga a quella qui considerata. Lo sconto – com'è noto – è definito¹⁵⁶ dall'art. 1858 c.c. come « il contratto col quale la banca, previa deduzione dell'interesse¹⁵⁷, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, mediante la cessione, salvo buon fine¹⁵⁸, del credito stesso ». La disposizione immediatamente successiva considera, inoltre, la specifica ipotesi in cui oggetto della cessione, realizzata mediante girata, sia una cambiale o un assegno bancario, e stabilisce – com'è noto – che, nel caso di mancato pagamento, il cessionario può esercitare, oltre ai diritti cartolari, anche quello alternativo alla restituzione della somma anticipata¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Cfr. S. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, p. 282 il quale osserva che nella cornice dell'operazione, il « movente finanziario, che, peraltro, sussiste ed informa tante altre fattispecie a vario titolo pur sempre riconducibili alla categoria dei contratti di scambio, [...] non si eleva ad elemento causale rimanendo, piuttosto, confinato nell'ambito del movente soggettivo, del motivo sottostante la conclusione del contratto ».

¹⁵⁶ Come ha osservato autorevole dottrina, il legislatore, in sede di recepimento all'interno del codice, dell'istituto dello sconto, ne ha offerto una scarna definizione, fatta di « espressioni palesemente atecniche se non addirittura generiche », astenendosi dall'offerirne una qualificazione giuridica e, addirittura, dall'enunciarne la disciplina. V. P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 144 s.

¹⁵⁷ L'operazione di deduzione dell'interesse è l'elemento caratterizzante che dà, altresì, il nome all'istituto. Cfr. M. SPINELLI-G. GENTILE, *Diritto bancario*, Padova, 1991, p. 220; G. DI BENEDETTO, *Lo sconto*, in AA. VV., *I contratti bancari*, Milano, 1999, p.125; P. FRANCESCHETTI-G. DE COSMO, *I singoli contratti*, Napoli, 1998, p. 500; M. PORZIO, *La concessione del credito*, in AA. VV., *I contratti delle banche*, Torino, 2002, p. 120; M. PERASSI, *Lo sconto*, in AA. VV., *I contratti bancari*, Milano, 1999, 630 ss.

¹⁵⁸ Per approfondimenti sul ruolo della clausola « salvo buon fine » si vedano G. MINERVINI, *Lo sconto bancario*, Napoli, 1949, p. 78 ss.; G. PANZARINI, *op. ult. cit.*, p. 333 ss.; P. FERRO-LUZZI, *op. ult. cit.*, p. 751 ss.

¹⁵⁹ Per approfondimenti sulla natura del contratto di sconto si vedano V. ANGELONI, *Lo sconto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1964, I, p. 347 ss.; A. GATTA, *Il contratto di sconto, secondo le disposizioni del nuovo Codice civile*, Napoli, 1942, p. 17 ss.; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXXV, t. 1, Milano, 1966, p. 305; F. MARTORANO, voce *Sconto bancario*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 782 ss., i quali propendono per la configurazione dello sconto come ipotesi peculiare di mutuo. Vi intravedono invece gli elementi tipici della compravendita, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, II, 2, p. 138 ss.; G. MINERVINI, *op. cit.*; G. PANZARINI, *op. ult. cit.*

La dottrina non offre un'univoca nozione di sconto, dividendosi tra chi lo ritiene una figura a sé stante e chi, invece, lo riconduce allo schema del mutuo o a quello della compravendita.

Un orientamento, diffuso soprattutto in epoca anteriore all'emanazione del codice civile del 1942 (il quale ha, per la prima volta, introdotto nell'ordinamento italiano la regolamentazione dello sconto e degli altri contratti bancari¹⁶⁰), ma ormai minoritario, qualifica l'istituto come sotto-tipo della compravendita¹⁶¹, rinvenendovi tutti gli elementi essenziali di quest'ultimo modello contrattuale: le due parti, il duplice oggetto (il trasferimento del diritto e il pagamento del corrispettivo) nonché la « relazione commutativa posta a contenuto del negozio con l'accordo di operare lo scambio »¹⁶², ai quali si aggiungerebbero, altresì, alcuni caratteri peculiari, quali la qualifica delle parti (lo scontatore deve, infatti, essere una banca¹⁶³), l'oggetto del diritto trasferito (un credito pecuniario¹⁶⁴) e le modalità di determinazione del prezzo dovuto dal compratore (calcolato applicando un tasso di sconto al valore nominale del credito ceduto)¹⁶⁵. Non c'è unitarietà di opinioni, invece, circa l'occorrenza del carattere futuro del credito. Alla tesi che, sulla base della lettera della legge, espressamente riferita a un credito « non ancora scaduto », non ammette la

¹⁶⁰ L'unica normativa in materia bancaria era offerta, all'epoca, dalla legge del 1936-38, che aveva introdotto una prima regolamentazione dell'attività delle banche, sottoponendole a rigidi controlli da parte dell'autorità amministrativa. Prima della legge bancaria, infatti, le uniche fonti regolatrici dei contratti bancari erano costituite dagli usi commerciali e dalla prassi adottate dalle aziende e dagli istituti di credito.

¹⁶¹ Per le più autorevoli esposizioni di questa tesi, cfr. G. MINERVINI, *op. cit.*, e, più recentemente, G. PANZARINI, *op. ult. cit.*

¹⁶² G. MINERVINI, *op. cit.*, p. 106.

¹⁶³ *Contra* F. MESSINEO, *La natura giuridica del contratto di sconto*, in *Scritti giur. in onore di Barassi*, Milano, 1943, p. 1, nota 1, il quale afferma che anche un soggetto diverso da una banca può rivestire il ruolo di soggetto scontatore, non ritenendo opportuna la limitazione della norma ai soli contratti bancari. Cfr., inoltre, S. AMBROSINI, voce *Sconto bancario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIII, Torino, 1996, p. 277 s., alla cui stregua, in ragione della sua funzione, l'operatività dello sconto deve intendersi riservata alle banche e agli intermediari finanziari. Il medesimo Autore, tuttavia, osserva che, ben potrebbe esistere, nella pratica, un contratto tra imprenditori avente contenuto corrispondente allo sconto che configurerebbe, in dette ipotesi, un contratto atipico produttivo dei medesimi effetti dello sconto.

¹⁶⁴ Cfr. G. MINERVINI, *op. cit.*, p. 107 ss., secondo il quale, il necessario carattere pecuniario è deducibile dal riferimento della norma alla deduzione dell'interesse. Detto ultimo termine, infatti, è utilizzato dal legislatore soltanto con riferimento a crediti di somme di denaro. Osserva, peraltro, l'Autore l'inadeguatezza del termine "interesse" in riferimento allo « scarto » tra l'ammontare del credito e il prezzo pagato. Meglio appropriato appare il lemma « sconto » il quale, oltretutto, dà il *nomen iuris* al negozio. L'utilizzo del termine "interesse", invece, appare calzante a chi intravede nell'operazione la causa finanziaria tipica del mutuo da cui sorgono gli obblighi alla restituzione e al pagamento del corrispettivo in forma di interesse.

¹⁶⁵ Appare interessante quanto precisato da G.W. ROMAGNO, *Qualificazione del contratto di sconto*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 1374 s., il quale individua il corrispettivo non tanto nella somma anticipata, quanto nella deduzione che su di essa viene applicata ed esso corrisponderebbe non alla cessione del credito, bensì alla « pronta mobilitazione del credito non ancora scaduto ».

configurabilità dello sconto per crediti già scaduti ed esigibili, si contrappone, infatti, l'opposto orientamento che, muovendo dalla lettera dell'art. 1859 c.c. (che prevede lo sconto di assegni bancari, ossia di titoli pagabili a vista e, dunque, incorporanti un credito per definizione scaduto), ritiene che tale carattere non sia elemento essenziale della fattispecie¹⁶⁶.

Dalla assimilazione alla vendita i sostenitori della tesi appena descritta ne deducono che lo sconto, per quanto non espressamente previsto dal codice civile, deve trovare la sua disciplina nelle norme sulla compravendita (1470 ss.) e, data la peculiarità del diritto trasferito, in quelle dettate in materia di cessione di crediti (1260 ss.). Aspetto caratterizzante lo sconto è, peraltro, la cessione "salvo buon fine" del credito, il che comporta la responsabilità in capo al cedente scontatario qualora il debitore ceduto risulti inadempiente¹⁶⁷. Detta clausola di garanzia, viene tradizionalmente qualificata come *naturale negotii*, cioè come elemento naturale ma non essenziale del contratto, il quale lascia, dunque, libera la volontà delle parti di derogarvi¹⁶⁸.

Lo stesso orientamento definisce, inoltre, lo sconto di cambiali e assegni bancari, a loro volta, come sotto-tipi del contratto di compravendita¹⁶⁹. Elemento essenziale e caratteristico (che si aggiunge a quelli già richiamati per lo sconto in genere) è la modalità del trasferimento del titolo. Essa, infatti, deve avvenire mediante girata la quale – ribadiscono i fautori della teoria – deve comportare « la

¹⁶⁶ Cfr. S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 278. V., anche, I. DEMURO, *Lo sconto bancario*, in AA. VV., *L'attività delle banche*, a cura di Urbani, Padova, 2010, p. 159 s. L'Autore osserva che, sebbene non sia indispensabile che il credito non sia ancora scaduto, è, tuttavia, « necessaria la sussistenza di uno scarto temporale tra il momento perfezionativo del contratto e quello in cui il credito ceduto diviene esigibile, tale da consentire il calcolo dell'interesse dedotto anticipatamente a favore della banca », precisando che, per la cambiale pagabile "a vista" detto scarto è ravvisabile nell'intervallo di tempo intercorrente tra lo sconto e l'incasso (entro un anno) da parte della banca. In tale ultimo senso, anche G. COTTINO, *La Banca, la Borsa, i Titoli di credito*, in *Diritto commerciale*, II, t. 1, Padova, 1992, p. 121 e P. FERRO-LUZZI, *op. ult. cit.*, p. 154, il quale, osservando che nella prassi bancaria si ammettono allo sconto assegni pagabili in un luogo diverso, rileva come « negli assegni la *distantia loci*, come si suol dire, surroggi la *distantia temporis* ».

¹⁶⁷ Per la determinazione del contenuto della garanzia sembra si possa fare pieno riferimento a quanto espresso dall'art. 1829 c.c. in tema di inclusione nel conto corrente di crediti verso terzi. Cfr. G. MINERVINI, *op. cit.*, p. 112 ss. L'Autore precisa, altresì, la non indispensabilità della preventiva escussione del debitore ceduto, essendo sufficiente all'operatività della garanzia, la sua messa in mora (che, per le obbligazioni pecuniarie – ai sensi del combinato disposto degli artt. 1182, comma 3, e 1219, comma 2, n. 3 – coincide con la scadenza del termine).

¹⁶⁸ Cfr. G. MINERVINI, *op. cit.*, p. 110; G. PANZARINI, *op. ult. cit.*, p. 394 ss. Diversamente argomenta P. FERRO-LUZZI, *op. ult. cit.*, p. 154, il quale senza esitazione afferma che « se manca il buon fine, se manca cioè quel dato cui è affidata la possibilità della banca di retrocedere il credito, ancora una volta siamo al di fuori dello sconto ».

¹⁶⁹ Per usare le parole dell'Autore, lo sconto cartolare fa parte del « *genus* [...] delle compravendite di titoli di credito », il quale è svincolato da un precedente rapporto fondamentale tra cedente e cessionario. Cfr. G. MINERVINI, *op. cit.*, p. 134.

responsabilità cartolare del girante, siccome è di norma in materia di cambiale e di assegno bancario »¹⁷⁰.

Da queste ultime osservazioni se ne deduce che non deve qualificarsi, invece, in termini di sconto il c.d. « sconto *à forfait* »¹⁷¹. A far esorbitare l'operazione di *forfaiting* dallo schema tipico *ex art.* 1859 c.c. sono, da un lato, l'assunzione dei rischi per l'insolvenza in capo alla banca e, dall'altro, il metodo di calcolo del corrispettivo che dovrà tenere conto, oltre che del valore del titolo e del termine di scadenza, anche dei profili di rischio gravanti sul cessionario. Scartata la configurabilità, in tal caso, dell'operazione in termini di sconto, mancando gli elementi che dello sconto ne fanno un sotto-tipo della vendita¹⁷², ma continuando a sussistere gli elementi tipici di ogni generica compravendita, il *forfaiting* deve, però, essere qualificato come vera e propria ipotesi di compravendita. Una conferma di tale teoria si rinviene nel fatto che nel *forfaiting* non trovano più applicazione le norme eccezionali circa la garanzia del « salvo buon fine » mentre torna ad applicarsi la norma generale secondo la quale, in mancanza di apposita clausola pattizia, il venditore di titoli di credito non è gravato dalla garanzia della solvenza del trattario o dell'emittente.

Deve, però segnalarsi, un diverso orientamento dottrinale, con il quale ha concordato fino a tempi recenti anche la giurisprudenza, il quale ritiene che l'interpretazione del contratto di sconto in termini di compravendita non ne rifletta la vera essenza. La qualificazione in termini di vendita non trova d'accordo, infatti, quegli autori i quali ritengono che il rapporto sinallagmatico tra le prestazioni non sia espresso dall'interdipendenza tra la cessione del credito e il versamento del suo valore monetario, bensì, affermano che la corrispettività sussiste tra l'accreditamento delle somme, con funzione di finanziamento, e l'obbligo di restituzione delle

¹⁷⁰ G. MINERVINI, *La costruzione dello sconto bancario. Lo sconto di crediti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1949, I, p. 127 s. alla cui stregua la « nozione di “girata” di cui al c. I art. 1859, [deve essere ristretta alla] girata con effetti integrali, di garanzia e di legittimazione ».

¹⁷¹ È, tuttavia, prassi diffusa considerare il *forfaiting* « tra le operazioni di sconto di effetti ». Così F. ZEN, *L'attività della banca nel finanziamento delle operazioni di commercio con l'estero*, in AA. VV., *Le operazioni di banca nel commercio con l'estero*, Torino, 1995, p. 110.

¹⁷² Cfr. G. MINERVINI, *Lo sconto*, cit., p. 143 ss. L'Autore fonda le sue considerazioni sull'assunto che il contratto di sconto di crediti o di titoli di credito sia una specie eccezionale di compravendita. In mancanza di anche uno solo dei caratteri ad esso essenziali, non può, dunque, ammettersi un'applicazione analogica della disciplina, stante il divieto posto dall'art. 14 disp. prel. c.c. Perciò il ricorso agli artt. 1858 c.c. ss. dovrà essere escluso per i contratti di sconto in favore di soggetto diverso da una banca, o in cui oggetto della cessione sia un titolo di credito diverso dalla cambiale o dall'assegno ovvero, ancora, nelle ipotesi in cui non sia operante la garanzia del « salvo buon fine ».

stesse¹⁷³, insieme ai relativi interessi. La cessione del credito non costituisce, dunque, secondo tale opinione, il corrispettivo dovuto, ma essa rappresenta una particolare modalità di adempimento e, al tempo stesso, di garanzia della restituzione¹⁷⁴. Lo schema contrattuale di riferimento, alla luce di tali premesse, viene, quindi, individuato nel contratto di mutuo¹⁷⁵. L'azione extra-cartolare riconosciuta dall'art. 1859 c.c. non sarebbe altro che lo strumento giudiziale a tutela del diritto alla restituzione¹⁷⁶, mentre la remunerazione del mutuante sarebbe offerta dalla deduzione degli interessi – lo sconto appunto – la cui unica nota di particolarità starebbe nell'essere interamente corrisposti al momento dell'attribuzione delle somme anticipate – dalle quali sono, appunto, sottratti detti interessi – (il cui versamento avviene, invece e nella generalità dei casi, contestualmente alla restituzione delle somme prestate). La cessione, quindi, assumerebbe la funzione di garantire (e, allo stesso tempo, di realizzare in via diretta) la puntuale soddisfazione del credito¹⁷⁷. A chi obietta che, a differenza di quanto accade nel mutuo, nello

¹⁷³ A conferma di tale opinione si ritiene sussista, altresì, la prassi comunemente osservata dalle banche di verificare, più che le capacità di solvibilità del ceduto, quelle del cliente-scontatario. Cfr., in proposito, S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 276.

¹⁷⁴ Nell'ambito del menzionato orientamento i maggiori dibattiti si fondano proprio sulla determinazione della funzione della cessione del credito. Alcuni attribuiscono al trasferimento del credito la funzione di garantire l'obbligo di restituzione, arrivando – per superare l'obiezione che, se di garanzia si trattasse, la banca non potrebbe liberamente disporre mediante sconto (tipica esigenza dell'attività bancaria) – a qualificarlo come negozio traslativo della proprietà, con funzione indiretta di garanzia: cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001, p. 930 ss. Ma anche questa soluzione lascia spazio alle critiche che eccepiscono che, allora, il pagamento del ceduto dovrebbe essere solo eventuale e attenersi alla patologia del rapporto, mentre, al contrario, nello sconto, la realizzazione del credito costituisce il modo ordinario di estinzione del rapporto e di liberazione, a un tempo, del ceduto e del cedente. Infine, altri, vedono nella cessione, una modalità di adempimento dell'obbligo dello scontatario in cui, tuttavia, il potere estintivo dell'obbligo è rimandato all'effettiva soddisfazione del credito, lasciando in piedi, fino a detto momento, la posizione debitoria del cedente: per questa opinione v. MOLLE, *op. cit.*, p.

¹⁷⁵ Qualificano il contratto di sconto in termini di mutuo, V. ANGELONI, *op. cit.*, p. 347; G. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 935. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 15 novembre 1976, n. 4223, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1977, II, p.141 ss. e in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 16 ss.; App. Genova, 23 dicembre 1961, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1962, II, p. 57 ss. Infine, si noti che anche la *Relazione al codice civile* qualifica lo sconto come « un prestito che la Banca concede allo scontatario per anticipargli l'importo di un determinato credito che quest'ultimo ha verso un terzo, contro cessione pro solvendo del credito stesso, e trattenendo un compenso, corrispondente al saggio dello sconto ».

¹⁷⁶ In questi termini, S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 276, il quale così supera le critiche che, invece, vengono mosse a chi rinvia un distinto fondamento causale nell'azione cambiaria di regresso e in quella cartolare. Cfr., per questa seconda opinione, G. TERRANOVA, voce *Sconto bancario*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 774.

¹⁷⁷ Cfr. V. ANGELONI, *op. cit.*, p. 351 s., il quale rinvia nella vicenda un rapporto principale – dato dall'erogazione del prestito e dal pagamento dell'interesse sotto forma di sconto – e, al tempo stesso, due prestazioni corrispettive con funzione strumentali, costituendo esse il mezzo per la realizzazione del finanziamento medesimo – l'anticipazione del credito e la cessione del medesimo –. Il servizio principale offerto dalla banca, dunque, sarebbe quello di mettere a disposizione del cliente una somma di denaro quantificata in funzione del credito ceduto. Per usare le parole dello stesso Autore, « ciò che contraddistingue lo sconto dalle altre operazioni di credito è che il richiedente ha bisogno del credito, perché lo ha a sua volta concesso, e, non potendo o non volendo attendere la

sconto l'obbligazione del mutuatario assurgerebbe ad una funzione sussidiaria e opererebbe soltanto in un eventuale momento patologico del rapporto, i sostenitori della tesi appena esposta ricordano che « anche nel mutuo ordinario, se il mutuante per maggiore sicurezza si fa rilasciare o girare dal mutuatario una cambiale per l'importo della somma mutuata e dei relativi interessi, non potrà alla scadenza agire con l'azione causale diretta ad ottenere la restituzione del mutuatario di quanto dovutogli per la somma prestata e per gli interessi convenuti, se non dopo avere tentato di ottenere il pagamento della cambiale »¹⁷⁸. L'obbligazione principale rimarrebbe, insomma, come nel mutuo, quella della restituzione delle somme ricevute¹⁷⁹. La consegna della cambiale o la cessione di altro credito non inciderebbe, escludendola, sulla funzione creditizia, ma servirebbe soltanto a tipizzare lo sconto dagli altri contratti di credito e, in particolare, dal mutuo¹⁸⁰.

Un altro profilo di contrasto con la tesi che rimanda al modello della compravendita attiene al contenuto dell'obbligazione restitutoria cui è tenuto il cliente-scontatario in caso di inadempimento del debitore ceduto. La “somma anticipata” che l'art. 1859 c.c. dispone sia restituita alla banca, infatti, secondo la ricostruzione da ultimo descritta – e secondo quanto avviene anche nella prassi bancaria – equivale alla somma “ a scontarsi”, comprendente, cioè, l'ammontare dedotto a titolo di interesse, mentre, secondo la tesi che qualifica lo sconto come sotto-tipo della vendita, in applicazione dell'art. 1267 c.c., la banca avrebbe diritto di ripetere soltanto la somma scontata ed effettivamente messa nella disponibilità dello scontatario¹⁸¹.

scadenza del credito concesso, cerca chi sia disposto a concedergli credito per la stessa somma e alla stessa scadenza, sostituendosi a lui, anticipandogli subito quella somma che il suo debitore non dovrà pagare fino alla scadenza pattuita, e impegnandosi a non pretendere da lui la restituzione, se non dopo averne richiesto il pagamento al debitore scontato ».

¹⁷⁸ Così V. ANGELONI, *op. cit.*, p. 355.

¹⁷⁹ In questi termini, Cass., 15 gennaio 1976, n. 4223, cit. Si veda, inoltre, Cass., 10 agosto 1990, n. 8128, in *Giust. civ.*, 1991, p. 55 (con nota di V. SANTARSIERE) che rileva come l'obbligazione restitutoria discenda dal contratto e non dal successivo inadempimento del terzo, pur essendo l'attualità e l'esigibilità del credito sospensivamente condizionate a tale ultima eventualità. In quest'ultimo senso anche Cass., 18 luglio 1986, n. 4630, *ivi*, 1987, p. 601 (con nota di M. LIPARI).

¹⁸⁰ *Contra* G. PANZARINI, *op. ult. cit.*, p. 134 ss., che ribadisce che « tra obbligazione dello scontatario ed obbligazione del ceduto, [...] è la prima ad essere sussidiaria della seconda e non viceversa ».

¹⁸¹ Cfr. G. MINERVINI, *op. ult. cit.*, p. – principale esponente della tesi qui menzionata – il quale ritiene che la garanzia (che qualifica come garanzia in senso strettamente tecnico) si espliciti nell'obbligo, per lo scontatario (nell'eventualità in cui si verifichi l'inadempimento del debitore ceduto), non di procurare il pagamento, bensì di dare luogo alla *restitutio in integrum* (intendendo con ciò l'obbligo di restituire il prezzo ricevuto oltre il risarcimento dei danni per l'interesse contrattuale negativo e il rimborso delle spese sostenute – potendo, in questi termini anche eccedere l'importo del credito scontato), in adesione alla disposizione dell'art. 1267 c.c. Occorre tuttavia osservare in

La cessione dei titoli, secondo i sostenitori della teoria del mutuo, avrebbe dunque la funzione di assolvere all'obbligo restitutorio e non costituirebbe la mera prestazione di una garanzia, posto che il soddisfacimento ordinario del creditore-scontatore è realizzato dall'adempimento del terzo ceduto, mentre la restituzione della somma da parte dello scontatario appartiene soltanto ad un'eventuale fase patologica¹⁸². Che l'obbligazione primaria sia quella del terzo parrebbe, peraltro, dimostrato dall'effetto estintivo che il suo adempimento produce in relazione sia al credito ceduto che al contratto di sconto.

Anche quest'impostazione deve, tuttavia, essere sottoposta a critica. La mera configurazione dello sconto in termini di mutuo, infatti, mette in ombra due dati che invece non dovrebbero essere trascurati: la tipicità di esso e la complessità dell'operazione cui dà luogo, la quale non si riduce ad una mera operazione di prestito ma si concreta in un più articolato intervento della banca, « anticipando somme al cliente che questi ha diritto a riscuotere da un suo debitore a scadenza differita ». L'attività creditizia della banca, dunque, darebbe luogo ad un c.d. « contratto di liquidità »¹⁸³. L'anticipazione, elemento tipizzante lo sconto, com'è stato osservato da autorevole dottrina, sebbene « per lo più riconduc[a] all'idea del prestito, [...] è, anche lessicalmente, qualcosa di più e di diverso rispetto al semplice prestar denaro. È bensì il fornire, e garantire, la liquidità »¹⁸⁴. La prestazione della banca, corrisponderebbe, cioè, ad un'attività di conversione di un bene futuro, già nella disponibilità del cliente, in un bene presente. A togliere ogni dubbio circa l'irriducibilità dello sconto nel modello del mutuo, interviene, inoltre, la circostanza per cui, mentre nel rapporto qui analizzato, l'obbligo di restituzione delle somme ricevute è soltanto eventuale, attenendo alla fase patologica del rapporto, nel mutuo, invero, essa costituisce un momento fisiologico dell'operazione. La stessa

proposito che, anche tra i sostenitori della qualifica del rapporto in termini di compravendita del credito, queste conclusioni non sono pacifiche, non mancando chi afferma che il cedente è tenuto a risarcire il danno per l'interesse positivo all'integrale soddisfazione del credito e, dunque, all'attribuzione dell'intero valore nominale del credito ceduto. In giurisprudenza, cfr. App. Milano, 27 marzo 1998, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 438 ss.

¹⁸² Cfr. S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 279.

¹⁸³ Definisce lo sconto in questi termini, P. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, p. 755, il quale non manca, peraltro, di osservare come il mutuo, inteso nei termini codicistici, sia uno schema arcaico, avulso dalla prassi della tecnica bancaria. La nozione di « contratto di liquidità » è stata ripresa, in dottrina, da S. MACCARONE, *I contratti bancari di liquidità*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1987, I, p. 36 ss.; nonché da G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 783 ss. La nozione è stata accolta anche dalla giurisprudenza più recente: cfr. Cass., 11 agosto 2000, n. 10689, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, II, p. 42 ss. (con nota di G. WERTHER ROMAGNO).

¹⁸⁴ Così, G. COTTINO, *op. cit.*, p. 115.

quantificazione dell'interesse, inoltre, è fondata su una pluralità di elementi che non vengono in considerazione negli altri contratti di credito. Mentre, in genere, gli unici dati di riferimento sono costituiti dall'importo del finanziamento e dalla scadenza dell'obbligazione della sua restituzione, nella quantificazione della deduzione da applicare alla somma da anticipare, la banca si riserva una percentuale anche a titolo di provvigione per il servizio della monetizzazione immediata del credito. Influisce, infine, nel calcolo anche la c.d. "bancabilità" del credito ceduto, ovvero l'insieme dei caratteri che ne agevolano la possibilità, per l'istituto di credito, di cederlo in ulteriore risconto, anticipandone la liquidazione a suo favore¹⁸⁵.

Un breve cenno merita la tesi, rimasta isolata, che qualifica l'operazione di sconto come adempimento, da parte della banca, del debito che il terzo ha verso il cliente-scontatario, ricevendone, come controprestazione, il credito verso il terzo e la garanzia del *nomen bonum*¹⁸⁶. Questa costruzione, tuttavia, non è riuscita a superare i forti dubbi circa l'individuazione della funzione economico-sociale dell'operazione¹⁸⁷; il riferimento all'adempimento del terzo non riesce, infatti, a spiegare a che titolo in capo allo scontatario sorgerebbe il debito verso la banca, né perché – in difformità rispetto all'ipotesi di adempimento del terzo – nello sconto l'adempimento dello scontatore non produce l'immediata estinzione del credito¹⁸⁸.

Dall'adozione della teoria che qualifica lo sconto in termini di compravendita, ovvero di quella che lo identifica in un mutuo, ne discendono importanti conseguenze anche circa la determinazione del momento del suo perfezionamento e della sua natura consensuale (comune alla compravendita)¹⁸⁹

¹⁸⁵ Cfr., per i metodi di calcolo dello sconto, G. GARRANI, *Lineamenti storico-dottrinali sull'operazione di sconto*, in *Riv. banc.*, 1966, p. 345 ss.; Aa. Vv., *Le operazioni bancarie*, Milano, 1983, p. 110 ss.

¹⁸⁶ Cfr. F. MESSINEO, *La natura giuridica del contratto di sconto dopo la riforma del Codice Civile*, in *Operazioni di borsa e banca*, Milano, 1954, p. 461 ss.

¹⁸⁷ Cfr. M. TONDO, *Contratti bancari*, I, Roma, 1958, p. 173.

¹⁸⁸ Cfr. MOLLE, *op. cit.*, p. 301 s.

¹⁸⁹ G. COTTINO, *op. cit.*, p. 116, invece, pur aderendo alla tesi che lo qualifica come compravendita, ritiene che lo sconto abbia, ciononostante, natura reale. Cass., 18 ottobre 1971, n. 2938, in *RGC, Contratti bancari*, n. 34, qualifica, invece, lo sconto come contratto consensuale ma ne posticipa la produzione degli effetti al momento in cui le somme sono messe nella disponibilità del mutuatario. Cfr., inoltre, P. FERRO-LUZZI, *op. ult. cit.*, p. 153, il quale come si è detto, identifica nello sconto un contratto di credito diverso dal mutuo, avente natura consensuale e produttivo di effetti reali (il trasferimento del credito). Egli afferma, infatti, che "il carattere reale, cioè l'esigenza della consegna della cosa per la perfezione del contratto, è una esigenza di carattere arcaico [...] totalmente dissociata con le caratteristiche dell'attività bancaria "e che le teorie che tutt'ora insistono sulla realtà sono evidentemente volte a tutelare le banche consentendo loro di decidere dare o meno esecuzione al contratto fino al momento dell'attribuzione delle somme anticipate.

ovvero reale (tipica del mutuo¹⁹⁰). Quest'ultima è la posizione assunta anche dalla giurisprudenza prevalente la quale, allo stesso tempo attenta alla prassi bancaria, osserva che, in genere, le banche effettuano la *traditio* delle somme mediante accredito sul conto corrente, alla disciplina del quale fa rinvio¹⁹¹.

Tornando al *forfaiting*, l'unico aspetto che, a prima vista, appare differenziarlo dallo sconto bancario è dato, dunque, dall'assunzione del rischio del mancato adempimento del credito ceduto il quale, nel nostro caso, rimane in capo al *forfaiter* (egli, diversamente da quanto stabilito all'art. 1859 c.c., non può pretendere la restituzione delle somme anticipate né far valere la garanzia cambiaria nei confronti del suo girante) mentre, nello sconto, grava sul cedente. In forza di ciò si tende, nel gergo finanziario, a riferirsi al primo in termini di « sconto *pro soluto* » in contrapposizione, appunto, alla figura codicistica dello « sconto *pro solvendo* ». Alla luce delle considerazioni già ricordate sopra – le quali hanno fatto concludere per l'inesistenza in capo all'esportatore di una precedente obbligazione che, mediante la cessione, verrebbe adempiuta – tuttavia, è evidente l'inadeguatezza dell'utilizzo di tale locuzione e, com'è stato osservato¹⁹², sarebbe più opportuno, volendo evidenziarne l'elemento che lo allontana dalla figura codicistica, definire il *forfaiting* come « sconto senza rivalsa ».

L'elemento del rischio non è, però, di poco conto e, anzi, costituisce una delle ragioni principali per le quali gli imprenditori preferiscono ricorrere al

¹⁹⁰ Cfr. V. ANGELONI, *op. cit.*, p. 356 s., alla cui stregua lo sconto è un contratto reale (perfezionandosi con la consegna delle somme) oltretutto unilaterale. L'Autore precisa, infatti, che dall'accredito (o dalla consegna materiale) dell'importo dato in prestito deriva soltanto l'obbligazione della restituzione. La cessione del credito si realizzerebbe in un momento precedente al perfezionamento del contratto, realizzandosi suo tramite una proposta a contrarre che la banca, valutato il credito, è libera di accettare o rifiutare. All'orientamento tradizionale che ritiene indispensabile la consegna della somma oggetto del prestito per la conclusione del contratto e il sorgere dell'obbligo della loro restituzione, di contrappone un diverso orientamento il quale, superando la rigidità che sembrerebbe imporre la lettera dell'art. 1813 c.c. e ritenendo, invece, decisiva la prassi costantemente seguita dalle imprese bancarie, ne afferma la natura consensuale.

¹⁹¹ Cfr. Cass., 9 febbraio 1999, n. 1097, in *Fall.*, 2000, p. 146 ss. (con nota di A. CECCHERINI).

¹⁹² Cfr. G. PANZARINI, *Il forfaiting*, cit., p. 777, il quale rinviene l'origine di detta locuzione « (ma non una giustificazione nel suo attuale prolungarsi) nella lunga polemica dottrinale » che ha interessato gli studi circa la natura dello sconto bancario, « ove non pochi autori ed anche la giurisprudenza, sulla scorta di errate concezioni bancarie di stampo provinciale, pensano che il trasferimento (cessione) del credito cambializzato, o non cambializzato, verso terzi dal cliente scontatario alla banca scontatrice avvenga in funzione solutoria (ma senza immediati effetti estintivi) di un contestuale debito ex mutuo del cliente ».

forfaiting piuttosto che al comune sconto e che ne sposta la natura giuridica verso costruzioni non compatibili con quest'ultimo modello¹⁹³.

È stato altresì osservato¹⁹⁴ che le due figure – del *forfaiting* e dello sconto – tornerebbero ad avvicinarsi e a condividere la medesima essenza giuridica soprattutto nell'ipotesi in cui l'esportatore-cedente, oltre a garantire l'esistenza dei crediti e la validità dei titoli, si impegni anche a tenere indenne il cessionario per l'eventuale inadempimento del debitore ceduto. Ciò, si è detto, accadrebbe soprattutto in occasione dell'incapacità dell'importatore di ottenere una idonea garanzia gradita al *forfaiter*¹⁹⁵. Tuttavia, come dovrebbe essere ormai chiaro, in questa ipotesi non ricorrerebbero più gli elementi essenziali del *forfaiting*, integrati, in primo luogo, dall'assenza di ogni responsabilità del cedente per la mancata soddisfazione dei crediti¹⁹⁶.

Oltre all'aspetto relativo all'assunzione del rischio, sussistono, invero, anche altri importanti fattori che non ne permettono un'indiscutibile equiparazione con lo sconto. Ci si riferisce, specificamente, ai meccanismi di calcolo del tasso di sconto. Se questo, nel contratto di sconto, è rappresentato da un valore che la banca calcola sulla base del solo importo nominale del titolo e dell'intervallo temporale esistente tra l'anticipazione e la scadenza del credito, il *forfaiter* prende in considerazione una molteplicità di valori che mirano, in primo luogo, a preventivare i rischi che sulla soddisfazione del credito possono incidere e che sono calcolati non tanto sulla base dell'elemento temporale quanto su quello spaziale.

I dubbi interpretativi possono, comunque, essere più facilmente fugati qualora si ritenga lo sconto bancario una specie di vendita. Partendo da tale premessa, infatti, si giunge ad affermare che, sia che si ritenga di dover includere il *forfaiting* nello schema della vendita, sia che lo si rimandi a quello dello sconto, negli effetti pratici il risultato sarà il medesimo, potendo concordare con chi afferma che, « in caso di vera e propria sussunzione nella vendita, le norme in tema di vendita saranno applicabili direttamente, mentre in ipotesi di riconducibilità allo sconto, le

¹⁹³ Cfr. G. MINERVINI, *L'azione extracartolare derivante dal contratto di sconto*, in *Foro it.*, 1950, c. 971; F. MARTORANO, *Sconto bancario*, cit., p. 786; G. PANZARINI, *op. ult. cit.*, p. 135 ss.; M. PITTALIS, *op. cit.*, p. 1455.

¹⁹⁴ Cfr. G. TERRANOVA, *op. cit.*, 787. *Contra* S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 280 s.

¹⁹⁵ Cfr. C. BAULI, *op. cit.*, p. 327.

¹⁹⁶ Cfr. G. MINERVINI, *op. ult. cit.*, c. 971.

stesse si applicheranno comunque, sia pure in via analogica, in virtù della decisa connotazione causale di vendita della fattispecie in rassegna »¹⁹⁷.

Infine, sembra utile quantomeno accennare all'orientamento prevalente, in riferimento alla natura del contratto di *forfaiting*, presso i giuristi di *common law*. Essi, infatti, non mostrano perplessità nell'affermare che il *forfaiting* « is the purchase without recourse of debts instruments due to mature in future and arising from the provision of goods and services » o – giungendo alle stesse conclusioni – che esso consiste in « to sell a valid bill validly guaranteed or avalised, or to sell a valid claim »¹⁹⁸, riflettendo la terminologia contenuta negli stessi contratti.

¹⁹⁷ Cfr. M. PITALIS, *op. cit.*, p. 1455.

¹⁹⁸ Così, I. GUILD-R. HARRIS, *op. cit.*

CAPITOLO III

IL PROJECT FINANCING

SOMMARIO: 1. – Profili privatistici. 2. – Le fasi dell’operazione e la ripartizione dei rischi 3. – La qualificazione giuridica 4. – Il sistema delle garanzie.

1. La finanza di progetto (meglio nota con la dizione inglese *project financing*) appartiene a quell’ormai vasto numero di tipologie contrattuali che, sorte in ambienti giuridici ed economici stranieri, sono state dalla prassi trasposte¹⁹⁹ nell’esperienza commerciale e giuridica nostrana. Il modello contrattuale considerato, infatti, ha avuto origine e si è sviluppato nel Regno Unito e negli Stati Uniti d’America, per giungere poi, attraverso la prassi, a contagiare anche i sistemi civilistici e, per quanto ci riguarda, quello italiano²⁰⁰.

Nel Regno Unito il *project financing* è stato ampiamente utilizzato dal governo britannico sia nella sua forma del *Private Finance Initiative*, che attraverso la sua tipologia del *Public Private Partnership* per realizzare importanti opere infrastrutturali e per adeguare l’offerta di servizi ai cittadini.

¹⁹⁹ Cfr. G.L. RABITTI, *Project Finance e collegamento contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1996, I, p. 226, il quale preferisce parlare di « impianto » anziché di « importazione, volendo evidenziare come la « mancanza di una sufficiente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale » e la trasposizione del fenomeno dal mondo giuridico del *common law* a quello del *civil law* siano avvenuti, per la figura contrattuale del *project financing* senza un’adeguata riflessione sulla sua integrazione con gli istituti giuridici propri del *civil law*.

²⁰⁰ Sul *project financing* si vedano AA.VV., *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, 2010; G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Roma, 2006; M. Robles, *Finanza di progetto e responsabilità professionali*, Napoli-Roma, 2011; D. SCANO, *Project financing*, Milano, 2006; 6. Relativamente alle origini storiche se ne ravvisa l’archetipo nel finanziamento, ottenuto dal sovrano inglese da parte di un banchiere di Firenze, Frescobaldi, per sovvenzionare l’attività di estrazione d’argento in una miniera inglese. In quell’occasione, infatti, le parti si erano accordate perché il diritto alla restituzione del finanziamento fosse soddisfatto attraverso lo stesso argento estratto. Più aderenti al modello contemporaneo di *project financing* paiono, invece, le esperienze di finanziamento in favore di soggetti di diritto privato che, negli anni 30’ e 40’ del secolo scorso, erano interessati allo sviluppo del settore energetico, con particolare riferimento alle attività di costruzione di centrali elettriche e di estrazione petrolifera, nonché alla realizzazione di opere pubbliche di cui sono esempio il sistema ferroviario argentino e lo stesso Canale di Suez. Infine, non manca chi ne ravvisa il modello più prossimo nelle tecniche di finanziamento bancario sviluppate a seguito della crisi economica internazionale del 1974. In quest’ultimo senso, cfr. E.C. BULJEVICH-Y.S. PARK, *Project financing and the International financial markets*, Boston, 1999, p. 87.

La fattispecie contrattuale si è a tal punto radicata nell'esperienza italiana da aver determinato l'intervento dello stesso legislatore nazionale, il quale, a ben vedere, ha in realtà offerto una disciplina solo parziale rispetto alle molteplici varietà operative in cui può estrinsecarsi il *project financing*. La normativa introdotta, – neanche, peraltro, coordinata e uniforme – si rivolge soltanto alle ipotesi in cui il finanziamento sia volto alla realizzazione di opere pubbliche²⁰¹.

I riferimenti normativi sono offerti, in primo luogo, dalla l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-*ter*) che ha modificato la l. 11 febbraio 1994, n. 109 (la legge-quadro – c.d. Merloni – in materia di lavori pubblici) introducendo, con gli artt. da 37-*bis* a 37-*novies*, l'istituto della c.d. finanza di progetto; nonché dalla l. 1 agosto 2002, n. 166 (c.d. Merloni-*quater*), dal regolamento di attuazione adottato con d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e dalla l. delega 21 dicembre 2001, n. 443 (la c.d. “legge obiettivo” per le grandi opere pubbliche) e dal d.lgs 190/2002 che ne ha dato attuazione²⁰². La disciplina è stata, infine, sostituita dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (il c.d. *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*) che raccoglie, in un unico testo, le norme emanate in materia di contratti e appalti pubblici.

La disciplina menzionata, tuttavia, oltre ad essere dedicata al solo settore pubblico, interviene, anche in detto ambito, soltanto a regolamentare alcuni aspetti e fasi del procedimento, senza offrire una disciplina esaustiva del modello contrattuale. Anche nella materia dei lavori pubblici²⁰³ sarà, pertanto, necessario dare soluzione ai

²⁰¹ Per approfondimenti circa le esperienze di *project financing* nel settore pubblico si vedano F. DE SIERVO-F. RAVETTA-P. RAVETTA, *Qualificazione, progettazione, sicurezza e project financing dopo la Merloni-ter - Indicazioni operative*, Rimini, 2000; L. BERNARDINI, *Il project financing applicato alla realizzazione di opere pubbliche*, in *Impresa*, 1996, p. 2121; G. GHIDINI-M. MERGATI, *Le novità sugli appalti, il project financing e le società di progetto (commento alla l. 11 febbraio 1994, n. 109)*, in *Contratti*, 1999, p. 270; A.M. BALESTRIERI, *Il « soggetto promotore » nel Project Financing*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 253 ss.; M. BALDI, *Programmazione amministrativa e project financing nella disciplina dei lavori pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, p. 1049 ss.; V. LANDI, *Le società di progetto nella l. 415/98*, in *Resp. comunicazione impresa*, 2001, p. 61 ss.; C.E. GALLO, *La finanza di progetto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2001, p. 925 ss.

²⁰² La legge disciplina, espressamente, la « realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione ». Come ricorda L. COSTANTINO, *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contr. impr.*, 2003, I, p. 398, la menzionata legge non può, perciò, essere indicata come la fonte che ha introdotto nel nostro Paese il *project financing* (come invece, a torto, sovente accade). Da una parte, infatti, dovrà essere considerata l'esperienza della c.d. “finanza di progetto”, di cui il legislatore italiano ha offerto una disciplina (seppure non in modo sistematico e coordinato) e, dall'altra, tutte le altre ipotesi di *project financing* come sviluppatasi nella prassi.

²⁰³ I settori nei quali maggiormente si fa ricorso al *project financing* attengono ai trasporti, all'energia, alle telecomunicazioni, allo smaltimento dei rifiuti, e al trattamento e alla fornitura d'acqua. La restrizione economica e le esigue risorse statali inducono, infatti, i soggetti pubblici a ricorrere al capitale privato per sostenere l'esecuzione di opere pubbliche.

problemi pratici attraverso il ricorso agli stessi percorsi argomentativi cui dottrina e giurisprudenza ricorrono per le problematiche sollevate dalle operazioni di diritto privato e, in particolare, per gli aspetti internazionalprivatistici che si evidenziano di fronte a fattispecie di finanziamento di operazioni commerciali intraprese da soggetti italiani in paesi esteri (o viceversa)²⁰⁴.

Il *project financing* consiste in una peculiare modalità di finanziamento con la quale beneficiario dell'erogazione, nonché l'oggetto della valutazione e dell'apprezzamento da parte del finanziatore, non è tanto il soggetto – persona fisica o giuridica che sia – ma l'idea, il progetto, che con il finanziamento si intende realizzare. Volendo ricordare la definizione offerta da un autorevole studioso del fenomeno, si può dire che si tratta di « un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito »²⁰⁵.

È lo stesso progetto, pertanto, a costituire la garanzia del rimborso. Detta particolarità ha importanti conseguenze che si manifestano durante l'intero *iter* in cui si svolge la procedura. Il soggetto finanziatore, infatti, non fonderà la sua determinazione in merito all'erogazione del finanziamento sulla base della consistenza finanziaria del soggetto richiedente (né sulla base di precedenti iniziative finanziarie), bensì mediante una valutazione più complessa e ad ampio spettro che si rivolge all' « equilibrio economico-finanziario di uno specifico progetto imprenditoriale legato ad un determinato investimento, giuridicamente ed

²⁰⁴ La disciplina pubblicistica si rivela, tuttavia, utile anche in ambito privato per aver definitivamente accertato la meritevolezza economica dell'operazione. In questo senso, cfr. D. SCANO, *op. cit.*, p. 36.

²⁰⁵ K.P. NEVITT, *Project Financing*, trad. it., della 4^a ed. a cura di De Sury, Milano-Roma, 1987. Alla valutazione dinamica cui è chiamato il soggetto finanziatore – in opposizione alla comune « logica del finanziamento [in] prospettiva meramente statica » si riferisce A. TULLIO, *Il project finance*, in AA.VV., *Le operazioni di finanziamento alle imprese*, Torino, 2010, p. 199. Altri, invece, ne danno una definizione meramente pragmatica, ritenendo il *project financing* nulla più che una « formula descrittiva di un fenomeno di natura meramente economica»: in quest'ultimo senso, A. VERONELLI, voce *Project financing*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, agg. 2000, p. 594. In giurisprudenza si vedano Cons. Stato, 11 luglio 2002, n. 3916, in *Foro amm.*, 2002, p. 2925, con nota di G. GUZZARDO, *Finanza di progetto: ATI futuribile e aggiudicazione con il "con che"*; nonché T.A.R. Sicilia, 13 novembre 2006, n. 2193, in *Foro amm.*, 2006, p. 3675 che riconosce come « nella proposta di *project finance* il ruolo centrale spetta al piano economico finanziario la cui congruenza rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità: infatti la tecnica finanziaria deve consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività stessa, pertanto il piano economico finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito, cioè deve essere fornito di un'attestazione qualificata della coerenza e della bontà di tale piano ».

economicamente indipendente dalle altre iniziative delle imprese che lo realizzano
»²⁰⁶.

La definizione appena illustrata, cogliendo gli aspetti caratteristici dell'operazione, evidenzia, altresì, un'ulteriore particolarità del fenomeno. Come si è già detto, la banca, o il diverso soggetto richiesto di erogare il finanziamento, non è interessata a valutare la consistenza economica e finanziaria del soggetto richiedente; né, come meglio si avrà modo di vedere, la sua valutazione potrebbe portare a utili risultati. Elemento essenziale del *project financing* è, infatti, che ai fini della predisposizione e della gestione del progetto, nonché dell'erogazione del finanziamento, venga ad essere costituita un'apposita società *ad hoc*²⁰⁷, dotata di un proprio patrimonio che sarà a tutti gli effetti separato e distinto dalle risorse dei soggetti partecipanti alla società e che di riflesso, concorrono alla realizzazione del progetto. Si tratta, di norma, di una società costituita in *joint-venture*²⁰⁸, nella quale la partecipazione di ciascun promotore (detto anche “*sponsor*”) non è tale da permettere il controllo della società.

La definizione appena illustrata risulta, inoltre, conforme a quella tracciata dal Consiglio Europeo in una sua Decisione²⁰⁹, pronunciata proprio in materia di finanziamenti all'esportazione, ove per finanza di progetto si intende « *il finanziamento di una determinata unità economica in cui un prestatore giudica che i flussi di cassa e i proventi di tale unità economica costituiscano la fonte dei fondi richiesti per il rimborso del prestito e che le attività dell'unità economica costituiscano una garanzia del prestito* ».

²⁰⁶ La definizione è di G. IMPERATORI, *Il Project-Financing – Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 1995, p. 27.

²⁰⁷ In alternativa alla costituzione di una società di progetto, le parti ottengono la separazione patrimoniale tipica dell'operazione attraverso la costituzione di un *trust* o ai patrimoni e finanziamenti destinati disciplinati dall'art. 2447-bis c.c. Sul punto, v. D. SCANO, *op. cit.*, p. 47 s. nonché p. 107 ss. L'Autore, peraltro, rileva come il patrimonio destinato sia « regolato da una disciplina apparentemente inadatta a presidiare le esigenze tipiche dei finanziatori in operazioni di *project financing*, secondo quella che ne è la prassi contrattuale internazionale. In particolare, i finanziatori non pare possano in alcun modo sottrarsi – in caso di fallimento – al concorso con gli altri creditori del patrimonio destinato in quanto la legge non fornisce alcuno spazio per congegnare un loro esclusivo diritto di soddisfarsi in via privilegiata sui proventi dell'affare. Inoltre, nonostante la segregazione patrimoniale, l'eventuale fallimento della società potrebbe provocare l'imprevisto blocco delle iniziative del patrimonio destinato, salvo ipotizzare la continuazione dello stesso in esercizio provvisorio per volontà del curatore ». L'Autore, inoltre, osserva come tale ultima ipotesi risulti confermata dalla disciplina introdotta

²⁰⁸ V. VACCÀ, voce *Joint-venture (aspetti contrattuali)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VIII, Torino, 1992, p. 50 ss.

²⁰⁹ Cfr. Decisione del Consiglio Europeo 2001/77/CE, del 22 dicembre 2000, citata da N. SCURO-U. SCURO, *Il contratto a formazione progressiva*, Milano, 2009, p. 146.

Dalle suddette circostanze deriva che anche le garanzie richieste dalla banca hanno spesso natura diversa da quelle che sono in genere richieste e concesse per le ordinarie operazioni di finanziamento. La restituzione del finanziamento che viene, comunemente, garantita mediante la prestazione di fideiussioni o di garanzie reali – queste ultime concesse per lo più dai soci – è, invece, nel *project financing* strettamente subordinata alle caratteristiche e alla redditività dell'affare, cioè alle sue capacità di produrre il reddito necessario e, almeno, sufficiente al soddisfacimento dei debiti. A ciò consegue che potranno essere sovvenzionati attraverso il ricorso al *project financing* esclusivamente progetti industriali capaci di realizzare un « flusso di reddito minimo costante per un certo periodo di tempo »²¹⁰ pari, quantomeno, a quello necessario per ripagare il finanziamento, oltretutto a remunerare i promotori dell'investimento²¹¹, ovvero a quelle che nella prassi si definiscono operazioni *self-liquidating*.

Come si è anticipato, uno degli elementi essenziali di ogni operazione di *project financing* è rappresentato dalla costituzione da parte dei soggetti c.d. “promotori”, di una società *ad hoc*, – detta « *project company* » o « *special purpose vehicle* » – la quale risulta essere l'unico soggetto di riferimento per il finanziatore: è la società di progetto, infatti, a concludere il contratto di finanziamento e gli altri contratti mediante i quali si sviluppa l'iniziativa.

La costruzione di *project financing* appena descritta si riferisce ad un piano di finanziamento integralmente ed esclusivamente garantito attraverso i beni del progetto medesimo e rappresenta la forma c.d. pura del fenomeno, anche detta *non-recourse project financing*²¹². Essa, infatti, non permette al finanziatore alcuna possibilità di rivalsa nei confronti dei soci. La valutazione del credito e la stima delle possibilità di rimborso si fondano integralmente sul presumibile flusso di cassa che deriverà dall'esecuzione del progetto. E anche qualora i ricavi non dovessero rivelarsi adeguati e sufficienti alla restituzione del credito, sugli *sponsor* non graverà alcuna obbligazione di pagamento.

Il *project financing*, a ben vedere, nella gran parte delle esperienze concrete si qualifica, tuttavia, come *limited recourse project financing*. Quest'ultima figura

²¹⁰ G.L. RABITTI, *op. cit.*, p. 227.

²¹¹ Di regola i soggetti promotori dell'iniziativa si impegnano, al momento della costituzione della società a non ripartirsi utili, se non entro determinati limiti, prodotti dalla gestione dell'iniziativa, fintantoché non siano stati rimborsati i soggetti finanziatori.

²¹² Cfr. S.L. HOFMAN, *The Law and Business of International Project Finance*³, 2008, p.4 s.

prevede, entro limiti contrattualmente predefiniti, anche una qualche possibilità per il finanziatore di rivalersi sui soggetti partecipanti all'iniziativa senza che, tuttavia, ne risulti neutralizzato l'aspetto caratterizzante, rappresentato – attraverso la predisposizione di un'apposita società che si presenta come unica controparte nell'ampia serie di contratti che ineriscono l'iniziativa – dall'isolamento del patrimonio societario a tutto vantaggio del progetto che si intende realizzare. Al fine di limitare i rischi insiti in determinate fasi della realizzazione del progetto, infatti, il soggetto erogante il finanziamento pretende che gli *sponsor* mettano a disposizione anche il proprio patrimonio per tutto il tempo in cui il rischio sussiste o fino a che la costruzione dell'opera non sia stata completata²¹³. Solo dal momento in cui il rischio risulta cessato o comunque ridotto il finanziamento diviene *non recourse* e non è più ammessa l'azione nei confronti dei soci.

Una terza modalità operativa consiste nell'*output interest financing*, nel quale il soggetto finanziamento è ottenuto dal corrispettivo ottenuto a fronte dell'acquisto, da parte del finanziatore, di una partecipazione nel risultato dell'operazione.

2. Il *project financing* è un'operazione ad ampio spettro in cui intervengono a vario titolo molteplici parti (in genere pluripersonali), tutte informate delle modalità, dei caratteri e della complessità dell'iniziativa economica.

Le forme concrete con le quali le operazioni di *project finance* possono delinearci sono molteplici e dipendono, spesso, dalla creatività degli stessi avvocati e professionisti che intervengono. La flessibilità delle strutture deriva, in larga parte, dall'inclinazione dei soggetti coinvolti ad assumersi i rischi dell'operazione, ma anche, com'è ovvio, dalle condizioni economiche del paese interessato.

L'operazione prende avvio con la presentazione al finanziatore (il quale coincide, in genere, con un *pool* di banche) del progetto che si intende realizzare.

²¹³ Si noti che uno dei momenti più critici per il finanziatore è quello iniziale in cui l'esecuzione del progetto deve essere avviata. È comprensibile, pertanto, che proprio relativamente a questa fase egli pretenda che il rischio sia, almeno parzialmente, assunto dagli stessi *sponsors*. Può, altresì, accadere che, per tenere distinti i rapporti, le parti concludano due diversi contratti di finanziamento: il primo relativo al periodo della costruzione dell'opera e il secondo riferito alla fase della sua gestione.

Successivamente viene costituita la società di progetto idonea a tenere isolata la realizzazione dalle ulteriori e diverse circostanze che possano incidere sui promotori.

La diffusa prassi in ambito di *project financing* ne ha rivelato la versatilità di utilizzo, potendo ricorrersi ad esso sia per realizzare grandi opere pubbliche (ciò avviene particolarmente quando la P.A. non dispone delle somme necessarie per affrontare da sola l'operazione) ma, anche, per la progettazione e l'esecuzione di attività di diritto privato. Elemento imprescindibile è, infatti e come si è anticipato, che l'iniziativa economica sia tesa alla realizzazione di operazioni *self-liquidating*, mentre è indifferente che esse rispondano a un interesse pubblico o a uno scopo puramente privatistico. L'unico aspetto che differenzia i due campi è la sussistenza, da un lato, di una disciplina legislativa – benché parziale – e, dall'altra, la necessità di dover fare esclusivo riferimento alle norme generali in materia contrattualistica.

Il *project financing* è volto, come si è detto, alla realizzazione di progetti industriali particolarmente onerosi, per i quali i soggetti interessati non dispongono delle risorse economiche necessarie, né sarebbero in grado di ottenerle facendo leva sulle proprie condizioni economico-finanziarie, insufficienti a fungere da garanzia²¹⁴. Gli elementi che, allora, convincono il finanziatore ad erogare il prestito sono la credibilità e la realizzabilità del piano, insieme alla sua potenzialità di produrre i ricavi necessari al rimborso, una volta che sia stato realizzato e messo in esecuzione. La banca, o – più spesso – il *pool* di banche, pertanto pretende, per poter condurre un'oculata analisi del rischio (analisi che, al fine della concessione del credito, dovrà concludersi con l'accertamento circa la sussistenza di un'elevata possibilità che il progetto si concluderà positivamente), di conoscere nei dettagli i profili dell'iniziativa, nonché, al fine di limitare i profili di criticità, di far inserire le modifiche e le clausole contrattuali più consone ai propri interessi, prevedendo tutte le garanzie opportune, e verificando la corrispondenza col piano economico-finanziario. In questa fase di valutazione il soggetto finanziatore si avvale della consulenza e del supporto di conoscenze di figure qualificate quali avvocati, *auditors*, *brokers* assicurativi nonché tecnici ed ingegneri, i quali sono, nell'ambito delle rispettive conoscenze, chiamati a valutare le clausole contrattuali, il *business plan* complessivo e i progetti di realizzazione delle opere.

²¹⁴ Ragione che può giustificare il ricorso al *project financing* è, talvolta, anche il rischio di un esito negativo eccessivamente elevato, insito nell'operazione, che il singolo soggetto che dovrà realizzare le opere non intende sostenere singolarmente.

Si può, pertanto, affermare che tra le varie parti che intervengono nell'affare si realizza una vera e propria ripartizione dei rischi che risponde a quella che, con un'immagine piuttosto efficace, è stata definita una *communauté d'intérêts*²¹⁵ nella quale trovano spazio ed espressione non solo i rapporti tra il finanziatore e i promotori ma, altresì, quelli che legano gli ulteriori soggetti che, a vario titolo, sono contrattualmente vincolati alla società di progetto. In detti contratti, infatti, sono abitualmente inserite clausole specificamente destinate a limitare i rischi di inadempimento o di impossibilità sopravvenuta al fine di garantire, anche in questi ultimi casi, di poter delimitare i danni o permetterne comunque una liquidazione certa sebbene minore. Il rischio, in sostanza, viene in parte fatto ricadere anche su chi acquista i beni o i servizi forniti dal soggetto gestore. A vantaggio, ancora una volta, del finanziatore che potrà contare sul rimborso del finanziamento, mentre la restante quota di rischio sarà fatta ricadere sui soggetti promotori.

Si può dire che il soggetto finanziatore (spesso una banca o un *pool* di banche) partecipa, insieme agli altri soggetti che intervengono nell'operazione, al rischio d'impresa insito nell'affare. Questa è appunto l'essenza dell'operazione. Il frazionamento del rischio, elemento imprescindibile e caratterizzante il *project financing*, viene, come si è visto, espressamente e dettagliatamente regolato in fase di redazione dei testi contrattuali attraverso una sua distribuzione tra i vari soggetti. Il progetto, insomma, si autofinanzia (grazie alla sua capacità di generare *cash-flow* adeguati) e risponde da sé degli eventuali danni²¹⁶.

Anche la gestione delle controversie che potrebbero sorgere durante la fase esecutiva del progetto riceve spesso una peculiare disciplina. Non di rado, infatti, se ne prevede la rimessione ad un c.d. « arbitrato *multi-party* » mediante la previsione di una clausola compromissoria che, oltre a prevedere la rimettibilità ad arbitri, consente ad altre parti, terze rispetto al singolo contratto contestato, ma comunque coinvolte nell'operazione complessiva, di aderire al procedimento arbitrale e di

²¹⁵ L'espressione è stata coniata da M. SARMET, *Les financements internationaux de projet en Europe*, in *Banque*, 1980, p. 190 ed è stata poi ripresa dagli studiosi italiani. Cfr. M. LOBUONO, *Project Financing, garanzie indirette e tutela del finanziatore*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 103.

²¹⁶ In proposito, v. D. SCANO, *op. cit.*, p. 29 s., nt. 68, il quale precisa che « la ripartizione dei vari molteplici rischi del progetto tra le parti partecipanti all'operazione avviene mediante ricorso ai principi dell'analisi economica del diritto: il rischio è sopportato per contratto dalla parte che si trovava nella migliore posizione *cost-effective* ».

ottenere un'unica decisione proveniente da un organo il quale ha avuto modo di conoscere e apprezzare i molteplici profili della fattispecie²¹⁷.

Si è avuto modo di notare, fin da queste prime considerazioni, come a partecipare all'iniziativa e alla sua realizzazione sia un gran numero di soggetti, i quali non limitano la propria attenzione e l'esercizio del proprio potere contrattuale al singolo rapporto che li vincola alla società di progetto, ma si preoccupano di conoscere i vari profili dell'operazione. In particolar modo, nel tempo e attraverso le molteplici esperienze concrete, si è modificato ed ampliato lo stesso ruolo dei finanziatori. Questi ultimi, se nelle prime esperienze di *project financing* si limitavano a intervenire dopo la costruzione dell'impianto, escludendo la loro partecipazione al rischio nelle prime fasi di progettazione ed esecuzione, hanno infine esteso il proprio contributo anche alle fasi preliminari relative alla predisposizione dei vari contratti di cui l'operazione si compone arrivando, talvolta, addirittura ad intervenire attivamente nella realizzazione del piano industriale e a partecipare alla stessa società di progetto in qualità di "promotori".

La più incisiva possibilità di accedere ed influire nelle diverse fasi permette, infatti, al finanziatore di tutelare meglio i propri interessi, riuscendo, altresì, ad ottenere che nel contratto di finanziamento siano inserite clausole le quali gli permettano, di fronte al verificarsi di gravi criticità nella realizzazione e gestione dell'affare, di acquistarne il pieno controllo evitandone la paralisi. Date le peculiari caratteristiche delle operazioni di *project financing*, infatti, questa è la migliore garanzia per il finanziatore di veder rimborsato il proprio credito.

3. Piuttosto complesso si rivela l'esercizio ermeneutico volto a individuare la natura giuridica della finanza di progetto²¹⁸, tale da indurre taluno a concludere per l'impraticabilità dello sforzo qualificatorio²¹⁹.

²¹⁷ Il fenomeno si è principalmente sviluppato nell'ambito della *International Chamber of Commerce* di Parigi (ICC). Per una sua analisi critica, si veda F. VISCO, *Il Project Finance e le convenzioni arbitrali*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 8.1., p. 153 ss.

²¹⁸ Cfr., sul tema, P. CARRIÈRE, *Project financing, profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999; G. MISSERINI, voce *Project financing (lavori pubblici)*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Agg. Torino, 2005, p. 621 ss.; M.V. PUCA, *Cos'è il project financing: concetti e storia*, in *Notariato*, f. 5, 2006; A. TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003; ID., *Il project finance*, in AA.VV., *Le operazioni di finanziamento alle imprese*, a cura di I. Demuro, Torino, 2010, p. 197, il quale spiega gli ostacoli che l'interprete deve affrontare per qualificare il fenomeno in ragione

La diffusione nel nostro ordinamento di istituti e modelli sorti e perfezionatisi nei sistemi di *common law* ha, come è intuibile, determinato il fiorire di nuove problematiche, a livello sia pratico che giuridico. Essi sono determinati, in primo luogo, dal fatto che i sistemi di *common law*, com'è noto, non si fondano su un sistema codicistico simile a quello che caratterizza, al contrario, gli ordinamenti di *civil law*.

A fronte di questa diversità a livello di principi generali tra gli ordinamenti, la prassi del *project financing* si è sviluppata intorno a innumerevoli figure di *lawyers*²²⁰ e tecnici che hanno cercato di prevedere ogni possibile ipotesi di criticità, dettando una norma contrattuale astratta che fosse il più possibile adeguata a risolvere eventuali problematiche attuative. La prassi commerciale conosce, pertanto, un'innumerabile varietà di soluzioni contrattuali, attraverso le quali le parti si sforzano di regolamentare tutti gli aspetti che influiscono nella buona riuscita del progetto.

Il nostro codice civile dedica ampio spazio alle diverse fasi dell'esperienza contrattuale, con norme sia imperative che dispositive e interviene a colmare le eventuali lacune su aspetti essenziali lasciate dalle parti nella fase della contrattazione. Mancano, invece, nel *common law* istituti che rivestono un ruolo fondamentale negli ordinamenti di stampo continentale, quali la causa, la nullità e la stessa nozione del collegamento negoziale²²¹ mentre, di contro, acquista rigidità e inviolabilità il principio di relatività dei contratti (la c.d. *privity of contract*)²²².

delle sue « caratteristiche di flessibilità sconosciute al nostro ordinamento o comunque allo stesso poco familiari, dando vita ad un organismo di natura ibrida ».

²¹⁹ Cfr. R. PERNA, *L'uso pubblico delle risorse private: un nuovo rapporto fra pubblico e privato nella realizzazione di opere pubbliche*, in *Pol. dir.*, 1996, p. 279.

²²⁰ Detta particolarità è evidenziata da G.L. RABITTI, *op. cit.*, p. 233, il quale qualifica il *project financing* come un'operazione « lawyer-intensive ».

²²¹ Il collegamento negoziale ha ricevuto un riconoscimento normativo – seppure nell'ambito della legislazione speciale – dapprima con l'art. 1469-ter c.c. (introdotto dalla l. 6 febbraio 1996, n. 52 e poi trasfuso nell'art. 34 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. “codice del consumo”) – il quale dispone che l'accertamento della vessatorietà delle clausole del contratto deve essere condotto, tra l'altro, « facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro contratto collegato o da cui dipende »– e, da ultimo, attraverso il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 241 che ha introdotto, all'art. 121 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, c.d. “testo unico bancario”), la nozione di « contratto di credito collegato ».

Differenti dal concetto di collegamento negoziale sono i *collateral contracts* di stampo inglese, definiti come l'insieme di « a contract between two persons [...] accompanied by a collateral contract between one of them and a third person relating the same subject-matter », ovvero « un contratto fra due parti, accompagnato da un altro contratto fra una delle due parti del primo contratto ed un terzo, avente lo stesso oggetto del primo contratto ». Si può trattare, ad esempio di ipotesi in cui al contratto di vendita concluso tra acquirente e venditore al dettaglio si accompagna l'impegno di garantire la conformità dei beni assunta dal produttore. Si veda G.H. TREITEL, *The Law of Contract*¹¹,

Il concetto della *privity of contract* si è sviluppato nella giurisprudenza delle corti britanniche fin dalla metà del XIX secolo²²³ e si è via via affermato fino a diventare principio cardine della materia contrattualistica. Esso si compone di due aspetti: in primo luogo, si risolve nella impossibilità per il contratto di produrre effetti in capo a soggetti che non hanno preso parte all'accordo; ne deriva che i terzi non acquistano dal contratto alcun diritto e non disporranno, pertanto, di alcuna azione per il suo esercizio. Per altro verso, dal contratto non possono, inoltre, sorgere obbligazioni a carico di soggetti diversi dai contraenti²²⁴.

L'affermazione in senso assoluto del principio del *privity of contract* evidenzia, tuttavia, la necessità di lasciare spazio ad ipotesi eccezionali al fine di evitare casi di manifesta ingiustizia. Sono state così previste, a livello dottrinale e, poi, anche legislativo, alcune fattispecie in cui il terzo è ammesso a divenire destinatario di alcuni effetti derivanti dal contratto. Ci si riferisce, in particolare, ai contratti di agenzia, di assicurazione, al *trust*, all'assegno e ad alcuni accordi in

London, 2003, p. 582 il quale richiama anche il caso *Shanklin Pier v. Detel Products Ltd [1951]*. In quell'occasione si era statuito che, sulla base del contratto di appalto - con il quale si era incaricata una società della verniciatura di un molo mediante l'utilizzo di prodotti che garantissero una durata di almeno sette anni - il committente potesse far valere il difetto qualitativo del materiale (nella specie, la tinte avevano resistito per soli tre mesi) direttamente nei confronti del venditore sulla base del *collateral contract* che poteva ritenersi concluso tra il medesimo venditore e l'appaltatore. Ai - *collateral contract*, inoltre, sono ricondotti i contratti d'opera, in forza dei quali l'esecuzione, totale o parziale, della prestazione viene affidata ad un terzo soggetto - scelto dal committente ma contrattualmente vincolato con il prestatore d'opera. In questi casi, si ritiene che ai due contratti si accompagni un terzo *collateral contract* in forza del quale il terzo risulta direttamente responsabile nei confronti del committente. Cfr., altresì, P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1990, p. 104 ss. e 202 ss.

²²² Ciò incide sui rapporti tra i vari soggetti che intervengono nell'operazione, in quanto ciascuno di essi di riterrà vincolato esclusivamente da quanto previsto espressamente nel singolo contratto di cui è parte, senza alcun influsso derivante da gli altri contratti del progetto, che non sia specificamente previsto dal contratto medesimo. Anche gli spazi di integrazione del contenuto contrattuale da parte del giudice sono ridotti

²²³ La sua prima affermazione si deve ad una controversia insorta perché, in virtù di un contratto con il quale il promittente si era impegnato a pagare le spese del matrimonio della propria figlia con il figlio della parte promissaria (terzo rispetto al contratto) il terzo, figlio del promissario, ne pretendeva l'adempimento (cfr. *Tweddle v. Atkinson*, 1861, in *The All England Law Reports*, 1861-1873, p. 369. Il principio si è in seguito affermato nel 1915 con il caso *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge & Co. Ltd.*, in *The All England Law Reports*, 1914-1915, p. 333 e, nel 1967, con il caso *Beswick v. Beswick*, in *The Digest, Contract*, Parts 1-6(9), 1991, p. 375, n. 3152.

²²⁴ Cfr. G.H. TREITEL, *op. cit.*, p. 580, il quale dà conto delle aspre critiche cui il concetto è stato sottoposto, non tanto in relazione al suo secondo carattere - l'incapacità del contratto a far sorgere obbligazioni a carico dei terzi, che è, anzi, aspetto unanimemente condiviso perché espressione di un valore di equità e di ragionevolezza (« *just and sensible* ») - quanto per la pretesa impossibilità di attribuire diritti e benefici in favore di soggetti estranei al negozio. Quest'ultimo carattere ha conosciuto, nell'ultimo ventennio, delle eccezioni (sul punto le disposizioni sono precise nel ribadire che, fuori dai casi considerati la *privity of contract* mantiene intatta la sua forza) attraverso, dapprima, il Report in materia di "*Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*", pubblicato dalla Law Commission nel 1996 e, successivamente, il *Contract (Right of Third Parties) Act 1999*.

materia di proprietà (ad es. si ammette che in un contratto di affitto le parti contraenti possono prevedere degli effetti in capo ai successivi acquirenti del diritto di proprietà sul bene).

Gli effetti a favore del terzo vengono, inoltre, ampiamente ammessi in materia di risarcimento del danno. Ciò accade soprattutto a proposito della responsabilità del produttore per bene difettoso, nei confronti del quale viene ammessa l'azione diretta dell'acquirente finale.

Nel diritto statunitense sono state, inoltre, introdotte ulteriori eccezioni al principio di *privity of contract* ammettendo che il contratto possa realizzare benefici in capo al terzo, fino ad arrivare alla stessa estensione della nozione di "parte del contratto". Ciò viene ammesso, ad esempio, a proposito di gruppi di contratti stipulati tra soggetti diversi ma aventi tutti lo stesso oggetto. Si parla in proposito di *collateral contracts*, per indicare rapporti, quale quello di garanzia, in cui, pur essendo le parti diverse, l'impegno assunto è il medesimo. Ulteriore esempio ne è il rapporto che si instaura tra il contratto di appalto e quello di subappalto; ma anche la vendita a rate nella quale, oltre al venditore e al compratore, interviene un finanziatore sul quale si riverberano alcuni degli effetti del contratto di vendita, potendo egli, altresì, diventare destinatario di azioni instaurate dal compratore in virtù della vendita.

In epoca recente il legislatore britannico si è specificamente interessato al principio della *privity* mediante l'emanazione del *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in vigore dal maggio 2000, il quale riconosce espressamente il diritto del terzo, al quale il contratto attribuisca diritti o benefici, di agire per la loro tutela. Il principio della *privity of contract* ne esce, com'è evidente, fortemente ridimensionato. È opinione sempre più diffusa, infatti, sia tra i legislatori, che tra i giudici e tra gli studiosi, che, nella dimensione attuale del mercato e delle esperienze sociali, il contratto, spesso, non assume rilevanza soltanto per le parti che lo concludono ma anche per altri soggetti i quali hanno un interesse, sociale o economico, nell'affare cui, in determinate circostanze, deve essere riconosciuta tutela.

Alle considerazioni svolte circa la rilevanza che il contratto può avere per soggetti terzi, si deve aggiungere il ruolo ormai incisivo che nell'economia contrattuale rivestono i gruppi di contratti. Di questi ultimi se ne è specificamente

occupata la dottrina francese la quale li distingue in due settori: le *chaînes de contracts* e gli *ensembles de contracts*²²⁵.

La prima categoria riguarda i rapporti “verticalizzati”, composti da contratti che si succedono nel tempo, accomunati dall’identità dell’oggetto; i secondi coincidono con i gruppi di contratti, legati tra loro secondo una struttura circolare e caratterizzati dall’univocità dell’obiettivo economico che tendono a realizzare. Le parti, quindi, pur non vincolate dallo stesso contratto, risultano tra loro legate dall’appartenenza al medesimo gruppo. E da ciò ne deriva il riconoscimento della legittimazione ad agire – con un’estensione dell’efficacia del contratto (e quindi con una lettura allargata del principio di relatività espresso dall’art. 1165 del *Code Civile*) a tutti i partecipanti al gruppo²²⁶. L’evoluzione giurisprudenziale si è, poi, ulteriormente interessata alla qualificazione del gruppo di contratti, arrivando ad affermare che, se tradizionalmente l’efficacia nei confronti dei terzi veniva esclusa sulla base del ruolo fondamentale accordato alla volontà dei contraenti, dall’attribuzione di rilevanza giuridica ai gruppi di contratti, detto principio verrebbe affievolito e messo in secondo piano rispetto all’altro valore, parimenti importante, rappresentato dall’utilità socio-economica che il gruppo di contratti è diretto a realizzare e la quale giustificerebbe l’azione diretta riconosciuta nei confronti di tutte le parti.

Alla luce di tali premesse e tornando alla complessa operazione contrattuale dalla quale ci si è mossi – il *project financing* –, occorrerà interrogarsi se le sue peculiari modalità operative, a fronte dell’unitarietà del progetto e dell’interesse comune di tutti i partecipanti alla sua realizzazione (anche perché pressoché esclusivamente da essa ne ricaveranno i desiderati vantaggi economici oltre che i profitti necessari per il rimborso dei debiti contratti), possono permetterne un inquadramento univoco che riesca a giustificare i diversi rapporti giuridici di cui si compone.

Prima di rivolgere l’attenzione ai problemi che pone la qualificazione dei rapporti in parola occorre, tuttavia, rilevare che diverse possono essere le manifestazioni tecniche del *project financing*.

²²⁵ Tra i principali studiosi della materia deve essere ricordato B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contracts*, LGDJ, Paris, 1975. Sulla distinzione concettuale tra “raggruppamento di contratti” e “collegamento negoziale”, cfr. D. SCANO, *op. cit.*, p. 31, nt. 72.

²²⁶ Anche la giurisprudenza francese ha riconosciuto la rilevanza dei gruppi di contratti. Cfr. *Cour de Cassation civile, première chambre civile*, 8 marzo 1988, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, p. 551 e *Cour de Cassation civile, première chambre civile*, 21 giugno 1988, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1989, p. 74.

Talvolta esso si risolve in una semplice operazione di finanziamento in cui ciascun rapporto contrattuale mantiene una sua autonomia rispetto agli altri. In questi casi la particolarità risiede tutta nell'essere il finanziamento finalizzato alla realizzazione del progetto. Tali caratteri potrebbero indurre a collocare l'operazione nell'ambito della figura del mutuo di scopo²²⁷. L'inquadramento sarebbe, peraltro, confermato in ragione della clausola, comunemente inserita nei contratti di finanziamento finalizzati, con la quale si consente al mutuante di assumere la gestione dell'affare²²⁸ e di reimpiegare le somme erogate.

Ne derivano, accettandone la qualificazione in termini di mutuo di scopo, conseguenze non totalmente in linea con la prassi del *project financing* tipica delle esperienze di *common law*. Il finanziatore, infatti, dovrebbe acquistarne il diritto di verificare che il beneficiario utilizzi le somme erogate in conformità alle modalità di finanziamento. L'utilizzo del finanziamento con modalità non conformi agli accordi raggiunti, peraltro, potrebbe comportare la decadenza dal beneficio del termine ai sensi dell'art. 1186 c.c., oltretutto la risoluzione del contratto. Il contratto, invece –

²²⁷ Nel mutuo di scopo la finalità per il cui soddisfacimento è erogato il finanziamento entra a far parte del programma negoziale, qualificando causalmente il contratto. Accanto alla consegna delle somme finanziate si aggiunge, infatti, l'espressa finalità dell'erogazione. L'utilizzazione delle somme da parte del mutuatario, pertanto, non è libera ma risulta limitata e rivolta al soddisfacimento dello scopo indicato nel contratto. Alla naturale obbligazione restitutoria che discende dal mutuo ordinario si accompagna, in queste ipotesi, l'obbligazione di realizzare lo scopo indicato nel contratto. Ne consegue che il contratto potrà essere risolto qualora il mutuatario utilizzi le somme ottenute per fini diversi da quelli stabiliti o qualora la realizzazione dello scopo sia colpita da impossibilità sopravvenuta. In generale, cfr. S. MAZZAMUTO, voce *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990; M. RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1994, p. 558 ss., la quale osserva come « oltre alla risoluzione, sia giudiziale, che stragiudiziale, sono configurabili anche per l'ipotesi di pericolo di inadempimento, gli altri mezzi di tutela di cui dispone il mutuante. In primo luogo la possibilità di rifiutare (ex art. 1822 c.c.) il versamento delle somme promesse, se le condizioni patrimoniali del finanziato siano divenute tali da rendere difficile la restituzione, successivamente all'accordo. La facoltà di esperire l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) e quindi sospendere l'erogazione del capitale in caso di ritardo o di altro inadempimento del mutuante all'obbligazione di scopo. Infine il potere del mutuante di eccepire la decadenza del sovvenuto dal beneficio del termine (art. 1186 c.c.) per la restituzione delle rate, qualora vengano meno le garanzie prestate e si prefiguri una situazione di insolvenza ». Si veda, inoltre, R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, Torino, 2002, p. 2 il quale, senza aderirvi, ricorda che l'opinione tradizionale ravvisa nel mutuo di scopo il « normotipo principale » dei contratti di finanziamento, in cui il consueto schema del mutuo è « modificato, però, dalla previsione della clausola di destinazione da un lato e dalla (corrispettiva) agevolazione finanziaria dall'altro ». In argomento, anche N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, spec. p. 71 ss.; G. FAUCEGLIA, *I contratti di finanziamento e il mutuo di scopo*, in *Contratti d'impresa*, a cura di Buonocore e Luminoso, Milano, 1993, p. 1317 ss.; R. PERCHINUNNO, *Il mutuo di scopo*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da Galgano, vol. 1, Torino, 1995, p. 659 ss. In giurisprudenza, si vedano Cass., 19 luglio 2012, n. 12454; Cass., 16 febbraio 2010, n. 3589; per gli aspetti patologici dell'operazione v., inoltre, Cass., 8 aprile 2009, n. 8564.

²²⁸ L'inserimento nel contratto di una clausola siffatta è volta a garantire la realizzazione del mutuante a vedersi restituite le somme erogate, potendo, in caso contrario, assumere il controllo dell'affare e assicurarne il buon esito. Cfr. Cass., 21 dicembre 1990, n. 12123 e Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 302.

secondo l'orientamento accolto anche dalla giurisprudenza –, non potrebbe essere oggetto di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.²²⁹.

Importante è, allora, stabilire quali conseguenze si riverberano sugli altri rapporti sorti in base al progetto una volta che il mutuo di scopo si sia risolto. In proposito la Suprema Corte si è pronunciata – rifacendosi alle categorie del mutuo di scopo e del collegamento negoziale – attribuendo al mutuante la legittimazione a pretendere la restituzione delle somme non nei confronti del mutuatario ma proponendo l'azione, in via diretta, contro l'effettivo beneficiario²³⁰.

Una conclusione in tal senso avrebbe effetti dirompenti nei rapporti derivanti dall'operazione di *project financing*, in quanto esporrebbe, non solo la società di progetto, ma anche i soggetti che contrattano con la stessa, alle azioni di restituzione proposte dalla banca finanziatrice, eludendo, in questo modo, i limiti di rivalsa in genere insiti nell'operazione.

Diverse conclusioni possono trarsi allorché, invece, i vari rapporti entrano in qualche modo in “contatto”²³¹, potendo dare luogo, talvolta, ad una vera e propria forma di collegamento negoziale²³². Da ciò, com'è ovvio, discende che le vicende di un rapporto potranno influenzare anche gli altri rapporti collegati.

²²⁹ Cfr. Cass., 18 giugno 1981, n. 3980.

²³⁰ Cfr. Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3094. Da ultimo, Cass. 19 luglio 2012, n. 12454, in *Contr.*, 2012, p. 993 ss., con nota di G. Caradonna.

²³¹ Cfr. F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, Torino, 1962, X, p. 48, il quale ravvisa il fenomeno del collegamento negoziale « quando un contratto presenta un certo nesso con un altro: sia che il nesso abbia come punto di riferimento il primo contratto, sia che abbia, come punto di riferimento, il secondo ».

²³² Numerosi sono gli studiosi che si sono occupati del collegamento negoziale. Si vedano, tra gli altri, C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 481 ss.; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Scritti minori*, Napoli, 1988; M. TURTUR, *I negozi collegati*, in *Giust. civ.*, 1987, II, p. 251 ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, p. 279 ss.; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 387; A. CATAUDELLA, *I contratti*, Torino, 2009. Il collegamento negoziale ha conosciuto le sue espressioni più diffuse e più interessanti nelle figure del mutuo di scopo finalizzato alla vendita, del credito al consumo e del *leasing* finanziario. In tema di credito ai consumatori, si vedano le recenti decisioni giurisprudenziali di Cass., 19 luglio 2012, n. 12454; Trib. Milano, 25 giugno 2012, in *Foro pad.*, 2012, 4, I, c. 663, con nota di A. SPINA; Trib. Cagliari, 11 novembre 2007, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, 6, II, p. 756 con nota di G. TERZINI. In dottrina, R. BATTILORO, *Collegamento negoziale e inadempimento del fornitore: la nuova disciplina del credito al consumo alla luce di una recente giurisprudenza comunitaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 779 ss.; G. CARRIERO, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 505 ss.; A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 725 ss.; M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 755 ss.; ID., *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II, Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del d.lgs. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, p. 323 ss. In materia di *leasing* finanziario, cfr. Cass., 12 ottobre 2012, n. 17604; Cass., 30 marzo 2005, n. 6278; Cass., 23 maggio 2012, n. 8101; Cass., 29 settembre 2007, n. 20592; Cass., 27 luglio 2006, n. 17145.

Delle operazioni contrattuali le quali, seppure intercorrenti tra parti separati, risultano accomunate da un obiettivo comune si sono occupate anche la dottrina e la giurisprudenza italiane.

Sussiste il collegamento negoziale quando due o più contratti, dotati ciascuno di propria causa, realizzano insieme una funzione ulteriore – rappresentata qui dalla distribuzione del rischio, tra le diverse parti contraenti, della realizzazione del progetto – la quale li giustifica reciprocamente. Il collegamento assume un ruolo talmente preponderante all'interno dell'operazione da determinare, di fronte alla caducazione di uno dei contratti collegati, anche la caducazione degli altri, secondo il noto broccardo *simul stabunt, simul cadent*²³³. Dal collegamento negoziale deriverebbe, inoltre, l'applicazione dell'art. 1419 c.c. in tema di nullità parziale. Pertanto, qualora si dimostri che le parti non avrebbero comunque concluso i contratti collegati non direttamente viziati, anche questi verrebbero colpiti dalla nullità.

La dottrina italiana distingue tre forme di collegamento negoziale. Il collegamento c.d. legale (o necessario), cioè inevitabile, che è quello che si instaura, ad esempio, tra il contratto preliminare e il definitivo, o tra il contratto di garanzia e

In dottrina, v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1085 ss. Merita di essere segnalata, inoltre, la decisione a Sezioni Unite della Corte di legittimità che ha definitivamente riconosciuto la sussistenza del collegamento negoziale anche nell'ipotesi di contratto preliminare c.d. a effetti anticipati. Si tratta di Cass., Ss.Uu., 27 marzo 2008, n. 7930, la quale qualifica il contratto preliminare di vendita con il quali anticipano l'effetto traslativo e la consegna del bene come un « contratto di comodato collegato al preliminare per il quale al comodatario è attribuita la detenzione e non il possesso ».

²³³ Qualificano il *project financing* come ipotesi di collegamento negoziale C.L. APPIO-V. DONATIVI, *Project Financing*, in AA. VV., *L'integrazione fra imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995, p. 213, i quali pure danno rilevanza al « vincolo di destinazione » al quale viene subordinata l'erogazione del finanziamento. V., inoltre, U. DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in U. DRAETTA-C. VACCÀ, *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, p. 201, il quale lo descrive come uno « schema multi-contrattuale [...] che designa una particolare forma di finanziamento di progetti industriali di grosse dimensioni, con ripartizione dei rischi tra una molteplicità di soggetti »; C. VISCO, *op. cit.*, p. 146; A. BIANCONI, *Il finanziamento privato delle grandi opere*, in *Contr.*, 1995., p. 341. *Contra* M. LOBUONO, *op. cit.*, p. 213 il quale mette in luce l'autonomia dei rapporti contrattuali.

Sulla nozione di collegamento giurisprudenziale adottata dalla giurisprudenza, cfr., da ultimo, Cass., 19 luglio 2012, n. 12454 che ha statuito che «perché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, sono necessari due requisiti. Il primo è quello oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, finalizzati alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario. Il secondo è quello soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere, non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale». Si vedano, inoltre, Cass., 10 luglio 2010, n. 18884; Cass., 17 maggio 2010, n. 11974; Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273; Cass., 24 maggio 2003, n. 8253.

il contratto principale. Analogo è il collegamento c.d. genetico (quale è, ancora una volta, quello che insiste tra preliminare e definitivo) e che si manifesta al momento della formazione dell'accordo negoziale²³⁴. Altra categoria è quella del collegamento c.d. occasionale (o casuale), che non acquista, invece, alcuna rilevanza dal punto di vista giuridico. Infine, quello che maggiormente ha interessato e occupato gli studiosi è il c.d. collegamento volontario, nel quale rileva l'*animus colligandi*. In quest'ultima ipotesi, infatti, le parti, guidate dal fine di realizzare un determinato scopo – ulteriore rispetto a quello che ispira i contratti *uti singuli* – attribuiscono rilevanza al collegamento, attraverso l'espressione della loro volontà. A detto elemento soggettivo deve, inoltre, aggiungersene un altro, di rango oggettivo, il quale è espresso dalla comune funzione economico-giuridica che informa i contratti collegati.

Nella finanza di progetto lo scopo della ripartizione del rischio tra i plurimi soggetti partecipanti, rappresenta la funzione onnicomprensiva e risultante dall'insieme nei negozi considerati unitariamente. Non si tratta – com'è evidente – di una mera sommatoria delle specifiche cause singolarmente identificanti ciascun rapporto, bensì di un risultato ulteriore e complesso che ciascuna parte intende realizzare e che non può essere raggiunto se non mediante la connessione dei diversi contratti. Il risultato ottenuto non può che consistere in un rapporto atipico, ma pur sempre meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c.

L'applicazione dei principi propri del collegamento negoziale al *project financing*, tuttavia, è da alcuni fatta oggetto di critiche. In particolare, si ritiene che l'applicazione, alla fattispecie qui considerata, della regola che notoriamente si esprime attraverso il broccardo *simul stabunt simul cadent* – e che fa discendere,

²³⁴ La dottrina è piuttosto critica sul punto evidenziando come la costruzione della nozione di "collegamento genetico" si rivela poco utile ai fini interpretativi. Esso, infatti, perderebbe ogni utilità sia pratica che giuridica al momento stesso della venuta ad esistenza del contratto. Tornando all'esempio dello schema "preliminare-definitivo", è chiaro che, nel momento della conclusione del definitivo, il contratto preliminare non ha più alcuna ragion d'essere, venendo ad essere sostituito *in toto* dal secondo. Illuminante, sul punto, è F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 435, il quale sostiene che la nozione di "collegamento genetico" « è del tutto priva di contenuto, eccetto che la si voglia ridurre nell'ambito ristretto dei soli casi di contestualità; giacché il fatto che si sia considerato un negozio nel processo formativo di un altro negozio è di per sé irrilevante se non si traduce in un particolare modo di essere del regolamento di interessi compiuto dalle parti. E, se ciò avviene, appare evidente che il collegamento non è genetico, ma funzionale ». Si vedano, inoltre, G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., p. 263; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 14 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, 1962, p. 51 ss.

dall'inadempimento di uno dei contratti, la caducazione dell'intero e complessivo rapporto – non sarebbe in linea con i concreti interessi perseguiti dalle parti²³⁵.

Il finanziatore, in particolare, in ipotesi patologiche, sarebbe più interessato a mantenere in piedi i contratti, sulla cui esecuzione, anzi, egli fonda le proprie aspettative di essere rimborsato. In considerazione di tali interessi, nella prassi si è soliti inserire delle particolari clausole di garanzia indiretta (c.d. di *step-in*), in virtù delle quali, è consentito ai finanziatori, qualora si palesino situazioni di difficoltà della società di progetto di prenderne il controllo nel più breve tempo possibile

²³⁵ Particolarmente critico è A. TULLIO, *Il project finance*, cit., p. 212 ss., che ritiene più utile all'inquadramento della fattispecie negoziale analizzata il richiamo dei principi generali espressi, in materia contrattuale dagli artt. 1322, co. 2, e 1363 c.c. La logica del *project financing* si spiegherebbe, insomma, attraverso l'applicazione estensiva del principio di interpretazione complessiva delle clausole del contratto, finendo per interpretare le clausole di un contratto per mezzo delle pattuizioni contenute in altro negozio. Le critiche mosse dall'Autore all'inquadramento del *project financing* all'interno della categoria generale del collegamento negoziale, tuttavia, paiono fondate su un presupposto che non può essere condiviso. La stessa nozione di "operazione economica" non è, secondo l'Autore, utile per l'identificazione del collegamento negoziale. Si tratterebbe di un'«operazione economica di cui non sono state individuate le costanti, ed alla quale, del resto, non è ancora stata fornita un'unitaria disciplina generale».

In realtà la nozione di operazione economica non attiene ad un particolare schema contrattuale, bensì evidenzia la funzione complessiva di plurimi contratti unitariamente considerati e che può, com'è comprensibile, variare a seconda delle circostanze concrete. Di « unità di interesse economico » parla F. MESSINEO, *Contratto collegato*, cit., p. 49. L'Autore osserva che « è possibile che – se tale *interesse* sia *complesso*, o non-suscettibile di essere realizzato *uno actu*, o se più *interessi* siano fra loro *connessi* – le parti facciano ricorso a più (di regola, due) contratti; i quali, naturalmente, restano collegati, in vista appunto dell'unità dell'interesse, o della connessione fra gli interessi e, quindi, della finalità definitiva da conseguire ».

Ne risulta che la stessa eccezione per cui, se si rinviasse il *project financing* alla struttura del collegamento negoziale significherebbe ravvisare, rispetto ai singoli contratti, « un autonomo rapporto giuridico che si eleva e si distacca dai singoli contratti, trovando la sua fonte nella "operazione unitaria" » non può essere condivisa. Una volta che si sia confermato che con il collegamento negoziale non sorge un rapporto contrattuale ulteriore, quanto piuttosto si qualifica funzionalmente ciascun contratto in funzione degli altri, appare evidente che non può sussistere alcuna contraddizione con l'applicazione del principio generale espresso dall'art. 1363 c.c.

Per un'interessante disamina della nozione di "operazione economica" e del suo rapporto con la nozione di "contratto", cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 93 ss. secondo il quale « la nozione di operazione economica identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata ». L'operazione economica non identifica un ulteriore modello contrattuale, bensì si rivela utile per evidenziare e attribuire rilevanza anche giuridica a « tutti quegli interessi non riassunti, né riassumibili, nello schema del tipo ». L'Autore giunge, peraltro, a considerare come la nozione di operazione economica abbia ormai acquisito rilevanza in un vasto numero di fattispecie piuttosto differenti tra loro e tali da evidenziarne la natura di categoria generale dell'ordinamento.

Parimenti interessante risulta notare che l'« operazione economica » sottostante il complesso rapporto contrattuale acquista un precisa connotazione proprio attraverso l'interpretazione. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 430, il quale osserva che « è soltanto raccordando l'operazione economica agli autori di essa che il concetto di operazione (in senso giuridico) acquista contorni davvero precisi ed affidanti, essendo destinato altrimenti a restare la semplice descrizione di una realtà di fatto insuscettibile di acquisire rilevanza sul piano giuridico ».

impedendo la risoluzione dei contratti implicati nell'operazione e la messa in liquidazione della società medesima²³⁶.

Il forte interesse dei finanziatori a mantenere in piedi la società di progetto è facilmente spiegato dalla stessa natura del finanziamento. Come si è detto, l'unica garanzia della restituzione del credito è rappresentata dalla buona riuscita del progetto e dal reddito che la sua corretta esecuzione genera. Il patrimonio di cui la società di progetto dispone non è di regola sufficiente a soddisfare tutti i creditori e i costi che il progetto ha comportato. La liquidazione del patrimonio sociale, pertanto, non rappresenta, di norma, un'auspicabile soluzione per le parti coinvolte²³⁷.

L'intera operazione e la sua funzione economico-sociale, unitariamente considerata deve, infatti, costituire il fondamento per la valutazione delle conseguenze che derivano dal collegamento. Non è, infatti, detto che la conseguenza ad un fenomeno patologico debba consistere nella caducazione dell'intero insieme di rapporti. La regola *simul stabunt, simul cadent*, cioè, dovrà configurarsi come l'*extrema ratio*, applicabile nelle ipotesi in cui non sia possibile il soddisfacimento dell'interesse economico programmato con il collegamento negoziale²³⁸.

È stata, inoltre, avanzata un'interpretazione più coraggiosa, richiamandosi a quella posizione dottrinale e giurisprudenziale che, nell'ambito del collegamento negoziale, rinviene, talvolta, una tale complessità nel vincolo tra i diversi contratti, da arrivare ad affermare che esso non solo realizza una funzione ulteriore, ma, altresì, che è addirittura fonte di effetti nuovi e aggiuntivi²³⁹ rispetto a quelli che

²³⁶ Cfr. L. RABITTI, *op. cit.*, p. 242 ss.

²³⁷ Cfr. A. TULLIO, *Il project finance*, cit., p. 202 ss., il quale sottolinea come « la continuazione della gestione è dunque lo scopo necessario di qualunque azione intrapresa dai finanziatori di fronte all'inadempimento della società di progetto ». L'Autore rileva che, attraverso l'assunzione del controllo del progetto, i finanziatori sono posti nella condizione di poter risolvere – salvo che le condizioni della società non siano definitivamente compresse e non più risanabili - la situazione di difficoltà, mentre « solo allorquando risulti impossibile o antieconomica la prosecuzione del progetto, i finanziatori provvederanno ad escutere le garanzie reali rilasciate, le quali torneranno ad assumere, in questa ipotesi residuale, la loro tradizionale, ma in questo caso insufficiente, funzione "offensiva" di consentire il pagamento del credito nei casi di inadempimento del debitore ». Tali considerazioni hanno indotto, inoltre, l'Autore ad affermare che la considerata « tecnica o "filosofia" di finanziamento viene rinnegata e, per conseguenza, ci si dovrà porre al di fuori della logica della finanza di progetto, tutte le volte in cui il finanziamento legato al singolo progetto sia affiancato da garanzie degli *sponsors* di entità tali, da fare loro assumere direttamente il rischio dell'insuccesso del progetto e, dunque, l'impossibilità di un rimborso, da parte della società di progetto, dei debiti contratti ».

²³⁸ Cfr. L. COSTANTINO, *op. cit.*, 424 ss.

²³⁹ Cfr. Cass., 20 gennaio 1994 n. 474, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3094, spec. 3096, che parla in proposito di « valore aggiunto ».

scaturiscono dai contratti *uti singuli*²⁴⁰. Questi ultimi, dunque, « non assumono più rilevanza individuale ma assolvono, nella complessità dell'operazione, la medesima funzione che avrebbero svolto le singole clausole di un particolare contratto ». Si arriva, per questa via, al ridimensionamento del principio (cardine nel nostro ordinamento) della relatività degli effetti del contratto, fino a qualificare « tutti i soggetti partecipanti all'operazione [...] come *parti* della stessa, e non invece parti rispetto ad alcuni contratti, e terzi rispetto ad altri »²⁴¹.

Il richiamo allo schema del collegamento negoziale e alle conseguenze cui questo dà luogo, acquistano, tuttavia, viva utilità di fronte ad alcune ipotesi patologiche nei rapporti di cui l'operazione si compone. Ciò accade, ad esempio, nelle ipotesi in cui si riscontra un accentramento dei rischi in capo ad un unico soggetto. Come si è già detto, uno dei principali vantaggi del *project financing* si evidenzia nella possibilità di ripartire, con elevati gradi di certezza, il rischio della realizzazione del progetto e della sua successiva gestione, in capo ad una pluralità di soggetti. Qualora, invece, su un unico soggetto si concentrino più posizioni contrattuali (tipico è il caso in cui il soggetto appaltatore, incaricato della realizzazione, è anche il soggetto promotore e il principale azionista della società di progetto) e detta ripartizione venga meno, impedendo al finanziatore di poter fare affidamento sui patrimoni dei diversi soggetti (che risulterebbero qui coincidenti), rendendo vane anche le peculiari forme di garanzia indiretta sviluppate dalla prassi (se, ad esempio, l'opera non arriva neanche a realizzazione, nessuna efficacia hanno le clausole *take or pay* e simili le quali presuppongono che il progetto sia già stato realizzato e messo in funzione).

La considerazione unitaria della fattispecie potrebbe allora tornare ad avere rilevanza, sebbene, come la giurisprudenza più recente non ha mancato di osservare, le conseguenze del collegamento negoziale (tipicamente quelle derivanti dalla regola *simul stabunt, simul cadent*) dovranno essere attentamente vagliate alla luce della fattispecie concreta. La risoluzione per inadempimento, ad esempio, potrà trovare applicazione di fronte ad un giudizio di non scarsa importanza, che riguardi non il

²⁴⁰ Vedi inoltre Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, ove ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 211 che dalla « pluralità coordinata di contratti » ritiene possa derivarne un « risultato economico unitario e complesso ».

²⁴¹ G.L. RABITTI, *op. cit.*, p. 247 ss. Si vedano, in proposito alle conseguenze che il *project financing* determina in ordine al principio della relatività dei contratti, anche le considerazioni di J.L. HISINGER-E. BENUDIS, *Project Financing Poses Distinct Risks for Lenders*, in *The National Law Journal*, 1996, Section B13.

singolo contratto violato, ma le conseguenze che si riflettono sull'intera operazione. Analoga valutazione dovrà compiersi ai fini dell'applicazione dell'art. 1419 c.c. e, dunque, della rilevanza della nullità che affligge il singolo contratto in relazione alla complessità del rapporto e, determinando, quindi, anche in ipotesi di invalidità, che il rischio possa essere ripartito tra i diversi rapporti.

Nello stesso senso si risolve anche la problematica relativa alla possibilità di sollevare l'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.* Formalmente, infatti, essa è proponibile soltanto dalla controparte tenuta alla controprestazione sinallagmaticamente legata a quella rimasta inadempita. Sulla base del collegamento, invece, qualora dalla medesima prestazione inadempita si manifestino seri pregiudizi anche per altre parti – pur non formalmente destinatarie della prestazione – anche queste potranno eccepirla per giustificare il rifiuto ad adempiere ai propri impegni. Situazione che potrebbe ben verificarsi, nell'ambito del *project financing*, nella circostanza in cui, di fronte all'inadempimento del soggetto appaltatore, il finanziatore sollevi l'eccezione *ex art. 1460 c.c.* nei confronti del soggetto finanziato e, contemporaneamente, committente.

Dalle considerazioni che precedono, con un ulteriore ragionamento, può infine arriversi ad attribuire addirittura un'azione diretta al soggetto che, partecipante al progetto, non sia formalmente parte del contratto né creditore della prestazione dovuta, al fine di ottenerne l'adempimento ovvero la risoluzione del contratto nonché il risarcimento del danno subito²⁴².

Gli interessi dei diversi soggetti coinvolti sono tutti tesi alla realizzazione di un identico obiettivo, il quale, anzi, può essere raggiunto solo con la proficua collaborazione di tutti. Lo stesso programma collettivo anzi, una volta che abbia superato positivamente il giudizio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., assurge a causa dell'operazione complessiva. Ne discende che l'operazione deve essere considerata e qualificata nella sua complessa unitarietà, tenendo conto che ciascuno dei contratti attraverso i quali si realizza viene concluso – tra determinate parti e con determinati contenuti – in considerazione degli altri e dei quali presuppone la validità e l'efficacia. Seppure è vero che i contratti sono conclusi da parti differenti e in tempi diversi, essi sono, comunque, considerati dalle parti come

²⁴² In questo senso si è espresso anche L. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 432, la quale giudica « tale conquista [...] ancora più utile se si pensa all'ipotesi di conflitto di interessi, in cui le eventuali pretese del finanziatore potranno essere fatte valere sul patrimonio del soggetto appaltatore, e non su quello della *project company*, in realtà formato prevalentemente dagli apporti dello stesso appaltatore ».

momenti imprescindibili e necessari, tutti ugualmente essenziali per la realizzazione dell'affare complessivo²⁴³.

Affermare che i contratti nei quali l'operazione si sviluppa – e, tra essi in particolare, il contratto di finanziamento – producono effetti anche in capo ai soggetti che non li hanno direttamente conclusi ma che hanno comunque preso parte all'iniziativa, inserendosi nella rete di contratti di cui quest'ultima si compone, significa, da una parte, ammettere la possibilità per i medesimi, di essere esposti ad azioni revocatorie, sia ordinarie che straordinarie, senza potersi qualificare come terzi, e, dall'altra, di poter opporre eccezioni riguardanti uno o più degli altri contratti, non direttamente da loro conclusi ma, comunque, inseriti nella rete di contratti.

Le considerazioni appena svolte, inoltre, sembrano essere avvalorate dalle stesse, particolarissime, clausole che, in genere, contraddistinguono le operazioni di *project financing*.

Come è stato notato, il collegamento negoziale avrebbe carattere unilaterale²⁴⁴ e si realizzerebbe attraverso un rapporto incentrato sul contratto di finanziamento e sull'interdipendenza di quest'ultimo con i vari contratti stipulati in vista della realizzazione del progetto. Si stabilisce, in effetti, in queste ipotesi un vero e proprio « sinallagma [...] tra il finanziamento e tutti gli altri contratti volti a realizzare l'opera, in quanto il corrispettivo del finanziamento è dipendente dalla esatta riuscita dell'intera operazione »²⁴⁵.

Nei contratti di fornitura dei beni o servizi prodotti sono di regola inserite clausole c.d. “*take or pay*” e “*take and pay*”²⁴⁶, volte a garantire alla società fornitrice l'impegno dei soggetti acquirenti all'acquisto e/o comunque ai pagamenti minimi, senza condizioni né la possibilità di opporre eccezioni, in alcuna circostanza, neanche in caso di “*hell or high water*” (“che venga l'inferno o un'inondazione”)²⁴⁷. Tali clausole sono poste a presidio dell'interesse dei finanziatori a vedersi in ogni

²⁴³ In proposito cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, 2001, p. 388, il quale rileva come i singoli contratti sono « in concreto programmati dalle parti come elementi di una stessa operazione ».

²⁴⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 455.

²⁴⁵ Cfr. L. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 428.

²⁴⁶ Cfr. A. BIANCONI, *op. cit.*, p. 339. La clausola *take or pay* impegna l'acquirente dei beni o servizi prodotti, per il caso in cui la prestazione non sia adempiuta, per impossibilità sopravvenuta, forza maggiore o altre ragioni dedotte, di eseguire comunque dei pagamenti minimi in favore del fornitore, garantendo, in tal modo, la sussistenza della provvista necessaria per il rimborso del finanziamento. Con la seconda tipologia di clausola, c.d., invece, l'acquirente resta liberato dall'obbligo nei casi di forza maggiore.

²⁴⁷ Cfr. A. BIANCONI, *op. cit.*, p. 339

caso restituito il finanziamento erogato. Espressione della medesima finalità di "spalmare" i rischi su tutte le parti e non soltanto sulla società di progetto, sono i principi dei « vasi comunicanti », detti anche « dei cancelli aperti » o dei « cancelli chiusi » i quali si riflettono nell'inserimento, nei contratti di *project financing*, di clausole atte a consentire, di fronte ad una contrazione delle vendite e delle richieste di forniture, la riduzione proporzionale anche degli acquisti di materie prime e degli altri beni o servizi necessari per la produzione.

Tutti gli esempi appena riportati evidenziano come, nella prassi, è fortemente sentito il problema di prevedere e ridurre le ipotesi in cui gli effetti e le patologie (non solo genetiche ma anche funzionali) degli altri contratti di cui si compone la vicenda si riversino sui diversi soggetti che vi intervengono.

Ulteriore e successivo problema riguarda l'esame circa la compatibilità di dette previsioni contrattuali con gli ordinamenti continentali e, per quanto ci riguarda, specificamente con quello italiano e le modalità con le quali vengono "tradotte" nei contratti stipulati in Italia.

La clausola *take or pay*, ad esempio, viene talvolta sostituita da una clausola *solve et repete*²⁴⁸, la quale, com'è noto, ai sensi dell'art. 1462 c.c., non permette l'opposizione di eccezioni finalizzate ad evitare o ritardare il pagamento, permettendo, esclusivamente, alla parte non inadempiente di agire, successivamente all'inadempimento, per la restituzione di quanto prestato.

Si è tuttavia notato che gli effetti delle due clausole non sono esattamente identici, non potendosi applicare l'art. 1462 c.c. di fronte alle eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione, all'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c., oltre che di fronte all'opposizione di eccezioni processuali²⁴⁹.

²⁴⁸ Sulla clausola *solve et repete* si rinvia a C. LUCCHI, voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1998, p. 586 ss.; nonché a C. MIRAGLIA, voce *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLII, p. 1255, ove ampi riferimenti bibliografici.

²⁴⁹ Cfr. M. LOBUONO, *op. cit.*, p. 118-119 (ove anche riferimenti di giurisprudenza). Vedi anche M. ZACCHEO, *Rischio e sopravvenienza*, Milano, 1994, *passim* nonché p. 110 ss., il quale offre una diversa valutazione della clausola *solve et repete*. Cfr., però, G.L. RABITTI, *op. cit.*, p. 251, il quale rileva come anche il *common law* considera talvolta irrinunciabili e inderogabili le eccezioni più gravi, analoghe alle nostre di nullità, annullabilità ed inadempimento; mentre meno facile sarebbe ricorrere a rimedi simili alla rescissione per eccessiva onerosità sopravvenuta, in ragione dell'esperienza dei contraenti che, nel diritto nord-americano, rende legittimo l'eventuale sbilanciamento tra le prestazioni. Si veda, in proposito, E.A. Farnsworth, *Contracts*, New York, p. 323.

Altri, invece, trovano una giustificazione causale nella clausola proprio in ragione della considerazione unitaria della fattispecie, arrivando a considerare che con il contratto si sia voluta cedere l'intera produzione²⁵⁰.

Un cenno meritano, infine, quelle ulteriori costruzioni giuridiche proposte da chi ravvisa nei rapporti che intercorrono tra il soggetto gestore e gli acquirenti non un mero contratto di somministrazione ma un più complesso contratto a causa mista, in cui al corrispettivo per i beni e/o servizi si accompagna quello dovuto per il « costo evitato per la realizzazione dell'impianto e la sua gestione »²⁵¹.

Forse, però, con un ragionamento più semplice, ma maggiormente aderente alla realtà, potrebbe anche considerarsi l'operazione come un « contratto aleatorio comprendente una vendita di cosa futura »²⁵² che comporterebbe l'obbligo per l'acquirente di pagare il prezzo anche di fronte alla mancata venuta ad esistenza del bene.

L'inserimento di clausole *take or pay*, inoltre, ha una certa rilevanza anche nella escussione delle garanzie offerte al finanziatore. Infatti – e come meglio si vedrà *infra* – spesso il rimborso del suo credito viene avvalorato dalla cessione in suo favore, da parte della società di progetto, dei crediti nascenti dai contratti di fornitura stipulati con i terzi. Qualora in tali contratti sia inserita una clausola della tipologia appena menzionata, si finisce, pertanto, per scaricare sul finanziatore il rischio di vedersi opposte tutte le eccezioni che l'acquirente-ceduto avrebbe potuto sollevare nei confronti della società di progetto-cedente.

Appare, dunque, utile consigliare, in luogo della cessione di tali crediti, di fare ricorso ad una delegazione cumulativa di pagamento, la quale, salvo volontà contraria delle parti, non ammette che il delegato possa sollevare, nei confronti del delegatario, le eccezioni fondate sul rapporto intercorrente tra quest'ultimo e il delegante (nei limiti che sono, com'è noto, stabiliti dall'art. 1271 c.c.)²⁵³.

²⁵⁰ Vedi U. DRAETTA, *op. cit.*, p. 503.

²⁵¹ Sul punto, cfr. F. VISCO, *op. cit.*, p. 142.

²⁵² Cfr. G.L. RABITTI, *op. cit.*, p. 250 ss.

²⁵³ In proposito, cfr. G.L. RABITTI, *op. cit.*, p. 252. Sulla delegazione e le eccezioni opponibili, v. E. BOTTIGLIERI, voce *Delegazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990; P. RESCIGNO, voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, p. 929 ss.; S. TRIVELLONI, voce *Delegazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 2006, postilla di aggiornamento. A lungo dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura giuridica della delegazione e sulla sua qualificazione come negozio unitario – con causa unica – o, invece, come risultato di una pluralità di negozi « ciascuno con propria causa, anche se collegati funzionalmente alla realizzazione del medesimo scopo ». Per la teoria atomistica v. C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 1995, p. 625 ss.; P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 960 s.; nonché F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 625 ss. il quale, tuttavia, ravvisa nei negozi

4. Si è osservato che nell'ambito del *project financing* sono escluse o, comunque, fortemente limitate le possibilità per il finanziatore di rivalersi sul patrimonio dei soggetti promotori. La maggiore fonte alla quale il finanziatore può attingere per il rimborso dei suoi crediti è, infatti, rappresentata dagli stessi ricavi derivanti dalla realizzazione del progetto. La forza contrattuale del finanziatore viene, conseguentemente, ampiamente esercitata al momento della conclusione del contratto di finanziamento (il c.d. *loan agreement* o *financing agreement*) attraverso l'inclusione nel medesimo di clausole che gli riservino efficaci garanzie, dirette e indirette, rappresentate, soprattutto, da « ipoteca sulla centrale; pegno delle azioni della società di progetto detenute dagli *sponsors*; clausole statutarie e contrattuali volte a mitigare il rischio di conflitti di interessi quando uno *sponsor* assume anche la qualifica di appaltatore o controparte della società di progetto; consensi preventivi alla cessione dei contratti di progetto e meccanismi di cessione automatica al verificarsi di determinati eventi; cessione di crediti presenti e futuri della società di progetto; costituzione di *escrow accounts* o depositi nell'interesse di un terzo delle somme riscosse a titolo di corrispettivo (con schema simile al nostro art. 1773 c.c.); *negative pledges* ovvero assunzioni di obblighi di non fare; dichiarazioni e garanzie contenenti obblighi di fare o attestanti determinati avvenimenti »²⁵⁴.

tra delegante e delegato e tra delegante e delegatario dei negozi autorizzativi aventi carattere unilaterale e recettizio. Per la teoria unitaria, minoritaria in dottrina, v. D. GIACOBBE-G. GIACOBBE, *Delegazione, espromissione, accollo*, art. 1268-1276 c.c., in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992, p. 1 ss.; T. MANCINI, *L'accollo*, in *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, t. 1, Torino, 1999, p. 485 ss. Il contrasto è stato risolto da Cass., 17 maggio 2000, n. 6387, in *Fall.*, 2001, p. 410 ss., con nota di F. Fonnesu, la quale ha statuito che lo schema della delegazione codicistica « può essere realizzat[o] attraverso una pluralità di distinti negozi bilaterali ed unilaterali, dotati ciascuno di una propria causa, pur se tra loro finalisticamente collegati. Infatti, l'incarico delegatorio, come accordo tra delegante e delegato, non postula il consenso del delegatario; all'atto di assegnazione, come accordo tra delegante e delegatario, ben può rimanere estraneo il delegato; infine, la promessa del delegato, come atto unilaterale, si perfeziona con la relativa dichiarazione di volontà ed è efficace (art. 1334 c.c.) dal momento in cui perviene a conoscenza del delegatario (ed alla sua eventuale accettazione è connesso, dall'art. 1268, co. 2, c.c., l'effetto del beneficio dell'ordine a favore del delegante) ».

Con riferimento al regime delle eccezioni opponibili in materia di delegazione di pagamento e, in particolare, sui contrasti in merito all'opponibilità dell'inesistenza e dell'invalidità della delega, cfr. E. BOTTIGLIERI, *op. cit.*, p. 12 ss. e, in particolare, 15 ss. L'incertezza è da ricollegare al dubbio circa l'efficacia esterna, ovvero meramente interna, della delega. Nel primo caso, infatti, deriverebbe la possibilità per il delegato di eccepire l'invalidità della delega non soltanto nei confronti del delegante ma anche avverso il delegatario, in conseguenza del difetto – genetico o funzionale – della causa. Sul punto, con riferimento alla materia fallimentare, v. G.L. PELLIZZI, *Fallimento del delegante e successiva esecuzione del «iussum»*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, II, p. 552.

²⁵⁴ G.L. RABITTI, *op. cit.*, p. 229.

Il ruolo delle garanzie riveste, cioè, una fondamentale importanza nell'operazione di *project financing*, essendo chiaramente improbabile che i finanziatori si accontentino di poggiare le proprie aspettative di rimborso sulla sola bontà dell'operazione.

La pratica del *project financing* ha, in proposito, lasciato ampio spazio alla fantasia degli operatori che, oltre alle categorie più diffuse e tipiche, hanno predisposto anche peculiari figure negoziali forgiate espressamente per rispondere alle esigenze specifiche che la singolarità dell'operazione suscita.

Le tipologie di garanzie utilizzate nei contratti di *project financing* vanno dalle garanzie reali (privilegio, pegno e ipoteca) e personali (fideiussione) ben note al sistema civilistico, alle garanzie atipiche, le quali consistono, soprattutto, in contratti autonomi di garanzia e in garanzie indirette. Tutte sollevano problemi di varia natura, per il grado di realizzabilità dell'interesse del creditore o – in ragione della loro derivazione da ordinamenti stranieri – a causa dei dubbi che esse sollevano in merito alla compatibilità con il diritto italiano.

Inoltre, mentre le varie configurazioni dei contratti autonomi di garanzia (in specie, nelle figure dei *completion bond*, *bid bond* e *performance bond*), sono state oggetto di molteplici approfondimenti da parte della dottrina e della giurisprudenza, maggiormente inesplorate sono rimaste le garanzie indirette (« *indirect guarantees* »), le quali si manifestano nell'utilizzo congiunto, a scopo di garanzia, di strumenti giuridici e soluzioni negoziali tradizionalmente destinati ad adempiere a funzioni estranee a quella di garanzia²⁵⁵.

La principale forma di garanzia è tradizionalmente rappresentata e identificata con lo stesso patrimonio del debitore posto a presidio, nella sua integrità, del diritto del creditore. La norma di riferimento è, come noto, l'art. 2740 c.c.²⁵⁶ Sul medesimo principio per cui la soddisfazione del credito è garantita dal patrimonio – del debitore o anche di un terzo – si fondano, inoltre, il rilascio di garanzie reali e personali, nonché la costituzione di patrimoni separati e destinati alla realizzazione di specifici affari (introdotti, in occasione della riforma del diritto societario, all'art.

²⁵⁵ Si parla, in merito a tali fattispecie, anche di « garanzie in senso economico ». Per riflessioni circa gli esempi concreti più diffusi si veda A. MAZZONI, *Le lettere di patronage*, in AA. VV., *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, II, Milano, 1978, p. 1094.

²⁵⁶ Si vedano in proposito, per tutti, V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1997, 19, p. 496 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991.

2447-bis c.c.). Il *project financing* non esclude il ricorso alle garanzie patrimoniali, tuttavia, esso pone, inevitabilmente, problemi ulteriori e di diverso profilo rispetto a quelli che normalmente la prassi degli affari solleva.

Si è detto che una delle peculiarità delle operazioni di *project financing* consiste nella realizzazione di una sorta di isolamento del progetto attraverso la predisposizione di una società apposita che agisce come unica referente del finanziatore e delle altre controparti negoziali. Ciò fa sì, però, che la garanzia reale non possa risultare uno strumento altamente appetibile per il finanziatore. Oltre a creare difficoltà nella circolazione dei traffici giuridici che si ripercuotono anche sugli stessi interessi della *project company*, essa, infatti, non offre neanche forti aspettative per il creditore di vedere positivamente realizzato il suo credito. La società di progetto, beneficiaria del finanziamento, dispone, di regola, di un patrimonio che è nettamente inferiore rispetto all'importo erogato dal finanziatore e che, pertanto, non risulterà in grado di realizzare le funzioni di garanzia cui dovrebbe essere rivolto.

Ciò vale, indubbiamente, per i privilegi, quali sono, ad esempio, quelli accordati dall'art. 46 del t.u.b. a favore delle banche a garanzia dei finanziamenti a medio e lungo termine concessi alle imprese, nonché dall'art. 37-*novies* della l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. legge Merloni-*ter*) a favore dei finanziatori di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico e della gestione di servizi pubblici. Tali forme di garanzia, pure importanti, non potranno, tuttavia, presidiare da sole agli interessi del finanziatore ma, semmai, potranno utilmente affiancare altre forme di garanzia.

Difficoltoso appare, inoltre, il ricorso al pegno. Devono, infatti, qui richiamarsi le considerazioni già svolte in merito all'inadeguatezza del patrimonio della *project company* a soddisfare le esigenze di credito del finanziatore. Anche il pegno, potrebbe, ciononostante, rivelare la sua utilità in peculiari circostanze. Interessante può rivelarsi, ad esempio, per il creditore, la costituzione di un pegno sopra somme di denaro dovute alla società debitrice e, particolarmente, sopra il saldo liquido che sarà accreditato sui conti correnti della medesima, il quale darà luogo ad una forma di pegno irregolare oltreché su cosa futura²⁵⁷.

²⁵⁷ In merito alle problematiche che solleva la fattispecie del pegno sul « saldo liquido creditore », cfr. Cass., 1° agosto 1996, n. 6969, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 3211, e in *Foro it.*, 1997, I, c. 183, la quale la qualifica come una fattispecie a formazione progressiva « che trae origine dall'accordo stipulato dalle parti (di per sé idoneo a produrre solo effetti obbligatori tra le stesse) e si perfeziona

A pegno possono, ancora, essere sottoposti gli stessi crediti che la società debitrice vanta verso i terzi. Il riferimento corre, soprattutto, ai crediti derivanti dai contratti di fornitura stipulati con gli acquirenti dei beni e servizi prodotti. L'ostacolo giuridico, tuttavia, è qui dato dalla disposizione di cui all'art. 2805 c.c., il quale offre al debitore la possibilità di opporre al creditore pignoratizio tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al proprio debitore. Dall'applicazione della norma ne discende, inevitabilmente, una contrazione dell'utilità dello strumento del pegno, venendo a ridimensionarsi l'aspettativa del finanziatore di vedere assicurata la soddisfazione delle proprie pretese.

Un'interessante categoria di « beni » che potrebbe costituire oggetto di pegno è, altresì, quella dei prodotti finanziari. In proposito non può che richiamarsi la disciplina introdotta dagli artt. 28 e ss. del d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213 (e attualmente contenuta negli artt. 83-bis ss. del t.u.f.) che ha ammesso la costituzione di vincoli sopra i medesimi.

Diffuse sono, inoltre, le ipotesi di costituzione di pegno sopra le stesse quote o azioni rappresentative del capitale della *project company*. Anche in questo caso, il finanziatore non sarà interessato tanto a soddisfarsi sul corrispettivo derivante dalla loro vendita in sede di esecuzione forzata, quanto quello di poterne chiedere l'assegnazione in pagamento, ai sensi dell'art. 2798 c.c., e di esercitare i diritti di voto ad esse inerenti *ex art.* 2352 c.c., partecipando alle decisioni dell'assemblea e influenzando sulla gestione della società²⁵⁸ e potendo evitare, ancora una volta, lo scioglimento della società e il definitivo fallimento dell'iniziativa.

Ulteriori problematiche solleva, infine, in materia di pegno, la possibilità di costituire il vincolo sopra crediti futuri, in merito alla quale dottrina e giurisprudenza non hanno raggiunto opinioni comuni²⁵⁹.

Nemmeno l'ipoteca si rivela, nell'ambito delle operazioni di *project financing*, strumento idoneo a garantire adeguatamente il creditore. Anche in questo caso devono riproporsi, ancora una volta, le considerazioni relative all'insufficienza del patrimonio sociale rispetto all'ammontare del finanziamento.

con l'effettiva costituzione della garanzia pignoratizia, conseguente al venire in essere della cosa ed alla sua consegna al creditore».

²⁵⁸ In proposito si veda G. PARTESOTTI, *Le operazioni sulle azioni*, in *Trattato sulle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1999, 2*, p. 313 ss.

²⁵⁹ Per i diversi orientamenti, v. G. STELLA, *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova, 2003

Ulteriori dubbi si avanzano, inoltre, qualora la garanzia ipotecaria venga iscritta sopra gli immobili aziendali destinati alla realizzazione dell'attività, in relazione all'eventuale estensione del vincolo anche ai beni mobili che vi siano presenti. È, infatti, dubbio se tra i medesimi e l'immobile che li contiene sussista un vincolo pertinenziale ai sensi dell'art. 2810 c.c. La giurisprudenza tende, in genere, a dare alla questione una soluzione negativa, fondando le proprie argomentazioni sulla diversità di funzione che caratterizzerebbe e l'immobile e i beni mobili contenuti. Ne deriverebbe, pertanto, l'esclusione del vincolo pertinenziale salva, eventualmente, la prova contraria – a carico di chi vi abbia interesse – circa la sua effettiva e concreta sussistenza²⁶⁰.

In merito alle garanzie personali riscuotono indubbio successo nelle esperienze di finanziamento alle attività imprenditoriali le fideiussioni bancarie e le polizze fideiussorie, ovvero le prestazioni di garanzia offerte, dietro corrispettivo, dagli istituti bancari (i c.d. crediti per firma) e dalle compagnie di assicurazione. Spesso è lo stesso legislatore a richiedere il rilascio di tali tipologie di garanzia. La legge-quadro sugli appalti di opere pubbliche²⁶¹, ad esempio, prevede il ricorso a detti istituti anche in riferimento alla finanza di progetto

La categoria delle polizze fideiussorie ha interessato a lungo dottrina e giurisprudenza, le quali si sono interrogate sulla natura e la funzione di detti accordi. Di fronte al dubbio se in esse prevalga la funzione di assicurazione – soprattutto quando rilasciate da soggetti esercenti l'attività assicurativa – ovvero quella di garanzia in ragione dell'analogia con l'istituto codicistico della fideiussione –, la giurisprudenza ha fatto prevalere, in genere, quest'ultimo orientamento, adducendo a fondamento delle proprie argomentazioni la considerazione che la funzione del contratto sarebbe chiaramente identificabile con quella della fideiussione – stante altresì l'assenza dello scopo di trasferimento del rischio tipico del contratto di

²⁶⁰ In questo senso Cass., 29 settembre 1993, n. 9760, in *Foro it.*, 1994, I, 1840. Cfr., inoltre, A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1998, 20, p. 27 s. Per ulteriori considerazioni si vedano, inoltre, G. MEO, *L'ipoteca di immobile aziendale tra concetto di azienda e rapporto pertinenziale*, nota a T. Ascoli Piceno, 31 ottobre 1985, in *Giur. merito*, 1986, I, p. 816; V. CANTELE, *Sull'estensione del vincolo ipotecario gravante su edificio industriale*, nota a T. Ascoli Piceno, cit., in *Fall.*, 1986, p. 568; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno e delle ipoteche*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano Bologna-Roma, 1992, sub art. 2784, p. 27 s.

²⁶¹ Cfr. art. 30, l. 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni).

assicurazione –, mentre un rilievo soltanto secondario rivestirebbe la qualifica del soggetto garante²⁶².

La dottrina si mostra, invece, meno omogenea nelle soluzioni proposte, proponendo varie ricostruzioni dell'operazione, tra le quali devono, senz'altro, essere qui ricordate quelle incentrate sullo schema del contratto di assicurazione, anche nella sua forma atipica della assicurazione fideiussoria, ovvero sulla qualificazione come contratto atipico a sé stante²⁶³.

Vero è che, ai fini di una corretta configurazione giuridica, dovrà guardarsi, volta per volta, al contenuto delle singole fattispecie negoziali, valorizzando le clausole in esse contenute. Come è stato acutamente osservato, infatti, « paradigmatica [è] la problematica a cui dà origine la clausola di pagamento “a semplice richiesta” »²⁶⁴, la quale, secondo alcuni orientamenti – e dei quali si dirà in prosieguo – non è detto che sia di per sé sufficiente ad attribuire all'obbligazione cui aderisce il carattere di autonomia che, in genere, le si ricollega.

Il vantaggio offerto all'impresa è, in entrambi i casi, analogo: il creditore risulta, infatti, garantito da un terzo soggetto – peraltro di rilevante affidabilità – mentre la società beneficiaria non è tenuta a vincolare i beni del proprio patrimonio dei quali può liberamente disporre per l'esercizio dell'attività in programma.

Nell'ambito del *project financing*, il rilascio di dette polizze fideiussorie si manifesta con una maggiore complessità operativa. Alla polizza è affiancato, infatti, di regola, una seconda vicenda contrattuale, rappresentata dalla cessione dei diritti derivanti dalla polizza in favore del soggetto finanziatore. Quest'ultimo, com'è evidente, ne risulta ulteriormente avvantaggiato, essendo posto in grado di escutere la garanzia direttamente e, dunque, di imprimere una maggiore celerità alla realizzazione del proprio credito.

Quanto detto pone gli interpreti di fronte a peculiari problemi in merito a quale sia la qualificazione giuridica meglio conforme alla figura in esame. Tendenzialmente si ritiene che la fattispecie possa essere ricondotta allo schema

²⁶² In questo senso Cass., 18 maggio 2001, n. 6823, , 3174, con nota di P. PARDOLESI, la quale ha ritenuto applicabili, ove non espressamente derogate, le norme in materia di fideiussione. Diversamente argomenta, invece, Cass., 27 maggio 2002, n. 7712, in *Danno e resp.*, 2002, p. 946, con nota di F. AGNINO, *Natura della polizza fideiussoria a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore*.

²⁶³ V., in proposito, C. BOTTA, *Le polizze fideiussorie*, Milano, 1999, p. 22 ss.; P. PARDOLESI, *Polizza fideiussoria in cerca d'identità: assicurazione, fideiussione o contratto autonomo di garanzia?*, in *Foro it.*, 2001, p. 3174 ss.

²⁶⁴ M. LOBUONO, *Le garanzie nel project finance*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, f.2, p. 142.

disciplinato dall'art. 1411 c.c., ovvero al ben noto contratto a favore di terzo²⁶⁵. La cessione dei diritti derivanti dalla garanzia bancaria o assicurativa, infatti, appare chiaramente destinata ad attribuire una posizione di vantaggio in favore del finanziatore.

Il richiamo della disciplina di cui all'art. 1411 c.c. non è, ovviamente, priva di rilevanza. L'applicazione del secondo comma della disposizione, infatti, secondo alcuni determina un'inevitabile conseguenza e, cioè, che solo lo stipulante – e non anche il fideiussore promittente – possa revocare la stipulazione²⁶⁶. La revoca, peraltro, risulterebbe in ogni caso impedita, dall'intervenuta dichiarazione del terzo (finanziatore) di volerne profittare.

Come si è osservato, il ricorso ai modelli di garanzia tipici non sempre sono in grado di soddisfare le esigenze delle parti senza dare luogo a ulteriori problematiche. La prassi ha, pertanto, sviluppato ulteriori schemi che meglio si attecchiano alle reali esigenze dei soggetti coinvolti in operazioni di *project financing*.

Esse, consistono, ad esempio, nella predisposizione di clausole contrattuali le quali assegnano al finanziatore, di fronte a situazioni di impossibilità per la società di far fronte ai propri impegni di rimborso, il potere di acquistare il controllo della società medesima e, per tale via, di proseguire nell'attività. Ciò si rivela di particolare utilità in quelle ipotesi in cui l'abbandono del progetto, con la conseguente svuotamento di ogni speranza di conseguirne i ricavi, si rivelerebbe ancor più deleteria per gli interessi dei creditori²⁶⁷.

Nell'alveo delle interessanti evoluzioni pratiche che si sono registrate nella predisposizione di nuove forme di copertura per il finanziatore, piuttosto conosciuti – e con peculiare attenzione studiati dai giuristi – sono i contratti autonomi di garanzia. Con tale locuzione si intendono quei « contratti obbligatori unilaterali che servono a garantire la prestazione di un terzo a favore del creditore beneficiario in maniera da assicurare a quest'ultimo che egli riceverà in ogni caso la prestazione o la somma di denaro contrattualmente stabilita, e questo non solo nell'ipotesi d'inadempimento del debitore, ma anche nel caso in cui l'obbligazione di quest'ultimo non è venuta ad

²⁶⁵ Si veda U. MAJELLO, voce *Contratto a favore del terzo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 245.

²⁶⁶ Cfr. Cass., 4 aprile 2001, n. 4981, in *Contr.*, 2001, p. 987, con nota di F. BORRELLO, *Fideiussioni, polizze fideiussorie e attività assicurativa*.

²⁶⁷ Si vedano le considerazioni di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 47 ss. che si sofferma sulle esigenze delle parti di evitare la paralisi dell'operazione.

esistenza oppure è diventata impossibile »²⁶⁸. La principale caratteristica del rapporto di garanzia – che la tiene distinta, principalmente, dalla fideiussione codicistica (artt. 1936 ss. c.c.) – coincide con la sua autonomia rispetto al rapporto sostanziale che si intende garantire²⁶⁹. L'obbligazione assunta dal garante è infatti, per oggetto e

²⁶⁸ La definizione di « contratto autonomo di garanzia » riportata è di SHINNERER-AVANCINI, *Bankverträge*, II, Wien, p. 291 ed è citata da A. CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989, p. 180. La figura del contratto autonomo di garanzia è stata anch'essa oggetto di frequenti interventi della giurisprudenza e di numerosi contributi della dottrina. Se, da un lato, essa dà una risposta all'esigenze pratiche dei commerci assicurando il soddisfacimento dei crediti senza dover ricorrere a lunghi e costosi procedimenti di accertamento sulla sussistenza del credito di fronte ad eccezioni, sia pure infondate, del debitore, dall'altra parte, ha suscitato forti dubbi sulla sua validità e sui suoi limiti. Si affermava, infatti, che il contratto autonomo di garanzia, facendo sorgere un'obbligazione astratta, mancante di causa, fosse nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. L'orientamento opposto, invece, riteneva che l'obbligazione del garante non fosse priva di causa, « avendo essa la funzione economico-sociale di rendere possibile la stipulazione del contratto il cui adempimento, *ex uno latere*, esso deve garantire » (cfr. G. DE FARRA, *Riflessioni pratiche sul contratto autonomo di garanzia*, in Aa.Vv., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, p. 738). Elemento caratterizzante dell'istituto sarebbe, secondo i sostenitori di quest'ultima posizione, l'assenza del carattere di accessorietà. In questo senso si esprime anche Cass., 19 marzo 1992, n.3465. Tuttavia alcuni affermano che anche questa conclusione non sia totalmente vera. Nella pratica contrattuale, infatti, le parti sono solite inserire in contratto delle clausole con cui il garante si obbliga a pagare a prima richiesta e senza eccezioni, soltanto in seguito alla dichiarazione, proveniente dal beneficiario, circa il mancato adempimento del debitore. Alcuni, perciò, rinvencono in queste clausole un riferimento, benché generico, al contratto di base, aprendo un problema circa l'opponibilità, da parte del garante, di eccezioni che siano fondate su di esso. I dubbi sono stati sciolti dalla sentenza del 1° ottobre 1987, n. 7341, resa a Sezioni Unite, (in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, p.1) con cui la Cassazione ha affermato che il contratto autonomo di garanzia è un « valido contratto atipico, in quanto realizza interessi meritevoli di tutela connessi, tra l'altro, all'espansione del commercio internazionale. Esso determina il sorgere di un'obbligazione svincolata da qualsiasi rapporto con l'obbligazione principale garantita ». Con le successive sentenze la Suprema Corte ha poi provveduto a identificare meglio la figura, statuendo che tramite esso « una parte si obbliga, a titolo di garanzia, ad eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore indipendentemente dall'esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base, e senza sollevare eccezioni (salvo l'*exceptio doli*) »: cfr. Cass., 12 dicembre 2005, n. 27333, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 3). Si vedano, inoltre, Cass., 10 febbraio 2004, n. 2464; Cass. 7 gennaio 2004, n. 52, in *Dir. e prat. soc.* 2004, f. 12, p. 64 (con nota di AMABILI); Cass., 11 febbraio 1998, n. 1420, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, p. 265 (con nota di CARIELLO).

Sui criteri per l'individuazione della giurisdizione competente a conoscere di un contratto autonomo di garanzia, si segnala la recente Cass., Ss.Uu., 3 giugno 2013, n. 13900, la quale ha statuito che « sussiste la giurisdizione del giudice italiano del luogo dove ha sede la società, che agisca per l'escussione di una garanzia a prima richiesta, prestata in suo favore da una banca austriaca, discutendosi dell'obbligazione derivante da un contratto autonomo di garanzia, in cui, assente il requisito dell'accessorietà, la prestazione del garante, qualitativamente diversa da quella del debitore principale, ha una funzione riparatoria del pregiudizio subito dal creditore a causa dell'inadempimento di quest'ultimo, attuandosi attraverso il pagamento di una somma di danaro sostitutiva della sua mancata o inesatta prestazione. Pertanto, alla stregua dell'art. 57 della legge n. 218 del 1995, nonché degli artt. 4 e 5 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, resa esecutiva in Italia con la legge 18 dicembre 1984, n. 975, il collegamento più stretto della descritta obbligazione è con l'Italia, ivi avendo sede la società beneficiaria della garanzia, con conseguente sua regolamentazione, ai fini dell'individuazione del luogo della sua esecuzione, ai sensi dell'art. 1182, terzo comma, cod. civ., che lo indica nel domicilio del creditore ».

²⁶⁹ Preferisce parlare di non-accessorietà P. MARINO, *La cessione dell'ipoteca*, in *Vita notarile*, 1980, p. 1400, il quale, afferma che sarebbe più corretto attribuire alla nozione di accessorietà un significato più simile al concetto romanistico dell'*accessio* la quale « non designa un rapporto di assoluta dipendenza, ma indica esclusivamente l'aggiungersi di una "*obligatio*" ad un'altra, per cui la garanzia sarebbe accessoria dell'obbligazione principale in quanto ad essa si affianca e si integra nell'ambito di un complesso vincolo sostanziale ».

validità, completamente staccata da quella del debitore principale. Ne deriva che il beneficiario è legittimato a chiedere e ottenere il pagamento dal garante senza essere gravato dall'onere di tentare preventivamente l'escussione del debitore principale. Nemmeno dovrà allegare - né, tantomeno, dimostrare - l'inadempimento di quest'ultimo. Il garante, infatti, non potrà opporre, al fine di evitare il pagamento, alcuna eccezione relativa al rapporto sottostante. Tali assunti, sebbene necessari per qualificare la fattispecie e per tenerla distinta dai rapporti di garanzia accessori al credito principale e, principalmente, dal contratto di fideiussione, conoscono comunque delle limitazioni. Di regola, infatti, il rapporto assume la natura di « garanzia a prima richiesta giustificata » imponendo che il pagamento sia subordinato ad un controllo di conformità dei documenti presentati dal beneficiario. Si tratta di un controllo piuttosto semplice e rapido che consente, tuttavia, di scongiurare eventuali comportamenti sleali del beneficiario.

Anche in queste ipotesi, i diritti che ne derivano a favore del soggetto garantito vengono dal medesimo ceduti al finanziatore, reale beneficiario della garanzia, il quale risulterà avvantaggiato dalla possibilità di richiedere ed ottenere dal garante la prestazione della garanzia « a prima richiesta » e di essere tenuto indenne dei danni derivanti dall'inadempimento della società di progetto o dei terzi suoi debitori.

I contratti autonomi di garanzia si differenziano a seconda della fase dell'operazione in cui si inseriscono. Si parla, ad esempio, di *bid bond* allorquando la garanzia è prestata, a favore del committente, in occasione della presentazione della domanda di partecipazione ad una gara d'appalto, per assicurare che la società garantita, qualora dovesse esserle effettivamente affidata la realizzazione dell'opera, esegua effettivamente gli incarichi affidatili.

I *performance bond*, invece, sono volti a garantire l'esatto adempimento delle obbligazioni dedotte in contratto, mentre, gli *advance payment bond* sono diretti a garantire il rimborso dei pagamenti anticipati eseguiti dal committente in favore dell'appaltatore e aventi funzione di finanziamento.

Diversamente, il *maintenance bond* ha rilevanza per l'ipotesi in cui, dopo l'esecuzione dell'opera, vengano scoperti difetti di costruzione, assicurando la

disponibilità delle somme necessarie per la loro riparazione. Infine il *retention money bond* serve a costituire un fondo di garanzia per eventuali spese impreviste²⁷⁰.

Tutte le diverse tipologie di contratto autonomo di garanzia sono caratterizzate, inoltre, dalla presenza delle c.d. “clausole di automaticità” – anche dette “a prima richiesta” – mediante le quali le parti escludono la possibilità, per il garante, di sollevare qualsiasi tipo di eccezione al fine di rifiutare o ritardare la prestazione dedotta. In sostanza, la clausola automatica esclude il carattere di accessorietà che qualifica le garanzie codicistiche.

Esse si rivelano particolarmente utili nelle operazioni di *project financing* poiché rafforzano le aspettative del finanziatore di vedere rimborsato, nei tempi stabiliti, il credito concesso, senza dover attendere la conclusione di eventuali controversie – anche giudiziali – e sopportarne i conseguenti rischi in riferimento al loro esito.

La costante utilizzazione delle clausole « a prima richiesta » in occasione di operazioni di finanziamento ha, addirittura, indotto alcuni interpreti a considerare la stessa prestazione della garanzia autonoma come elemento essenziale del finanziamento, il quale si realizzerebbe proprio attraverso il contratto autonomo di garanzia. Tanto che si potrebbe affermare la sussistenza di un rapporto di finanziamento anche allorquando « il soggetto finanziato non acquisti direttamente la disponibilità di un capitale ma venga avvantaggiato, sia pure indirettamente, dal conseguimento di una *utilitas* »²⁷¹, ovvero dalla certezza di poter contare sull'intervento del garante.

Dette figure contrattuali atipiche, elaborate dalla prassi commerciale e carenti di una regolamentazione legislativa, hanno suscitato vivo interesse nella comunità dei giuristi i quali, sia a livello dottrinale che in sede giurisprudenziale, hanno tentato di offrirne una qualificazione che non contrastasse con gli schemi e i principi dell'ordinamento.

²⁷⁰ Sulle diverse forme di garanzie atipiche elaborate nell'esperienza commerciale internazionale, v. U. DRAETTA, *Le garanzie bancarie come forma di autotutela dei contratti internazionali*, in *Le garanzie contrattuali*, a cura di Draetta e Vaccà, Milano, 1994, p. 242 ss.

²⁷¹ M. LOBUONO, *op. cit.*, p. 144, il quale aggiunge che « un simile risultato [...] è reso possibile dalle caratteristiche professionali dei soggetti che assumono il ruolo di garante in queste fattispecie negoziali ». Si tratta delle banche e delle compagnie di assicurazione, le quali assumono il ruolo di garanti a fronte del corrispettivo versato dal debitore-ordinante o, comunque, per un diverso interesse economico di cui sono portatrici nell'ambito della complessiva operazione economica.

In particolare, gli interrogativi hanno riguardato molteplici aspetti: l'individuazione di una giustificazione causale dell'impegno assunto dal garante, essendo ormai fuor di dubbio che i contratti autonomi di garanzia sono volti alla realizzazione di interessi meritevoli ai sensi dell'art. 1322 c.c.; l'attribuzione a tali garanzie della qualifica di "accessorietà" rispetto al credito garantito; ed, inoltre, la soluzione dei problemi sollevati dall'eventuale escussione abusiva della garanzia da parte del beneficiario.

In merito all'autonomia che sembrerebbe caratterizzare necessariamente i contratti autonomi di garanzia, come riconosce anche parte della giurisprudenza, la quale in ciò coglie la peculiare differenza rispetto al contratto di fideiussione²⁷², occorre, tuttavia, menzionare quel differente orientamento che, non accontentandosi della mera apposizione della clausola di automaticità, richiede un più approfondito esame della volontà delle parti al fine di stabilire quale rapporto esse abbiano voluto istituire tra l'obbligazione principale e quella di garanzia²⁷³. Ciò implicherà che, soltanto di fronte ad un effettivo rapporto di autonomia la clausola « a prima richiesta » sarà in grado di escludere l'opponibilità assoluta, da parte del garante, delle eccezioni riguardanti il rapporto tra debitore e creditore; mentre, nell'ipotesi inversa, in cui risulti permanere un rapporto di accessorietà tra le obbligazioni, alla clausola dovrà essere attribuito semplicemente il ruolo di inversione dell'onere della prova ovvero di *solve et repete* ai sensi dell'art. 1462 c.c.

Si è anticipato che uno dei nodi fondamentali suscitati dal ricorso al contratto autonomo di garanzia riguarda l'escussione abusiva della garanzia e l'individuazione di quali strumenti di tutela appaiano più adeguati. In proposito è orientamento costante quello che intravede nell'*exceptio doli* il limite all'obbligo assunto dalla banca²⁷⁴. Richiamandosi ai principi di buona fede e di correttezza, infatti, la giurisprudenza riconosce al garante la possibilità di formulare l'*exceptio doli* qualora risulti il manifesto e documentato comportamento abusivo o fraudolento

²⁷² In tal senso, Cass., 6 aprile 1998, n. 3552.

²⁷³ Cfr. Cass., 19 giugno 2001, n. 8324; nonché Cass. 21 aprile 1999, n. 3964, in *Riv. not.*, 1999, p. 1271.

²⁷⁴ Occorre, tuttavia, ricordare la contraria opinione di E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 356 ss. La problematica, con espresso riferimento alla *Draft Convention* elaborata dall'UNCITRAL, è affrontata da A. GIAMPIERI, *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit – prime considerazioni*, in *Dir. comm. intern.*, 1995, p. 807 ss.

del creditore nell'escussione della garanzia²⁷⁵. In altre occasioni, invece, è stata ammessa la possibilità per il debitore di eccepire, per contrastare la pretesa del creditore, l'illiceità del titolo fonte dell'obbligazione principale²⁷⁶.

Tra le garanzie atipiche grande rilevanza nel *project financing* hanno, altresì, le c.d. garanzie negative, sulle quali – a differenza che per i contratti autonomi di garanzia – gli interpreti si sono meno dilungati²⁷⁷. Anche le garanzie negative presentano il vantaggio, fondamentale per la società di progetto, di non creare vincoli rigidi sul proprio patrimonio, il che consente di esercitare l'attività d'impresa con un più ampio margine di libertà.

Dette garanzie si caratterizzano per l'impegno negativo assunto dal debitore, il quale limita il proprio potere di disporre del patrimonio aziendale. Egli, più precisamente, si obbliga a non disporre dei propri beni, mediante la costituzione di garanzie reali a favore di terzi, senza aver preventivamente ottenuto il consenso del creditore, ovvero, salvo avergli riconosciuto un prevalente diritto di prelazione.

Il principale problema che dette garanzie suscitano è, evidentemente, il rapporto col principio in materia di divieti di alienazione espresso dall'art. 1379 c.c. Esse, pertanto, dovrebbero stabilire, pena la loro invalidità, dei limiti di tempo appropriati e risultare conformi ad un interesse apprezzabile del creditore. Dovranno, di conseguenza, ritenersi invalide tutte quelle pattuizioni che, escludendo il potere di disposizione del debitore sull'integrità del suo patrimonio o su una quota di esso comunque eccessiva, risultino ottenere l'effetto – contrario a quella che dovrebbe essere la stessa *ratio* delle garanzie negative – di impedire di fatto l'esercizio dell'attività d'impresa.

²⁷⁵ Cfr. Cass., 24 aprile 2008, n. 10652 che riconosce il fondamento dell'eccezione anche nella dimostrazione, da parte del garante, dell'avvenuto adempimento dell'obbligazione principale. Si veda, inoltre, Cass., 17 marzo 2006, n. 5997, che ha statuito che « nelle garanzie autonome, l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia e la sua rinunzia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, a meno che non siano fondate sulla nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, non escludono l'operatività del principio della buona fede, quale fonte integrativa degli effetti degli atti di autonomia privata, in virtù del quale deve ritenersi giustificato il rifiuto del pagamento, qualora esistano prove evidenti del carattere fraudolento (o anche solo abusivo) della richiesta del beneficiario »; dello stesso avviso è Cass., 14 dicembre 2007, n. 26262.

²⁷⁶ Cfr. Cass., 3 marzo 2009, n. 5044 che, pur confermando il generale orientamento secondo cui le cause di invalidità del rapporto fondamentale non si riverberano sul contratto autonomo di garanzia, riconosce la nullità di quest'ultimo ogni volta la nullità del rapporto principale « dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento ».

²⁷⁷ Un interessante studio sulle garanzie negative è stato condotto da G. PIEPOLI, *Le «garanzie negative»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 405.

L'eventuale invalidità della garanzia negativa apre la strada, inoltre, ai conseguenti dubbi circa le sue ripercussioni rispetto all'intero rapporto contrattuale. Occorrerà, infatti, di volta in volta, verificare se la clausola di garanzia sia stata voluta dalle parti al punto da aver determinato la conclusione dell'intero contratto, cagionandone, in detta ipotesi, ai sensi del secondo comma dell'art. 1419 c.c., la sua totale nullità.

In ogni caso, dovrà sempre tenersi presente il ruolo fondamentale che deve essere attribuito al principio di buona fede, in base al quale, pertanto, dovrebbe riconoscersi il diritto per il debitore, al fine di non vedere invalidato l'intero contratto di finanziamento, di ottenere dal finanziatore una riformulazione della clausola di garanzia negativa per adeguarla alle previsioni codicistiche²⁷⁸, evitando, per tale via, la caducazione dell'intero contratto.

Un cenno meritano, infine, le garanzie indirette, le quali si costituiscono mediante la predisposizione di una pluralità di negozi, aventi ciascuno una propria causa – altra rispetto a quella di garanzia – i quali, in combinazione tra loro, perseguono, però, una comune funzione di garanzia²⁷⁹.

Si tratta, soprattutto, di fattispecie contrattuali c.d. *take or pay* o *through put* con le quali il soggetto acquirente dei beni o servizi prodotti dalla società di progetto si obbliga a corrisponderne il prezzo alle pattuite scadenze, anche nell'ipotesi in cui non voglia o non possa riceverne la prestazione corrispettiva. In tal modo, quindi, la società fornitrice si assicura un livello minimo di ricavi alle scadenze stabilite e sulla medesima certezza può fare affidamento lo stesso soggetto finanziatore. Accanto al contratto *take or pay*, infatti la società conclude col finanziatore il c.d. *assignment agreement*, in virtù del quale si trasferisce a quest'ultimo il diritto di pretendere i pagamenti dovuti.

Si realizza, in tal modo, la voluta funzione di garanzia, senza alcuna incisione sui diritti patrimoniali delle parti e senza che il terzo (c.d. *sponsor*) si obblighi a un qualcosa di diverso e ulteriore rispetto a quanto già dovuto in virtù del contratto di fornitura.

²⁷⁸ Cfr. M. LOBUONO, *Le garanzie nel project finance*, cit., p. 148. V., inoltre, G. PIEPOLI, *op. cit.*, p. 427 il quale afferma che l'invalidità della clausola deve limitarsi alle ipotesi in cui ne risulti totalmente annichilita la libertà economica d'impresa.

²⁷⁹ In proposito si veda anche M. LOBUONO, *Project financing, garanzie indirette e tutela del finanziatore*, cit., p. 102 ss.

Le descritte fattispecie, sviluppatasi nei sistemi giuridici di *common law*, suscitano molteplici dubbi circa la loro compatibilità con gli istituti tipici degli ordinamenti di *civil law*. Detti contratti, infatti, includono, generalmente, tra le loro clausole la c.d. *exclusion of defences* mediante la quale lo *sponsor* rinuncia a far valere nei confronti del creditore (o del finanziatore cessionario) le eccezioni fondate sul contratto di fornitura.

Al fine di poterle riconoscere uno spazio tra gli schemi noti al diritto nazionale, si potrebbe ritenere che la clausola si identifichi con quella che il codice civile disciplina all'art. 1462, la quale – oltre ad escludere soltanto la possibilità di rifiutare l'adempimento ma non quella di agire per la ripetizione di quanto prestato – lascia fuori dalla sua portata i casi in cui il debitore eccepisca la nullità, l'annullabilità e la rescissione nonché quando sia sollevata l'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c.

Ne deriverebbe, però, in questo modo, un sostanziale ridimensionamento dell'utilità della clausola ed una effettiva lesione degli interessi delle parti che, invece, intendono, per il tramite di essa, assicurare al finanziatore, in ogni caso, il conseguimento della prestazione evitando, peraltro, che la nullità della clausola possa determinare, *ex art. 1419 c.c.*, la nullità dell'intero contratto di finanziamento quando risulti che essa abbia rivestito un ruolo fondamentale nella formazione delle volontà dei contraenti.

Con l'obiettivo di raggiungere un risultato pratico maggiormente conforme alla reale volontà delle parti, si sono, pertanto, prospettate altre soluzioni interpretative. In particolare, si è proposto di qualificare l'operazione di trasferimento del diritto di credito non tanto come una cessione del credito, quanto, piuttosto, come una delegazione c.d. pura – la quale, dunque, manchi di ogni riferimento sia al rapporto di provvista, sia al rapporto di valuta – la cui configurazione « offrirebbe ai finanziatori, in veste di delegatari, un livello di tutela certamente più elevato rispetto a quello consentito dalla cessione dei crediti »²⁸⁰, escludendo ogni possibilità per il delegato di sollevare eccezioni per evitare l'adempimento (salva comunque l'ipotesi, prevista dall'art. 1271, comma 2°, c.c., relativa alla c.d. nullità della doppia causa).

Anche il ricorso alla figura della delegazione, tuttavia, lascia aperte alcune problematiche, questa volta relative ad un aspetto particolarmente importante. Il

²⁸⁰ M. LOBUONO, *Le garanzie nel project finance*. cit., p. 154.

terzo delegato, infatti, appare, anche in questo caso, esposto, al rischio di un esercizio fraudolento e abusivo della garanzia da parte del finanziatore, senza potersi giovare di alcun efficace strumento di tutela. L'unico limite, anche in questo caso, si deve, pertanto, ritenere consistente nell'*exceptio doli* oltre che nei generali principi di buona fede e correttezza²⁸¹.

È evidente, infine, che tutte le tipologie di garanzia descritte, abbiano un chiaro intento di ripartire i rischi insiti nell'iniziativa economica. Si determina, infatti, per il loro tramite, una previsione *ex ante* dei possibili pericoli e se ne liquida anticipatamente anche il danno risarcibile, ponendo la restante quota a carico degli altri partecipanti all'operazione.

²⁸¹ Sul ruolo, sempre più pregnante, che è attribuito nel nostro ordinamento ai principi di buona fede e correttezza, v. D'ANGELO, *La buona fede e l'esecuzione*, in *I contratti in generale*, III, Aggiornamento 1991-1998, diretto da Alpa-Bessone, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Bigiavi, Torino, 1999, p. 2323 ss.; E. CORRADI, *Il dovere di buona fede*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *I contratti in generale*, V, Torino, 2000, p. 1 ss.

CAPITOLO IV

IL *FACTORING* INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. – Il *factoring* in generale. 2. – I soggetti coinvolti nelle operazioni di *factoring*. 3. – Le principali clausole dei contratti di *factoring*. 4. – La natura giuridica del *factoring*. 5. – I rapporti tra il *factor* e l'impresa cliente. 6. – I rapporti tra il *factor* e il debitore ceduto. Il regime delle eccezioni. 7. – Le eccezioni opponibili al fallimento. 8. – Il *factoring* in Italia. 9. – Il *factoring* negli ordinamenti stranieri. 10. – 10. Il *factoring* internazionale e la Convenzione Unidroit (Ottawa, 26 maggio 1988). - 11. La Convenzione Uncitral (New York, 12 dicembre 2001).

1. Molteplici e di diversa natura sono, per l'imprenditore, i vantaggi che egli può trarre dalla cessione dei propri crediti ad una società di *factoring*.

La cessione a terzi dei crediti, infatti, non solo semplifica le esigenze organizzative e amministrative del creditore, ma agevola altresì la tenuta delle scritture contabili. Il ricorso al *factoring*, inoltre, si rivela particolarmente vantaggioso per quelle imprese che non riescono ad accedere ai tradizionali canali di finanziamento bancario. A differenza degli istituti bancari – che per valutare il merito creditizio della clientela fanno riferimento alla capacità finanziaria e alla solvibilità del potenziale affidato – le società di *factoring* danno rilevanza, invece, alla capacità di rimborso dei debitori ceduti, consentendo, pertanto, di ottenere liquidità anche ad imprese che si trovano finanziariamente in difficoltà e che, tuttavia, vantano crediti verso soggetti maggiormente affidabili²⁸².

Nonostante non manchi chi riconduce le origini del *factoring*, seppure in forma indubbiamente embrionale, al periodo romano e al medioevo²⁸³ – se non, addirittura, all'epoca fenicia²⁸⁴ – e nonostante la radice latina del termine (dal verbo

²⁸² Per un'attenta analisi dei costi e dei benefici collegati alle operazioni di *factoring* si rimanda a O. V. PALUMBO, *Aspetti finanziari ed economici del factoring breve analisi dei costi e dei vantaggi*, in *La cessione dei crediti d'impresa*, a cura di Tatarano, Napoli, 1994.

²⁸³ V. G. FOSSATI-A. PORRO, *Il factoring*, Milano, 1994, p. 3 ss., il quale, al di là del nostalgico intento di ricondurre l'istituto ai familiari schemi romanistici, non manca di osservare che « lo sviluppo del *factoring*, sotto una prima forma identificabile, avviene nel XV secolo, epoca di grandi scoperte, esplorazioni e colonizzazioni ».

²⁸⁴ Cfr. F. BARZON, *Il factoring internazionale e la convenzione di Ottawa del 28.5.1988*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di P. Cendon, XI, Torino, 2004, p. 38.

facere)²⁸⁵, sembra maggiormente attendibile quella diversa – e più affermata – interpretazione dottrinale che rimanda alle prime organizzazioni commerciali sviluppatesi nel XV secolo in quello che era, all’epoca, il “nuovo mondo”.

Il *factoring*, nelle sue forme ancestrali, veniva utilizzato per agevolare gli scambi commerciali internazionali e, in particolare, tra la Gran Bretagna (ma anche l’Olanda, la Spagna e la Francia) e le sue colonie stabilite sul suolo americano.

Il termine *factor* apparve per la prima volta nel XVII secolo per indicare i rappresentanti di pellicce, di pesce e di legname. Essi erano soliti ricevere la merce dai “Pilgrims” – i primi coloni puritani inglesi – in virtù di specifici contratti in cui erano denominati come *agents and factors*, per rivenderla, quindi, in nome proprio²⁸⁶.

In un momento ulteriormente successivo i *factors* allargarono la sfera delle proprie competenze ed iniziarono a prestare nuovi servizi. Essi assunsero, infatti, il ruolo di intermediari tra esportatori e importatori, fornendo ai primi consigli circa le quantità dei prodotti da importare e i prezzi da applicare, oltre che raccogliendo informazioni a proposito della stessa clientela al fine di consentire una valutazione della sua affidabilità, e fino ad assumerne il rischio dell’inadempimento e a concedere anticipazioni sui prezzi delle merci loro affidate.

Nei primi anni del XIX secolo, in concomitanza con l’esplosione della rivoluzione industriale, furono costituite le prime società di *factoring*. Esse, in origine, rivolgevano i propri servizi – che assumevano ormai carattere finanziario – esclusivamente alle industrie del settore tessile. La continua espansione dei mercati a

Secondo la ricostruzione offerta dall’Autore – il quale non manca di ravvisarne anche una fonte letteraria nel *Cymbeline* di Shakespeare – i *factor* erano dapprima dei venditori itineranti che poi, in seguito allo sviluppo dei commerci “costituirono degli *emporia* sulle coste del Mediterraneo dove ricevevano le merci e le rivendevano, incassando il prezzo per conto dei committenti”.

²⁸⁵ Non è in realtà certa l’origine del termine. Per una disamina delle diverse ipotesi prospettate, tra le quali non mancano i riferimenti ai Fenici, ai Babilonesi ma anche a William Shakespeare, si veda M. BUSSANI-M. INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, Milano, 2006, p. 16 ss. Gli Autori hanno altresì esaminato le ragioni della sua mancata traduzione nella lingua italiana (contrariamente a quanto accaduto in Francia, in cui dottrina e giurisprudenza parlano, in proposito, di *affacturage*), giungendo, a ben vedere alla conclusione che le ragioni sono da ricondurre meramente alla prassi attualmente prevalente di utilizzare il termine inglese, non mancando l’esistenza del corrispondente italiano “fattorizzazione” del quale danno atto anche alcuni giudici di merito (Trib. Milano, 6 dicembre 1982, in Banca, borsa e tit. cred., 1983, II, p. 458; Trib. Torino, 9 settembre 2004, in Fall., 2005, p. 643). Dello stesso termine dà conto anche R. CLARIZIA, *Il factoring*, Torino, 1998, p. 6, nota 6.

²⁸⁶ Osserva, in merito, U. CARNEVALI, *I problemi giuridici del factoring*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 299, che esso « all’inizio non era altro che un contratto sotto certi aspetti simile alla nostra commissione ».

nuovi settori industriali e a nuove aree geografiche, insieme al felice connubio con gli istituti bancari, hanno infine accompagnato il *factoring* verso i modelli più evoluti e complessi tipici dell'epoca attuale.

Le prime attenzioni da parte delle imprese americane di *factoring* ai mercati europei risalgono agli anni '60. L'istituto finanziario di riferimento era, all'epoca, l'*International Factors A.G. (I.F.A.G.)*, una *holding* sorta dalla collaborazione della *First National Bank of Boston* con la *Commercial Bank* di M. Samuelson & Co. di Londra e la *Confirming House* di Tozer, Kemsley&Millbourn Ltd. di Londra. Ad esso si affiancarono poi altre società di *factoring* al cui capitale partecipava via via un numero sempre maggiore di imprenditori locali, in particolare banchieri.

Nella sua configurazione attuale per *factoring* si intende il contratto in base al quale una parte cede all'altra – il *factor* – tutti i crediti presenti e futuri derivanti dalla propria attività, da un suo specifico ramo o nei confronti di determinati creditori. L'impresa di *factoring*, ne anticipa, in tutto o in parte, l'incasso, curandone, dietro corrispettivo, la gestione, la contabilizzazione e l'esazione, ed assumendo, talvolta, il rischio dell'inadempimento. Come si dirà le operazioni di *factoring* possono distinguersi per le peculiari obbligazioni che il cessionario assume e che valgono a qualificarlo funzionalmente. Ciascuna fattispecie, tuttavia «è costituit[a] nel suo nucleo fondamentale e costante da una convenzione complessa per effetto della quale il "factor" si obbliga ad acquistare la totalità dei crediti di cui un imprenditore è o diventerà titolare, a causa della vendita dei beni da lui prodotti o commercializzati»²⁸⁷.

Negli anni sessanta il *factoring* ha fatto la sua comparsa anche in Italia, per mezzo di alcune società statunitensi, fino ad affermarsi, nel decennio successivo, ad opera di alcune società bancarie italiane, suscitando l'interesse di dottrina e giurisprudenza chiamate ad interrogarsi sulla sua natura giuridica e sul peculiare regime di cessione di crediti futuri che esso comporta.

²⁸⁷ Cass., 18 gennaio 2001, n. 684, in *Contr.*, 2001, p. 564 con nota di E. VAGLIO e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 464, con nota di W. FINELLI. Con tale decisione la giurisprudenza ha preso posizione sulla natura del *forfaiting* riconoscendo come, nella prassi commerciale, in esso trovino spazio prestazioni, soprattutto a carico del *factor*, differenziate a seconda delle concrete esigenze delle parti. Si tratta di aspetti tutt'altro che secondari per i contraenti e che, pertanto, devono essere presi in considerazione per la qualificazione del rapporto. Ciononostante i giudici di legittimità hanno ritenuto di non aderire ad una delle plurime tesi dottrinali le quali, focalizzandosi sulle prestazioni volta a volta inserite nel contratto, vi ravvisano talvolta l'espressione dello schema di finanziamento, talaltra quello assicurativo o, ancora, di garanzia.

Occorre sottolineare, inoltre, che nella prassi mercantile italiana il *factoring* si è spesso disallineato dai modelli tipici dei sistemi anglosassoni²⁸⁸.

Il contratto di *factoring* può essere definito come un contratto d'impresa, di durata²⁸⁹ e sinallagmatico, con il quale il *factor* acquista da un'altra impresa i crediti che quest'ultima vanta nei confronti dei propri clienti.

2. Relativamente ai soggetti coinvolti nell'operazione, si deve osservare che il *factor* coincide, di regola, con una società che, nel proprio oggetto sociale prevede lo specifico svolgimento di attività di *factoring*. Il soggetto cedente è, invece, un'impresa produttrice di beni che, per prassi, concede dilazioni di pagamento ai propri clienti ed ha interesse a smobilizzare i crediti conseguenti.

Nel disegno di legge che ha anticipato l'approvazione della legge n. 52 del 1991 si prevedeva che cessionari potessero essere esclusivamente delle società per azioni. In sede di approvazione del testo definitivo della legge sono stati aggiunti gli enti, pubblici o privati, aventi personalità giuridica. Si temeva, infatti, che a causa di tale limitazione potessero restare escluse dalla disciplina alcune casse di risparmio che, all'epoca, rivestivano ancora la forma giuridica di fondazioni.

In relazione alla qualità dei soggetti la legge prevede che il cedente debba essere un imprenditore, anche piccolo ai sensi dell'art. 1283 c.c. o un'impresa artigiana. Non può, invece, trattarsi di un lavoratore autonomo.

Ai fini dell'applicazione della disciplina, inoltre, il cessionario può essere soltanto una banca o un intermediario finanziario ai sensi, rispettivamente, degli artt. 10 e 106 del t.u.b.

²⁸⁸ Cfr., sul punto, U. BELVISO, *L'ambito di applicabilità della nuova disciplina sulla cessione dei crediti d'impresa*, in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 3, il quale evidenzia che « le imprese (c.d.) di factoring sono sovente, nella realtà italiana, imprese che compiono operazioni che con il factoring non hanno molto a che fare, risolvendosi in operazioni di finanziamento alle quali resta estranea la funzione, che gli operatori considerano centrale a questo contratto, di gestione del credito d'impresa. Le imprese di factoring sono perciò spesso, nella realtà italiana, soltanto cattive concorrenti delle imprese bancarie ».

²⁸⁹ La legge n. 52 del 1991 esclude che il rapporto di factoring possa avere carattere episodico o istantaneo.

La natura delle parti e, in particolare, del cessionario, sottolinea come il contratto non ha una mera natura di scambio. Ad essa, infatti, si affianca una causa di finanziamento che è evidenziata, in particolar modo, dalla qualifica di banchiere o di intermediario finanziario attribuibile al *factor*.

Debitore può, invece, essere chiunque: un imprenditore, un lavoratore autonomo ovvero anche un consumatore.

3. Nel *factoring* è frequente l'inserimento di una clausola con la quale il fornitore si impegna a cedere al *factor* i crediti presenti e futuri vantati nei confronti di tutti i propri clienti; ma non è neanche insolito che il cedente lasci al *factor* la facoltà di scegliere – con insindacabile giudizio – quali crediti acquistare, evidenziando la differente posizione di libertà e di forza delle due parti contrattuali.

In proposito si è anche profilato il dubbio che la previsione pattizia possa invalidare il contratto rendendolo nullo per indeterminatezza ed indeterminabilità del suo oggetto. La mancanza di parametri prestabiliti, infatti, potrebbe indurre il *factor* ad abusare della sua facoltà, ledendo l'interesse e l'affidamento riposto dal cedente²⁹⁰ nel contratto concluso ed esponendolo a problemi di gestione dei crediti e di liquidità²⁹¹.

Deve osservarsi, tuttavia, che è piuttosto diffusa nei contratti la clausola secondo la quale il *factor* accetta di acquistare soltanto crediti vantati dal cliente nei confronti di imprenditori²⁹².

All'effetto traslativo dei crediti²⁹³ si aggiungono, però, altre attività e servizi offerti dal *factor*. Egli, infatti, si occupa della gestione contabile dei crediti, della loro

²⁹⁰ Il cedente, peraltro, si troverebbe anche vincolato dalla clausola di esclusiva che gli impedisce di cedere ad altri i propri crediti.

²⁹¹ Cfr. in proposito, U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 307 s.

²⁹² In Francia, addirittura, le clausole contrattuali e le medesime disposizioni di legge (Legge 81-I del 2 gennaio 1981), si riferiscono esplicitamente a « *creances commerciales* » o « *professionnelles* ». Cfr., in merito, B. LIBONATI, *Il factoring*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I., p. 320, il quale non ritiene che tali limitazioni rivestano un ruolo qualificante, adducendole, più semplicemente, ad « esigenze contingenti del *factor* », dal momento che « la capacità economica di un imprenditore è fatto più speditamente accettabile della capacità economica di singoli privati ».

²⁹³ Diversamente da quanto accade in Italia, in Germania e nei principali paesi di Common Law – in cui si utilizza la forma della cessione del credito –, in Francia l'operazione si realizza mediante una surrogazione.

riscossione e dell'instaurazione di eventuali azioni giudiziarie qualora il debitore si riveli insolvente. Questo aspetto spiega perché in Italia, ad esempio, lo strumento del *factoring* sia utilizzato, all'epoca attuale, soprattutto da imprese medio-piccole, che non hanno utilità (né, spesso, i mezzi necessari) a predisporre un complesso sistema per l'elaborazione elettronica dei dati e per la gestione e l'esercizio dei diritti di credito.

Di fronte ad un numero consistente di rapporti di credito da gestire l'imprenditore, infatti, può trovare maggiormente utile, a livello sia economico che organizzativo, attribuirli in massa alla gestione di un soggetto specializzato che sia in grado di assicurare una più tempestiva riscossione.

Il *factor* realizza, inoltre, una funzione di finanziamento verso il cedente, anticipando in tutto o in parte l'importo dei crediti acquistati, a tutto beneficio delle esigenze di liquidità dell'altra parte.

La cessione avviene, di regola, *pro solvendo*. Ma non è raro che il *factor* assuma il rischio dell'insolvenza, ponendo in essere una cessione del credito *pro soluto*²⁹⁴. A tal fine è richiesto che il *factor* "approvi" il credito, dopo aver valutato la solidità finanziaria dei debitori ceduti²⁹⁵. In proposito occorre, tuttavia, rilevare, che i contratti lasciano solitamente al cessionario ampi margini di discrezionalità, permettendogli di decidere, volta per volta, non solo se e in che misura concedere delle anticipazioni sui crediti cedutigli ma, altresì, se acquistarlo *pro soluto* o *pro solvendo* (o, anche, in parte *pro soluto* e in parte *pro solvendo*) e lasciando, allora, che il rischio dell'insolvenza permanga (nella sua totalità o soltanto parzialmente) in capo al cedente.

La scelta del *factor* dipende, nella maggioranza delle ipotesi, dalle qualità del debitore o dal settore della sua attività. Nel *factoring* internazionale, invece, elemento di imprescindibile valutazione da parte del *factor* per stabilire le condizioni

²⁹⁴ In proposito B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 318 s. rileva come « vi è dunque modo di individuare: una costante, e cioè l'amministrazione, comprensiva anche del recupero in contenzioso, che nella prospettiva ottimale dovrebbe riassorbire l'intero portafoglio crediti del cliente; e due possibili varianti, l'assunzione del rischio dell'insolvenza del debitore il finanziamento del cliente, che arricchiscono la fattispecie ».

²⁹⁵ Cfr. L. FERRIGNO, *Factoring*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, 1991, p. 186 ss.

del rapporto diventano la nazionalità del debitore medesimo o il luogo in cui il credito dovrà essere riscosso²⁹⁶.

Alla luce dei caratteri appena ricordati per il *factoring* interno alcuni hanno ravvisato nel contratto una funzione assicurativa. Non si tratta, infatti, di un'operazione saltuaria e occasionale. Al contrario, in genere, l'imprenditore cedente si impegna nei confronti del *factor* a cedergli (o, meglio, ad offrirgli) tutti i propri crediti, presenti e futuri. Nei contratti viene inserita, altresì, una clausola di esclusiva con la quale il cedente si impegna a non cedere ad altri i propri crediti. Ciò è previsto per tutelare l'interesse del cessionario a vedersi trasferiti, indistintamente – e (come si dirà) salvo una sua contraria volontà – tutti i crediti dell'impresa e non solo quelli che presentino un più elevato rischio di insolvenza²⁹⁷. E ciò non solo per una ragione di convenienza economica ma anche – e soprattutto – per un interesse al frazionamento del rischio.

Il contratto, come si è anticipato, prevede di norma una clausola che attribuisce al cessionario il potere di scegliere quali crediti acquistare dal cedente.

Nella prassi l'operazione si realizza mediante l'invio, da parte dell'impresa al *factor*, non appena sorge un nuovo credito, di un modulo prestampato da completare con il nome del debitore, l'importo del credito e le condizioni dell'affare. Il *factor*, quindi, restituisce al creditore il modulo contenente l'eventuale sua adesione alla proposta di cessione. Talvolta, inoltre, l'imprenditore, invia tali informazioni al potenziale cessionario ancora prima della conclusione dell'affare al fine di conoscerne in anticipo le intenzioni e di conformare ad esse le condizioni del contratto che concluderà con il cliente.

A carico del fornitore sorge, infatti, una serie di obblighi di comportamento e di informazione ai quali corrisponde, a vantaggio del *factor*, il potere di effettuare controlli sull'azienda e sulle scritture contabili del fornitore.

La cessione del credito avviene, nei rapporti di *factoring*, a titolo oneroso. Il prezzo è calcolato deducendo dal valore nominale del credito ceduto, il compenso per il *factor*. Esso comprende una commissione che è riconosciuta al cessionario per la gestione del credito e per l'assicurazione contro il rischio di insolvenza. L'accredito del corrispettivo in favore del cedente, di regola, avviene dopo che il

²⁹⁶ Cfr. LIBONATI, *op. cit.*, p. 320.

²⁹⁷ U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 303.

factor ha ricevuto il pagamento dal debitore ceduto. Qualora siano state concesse anche delle anticipazioni, inoltre, il *factor* trattiene sulla somma anticipata una quota pari all'interesse. Nella gran parte dei casi, inoltre, le partite di dare e avere tra fornitore e *factor* sono annotate da quest'ultimo in uno speciale conto corrente.

4. La dottrina italiana si è a lungo occupata dell'individuazione della natura giuridica del contratto di *factoring*²⁹⁸. Le conclusioni raggiunte devono essere ricordate tenendo distinte quelle formulate prima dell'entrata in vigore della legge n. 52/1991 da quelle ad essa successive.

Variegate sono state le soluzioni interpretative offerte dagli studiosi fin dai primi decenni di pratica del *factoring*.

Il ricorso alla cessione del credito, che costituisce un effetto idoneo a trovare la propria causa in una molteplicità di contratti potendo svolgere differenti funzioni (ad es. di scambio, di prestito, di garanzia, di liberalità, di pagamento, etc.), ha determinato la grande varietà di posizioni che si è registrata in materia.

Sebbene essa non sia indispensabile per la realizzazione della funzione dell'operazione, viene regolarmente prevista come obbligatoria nei modelli di contratto e da essa, pertanto, l'interprete non può prescindere.

Alcuni autori hanno, quindi, identificato nel contratto una specifica fattispecie di mutuo²⁹⁹ o di vendita³⁰⁰, distinguendo, talvolta, tra i due modelli, a seconda che al *factor* fosse riconosciuto o meno il diritto di rivalsa sul cedente nell'ipotesi di insolvenza del debitore ceduto³⁰¹.

²⁹⁸ In generale, cfr. V. PICCININI, *Qualificazione giuridica delle operazioni di factoring, funzione della cessione dei crediti e revocabilità dei pagamenti effettuati dai debitori ceduti al factor in caso di fallimento dell'impresa cedente*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, p. 610

²⁹⁹ Per i richiami allo schema del mutuo, cfr. R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento*, cit., p. 223; ID., voce *Factoring*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di Irti, 1. *Diritto civile*, Milano, 1980, p. 342.

³⁰⁰ Cfr. R. BIANCHI, *Il factoring e i problemi gestionali che comporta*, Torino, 1970, p. 77 ss. La contrapposizione ricorda il contrasto che ha diviso la dottrina anche in tema di sconto, per il quale gli studiosi si sono divisi tra chi ne ha affermato la funzione di scambio e chi, invece, ne ha evidenziato quella di prestito. Si vedano, per tutti, G. MINERVINI, *Lo sconto bancario*, cit., p. 11; G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, cit., *passim*. In favore della *causa vendendi*, App. Genova, 19 marzo 2003, in *Vita not.*, 1994, p. 682.

³⁰¹ Sul punto, v. G. FOSSATI e A. PORRO, *Il factoring*, cit., p. 135.

Chi ricorre alla figura della compravendita per spiegare il contratto di *factoring* individua nell'anticipazione concessa al creditore cedente il corrispettivo del trasferimento del credito. Anche questa interpretazione, tuttavia, non va esente da critiche. Essa lascia irrisolta la questione circa la funzione del diritto alla provvigione e agli interessi riconosciuto dal contratto al *factor*.

L'accoglimento dell'una piuttosto che dell'altra ricostruzione giuridica non è, com'è ovvio, priva di conseguenze pratiche. Esse si manifestano, principalmente, in occasione dell'eventuale dichiarazione del fallimento del cedente. Se, infatti, si afferma che il contratto di *factoring* ha voluto realizzare una funzione di prestito e, pertanto, si conclude che la cessione del credito è stata posta in essere al fine di offrire una garanzia della sua restituzione al *factor*, quest'ultimo si potrebbe trovare a dover restituire il diritto di credito prima (e senza avere la certezza) di ricevere indietro la prestazione a suo tempo erogata³⁰².

L'operazione è apparsa talvolta avvicinata anche al contratto di sconto. Si tratterebbe, nello specifico, di uno sconto *à forfait* quando fosse accompagnato dall'assunzione del rischio dell'insolvenza, mentre scolorirebbe in un'assicurazione di credito in assenza di un'anticipazione, anche parziale, in favore del cedente. A ben vedere sussiste un aspetto non di poco conto che non permette tale identificazione. Mentre nello sconto l'anticipazione del credito è un elemento necessario della fattispecie, come si è avuto modo di ribadire, il *factor* è, invece, libero di decidere se – e in che misura – accordare al cedente delle anticipazioni, potendo queste ultime anche equivalere all'intero importo del credito. La discrezionalità riconosciuta al *factor* circa l'attribuzione dell'anticipazione, la possibilità che essa corrisponda all'ammontare totale del credito ed, altresì, il differimento del pagamento dell'interesse ad un momento futuro – laddove nello sconto bancario la legge prevede, invece, che l'interesse sia dedotto *ex ante* dalla banca in occasione dell'anticipazione – ne evidenziano le difformità rispetto alla figura codicistica³⁰³.

Contraddittorie si rivelano anche quelle teorie che distinguono la natura giuridica del rapporto a seconda che la cessione sia posta in essere *pro soluto* o *pro solvendo*. Dette discriminazioni, infatti, condurrebbero a creare un'insanabile

³⁰² Cfr. A. BASSI, *Factoring e cessione dei crediti d'impresa*, in *Quaderni di Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, p.17 s. Sul punto si veda, altresì, F. DIMUNDO, *Factoring e fallimento*, in *Giur. comm.*, 1999, p. 567.

³⁰³ In questo senso, U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 309; v. anche B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 325.

confusione laddove, nell'ambito di uno stesso rapporto di *factoring* il cessionario acquistasse – come spesso accade – i crediti in parte *pro soluto* ed in parte *pro solvendo*.

Anche il contratto di assicurazione (al quale si è innanzi fatto cenno) è stato da alcuni studiosi richiamato al fine di spiegare le operazioni di *factoring*. Stando a tale orientamento il cessionario assumerebbe il rischio dell'insolvenza del debitore ceduto.

Con riferimento all'assicurazione, tuttavia, sorgono problemi interpretativi difficilmente superabili se si considera che, mentre l'assicuratore assume un rischio che è necessariamente limitato ad una aliquota del credito, il *factor* spesso acquista *pro soluto* l'intero credito. Eccedono, inoltre, lo schema assicurativo le anticipazioni che il cessionario concede prima del soddisfacimento del credito e gli ulteriori servizi di gestione del credito che sono offerti dal *factor*³⁰⁴. Nell'assicurazione, infatti, il pagamento avviene soltanto dopo un certo tempo dalla denuncia dell'insolvenza. Infine, risultano estranei allo schema assicurativo i servizi accessori che usualmente sono svolti dal *factor*, laddove l'assicuratore non offre altri servizi oltre l'assunzione del rischio.

Un diverso filone interpretativo dà, invece, risalto, agli elementi – anch'essi integrati nel *factoring* – rappresentati dalle attività di gestione dei crediti, i quali, secondo alcuni, sono in grado di qualificare l'operazione come mandato o appalto di servizi³⁰⁵. Anche questa soluzione appare criticabile se si osserva, in particolare, come nel *factoring* la gestione sia realizzata dal cessionario, nel proprio interesse, in ragione dell'acquistata titolarità dei crediti³⁰⁶, in evidente contrasto con quella

³⁰⁴ Cfr. L. GHIA, *I contratti di finanziamento dell'impresa*, Milano, 1997, p. 90 s.

³⁰⁵ F. DIMUNDO, *Factoring e fallimento*, cit. p. 567; G. ALPA, *Qualificazione dei contratti di leasing e di factoring e suoi effetti nella procedura fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1989, I, p. 190. In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza di merito: cfr. Trib. Genova, 17 ottobre 1994, in *Fall.*, 1995, Appendice, p. 315 ss.; Trib. Genova, 23 giugno 1992, in *Riv. it. Leasing*, 1994, p. 377 ss.; Trib. Genova, 17 luglio 1991, in *Riv. it. Leasing*, 1992, Appendice, p. 174 ss.; Trib. Genova, 19 novembre 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 605 ss. *Contra* App. Genova, 19 marzo 1993, in *Riv. it. Leasing*, 1994, p. 392 ss. la quale ha statuito che neanche i singoli servizi prestati dal *factor* nell'interesse dell'impresa cliente possono essere idonei a qualificare il rapporto in termini di mandato, essendo essi soltanto aspetti eventuali dell'operazione il cui aspetto caratterizzante resta sempre la cessione del credito.

³⁰⁶ Cfr. U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 311. Ciò è reso, peraltro, evidente, dalla circostanza per cui al *factor* non è richiesto di rendere il conto della sua attività al cedente; obbligo che, invece, è imposto al mandatario dall'art. 1813 c.c. Nemmeno può trovare applicazione nell'ambito del *factoring* la norma di cui all'art. 1724 c.c. che permette al mandante di sostituirsi, in ogni momento, al mandatario o di sostituirlo con altro soggetto.

gestione per conto altrui che caratterizza invece il rapporto insistente tra mandante e mandatario. In proposito, inoltre, si è osservato come sussista un'evidente differenza tra la natura degli effetti del mandato, senz'altro obbligatori, e quelli – reali – del *factoring*³⁰⁷.

Anche l'anticipazione bancaria è stata da alcuni chiamata in causa per spiegare la funzione del *factoring*. Si è già avuto modo di dire che è circostanza “normale” che il *factor* anticipi, in tutto o in parte, l'ammontare del credito cedutogli in favore del cedente. Detto aspetto ha indotto parte della dottrina ad assimilare l'operazione alla fattispecie tipica prevista dall'art. 1846 c.c.

A svelare, tuttavia, l'erroneità della conclusione si ritiene sufficiente constatare che l'anticipazione costituisce un elemento diffuso nell'ambito del *factoring* e, pertanto – appunto – “normale”, ma non essenziale e tale da incidere nella sua qualificazione giuridica. Inoltre la fattispecie codicistica richiede che ad erogare il finanziamento sia, necessariamente, un soggetto qualificabile come banca, il quale, inoltre, procede al pagamento soltanto in seguito alla prestazione di idonea garanzia rappresentata da pegno di titoli o di merci. Entrambi gli aspetti sono, al contrario, senz'altro assenti nella maggioranza dei rapporti di *factoring*.

Nemmeno appare convincente la tesi che si fonda sul trasferimento del credito a scopo di garanzia. In primo luogo, contrasta con la sua configurazione la possibilità, che è riconosciuta al *factor*, di cedere a terzi i crediti acquistati. Inoltre, la qualificazione dell'operazione in termini di trasferimento con scopo di garanzia nemmeno è consentita dalla circostanza per cui la normale soddisfazione del *factor* si realizza proprio con l'adempimento del credito di cui è cessionario. Il credito acquistato, dunque, non si qualifica come mero oggetto di una garanzia accessoria, ma, al contrario, il suo adempimento realizza in modo diretto l'interesse del *factor*, mentre il ruolo di garanzia del suo soddisfacimento viene assegnato al diritto di rivalsa³⁰⁸.

³⁰⁷ Cfr. GHIA, *op. cit.*, p. 93, il quale rileva come « il “factor” [...] agisce in qualità di titolare del diritto di credito cedutogli, non altrettanto il mandatario (anche se in rem propriam, art. 1723/2 c.c.) che agisce, invece, sempre e comunque “per conto” del mandante, per il soddisfacimento del cui interesse lo stesso mandato è stato conferito ». Il medesimo Autore prosegue, inoltre, osservando come agli stessi risultati si perverrebbe allorché si qualificasse il rapporto come un contratto di mandato senza rappresentanza, attenendo – la differenza di quest'ultima figura contrattuale rispetto al *factoring* – soltanto al momento in cui l'effetto si produce nella sfera giuridica del mandante.

³⁰⁸ Cfr. U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 311.

Anche il riferimento alla *datio in solutum* è stato utilizzato per svolgere un ruolo nella difficile ricerca di un corrispondente tipico del *factoring*. Tuttavia, anche chi propende per tale soluzione, non manca di osservare che anch'essa « non convince appieno »³⁰⁹.

I fautori di questa posizione interpretativa ravvisano nella cessione una prestazione diversa in luogo dell'adempimento dell'obbligazione di restituzione. Il punto di contrasto è, in proposito, indicato nell'antiorità della prestazione diversa rispetto al momento stesso in cui sorgerebbe l'obbligazione di restituzione, a sua volta dipendente dall'anticipazione del credito, pregiudicando, quindi, la tenuta e la divisibilità della tesi. Senza considerare che la stessa anticipazione, da cui derivano l'obbligazione restitutoria e la *datio in solutum*, è nel *factoring* un elemento del tutto eventuale.

Non è mancato, inoltre, chi ha proposto di qualificare il *factoring* come un contratto normativo, qualificando la figura come un accordo obbligatorio con il quale l'imprenditore e il *factor* si impegnano a inserire determinate clausole nei contratti che si troveranno, eventualmente, a stipulare in futuro³¹⁰. Come è stato osservato, il contratto normativo, però, « non *obbliga* le parti *a contrarre*; esse possono non contrarre; soltanto se contraggono, ciascuna di esse (ove la controparte non la dispensi), non può non sottostare a quel contenuto »³¹¹. È chiara, quindi, la differenza rispetto al rapporto di *factoring*; in quest'ultimo il *factor* ha interesse che il creditore resti vincolato a cedergli tutti i crediti che egli vorrà acquistare. Né pare sufficiente, al fine di superare l'ostacolo e di individuare un seppur esiguo vincolo in capo alle parti, richiamare i principi di buona fede e correttezza di cui sono espressione gli art. 1337 e 1375 c.c.

³⁰⁹ Così U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 311.

³¹⁰ La tesi è accolta da G. GUGLIEMMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 217 ss.; A. FRIGNANI, *Recenti sviluppi del factoring in Italia*, in *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, a cura di Verrucoli, Milano, 1978, p. 218; ID., *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital*, Torino, 1991, p. 64.

³¹¹ Così F. MESSINEO, voce *Contratto normativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 116 ss., il quale precisa che « l'inosservanza del contratto normativo non dà luogo all'applicabilità dell'art. 2932 c.c., poiché, mediante quell'inosservanza, non si viene meno a un obbligo a contrarre [...], bensì all'obbligo a contrarre in un certo modo. Trattandosi, dunque, di obbligazione di fare (incoercibile), non vi ha se non il ricorso alla domanda di risarcimento del danno, una volta escluso che possa applicarsi, nella specie, il ricordato art. 2932 c.c. ».

Un orientamento ormai superato³¹² richiamava, a proposito del *factoring*, il contratto aleatorio. L'*alea*, secondo questa opinione, sarebbe rappresentata, in assenza della clausola di rivalsa, dall'assunzione del rischio dell'insolvenza del debitore. In realtà, anche questa teoria presta il fianco ad alcuni limiti. Si è osservato, infatti, che i principali contratti di *factoring* prevedevano peculiari ipotesi in cui l' "approvazione" del credito diveniva inefficace. Ciò accadeva, ad esempio, quando il debitore eccepiva la compensazione con un credito vantato nei confronti del cedente, ovvero sollevava altre eccezioni relative al rapporto con quest'ultimo. Tali elementi sono presi in particolare considerazione da chi ne avvicina la natura, invece, alla fideiussione³¹³.

Una risalente posizione dottrinale, rilevato che il *factoring* non trova adeguato riscontro nel contratto di assicurazione, lo ricollega, soprattutto con riferimento ai modelli diffusi nella prassi italiana, allo schema della cessione del credito. Chi accoglieva questa soluzione ravvisava nell'operazione una « causa generica costante», rappresentata dalla funzione di trasferimento, che da sola sarebbe sufficiente per configurare il *factoring* all'interno dello schema legale della cessione del credito oltre ad una « causa specifica variabile »³¹⁴.

Alle stesse conclusioni sono pervenuti anche altri studiosi, i quali, considerando che (all'epoca in cui scrivevano) non esisteva una regolamentazione specifica in materia di *factoring*, inquadravano la figura nello schema negoziale della cessione per causa di vendita, procedimento di trasferimento di crediti nel quale possono introdursi senza violenza e con sufficienti garanzie tecniche e giuridiche gli elementi essenziali che [...] compongono il rapporto stabilito tra il *factor* e il cliente »³¹⁵.

Diversamente, invece, opinavano coloro i quali rinvenivano nel contratto di *factoring* lo strumento giuridico per soddisfare interessi tra loro diversi e che erano, in particolare, sia di assicurazione che di finanziamento. La loro simultanea sussistenza li induceva pertanto ad affermare che il contratto era estraneo agli schemi tipici e rappresentava un'ipotesi di contratto innominato³¹⁶. Si è osservato, in

³¹² Si veda, per tutti, G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 897.

³¹³ Vedi U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 313 ss.

³¹⁴ G. MOLLE, *Note per un inquadramento giuridico funzionale delle imprese factoring e delle loro operazioni mercantili*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1974, I, p. 321.

³¹⁵ N. SANTANGELO, *Il factoring*, in *Dir. fall.*, 1975, I, p. 197.

³¹⁶ U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 299.

proposito, che se il *factoring* viene considerato unitariamente « nel suo aspetto di contratto di durata, di operazione sistematica che per un certo tempo abbraccia tutti i crediti di un'impresa verso i terzi, esso appare in tutta la sua atipicità: contratto atipico di liquidità, da un lato, e contratto atipico di garanzia, dall'altro; e ad esso fa da supporto la cessione del credito, che viene così a rappresentare un effetto contrattuale puramente strumentale »³¹⁷.

La dottrina si è anche interrogata sulla configurabilità del *factoring* come un contratto preliminare. In tal caso il problema centrale è consistito nel verificare in quale momento l'effetto traslativo debba considerarsi avvenuto. Se, cioè, esso discenda automaticamente dall'unico accordo tra *factor* e cedente – salvo essere cronologicamente rinviato al sorgere dei crediti quando si tratti di crediti futuri secondo la disciplina disposta, in tema di vendita di cose future, dall'art. 1472 c.c.³¹⁸ – o se, invece, tra il *factor* e l'impresa cedente vengano conclusi plurimi contratti di trasferimento, il cui momento perfezionativo sarebbe rappresentato dall'accettazione da parte del *factor* della proposta di cessione formulata dall'imprenditore³¹⁹.

L'opinione che prevaleva individuava nelle clausole predisposte nei più diffusi contratti di *factoring* la volontà dei contraenti di obbligarsi a porre in essere dei successivi negozi traslativi.

In senso opposto si è, invece, espresso chi ha rilevato come la qualificazione del contratto in esame come preliminare pregiudicherebbe la volontà delle parti di dare vita ad un'operazione giuridicamente ed economicamente unitaria³²⁰. Si osserva, inoltre, che i pretesi contratti definitivi non sono caratterizzati da una propria causa giustificativa, trovando essi titolo e funzione soltanto alla luce del contratto a monte, in difformità, quindi, con il ben noto rapporto che persiste tra il contratto preliminare ed il contratto definitivo, il quale è causalmente indipendente dal primo.

³¹⁷ U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 315.

³¹⁸ In giurisprudenza, v. App. Lecce, 17 settembre 2001, in *Arch. civ.*, 2002, p. 581.

³¹⁹ La proposta e l'accettazione possono essere formulate anche per fatti concludenti. In particolare, ha valore di proposta la richiesta preventiva rivolta al factor al fine di conoscere la sua disponibilità ad accettare la cessione. Allo stesso modo, vale come accettazione, l'accredito in favore del cedente di un anticipo sul credito offerto in cessione. Cfr. U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 306. Vedi anche le critiche a tali configurazioni espresse da M. LABIANCA, *Factoring*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 137.

³²⁰ U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 306 ss. il quale rileva come « la differenza rispetto al preliminare di cessione può perciò essere sensibile soprattutto in caso di fallimento del cedente o del ceduto; e sarebbe massima qualora per la opponibilità della cessione al fallimento del cedente si affermasse la tesi che ritiene sufficiente la data certa della cessione [...]: in tal caso basterebbe munire di data certa il contratto di factoring » (nota 23).

L'opinione appena ricordata ritiene che sia maggiormente conforme alla struttura del rapporto la sua qualificazione come cessione di crediti futuri. Dalla cessione, pertanto, deriverebbe un effetto obbligatorio o, per meglio dire, un effetto traslativo cronologicamente rinviato alla venuta ad esistenza dei crediti. Ciò comporta che, affinché il *factor* acquisti i crediti, non sarà necessaria un'ulteriore manifestazione di volontà, divenendone egli titolare immediatamente – ed automaticamente – al momento della loro venuta ad esistenza.

In termini di “contratto di organizzazione” si esprime altro autorevole Autore, il quale ravvisa nel contratto di *factoring* un contratto definitivo il cui programma negoziale, tuttavia, deve necessariamente trovare attuazione mediante i singoli atti successivi che alla regolamentazione del primo dovranno aderire³²¹.

Altri ancora, prendendo le mosse dall'analisi puntuale dei contratti di *factoring* effettivamente conosciuti dalla prassi italiana e in virtù della considerazione unitaria di tutti gli elementi che lo caratterizzano, escludono che essi possano essere assimilati allo sconto, alla vendita di crediti, all'assicurazione, al mandato o all'appalto di servizi³²².

Di collegamento negoziale parla, invece, chi distingue le singole cessioni dal contratto di *factoring* sia in relazione all'oggetto – che nel *factoring* coinciderebbe con l'obbligo, assunto dal cedente, di trasferire i crediti – sia in riferimento alla funzione, rivestendo il *factoring* lo scopo di impegnare la volontà contrattuale delle parti. I due negozi – insieme e, dunque, tramite il loro collegamento – soddisferebbero l'interesse delle parti³²³. L'Autrice, inoltre, dopo aver individuato nella « collaborazione alla gestione commerciale amministrativa e finanziaria delle imprese clienti » la funzione ultima dell'operazione, ravvisa nello schema della vendita l'« elemento strumentale per la realizzazione di tale collaborazione, che viene attuata [...] nell'interesse comune della società di *factoring* e delle imprese clienti ».

Altri rinvencono nel *factoring* un contratto di « finanziamento attuato mediante l'acquisto *pro soluto* dei crediti e la concessione di anticipazioni da parte

³²¹ Cfr. B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 323.

³²² M. LABIANCA, *op. cit.*, 1979, I, p. 137.

³²³ B. CASSANDRO SULPASSO, *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: il factoring in Europa*, Milano, 1981, la quale ravvisa il fine ultimo dell'operazione nell'« attuare una economicità e snellimento dell'attività dell'impresa permettendogli di concentrarsi sull'attività produttiva ».

del cessionario ». Gli elementi accessori, rappresentati dall'eventuale acquisto del credito *pro solvendo*, dalla prestazione di servizi di gestione contabile e, talvolta, anche commerciale dell'impresa « sono tutte conseguenze del contratto che derivano e si giustificano proprio in quanto si tratta di un finanziamento »³²⁴. Essi non tanto sarebbero utili a qualificare giuridicamente il contratto, quanto a distinguerlo dagli altri contratti di finanziamento.

Una diversa impostazione, pur rilevando la funzione di finanziamento svolta dal *factor* nei confronti del cliente – il quale, una volta che ha ceduto i crediti, può disporre di ben pochi mezzi per ottenere liquidità da terzi – preferisce tenere su piani distinti il rapporto di *factoring* dagli altri eventuali rapporti di finanziamento (che potranno avere titolo in un mutuo, in uno sconto o in qualunque altro contratto di credito) in virtù dei quali il cliente riceve liquidità dal *factor*³²⁵. La posizione di stabile collaborazione che il *factor* instaura con il cliente, della cui attività conosce pressoché ogni dettaglio, del resto, agevola le procedure per la concessione del finanziamento.

Un'altra opinione, invece, ravvisa nella prestazione dei servizi accessori la manifestazione della collaborazione tra *factor* e cedente la quale « viene attuata [...] nell'interesse comune della società di factoring e delle imprese clienti »³²⁶.

Un approccio ancora diverso è assunto da chi ritiene che l'elemento imprescindibile dell'operazione sia rappresentato dalla gestione dei crediti oggetto di cessione, mentre l'eventuale assunzione del rischio di insolvenza del debitore e la possibilità che il cessionario conceda dei finanziamenti mediante anticipazioni al cliente non sarebbero che delle varianti le quali « non possono che passare in secondo piano »³²⁷.

Anche la giurisprudenza si è espressa in merito alla struttura ed alla configurazione del contratto di *factoring*. Una recente decisione³²⁸ ha, in proposito, statuito che la struttura del *factoring* può essere di cessione unica e globale dei crediti presenti e futuri oppure di operazione che si attua attraverso una sequenza contrattuale articolata in una convenzione iniziale e in una o più cessioni di credito

³²⁴ Così R. CLARIZIA, *op. ult. cit.*, p. 34.

³²⁵ Cfr. B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 327.

³²⁶ B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 317.

³²⁷ In tal senso, M.C. CARDARELLI, *Ricerca sulla natura giuridica del factoring in Italia*, in *Impresa, ambiente e pubbl. amm.*, 1981, I, p. 179.

³²⁸ Cass. 11 maggio 2007, n. 10833.

attuative. Nel primo caso l'effetto traslativo della titolarità del credito si produce al momento della stipula del contratto di factoring se il credito già esiste e al momento in cui il credito viene a esistenza nel caso inverso, nel secondo caso con il perfezionamento delle singole cessioni. In qualunque momento si verifichi l'effetto traslativo, comunque, si produce con il solo consenso del cedente fornitore e del cessionario *factor* indipendentemente dalla volontà del debitore ceduto e dalla conoscenza che abbia della cessione, e la conoscenza, al pari dell'accettazione, può rilevare solo come elemento di esclusione dell'effetto liberatorio del pagamento al cedente.

Seppure appare orientamento pressoché concorde quello che ravvisa nell'effetto traslativo del credito l'elemento essenziale ed imprescindibile di ogni operazione di *factoring*, non tutti giungono a ritenerlo l'aspetto caratterizzante dell'operazione. Non mancano opinioni secondo cui il « factoring svolge una funzione e rappresenta una realtà economica più ampia della cessione del credito, anche se quest'ultima costituisce almeno in Italia [...] il supporto giuridico indispensabile di un'operazione contenente, in sostanza, sia elementi di un contratto atipico di liquidità che elementi di un contratto atipico di garanzia »³²⁹. La cessione del credito costituirebbe, allora, soltanto lo strumento per realizzare la complessa funzione che muove il rapporto di *factoring* e per realizzarne il programma negoziale³³⁰.

La causa del contratto di *factoring* andrebbe allora ricercata attraverso l'analisi delle varie e specifiche clausole che, di volta in volta, le parti scelgono di inserire nel contratto. Il *factoring* si caratterizzerebbe, cioè, per una causa variabile e indeterminata e che, in genere e nella prassi più consolidata, si sviluppa secondo due diverse strutture.

In un primo caso, il contratto – che, tra gli altri suoi effetti, obbliga anche alla consegna dei documenti attinenti al credito trasferito ed impegna il cessionario alla prestazione di servizi accessori – sarebbe volto a realizzare una mera funzione gestoria; il *factoring* potrebbe essere, perciò, assimilabile ad un contratto di mandato senza rappresentanza. Ad esso si accompagnerebbe, inoltre, una *locatio operis* avente

³²⁹ Cfr. Cass., Ss. Uu., 10 gennaio 1992, n. 198, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, II, p. 632.

³³⁰ Sul punto, in dottrina, cfr. L. GHIA, *op. cit.*, p. 95 ss.

ad oggetto l'obbligo assunto dal cessionario di gestire i crediti e curarne l'escussione in favore del cedente.

In altre ipotesi, più diffuse, in cui il *factor* esegue delle anticipazioni sull'importo dei crediti, invece, alla *locatio operis* si aggiungerebbe un « contratto preliminare di più finanziamenti ripetitivi » o, meglio, di un contratto-quadro il quale, più che obbligare le parti a concludere un determinato contratto definitivo (secondo lo schema del preliminare), o comunque a stabilirne le condizioni (in conformità alla struttura del contratto normativo), si limita ad impegnare le medesime a porre in essere dei successivi ed autonomi atti di finanziamento³³¹.

La soluzione al quesito circa la natura giuridica dell'operazione di *factoring* deve essere probabilmente essere indagata volta per volta sulla base delle concrete clausole contrattuali e in virtù di una puntuale indagine circa gli interessi che le parti hanno effettivamente voluto realizzare. La funzione del contratto allora finisce per coincidere con la ragione giustificatrice del trasferimento che, a seconda delle circostanze, può essere finalizzato a realizzare uno scambio (con il corrispettivo), una garanzia o una *cessio in solutum* (a fronte del finanziamento erogato) ovvero uno scopo fiduciario (volto a ottenere la gestione e l'incasso dei crediti)³³².

5. L'indagine in ordine alla qualificazione giuridica del *factoring* non è, com'è ovvio, fine a sé stessa, ma rappresenta il passaggio obbligato per addivenire, tra l'altro, alla messa a fuoco dei rapporti tra il *factor* ed il cedente, da un lato, e tra il *factor* e il ceduto, dall'altro.

A tal fine è importante, innanzitutto, stabilire in quale momento si sia verificato il trasferimento dei diritti di credito.

Affermare che il contratto di *factoring* ha la struttura di un contratto preliminare – o di un contratto normativo – e che, pertanto, da esso sorgono soltanto effetti obbligatori, significa rinviarne al momento della (eventuale) stipulazione dei successivi contratti definitivi – o esecutivi – l'efficacia traslativa.

³³¹ Cfr. L. GHIA, *op. cit.*, p. 96 ss.

³³² Sul punto, cfr. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento e di credito*, Milano, 1995, p. 302 ss.

Diversamente, accogliendo la tesi della cessione immediata di crediti futuri, l'acquisto dei crediti da parte del *factor* diverrebbe tecnicamente immediata³³³, salvo essere cronologicamente rinviata alla venuta ad esistenza dei crediti che ne costituiscono l'oggetto.

In ogni caso, indipendentemente dal momento in cui si dovesse realizzare il trasferimento, se si accoglie la tesi secondo la quale il *factoring* si concretizza in una specifica ipotesi di cessione del credito ritiene che la comunicazione al debitore ceduto non sia indispensabile perché si produca l'effetto traslativo. Trattandosi di contratto consensuale, infatti, il trasferimento dipenderebbe esclusivamente dal consenso delle parti. La comunicazione al debitore ceduto svolge, invece, un ruolo importante per l'opponibilità del trasferimento al debitore, il quale, in mancanza, potrebbe legittimamente liberarsi dall'obbligazione pagando, in buona fede, al creditore originario, secondo quanto dispone l'art. 1264 c.c.³³⁴

Vi è da dire che la prassi contrattuale è, in proposito, piuttosto puntuale. I principali contratti di *factoring* prevedono, infatti, esplicite clausole che impegnano il creditore ad informare il debitore della cessione. Non mancano, tuttavia, ipotesi in cui le parti preferiscono non rendere nota la cessione al debitore e, ciò, soprattutto per ragioni di tutela dell'immagine commerciale dell'impresa cedente³³⁵.

Con riferimento al contratto di *factoring* trova, inoltre, applicazione quanto disposto dall'art. 1263 c.c. il quale, com'è noto, stabilisce che, insieme al credito, sono ceduti anche le garanzie, reali e personali, i privilegi e gli altri accessori afferenti al credito.

Meno lineare risulta essere il problema relativo al trasferimento delle azioni contrattuali esperibili dal cedente. Non sussistono dubbi in merito alla possibilità,

³³³ In termini di effetto traslativo immediato, per quanto cronologicamente mediato, si esprime, con riferimento all'operatività, nella vendita c.d. obbligatoria, del principio del consenso traslativo, A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2007, p. 121 s.

³³⁴ Per i profili relativi all'opponibilità della cessione al debitore, si vedano P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 159 ss.; G. GRAZIADEI, *La notificazione al debitore ceduto come condizione di efficacia della cessione dei crediti nei confronti dei terzi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, p. 351 ss.; T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968, p. 23 ss.; A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1987, p. 295 ss.

³³⁵ Non sono sconosciute in proposito le forme di *Not Notification Factoring* o *Stilles Factoring*, pensate, principalmente per evitare che il debitore possa dedurre dalla cessione una manifestazione della debolezza finanziaria del creditore cedente ovvero una lesione del rapporto di fiducia intrattenuto con il medesimo. Al fine di dare tutela agli interessi del factor si è soliti, in questi casi, indicare al debitore, per l'esecuzione dei pagamenti, un conto corrente bancario che sia controllato anche dal cessionario.

riconosciuta unanimemente in capo al *factor*, di esercitare le azioni a tutela del diritto di credito. Queste ultime comprendono sia le azioni volte ad ottenere il soddisfacimento del credito medesimo, sia quelle di natura cautelare, ma anche il potere di chiedere il fallimento del debitore ceduto.

Permane, invece, in capo al cedente il potere di esercitare le azioni che si fondano sul contratto dal quale il credito ceduto è sorto e che è rimasto estraneo all'oggetto del trasferimento.

La stesse conclusioni non risultano, invece, altrettanto scontate con riferimento all'azione di risoluzione per inadempimento. Alcuni, ravvisando in essa anche una funzione di garanzia, ritengono che – nonostante si tratti di azione incidente sul contratto – essa possa essere esercitata anche dal cessionario, al fine di vedersi restituita la prestazione del cedente e, così, soddisfare il proprio interesse³³⁶.

Appare tuttavia, piuttosto discutibile che, ottenuta la risoluzione del contratto, il cessionario acquisti la titolarità della prestazione a suo tempo eseguita dal cedente nei confronti del ceduto. I dubbi si giustificano se si tiene conto che la risoluzione per inadempimento ha un'efficacia retroattiva e ripristinatoria della situazione antecedente la conclusione del contratto³³⁷.

Qualora, inoltre, oggetto della cessione siano titoli di credito (quali, ad es., assegni, cambiali, etc.) il *factor*, oltre all'azione causale fondata sulla cessione, potrà esercitare l'azione cambiaria essendone legittimato in virtù del possesso dei titoli.

6. Sebbene, come già si è avuto modo di precisare, la comunicazione della cessione al debitore non incida sull'efficacia traslativa dell'operazione, i modi in cui

³³⁶ Cfr., in proposito, G. FOSSATI-A. PORRO, *op. cit.*, p. 155-156; G. ZUDDAS, *Il contratto di factoring*, Napoli, 1983. In epoca più risalente, e in termini più generali, la tesi era stata prospettata da G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, VI, Torino, 1927, p. 174; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VII, 1907, p. 499.

³³⁷ In questo ultimo senso U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 317 s. L'Autore rileva peraltro che, nell'ambito di una cessione pro soluto, non avendo più il cedente interesse alla controprestazione, soltanto il factor potrebbe ancora avere interesse e titolo alla risoluzione. Negargliela equivarrebbe, pertanto, ad escluderne in toto l'esperibilità. Egli, peraltro, osserva, che, « la questione non ha probabilmente, nella pratica, una grande importanza: altri sono i mezzi di tutela del factor. Essa comunque può trovare soluzione sulla base di clausole contrattuali che obblighino l'impresa a collaborare col factor allo scopo di salvaguardarne gli interessi: e così rilasciare procure (da considerarsi in rem propriam, e perciò irrevocabili) per agire in giudizio, e via dicendo ».

essa si realizza hanno una rilevanza tutt'altro che secondaria e, per utilizzare le parole di un autorevole giurista « non è esagerato definir[li] d'importanza vitale per il *factoring*, almeno nella forma giuridica in cui esso è attuato in Italia »³³⁸.

Occorre, innanzitutto, osservare che, con orientamento pressoché unanime, la dottrina e la giurisprudenza affermano che la notificazione prevista dall'art. 1264 c.c. non richiede forme specifiche, essendo sufficiente l'utilizzo di modalità idonee a rendere edotto il debitore circa la cessione ad un terzo del credito e che, pertanto, egli dovrà adempiere nelle mani di quest'ultimo per provocare l'estinzione dell'obbligazione³³⁹.

Il ricorso ai mezzi di notificazione mediante ufficiale giudiziario, peraltro, esporrebbe il *factor* a problemi organizzativi, oltreché a un rilevante aggravio di costi. Un soggetto che, per professione, si trovasse ad acquistare quotidianamente anche migliaia di crediti e a doverne dare comunicazione agli innumerevoli debitori, probabilmente rinuncierebbe all'operazione se non potesse ritenersi tutelato nei propri interessi attraverso il più semplice invio di una lettera raccomandata e se dovesse, al contrario, ricorrere per ciascuno di essi all'ufficiale giudiziario.

Del resto, come si è osservato, anche non volendo condividere tali conclusioni e volendo, invece, attribuire alla notificazione di cui all'art. 1264 c.c. una qualifica tecnica, « la comunicazione a mezzo di lettera raccomandata » sarebbe comunque idonea a procurare al debitore quella « conoscenza » dell'avvenuta cessione cui il 2° comma della medesima norma ricollega effetti analoghi alla notifica.

La notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario non è più considerata necessaria neanche per l'opponibilità, ai sensi dell'art. 1265 c.c., della cessione ai terzi. In contrasto con la giurisprudenza più risalente³⁴⁰, l'orientamento ormai costante dei giudici sia di merito che di legittimità afferma che, tanto ai fini di cui all'art. 1264 c.c., quanto a quelli di cui ai successivi artt. 1265 e 2914, n. 2, c.c., non è richiesta la notificazione a mezzo ufficiale giudiziario « costituendo, quest'ultima

³³⁸ U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 318.

³³⁹ In tal senso si è espressa anche la recente giurisprudenza, precisando che la notificazione e l'accettazione ex art. 1264 c.c. « non si identificano [...] con gli istituti dell'ordinamento processuale e non sono pertanto soggetti a particolari discipline o formalità ma sono atti a forma libera ». Così, Cass., 26 aprile 2004, n. 7919.

³⁴⁰ Cfr. Cass., 4 febbraio 1969, n. 341, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1895; Cass., 27 aprile 1962, n. 948, e Cass., 21 aprile 1961, n. 890, entrambe in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1962, II, p. 346 ss., con nota di GRAZIADEI. In dottrina, si vedano U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 319; B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 331 s.

una semplice *species* (prevista esplicitamente dal codice di rito per i soli atti processuali) del più ampio *genus* costituito dalla notificazione intesa come attività diretta a produrre la conoscenza di un atto in capo al destinatario »³⁴¹.

Profilo di indubbia rilevanza, nell'ambito della disciplina del *factoring*, è quello relativo alle eccezioni opponibili al *factor* da parte del debitore.

Di regola, e in conformità alla disciplina della cessione del credito, il debitore può opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto sollevare nei confronti dell'originario creditore. Ciò in quanto, perfezionatasi la cessione, il debitore ceduto diviene obbligato nei confronti del cessionario allo stesso modo in cui lo era nei confronti del suo creditore originario.

Il debitore ceduto potrà, quindi, opporre al *factor* tutte le eccezioni relative alla validità del rapporto che ha dato origine al diritto di credito (la nullità, l'annullabilità, la rescissione), all'esistenza di quest'ultimo e ad eventuali fatti modificativi o estintivi (l'adempimento, la prescrizione) del rapporto.

Una recente decisione di merito ha, tuttavia, precisato che « le eccezioni che riguardano fatti estintivi o modificativi del credito ceduto sono opponibili al “factor” cessionario solo se anteriori alla notizia della cessione comunicata al debitore ceduto e non ove successivi, in quanto una volta acquisita la notizia della cessione il debitore ceduto non può modificare la propria posizione nei confronti del cessionario mediante negozi giuridici posti in essere con il creditore originario »³⁴².

Il debitore potrebbe opporre al cessionario anche la stessa incedibilità del credito. Qualora essa derivi dalla stessa legge, nessun dubbio potrà sussistere circa la rilevanza nei confronti del cessionario. È lo stesso art. 1260 c.c. ad escludere la validità di una cessione vietata dalla legge.

Il discorso si fa, però, più complesso qualora l'incapibilità derivi da un accordo concluso tra il ceduto e il cedente³⁴³. Il secondo comma dell'art. 1260 c.c.

³⁴¹ Così Cass., 12 maggio 1998, n. 4774; conformi Cass., 14 marzo 2006, n. 5516; Cass., 29 settembre 1999, n. 10788. Sul punto si vedano A. FRIGNANI, *Il difficile cammino del «factoring». Sulla pretesa notificata, al debitore ceduto. A mezzo ufficiale giudiziario*, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, p. 537 ss. (nota a Trib. Milano, 19 luglio 1973); R. RUOZI-B. ROSSIGNOLI, *Manuale del «factoring»*, Milano, 1985, p. 73; M. BUSSANI-P. CENDON, *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e giurisprudenza. «Leasing», «factoring», «franchising»*, Milano, 1989, p. 273 ss.

³⁴² Trib. Milano, 9 gennaio 2012, in *De Jure*.

³⁴³ Il problema è stato affrontato anche dagli ordinamenti stranieri. Negli Stati Uniti esso ha trovato una regolamentazione nella sez. 9 dell'*Uniform Commercial Code*, subsez. 318, che ha stabilito

dispone, infatti, che un simile patto non può essere opposto al cessionario salvo che si provi che egli lo conosceva al tempo della cessione. In caso contrario, dunque, il cessionario potrà legittimamente pretendere il pagamento in suo favore e l'inadempimento potrà dare luogo soltanto ad una responsabilità contrattuale del cedente nei confronti del debitore ceduto.

È opponibile, in teoria, anche l'eccezione di eccessiva onerosità sopravvenuta, anche se, nella pratica, risulta piuttosto improbabile che il debitore, che sia tenuto ad una prestazione pecuniaria – soggetta, dunque, alle consuete vicende della svalutazione monetaria – possa avere interesse ad opporla³⁴⁴.

Non sembra, invece, che il debitore sia tenuto ad avvisare il cessionario, quando abbia avuto conoscenza della cessione, di tutti i vizi che potrebbero incidere sul credito, senza aspettarne la relativa scadenza. Sul punto si è espressa anche la Suprema Corte³⁴⁵, affermando che il *factor*, il quale si limiti a notificare al debitore ceduto l'avvenuta cessione, in proprio favore, dei crediti vantati nei suoi confronti dal cedente – omettendo (negligentemente) di informarsi presso il debitore ceduto circa l'esistenza dei crediti – non può poi pretendere il risarcimento dei danni dal ceduto stesso per pretesa violazione di un (inesistente) obbligo di informazione, giacché il comportamento passivo o inerte del ceduto, a fronte della mera comunicazione dell'avvenuta cessione, non viola il principio di correttezza e buona fede, non essendo detto debitore obbligato a porre in essere uno specifico

che « *a term in any contract between an account debtor and an assignor is ineffective if it prohibits assignment of an account or prohibits creation of a security interest in a general intangible for money due or to become due or requires the debtor's consent to such assignment or security interest* ».

³⁴⁴ Resta, comunque, salva l'ammissibilità dell'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta per svilimento della prestazione attesa quando essa, trovi titolo in un contratto a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata, periodica o differita, e purché la prestazione di chi agisce risulti, al tempo della sopravvenienza, ancora in itinere.

³⁴⁵ Cfr. Cass., 15 giugno 1999, n. 5947, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2067, con nota di SAPIO, *Il silenzio del debitore ceduto nel factoring*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II 660, con nota di STOCCO. Nello stesso senso si era già espressa Cass. 18 ottobre 1994 n. 8497, in *Contr.*, 1995, 23 ss., con nota di DE NOVA. Si vedano, inoltre, Cass., 21 ottobre 2010, n. 21599, la quale ha riconosciuto che « nessuna responsabilità può derivare al debitore ceduto per il silenzio sulla esistenza di crediti ceduti, perché, risolvendosi in un comportamento difforme da quello che l'altra parte avrebbe dovuto attendersi, secondo la prassi, tale silenzio non può assumere il significato positivo di conferma dei crediti ceduti ma semmai il significato contrario, alla stregua del generale principio secondo cui il silenzio, nei rapporti negoziali, può assumere il significato di implicita comunicazione di situazioni rilevanti solo quando sia in tal senso percepibile da entrambe le parti. Con la conseguenza che un silenzio che non dice nulla non può determinare alcuna situazione di apparente regolarità delle forniture e di esistenza dei crediti ceduti, cui possa ricollegarsi l'affidamento del cessionario»; Cass. 15 ottobre 2009 n. 21904, in *Contr.*, 2010, 342, con nota di SANGERMANO, *Il silenzio del debitore ceduto nel factoring tra unità funzionale del collegamento contrattuale e unicità del negozio*.

comportamento nei confronti del cessionario tale da implicare un aggravamento della sua posizione.

I giudici di legittimità non hanno, quindi, dato conferma a quell'opinione dottrinale secondo cui deve essere data rilevanza al comportamento del ceduto che, pur consapevole dell'inesistenza del credito o dei vizi sullo stesso incidenti, non ne abbia informato il cessionario³⁴⁶. Ad una differente soluzione si potrebbe, al più, giungere allorquando, già in passato, egli si fosse trovato ad adempiere nelle mani del *factor*, senza che questo avesse preteso una preventiva conferma del credito, ingenerando in capo al cessionario « un affidamento da cui deriva un dovere giuridico per il debitore di attivarsi, all'occorrenza, per mettere in guardia il *factor* ». Il debitore che osservasse un siffatto contegno potrebbe, pertanto, essere chiamato a rispondere del danno arrecato, secondo i canoni della responsabilità extracontrattuale.

Altre eccezioni sono, invece, opponibili al *factor* solo qualora il fatto costitutivo su cui si fondano possa essere collocato in un momento cronologicamente anteriore rispetto alla comunicazione della cessione. Ci si riferisce, in particolare, alle eccezioni di compensazione, di novazione, di remissione, di dilazione del pagamento e di scioglimento, in accordo col cedente, del contratto.

In proposito deve valutarsi, innanzitutto, che il cedente è sempre tenuto a garantire il *nomen verum* del credito ceduto. Pertanto, qualora abbia ceduto dei crediti che, in un momento precedente alla cessione, si erano estinti, ne risponderà nei confronti del cessionario. Problemi non di poco conto potrebbero, tuttavia, sorgere, come si vedrà, qualora il cedente sia in prossimità del fallimento.

Qualora il credito ceduto sia rappresentato da titoli cambiari, diverse sono le soluzioni circa le eccezioni opponibili al *factor*. Esse dipendono, infatti, dal titolo in virtù del quale il cessionario pretende il pagamento. Se egli agisce in base alla cessione del credito, si applicano le regole previste per quest'ultima e che si sono appena illustrate. Se, al contrario, fa valere il diritto di credito in qualità di portatore dell'effetto cambiario, il debitore non potrà opporgli le eccezioni relative al rapporto principale con il cedente, ma solo quelle ammesse dall'art. 1993, primo comma, c.c.,

³⁴⁶ U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 321

salvo che, ai sensi del secondo comma della medesima disposizione, il cessionario abbia agito intenzionalmente a danno del debitore.

7. Come si è anticipato, nel rapporto di *factoring* può incidere anche l'intervenuta dichiarazione di fallimento del debitore ceduto o del cliente (del *factor*) cedente.

La prima di tali ipotesi non solleva problemi degni di particolare attenzione³⁴⁷. In questa sede si intende analizzare, invece, le conseguenze che sul contratto di *factoring* produce la dichiarazione di fallimento del soggetto cedente.

Occorre, in primo luogo, considerare che, trattandosi di un contratto di durata, l'intervenuta dichiarazione impedirà soltanto la produzione di ulteriori effetti, ma non pregiudicherà quelli già verificatisi.

In relazione ai rapporti pendenti e ai crediti già acquistati, il *factor* verserà in una differente posizione a seconda che l'acquisto sia avvenuto con o senza rivalsa. Nel primo caso, infatti, qualora siano state stabilite delle anticipazioni a favore del cedente (poi fallito), egli potrà vantare nei confronti del fallimento un credito condizionato al mancato pagamento da parte del debitore ceduto. Diversamente, nel caso in cui egli abbia acquistato senza rivalsa, non solo non potrà insinuarsi al passivo, ma, se ha altresì concesso anticipi, dovrà versare al fallimento la somma convenuta, indipendentemente dall'eventuale inadempimento del debitore.

Una rilevante questione si pone in relazione all'opponibilità della cessione al fallimento. In proposito la giurisprudenza, equiparando il curatore al terzo, fa applicazione della norma stabilita dall'art. 1265 c.c. Anche nella materia che ci riguarda, tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale – che dapprima richiedeva, per l'opponibilità della cessione ai terzi e al fallimento, che la notificazione al debitore avvenisse a mezzo dell'ufficiale giudiziario³⁴⁸ – è mutato e ritiene ormai ammissibile qualsiasi modalità di comunicazione idonea a produrne la conoscenza in capo al

³⁴⁷ Si veda, per l'ipotesi di fallimento del debitore e le possibilità di soddisfazione del *factor*, U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 323, il quale rinvia agli studi in materia di fallimento nello sconto bancario.

³⁴⁸ Cfr. Cass., 19 ottobre 1962, n. 3041, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1963, II, p. 21; ma, in senso contrario, si esprimevano App. Bologna, 25 febbraio 1967, in *Giur. it.*, 1968, I, 2, c. 139; App. Trieste, 28 aprile 1969, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1960, p. 512; Trib. Roma, 28 giugno 1961, in *Dir. fall.*, 1961, II, p. 529.

destinatario³⁴⁹. L'unico requisito richiesto è che l'atto abbia data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, in applicazione del principio espresso dall'art. 2914, n. 2, c.c.³⁵⁰

Un ulteriore problema, piuttosto dibattuto, riguarda la possibilità per il curatore di esercitare l'azione revocatoria fallimentare. Le soluzioni prospettate in merito sono diverse e dipendono dalla diversa configurazione che si intende attribuire al contratto di *factoring* e, nello specifico, al trasferimento del credito.

Chi vi ravvisa un pagamento, infatti, conclude per l'applicazione dell'art. 67, primo comma, n. 2, l. fall., il quale assoggetta a revocatoria gli atti estintivi di debiti pecuniari non effettuati con denaro o con altri mezzi normali di pagamento.

A questa posizione interpretativa si è facilmente obiettato, tuttavia, che la cessione si realizza contestualmente al sorgere del debito o in un momento addirittura precedente e non può, pertanto, essere assimilata ad un atto estintivo di un debito preesistente³⁵¹.

Altri, invece, ravvisando nella cessione del credito la costituzione di una garanzia per la restituzione dell'anticipazione erogata dal *factor*, ne fanno derivare l'applicabilità del secondo comma del medesimo art. 67 l. fall., a norma del quale la cessione è revocabile soltanto a condizione che il curatore offra la prova che il *factor* era a conoscenza, al momento del trasferimento del credito, dello stato di insolvenza dell'impresa cliente.

Alle medesime conclusioni giunge, altresì, chi qualifica il *factoring* come un contratto a prestazioni corrispettive avente funzione di liquidità e di garanzia³⁵².

Gli interpreti si sono, infine, interrogati sui modi di operatività dell'art. 56 l. fall. e, quindi, della compensazione tra i crediti del cliente fallito e quelli del *factor*. La norma prevede un criterio di tipo cronologico, stabilendo che la compensazione opera per i crediti vantati *verso il fallito*, sebbene non ancora scaduti alla data del fallimento. Il dubbio si pone, in particolare, per i crediti che, al momento del

³⁴⁹ Cfr. Cass., 29 settembre 1999, n. 10788.

³⁵⁰ Cfr. Cass., 14 marzo 2006, n. 5516. Vedi anche Cass., 21 dicembre 2005, n. 28300 la quale però precisa che « per i crediti soltanto eventuali, non identificati in tutti gli elementi oggettivi e soggettivi, la prevalenza della cessione richiede che la notificazione o accettazione siano non solo anteriori al pignoramento (o al fallimento), ma altresì posteriori al momento in cui il credito sia venuto ad esistenza ».

³⁵¹ Cfr. B. LIBONATI, *op. cit.*, p. 333.

³⁵² Cfr. U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 324 s.

fallimento non siano ancora sorti, ad esempio perché subordinati alla scadenza del credito principale oggetto della cessione. Se ne potrebbe allora dedurre che, sorgendo il credito dopo il fallimento, esso non sarebbe un debito verso il fallito, bensì verso la massa e, pertanto, non potrebbe essere oggetto di compensazione con i crediti vantati dal fallito.

In senso contrario si è espressa, invece, autorevole dottrina, la quale afferma che « ancorché scaduto successivamente alla dichiarazione di fallimento, il debito del *factor* deriva da un'attività negoziale posta in essere tra *factor* medesimo e fallito prima del fallimento »³⁵³.

8. Il *factoring* in Italia ha assunto caratteri differenti rispetto al modello anglosassone. Mentre il primo integra, di regola, una cessione *pro solvendo*, del secondo la prassi conosce soltanto la forma *pro soluto*. I *factor* italiani, in genere, non concedono anticipi o, in ogni caso, qualora li concedano, essi sono circoscritti ad una quota minima rispetto all'ammontare del credito. Inoltre, spesso, il contratto non prevede la prestazione di quei servizi accessori che, altrove, caratterizzano l'operazione e che hanno giustificato il riferimento costante degli interpreti verso norme ulteriori a quelle che sono contenute, a proposito della cessione, negli artt. 1260 ss. c.c.³⁵⁴. Queste ultime, infatti, in ragione delle peculiarità del *factoring*, hanno presto mostrato i limiti dei propri confini. In particolare, l'art. 1264 c.c., il quale – come si è visto – richiede, affinché la cessione abbia efficacia nei confronti del debitore ceduto, che questi l'abbia accettata o che gli sia stata notificata, sollevava il dubbio circa la necessità di una vera e propria notificazione per il tramite dell'ufficiale giudiziario o se, al contrario, fosse da ritenere idoneo allo scopo qualsiasi mezzo di comunicazione che garantisse la certezza della conoscenza da parte del debitore.

³⁵³ Così U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 325.

³⁵⁴ Cfr. R. CLARIZIA, *Il factoring*, cit., p. 5, il quale osserva che l'« unica peculiarità (certamente importante) consiste nel fatto che l'acquisto dei crediti derivanti dall'esercizio di un'attività imprenditoriale diventa l'oggetto sociale di una società finanziaria ». A tale aspetto deve senz'altro aggiungersi che la cessione con la quale si realizza il *factoring* ha ad oggetto non uno o più crediti determinati ma tutti i crediti vantati da un soggetto (di regola un imprenditore) nei confronti della propria clientela. Si tratta di una circostanza che giustifica la prestazione di servizi accessori di gestione, contabilizzazione ed esazione e che, d'altra parte, comporta la necessità di poter fare riferimento ad una disciplina specifica e più esaurente rispetto a quella approntata dal codice civile.

La necessità di poter disporre di una normativa specifica che tenesse conto delle peculiarità che distinguevano il *factoring* dai comuni contratti di cessione ha indotto le principali società di *factoring* italiane ad affidare ad un gruppo di giuristi il compito di studiare un testo normativo apposito. L'esigenza che ha ispirato il legislatore era principalmente quella di porre fine ai dubbi inerenti l'ammissibilità delle cessioni in massa di crediti presenti e futuri stabilendo, al contempo, il regime delle eccezioni applicabili ai terzi e, particolarmente, al fallimento dell'imprenditore cedente³⁵⁵.

Una prima soluzione proposta premeva per modificare l'art. 1260 c.c. Al fine di non turbare l'ordine del codice si è poi seguita la strada di una legge speciale che disciplinasse in via autonoma l'operazione di *factoring*.

Le critiche sollevate circa l'inopportunità di dedicare un complesso e articolato *corpus* normativo ad un istituto giuridico che non godeva neanche della stessa diffusione dei contratti bancari più comuni, hanno indotto gli studiosi ed il legislatore a percorrere la via intermedia, introducendo nell'ordinamento una normativa che, affiancandosi alla disciplina codicistica della cessione, concentrasse le sue attenzioni sui profili maggiormente problematici del *factoring*: l'efficacia della cessione nei confronti del debitore ceduto e dei terzi; l'efficacia immediatamente traslativa dei crediti futuri; la cessione in massa dei crediti; la revocatoria fallimentare. La legge ha, invece, evitato di occuparsi degli aspetti più problematici che avrebbero rallentato l'iter legislativo: soprattutto, la tematica del *factoring* pubblico, ovvero avente ad oggetto i crediti verso la Pubblica Amministrazione; nonché gli aspetti relativi al divieto convenzionale di cessione³⁵⁶.

Il testo della normativa è stato adottato nel 1991 con la legge n. 52 rubricata "Cessione dei crediti d'impresa"³⁵⁷. Alla sua disciplina si aggiunge, inoltre, il Testo

³⁵⁵ Si vedano G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1990, p.107; A. FRIGNANI, *Quando il legislatore affronta il factoring*, in *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital ecc.*, Torino, 1991, p. 100; A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 315

³⁵⁶ B. CASSANDRO SULPASSO, *Italo Calvino, Hermann Melville e la legge 21 febbraio 1991 sulla cessione dei crediti d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 402, ritiene invece che la mancata regolamentazione di detti profili sia dovuta a una involontaria dimenticanza del legislatore. *Contra* R. CLARIZIA, *op. cit.*, 1994, p. 8.

³⁵⁷ Sulla legge n. 52 del 1991 numerosi sono stati i commenti. Si vogliono qui ricordare BELVISO, *L'ambito di applicabilità della nuova disciplina sulla cessione dei crediti d'impresa*, in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 3; G.M. RIVOLTA, *La disciplina della cessione dei crediti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 709 ss.; G. ALESSI, *Cessione dei crediti di impresa (factoring) e fallimento*, in *Fall.*, 1991, p. 545 ss.; F. SANTI, *La legge 21 febbraio 1991, n. 52 sulla disciplina della cessione dei crediti di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 379 ss.; L. CORRADINI, *Una legge tanto attesa: il factoring*,

Unico Bancario (d.lgs. n. 385 del 1993). Tali discipline hanno, senza dubbio, avuto un ruolo nella riconsiderazione della natura giuridica dell'operazione cui la dottrina si è dedicata.

La legge n. 52 del 1991 è dedicata ai crediti pecuniari verso corrispettivo. Oggetto di trasferimento devono essere, ai sensi dell'art.1, crediti pecuniari derivanti da contratto. Il contratto che dà origine ai crediti, a sua volta, deve essere stato stipulato nell'esercizio dell'impresa. È, invece, dubbio se possano ritenersi ricompresi anche i contratti che, pur stipulati nell'esercizio dell'impresa, non rientrino direttamente nell'oggetto sociale (ad es. gli indennizzi assicurativi, i canoni di locazione di immobili in proprietà della società cedente, gli interessi da finanziamenti di terzi)³⁵⁸.

Nel linguaggio comune e per prassi si è soliti identificare la legge n. 52 del 1991 con la normativa regolatrice, in Italia, del *factoring*. Come si avrà modo di precisare, tuttavia, tale conclusione non è così scontata e, anzi, appare ben lontana dalla realtà. La legge, infatti, non solo non disciplina tutti gli aspetti del *factoring* ma nemmeno può dirsi applicabile alle sole operazioni che in tale nozione rientrano.

Taluni hanno in merito osservato che il *factoring* rappresenta un « contratto di collaborazione tra imprese » che deve essere distinto dalla cessione dei crediti cui si riferisce la legge n. 52/1991³⁵⁹. Altri hanno precisato, inoltre, come il *factoring* non deve essere confuso con la cessione dei crediti o con lo sconto « poiché l'attività svolta dal *factor* non è assolutamente identificabile con il ruolo che svolge il cessionario dei crediti o colui che sconta gli stessi »³⁶⁰.

in *Impr.*, 1991, p. 1077 ss.; V. CANTELE, *Finalmente una legge per il factoring*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 394 ss.; G. CIAN, *Disciplina della cessione dei crediti di impresa. Commento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 245 ss.; P. DE MARCHIS, *La nuova disciplina dell'acquisto dei crediti di impresa: il factoring*, in *Impr.*, 1991, p. 1249 ss.; A. FRIGNANI-E. BELLA, *Il factoring: la nuova legge italiana (con riferimento alla convenzione di diritto uniforme)*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 481 ss.; F. MASSA FELSANI, *Il contratto di factoring e la nuova disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 731 ss.

³⁵⁸ R. CLARIZIA., *Il factoring*, cit., p. 21.

³⁵⁹ Cfr. F. MASSA FELSANI, *op. cit.*, p. 747 ss., il quale, tuttavia, pare contraddirsi quando afferma che « pur ancora in assenza di un esplicito regolamento legislativo, il factoring trova oggi un supporto solido e convincente nella nuova disciplina dei crediti d'impresa ».

³⁶⁰ Cfr. G. TUCCI, *Factoring*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Torino, 1995. Si veda, inoltre, G.M. RIVOLTA, *op. cit.*, p. 709, il quale osserva come la legge n. 52/1991 « si limita a introdurre alcune particolari norme, con riferimento a cessioni di credito qualificate, in relazione a taluni requisiti dell'oggetto e delle parti ». Tuttavia, osserva l'Autore come tali requisiti né devono ricorrere tutti perché si possa parlare di factoring, né, pur sussistendo tutti, si avrebbe inevitabilmente un contratto di factoring. Nello stesso senso è orientato E. CALZOLAIO, *Il factoring in Europa*, Milano, 1997, p. 37 ss., il quale nota come la

Tali conclusioni hanno, infine, portato ad affermare che il *factoring* è, a tutt'oggi, e nonostante l'introduzione della legge n. 52 del 1991, un contratto atipico, sebbene socialmente diffuso e tipizzato dalla pratica degli affari³⁶¹.

In tal senso si esprimevano già i primi commenti alla legge, secondo i quali essa non avrebbe tipizzato il contratto di *factoring*, avendone disciplinato solo alcuni aspetti. In questo senso si esprime la stessa relazione che ha accompagnato il disegno di legge. Ancora oggi l'opinione prevalente propende per la natura atipica del contratto di *factoring*³⁶². In tale operazione, come si è visto, convergono elementi di plurimi contratti tipici i quali, tuttavia, non sono in grado di attrarre il *factoring* all'interno di uno dei loro schemi contrattuali, bensì ne compongono, insieme, la disciplina giuridica³⁶³.

Altri hanno precisato che la circostanza per cui la legge n. 52/1991 rinvia, per quanto non previsto, alla disciplina codicistica della cessione del credito non sarebbe rivelatrice della mancata tipizzazione del *factoring* e del suo rinvio alla causa della cessione. Secondo tale opinione, in buona sostanza, « la legge n. 52/1991 [ha] tipizzato il modello italiano di *factoring*, che si caratterizza per la peculiare natura del credito (d'impresa) e dei soggetti (cedente è un imprenditore, cessionario è una banca o un intermediario finanziario), per la trasferibilità dei crediti futuri ed in massa e per la ricorrente prassi dell'anticipo »³⁶⁴. In assenza di uno o più di tali

legge n. 52/1991 « solo in modo improprio può essere definita una legge sul factoring ». Egli, in particolare, individua nella sua disciplina soltanto una species della cessione del credito disciplinata dagli artt. 1260 c.c. ss. La medesima opinione è espressa da G. DE NOVA, *Disciplina dell'acquisto dei crediti d'impresa: un disegno di legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 287; G. CIAN, *Legge 21 febbraio 1991, n. 52. Disciplina dei crediti d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 247; A. BASSI, *op. cit.*, p. 59.

³⁶¹ Cfr. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 289 s.; F.S. TONIATO, *Il factoring*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, v. III, t. 3, Milano, 2009, p. 931; G. TUCCI, *op. cit.*, p. 533.

³⁶² Già immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge n. 52/1991 non è mancato chi aveva preannunciato che una disciplina ad *hoc* non sarebbe necessariamente riuscita a sopire i dubbi circa la natura giuridica del contratto. Cfr. A. BASSI, *op. cit.*, p. 16, il quale osserva che « anche quando poi il contratto dovesse diventare oggetto di una disciplina più o meno specifica, un problema ricostruttivo potrebbe riproporsi ugualmente, non solo per gli eventuali spazi vuoti lasciati dalla legge, ma anche qualora il modello legale dovesse non corrispondere, in tutto o in parte, al modello reale. L'opera di tipizzazione del legislatore potrebbe cioè essere resa vana dal fatto che la fattispecie astratta ideata dalla legge non sia sovrapponibile al fenomeno reale preso in considerazione, non potendo tra l'altro, la legge mutare la sostanza dei rapporti economici frutto dell'iniziativa privata, imponendo, per esempio, ad un rapporto giuridico una qualificazione che sia incoerente o incongrua rispetto alla reale identità del fenomeno desumibile dalla volontà e dagli scopi di coloro che lo pongono in essere ».

³⁶³ Cfr. G. TUCCI, *op. cit.*, 1992, p. 1398.

³⁶⁴ Si veda R. CLARIZIA, *Il factoring*, cit., p. 17. Si veda anche Libonati, *Il factoring*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, p. 317 ss., il quale rileva come nel factoring si possono ritrovare plurimi elementi

elementi, invece, si avrà un contratto valido ma estraneo alla disciplina legale la quale potrà, semmai, trovare applicazione in virtù dello strumento dell'analogia.

Anche la giurisprudenza è orientata nel medesimo senso. Una recente decisione³⁶⁵ ha, statuito che il contratto di *factoring*, anche dopo l'entrata in vigore della disciplina contenuta nella l. 21 febbraio 1991, n. 52, « è rimasto un contratto atipico il cui nucleo essenziale è costituito dall'obbligo assunto da un imprenditore (cedente o fornitore) di cedere ad altro imprenditore (factor) la titolarità dei crediti derivati o derivandi dall'esercizio della sua impresa ».

Il legislatore ha preso atto che la disciplina della cessione contenuta nel codice civile – pensata per trasferimenti di singoli diritti di credito – non poteva essere sufficiente a regolare operazioni complesse in cui si trasferiscono, con un unico atto, un numero considerevole di crediti, non solo presenti ma anche futuri, al fine di realizzare funzioni specifiche e a loro volta variegata nell'interesse dell'economia d'impresa.

La legge del 1991 ha, quindi, introdotto una peculiare disciplina che non si sostituisce a quella codicistica, la quale continua a rappresentare il punto di riferimento di ogni cessione di crediti e che viene soltanto derogata dalla legge speciale in riferimento alle singole previsioni normative la cui applicazione ostacolerebbe le operazioni di trasferimento dei crediti d'impresa.

Il riferimento alla previsione legislativa è, a tal fine, indispensabile. La legge qualifica il contratto come avente funzione di « scambio verso corrispettivo ». Tale corrispettivo è rappresentato da « quanto si obbliga a pagare il cessionario al cedente in ragione del valore nominale del credito, dedotte le commissioni pattuite e potrà essere pagato in tutto o in parte in via anticipata rispetto alla data di incasso dei crediti »³⁶⁶.

Si è, tuttavia, osservato che anche la natura delle parti del contratto gioca, ai fini della sua qualificazione giuridica, un ruolo fondamentale. Prevedere, infatti, che

caratterizzanti alcuni contratti tipici. Tuttavia le particolari caratteristiche dell'operazione in esame non ne permettono l'inquadramento in alcuno dei loro schemi contrattuali.

³⁶⁵ Si veda Cass., 8 febbraio 2007, n. 2746. Si vedano, inoltre, Cass. 27 agosto 2004 n. 17116; Cass. 24 giugno 2003 n. 10004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 158, con nota di FINELLI; Cass. 2 febbraio 2001 n. 1510: in *Giust. civ.*, 2001, I, 1855; in *FORO IT.*, 2001, I, 1157, con nota di AGNINO.

³⁶⁶ Qualora sia pattuita un'anticipazione del pagamento del corrispettivo rispetto alla soddisfazione del credito il cessionario pretende, di norma, degli interessi. Si veda in proposito Tucci, *Factoring*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 1407. In senso contrario v. G. ALESSI, *op. cit.*, p. 548.

il cessionario possa essere soltanto una banca o un intermediario finanziario, attribuisce necessariamente una connotazione di finanziamento all'operazione³⁶⁷.

Non si tratterebbe, quindi, di una comune cessione dei crediti – che nella disciplina codicistica può avvenire per la soddisfazione di differenti funzioni (la cessione, com'è noto, rappresenta soltanto un effetto giuridico che può scaturire da negozi aventi causa di vendita, di mandato, di garanzia, etc.) – ma di una peculiare forma di cessione con scopo di finanziamento³⁶⁸.

Un'ulteriore limitazione dell'ambito di applicazione soggettivo della normativa è stabilita, inoltre, dalla previsione secondo la quale la disciplina speciale si applica soltanto a quelle imprese le quali esercitino « la cessione di crediti pecuniari d'impresa verso corrispettivo ».

La disciplina, senz'altro settoriale e specifica, si limita, per la gran parte, a stabilire alcune agevolazioni e alcuni privilegi per le società acquirenti che siano in possesso di requisiti specifici. Tra tali privilegi deve, innanzitutto, essere menzionata la possibilità di scegliere se sottoporre il rapporto alla disciplina codicistica della cessione ai sensi degli artt. 1260 ss. c.c. o se avvalersi delle norme speciali dettate dalla legge in parola.

La legge n. 52 del 1991 stabilisce, inoltre, che il *factor* può rendere opponibile ai terzi la cessione, oltre che con gli strumenti codicistici descritti *supra*, anche mediante il criterio del « pagamento, totale o parziale, del corrispettivo della cessione » a condizione che esso abbia data certa (art. 5). Perché la cessione risulti opponibile si rivela pertanto sufficiente eseguire anche una sola notifica oppure eseguire un pagamento, integrale o solo parziale³⁶⁹.

Per l'ipotesi di fallimento del debitore ceduto, inoltre, la legge speciale dispone che il pagamento che egli abbia eseguito in favore del cessionario non sia revocabile ai sensi dell'art. 67 l. fall. Il curatore fallimentare potrà, semmai, agire nei

³⁶⁷ Anche la Suprema Corte si è pronunciata in senso conforme a tale orientamento: si veda, in proposito, Cass., 18 ottobre 1994, n. 8947, in *Contr.*, 1995, 23, la quale ha individuato i due elementi principali del factoring nel trasferimento dei crediti e nel finanziamento dell'impresa cedente ad opera del factor, ritenendo che tale ultimo carattere risulti confermato dalla circostanza per cui il cessionario, laddove svolga la sua attività nei confronti del pubblico, riveste la qualifica di intermediario finanziario ai sensi dell'art. 106, 2° comma, t.u.b.

³⁶⁸ R. CLARIZIA, *op. ult. cit.*, p. 22.

³⁶⁹ In proposito cfr. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit. p. 316 s., il quale rileva come il conseguente problema di attribuire data certa al pagamento può essere risolto non solo ricorrendo all'atto pubblico o a certificazione pubblica «ma anche, verosimilmente, da assegni, ricevute bancarie o bonifici bancari ».

confronti del cedente. Il creditore cedente, a sua volta, potrà agire in rivalsa nei confronti del *factor* a condizione che quest'ultimo abbia rinunciato alla garanzia della solvenza³⁷⁰.

Qualora il fallimento abbia, invece, riguardato il cedente, si prevede che il curatore possa recedere soltanto dalle cessioni di crediti futuri, restituendo il corrispettivo pagato dal cessionario. La cessione, inoltre, può essere soggetta a revocatoria qualora, entro l'anno antecedente la dichiarazione di fallimento e prima della scadenza del debito ceduto, il cessionario abbia pagato il corrispettivo della cessione pur essendo a conoscenza dello stato di insolvenza del cliente cedente³⁷¹.

Come si è visto, la legge n. 52 del 1991 si applica, per sua espressa previsione, alle cessioni con pagamento del corrispettivo. Sembrano pertanto escluse dalla disciplina sia le cessioni per le quali la controprestazione del cessionario non sia assimilabile ad un corrispettivo sia, e a maggior ragione, le cessioni per le quali non sia previsto alcun corrispettivo³⁷².

In linea con l'interpretazione maggioritaria, la legge n. 52/1991 non ha introdotto una nuova forma di cessione del credito ma ne ha più semplicemente regolato gli effetti quando sia stata predisposta tra un cessionario, avente la qualità di banca o di intermediario finanziario, ed un cedente imprenditore. In questo senso, quindi, si spiegano anche le peculiari norme dettate dall'art. 3 della legge a proposito della cessione dei crediti futuri ed in massa³⁷³ e dagli artt. 6 e 7 in materia di

³⁷⁰ Cfr. A. BASSI, *op. cit.*, p. 24 s., nota 25, il quale osserva che « data la eccezionalità della norma, essa non dovrebbe coprire l'inefficacia, ex art. 65 l. fall., dei pagamenti dei crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento ».

³⁷¹ La legge n. 52 del 1991 ha, insomma, voluto garantire « una sorta di stabilità privilegiata alle cessioni (e ai «pagamenti di corrispettivo») di cui sia parte un soggetto che possieda determinati requisiti. Essa modifica il regime di diritto comune, che resta applicabile al cessionario di crediti che non abbia i requisiti della legge speciale; e, dove manchi una disciplina espressa, interviene a contrastare e a smussare ogni possibile orientamento interpretativo che non tenga conto degli aspetti specifici della attività svolta dalle società di factoring ». Così A. BASSI, *op. cit.*, p. 26.

³⁷² In questo senso appare orientato A. BASSI, *op. cit.*, p. 27, il quale, rilevata l'attenzione che il legislatore ha mostrato per l'elemento del pagamento del corrispettivo, ne conclude che esso giochi un ruolo fondamentale nell'individuazione delle operazioni di factoring soggette alla disciplina legislativa. Egli osserva, in conclusione, che « rientra [...] nella previsione della legge non qualsiasi tipo di attività economica in cui, in un momento o in un altro, entri anche una cessione di crediti; ma solo l'attività di acquisto di crediti caratterizzata dal pagamento di un corrispettivo anticipato ». Quest'ultimo, infatti, per continuare ad usare le parole dell'Autore « costituisce un sacrificio, o un rischio per il cessionario [...] che il legislatore apprezza positivamente per la sua funzione economica, e che decide di premiare con norme speciali ».

³⁷³ Il comma 1° dell'art. 3 prevede, discostandosi dai principi codicistici, che possono cedere in massa anche crediti futuri, perché non sono ancora stati conclusi i contratti dai quali sorgeranno, purché questi vengano stipulati « in un periodo di tempo non superiore a ventiquattro mesi ». In

procedura fallimentare. La natura di imprenditore del cedente, inoltre, escluderebbe l'applicazione della disciplina a tutti i casi in cui il creditore non eserciti attività d'impresa.

9. I contratti di *factoring* comunemente conclusi nella pratica degli affari italiana mostrano notevoli differenze rispetto agli analoghi contratti diffusi nei sistemi anglosassoni.

Autorevole dottrina ha, in proposito, osservato come è naturale il fenomeno per cui modelli contrattuali stranieri, quando vengono introdotti in altri ordinamenti, se ne differenziano per la previsione di elementi e caratteri estranei al sistema di origine, al fine di adattarsi alle peculiarità e alle esigenze dell'ordinamento che li accoglie³⁷⁴. Ciò è accaduto anche in riferimento al *factoring* italiano il quale, rispetto al modello anglosassone, si distingue, soprattutto, per la qualifica delle parti contraenti, per la natura dei crediti che ne rappresentano l'oggetto, per l'immediatezza dell'effetto traslativo dei crediti anche futuri (purché sussistano specifiche condizioni), per la possibilità di una cessione in massa, oltre che per l'efficacia anche di fronte ai terzi della cessione se il cessionario ha pagato un anticipo, anche soltanto parziale, del corrispettivo.

Le operazioni di *factoring* in Italia si conformano, in via tendenziale, alla disciplina della legge n. 52/1991 qualificandosi, soprattutto, per la natura delle parti e per la causa di scambio del contratto di cessione. In esse è prevista, solitamente, il versamento, da parte del cessionario in favore del cedente, di un'anticipazione, anche parziale, sul corrispettivo concordato. Dette cessioni avvengono, di norma, *pro solvendo*, contrariamente a quanto accade in altri ordinamenti in cui questa tipologia rappresenta l'eccezione rispetto alla normalità delle cessioni *pro soluto*. Marginali si rivelano, infine, quelle operazioni di *factoring* in cui acquistano rilevanza i servizi

merito v. G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., p. 135. Un eventuale contratto che prevedesse la cessione di crediti derivanti da contratti da stipularsi oltre la data appena indicata, tuttavia, non sarebbe viziato da nullità (in tal senso, invece, G.M. RIVOLTA, *op. cit.*, p. 716), ma, più semplicemente, rimarrebbe estraneo al campo di applicazione della legge speciale in esame. In proposito si veda, altresì, G. CIAN, *Disciplina della cessione dei crediti di impresa*, cit., p. 253.

³⁷⁴ Cfr. R. CLARIZIA, *op. cit.*, 12 ss.

accessori offerti dal *factor* e che, ancora una volta, costituiscono, invece, la normalità nelle operazioni di *factoring* tipiche dei sistemi anglosassoni³⁷⁵.

Si rende a questo punto necessario svolgere un rapido *excursus* sui modelli adottati negli ordinamenti diversi da quello italiano. Il *factoring*, infatti, non trova un'identica regolamentazione negli Stati ma, al contrario, in ciascuno di essi l'elaborazione della dottrina e, soprattutto, della pratica hanno fatto ricorso a differenti istituti giuridici a seconda delle necessità e degli interessi tipici di ciascun Paese³⁷⁶.

Come si è già detto, il *factoring* ha conosciuto le sue origini negli Stati Uniti, nei quali esso trova attualmente una regolamentazione nello *Uniform Commercial Code*. Il diritto di credito è assimilato al diritto di proprietà e, di conseguenza, ne è consentito il trasferimento al fine di garantire la restituzione del finanziamento ricevuto. Il trasferimento, inoltre, può essere opposto ai terzi; a tal fine è richiesto che la costituzione della garanzia (sia che riguardi beni materiali determinati, sia che riguardi – come per il *factoring* – diritti di credito) sia trascritta in un apposito registro³⁷⁷. Analoga è la disciplina del *factoring* nel sistema inglese, dove si è sviluppato significativamente dopo gli anni '60, forse in seguito alle politiche economiche di stampo liberale³⁷⁸, sebbene in quest'ultimo ordinamento, l'efficacia della cessione è subordinata all'avvenuta comunicazione di essa al debitore ceduto, anche attraverso la semplice menzione in fattura³⁷⁹.

Le operazioni di *factoring* possono essere classificate sotto diverse categorie in funzione delle specifiche obbligazioni assunte dalle parti. Oltre al *factoring* tradizionale (il c.d. *full factoring*), le forme più comuni sono l'*agency factoring*, il *recourse factoring*, il *confidential factoring* e il *maturity factoring*.

³⁷⁵ Osserva, in proposito, R. CLARIZIA, *op. ult. cit.*, 1998, p. 30 come « ogni altra diversa ricostruzione e qualificazione dell'operazione non [...] sembra che focalizzi il modello italiano, ma piuttosto quello originario anglosassone oppure quello più recente del *factoring* internazionale contemplato dalla Convenzione dell'Unidroit ».

³⁷⁶ Per un confronto tra i diversi modelli si veda A. FRIGNANI, *Il factoring: modelli europei e Convenzione di diritto uniforme*, in ID., *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged buy-out, Hardship Clause, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising*, 4^a ed., Torino, 1991, p. 107 ss., ma v. anche E. CALZOLAIO, *Il factoring in Europa*, cit., p. 66.

³⁷⁷ Si veda, in proposito, G. TUCCI, *Garanzia sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana*, Milano, 1974, p. 119 ss.; ma anche E. CALZOLAIO, *op. cit.*, p. 12 ss.

³⁷⁸ In questo senso, cfr. C. CHATTERJEE, *Legal Aspects of Trade Finance*, London, 2006, p. 88.

³⁷⁹ Per approfondimenti sul *factoring* nel sistema anglosassone si rimanda a F.R. SALINGER, *Factoring: The Law and Practice of Invoice Finance*, London, 1999.

Per descriverle brevemente, si può dire che nell'*agency factoring* il *factor* non assume alcuna responsabilità per la gestione e la riscossione dei crediti e lo stesso cedente può essere incaricato, in qualità di mandatario del *factor*, di ricevere i pagamenti dal debitore al quale, in ogni caso, deve essere notificata la cessione.

Nel *recourse factoring*, inoltre, si prevede espressamente il pieno diritto del *factor* di rivalersi sul cedente o di ritrasferirgli i crediti che, per qualunque ragione, siano rimasti insoddisfatti.

Con l'espressione *confidential factoring*, conosciuto anche come *invoice factoring* ci si riferisce, invece, ad una forma di mero finanziamento, nel cui ambito non si assume alcun impegno gestorio o protettivo nei confronti del cedente. Senza che al debitore sia resa nota la cessione (da tale circostanza deriva l'aspetto confidenziale dell'operazione, che prende anche il nome di *non notification factoring*), il cedente riceve i pagamenti per conto del *factor* e al quale è obbligato a ritrasferirli. Diversamente, se i crediti sono ceduti sulla base di un *undisclosed factoring*, il *factor* assume il rischio del mancato pagamento fino ad una percentuale che, di solito, è pari all'80 per cento del loro valore.

Infine, con il ricorso al modello del *maturity factoring*, il *factor* non concede un'anticipazione sui crediti ma rende soltanto dei servizi amministrativi e di gestione dei crediti e solo al momento della riscossione il *factor* paga il corrispettivo al cedente. In queste ipotesi è usuale che il cedente, al fine di vedersi garantito il pagamento nonostante il mancato soddisfacimento dei crediti, stipuli una polizza assicurativa a copertura del rischio.

In ultima analisi devono segnalarsi le forme c.d. di *new style factoring*, sviluppatesi negli Stati Uniti e nell'ambito delle quali, ai servizi accessori che tradizionalmente accompagnano la cessione del credito, si aggiungono ulteriori prestazioni volte all'elaborazione di analisi di mercato, alla selezione della clientela e all'organizzazione delle vendite.

Ulteriormente diversificati si rivelano i sistemi di *civil law* nei quali le operazioni di *factoring* sono realizzate attraverso il ricorso a molteplici e differenti strumenti giuridici³⁸⁰. In Europa, il primo paese ad aver introdotto una disciplina del *factoring* è stato il Belgio, con la legge del 31 marzo 1958. In buona parte dei sistemi

³⁸⁰ Si veda P. PERLINGIERI, *La cessione dei crediti d'impresa nel sistema comunitario e comparato*, in *La cessione dei crediti d'impresa*, a cura di Tatarano, Napoli, 1995, p. 29

continentali per realizzare le operazioni di *factoring* si ricorre alla cessione del credito. Ciò accade, oltre che in Italia, in Spagna³⁸¹, in Olanda e in Germania.

Nel sistema tedesco, però, devono tenersi distinti il negozio obbligatorio – cui si applicano le norme della vendita (se si tratta di *factoring* senza rivalsa) ovvero del mutuo (nel caso opposto) – dal negozio di cessione che produce l'effetto traslativo senza che sia necessaria la notificazione al debitore. Quest'ultimo potrà ritenersi liberato dall'obbligazione qualora abbia pagato al cedente purché non fosse a conoscenza dell'avvenuta cessione. Non è richiesta una formale notificazione perché gli sia opponibile la cessione, risultando a tal fine idoneo un qualsiasi mezzo di comunicazione. Per l'opponibilità della cessione ai terzi, invece, trova applicazione il principio della "priorità temporale"³⁸².

Simile al sistema vigente in Germania è quello svizzero, in cui la cessione produce i suoi effetti traslativi indipendentemente dalla notificazione al debitore. Tale formalità, infatti, acquista rilevanza solo per evitare che il debitore possa liberarsi pagando al cedente. L'unica particolarità risiede, in buona sostanza, nella necessità che l'atto rivesta la forma scritta *ad substantiam*.

Nell'ambito dell'ordinamento spagnolo il contratto di *factoring* viene ricondotto, dalla prevalente opinione, al contratto preliminare di vendita e trovano applicazione le norme sulla cessione del credito disposte dal *Código Civil*. Anche in questo caso per l'opponibilità della cessione al debitore è richiesto che gliene sia data comunicazione.

In Portogallo, invece, l'art. 1 del *decreto lei* n. 56 del 1986 descrive il contratto di *factoring* come diretto all'acquisto di crediti. Tuttavia, esso viene ritenuto dall'orientamento maggioritario un contratto atipico che realizza una cessione del credito.

Più complessi sono i sistemi di opponibilità della cessione ai terzi elaborati negli ordinamenti francese e belga, laddove la comunicazione della cessione al debitore costituisce una condizione indispensabile per la produzione dell'effetto traslativo. La comunicazione, inoltre, per avere rilevanza giuridica deve seguire

³⁸¹ Cfr. G. FAUCEGLIA, *Il contratto di factoring nell'esperienza spagnola*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 685 ss.

³⁸² Cfr. A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XII, Padova, 2010, p. 940.

particolari forme. Essa, cioè, deve essere eseguita per mezzo dell'ufficiale giudiziario. Ciò ha fatto sì che, nella prassi, all'istituto della cessione, soprattutto allorquando il trasferimento abbia ad oggetto una molteplicità di diritti di credito, vengono preferiti altri strumenti maggiormente duttili e conformabili alle esigenze di rapidità della pratica degli affari.

In Francia il *factoring* viene, quindi, a realizzarsi attraverso il ricorso alla surrogazione per volontà del creditore (*subrogation personelle*), il quale, ricevuto il pagamento dal terzo, gli permette di subentrare nella posizione soggettiva che egli vantava nei confronti del debitore³⁸³. Al fine di tutelare l'interesse del terzo ed evitare che il debitore possa dirsi liberato con il pagamento nelle mani del cedente, sarà in ogni caso indispensabile che della cessione gliene sia data notizia, anche mediante la mera indicazione nelle fatture. Gli eventuali conflitti tra più cessionari sono infine risolti attraverso la prova – con qualsiasi mezzo – della data della *quittance subrogative*³⁸⁴.

Non ha ottenuto, invece, l'atteso successo l'introduzione nell'ordinamento francese dello strumento previsto dalla legge n. 81-1 del 2 gennaio 1981 sulla *cession de créances professionnelles* (c.d. *Loi Delly*). Con tale normativa si è introdotto un meccanismo semplificato di trasferimento della "proprietà" dei crediti d'impresa in favore di istituti di credito che si caratterizza, particolarmente, per la libertà delle forme utilizzabili per la notificazione al debitore.

Uno strumento del tutto singolare è, infine, previsto nell'ordinamento belga. In esso le società di *factoring* ricorrono alla girata della fattura, la quale è regolata dalla legge del 25 ottobre 1919 come modificata dalla *ordonnance* del 31 marzo 1958. I crediti d'impresa possono, dunque, essere trasferiti – con efficacia anche verso i terzi – mediante la semplice girata della fattura purché quest'ultima sia in regola con i requisiti richiesti dalla legge (devono esservi indicati, nello specifico, la data, il nome del creditore e del debitore, il prezzo della fattura e l'ammontare del credito).

³⁸³ Cfr. E. CALZOLAIO, *op. cit.*, p. 54. Anche la nostra Corte di legittimità ha, talvolta, fatto riferimento alla surrogazione (legale) per spiegare il *factoring*: v. Cass. 6 luglio 2009, n. 15797, in *Dir. giust.*, 2009.

³⁸⁴ Cfr. anche A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *op. cit.*, p. 940 s. i quali rilevano, tuttavia, che la soluzione francese rende « necessaria la scomposizione dell'operazione in una pluralità di operazioni, l'una indipendente dall'altra, in relazione al pagamento di ciascun credito da parte del factor ».

Particolarmente complesse sono le scelte operative utilizzate in Olanda. Con l'entrata in vigore, nel 1992, del nuovo codice civile olandese (il *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek*), non essendo più ammissibile lo strumento della cessione fiduciaria – fino ad allora utilizzata per dare forma alle vicende di *factoring* – si è fatto ricorso allo schema del “pegno senza spossessamento”. Si tratta di uno strumento particolarmente oneroso per via della necessità di utilizzare le forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, tanto che gli operatori, al fine di ottenere un risparmio sui costi, tendono a trascrivere cumulativamente i crediti. Per aggirare i dubbi di legittimità di tale prassi³⁸⁵, alcuni preferiscono, quindi, utilizzare lo schema del trasferimento dei crediti a fini gestori.

Nei sistemi anglosassoni, che non conoscono la distinzione tra diritti reali e diritti di credito (i quali possono essere oggetto di *personal property*³⁸⁶), la cessione del credito avviene attraverso lo strumento giuridico dell'*assignment*³⁸⁷. Qualora esso assuma la forma di *statutory assignment* e, cioè, si realizzi in conformità al *Law of Property Act* del 1925, perché si realizzi l'effetto traslativo sono necessarie la forma scritta del contratto e la notificazione al debitore ceduto. Mancando la comunicazione al debitore, in ogni caso, la cessione acquisterebbe valore giuridico ai sensi dei principi di *equity*³⁸⁸ purché si accertino la volontà di trasferimento e la sussistenza di una *consideration*.

In entrambe le forme di *assignment* il criterio per risolvere il conflitto tra più cessionari si fonda sulla priorità della notifica purché ricorresse la buona fede al momento dell'acquisto.

³⁸⁵ La dottrina olandese vi ravvisa una frode alla legge. Cfr. F. BARZON, *op. cit.*, p.400.

³⁸⁶ La loro cessione, pertanto, comporta anche il pagamento di un'imposta pari all'1% del valore del credito ceduto, secondo le disposizioni dello *Stamp Act 1891*. Tale normativa fiscale non si applica, invece, ai *facultative agreements* che comportano soltanto il sorgere di un'obbligazione di trasferimento ma non una effettiva cessione.

³⁸⁷ Sui motivi per cui il *common law* non ammetteva, in passato, il trasferimento di “*choses in action*” e, cioè, di diritti che potevano essere soddisfatti soltanto attraverso il loro esercizio in giudizio e non per mezzo di una apprensione materiale del bene, cfr. G.H. TREITEL, *op. cit.*, p. 673. Tali diritti, però, proprio per il forte interesse che il commercio evidenziava verso la loro cessione, potevano essere trasferiti secondo i principi dell'*equity*,

³⁸⁸ Tuttavia, a fronte di un *equitable assignment* non è ammesso che il cessionario agisca da solo e in nome e proprio nei confronti del debitore. Egli, pertanto, dovrà necessariamente affidarsi alla cooperazione del creditore originario.

Il sistema inglese dà particolare rilevanza al c.d. *pactum de non cedendo*, e considera nulla la cessione che sia stata posta in essere nonostante l'accordo di incedibilità³⁸⁹.

Una costruzione diversa è stata introdotta, infine, negli Stati Uniti dallo *Uniform Commercial Code*. La cessione dei crediti d'impresa, sia presenti che futuri, oltreoceano assume la natura giuridica di una costituzione di un diritto di garanzia a fronte del finanziamento erogato. Ciò risulta possibile grazie all'assimilazione della titolarità del diritto di credito ad un comune diritto di proprietà su un bene. Ancora una volta, per evitare che il debitore si liberi eseguendo la prestazione nelle mani del creditore originario, è necessario che gli venga notificata la cessione.

Il sistema nordamericano richiede, inoltre, che la cessione sia trascritta in appositi registri affinché essa possa essere opposta ai terzi. La trascrizione risulta peraltro utile per permettere al cedente di ottenere la restituzione del bene o del diritto ceduto attraverso la c.d. *redemption*.

Diversamente dal modello inglese, infine, non è riconosciuta alcuna rilevanza ai patti di incedibilità del credito, dei quali lo *Uniform Commercial Code* sancisce l'invalidità³⁹⁰.

10. Il *factoring* ha conosciuto, soprattutto nei decenni più recenti, una diffusa utilizzazione nel campo delle esportazioni e delle importazioni. Si parla, in tali ipotesi, di *factoring* internazionale. Esso, a ben vedere, non costituisce un aspetto di innovazione in questo tipo di operazioni. Il *factoring*, come si è già avuto modo di precisare, si è sviluppato infatti, nelle sue prime forme, proprio con lo scopo di

³⁸⁹ Si tratta di un principio costantemente affermato dalle corti inglesi a partire dalla sentenza della *Court of Appeal* pronunciata nel caso *Brice v Bannister*, 18 maggio 1878, in (1878) 3 Q.B.D. 569. Il medesimo principio è stato poi ribadito nel caso *United Dominions Trust (commercial) Ltd. v ParkwayMotors Ltd*, 23 maggio 1955, in [1955] 1 W.L.R. 719 9 e dalla decisione *Linden Gardens Trust Ltd. v Lenesta Sludge Disposal Ltd.*, 22 luglio 1993, in [1993] 3 W.L.R. 408.

³⁹⁰Cfr. §2-210: « *Unless the circumstances indicate the contrary, a prohibition of assignment of "the contract" is to be construed as barring only the delegation to the assignee of the assignor's performance* ».

favorire gli scambi commerciali internazionali. Il *factoring* internazionale, quindi, non rappresenta altro che « un ritorno dell'istituto alle origini »³⁹¹.

Più semplicemente, i noti effetti dell'industrializzazione e della globalizzazione hanno, negli ultimi decenni, ravvivato quello che era lo scopo originario dell'istituto: incentivare ed agevolare gli scambi commerciali tra gli Stati, abbattendone i costi ed i rischi e permettendo un'efficiente utilizzo delle risorse finanziarie.

Il *factoring* internazionale può assumere due diverse forme. La prima (rappresentata dal c.d. *import-factoring*), più simile al *factoring* interno che si è descritto nelle pagine precedenti, vede la partecipazione di tre soggetti: il fornitore, il debitore (che ha sede in un diverso Stato rispetto al primo) ed il c.d. *import-factor* (che ha la stessa nazionalità del debitore importatore).

Una struttura più complessa caratterizza, invece, l'*export-factoring*. In tali operazioni si riscontra la partecipazione di due *factors* i quali hanno sede, rispettivamente, nel paese dell'esportatore e nel paese dell'importatore. L'impulso all'operazione è determinato dall'esportatore, il quale è interessato a vendere le proprie merci ad un acquirente straniero. Quest'ultimo, a sua volta, ha necessità di ottenere una dilazione nel pagamento del prezzo. L'esportatore, quindi, si rivolge al *factor* del proprio paese il quale prende i contatti col proprio corrispondente straniero che si impegna a verificare la solvibilità del cliente. L'unico soggetto ad interagire con il *factor* straniero è il *factor* del paese dell'esportatore, il quale si fa promettere dal primo l'acquisto dei crediti che l'esportatore intende concedere all'acquirente. Una volta concluso l'affare, infatti, il fornitore cede i propri crediti al *factor* del paese del fornitore che, in virtù dei precedenti accordi, li trasferisce a sua volta al *factor* straniero. Quest'ultimo, quindi, ne curerà la gestione e l'escussione. Le eventuali anticipazioni sono invece concesse dal *factor* del paese dell'esportatore.

Oltre al fornitore, al debitore e all'*import-factor* prende, dunque, parte all'operazione un quarto soggetto, l'*export-factor*, che ha sede nello stesso Paese dell'esportatore-fornitore. Egli acquista il credito che il fornitore vanta nei confronti dell'importatore e, a sua volta, lo cede all'*import-factor*.

³⁹¹ L'espressione è di A.F. PANZERA, *Brevi note in tema di «factoring» internazionale*, in *La cessione dei crediti d'impresa*, a cura di G. Tatarano, Napoli, 1995, p. 37.

La struttura contrattuale che ne scaturisce è, pertanto, maggiormente complessa rispetto al factoring “domestico”. Ai rapporti di *factoring* che si instaurano, rispettivamente, tra l’esportatore e l’*export-factor* e tra l’importatore e l’*import-factor*, se ne aggiunge, infatti, un terzo tra l’*export-factor* e l’*import-factor* (il c.d. accordo *interfactors*), in virtù del quale il primo trasferisce al secondo i crediti vantati nei confronti dell’importatore e l’*import.factor* si impegna a curarne la gestione e la riscossione presso il debitore e a versare poi le somme ottenute all’*export-factor*.

In verità, possono altresì profilarsi delle operazioni internazionali di *factoring* in cui i soggetti coinvolti sono soltanto il fornitore cedente, l’importatore ceduto e un unico cessionario. In queste ipotesi – che si verificano nei casi in cui il *factor* abbia sede nello stato del creditore cedente – si parla di *direct export factor*; diversamente, e più raramente, può inoltre accadere che il *factor* abbia la medesima nazionalità dell’importatore. In queste ultime circostanze si configura una vicenda di *direct import factor*³⁹².

Viceversa, non costituisce un elemento imprescindibile dell’operazione l’anticipazione dei crediti che, spesso, l’*export-factor* riconosce all’esportatore. È, al contrario, un carattere tipico del *factoring* internazionale (contrariamente a quanto accade nella sua corrispondente forma “interna”) la garanzia di solvenza che assume l’*import-factor* (si parla, in proposito, anche di cessione *pro soluto, without recourse* o senza rivalsa). Le imprese, infatti, soprattutto quando hanno a che fare con clienti stranieri – dei quali non conoscono l’affidabilità – e di fronte, altresì, all’esposizione ai rischi tipici degli scambi transfrontalieri quali sono quelli relativi alla stabilità valutaria e politica, preferiscono riconoscere al *factor* una commissione più elevata pur di assicurarsi la soddisfazione dei crediti.

Spesso, inoltre, l’*export-factor* e l’*import-factor* fanno parte di una medesima *factor chain*, ovvero di una rete di società di *factoring* che hanno sede in

³⁹² Si tratta di un’ipotesi piuttosto insolita che, come osservano A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *Il factoring internazionale, parte I*, in *PiazzettaMonte*, III Trimestre 2011, consultato alla pagina web <http://piazzettamonte.creditmanagementbank.eu/III-Trimestre-2011/Il-Factoring-Internazionale-parte-1>, « si giustifica solo nell’ipotesi in cui il fornitore abbia un numero tale di clienti o di crediti in un Paese estero da risultare vantaggioso l’affidamento di uno specifico incarico per la gestione e l’incasso dei crediti vantati in tale Paese ad un factor ivi operante, diverso da quello che cura la gestione e l’incasso dei crediti interni o dei crediti esteri in Paesi diversi dal primo ».

diversi paesi e che si affiliano al fine di intensificare le collaborazioni ed agevolare la buona riuscita dell'operazione.

Diverse sono le obbligazioni assunte e i servizi resi, rispettivamente, dall'*export-factor* e dall'*import-factor*.

Il primo, sia nell'ipotesi in cui la cessione sia senza rivalsa, ma anche quando essa sia *pro solvendo*, offre al fornitore-cedente delle prestazioni ulteriori, reperendo informazioni sulle capacità commerciali e creditizie dei potenziali clienti e svolgendo attività di consulenza.

Il *factoring* internazionale conosce, in realtà, anche una forma *pro solvendo*, che ammette, cioè, il diritto di rivalsa del *factor* sul cedente. Ciò accade in quelle ipotesi – meno frequenti – in cui il debitore è un'impresa di indubbia solidità economica e di note capacità finanziarie tanto da indurre il cedente ad assumersi il rischio, piuttosto remoto, della sua insolvenza, al fine di beneficiare di una riduzione dei costi determinati dall'attività di intermediazione del *factor*.

Deve, inoltre, osservarsi che non qualunque impresa di esportazioni fa ricorso usuale al *factoring*. I principali contratti, infatti, sono conclusi da imprese di dimensioni medio-piccole. Ciò si spiega se si considera che sono queste ultime ad avere necessità di una collaborazione esterna per reperire informazioni sulla clientela all'estero e per curarne i rapporti economici. Le imprese di dimensioni più elevate, infatti, possono disporre, a questi fini, di un proprio settore organizzativo, esplicitamente dedicato a svolgere quelle funzioni che, in alternativa, sarebbe chiamato a svolgere il *factor*.

Le soluzioni interpretative di cui si è detto a proposito del *factoring* “interno” devono essere riviste a proposito dell'*export-factoring*. In particolare, difficoltà maggiori di quelle evidenziate rispetto al primo impediscono di attribuire all'operazione in parola una funzione di finanziamento, soprattutto per l'assenza – molto spesso – dell'elemento dell'anticipazione³⁹³.

Il principale problema che il *factoring* internazionale solleva riguarda, come per ogni contratto che presenti profili di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico in cui è fatto valere, l'individuazione della legge ad esso applicabile.

³⁹³ Cfr. A. BASSI, *op. cit.*, p. 13.

Le modalità di operatività del *factoring* e la disciplina ad esso applicabile conoscono, come si è avuto modo di vedere, conformazioni diverse presso i vari ordinamenti nazionali. Nonostante in tutti si faccia ricorso allo strumento della cessione del credito (eccezion fatta per la Francia, in cui il *factoring* segue lo schema della surrogazione e il *factor* assume il ruolo di un terzo che paga il debito altrui), diverse sono le regole stabilite perché la cessione possa dirsi valida ed opponibile ai terzi.

Per la validità della cessione (che in Italia, com'è noto, richiede soltanto l'incontro delle volontà delle parti) alcuni ordinamenti richiedono che ne sia data comunicazione al debitore; talvolta è ritenuto a tali fini sufficiente il ricorso a qualunque mezzo, quale la lettera (es. Regno Unito e Germania); talaltra si impone, invece, il ricorso all'intervento dell'ufficiale giudiziario (es. Olanda e Lussemburgo) facendo salva solo l'ipotesi in cui il debitore abbia accettato la cessione. Altrove (es. in Belgio) la cessione si perfeziona con la girata della fattura in originale o in una sua copia autentica; ovvero essa è subordinata alla trascrizione delle scritture contabili (è questo il caso degli Stati Uniti d'America, nei quali, dal 1962 si è aggiunto un ulteriore mezzo, rappresentato dalla comunicazione della cessione).

Di fronte a un tale ventaglio di possibilità normative, il nostro ordinamento ha risolto la questione relativa alla determinazione della legge applicabile, dapprima con la previsione dell'art. 25 disp. prel. c.c. e, quindi, con l'art. 57 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. L'abrogato art. 25 delle preleggi indicava, quali criteri idonei a stabilire la legge nazionale applicabile, quelli individuati, in via subordinata, dalla volontà delle parti, dalla loro comune nazionalità, ovvero, dal luogo di perfezionamento del contratto. Quest'ultimo criterio acquistava valore residuale allorché le parti, oltre a non aver contrattualmente stabilito nulla circa la legge nazionale dal quale il contratto avrebbe dovuto intendersi regolato, avessero altresì fissato la propria sede o la propria residenza in paesi diversi.

Il luogo del perfezionamento del contratto, tuttavia, non è una nozione di carattere materiale, facilmente identificabile, ma dipende dal criterio interpretativo che si intende utilizzare per stabilire il luogo ed il momento in cui il contratto può dirsi concluso. Tale criterio, pertanto, non risultando univoco per qualunque

ordinamento esponeva l'interprete al problema dell'individuazione della legge applicabile.

La legge italiana stabilisce, in proposito, che il luogo di conclusione del contratto deve essere individuato sulla base della *lex fori* e, pertanto, in conformità all'art. 1326 c.c. Tuttavia, non solo non è detto che anche gli ordinamenti stranieri stabiliscano un equivalente criterio³⁹⁴ ma, oltretutto, esso presta il fianco ai problemi che potrebbero sorgere quando il medesimo contratto sia oggetto di molteplici controversie sollevate in ordinamenti giuridici nazionali diversi.

La questione è stata, quindi, affrontata a livello internazionale e ha trovato un punto fermo, quantomeno per i rapporti che intercorrono tra gli Stati che la hanno ratificata, nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali³⁹⁵, la quale è peraltro richiamata, in via generale, dall'art. 57 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema di diritto internazionale privato.

Per quanto riguarda i contratti di *factoring* il riferimento normativo è offerto dall'art. 12 della Convenzione il quale è dettato in materia di cessione dei crediti. In esso è stabilito che « le obbligazioni fra *cedente* e *cessionario* di un credito sono regolate dalla legge che, in forza della [...] convenzione, si applica al contratto tra essi intercorso ». La Convenzione richiama, quali criteri per individuare la legge

³⁹⁴ Si noti, in proposito, che il sistema inglese adotta, quale regola generale, il criterio del momento della spedizione. L'accettazione della proposta si intende perfezionata e il contratto è concluso, nel momento (e nel luogo) in cui viene comunicata al proponente mediante la consegna all'ufficio postale (si tratta della c.d. *posting rule*). Per un approfondimento sulla *ratio* della *posting rule* e per le sue eccezioni cfr. G.H. TREITEL, *op. cit.*, p. 22 ss., il quale riconosce come, a ben vedere, si tratti soltanto di una scelta arbitraria « *little better or worse than its competitors* ».

³⁹⁵ Sulla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, si rimanda a P. MENGOZZI, *Norme di applicazione necessaria e progetto di Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Arch. giur.*, 1979, p. 3 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici; T. TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. trim.*, 1983, p. 25 ss.; E. ZICCARDI, *Disposizioni imperative e ordine pubblico nella Convenzione di Roma del 19 luglio 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Foro pad.*, 1987, II, c. 7 ss.; Per i rapporti della Convenzione con l'ordinamento italiano, v. E. VITTA, *La Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1980, p. 739 ss.; A. GIARDINA, *La Convenzione Comunitaria sulla legge applicabile e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1981, p. 795 ss., nonché AA. VV., *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. 2., Limiti di applicazione: lectio notariorum: atti del Convegno di studi tenuto a Treviso nei giorni 27-28 novembre 1998*, a cura di T. Ballarino, Milano, 1994; AA. VV., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali: atti del Convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 21-22 gennaio 1983*, a cura della Scuola di notariato A. Anselmi di Roma, Milano, 1983.

applicabile al contratto, la volontà delle parti o, in sua mancanza, la legge del paese con il quale il contratto ha il collegamento più stretto.

Il secondo comma della norma prevede, inoltre, un criterio presuntivo, in forza del quale si presume che il contratto abbia un collegamento più stretto con il paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha la propria amministrazione centrale. La medesima norma, infine, interviene a chiarire che la prestazione caratteristica del contratto non può mai coincidere con quella pecuniaria.

Venendo allo specifico contratto in esame, al fine di identificarne la prestazione caratteristica, occorre distinguere tra le due diverse strutture che, come si è detto, possono dare luogo ad un rapporto di *factoring* internazionale.

In un contratto di *import-factoring* deve intendersi, quale prestazione caratteristica, quella dell'*import-factor*. Di conseguenza la legge applicabile al contratto risulterà essere quella del paese in cui il medesimo *import-factor* ha fissato la propria sede. La Convenzione tutela, comunque, la posizione del debitore ceduto che, rimanendo estraneo al rapporto di *factoring* potrebbe risultare pregiudicato se anche il contratto che lo riguarda (e dal quale il credito ceduto è scaturito) fosse soggetto ad un mutamento di disciplina in funzione della nazionalità del cessionario. In proposito l'art. 12, co. 2, stabilisce che i profili che interessano specificamente il debitore (e, in particolare, quelli che attengono alla cedibilità del credito, ai rapporti tra cessionario e debitore, alle condizioni di opponibilità della cessione e al carattere liberatorio della prestazione eseguita dal debitore) continuano ad essere regolati dalla legge che disciplina il credito ceduto. Per tali profili si continuerà, quindi, ad avere riguardo alla legge che regola il contratto dal quale il credito è sorto.

Nell'*export-factoring* i problemi più rilevanti sono, invece, sollevati dal c.d. accordo *interfactors*. Dall'analisi della struttura dell'operazione si è, infatti, rilevato che è proprio questo aspetto ad evidenziare profili di internazionalità, mentre i rapporti tra cedente ed *export-factor*, da un lato, e quelli tra debitore ceduto ed *import-factor*, dall'altro, non sollevano problemi di diritto internazionale privato.

Focalizzando l'attenzione sul rapporto tra i *factors*, quindi, si deve ritenere che tra le prestazioni dei due soggetti debba considerarsi prevalente quella dell'*import-factor*: quest'ultimo, difatti, pone in essere le prestazioni caratteristiche del *factoring* e assume inoltre i rischi maggiori che da esso derivano.

Alla disciplina della Convenzione di Roma cui si è appena fatto cenno, si è aggiunta successivamente la Convenzione di diritto uniforme sul *factoring* internazionale approvata ad Ottawa il 28 maggio 1988³⁹⁶ e ratificata in Italia con la legge 14 luglio 1993, n. 260, la quale rappresenta il risultato di un intenso lavoro stimolato e condotto dall'Unidroit.

Alla Convenzione sul *factoring* internazionale, che si compone di 23 articoli, si è giunti all'esito di un lungo periodo di studio e di confronto. La prima pietra fu posata nel febbraio del 1974 quando, in occasione della 53^a seduta dell'Unidroit fu fatto circolare, insieme ad uno studio sul *factoring* internazionale, un questionario il quale rivelò un positivo interesse in proposito sia da parte degli accademici che da parte dei pratici del diritto. Nel 1978 venne, pertanto, affidata alla direzione dei professori Goode e Sauveplanne una commissione istituita con lo specifico compito di elaborare un progetto di regole uniformi in materia. Quest'ultimo si concretizzò, dapprima, nell'Avan-progetto di legge uniforme del 1983 ed, infine, nel Progetto di Convenzione del 1987.

A differenza della più risalente Convenzione di Roma – che contiene soltanto delle norme di diritto internazionale privato che hanno lo scopo di individuare quale, tra le diverse leggi nazionali, si applichi al contratto per cui sia sorta una controversia – la Convenzione di Ottawa, essendo una convenzione di diritto materiale uniforme, impegna gli Stati che la hanno ratificata a riconoscere, nei rispettivi ordinamenti, il modello normativo elaborato. La disciplina convenzionale, infatti, deve trovare applicazione uniforme assicurando un livello maggiore alla certezza del diritto. Con tale strumento si è voluto ovviare ai limiti imposti dalle

³⁹⁶ La Convenzione, insieme ai lavori preparatori, è pubblicata in UNIDROIT, *Diplomatic Conference for the adoption of the Draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing, Act and Proceedings*, I, Roma, 1991, p. 340 ss. Si veda anche *La Convenzione Unidroit sul factoring internazionale: il testo finale del progetto*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 799 ss. il testo del progetto (dell'aprile 1987) è pubblicato in *Dir. comm. int.*, 1987, p. 718 ss. Sull'esigenza di predisporre un testo sovranazionale e sui limiti che la *lex mercatoria* e gli sviluppi delle prassi commerciali hanno conosciuto in riferimento alla cessione dei crediti, cfr. A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *Il contratto internazionale*, cit., p. 943 s. Gli Autori precisano che « se, infatti, le regole spontanee adottate dagli operatori commerciali hanno prodotto risultati senz'altro positivi in alcuni campi del diritto internazionale (basti pensare alla disciplina dei crediti documentari), esse hanno trovato invece ostacoli impenetrabili allorché hanno tentato di disciplinare la cessione dei crediti. Le norme sul rapporto obbligatorio, sulla novazione o sulla tutela dei terzi in buona fede riposano, infatti, su una tradizione ultracentenaria difficilmente scalfibile dalla semplice prassi ».

Nella stessa occasione venne approvata anche la Convenzione sul *leasing* internazionale, della quale la Convenzione sul *factoring* condivide la struttura. Il primo capitolo di entrambe, infatti, si compone di un primo gruppo di disposizioni dedicate alla delimitazione dell'ambito di applicazione e di un secondo gruppo di norme "generalì".

norme di diritto internazionale privato - considerate fonti di incertezza giuridica e « una remora al commercio internazionale » - oltre che al problema « dell'ignoranza della legge straniera resa applicabile in virtù della “giustizia di diritto internazionale privato” »³⁹⁷.

Al pari della Convenzione di Vienna, la Convenzione di Ottawa riveste, altresì, la natura di convenzione c.d. *self-executing*, la cui applicazione negli ordinamenti interni è, pertanto, immediata e subordinata unicamente alla sua ratifica³⁹⁸. La sua disciplina, dunque, può essere direttamente invocata dalle parti private prevalendo anche sulle eventuali norme contrarie dell'ordinamento interno³⁹⁹.

Per assicurare un ambito maggiore di applicazione essa ha intenzionalmente omesso di affrontare alcuni dei problemi che il *factoring* internazionale solleva, scegliendo di occuparsi soltanto di alcuni dei suoi profili e, in particolare, degli aspetti più strettamente riferibili alla cessione. In particolare, la Convenzione non ha voluto intervenire nei rapporti tra acquirente ed *import-factor* e tra *import-factor* ed *export-factor* (il c.d. accordo *interfactor*)⁴⁰⁰. Nemmeno si è interessata dei problemi di validità del contratto di *factoring* e dei problemi di opponibilità della cessione del credito ai terzi e al fallimento del fornitore cedente⁴⁰¹.

Ciò è accaduto non a causa di una mancanza di interesse su tali questioni da parte dei redattori della Convenzione, bensì al fine di evitare che il consenso delle Parti contraenti venisse meno sull'intera disciplina. Si tratta, invero, di aspetti di particolare importanza per gli Stati e sui quali si era rivelato maggiormente difficoltoso raggiungere un accordo. L'art. 4 della Convenzione ha, pertanto,

³⁹⁷ Così F. FERRARI, *Il Factoring internazionale. Commento alla Convenzione Unidroit sul Factoring internazionale*, Padova, 1999, p.7.

³⁹⁸ La Convenzione di Ottawa è stata siglata da quindici paesi, ma soltanto quattro di essi (Francia, Germania, Italia e Nigeria) l'hanno ratificata. Vi hanno, inoltre, aderito l'Ungheria, la Lettonia e, nel 2006, l'Ucraina, ed è – ad oggi – in vigore in sette stati.

³⁹⁹ Il diritto “domestico”, tuttavia, riacquista rilevanza ogni volta che si tratterà di individuare la norma applicabile a problemi dei quali la convenzione non si è interessata (svolgendo una funzione suppletiva), ma anche in quelle ipotesi in cui le parti abbiano convenuto di escludere l'applicabilità della Convenzione ed attribuendo, allora, al diritto interno una funzione sostitutiva. Per tali aspetti, si veda F. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 13 ss., il quale attribuisce, inoltre, anche una funzione sussidiaria al diritto interno. Ciò è evidenziato nelle ipotesi considerate dall'art. 4, comma 2, che oltre a non essere considerate espressamente dalla Convenzione, non siano neanche suscettibili di essere regolate sulla base dei suoi principi generali. In tali circostanze, quindi, la stessa Convenzione richiama quanto previsto dalla legge interna applicabile in virtù delle norme di diritto internazionale privato.

⁴⁰⁰ La Convenzione lascia liberi i *factors* di regolare i propri rapporti, potendo ricorrere anche ai codici emanati dalle più importanti *factors chain* (ad es. il *Code of International Factoring Customs della Factors-Chain International*).

⁴⁰¹ Cfr. G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., p. 105. Critiche su tali reticenze sono espresse da M. BUSSANI-P. CENDON, *I contratti nuovi*, cit., p. 317.

preferito limitarsi a rinviare – come per ogni aspetto non espressamente regolato – ai « principi generali sui quali la Convenzione si basa o, in mancanza di tali principi, [...] alla legge applicabile in virtù delle norme di diritto internazionale privato ».

Plurimi sono, tuttavia, gli aspetti affrontati dalla Convenzione e che si rivelano interessanti per l'interprete e per la pratica degli affari, ad iniziare dalla nozione di contratto di *factoring* contenuta all'art. 1, n. 2⁴⁰². Esso viene definito come quel contratto concluso fra una parte (il fornitore) ed un'altra (il *factor*), in virtù del quale: a) il fornitore cede⁴⁰³ al *factor* crediti scaturenti da contratti di vendita di beni (e prestazioni di servizi: art. 1, n. 3) intercorsi tra il fornitore ed un suo cliente (debitore), eccettuati quelli relativi a beni acquistati essenzialmente per uso personale, familiare o domestico; b) il *factor* deve svolgere almeno due delle seguenti funzioni: 1) finanziare il fornitore, anche con prestiti ed anticipazioni sul pagamento; 2) tenere la contabilità relativa ai crediti; 3) riscuotere i crediti; 4) tutelare il fornitore contro l'inadempimento del debitore⁴⁰⁴.

⁴⁰² Si badi, in proposito, che la stessa legge n. 52/1991, seppure spesso identificata come disciplinante il factoring, non contiene una definizione di tale contratto al quale, peraltro, neanche fa cenno. Il merito di quella legge è stato, piuttosto, quello di aver stabilito, in ragione delle esigenze sollevate della cessione dei crediti d'impresa, una disciplina speciale rispetto a quella fissata dagli artt. 1260 c.c. ss.

⁴⁰³ Deve essere, in proposito, evidenziato che la Convenzione espressamente riguarda i contratti in forza dei quali « il fornitore può cedere o cederà al cessionario i crediti derivanti da contratti [...] ». La disciplina uniforme trova, pertanto, applicazione non soltanto con riferimento ai contratti ad efficacia reale ma, altresì agli accordi meramente obbligatori, quali il contratto preliminare o il contratto normativo. Sul punto, v. A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *op. cit.*, p. 947. Cfr. anche, in materia di *factoring* interno, Cass., 11 maggio 2007, n. 10833, in *Guida al dir.*, 2007, 27, p. 47 che riconosce la validità di accordi di cessione ad effetti traslativi (ancorché questi possano risultare differiti qualora riguardino crediti non ancora venuti ad esistenza) ma altresì di accordi meramente obbligatori nei casi in cui essi diano luogo ad « una sequenza contrattuale articolata in una convenzione iniziale e in una o più cessioni di credito attuative ». Soltanto con il perfezionamento delle singole cessioni attuative si produrrà l'effetto traslativo.

⁴⁰⁴ Cfr. A. ZACCARIA, *Il factoring internazionale*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 6, il quale osserva come dalle varie combinazioni ne risulta che la Convenzione si applica a ben ventidue diversi modelli di factoring, dei quali non tutti risentirebbero in tale nozione anche secondo il nostro diritto interno, come ad es. la « cessione fiduciaria di crediti attuata a scopo di incasso, accompagnata dall'impegno del cessionario di curare la tenuta dei conti relativa ai crediti »: fattispecie, questa, non rientrante nel concetto «socialmente» diffuso di factoring, che, di norma, presuppone l'anticipazione dell'importo del credito da parte del cessionario ». Cfr., inoltre, G. TUCCI, *Factoring*, cit., 1397, il quale ritiene che proprio la previsione di cui all'art. 1 della Convenzione e, in particolare, l'alternativa di funzioni che possono essere svolte dal *factor*, confermi la natura atipica del factoring. V. anche A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *op. cit.*, p. 947 s., secondo cui la « qualificazione come *factoring* di una operazione in cui il cessionario assuma esclusivamente le funzioni di «tenuta dei conti» e di «incasso dei crediti» » configurerebbe una « fattispecie che in nessun ordinamento nazionale verrebbe qualificata come *factoring* ». *Contra*, R. CLARIZIA, *op. ult. cit.*, p. 19, che osserva come due delle predette attività (tenuta della contabilità e incasso dei crediti) sono tipiche dei rapporti di cessione codicistici. Egli rileva, inoltre, che la convenzione Unidroit, in ragione delle sue finalità di armonizzazione, non è volta a configurare un modello ma, piuttosto, una soluzione di compromesso.

La Convenzione ha, in definitiva, introdotto una propria nozione di *factoring* « molto elastica e poco precisa »⁴⁰⁵, tralasciando le diverse definizioni che di esso sono state date dagli operatori del diritto e dai giuristi dei diversi ordinamenti nazionali. Ne discende che il contratto disciplinato dalla Convenzione di Ottawa non sempre corrisponde al *factoring* di diritto interno e alla sua definizione « sociale tipica »⁴⁰⁶.

Sono invece esclusi dall'ambito di applicazione della Convenzione lo sconto di crediti e le operazioni di *factoring* c.d. *not notification*, in cui non è richiesta la comunicazione dell'avvenuta cessione al debitore⁴⁰⁷. Ciò si desume dalla previsione dell'art. 1, comma 2, lett. c), il quale dispone che la cessione deve essere comunicata al debitore⁴⁰⁸.

L'aver previsto che l'erogazione di prestiti e anticipazioni sia solo una delle possibili modalità nelle quali il *factoring* può esplicarsi risulta particolarmente importante laddove si consideri che in alcuni ordinamenti interni – e, principalmente, in Italia – l'attività di concessione del credito è dalla legge riservata alle banche (ai sensi dell'art. 10 t.u.b.) e agli intermediari finanziari (iscritti all'albo di cui all'art. 106 del medesimo testo normativo). Ciò determina che il *factor* non deve necessariamente avere le qualità appena dette, essendo sufficiente che si tratti di un'impresa di *factoring*, ovvero di un imprenditore che svolga, tra le sue attività principali, almeno due di quelle sopra indicate⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Così, F. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 10; v. anche R. MONACO, *La Convenzione internazionale per i contratti di factoring*, in *Bancaria*, 1989, p. 13.

⁴⁰⁶ In quest'ultimo senso, A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 6.

⁴⁰⁷ In proposito, v. V. CANTELE, *Convenzione Unidroit sul Factoring internazionale. Prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 1159; E. CALZOLAIO, *op. cit.*, p. 133; G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 152; F. MUNARI, *Il factoring internazionale nella Convenzione Unidroit*, in *Dir. comm. intern.*, 1989, p. 461; ma anche C. GARGIULO-E. GIANCOLI, *La cessione del credito sotto la lente Unidroit*, in *Comm. intern.*, 1993, p. 1303, i quali osservano che « tale limitazione si è resa necessaria per evitare che rientrasse nell'ambito della Convenzione l'intero campo delle anticipazioni su crediti ». La Convenzione – a differenza del progetto che richiedeva che la comunicazione al debitore avesse forma scritta – non prende, invece, posizione sul punto. Se ne desume, pertanto, che non si sia voluto richiedere alcuna forma particolare. Così, F. FERRARI, *op. ult. cit.*, cit., p. 43.

⁴⁰⁸ Ugualmente escluse sono le figure atipiche del *forfaiting* e del *confirming*. Con quest'ultima tipologia negoziale – che ha una funzione prevalentemente assicurativa e che è utilizzata per singole forniture implicanti crediti a breve e medio termine – il venditore, a fronte della cessione dei documenti attestanti la spedizione e dei titoli cambiari attestanti il diritto di credito, ottiene il pagamento anticipato del credito da parte dell'istituto di credito. Quest'ultimo, tuttavia, non sopporta il rischio dell'insolvenza del debitore che resta a carico del venditore.

⁴⁰⁹ Cfr. F. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 46, il quale evidenzia come la Convenzione si esprima in termini di “impresa di factoring”. *Contra* V. CANTELE, *op. ult. cit.*, p. 1159, il quale ritiene che possa svolgere l'attività di factoring un qualsiasi imprenditore.

Al fine di assicurare un più ampio margine di consensi da parte degli Stati contraenti la Convenzione ha stabilito che essa non trova applicazione nelle operazioni di *factoring* domestico ma che la sua disciplina si limita a regolare gli scambi aventi carattere di internazionalità. In proposito, l'art. 2, n. 1, stabilisce che il contratto di *factoring* si intende internazionale allorché i crediti oggetto della cessione derivino da una « vendita internazionale » ovvero « da un contratto di vendita di beni tra un fornitore e un debitore, che abbiano la propria sede d'affari in Stati diversi ». A qualificare « di riflesso »⁴¹⁰ il *factoring* come internazionale non è, pertanto – e come di regola accade nei rapporti negoziali di diritto internazionale – (la nazionalità delle parti che hanno concluso) il contratto di *factoring*, bensì, il contratto dal quale i crediti ceduti derivano. Nemmeno è indispensabile che lo scambio dei beni abbia attraversato i confini nazionali, essendo sufficiente che una delle parti (in genere si tratta del debitore-acquirente) abbia la propria sede d'affari in un paese estero.

Il criterio utilizzato coincide, quindi, con quello stabilito dalla Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sui contratti di vendita internazionale di merci, della quale la Convenzione di Ottawa è significativamente considerata da autorevole dottrina la “figlia”⁴¹¹.

Il fatto che la Convenzione di Ottawa abbia ristretto l'ambito della sua applicazione ai contratti dotati del requisito dell'internazionalità non significa, tuttavia, che essa non possa svolgere un ruolo uniformante anche nei singoli ordinamenti interni. L'esistenza di una disciplina comune per gli scambi

⁴¹⁰ L'espressione è di F. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 58.

⁴¹¹ Così G. DE NOVA, *Il progetto Unidroit di convenzione sul factoring internazionale*, in *Dir. comm. intern.*, 1987, p. 716; ID., *Nuovi contratti*, cit., p. 151. La Convenzione di Vienna è stata ratificata in Italia con la legge 11 dicembre 1985, n. 765 ed è entrata in vigore il 1° gennaio 1988. Sui rapporti tra la Convenzione di Vienna e quella di Ottawa cfr., inoltre, F. FERRARI, *L'ambito di applicazione internazionale della Convenzione di Ottawa sul “factoring” internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 204, il quale osserva come le soluzioni interpretative raggiunte per la prima possono essere utilmente utilizzate per l'applicazione della seconda, come, ad es., per dare un contenuto alla nozione di “sede d'affari”, di “vendita” o di “merce”. Il concetto di “vendita”, quindi, viene fatto corrispondere al « contratto in virtù del quale il venditore è obbligato a consegnare i beni, trasferire la proprietà ed eventualmente rilasciare tutti i documenti relativi ad essi, mentre il compratore è obbligato a pagare il prezzo ed a prendere in consegna i beni ». Si dovranno intendere “merci”, ai sensi della Convenzione di Vienna, soltanto i beni mobili corporali (in tal senso P. BERNARDINI, *La compravendita internazionale*, in *Rapporti contrattuali nel diritto internazionale. Lezioni per il corso di Organizzazione Internazionale della LUISS*, tenute da Mirabelli, Carbone et al., Milano, 1991, p. 85; F. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 118), restandone estranei i beni immobili, le opere dell'ingegno, i segni distintivi dell'impresa, ed il c.d. know-how.

transfrontalieri, infatti, può costituire un valido modello di confronto per le future legislazioni nazionali in materia⁴¹².

Perché la Convenzione possa trovare applicazione nei confronti delle parti contraenti l'art. 2, n. 1, richiede inoltre che sussista, alternativamente, una delle seguenti condizioni: *a*) che il fornitore, il debitore e il *factor* abbiano sede in Stati che siano Parti contraenti della Convenzione⁴¹³; *b*) che tanto il contratto originario di vendita (o di prestazione di servizi⁴¹⁴) quanto il contratto di *factoring* siano regolati dalla legge di uno degli Stati contraenti.

Può, altresì, accadere che anche il giudice di uno Stato non contraente si trovi a dover applicare la Convenzione. Ciò avverrà non sulla base delle norme appena menzionate ma quando le regole di diritto internazionale privato vigenti nello Stato facciano rinvio alle norme materiali di uno Stato contraente, tra le quali rientrerà allora, senz'altro, anche la Convenzione di Ottawa⁴¹⁵.

Deve, peraltro, segnalarsi che la previsione normativa ha sollevato plurimi dubbi non soltanto in relazione all'opportunità di una siffatta delimitazione della qualifica di internazionalità del contratto, ma anche con riferimento alla nozione di "sede d'affari".

⁴¹² Cfr. C. GARGIULO-E. GIANCOLI, *op. cit.*, p.1305; F. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 202.

⁴¹³ Il concetto di "Parte contraente" acquista, nell'ambito del factoring internazionale, un'importanza precipua, non soltanto al fine di stabilire entro quali confini spaziali la Convenzione si applica ma, altresì, per individuarne l'efficacia temporale. Per Stato contraente si intende il Paese che non soltanto ha ratificato la Convenzione ma in cui quest'ultima è altresì entrata in vigore in seguito alle formalità e al decorso dei sei mesi di tempo richiesti dall'art. 14. In tal senso F. FERRARI, *Il factoring internazionale*, cit., p. 78. *Contra* E. CALZOLAIO, *op. cit.*, p. 134.

⁴¹⁴ La dottrina si è interessata anche dell'individuazione del contenuto della nozione di "contratto di prestazione di servizi", i quali, sebbene esclusi dalla Convenzione di Vienna, rientrano nella disciplina della Convenzione di Ottawa. Costituiscono, allora, operazioni di factoring internazionale le cessioni di « crediti derivanti da un contratto di fornitura di beni da fabbricare o produrre, in cui la parte che commissiona i beni fornisce una parte sostanziale dei materiali necessari per tale fabbricazione o produzione » o da « contratti [...] nei quali la parte preponderante delle obbligazioni del contraente che fornisce i beni consiste nella fornitura di mano d'opera od altri servizi ». In questo termini F. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 52. Infine i crediti possono sorgere anche da contratti che impegnano ad un mero *facere*, come accade, ad es., nei contratti di trasporto, di assicurazione, di costruzione, di distribuzione e, forse, anche nei contratti bancari.

⁴¹⁵ Cfr. F. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 88; A. ZACCARIA, *Il factoring internazionale*, cit., p. 8. Deve essere rilevato tuttavia che, in virtù dell'applicazione di tali principi, potrebbe incentivarsi il ricorso al c.d. forum shopping, ovvero a quella attività di ricerca della giurisdizione più favorevole agli interessi delle parti. Si è allora osservato che, anche al fine di evitare tali conseguenze negative, perché possa affermarsi l'applicabilità della Convenzione di Ottawa, dovranno in ogni caso sussistere le condizioni richieste dal primo comma del suo art. 2. Ciò in quanto, se, al contrario, si ritenesse sufficiente il requisito dell'internazionalità del contratto di factoring, le parti risulterebbero incentivate a scegliere un determinato foro piuttosto che un altro a seconda delle proprie convenienze. In merito alla limitata efficacia delle convenzioni internazionali in relazione all'obiettivo dell'esclusione del fenomeno del forum shopping, si rinvia a F. FERRARI, «Forum shopping» e diritto contrattuale uniforme, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 575 ss.

La nozione di “internazionalità” adottata dalla Convenzione è, infatti, apparsa a taluno restrittiva, poiché esclude dal suo campo di applicazione tutti i contratti di *factoring*, i quali, benché di per sé qualificati da un qualche aspetto di internazionalità (quali la diversa nazionalità delle parti contraenti o la loro esecuzione in uno Stato estero) non abbiano ad oggetto crediti nascenti da contratti a loro volta “internazionali”. Sotto altro punto di vista, invece, la previsione di internazionalità del *factoring* si è rivelata eccessivamente ampia, giungendo a ricomprendere tutte quelle operazioni di cessione in cui sia l'*export-factor* che l'*import-factor* hanno sede nella medesima nazione. I problemi si evidenzerebbero soprattutto quando, nell'ambito di un'unica cessione in massa di crediti, fossero trasferiti sia crediti “domestici” che crediti “internazionali”, richiamando l'applicazione, nei confronti di un'operazione unitaria, di norme nazionali insieme a quelle della Convenzione, con buona pace per gli obiettivi di uniformazione.

Stabilite, agli artt. 1 e 2, le condizioni di applicabilità della Convenzione, il successivo art. 3 si occupa di un oggetto diametralmente opposto. In esso sono, infatti, regolati i modi di esclusione dell'applicazione della Convenzione medesima. La norma ammette che le parti del contratto di *factoring* – ovvero le parti del contratto di vendita (ma, in tale seconda ipotesi, dovrà esserne allora data conoscenza al *factor*) – possano escludere l'applicabilità della Convenzione, ma precisa che detta esclusione ha validità soltanto qualora riguardi l'intera disciplina della Convenzione e non soltanto alcune sue parti specifiche.

Da tale disposizione risulta, pertanto, la natura dispositiva della Convenzione la quale, benché non ammetta una sua parziale deroga, consente all'autonomia delle parti di escludere *in toto* l'applicazione delle sue norme⁴¹⁶.

Tale esclusione – che potrebbe anche essere implicita⁴¹⁷ – ha effetto, in ogni caso, soltanto quando risulti dall'accordo delle parti, non essendo ammissibile una volontà in tal senso unilateralmente proveniente da una di esse.

La Convenzione prende posizione su un aspetto che, come si è visto, ha a lungo impegnato la dottrina e la giurisprudenza italiane, le quali non sempre sono

⁴¹⁶ Si noti come, in proposito, la Convenzione sul *factoring* internazionale si allontana da quanto previsto nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci, della quale è ammessa la possibilità di escluderne l'applicazione sia nella totalità delle sue disposizioni che soltanto parzialmente.

⁴¹⁷ È concorde F. FERRARI, *Il factoring internazionale*, cit. , p. 96 ss., il quale tuttavia ribadisce che « occorre una certa cautela nel dedurla dalle dichiarazioni o dai comportamenti delle parti ».

pervenute alle medesime conclusioni. Si tratta dei modi secondo cui la cessione deve essere comunicata al debitore. L'art. 1, ai nn. 2, lett. c) e 4, stabilisce che tale comunicazione deve essere effettuata in forma scritta e deve consentire l'identificazione del soggetto da cui promana. La norma non richiede invece particolari formalità consentendo, pertanto, che essa avvenga anche mediante raccomandata, telefax, etc. L'art. 1, n. 4, lett. c) stabilisce, inoltre, che la comunicazione abbia carattere recettizio. Essa, quindi, non produce effetti finché non sia pervenuta al suo destinatario.

La parte più importante della Convenzione è rappresentata dal capitolo II (artt. da 5 a 10) che disciplina i « Diritti e doveri delle parti ».

L'art. 5, n. 1, ammette la validità della cessione di crediti futuri. La norma, infatti, non richiede che i crediti ceduti siano singolarmente specificati, accontentandosi della circostanza che essi possano essere individuati.

La norma, nella sua traduzione italiana, esige che i crediti siano « riferibili al contratto ». A fronte all'oscurità del significato di tale espressione, può però ricorrersi alla sua versione inglese dalla quale appare più verosimile che si sia voluto far dipendere la validità della cessione di crediti futuri dalla loro precisa individuazione nel contratto. Cioè a dire che i crediti che siano sorti successivamente al contratto di *factoring* potranno intendersi automaticamente ceduti (al momento della loro venuta ad esistenza) al cessionario soltanto laddove risulti che essi rientrano nella massa determinata di crediti che ha costituito l'oggetto della cessione⁴¹⁸.

Nonostante la stretta vicinanza con la previsione contenuta nella legge n. 52 del 1991 – secondo cui la cessione può riguardare crediti sia esistenti che futuri ed anche in massa – l'oggetto del *factoring* internazionale non si sovrappone totalmente a quello della normativa italiana. Quest'ultima infatti si riferisce soltanto ai crediti che, benché non ancora sorti al momento della conclusione del contratto traslativo, siano destinati a venire ad esistenza entro i successivi a ventiquattro mesi⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Così anche A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *op. ult. cit.*, p. 956 s.

⁴¹⁹ Cfr. A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 9. V., inoltre, A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *op. ult. cit.*, p. 942 i quali sottolineano come normativa italiana sia stata introdotta « allo scopo di scongiurare la possibile nullità del contratto di factoring in ragione di una asserita indeterminatezza dell'oggetto, con riguardo alla cessione in massa di crediti futuri, patologia che è stata evitata a fronte del rispetto del

Il n. 2 dello stesso articolo, invece, prevedendo che il trasferimento dei crediti si realizzi automaticamente, al momento del loro sorgere (qualora siano crediti futuri), prende implicitamente posizione sulla natura giuridica dell'operazione escludendo che possa trattarsi di un contratto preliminare o di un contratto quadro.

In riferimento ad eventuali patti di incedibilità dei crediti conclusi tra il fornitore e il debitore, l'art. 6 stabilisce che essi non hanno efficacia nei confronti del debitore, qualora quest'ultimo appartenga ad uno degli Stati che hanno formulato una riserva nei confronti della norma ai sensi dell'art. 18.

La norma ha conosciuto, prima della sua approvazione, un forte contrasto tra i compilatori del testo preliminare. La primitiva intenzione del gruppo di studio del 1982 era, infatti, quella di inserire una disciplina piuttosto vicina a quella adottata dallo *Uniform Commercial Code* statunitense il quale, come si è già avuto modo di ricordare, rende inopponibile al *factor* l'eventuale patto di incedibilità concluso tra il creditore e il debitore⁴²⁰. A tale soluzione, tuttavia, si opponeva chi vi ravvisava una grave lesione del principio generale di autonomia delle parti riuscendo a far approvare una soluzione di compromesso. La norma che ne è scaturita prevede, quindi, che il *pactum de non cedendo*, sia valido ed efficace tra le parti ma – allo stesso tempo – sia inopponibile al cessionario. Per questa via si è riuscito a tutelare, da un lato, l'affidamento del *factor* e, dall'altro, la fondamentale esigenza di certezza dei traffici giuridici.

Non si tratta, tuttavia, di una soluzione definitiva e standardizzata. Il quadro descritto risulta, infatti, complicato dalla previsione dell'attribuzione agli Stati aderenti della possibilità, in sede di ratifica, di adottare una modifica sul punto. E di tale facoltà si sono avvalsi (tra gli attuali sette Paesi aderenti) la Francia e la Lettonia. Nei rispettivi ordinamenti, pertanto, il patto di incedibilità mantiene efficacia e la cessione disposta in sua violazione non sarà opponibile al debitore il quale « al momento della conclusione del contratto di vendita di merci, abbia la propria sede di

doppio requisito della individuazione nominativa dei debitori e della conclusione dei contratti, da cui sorgeranno i crediti ceduti, entro il limite temporale di 24 mesi ».

⁴²⁰ I sostenitori della soluzione descritta osservavano che una norma analoga a quella contenuta nell'UCC avrebbe senz'altro favorito il ricorso alla figura contrattuale del *factoring*. Si osservava, infatti, che è prassi diffusa tra le grandi imprese committenti inserire, nei contratti stipulati con le imprese fornitrici (soprattutto quando queste hanno dimensioni medio-piccole e una conseguentemente ridotta forza contrattuale), delle clausole di incedibilità dei crediti. Conseguentemente si sarebbe creato un regime maggiormente favorevole alle grandi imprese a tutto svantaggio dei piccoli imprenditori ai quali risultava precluso l'accesso al finanziamento tramite il *factoring*. Sul punto, v. A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *op. ult. cit.*, p. 954.

affari in uno Stato contraente che abbia fatto la dichiarazione prevista dall'art. 18 della convenzione ».

L'art. 7 ammette, inoltre, che con la cessione del credito siano ceduti anche i diritti di garanzia ad esso accessori, nonché la riserva della proprietà. La norma si riferisce a « tutti o parte dei diritti del fornitore derivanti dal contratto di vendita di merci, incluso il beneficio di ogni disposizione del contratto di vendita di merci che riservi al fornitore la proprietà delle merci o conferisca allo stesso ogni altra garanzia ».

Si noti che la disposizione riconosce alle parti la possibilità di disporre il trasferimento direttamente nel contratto di *factoring* oppure, in alternativa, in un separato e successivo contratto, rimandando, di conseguenza, il relativo effetto traslativo⁴²¹.

Il successivo art. 8 stabilisce le condizioni la cui sussistenza (la dizione « se e solo se » non lascia adito a dubbi) permette al debitore di liberarsi della prestazione eseguendola in favore del cessionario. È richiesto, in particolare, che il cedente (o anche il *factor* qualora sia stato in proposito incaricato dal fornitore) abbia dato comunicazione scritta⁴²² al debitore dalla quale si evinano i crediti oggetto della cessione e il soggetto cessionario. L'identificazione dei diritti oggetto di cessione deve essere eseguita « in modo ragionevole »⁴²³.

Al requisito della comunicazione appena descritto deve, inoltre, accompagnarsi un ulteriore presupposto. Pur sussistendo la predetta informativa, infatti, il debitore che paghi al *factor* non sarà liberato qualora si dimostri che egli era a conoscenza dell'esistenza di un diritto prioritario. La dizione della norma risulta piuttosto vaga e appare inevitabile che, per l'individuazione in concreto di eventuali « diritti prioritari », dovrà farsi applicazione della legge nazionale richiamata dalle norme di diritto internazionale privato applicabili dal giudice competente. Senz'altro,

⁴²¹ Cfr. A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *op. ult. cit.*, p. 957 s., i quali segnalano come la previsione acquisti notevole utilità qualora, ad esempio, il contratto di vendita riservi la proprietà al fornitore per tutta la durata della dilazione di pagamento. In simili circostanze, infatti, il *factor* potrebbe non essere interessato ad un trasferimento automatico di diritti che potrebbero risolversi in onerose assunzioni di responsabilità.

⁴²² La norma non indica degli specifici mezzi di comunicazione e deve, pertanto, ritenersi che, una volta che sia soddisfatta la forma scritta, qualunque mezzo di trasmissione sia valido.

⁴²³ Non sembra, pertanto, necessaria quella specificità che, invece, l'art. 5 richiede ai fini della validità della cessione la specifica indicazione dei crediti che ne formano oggetto o, in subordine, una loro "riferibilità" al contratto. Si veda, inoltre, quanto evidenziato *supra* sul significato da attribuire alla norma contenuta nell'art. 5.

però, può riconoscersi nella disposizione la volontà dei redattori del testo di non riconoscere efficacia all'eventuale mala fede del debitore⁴²⁴.

Al fine di garantire al debitore ceduto la stessa tutela che gli sarebbe derivata dal contratto di fornitura originario, l'art. 9 stabilisce che egli potrà far valere nei confronti del *factor* tutte le eccezioni (la norma si riferisce a « tutti i mezzi di difesa ») che avrebbe potuto opporre al fornitore in virtù del contratto originario. Anche questa norma, riferendosi genericamente ai “mezzi di difesa” ha sollevato aspri dibattiti tra gli interpreti. Non è, infatti, chiaro se essi comprendano anche qualsiasi eccezione derivante dal contratto di fornitura – comprese le azioni volte a far accertare l'invalidità del negozio - o se, invece, l'espressione si riferisca soltanto ai rimedi esperibili di fronte all'inadempimento o agli altri difetti funzionali del sinallagma⁴²⁵.

Il secondo comma della norma disciplina con maggiore specificità l'opponibilità dell'eccezione di compensazione. Il debitore può opporre tutti i diritti (la norma prevede, in verità, la possibilità di esercitare le relative « azioni in compensazione ») che vanta nei confronti del fornitore cedente, purché si tratti di diritti già sorti al momento in cui gli è stata comunicata, in conformità del predetto art. 8, la cessione. Ne risulta, pertanto, un duplice limite, di natura soggettiva⁴²⁶ e temporale, posto a tutela dell'affidamento del *factor* e a tutto vantaggio delle esigenze di certezza giuridica.

A favore del *factor* e a tutela del suo affidamento si rivela anche il successivo art. 10, il quale dispone che, qualora il fornitore si dimostri parzialmente o totalmente inadempiente, il debitore non può agire, di regola, nei confronti del *factor* se dispone di un'azione esperibile nei confronti del fornitore inadempiente.

La medesima disposizione, tuttavia, prevede che, qualora ricorrano delle specifiche ipotesi eccezionali, sarà, comunque, ammessa l'azione del debitore ceduto nei confronti del cessionario al fine di ripetere la somma corrisposta. Si tratta dei casi in cui: a) il *factor* abbia omesso di versare al fornitore le somme ricevute dal

⁴²⁴ La norma non introduce espressamente la categoria della buona fede, ma appare evidente che i compilatori del testo della Convenzione hanno senz'altro voluto farvi un implicito riferimento. Sulle discussioni che hanno impegnato gli esperti, in sede di compilazione del testo, a proposito dell'opportunità di richiamare espressamente i principi di buona fede e correttezza, si rimanda a quanto si dirà *infra*.

⁴²⁵ Cfr. A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *op. ult. cit.*, p. 960.

⁴²⁶ Inammissibile risulta, dunque, l'eccezione di diritti che il debitore vanti nei confronti di soggetti terzi, ancorché abbiano preso parte al contratto di fornitura e/o all'operazione di *factoring*.

debitore; ovvero, *b*) il *factor* abbia riscosso tali somme pur essendo a conoscenza dell'inadempimento – o dell'inesatto adempimento – del fornitore.

Ancora una volta risulta sanzionato l'eventuale comportamento in mala fede di una delle parti. Nello specifico, del *factor* che abbia richiesto il pagamento nonostante la consapevolezza dell'inadempimento o che abbia omesso il versamento delle somme dovute al fornitore. In tali circostanze, dunque, l'inadempimento del cedente acquista rilevanza anche nei rapporti tra debitore e *factor* nei confronti del quale sarà ammessa l'azione diretta alla ripetizione del pagamento già eseguito⁴²⁷.

Il terzo capitolo della Convenzione ha ad oggetto le « cessioni successive » (si tratta delle operazioni di c.d. *refactoring*) che derivano dai c.d. accordi *interfactors*. Nell'intento di limitare nella misura maggiore possibile il suo intervento in tale ambito, la Convenzione ha dedicato alla materia soltanto due articoli. Essi richiamano l'applicazione degli artt. da 5 a 7 e – purché l'ulteriore cessionario sia un *factor* – anche gli artt. da 8 a 10. Il contratto di *factoring*, tuttavia, può vietare che la disciplina della Convenzione si applichi a detti rapporti.

Nonostante l'indubbia utilità dell'introduzione della Convenzione di Ottawa nella regolamentazione internazionale del *factoring*, non possono essere taciuti i suoi – plurimi – aspetti negativi.

In primo luogo, deve essere rilevato come essa – così come accade con ogni convenzione di diritto uniforme – abbia inciso nell'incremento del numero delle fonti normative. Ciò appare ancor più evidente se si considera che, prima della sua introduzione, in Italia esistevano già due discipline diverse della cessione dei crediti, quella codicistica e quella inserita nella legge n. 52 del 1991⁴²⁸. Una siffatta moltiplicazione delle norme comporta inevitabilmente problemi di coordinamento e di « delimitazione dei rispettivi ambiti di applicazione »⁴²⁹ tra la disciplina interna e quella internazionale.

⁴²⁷ Qualora, invece, non fosse già stato eseguito il pagamento, risulta evidente che l'art. 9 (opportunosamente richiamato dal primo comma dell'art. 10) consente al debitore di opporre l'inadempimento anche al cessionario. Per le concrete condizioni di esercizio delle azioni, infine, occorrerà fare riferimento, in mancanza di una previsione esplicita nel testo della Convenzione, alle norme di diritto sostanziale di volta in volta applicabili secondo il diritto internazionale privato.

⁴²⁸ Cfr., in proposito, G. TUCCI, *Factoring*, cit., p. 527

⁴²⁹ Cfr. F. FERRARI, *Il Factoring internazionale*, cit., p. 8. Il problema, come si dirà, risulta tutt'altro che arginato dall'approvazione, nel 2001, della Convenzione Uncitral sulla cessione dei crediti nei commerci internazionali.

Tale aspetto, inoltre, viene ad essere sottolineato dalla consueta non esaustività delle convenzioni di diritto internazionale uniforme che – come si è evidenziato anche a proposito di quella sul *factoring* -, al fine di ottenere un ampio consenso dagli Stati, si limitano a introdurre regole comuni soltanto per alcuni dei problemi che la materia solleva e, principalmente, per quelli di più agevole soluzione.

Infine, ogni Convenzione di diritto uniforme richiede – affinché possa dirsi effettivamente raggiunto l'obiettivo dell'armonizzazione – oltre alla sua approvazione ed alla sua ratifica nei singoli Stati, un ulteriore sforzo di non poco conto. Essa, infatti, dovrà essere interpretata e applicata in modo uniforme⁴³⁰. Un tentativo di superamento di tale difficoltà è stato previsto nella stessa Convenzione di Ottawa, la quale all'art. 4 dispone che, per l'interpretazione di essa, si abbia riguardo « al suo oggetto, ai suoi obiettivi così come sanciti nel preambolo, al suo carattere internazionale ed all'esigenza di promuovere l'uniformità della sua applicazione così come di assicurare l'osservanza della buona fede nel commercio internazionale ».

Pare, tuttavia, piuttosto difficile riuscire a illudersi che le notevoli lacune normative lasciate dalla Convenzione potranno essere comodamente soddisfatte attraverso l'applicazione dei principi generali. Si tratta, infatti, di profili particolarmente ostici, quali quelli relativi alle condizioni di validità del contratto, alla soluzione dei conflitti tra più cessionari nonché ai conflitti tra il cessionario e i creditori del cedente o, nei casi più gravi, al fallimento. Nemmeno, come si è già detto, sono affrontati i temi relativi ai rapporti tra *factors* e alle eventuali ripercussioni sul contratto di cessione della risoluzione del rapporto contrattuale principale. Messo di fronte a tali circostanze, quindi, l'interprete sarà inevitabilmente chiamato – nonostante le predette logiche dell'uniformazione ma, comunque, in adesione a quanto dispone l'art. 4, comma 2, della Convenzione – a ricorrere alle norme di diritto internazionale privato per individuare la norma nazionale applicabile.

⁴³⁰ F. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 24 s, rileva come – nonostante nel preambolo della Convenzione l'obiettivo rappresentato dallo sviluppo del commercio internazionale – la mera introduzione di norme uniformi non possa essere assimilata all'istituzione di un diritto uniforme. Ulteriormente interessante si rivela l'osservazione di A.FRIGNANI-M. TORSELLO, *op. ult. cit.*, p. 951, nt. 82. secondo i quali il riferimento all'obiettivo dell'applicazione uniforme della Convenzione richiede che sia necessariamente « valorizza[ta] la giurisprudenza straniera per attribuirle il valore di precedente persuasivo ».

11. Alla Convenzione Unidroit di Ottawa si è, nel 2001, aggiunta la Convenzione Uncitral, firmata a New York il 12 dicembre 2001 – dal Lussemburgo, il Madagascar e gli Stati Uniti – ma ratificata, ad oggi, soltanto dalla Liberia e, pertanto, non ancora in vigore. Oltre alle varie discipline nazionali già descritte, pertanto, ad una prima convenzione di diritto internazionale se ne affianca una seconda, inasprando quello che già poteva essere definito un vero e proprio « “ingorgo” legislativo »⁴³¹.

Con l'acronimo UNCITRAL ci si riferisce alla "*United Nation Commission of International Trade Law*". Si tratta di una commissione permanente istituita nel 1966 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Essa ha sede a Vienna⁴³² e attualmente vi partecipano 60 Stati. Il suo obiettivo è quello di armonizzare il diritto commerciale internazionale sia attraverso la promozione della cooperazione tra Stati che mediante l'adozione di norme giuridiche comuni (l'esempio più noto è senza dubbio la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1980)⁴³³.

Le intenzioni di uniformazione risultano, tuttavia, spesso disilluse dalla concreta opposizione degli Stati alla stessa ratifica delle convenzioni approvate. Ad esse vengono affiancati, perciò, altri strumenti, meno vincolanti e più facilmente

⁴³¹ Cfr. A. FRIGNANI-M. TORCELLO, *Il factoring internazionale: la Convenzione Uncitral del 2001 – Parte III*, pubblicato sulla pagina web <http://piazzettamonte.creditmanagementbank.eu/I-II-Trimestre-2012/IL-FACTORING-INTERNAZIONALE-LA-CONVENZIONE-UNCITRAL-DEL-2001---PARTE-III>, i quali, peraltro notano come, l'avvio dei lavori preparatori, iniziati ancora prima dell'entrata in vigore della Convenzione dell'Unidroit abbiano determinato un forte rallentamento delle ratifiche di quest'ultima. Né, com'è evidente, la definitiva approvazione ha prodotto un vivace accoglimento della Convenzione del 2001 che, a distanza di dodici anni, non è potuta ancora entrare in vigore per la mancanza del numero minimo (cinque) delle ratifiche necessarie. Per ulteriori commenti sulla Convenzione Uncitral cfr. A. FRIGNANI, *Factoring e cessione dei crediti in campo internazionale: la nuova Convenzione Uncitral*, in AA.VV., *Factoring, Regolamentazione, mercato e gestione*, a cura di A. Carretta, Trento, 2009, p. 108 ss. il quale sottolinea che « quella che si ripresenta quindi oggi è una situazione analoga a quella verificatasi, in materia di vendita internazionale, con la Convenzione de L'Aja del 1964, letteralmente spazzata via da quella di Vienna del 1980 ». La Convenzione è stata, inoltre criticata per aver inserito, all'interno del testo e a fianco a norme di diritto sostanziale, anche norme di diritto internazionale privato oltre che per aver statuito, con una disposizione che può essere tacciata di arroganza, la sua prevalenza sulle eventuali disposizioni confliggenti della convenzione Unidroit.

⁴³² I lavori dell'Uncitral si svolgono attraverso una sessione plenaria annuale – che si tiene, ad anni alterni, a Vienna e a New York – e, ad un livello più basso, attraverso i gruppi di lavoro intergovernativi.

⁴³³ In argomento, S. FERRERI, voce *Uncitral*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1997, XV, app., p. 558 ss.

adattabili alle esigenze dei pratici. Per questa via si spiegano, quindi, i “modelli di legge” che funzionano da criteri ispiratori per i legislatori nazionali. Questi ultimi non sono vincolati al testo approvato in sede internazionale e possono, al contrario, liberamente modificarlo e adattarlo ai principi e alle esigenze dell’ordinamento giuridico nel quale dovrà essere inserito. In una diversa prospettiva si collocano, invece, le “regole uniformi” che sono direttamente rivolte ai pratici degli affari i quali potranno inserirle all’interno dei testi contrattuali. Infine, un cenno merita il c.d. C.L.O.U.T. (il *Case Law of Uncitral Texts*) che raccoglie, a livello internazionale, i casi giudiziari in cui hanno trovato applicazione i testi normativi emanati dall’Uncitral.

La Convenzione delle Nazioni Unite si compone di sei capitoli – che ne raccolgono i 47 articoli – oltre ad un allegato che contiene le norme di attuazione. Il principale obiettivo che le Nazioni Unite hanno inteso raggiungere, attraverso la facilitazione degli scambi di beni e servizi transfrontalieri, è rivolto alla promozione – mediante l’imposizione di norme che riducessero l’incertezza giuridica – della disponibilità di capitale e credito tra Stati. Da una parte, quindi, si è riconosciuta la libera trasferibilità di crediti, ancorché futuri o in massa, rimuovendo le eventuali limitazioni derivanti dai contratti o dalle leggi nazionali. Dall’altro lato, la Convenzione ha dettato delle norme utili a individuare la legge applicabile nelle ipotesi di conflitto tra successivi cessionari, tra il cessionario e i creditori del cedente o tra il cessionario e il curatore del fallimento del cedente medesimo.

Un gran numero delle disposizioni contenute nella Convenzione Uncitral possiede un contenuto del tutto analogo a quelle già raccolte nella Convenzione dell’Unidroit⁴³⁴. Deve, tuttavia, notarsi che esse trovano un ambito di applicazione maggiore. La Convenzione di New York, infatti, non limita l’oggetto delle sue disposizioni al *factoring* ma lo estende a qualsiasi operazione che realizzi una cessione di crediti (sia che derivino dagli scambi commerciali, sia che derivino da un contratto di mutuo, da un contratto di credito ai consumatori o che si tratti di crediti sovrani) purché siano presenti dei caratteri di internazionalità (art. 1)⁴³⁵.

⁴³⁴ Cfr. A. FRIGNANI, *Factoring e cessione dei crediti in campo internazionale*, cit., p. 108, il quale osserva come, tuttavia, « la tecnica redazionale dell’Unidroit, a detta di molti, sia migliore di quella Uncitral ».

⁴³⁵ Eloquente è, sul punto, la *Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*, p. 31, pubblicata sulla

L'elemento comune a tutte le operazioni considerate dalla Convenzione è il trasferimento (« *assignment* ») di « *receivables* ». Questi ultimi sono qualificati dalla medesima Convenzione come « *contractual right[s] to payment of a monetary sum* ». Deve inoltre notarsi che tra queste operazioni di trasferimento di crediti rientrano espressamente le « *traditional financing techniques relating to trade receivables, such asset-based financing, factoring and forfaiting* ».

Diversamente dalla Convenzione Unidroit, peraltro, la Convenzione Uncitral ha ad oggetto non soltanto crediti derivanti da contratti di vendita tra soggetti aventi sede in stati differenti ma riguarda, altresì, la cessione tra soggetti aventi sede in stati diversi di crediti derivanti da un contratto “interno”⁴³⁶. Sul punto appare eloquente l'art. 3 il quale, dettando la definizione di « *internationality* » dispone che « *a receivable is international if, at the time of conclusion of the original contract, the assignor and the debtor are located in different States. An assignment is international if, at the time of conclusion of the contract of assignment, the assignor and the assignee are located in different States* ».

La Convenzione riconosce, tuttavia, due ipotesi di deroga. La prima riguarda il caso in cui uno stesso diritto di credito sia fatto oggetto di più cessioni. Per garantire uniformità nella disciplina applicabile è previsto che le norme della Convenzione disciplinino anche le cessioni successive le quali, benché prive del carattere dell'internazionalità, siano state precedute da almeno un negozio di trasferimento rientrante nell'ambito della Convenzione.

La seconda fattispecie di deroga è relativa ai conflitti sorti tra due o più successivi cessionari di un credito “domestico”. Ancorché uno solo dei trasferimenti abbia avuto carattere di internazionalità – stante la diversa nazionalità del cedente e del cessionario – la Convenzione e, in particolare, le norme sulla risoluzione del conflitto tra cessionari, troveranno applicazione anche riguardo agli altri cessionari “connazionali” del cedente. Solo per questa via, del resto, può essere assicurata quella certezza giuridica che costituisce l'obiettivo primario della Convenzione.

pagina web <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/receivables/ctc-assignment-convention-e.pdf>.

⁴³⁶ Cfr. Art. 1: « *This Convention applies to: (a) Assignments of international receivables and to international assignments of receivables as defined in this chapter, if, at the time of conclusion of the contract of assignment, the assignor is located in a Contracting State; and (b) Subsequent assignments, provided that any prior assignment is governed by this Convention* ».

In verità, la norma non parla di “sede” dei soggetti per individuarne la nazionalità. Il criterio per stabilire se sussista il criterio dell'internazionalità è demandato, come specifica l'art. 5, lett. h), al « *place of business* ». La medesima disposizione chiarisce inoltre che, qualora i soggetti abbiano più sedi operative, dovrà farsi riferimento, per il creditore, al luogo nel quale egli ha la « *central administration* », mentre, relativamente al debitore, risulterà determinante il luogo con il quale il contratto originario ha il collegamento più stretto. Infine, e in via meramente residuale, soccorre infine il criterio della « *habitual residence* ».

L'art. 4 elenca, invece, una pluralità di vicende traslative che restano escluse dall'ambito applicativo della Convenzione. In particolare, si tratta di trasferimenti disposti per ragioni personali o familiari oppure in occasione di un trasferimento d'azienda, nonché delle cessioni di credito derivanti da transazioni in mercati regolamentati, da accordi di pagamenti interbancari, da depositi bancari e da lettere di credito o da garanzie autonome.

Come si è anticipato la disciplina adottata dalla Convenzione Uncitral è, per molti versi, analoga a quella già introdotta dalla Convenzione Unidroit. Tra le norme che particolarmente si allontanano dalle previsioni già analizzate a proposito della Convenzione Unidroit occorre segnalare l'art. 6 il quale non consente alle parti di escluderne l'applicazione. L'esercizio dell'autonomia privata può, infatti, derogare alle norme della Convenzione ma non sono ammessi accordi che limitino i diritti riconosciuti ai terzi né è consentito al debitore di rinunciare ai propri.

La Convenzione non prende posizione sulla forma richiesta per la validità del contratto di trasferimento. Ciò si giustifica con i forti contrasti che, in materia, hanno animato i lavori di discussione e che non hanno permesso di raggiungere una soluzione condivisa. Il problema deve quindi essere risolto attraverso le norme di diritto internazionale privato direttamente disposte dalla Convenzione. Per l'opponibilità del trasferimento al debitore e ai terzi, invece, si fa rinvio alla legge nazionale del cedente (art. 22).

Relativamente ai diritti accessori, inoltre, la convenzione dispone che essi, salvo casi eccezionali, seguono le vicende che interessano il diritto principale. Si tratta di una norma piuttosto discutibile. Non sempre, infatti, il cessionario potrebbe essere interessato a farsi carico di ulteriori posizioni soggettive che non attengono

direttamente al rapporto di credito e che lo potrebbero esporre ad ulteriori azioni ed eccezioni da parte del debitore.

Anche la Convenzione Uncitral percorre la strada dell'inopponibilità al cessionario degli eventuali *pacta de non cedendo* stipulati tra il cedente e il ceduto (art. 9)⁴³⁷. Non è invece ripetuta la norma contenuta in proposito nella Convenzione Unidroit e, pertanto, sembra che il divieto di incedibilità non sia opponibile al cessionario neanche quando risulti la sua mala fede e, quindi, che egli ne era a conoscenza⁴³⁸.

L'art. 12 ha ad oggetto le garanzie gravanti sul cedente. Dal contratto traslativo del credito deriva, infatti, l'assunzione della garanzia da parte del cedente circa la sua capacità di disporre del diritto, di non averlo precedentemente trasferito ad altri e di non avere conoscenza di eventuali eccezioni che il debitore potrebbe opporre al cessionario per rifiutare l'adempimento. In ogni caso, la norma ribadisce che – salvo che le parti abbiano stabilito diversamente – il cedente non risponde dell'inadempimento e la cessione deve, pertanto, considerarsi *pro soluto*.

Con riguardo invece, alle modalità del pagamento da parte del debitore, egli risulta liberato se paga al creditore originario salvo che gli sia stata notificata la cessione. La notifica può essere validamente eseguita sia dal cedente che dal cessionario⁴³⁹ ma è essenziale che rivesta forma scritta e che sia compiuta in una lingua che è ragionevole aspettarsi che sia conosciuta dal debitore o, comunque, nella medesima lingua del contratto da cui il credito ceduto è sorto.

Nell'intenzione di dare massima tutela all'esigenza di certezza dei traffici giuridici e nella consapevolezza della difficoltà di provare ciò che un soggetto ha conosciuto o avrebbe potuto conoscere, la Convenzione non riconosce alcuna rilevanza alla circostanza che il debitore abbia avuto conoscenza o abbia potuto avere conoscenza, prima della ricezione della notificazione, di una preventiva cessione.

⁴³⁷ È chiaro che il cedente potrà comunque essere chiamato a rispondere dell'inadempimento del patto nei confronti del ceduto secondo le consuete norme di responsabilità contrattuale.

⁴³⁸ In questo senso si esprime anche la *Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*, cit., p. 35, che spiega come « *the Convention narrows its scope by providing that mere knowledge of the anti-assignment, on the part of the assignee that is not a party to the agreement, does not constitute sufficient ground for liability of the assignee for the breach of the agreement* ».

⁴³⁹ Qualora la notificazione sia eseguita dal cessionario è, tuttavia, richiesto che sia data prova « adeguata » del trasferimento, affinché il debitore sia sollevato dal rischio di pagare nelle mani di un soggetto terzo non legittimato a ricevere la prestazione.

In occasione della notificazione – ma anche con atto separato – potranno anche essere specificate le concrete modalità ed eventuali nuove istruzioni che – salvo che gliene rendano più difficoltosa l'esecuzione – il debitore dovrà osservare per il pagamento⁴⁴⁰. Nel caso sussista un contrasto tra le istruzioni successivamente ricevute, il debitore dovrà fare riferimento alle ultime ricevute.

Qualora al debitore siano notificate plurime cessioni del medesimo credito da parte dello stesso cedente, egli sarà liberato dalla prestazione eseguendo il pagamento in favore del primo cessionario. Diversamente, quando gli siano notificate più cessioni successive, sarà tenuto a pagare in favore del soggetto indicato nell'ultima notificazione ricevuta.

La Convenzione, invece, non intende agevolare la prassi – svantaggiosa per il debitore – mediante la quale il cedente scompone il credito in più diritti autonomamente cedibili. Ciò, com'è evidente, comporterebbe un aggravio della posizione del debitore che sarebbe tenuto ad adempiere mediante plurimi pagamenti. Il trasferimento parziale, pertanto, pur restando valido, lascia al debitore la possibilità di scegliere tra l'esecuzione di plurimi pagamenti secondo le indicazioni contenute nell'atto di notificazione, ovvero di comportarsi come se nessuna notificazione fosse stata ricevuta (art. 17).

Relativamente alle eccezioni opponibili al cessionario, è previsto che il debitore può sollevare tutte le eccezioni che, fondandosi sul contratto originario, erano opponibili al creditore originario, e, inoltre, tutte le altre eccezioni relative ad accordi che siano « *part of the same transaction* ».

Ancora, al cessionario potranno opporsi tutte le modifiche al rapporto principale che siano intercorse prima della notifica della cessione (e che gli erano, pertanto, conoscibili). Quelle intervenute successivamente, invece, potranno essere opposte al cessionario soltanto se risulti che egli le abbia approvate o che esse siano da considerarsi implicite nel contratto originario e se, dunque, deve intendersi che il cessionario vi abbia preventivamente consentito (art. 20).

Anche la Convenzione delle Nazioni Unite specifica i criteri interpretativi che dovranno guidarne l'applicazione concreta. L'art. 7 contiene una disposizione

⁴⁴⁰ Potrà trattarsi di modifiche del luogo e del tempo del pagamento, oltre che della persona beneficiaria; non si ammettono invece modifiche della valuta o dello stato in cui il credito deve essere soddisfatto.

piuttosto simile a quella contenuta nell'art. 4 della Convenzione Unidroit, precisando che, ai fini interpretativi, dovrà farsi ricorso, in primo luogo, ai principi ispiratori della Convenzione come descritti nel preambolo ma, altresì, ai principi di buona fede che ispirano il commercio internazionale.

Infine, occorre segnalare che la Convenzione – attirandosi sul punto aspre critiche – ha dettato delle norme di soluzione dei conflitti tra più assegnatari. Si tratta di norme di diritto internazionale privato e, pertanto, estranee alla natura e agli scopi primari della Convenzione.

La scelta di affrontare la materia attraverso norme di diritto internazionale privato piuttosto che di diritto sostanziale deve probabilmente spiegarsi con la difficoltà incontrata dai rappresentanti degli Stati partecipanti nel raggiungimento di un ampio consenso sul punto.

In buona sostanza, l'art. 22 stabilisce che, per risolvere il conflitto tra più cessionari, deve trovare applicazione la legge vigente nel paese del cedente. Ulteriori e complesse regole di coordinamento sono previste, inoltre, per l'ipotesi in cui sussista un conflitto tra la legge nazionale del cedente e la *lex fori* dall'art. 23. L'art. 25 lascia, infine, libere le parti e, in particolare, il cessionario, di disporre del diritto di "*priority*", rinunciandovi o postergandolo rispetto alle pretese di altri cessionari.

Tra le norme di attuazione, particolarmente interessanti risultano quelle che dispongono l'istituzione di uno specifico registro deputato alla trascrizione degli accordi di cessione, consultabile da chiunque vi abbia interesse e che attribuisce al cessionario primo trascrivente un diritto di prevalenza sugli altri cessionari, indipendentemente da ogni prova sulla data del contratto di cessione. La data della cessione, infatti, trova applicazione soltanto laddove sia mancata la trascrizione nel registro, mentre ha un ruolo ulteriormente residuale la data della notifica della cessione. Si tratta, comunque, di una disposizione per il momento priva di efficacia perché richiede l'emanazione di ulteriori norme di attuazione.

CAPITOLO V

LA LEGGE APPLICABILE IN ITALIA

SOMMARIO: 1. – La disciplina italiana per l’agevolazione delle esportazioni.
2. – Il *Consensus*. 3. – Profili di diritto internazionale privato.

1. Consapevole della necessità di introdurre una normativa *ad hoc* che incentivasse il mercato delle esportazioni⁴⁴¹, il legislatore italiano è intervenuto, dapprima, con la legge 24 maggio 1977, n. 277 (c.d. "legge Ossola", dal nome dell’allora ministro per il Commercio Estero) la quale ha profondamente innovato la disciplina del commercio con l’estero. La normativa si caratterizzava, principalmente, per la previsione di agevolazioni a favore degli istituti bancari esteri che accordavano finanziamenti e disponevano smobilizzi, a favore di imprenditori italiani, in supporto alle dilazioni di pagamento da questi ultimi concesse agli importatori esteri. La legge Ossola si è particolarmente distinta per essere risultata capace di agevolare il settore delle esportazioni verso l’estero senza gravare sul bilancio statale.

Con il d.lgs. n. 143 del 1998 (integrato e corretto dal d.lgs. 27 maggio 1999, n. 170) e con il d.m. del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica del 21 aprile 2000, n. 199 è entrata in vigore la nuova normativa in materia di commercio con l’estero. Si aggiungono ad essi il d.m. del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica del 28 agosto 1998, con il quale è stato emanato lo statuto dell’Istituto per i Servizi Assicurativi del Commercio Estero (SACE); le deliberazioni del Comitato Interministeriale della Programmazione Economica (CIPE) n. 160 e n. 161 del 6 agosto 1999 e loro successive modificazioni; nonché le circolari emanate, in materia, dalla Simest.

In recepimento della direttiva 98/29/CE, volta a dettare una disciplina uniforme nell’ambito dell’assicurazione dei crediti all’asportazione per le operazioni

⁴⁴¹ Significativa è, in tal senso, la delibera CIPE del 6 agosto 1999, n. 160 che spiega l’urgenza degli interventi in essa predisposti in ragione della « necessità di porre i nostri operatori in condizione di fronteggiare la più agguerrita competitività degli operatori esteri, che già si avvalgono di facilitazioni del genere ».

garantite a medio e lungo termine è, inoltre, stato emanato il d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 95. Tale normativa è destinata a regolare le garanzie assicurative e fideiussorie concesse direttamente o indirettamente per conto o con il sostegno dello Stato, per operazioni relative all'esportazione di merci o servizi fuori dall'Unione Europea e per le quali il periodo di rimborso (e, dunque, di rischio) è pari o superiore ai due anni.

La l. 29 settembre 2003, n. 229 (c.d. legge di semplificazione 2001) e, poi, la legge 23 luglio 2009, n. 99 hanno, infine, previsto la futura emanazione di un decreto legislativo realizza ad una sorta di “codice delle leggi sull'internazionalizzazione”⁴⁴².

L'agevolazione predisposta dalla vigente normativa si fonda sulla possibilità per gli esportatori italiani di ottenere un contributo a fronte del pagamento degli interessi pretesi dalle banche estere per le operazioni di smobilizzo dei crediti. Esso è volto a coprire la differenza tra il tasso di interesse praticato dalla banca estera per lo smobilizzo dei crediti e quello posto a carico dell'importatore per la concessione della dilazione di pagamento. In ogni caso, la misura del contributo deve essere stabilita, come si dirà, in conformità a quanto previsto dalle normative internazionali, tra le quali assume rilievo primario il c.d. *Consensus* (sul quale v. *infra*).

Il contributo, erogato in un'unica soluzione da Simest s.p.a., è destinato a coprire la differenza tra quanto ottenuto dall'esportatore, in occasione dello smobilizzo dei titoli (comprese lettere di credito irrevocabili, lettere di garanzia – sia irrevocabili che autonome – e *stand-by letters* irrevocabili) in favore della banca cessionaria, e il valore attuale degli effetti al tasso CIRR⁴⁴³ corrisposto dall'importatore estero.

Nelle ipotesi in cui sia la banca ad erogare il finanziamento direttamente in favore dell'esportatore estero – il quale, a sua volta, abbia concesso una dilazione di pagamento all'importatore – Simest s.p.a. opera un c.d. “intervento di stabilizzazione del tasso” mediante il quale, a seconda che la differenza tra il tasso applicato dalla

⁴⁴² In proposito, cfr. anche C. BAULI, *Finanziamenti per la penetrazione commerciale all'estero (la « legge Ossola »)*, in AA. VV., *Finanziamento alle imprese*, a cura di G. Liace e R. Razzante, Padova, 2005, p. 350 s.

⁴⁴³ I tassi d'interesse minimi (CIRR), stabiliti mensilmente dall'OCSE, vengono fissati nel corso della fase di negoziazione o al momento della conclusione del contratto con l'importatore e restano fissi per tutta la durata della dilazione.

banca sia maggiore o minore del tasso CIRR corrisposto dal cliente estero, rispettivamente, Simest s.p.a. paga o pretende la differenza.

Infine, Simest s.p.a. può intervenire nelle operazioni di credito acquirente (c.d. *buyer's credit*) in occasione delle quali una banca italiana o estera (o un *pool* di banche) concede direttamente all'importatore estero un finanziamento al tasso CIRR, mettendolo in condizioni di poter pagare in contanti il corrispettivo della fornitura. Anche in quest'ultima ipotesi Simest s.p.a. realizza un "intervento di stabilizzazione del tasso" riconoscendo al soggetto finanziatore un tasso d'interesse di mercato.

Per poter usufruire del contributo il credito deve avere durata pari o superiore ai 24 mesi (salvo che si tratti di operazioni di smobilizzo a tasso fisso per credito fornitore, nel qual caso la durata del rimborso può essere ridotta fino a 18 mesi).

L'esportazione in ragione della quale viene concesso il finanziamento deve avere ad oggetto beni di investimento italiani, quali impianti o macchinari, progettazioni, lavori e servizi, ma anche semilavorati o beni intermedi, purché siano destinati in via esclusiva ad essere integrati in beni di investimento. Non sono, invece, comprese nei contenuti della normativa di agevolazione le esportazioni di beni di consumo. Queste ultime, tuttavia, sono eccezionalmente ammesse qualora abbiano carattere « durevole, un prezzo unitario elevato e un rilevante contenuto tecnologico ovvero un elevato effetto indotto per altre esportazioni »⁴⁴⁴.

L'agevolazione può essere concessa per coprire fino all'85% del credito concesso all'importatore, mentre la restante quota pari al 15% dovrà necessariamente essere pagata in contanti dall'importatore al momento della spedizione o della consegna ovvero, nelle ipotesi di fornitura di c.d. "impianti chiavi in mano", al momento del collaudo preliminare⁴⁴⁵.

All'agevolazione finanziaria l'esportatore può accedere direttamente o indirettamente. Nel primo caso il contributo è erogato da Simest s.p.a. direttamente in favore dell'esportatore che ha concesso la dilazione, mentre Sace s.p.a. (che con il d. lgs. n. 143 del 1998 è stata trasformata in ente pubblico e, poi, in forza del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, in società per azioni) ne assicura il credito. Nel secondo caso, invece, il contributo sugli interessi è erogato da Simest s.p.a. in favore dell'istituto

⁴⁴⁴ C. BAULI, *op. ult. cit.*, p. 352.

⁴⁴⁵ Si tratta del cosiddetto "punto di partenza del credito".

bancario estero il quale ha, a sua volta, concesso il finanziamento all'esportatore a fronte della cessione dei crediti e/o della corresponsione di un interesse⁴⁴⁶.

La domanda di contributo deve essere presentata dalle banche finanziatrici o intermediarie, ma è ammessa anche una richiesta proveniente dallo stesso esportatore qualora si tratti di smobilizzo diretto dei titoli di credito (è il caso del c.d. "credito fornitore").

Dopo la presentazione della richiesta si apre una fase istruttoria la cui durata massima è stabilita in 90 giorni e al termine della quale la pratica è sottoposta al Comitato Ministeriale per l'approvazione. Entro i 10 giorni successivi alla delibera di approvazione da parte del Comitato l'esito deve essere comunicato all'interessato insieme alle relative condizioni.

È innegabile che la procedura appena descritta realizza un sostegno particolarmente appetibile per gli esportatori i quali, per tale via, non soltanto riescono ad concedere – tramite il contributo sugli interessi – dei finanziamenti a condizioni vantaggiose per gli importatori ma, altresì, possono accedere al contributo Simest senza che venga loro addebitata alcuna commissione.

La normativa predetta e la procedura in essa disciplinata evidenziano uno dei principali aspetti di successo e di innovazione introdotti in materia di agevolazione delle esportazioni: l'istituzione di due distinti soggetti coinvolti nella procedura è stata, infatti, in grado di tenere separata l'attività assicurativa dei crediti all'esportazione, affidata a Sace, dall'attività di agevolazione finanziaria che è stata assegnata, dapprima, al Microcredito Centrale e, a decorrere dal 1999, a Simest s.p.a.

Si rende, a questo punto, necessaria una breve disamina dei predetti soggetti che, ai sensi della normativa descritta, sono incaricati di intervenire nella procedura.

Da un lato, come si è visto, nelle operazioni di agevolazione degli scambi verso l'estero interviene la Simest s.p.a. (Società Italiana per le Imprese all'Estero). Si tratta di una società istituita con la legge 24 aprile 1990, n. 100 e controllata, dal novembre 2012, per una quota pari al 76% da Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. (a sua volta partecipata per il 70% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze) e, per la restante quota, dai principali gruppi bancari e da associazioni imprenditoriali e di categoria.

⁴⁴⁶ Cfr. C. BAULI, *op. ult. cit.*, p. 353.

Simest s.p.a. ha sostituito, dal 1° gennaio 1999, il Mediocredito Centrale nella gestione dei contributi previsti dall'abrogata legge Ossola. Le è affidato il ruolo di promuovere l'internazionalizzazione delle imprese italiane attraverso plurime attività. Oltre alle attività di erogazione di contributi finanziari – che in questa sede ricevono una maggiore attenzione – Simest s.p.a. è abilitata ad acquistare partecipazioni (fino al 49% del capitale sociale) in società estere costituite da imprese italiane. Dal 2010, inoltre, può acquistare partecipazioni in società costituite all'interno dell'Unione Europea (e in Italia) per un periodo massimo di permanenza nel capitale sociale di otto anni. Infine, Simest s.p.a. offre servizi di consulenza alle aziende interessate ad aderire ai programmi di internazionalizzazione.

Sace s.p.a. è, invece, dal 2004, una società per azioni – interamente controllata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze – che offre coperture assicurative e fideiussorie, nel settore del commercio internazionale, in 183 paesi e la cui attività si estende oggi, oltre che alla copertura dei rischi di insolvenza e dei rischi politici in relazione a crediti di medio e lungo termine, all'assicurazione dei crediti a breve termine (i cui profili di rischio erano prima affidati a società assicuratrici straniere quali la francese Coface, la tedesca Euler Hermes o l'olandese Atradius) e, in generale, alla copertura, in favore delle imprese italiane (comprese le piccole e medie imprese), di un vasto numero di rischi, tra i quali i rischi per danni, per blocco di merci e attrezzature, per fluttuazione dei tassi, ma anche per guerre, catastrofi naturali e disordini civili, oltreché per insolvenze e scioglimenti del contratto⁴⁴⁷.

La copertura assicurativa è finalizzata a tenere indenni gli operatori commerciali dai rischi della mancata soddisfazione del credito per tutto il periodo di durata della dilazione del pagamento, consentendo all'istituto di credito che finanzia l'operazione di applicare dei tassi di interesse più bassi. Gli impegni assunti da Sace s.p.a. sono, inoltre, garantiti dallo Stato, secondo quanto stabilito dalla legge di approvazione del bilancio statale⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Per una sintesi aggiornata degli strumenti e delle agevolazioni per l'internazionalizzazione offerte da Simest e Sace alle imprese si rinvia a *Dossier SACE-SIMEST. Finanziamenti e garanzie per le imprese italiane che operano con l'estero*, ottobre 2011, realizzata dal Sole 24 Ore in collaborazione con la Direzione Generale per la Promozione del Sistema Paese e pubblicata sulla pagina http://www.esteri.it/MAE/Newsletter_Diplomazia_Economica/Dossier_SACE_ottobre2011.pdf web

⁴⁴⁸ Cfr. C. BAULI, *op. ult. cit.*, p. 354.

I profili di rischio coperti da Sace s.p.a. attengono alla sfera geo-politica, economica, commerciale e di cambio inerente l'affare e l'operatività della garanzia è subordinata al pagamento di un premio che viene calcolato sulla base del rischio-paese, della tipologia di rischio assicurato, della natura pubblica o privata dell'acquirente oltreché degli specifici profili che caratterizzano l'operazione commerciale⁴⁴⁹.

Al fine di decidere se sussistono le condizioni per la concessione della garanzia, Sace s.p.a. opera un doppio grado di valutazione: in primo luogo, deve essere verificata l'affidabilità del Paese destinatario del risultato commerciale e, in seconda battuta, devono essere analizzate le condizioni inerenti la specifica operazione economica e i rischi che essa comporta. In generale, si può affermare che tramite Sace s.p.a. sono assicurabili le operazioni commerciali che dispongono una dilazione del pagamento fino a dieci anni. La percentuale dell'importo assicurabile varia al variare delle specifiche condizioni concrete della transazione e del Paese in cui ha sede l'acquirente.

Il contratto di regola viene concluso sulla base di una richiesta di assicurazione formulata dall'esportatore. Essa può intervenire dopo la conclusione del contratto di fornitura ma è frequente che, ancora prima della conclusione dell'affare, l'esportatore ottenga da Sace s.p.a. una promessa di garanzia con la quale la proposta di Sace resta ferma per dodici mesi. L'aspetto si rivela particolarmente utile perché permette al fornitore di acquistare un maggior grado di affidabilità verso lo stesso importatore, soprattutto quando la commessa dipende dalla vincita di una gara internazionale.

2. *L'Arrangement on Guidelines for Officially Supported Export Credit* - conosciuto anche come *Consensus* – è l'accordo raggiunto da tutti i paesi aderenti all'OCSE (l'Organizzazione Internazionale per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) nel 1978 (e modificato, da ultimo, nel gennaio 2013) che regola in modo uniforme la disciplina dei finanziamenti concessi sulle attività di esportazione e sulle attività di cooperazione allo sviluppo con il dichiarato fine di evitare che la competitività tra gli Stati si basi – anziché sulla qualità dei beni e dei

⁴⁴⁹ Per un elenco dettagliato dei rischi assicurati da Sace si rimanda all'art. 2 della delibera Cipe 9 giugno 1999 n. 93, in materia di operazioni e categorie di rischi assicurabili da Sace.

servizi offerti – sulle più o meno favorevoli condizioni delle agevolazioni riconosciute dai diversi Paesi.

Il *Consensus*, con il quale sono state dettate delle “linee direttrici in materia di Credito all’esportazione”, assume la natura di un c.d. *Gentlemen’s Agreement*, il cui contenuto non è vincolante per gli Stati aderenti e le cui violazioni restano, pertanto, prive di sanzioni. Con la sua sottoscrizione gli Stati aderenti si sono impegnati a offrire finanziamenti agevolati agli esportatori che, nei rapporti contrattuali stretti con gli importatori, rispettino determinate condizioni. Benché, come si è detto, si tratti di un accordo informale carente di una disciplina sanzionatoria per le ipotesi di violazione, la sua osservanza da parte degli esportatori italiani è, tuttavia, indirettamente assicurata se si considera che essa è indispensabile al fine di poter accedere alle agevolazioni finanziarie che sono state previste, dapprima, dalla legge Ossola e, attualmente, dalla normativa emanata con il d.lgs. n. 143 del 1998 e con le successive norme modificative e integrative⁴⁵⁰.

In ragione del diverso grado di rischio inerente i singoli Paesi, questi vengono classificati in otto diverse categorie (da zero a sette). Si tratta di una valutazione che è condotta, con un procedimento congiunto, da tutte le Agenzie di Credito all’Esportazione (c.d. ECA) istituite presso i Paesi membri dell’OCSE. Per ciascuna categoria di rischio è, quindi, stabilito un premio minimo (c.d. MPR, *Minimum Premium Rate*) che ogni Agenzia si è impegnata a rispettare. Sono, però, fatte salve alcune ipotesi eccezionali (c.d. *Permitted Exceptions*) in cui il rischio risulta attenuato e in cui viene, quindi, ammessa la possibilità di applicare anche premi in misura inferiore: si tratta, per lo più, di ipotesi in cui è previsto l’intervento nell’operazione di istituzioni multilaterali o la partecipazione al finanziamento di plurimi soggetti internazionali.

La disciplina generale stabilita dal *Consensus* prevede che i contratti di fornitura devono concedere una dilazione del pagamento per un periodo compreso tra i due e i dieci anni. In particolare, la durata non può essere superiore a cinque anni (prorogabili a otto e mezzo) per i Paesi appartenenti alla prima categoria (sono i Paesi appartenenti all’OCSE definiti “ad alto reddito” dalla Banca Mondiale in ragione del loro Reddito Nazionale Lordo) e non può essere superiore a dieci anni

⁴⁵⁰ Per le quali, si veda *supra*.

per i Paesi inseriti nella seconda categoria (si tratta di una categoria residuale in cui sono inclusi tutti i Paesi non inseriti nella prima).

L'accordo stabilisce, inoltre, che almeno il 15% del valore del credito deve essere corrisposto dall'acquirente, in contanti, prima o al momento della consegna e che il rimborso del credito deve essere corrisposto mediante rate aventi periodicità, al massimo, semestrale (comprendenti una quota per il capitale – di pari importo per ciascuna – e una quota per gli interessi). La scadenza della prima rata, inoltre, deve essere fissata entro i sei mesi successivi all'inizio del credito, il c.d. « punto di partenza del credito »⁴⁵¹. Infine, i tassi di interesse applicati sui crediti dilazionati devono essere stabiliti in conformità a quelli mensilmente indicati dall'OCSE.

Accordi speciali sono stati adottati con riferimento ai settori relativi alla realizzazione di centrali nucleari, alla fornitura di aerei e di navi e per la realizzazione di progetti idraulici o attinenti alle energie rinnovabili. Per le operazioni che rientrano nei predetti settori sono, infatti, previste speciali deroghe relative, in particolare, alla durata massima del credito, alla quota minima del finanziamento che deve essere anticipata, nonché all'ammontare e alla frequenza delle rate di rimborso. Sono, invece, in ogni caso escluse dalla disciplina del *Consensus* le operazioni inerenti alle attività militari e ai prodotti agricoli.

La disciplina del *Consensus* si riferisce, espressamente, anche alle operazioni di *project financing*. Anche con riferimento a quest'ultima fattispecie contrattuale, tuttavia, sono ammesse delle deroghe agli accordi contenuti in via generale nel *Consensus*. È, in particolare, ammesso che il periodo di rimborso possa essere esteso fino a 14 anni, purché la “vita media ponderata”⁴⁵² del finanziamento non sia superiore ai 7,25 anni. Inoltre, per usufruire delle speciali agevolazioni, le operazioni di *project financing* devono godere di un sostegno pubblico non superiore al 50% del loro valore. Il riferimento al concetto di vita media ponderata del credito permette di adattare le modalità del rimborso alle particolari esigenze dei progetti da realizzare. Devono, ciononostante, essere rispettate delle altre specifiche condizioni:

⁴⁵¹ Il termine decorre dalla data di accettazione provvisoria degli impianti e, quando l'operazione riguarda la fornitura di beni strumentali, dalla data delle operazioni doganali, ma le parti possono anche stabilire in contratto che esso può coincidere con la data dell'accettazione dell'opera o del suo collaudo.

⁴⁵² La “vita media ponderata” (*Average Weighted Life*) è definita come « il tempo, espresso in anni, richiesto per rimborsare la metà del credito e l'ultima scadenza, ponderato agli importi in linea capitale rimborsati ad ogni singolo rimborso ». Il suo valore si riduce a 5,25 anni in relazione alle operazioni alle quali si applica il più breve termine di dieci anni per il rimborso del credito (cioè, come si è visto, per le operazioni da realizzarsi in Paesi definiti dall'OCSE “ad alto reddito”).

in particolare, in ciascun semestre non è rimborsabile oltre il 25% dell'integrale capitale dovuto; la scadenza della prima rata di rimborso del capitale non può essere fissata oltre due anni dal "punto di partenza del credito" e non può avere un valore inferiore al 2% del capitale dovuto, mentre le rate successive non possono avere una cadenza superiore ai 12 mesi; detta frequenza massima annuale è stabilita anche per le rate in conto interessi, la prima delle quali, però, non può scadere oltre i sei mesi dal "punto di partenza del credito".

È interessante notare come, nel settore delle esportazioni, il ricorso al *project finance* ha conosciuto uno sviluppo proprio a partire dalla metà degli anni '90, in coincidenza con l'attenzione che le agenzie deputate all'agevolazione del credito all'esportazione gli hanno dimostrato assumendo la garanzia del soddisfacimento dei debiti derivanti dall'operazione. È, peraltro, evidente e inevitabile che, proprio in ragione di ciò, anche tali agenzie acquistano un ruolo fondamentale nella fase iniziale di predisposizione del progetto, potendo incidere nella negoziazione delle clausole contrattuali di natura sostanziale al fine di ridurre, per quanto possibile, il rischio a loro carico.

3. Nelle operazioni descritte nei capitoli precedenti risulta evidente il coinvolgimento di soggetti residenti o aventi sede in paesi differenti. I contratti esaminati – come si è più volte ripetuto – presentano indubbiamente elementi di estraneità che richiedono che siano risolti i conseguenti problemi relativi non soltanto all'individuazione della legge sostanziale applicabile ma, altresì, alla corretta incardinazione delle eventuali controversie di fronte al giudice giurisdizionalmente competente.

Qualora il punto non sia stato risolto direttamente dal contratto o dal documento di credito, possono profilarsi severi contrasti tra le parti che – com'è immaginabile – avranno interesse a incardinare la causa davanti a giudici differenti.

Al di là delle ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto la cessione di titoli di credito, per le quali – come si è osservato – una disciplina specifica è stata introdotta dalla Convenzione di Ginevra del 1930, ulteriori elementi utili si rinvergono nei testi normativi di fonte sia internazionale che interna.

Si badi, inoltre, che le considerazioni che seguono non si riferiscono al contratto di *factoring* internazionale per la cui disciplina, come si è visto, trova vigore in Italia la Convenzione internazionale di Ottawa.

Limitando l'ambito di indagine alle fonti normative applicabili in Italia – pur nella consapevolezza che ciò ne permette una visione soltanto parziale –, si rammenta che nel nostro ordinamento le norme di conflitto in materia di obbligazioni contrattuali sono contenute nell'art. 57 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) nonché, da ultimo, dal Regolamento comunitario 593/2008 (c.d. Roma I) applicabile ai contratti conclusi dopo il 17 dicembre 2009.

Peraltro, il predetto art. 57 della legge n. 218 del 1995 si limita a richiamare l'applicazione dei criteri stabiliti dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva in Italia con la legge 18 dicembre 1984, n. 975. Attraverso la norma di rinvio il legislatore italiano ha, pertanto, inteso dare rilievo alla normativa introdotta in sede internazionale anche al di là dei presupposti richiesti dalla stessa convenzione per la sua applicabilità. L'art. 57, infatti, dispone che « *le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980* ».

L'accordo raggiunto in sede internazionale ha acquistato, a ben vedere, un ambito di applicazione universale, essendo indifferente, per il giudice italiano, che la legge individuata attraverso i criteri predisposti dalla Convenzione, appartenga o meno ad uno Stato firmatario. Si tratta di una scelta piuttosto utile a contrastare il fenomeno del *forum shopping* e a disincentivare, cioè, la propensione delle parti a scegliere lo Stato in cui instaurare il giudizio in funzione delle norme di diritto internazionale privato ivi vigenti⁴⁵³.

La fondamentale e preliminare differenza tra la Convenzione di Roma del 1980 e il Regolamento CE 593/2008 è da rinvenirsi nel rispettivo ambito di applicazione. Mentre il regolamento di fonte europea, infatti, si propone l'obiettivo di uniformare le norme di conflitto vigenti in materia di obbligazioni contrattuali tra gli Stati membri dell'Unione Europea (con l'esclusione della Danimarca, in cui trova ancora applicazione la Convenzione di Roma del 1980), la Convenzione di Roma può trovare applicazione laddove insorga un conflitto tra l'ordinamento italiano e

⁴⁵³ Sul punto, cfr. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 232.

quello di uno stato straniero estraneo all'Unione Europea. L'applicabilità concreta del Regolamento comunitario risulta, tuttavia, ancora limitato nelle fattispecie concrete. Esso, infatti, si riferisce soltanto alle obbligazioni contrattuali sorte prima del 17 dicembre 2009, data della sua entrata in vigore. Pertanto, per tutti i contratti che siano stati conclusi prima di tale data, ancorché tra soggetti aventi sede o residenza nell'Unione Europea, continuerà ad applicarsi la Convenzione internazionale di Roma del 1980.

I criteri di soluzione del conflitto adottati dalla Convenzione di Roma sono tre. In primo luogo, si attribuisce rilevanza alla volontà delle parti le quali, in piena autonomia, sono libere di indicare la legge di un qualsiasi Stato per regolare il contratto. La legge nazionale richiamata dalla volontà pattizia può, dunque, essere anche quella di uno Stato totalmente estraneo al contratto e alle parti medesime. La scelta può essere fatta espressamente dalle parti attraverso una clausola del contratto ma può anche « *risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze* » (art. 3, par. 1). La scelta della legge applicabile potrebbe ravvisarsi, ad esempio, nella natura tipica del contratto, nella scelta del foro competente o nel richiamo di disposizioni legislative di un determinato Stato.

È, inoltre, ammessa la possibilità per le parti di accordarsi sulla legge applicabile anche in un momento successivo alla conclusione del contratto, ma sono, in tal caso, fatti salvi, i diritti dei terzi (art. 3, par. 2) ed è, altresì, ammesso che le parti individuino la legge da applicarsi con riferimento ad una parte soltanto del rapporto contrattuale. Sono, comunque, fatte salve le norme « *imperative* » della legge nazionale che, in assenza di una scelta delle parti, troverebbe applicazione in ragione dei « *dati di fatto* » esistenti al momento della scelta.

In difetto di una libera scelta delle parti la Convenzione rimanda alla legge dello Stato con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto. Quest'ultimo si presume esistente con il Paese nel quale ha la residenza o la sede il soggetto che deve essere eseguire la prestazione caratterizzante il contratto, ovvero con lo Stato nel cui territorio la prestazione deve essere eseguita. La Convenzione precisa, in proposito, che non può intendersi, quale prestazione caratterizzante il contratto, quella avente ad oggetto somme di denaro, mentre, qualora il contratto sia relativo a beni immobili, il collegamento più stretto dovrà ravvisarsi, necessariamente, con lo Stato in cui si trova la *res*.

Detto profilo si rivela, senz'altro, particolarmente ostico per l'interprete il quale, in mancanza di una scelta pattizia, è chiamato ad individuare la prestazione caratteristica dell'operazione contrattuale. Con riferimento al contratto di *forfaiting* (purché la controversia non riguardi la cessione di titoli di credito, la quale troverà la sua disciplina nella Convenzione di Ginevra del 1930), sembra condivisibile ritenere caratteristica la prestazione dell'esportatore-cedente. Ciò anche in considerazione del tenore della stessa *Relazione* alla Convenzione la quale afferma che, al più, un'eventuale prestazione pecuniaria – quale è quella del *forfaiter*, potrebbe semmai considerarsi quale « controprestazione ».

L'individuazione della legge applicabile al contratto è ulteriormente utile per determinare la disciplina di riferimento della cessione del credito. La Convenzione di Roma, infatti, al suo art. 12, richiama, per regolare le obbligazioni tra cedente e cessionario, la « legge che, in forza della presente convenzione, si applica al contratto tra essi intercorso ». Il successivo paragrafo precisa, infine, che « la legge che regola il credito ceduto determina la credibilità di questo, i rapporti tra cessionario e debitore, le condizioni di opponibilità della cessione al debitore e il carattere liberatorio della prestazione fatta dal debitore ».

Maggiormente complicata appare l'individuazione della prestazione caratteristica nell'ambito di un rapporto di *project financing*. Da una parte, le considerazioni sopra esposte circa la difficoltà a ravvisare nell'operazione un'ipotesi di collegamento negoziale potrebbero indurre a considerare i singoli rapporti nella loro singolarità. Una simile conclusione, tuttavia, si profilerebbe foriera di ulteriori problematiche, impedendo di identificare un'univoca disciplina nazionale applicabile all'intera operazione. Sembrerebbe, allora, maggiormente consona alla natura del rapporto l'applicazione della legge del luogo in cui l'affare deve essere realizzato, anche se esso non riguardi un bene immobile. Ciò si rivelerebbe, peraltro, conforme al dettato dell'art. 4, par. 5 della Convenzione che esclude l'applicazione delle presunzioni idonee a identificare la prestazione caratteristica « quando la prestazione caratteristica non può essere determinata » oppure « quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese ». Non è, peraltro, escluso che, per particolari aspetti possa farsi rinvio anche ad un'ulteriore regolamentazione nazionale. In proposito, infatti, l'ultima parte del primo paragrafo dell'art. 4 della Convenzione ammette che « qualora una parte del contratto sia separabile dal resto e presenti un collegamento più stretto con un altro

paese, a tale parte del contratto potrà applicarsi, in via eccezionale, la legge di quest'altro paese ».

La disciplina introdotta dal Regolamento CE 593/2008 – dei cui ambiti di applicazione territoriale e temporale si è già detto – appare in buona misura analoga a quella dettata dalla Convenzione di Roma, della quale ripete e specifica gran parte delle disposizioni. Un ruolo preminente è lasciato, anche dal Regolamento comunitario, alla volontà delle parti (art. 3) che può essere espressa o risultare « *chiaramente* » dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze. Anche il Regolamento ammette che le parti individuino leggi nazionali differenti per disciplinare singoli aspetti del rapporto contrattuale. La scelta, inoltre, può intervenire anche successivamente alla conclusione del contratto ed è, altresì, ammessa una modifica di una precedente espressione di volontà. In queste ultime ipotesi sono, però, fatti salvi i diritti dei terzi.

Criteri maggiormente specifici rispetto a quelli contenuti nella Convenzione di Roma del 1980, sono, invece, introdotti per individuare la legge nazionale applicabile qualora sia mancata, in merito, una comune volontà delle parti. Il Regolamento individua precisi criteri in ragione della tipologia del contratto oggetto di controversia, lasciando un ruolo residuale al criterio della residenza abituale del soggetto tenuto alla prestazione. Quest'ultimo aspetto viene, infatti, preso in considerazione soltanto allorché il contratto non sia riconducibile ad uno degli otto tipi per i quali è previsto un criterio specifico e nelle ipotesi in cui il contratto presenti elementi comuni a più tipi contrattuali.

Tra i criteri dettati con riferimento alle specifiche tipologie contrattuali viene senz'altro ad interessare in questa sede quello previsto per il contratto di vendita. Qualora, infatti, si rimandi il rapporto di *forfaiting* allo schema contrattuale della compravendita, anche alla luce – come si dirà – della disposizione contenuta nel successivo art. 14, dovrà farsi rinvio alla « *legge del paese nel quale il venditore (dunque il cedente) ha la residenza abituale* ».

Il Regolamento, inoltre, specifica, all'art. 19, il concetto di residenza abituale, precisando che essa coincide, per le società, le persone giuridiche e le associazioni, con il luogo in cui si trova la loro amministrazione centrale e, per le persone fisiche che agiscono nell'esercizio di un'attività professionale, con il luogo in cui ha sede la loro attività principale.

Anche l'art. 14, analogamente all'art. 12 della Convenzione di Roma, richiama in materia di cessione del credito, la disciplina applicabile al contratto in cui la cessione trova titolo, precisando che nella nozione di cessione rientrano, a tal fine, anche i trasferimenti definitivi di crediti, i trasferimenti di crediti a titolo di garanzia nonché gli impegni e altri diritti di garanzia sui crediti.

Dalla disciplina contenuta nel Regolamento c.d. Roma I traspare una disciplina che è meno disposta, rispetto alla Convenzione di Roma, a lasciare spazio alla flessibilità e a valorizzare gli aspetti peculiari del caso concreto in favore di una maggiore certezza del diritto e di una più facile prevedibilità della norma applicabile⁴⁵⁴.

Venendo ai profili inerenti i criteri di attribuzione della giurisdizione al giudice italiano, deve richiamarsi la norma contenuta all'art. 3 della legge n. 218 del 1995 il quale, oltre a stabilire, al 1° comma, la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano qualora il convenuto abbia il domicilio o la residenza in Italia ovvero abbia nel territorio italiano un rappresentante autorizzato a stare in giudizio, rinvia, in via alternativa, agli altri casi in cui è prevista la giurisdizione italiana. Ulteriori criteri sono, infatti, stabiliti dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 che – essendo espressamente richiamata dallo stesso art. 3, 2° comma, della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato – ha acquistato validità generale anche nei confronti di Stati non aderenti alla Convenzione medesima.

L'art. 5 della legge n. 218/1995 esclude, invece, la giurisdizione italiana in relazione alle azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero.

Al di fuori di quest'ultima ipotesi – per la quale il difetto di giurisdizione può essere rilevato anche d'ufficio dal giudice – è espressamente ammessa dall'art. 4 la possibilità per le parti di accordarsi per attribuire il potere giurisdizionale al giudice italiano anche quando non possono trovare applicazione i criteri generali, purché di un accordo in tal senso se ne dia prova per iscritto.

Con le stesse modalità (e, cioè, mediante un accordo del quale sia fornita prova per iscritto) e purché la controversia abbia ad oggetto diritti disponibili, è riconosciuta alle parti la facoltà di derogare alla giurisdizione del giudice italiano in favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero. Tale accordo risulterà, tuttavia,

⁴⁵⁴ Così T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 238.

inefficace, qualora abbia assegnato il potere giurisdizionale ad un giudice o ad un arbitro estero privi del potere di decidere della causa.

Resta ferma, infine, la giurisdizione italiana allorché il convenuto sia comparso in giudizio senza eccepire il difetto di giurisdizione del giudice nel primo atto difensivo.

Deve, peraltro, segnalarsi che è attualmente vigente il Regolamento CE 44/2001, il quale ha sostituito – ma limitatamente ai rapporti tra gli Stati membri dell'Unione Europea – la Convenzione di Bruxelles del 1968, della quale, tuttavia, riproduce per buona parte le disposizioni,

L'art. 2 del predetto Regolamento comunitario stabilisce che, ogni qualvolta le parti non si siano preventivamente accordate circa la giurisdizione, il giudice giurisdizionalmente competente deve essere individuato in forza del luogo in cui il convenuto ha il proprio domicilio, senza che abbia alcuna rilevanza la sua cittadinanza. Il Regolamento risolve opportunamente anche il conseguente quesito circa il criterio utile a determinare il domicilio del convenuto che deve essere individuato sulla base delle leggi nazionali applicabili presso il giudice adito.

Al predetto criterio generale si affiancano dei criteri speciali per le materie contrattuali, le obbligazioni e gli illeciti. Il testo del Regolamento prevede, inoltre, dei criteri esclusivi che non permettono l'applicazione del criterio generale.

Per quanto riguarda la materia qui trattata, particolarmente utile è il riferimento al criterio speciale dettato con riferimento ai rapporti contrattuali. L'art. 5, lett. *a)*, infatti, stabilisce che il convenuto può essere adito – oltre che davanti al giudice del proprio domicilio – anche davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione è stata o doveva essere eseguita.

La successiva lett. *b)* prevede, tuttavia, un'eccezione alla regola di individuazione del giudice competente in materia contrattuale per i casi in cui il rapporto obbligatorio discenda da un contratto di compravendita di beni o riguardi una prestazione di servizi. Nel primo caso, il criterio speciale di individuazione della giurisdizione fa rinvio al luogo stabilito per la consegna dei beni oggetto di compravendita; nel secondo, invece, il giudizio potrà essere incardinato di fronte al giudice del luogo in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati sulla base delle clausole contrattuali.

L'art. 6, infine, ammette che il convenuto possa essere citato in giudizio davanti ad un giudice differente rispetto a quelli individuati in forza dell'applicazione del criterio generale del domicilio o di uno dei criteri speciali, laddove siano stati convenuti più soggetti e tra le domande proposte sussista un « *nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica* ». In tali ipotesi, dunque, e al fine di evitare un eventuale contrasto tra le decisioni, si consente all'attore di convenire tutti i soggetti davanti al giudice del luogo in cui anche uno solo di essi ha il domicilio (art. 6, n. 1).

Simili criteri di connessione sono stabiliti, altresì, per le ipotesi in cui nel giudizio sia proposta una domanda in garanzia o una domanda riconvenzionale e per il caso in cui l'azione contrattuale possa essere riunita ad un'azione vertente su diritti su beni immobili proposta nel luogo in cui gli immobili sono situati (art. 6, nn. 2-4).

Infine, desta interesse l'art. 23 dettato, insieme al successivo art. 24, a chiusura delle norme che disciplinano i criteri applicabili per la determinazione della giurisdizione. La disposizione introduce lo strumento della “proroga della competenza” e consente alle parti di attribuire al giudice di un determinato Stato membro la competenza esclusiva a conoscere tutte le controversie, già sorte o soltanto eventuali, relative ad un particolare rapporto giuridico.

Ne deriva che, qualora sussistano tutte le condizioni richieste per la validità di tale accordo, non potranno trovare riscontro né il criterio generale né quelli speciali. La medesima norma richiede che, perché da una simile pattuizione discenda l'effetto di escludere i criteri di determinazione della giurisdizione già esaminati, almeno una delle parti che vi hanno preso parte abbia domicilio in uno Stato membro⁴⁵⁵ e, in aggiunta, che risulti osservato almeno uno degli specifici requisiti di forma previsti. La pattuizione dovrà rivestire forma scritta o, in alternativa, forma orale con successiva conferma per iscritto oppure, in via ulteriormente alternativa, dovrà essere osservata una forma specificamente ammessa dalla pratiche stabilite tra le parti.

Con riferimento ai rapporti di commercio internazionale la clausola di proroga della competenza è, inoltre, ritenuta valida ed efficace se ha rivestito una forma ammessa da un uso « *ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato* » nello

⁴⁵⁵ Il terzo comma dell'art. 23 dispone, tuttavia che « quando nessuna delle parti che stipulano tale clausola è domiciliata nel territorio di uno Stato membro, i giudici degli altri Stati membri non possono conoscere della controversia fintantoché il giudice o i giudici la cui competenza è stata convenuta non abbiano declinato la competenza ».

specifico settore commerciale implicato e che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere.

A proposito delle clausole di riserva, sia la Corte di Giustizia delle Comunità Europee che la Corte Suprema di Cassazione italiana si sono pronunciate in più occasioni offrendone entrambe un'interpretazione restrittiva⁴⁵⁶. Al giudice è, infatti, demandato il compito di accertarne il contenuto e, in particolare, di determinare le controversie alle quali sono riferite. Non deve, del resto, ritenersi scontato che mediante la clausola di riserva le parti abbiano voluto stabilire una giurisdizione esclusiva per ogni controversia, presente e futura, relativa ad un determinato rapporto contrattuale, ben potendo esse attribuire ad una specifica giurisdizione soltanto delle determinate controversie⁴⁵⁷.

La clausola, peraltro, deve essere interpretata per il suo valore intrinseco senza fare riferimento al rapporto sostanziale cui si riferisce. In particolare, per la sua validità ed efficacia si richiede unicamente che siano rispettate le condizioni predette, senza che occorra, né che sia ammesso, riferirsi alla disciplina del tipo contrattuale cui accede⁴⁵⁸.

Nemmeno si ritiene che la clausola in parola possa essere invocata, a proposito di una fattispecie contrattuale complessa e in virtù di un preteso collegamento negoziale, per ottenere uno spostamento della giurisdizione in

⁴⁵⁶ Per la giurisprudenza di legittimità si veda, da ultimo, Cass., Ss. Uu., 27 febbraio 2012, n. 2926; nonché Cass., Ss. Uu., 28 febbraio 2007, n. 4634. Per gli orientamenti della Corte di Giustizia, cfr. sentenza CGE 3 luglio 1997, in causa C-269/95; sentenza CGE 9 novembre 2000, in causa C-387/98.

⁴⁵⁷ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto « tutt'altro che inequivoca » la clausola di proroga della competenza giurisdizionale che abbia fatto riferimento ad « *any suit, action or proceedings relating to this Agreement* ». In particolare, nel caso di specie, si è statuito che « la sua traduzione letterale, “in relazione all'accordo”, non sembra poter obiettivamente significarne un riferimento a tutte le controversie, sia contrattuali che extracontrattuali, comunque collegate all'adozione contrattuale degli strumenti derivati » (nel caso di specie, era stato proposto un ricorso per regolamento di giurisdizione con riferimento ad una controversia insorta tra il comune di Milano e quattro banche di primario livello internazionale in forza di una complessa e articolata operazione di ristrutturazione di debiti condotta – anche – attraverso la conclusione di contratti derivati. Cfr. Cass., Ss. Uu., 27 febbraio 2012, n. 2926.

⁴⁵⁸ Nel senso predetto anche Cass., Ss. Uu., 14 giugno 2007, n. 13894 che ha statuito che « la clausola di proroga va tenuta distinta dall'accordo che è alla base del rapporto cui accede in quanto volta a regolare la competenza e non i diritti e gli obblighi inerenti al rapporto ». In altri termini, la clausola spiega effetti sul piano processuale e la sua validità non è soggetta a controlli intrinseci collegati alla disciplina del rapporto sostanziale ma è condizionata unicamente ai requisiti di forma prescritti per la manifestazione del consenso. In tema si vedano, altresì, la sentenza CGE 13 novembre 1979, n. 25, in causa C-25/1979; nonché sentenza CGE 3 luglio 1997, in causa C-269/1995.

relazione a controversie sorte da un contratto connesso a quello contenente la proroga della competenza⁴⁵⁹.

Quanto appena osservato deve, tuttavia, essere temperato con il combinato disposto degli artt. 6, 7 e 23 del regolamento CE n. 44/2001. Qualora, infatti, risulti una connessione tra plurime domande proposte nei confronti di diversi soggetti – concetto che, tuttavia, non coincide con quello di collegamento negoziale e che richiede un « nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica » – la clausola di proroga potrebbe spiegare i suoi effetti anche in relazione a domande ulteriori. La giurisprudenza pare, però, piuttosto cauta sul punto, dando continuità all'orientamento che non consente un'interpretazione estensiva della pattuizione di cui all'art. 23. Si è quindi affermato che « il giudice prorogato può conoscere delle questioni connesse alla domanda principale se sussistono, nell'ambito delle stesse parti dell'accordo di proroga e del suo oggetto, le condizioni di connessione richieste dagli artt. 6 e 7 del regolamento »⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Con particolare riferimento all'applicabilità dell'art. 23 alle fattispecie di collegamento negoziale deve, peraltro, notarsi che l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità è ferma nel ribadire che la categoria del collegamento negoziale non ha alcun riflesso sulla competenza giurisdizionale. Così Cass., Ss. Uu., 27 febbraio 2012, n. 2926; Cass., Ss. Uu., 1° febbraio 2010, n. 2224; Cass., Ss. Uu., n. 259/2006; Cass. Ss. Uu., 5371/2001. Ne deriva che deve essere « escluso che, tramite la clausola di proroga della competenza in favore di uno degli Stati aderenti (prevista dall'art. 23 reg. N. 44/2001 e dall'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968) contenuta in un determinato contratto, la deroga alla giurisdizione del giudice italiano possa ritenersi estesa a controversie relative ad altri contratti, ancorché collegati al contratto principale, cui accede la predetta clausola ». Così Cass., Ss. Uu., 27 febbraio 2012, n. 2926; ma v., anche, Cass., Ss. Uu., 14 giugno 2007, n. 13894; Cass., Ss. Uu., 1° febbraio 2010, n. 2224.

⁴⁶⁰ Così Cass., Ss.Uu., 27 febbraio 2012, n. 2926.

NOTE CONCLUSIVE

Prendendo le mosse dal generale concetto di causa del contratto e passando attraverso le problematiche che esso ha suscitato, si è appurato che la nozione di causa del contratto è ancora capace di suscitare interesse.

Conserva infatti vigore il principio secondo il quale, perché possa ammettersi la validità di un impegno negoziale, quest'ultimo deve essere giustificabile agli occhi dell'ordinamento e, in quanto tale, meritevole di tutela.

Nonostante le raccolte dei principi di diritto contrattuale europeo e internazionale appaiano – ad una prima analisi – contrarie all'attribuire valore ad alcun elemento del contratto diverso dal mero accordo, l'importanza fondamentale della causa viene a riemergere in esito ad un attento lavoro esegetico degli interpreti. Il riferimento alla buona fede, alla ragionevolezza e all'equità, nonché allo scopo del contratto, rivelano infatti la chiara intenzione dei codificatori di distinguere quali accordi tra privati siano meritevoli di tutela e quali, al contrario, non debbano trovare alcuna rilevanza giuridica. Al tempo stesso, i medesimi criteri acquistano utilità – oltre che in funzione della tutela della posizione giuridica rivestita dal contraente più debole – anche come limite all'autonomia privata (inteso in ragione della causa concreta che muove i contraenti).

Ne consegue che, nonostante l'apparente assenza della causa nei *Principi Unidroit*, nei *Principi di diritto europeo dei contratti*, nel *Progetto preliminare del codice europeo* e, infine, nel *Draft of Common Frame of Reference*, non può affermarsi una perdita di interesse e di utilità per l'elemento causale, ma soltanto un tentativo di sviare il problema del coordinamento tra sistemi giuridici profondamente differenti che non riescono a trovare un punto comune tra causa e *consideration*. Del resto, come scrive taluno, « *quand on met la cause à la porte, elle rentre par la fenêtre* »: difatti, dopo una più attenta analisi, può senz'altro dirsi che la causa è tutt'altro che « morta ».

Il tema centrale del lavoro riguarda l'analisi dei principali modelli contrattuali utilizzati per incentivare le esportazioni. Come si è avuto modo di notare

si tratta di schemi contrattuali che si qualificano non tanto in ragione dei soggetti che li pongono in essere ma, soprattutto, per le esigenze che essi sono volti a soddisfare. L'agevolazione degli scambi con l'estero è realizzata attraverso clausole peculiari che, incidendo profondamente nella funzione del contratto, ne determinano la fuoriuscita dallo schema tipico al quale sembrano *prima facie* assimilabili.

Nonostante le diverse categoria contrattuali esaminate abbiano a fondamento soluzioni giuridiche differenti, è tuttavia possibile ravvisare in esse alcuni aspetti comuni. Questi non derivano tanto dalla natura del soggetto contraente e finanziatore (di regola una banca o un intermediario finanziario), quanto dalla funzione che i contratti qui esaminati si prefiggono di realizzare. In tutti infatti è insita un'erogazione di denaro o, comunque, una messa a disposizione di liquidità o altre risorse economiche a favore dell'esportatore.

Un ulteriore aspetto che qualifica le operazioni contrattuali esaminate è rappresentato da alcune clausole usualmente inserite nei documenti contrattuali. Spesso il beneficiario del finanziamento da una parte assume l'impegno di destinare le risorse economiche ottenute alla realizzazione di un determinato progetto; dall'altra accetta che al soggetto finanziatore sia attribuito il potere di giudicare preventivamente la realizzabilità dell'affare e di controllarne, durante la fase esecutiva, il corretto svolgimento. Parimenti non è infrequente che le parti si accordino per attribuire al medesimo soggetto che eroga il finanziamento una quota del rischio – piuttosto rilevante – insito nell'operazione.

La natura del contratto e la sua funzione, invero, prescindono dalla categoria di appartenenza del soggetto finanziatore. L'eventuale sussistenza della qualità di banca o di intermediario finanziario renderà applicabile la disciplina speciale in materia e, in particolar misura, quella sancita dal testo unico bancario; deve escludersi invece che tale aspetto sia un criterio essenziale per riconoscere la funzione di finanziamento ad un rapporto la cui causa in concreto è quella di agevolare e finanziare l'operazione economica transfrontaliera. Sussistendo la qualifica di banca del finanziatore potrà dunque parlarsi di contratto bancario; viceversa, nel caso opposto, esso si qualificherà come un contratto atipico che le parti sono libere di stipulare ogniqualvolta si riveli meritevole di tutela secondo i principi espressi dall'art. 1322 c.c. Del resto, lo stesso codice civile dimostra la correttezza di tale assunto: anche il contratto di mutuo resta tale e conserva la propria funzione

anche quando a concederlo non sia un istituto di credito autorizzato secondo le norme del t.u.b. ma un qualunque soggetto di diritto privato.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Factoring: problemi e prospettive*, a cura di Ruozi e Oliva, Milano, 1983
- AA. VV., *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, 2010
- AA. VV., *Forfaiting, in I contratti. Principi. Formule. Procedure*, Milano, 2002
- AA. VV., *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002
- AA. VV., *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, a cura di Palia, Milano, 2007
- AA. VV., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali: atti del Convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 21-22 gennaio 1983*, a cura della Scuola di notariato A. Anselmi di Roma, Milano, 1983
- AA. VV., *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. 2., Limiti di applicazione: lectio notariorum: atti del Convegno di studi tenuto a Treviso nei giorni 27-28 novembre 1998*, a cura di T. Ballarino, Milano, 1994
- AA. VV., *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, Milano, 2002
- AA. VV., *L'attività delle banche*, a cura di A. Urbani, Padova, 2010
- AA. VV., *Le operazioni di finanziamento alle imprese*, a cura di I. Demuro, Torino, 2010
- ALESSI G., *Cessione dei crediti di impresa (factoring) e fallimento*, in *Fall.*, 1991, p. 545 ss.
- ALLARA M., *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955
- ALPA G., *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2005
- ID., *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, I, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1999
- ID., *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 1 ss.
- ID., *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 316 ss.
- ID., *Qualificazione dei contratti di leasing e di factoring e suoi effetti nella procedura fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1989, I, p. 190 ss.
- AMBROSINI S., voce *Sconto bancario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIII, Torino, 1996
- ANGELONI V., *Lo sconto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1964, I, p. 347 ss.
- APPIO C.L.-DONATIVI V., *Project Financing*, in AA. VV., *L'integrazione fra imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995
- ASQUINI Q., *Titoli di credito*, Padova, 1996
- ATIYAH P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1990
- BALDI M., *Programmazione amministrativa e project financing nella disciplina dei lavori pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, p. 1049 ss.

- BALESTRIERI A.M., *Il « soggetto promotore » nel Project Financing*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 253 ss.
- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato italiano*, Padova, 2011
- BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991
- ID., *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *Contr.*, 2008, p. 786 ss.
- BARBIERA L.-GENTILE G., *Diritto della banca e dei contratti bancari*, Padova, 2003
- BARCELLONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 308
- BARZON F., *Il factoring internazionale e la convenzione di Ottawa del 28.5.1988*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di P. Cendon, XI, Torino, 2004
- BASSI A., *Factoring e cessione dei crediti d'impresa*, in *Quaderni di Banca, borsa, tit. cred.*, 1993
- BATTILORO R., *Collegamento negoziale e inadempimento del fornitore: la nuova disciplina del credito al consumo alla luce di una recente giurisprudenza comunitaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 779 ss.
- BATTISTONI E., *La causa nei negozi giuridici*, Padova, 1932
- BAULI C., *Finanziamenti per la penetrazione commerciale all'estero (la «legge Ossola»)*, in AA. VV., *Finanziamento alle imprese*, a cura di G. Liace e R. Razzante, Padova, 2005
- ID., *Forfaiting*, in *I nuovi contratti*, a cura di P. Cendon, vol. XII, Torino, 2005
- BELVISO U., *L'ambito di applicabilità della nuova disciplina sulla cessione dei crediti d'impresa*, in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 3 ss.
- BENACCHIO G., *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2004
- BERNARDINI L., *Il project financing applicato alla realizzazione di opere pubbliche*, in *Impresa*, 1996, p. 2121 ss.
- BERNARDINI P., voce *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1997, p. 89 ss.
- ID., *Il rischio di cambio nei contratti internazionali*, in *Dir. comm. internaz.*, 1989, p. 3 ss.
- ID., *La compravendita internazionale*, in *Rapporti contrattuali nel diritto internazionale. Lezioni per il corso di Organizzazione Internazionale della LUISS*, tenute da Mirabelli, Carbone et al., Milano, 1991
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975
- ID., *Causa tipica e motivi del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 1098
- BETTI E., voce *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 1958, p. 1559 ss.
- ID., voce *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. III, Torino, 1957, p. 32 ss.
- ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1943
- BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000
- ID., *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 1995
- BIANCHI R., *Il factoring e i problemi gestionali che comporta*, Torino, 1970
- BIANCHI D'ESPINOSA L., *Le leggi cambiarie nell'interpretazione della giurisprudenza*, Milano, 1969
- BIANCONI A., *Il finanziamento privato delle grandi opere*, in *Contr.*, 1995., p. 339 ss.
- BIGIAMI W., *L'exceptio doli in diritto cambiario*, in *Foro it.*, 1938, IV, c. 177 s.

- BIGLIAZZI GERI L.-BRECCIA U.-BUSNELLI F.D.-NATOLI U., *Diritto civile*. Vol. 3. *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1999
- BISCARO Q., *Guida alle modalità di finanziamento delle piccole e medie imprese*, Milano, 1999
- BONELL M.J., *Un "codice" internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 2006
- BORCHARDT G.-WELLENS K., *Soft law in European Community law*, in *European Law Review*, 1989
- BOTTA C., *Le polizze fideiussorie*, Milano, 1999
- BOTTIGLIERI E., voce *Delegazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990
- BOUDINOT A.-FRABOT J.C., *Technique et pratique bancaires*, Paris, 1978
- BRECCIA U., *Causa*, in G. ALPA-U. BRECCIA-A. LISERRE, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XII, Torino, 1999
- ID., *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002
- BROGGINI G., *Causa e contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997
- BULJEVICH E.C.-PARK Y.S., *Project financing and the International financial markets*, Boston, 1999
- M. BUSSANI-P. CENDON, *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e giurisprudenza. «Leasing», «factoring», «franchising»*, Milano, 1989
- BUSSANI M.-INFANTINO M., *Cessione del credito e factoring*, Milano, 2006
- CALDERALE A., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989
- CALZOLAIO E., *Il factoring in Europa*, Milano, 1997
- CHAHINIAN R., *La tecnica del forfaiting: vantaggi e svantaggi*, in *Interscambio*, settembre 1986, p. 391 ss.
- CANARIS C.W., *Bankvertragsrecht*, Berlin-New York, 1981
- CANTELE V., *Convenzione Unidroit sul Factoring internazionale. Prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 1159 ss.
- ID., *Finalmente una legge per il factoring*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 394 ss.
- ID., *Sull'estensione del vincolo ipotecario gravante su edificio industriale*, in *Fall.*, 1986, p. 568 ss.
- CARCANO N., *Il forfaiting come forma di finanziamento del commercio internazionale: tendenze e prospettive*, in *Bancaria*, 1996, f. 2, p. 76 ss.
- CARDARELLI M.C., *Ricerca sulla natura giuridica del factoring in Italia*, in *Impresa, ambiente e pubbl. amm.*, 1981, I, p. 179 ss.
- CARNEVALI U., *I problemi giuridici del factoring*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 299 ss.
- CARRIÈRE P., *Project financing, profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999
- CARRIERO G., *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 505 ss.
- CARUSI D., *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999
- CASSANDRO SULPASSO B., *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: il factoring in Europa*, Milano, 1981
- ID., *Italo Calvino, Hermann Melville e la legge 21 febbraio 1991 sulla cessione dei crediti d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 402
- CASTELLUCCI G.B., *Che cos'è il forfaiting*, in *Il Sole 24 Ore Mondo & Mercati*, 16 aprile 1998
- ID., *Copertura senza intoppi*, in *Guida al forfaiting/2*, *Il Sole 24 Ore*, 1998

- ID., *Gli strumenti del forfaiting*, in *Rassegna mensile del Credito Italiano*, agosto-settembre 1981, p. 46 ss.
- ID., *Il forfaiting*, in *Rassegna mensile del Credito Italiano*, Cordusio, 1981, 2, p. 55 ss.
- CASTRONOVO C., *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002
- ID., *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001
- ID., *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte III, Milano, 2005
- CATAUDELLA A., *I contratti*, Torino, 2009
- ID., *Sul contenuto del contratto*, Padova, 1974
- CECCHINI A., *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 229 ss.
- CHATTERJEE C., *Legal Aspects of Trade Finance*, London, 2006
- CIAN G., *Disciplina della cessione dei crediti di impresa. Commento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 245 ss.
- ID., *Legge 21 febbraio 1991, n. 52. Disciplina dei crediti d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 247
- CLARIZIA R., voce *Factoring*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di Irti, 1. *Diritto civile*, Milano, 1980
- ID., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, Torino, 2002
- ID., *Il factoring*, Torino, 1998
- CORBO N., *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990
- CORRADI E., *Il dovere di buona fede*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *I contratti in generale*, V, Torino, 2000
- CORRADINI L., *Una legge tanto attesa: il factoring*, in *Impr.*, 1991, p. 1077 ss.
- COSTANTINO L., *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contr. impr.*, 2003, I, p. 395 ss.
- COTTINO G., *La Banca, la Borsa, i Titoli di credito*, in *Diritto commerciale*, II, t. 1, Padova, 1992
- CRANSTON R., *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, 2002
- D'ADDA A., *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 725 ss.
- D'ANGELO A., *La buona fede e l'esecuzione*, in *I contratti in generale*, III, Aggiornamento 1991-1998, diretto da Alpa-Bessone, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Bigiavi, Torino, 1999
- ID., *Principi Unidroit e regole causalistiche*, in *Contratti in generale*, I, Aggiornamento 1991-1998, diretto da Alpa e Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1999
- DAVID, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori internazionali o una nuova lex mercatoria?*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 577 ss.
- DE FARRA G., *Riflessioni pratiche sul contratto autonomo di garanzia*, in *Aa.Vv., Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992
- DE MARCHIS P., *La nuova disciplina dell'acquisto dei crediti di impresa: il factoring*, in *Impr.*, 1991, p. 1249 ss.
- DEMURO I., *Lo sconto bancario*, in *AA. VV., L'attività delle banche*, a cura di Urbani, Padova, 2010
- DE NOVA G., *Disciplina dell'acquisto dei crediti d'impresa: un disegno di legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 287 ss.
- ID., *Il progetto Unidroit di convenzione sul factoring internazionale*, in *Dir. comm. intern.*, 1987, p. 716 ss.

- ID., *Nuovi contratti*, Torino, 1990
- DE SIERVO F.-RAVETTA F.-RAVETTA P., *Qualificazione, progettazione, sicurezza e project financing dopo la Merloni-ter - Indicazioni operative*, Rimini, 2000
- DE SIMONE C., *Nel «genus fideiussioni»: la garanzia «automatica» bancaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1977, I, p. 85 ss.
- DI BENEDETTO G., *Lo sconto*, in AA. VV., *I contratti bancari*, Milano, 1999
- DI BRINA L., *Il forfaiting*, in AA. VV., *L'attività delle banche*, a cura di A. Urbani, Padova, 2010
- DI MAJO A., *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 287 ss.
- DI MEO A., *Pagamenti documentali e crediti documentari*, Rimini, 1999
- ID., *Pagamenti internazionali. 150 casi risolti*, Milano, 2001
- DIMUNDO F., *Factoring e fallimento*, in *Giur. comm.*, 1999, p. 567 ss.
- DI NANNI C., *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, p. 279 ss.
- DI SABATO F., *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 435 ss.
- DOLMETTA A.A., *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1987
- DONATO V., *Il realizzo di crediti all'esportazione attraverso gli accordi di «forfaiting»*, in *Bancaria*, 1986, p. 9 ss.
- DRAETTA U., *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in U. DRAETTA-C. VACCÀ, *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997
- ID., *Le garanzie bancarie come forma di autotutela dei contratti internazionali*, in *Le garanzie contrattuali*, a cura di Draetta e Vaccà, Milano, 1994
- DRAETTA U.-VACCÀ C., *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997
- FAUCEGLIA G., *Il contratto di factoring nell'esperienza spagnola*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 685 ss.
- ID., *I contratti di finanziamento e il mutuo di scopo*, in *Contratti d'impresa*, a cura di Buonocore e Luminoso, Milano, 1993
- FERRANDO G., *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., p. 263 ss.
- FERRARA JR F., *La girata della cambiale*, Roma, 1935
- FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002
- FERRARI F., «Forum shopping» e diritto contrattuale uniforme, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 575 ss.
- ID., *Il Factoring internazionale. Commento alla Convenzione Unidroit sul Factoring internazionale*, Padova, 1999
- ID., *I «principi per i contratti internazionali» dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 300 ss.
- ID., *L'ambito di applicazione internazionale della Convenzione di Ottawa sul «factoring» internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 204 ss.
- FERRERI S., voce *Uncitral*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1997, XV, app., p. 558 ss.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966
- ID., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1993
- ID., *L'invisibile presenza della causa nel contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 897 ss.
- ID., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001
- ID., *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 1 ss.

- ID., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 141 ss.
- FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959
- FERRIGNO L., Factoring, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, 1991, p. 186 ss.
- FERRO-LUZZI P., *L'attività bancaria*, in *La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di Ferro-Luzzi-Castaldi, Milano, 1996, I
- ID., *Lo sconto bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 144 s.
- FIDONE G., *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Roma, 2006; M. Robles, *Finanza di progetto e responsabilità professionali*, Napoli-Roma, 2011
- FONTANA G., *Il forfaiting alla luce della Legge Ossola*, in *Società*, 1983, p. 819 ss.
- FOSSATI G., *Nuovi strumenti finanziari*, Roma, 1986
- FOSSATI G.-PORRO A., *Il factoring*, Milano, 1994
- FRAGALI M., voce *Finanziamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, XVII, p. 606 ss.
- FRANCESCHETTI P.-DE COSMO G., *I singoli contratti*, Napoli, 1998
- FRANZOSI M., Forfaiting, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 415 ss.
- FRIGNANI A., *Factoring e cessione dei crediti in campo internazionale: la nuova Convenzione Uncitral*, in AA.VV., *Factoring, Regolamentazione, mercato e gestione*, a cura di A. Carretta, Trento, 2009
- ID., Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged buy-out, Hardship Clause, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising, 4^a ed., Torino, 1991
- ID., *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XII, Padova, 1990
- ID., *Il difficile cammino del «factoring». Sulla pretesa notificata, al debitore ceduto. A mezzo ufficiale giudiziario*, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, p. 537 ss.
- ID., *Recenti sviluppi del factoring in Italia*, in *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, a cura di Verrucoli, Milano, 1978
- FRIGNANI A.-BELLA E., *Il factoring: la nuova legge italiana (con riferimento alla convenzione di diritto uniforme)*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 481 ss.
- FRIGNANI A.-TORCELLO M., *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XII, Padova, 2010
- ID., *Il factoring internazionale, parte I*, in *PiazzettaMonte*, III Trimestre 2011, pubblicato sulla pagina web <http://piazzettamonte.creditmanagementbank.eu/III-Trimestre-2011/II-Factoring-Internazionale-parte-1>
- ID., *Il factoring internazionale: la Convenzione Uncitral del 2001 – Parte III*, pubblicato sulla pagina web <http://piazzettamonte.creditmanagementbank.eu/I-II-Trimestre-2012/IL-FACTORING-INTERNAZIONALE-LA-CONVENZIONE-UNCITRAL-DEL-2001---PARTE-III>
- GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 93 ss.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, v. II, t. 1, Padova, 1999
- ID., *Diritto civile e commerciale*, v. II, t. 2, Padova, 2004
- ID., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 189 ss
- ID., *Diritto privato*, Padova, 2008
- ID., *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 314 ss.
- ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005
- ID., *La lex mercatoria*, Bologna, 2001
- GALGANO F.-MARRELLA F., *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2011

- GALLO C.E., *La finanza di progetto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2001, p. 925 ss.
- GAMBARO A., *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea*, Torino, 1989
- GARGIULO C.-GIANCOLI E., *La cessione del credito sotto la lente Unidroit*, in *Comm. intern.*, 1993, p. 1303 ss.
- GARIONI G., *Il forfaiting. Struttura, mercato, funzionamento e agevolazioni*, in *Comm. intern.*, 2001, f. 14, inserto
- GARIONI G.-CIFALINÒ S.-CORRIERO G., *Strumenti di sostegno all'internazionalizzazione*, in *Comm. intern.*, 2003, f. 21, p. 28 ss.;
- GARRANI G., *Lineamenti storico-dottrinali sull'operazione di sconto*, in *Riv. banc.*, 1966, p. 345 ss.
- GATTA A., *Il contratto di sconto, secondo le disposizioni del nuovo Codice civile*, Napoli, 1942
- GAVALDA C.-STOUFFLET J., *Droit de la banque*, Paris, 1974
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2010
- GHIA L., *I contratti di finanziamento dell'impresa*, Milano, 1997
- GHIDINI G.-MERGATI M., *Le novità sugli appalti, il project financing e le società di progetto (commento alla l. 11 febbraio 1994, n. 109)*, in *Contratti*, 1999, p. 270
- GIACOBBE D.-GIACOBBE G., *Delegazione, espromissione, accollo, art. 1268-1276 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992, p. 1 ss.
- GIAMPIERI A., *La convenzione UNCITRAL sulle garanzie autonome e le stand-by letters of credit – prime considerazioni*, in *Dir. comm. intern.*, 1995, p. 807 ss.
- GIARDINA A., *La Convenzione Comunitaria sulla legge applicabile e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1981, p. 795 ss.
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. III, Firenze, 1877
- ID., *Teoria delle obbligazioni*, vol. VI, Torino, 1927
- GIORGIANNI M., voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960
- ID., *Negozi giuridici collegati*, in *Scritti minori*, Napoli, 1988
- GORGONI M., *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 755 ss.
- ID., *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II, Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del d.lgs. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, p. 323 ss.
- GORLA G.-ZANELLI P., *Del pegno e delle ipoteche*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano Bologna-Roma, 1992
- GRAF VON WESTPHALEN, *RechtsproblemederExportfinanzierung*, Heidelberg, 1978
- GUGLIELMETTI G., *I contratti normativi*, Padova, 1969
- GUILD I.-HARRIS R., *Forfating. An alternative approach to export trade finance*, New York, 1986
- HISINGER J.L.-BENUDIS E., *Project Financing Poses Distinct Risks for Lenders*, in *The National Law Journal*, 1996, Section B13
- HOFMAN S.L., *The Law and Business of International Project Finance*³, 2008
- IMPERATORI G., *Il Project-Financing – Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 1995
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952
- LABIANCA M., *Factoring*, in *Riv. dir. comm.*, 1979
- LANDI V., *Le società di progetto nella l. 415/98*, in *Resp. comunicazione impresa*, 2001, p. 61 ss.

- LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 14 ss.; N. Messineo, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, 1962, p. 51 ss.
- LIBONATI B., *Il factoring*, in *Riv.dir. comm.*, 1981, I., p. 318 ss.
- LOBUONO M., *Le garanzie nel project finance*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, f.2, p. 142.
- ID., *Project Financing, garanzie indirette e tutela del finanziatore*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 103 ss.
- LODDO S., *I presupposti economici delle operazioni di forfaiting*, in *Studi in onore di Perrillo*, Milano, 1985, I, p. 357 ss
- LUCCHI C., voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1998, p. 586 ss.
- LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento e di credito*, Milano, 1995
- ID., *La compravendita*, Torino, 2007
- LÜTSCHG-EMMENEGGER M., *A Guide to Forfaiting*, London, 1998
- MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996
- MAJELLO U., voce *Contratto a favore del terzo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989
- MALATESTA A., voce *Cambiale. III) Diritto internazionale privato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997
- MANCINI T., *L'accollo*, in *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, t. 1, Torino, 1999
- ID., *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968
- MARINO P., *La cessione dell'ipoteca*, in *Vita notarile*, 1980, p. 1400
- MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit e usi contrattuali nei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003
- MARTORANO F., voce *Cambiale. I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 12 ss.
- ID., voce *Sconto bancario*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 782 ss.
- MASSA FELSANI F., *Il contratto di factoring e la nuova disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 731 ss.
- MATTEI U., *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contr. impr. Europa*, 1999, p. 207
- MAZZAMUTO S., *Introduzione*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002
- ID., voce *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990
- MAZZONI A., *Le lettere di patronage*, in AA. VV., *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, II, Milano, 1978
- MENGOZZI P., *Norme di applicazione necessaria e progetto di Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Arch. giur.*, 1979, p. 3 ss.
- MEO G., *L'ipoteca di immobile aziendale tra concetto di azienda e rapporto pertinenziale*, in *Giur. merito*, 1986, I, p. 816 ss.
- MESSINEO F., voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 784 ss.
- ID., voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, Torino, 1962, X, p. 48 ss.
- ID., voce *Contratto normativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962
- ID., *Dottrina generale del contratto*, Milano 1948
- ID., *La natura giuridica del contratto di sconto dopo la riforma del Codice Civile*, in *Operazioni di borsa e banca*, Milano, 1954

- ID., *La natura giuridica del contratto di sconto*, in *Scritti giur. in onore di Barassi*, Milano, 1943
- MINERVINI G., *La costruzione dello sconto bancario. Lo sconto di crediti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1949, I, p. 103 ss.
- ID., *L'azione extracartolare derivante dal contratto di sconto*, in *Foro it.*, 1950, c. 971
- ID., *Lo sconto bancario*, Napoli, 1949
- MIRAGLIA C., voce *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLII, p. 1255 ss.
- MISSERINI G., voce *Project financing (lavori pubblici)*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Agg. Torino, 2005, p. 621 ss.
- MOLLE G., *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXXV, t. 1, Milano, 1966
- ID., *Note per un inquadramento giuridico funzionale delle imprese factoring e delle loro operazioni mercantili*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1974, I, p. 321 ss.
- MONACO R., *La Convenzione internazionale per i contratti di factoring*, in *Bancaria*, 1989, p. 13
- MONTICELLI S., *Il forfaiting dei crediti all'esportazione*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, p. 271 ss
- ID., *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, Napoli, 2004
- MONTICELLI S.-PORCELLI G., *I contratti dell'impresa*, Torino, 2006, p. 149 ss
- MONTICELLI S.-RUGGERI L., *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005
- MOSCO L., *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008
- MUNARI F., *Il factoring internazionale nella Convenzione Unidroit*, in *Dir. comm. intern.*, 1989, p. 457 ss.
- NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000
- NEVITT K.P., *Project Financing*, trad. it., della 4° ed. a cura di De Sury, Milano-Roma, 1987
- OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947
- PALUMBO O. V., *Aspetti finanziari ed economici del factoring breve analisi dei costi e dei vantaggi*, in *La cessione dei crediti d'impresa*, a cura di Tatarano, Napoli, 1994
- PANZARINI G., *Il forfaiting: la funzione specie nel mercato internazionale, le tecniche, la qualificazione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, I, p. 769 ss., nonché in *La banca e i nuovi contratti nel quadro della II direttiva CEE*, a cura di G. De Nova, 1993, p. 123 ss.;
- ID., *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 1984
- PANZERA A.F., *Brevi note in tema di «factoring» internazionale*, in *La cessione dei crediti d'impresa*, a cura di G. Tatarano, Napoli, 1995
- PAOLINI E., *La causa del contratto*, Padova, 1999
- PARDOLESI P., *Polizza fideiussoria in cerca d'identità: assicurazione, fideiussione o contratto autonomo di garanzia?*, in *Foro it.*, 2001, p. 3174 ss.
- PARENTI A., *Lo smobilizzo dei crediti internazionali*, in *Studi commercio con l'estero*, 1983, n. 8, p. 52 ss.
- PARTESOTTI G., *Le operazioni sulle azioni*, in *Trattato sulle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1999, 2*
- PAVONE LA ROSA A., *La cambiale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1982, p. 252 ss.

- PELLIZZI G.L., *Fallimento del delegante e successiva esecuzione del «iussum»*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, II, p. 552 ss.
- PERASSI M., *Lo sconto*, in AA. VV., *I contratti bancari*, Milano, 1999
- PERCHINUNNO R., *Il mutuo di scopo*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da Galgano, vol. 1, Torino, 1995
- PERLINGIERI P., *Cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982
- ID., *La cessione dei crediti d'impresa nel sistema comunitario e comparato*, in *La cessione dei crediti d'impresa*, a cura di Tatarano, Napoli, 1995
- ID., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997
- PERNA R., *L'uso pubblico delle risorse private: un nuovo rapporto fra pubblico e privato nella realizzazione di opere pubbliche*, in *Pol. dir.*, 1996, p. 279 ss.
- PIACENTINI I.-BONAGURO R., *Il formulario di tutti i contratti*, Milano, 1987
- PICCININI V., *Qualificazione giuridica delle operazioni di factoring, funzione della cessione dei crediti e revocabilità dei pagamenti effettuati dai debitori ceduti al factor in caso di fallimento dell'impresa cedente*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, p. 610
- PIEPOLI G., *Le «garanzie negative»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 405 ss.
- PITTALIS M., *Credito all'esportazione e forfaiting*, Padova, 1994
- ID., *Il forfaiting*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 1418 ss., nonché in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Tratt. diretto da F. Galgano, Torino, 1999, p. 555 ss.
- PORCELLI G., voce *Forfaiting (contratto di)*, in *Enc. del Diritto, Il Sole 24 Ore*, Milano, 2007, v. VI, p. 504 ss.
- PORTALE G.B., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria*, in *Jus*, 1977, p. 3 ss.
- ID., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, p. 73 ss.
- ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, I, p. 186 ss.
- PORZIO M., *La concessione del credito*, in AA. VV., *I contratti delle banche*, Torino, 2002
- PUCA M.V., *Cos'è il project financing: concetti e storia*, in *Notariato*, f. 5, 2006
- PUGLIATTI S., voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366 ss.
- ID., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 119 ss.
- RABITTI G.L., *Project Finance e collegamento contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1996, I, p. 226 ss.
- RAVAZZONI A., *Le ipoteche*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1998
- RAZZANTE R., *Gli strumenti di finanziamento a disposizione delle imprese*, in AA. VV., *Finanziamento alle imprese*, a cura di G. Liace e R. Razzante, Padova, 2005
- RESCIGNO P., voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, p. 929 ss.
- ID., *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti d'impresa)*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 43 ss.
- RICCI F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VII, 1907
- RIPLEY A., *Forfaiting for Exporters. Pratical solutions for global trade finance*, Padstow, 1996
- RISPOLI FARINA M., voce *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1994, p. 558 ss.
- RIVOLTA G.M., *La disciplina della cessione dei crediti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 709 ss.

- RIVOSECCHI M., *Il forfait financing (sconto pro-soluto di portafoglio cambiario) più correntemente conosciuto come forfaiting*, in *Finanziamenti d'impresa*, Milano, 1983
- RODINÒ W., voce *Unidroit*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, agg. 2000
- ROLFI F., *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 925 ss.
- ID., *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718 ss.
- ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008
- ROMAGNO G.W., *Qualificazione del contratto di sconto*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 1374 ss.
- ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.
- ID., *Il contratto*, Bologna, 2011
- ID., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011
- RUOZI R.-ROSSIGNOLI B., *Manuale del «factoring»*, Milano, 1985
- SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 785 ss.
- ID., *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 517 ss.
- ID., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, VI, Torino, 1975
- ID., *La causa*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *I contratti in generale*, Torino, 1993, p. 635 ss.
- ID., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1997
- SACCO R.-DE NOVA G., *Il contratto*, Torino, 2004
- SALINGER F.R., *Factoring: The Law and Practice of Invoice Finance*, London, 1999
- SANTANGELO N., *Il factoring*, in *Dir. fall.*, 1975, I, p. 197 ss.
- SANTI F., *La legge 21 febbraio 1991, n. 52 sulla disciplina della cessione dei crediti di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 379 ss.
- SANTORO PASSARELLI F., voce *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 372 ss.
- ID., *Dottrine generali del diritto civile*, 1997 (rist.)
- SARMET M., *Les financements internationaux de projet en Europe*, *Banque*, 1980
- SCANO D., *Project financing*, Milano, 2006
- SCHÖNLE H., *Bank-und Börsenrecht*, München, 1976
- SCIARRONE ALIBRANDI A., *La circolazione delle garanzie bancarie autonome e i termini della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, I, p. 561 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001
- ID., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992
- ID., voce *Motivo del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1994, XI
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, *Delle obbligazioni (Art. 1321-1352)*, Bologna-Roma, 1970, p. 300 ss.
- ID., *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1966
- ID., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*², Napoli, 1969
- SCURO N.-SCURO U., *Il contratto a formazione progressiva*, Milano, 2009

- SENDEN L., *Soft law in European Community Law*, Oxford-Portland, 2004
- SESTA M., *Le garanzie atipiche, nei grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1988
- SYNDER F., *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in S. MARTIN, *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, Dordrecht, 1994
- SICCHIERO G., *Il contratto a causa mista*, Padova, 1995
- ID., *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 100 ss.
- SPINELLI M.-GENTILE G., *Diritto bancario*, Padova, 1991
- STELLA G., *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova, 2003
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961 (rist.)
- TAVERNIER E., *Il «forfaiting»*, in *Foro pad.*, 1983, c. 285 ss.;
- TERRANOVA G., voce *Sconto bancario*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989
- TEYSSIE B., *Les groupes de contracts*, LGDJ, Paris, 1975
- THÜRER D., *The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration*, in O. JACOT-GUILLARMOD, P. PESCATORE, *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, Zürich, 1990
- TONDO M., *Contratti bancari*, I, Roma, 1958
- TONIATO F.S., *Il factoring*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, v. III, t. 3, Milano, 2009
- TREITEL G.H., *The Law of Contract*¹¹, London, 2003
- TREVES T., *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. trim.*, 1983, p. 25 ss.
- TRIVELLONI S., voce *Delegazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 2006, postilla di aggiornamento
- TUCCI G., *Factoring*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Torino, 1995
- ID., *Garanzia sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti. L'esperienza statunitense e italiana*, Milano, 1974
- TULLIO A., *Il project finance*, in AA.VV., *Le operazioni di finanziamento alle imprese*, a cura di I. Demuro, Torino, 2010
- ID., *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003
- TURTUR M., *I negozi collegati*, in *Giust. civ.*, 1987, II, p. 251 ss.
- VACCÀ V., voce *Joint-venture (aspetti contrattuali)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VIII, Torino, 1992, p. 50 ss.
- VALLE L., *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, p. 683 ss.
- VERONELLI A., voce *Project financing*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, agg. 2000, p. 594 ss.
- VIGONE L., *Contratti atipici. Nuovi strumenti commerciali e finanziari*, Milano, 1993
- VISCO F., *Il Project Finance e le convenzioni arbitrali*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 8.1., p. 146 ss.
- VITTA E., *La Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1980, p. 739 ss.
- WARD A., *The nature of negotiation under documentary credits*, in *Journal of International Banking Law*, 1999
- WATERMAN H.J., *Forfaiting*, in *International Finance in the 1990s. Changelles and Opportunities*, Oxford, 1993
- ZACCARIA A., *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 367 ss.

- ID., *Il factoring internazionale*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 6 ss.
- ID., *La garanzia dell'esistenza del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 340 ss.
- ZACCHEO M., *Rischio e sopravvenienza*, Milano, 1994
- ZEN F., *L'attività della banca nel finanziamento delle operazioni di commercio con l'estero*, in AA. VV., *Le operazioni di banca nel commercio con l'estero*, Torino, 1995
- ZICCARDI E., *Disposizioni imperative e ordine pubblico nella Convenzione di Roma del 19 luglio 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Foro pad.*, 1987, II, c. 7 ss.
- ZOPPINI A., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004
- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1085 ss
- ZUDDAS G., *Il contratto di factoring*, Napoli, 1983

RINGRAZIAMENTI

Devo innanzitutto ringraziare il prof. Corrado Chessa per tutti i preziosi insegnamenti di cui, tanto durante il lavoro di ricerca quanto nella vita professionale, mi ha permesso di beneficiare, rivelandosi in ogni circostanza una pregevole fonte di arricchimento intellettuale oltre che un impareggiabile stimolo per i miei percorsi futuri.

Inoltre, mi preme manifestare la mia gratitudine al prof. Alberto Urbani che, nonostante la mia frequente lontananza dalla magnifica laguna veneziana, si è sempre dimostrato calorosamente interessato agli argomenti della mia tesi.

Last but not least, devo esprimere una particolare riconoscenza al prof. Pierre De Gioia-Carabellese il quale, in occasione dell'attività di ricerca svolta presso la Heriot-Watt University di Edimburgo, mi ha permesso di approfondire il diritto anglosassone offrendomi coinvolgenti e plurimi spunti di riflessione giuridica.

Estratto per riassunto della tesi di dottorato

Studente: Antonella Floris matricola: 955808

Dottorato: Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro

Ciclo: 26

Titolo della tesi : I contratti di finanziamento non tipicamente bancari e il credito all'esportazione

Abstract:

Il lavoro è dedicato all'analisi di alcuni modelli contrattuali diffusi nel commercio internazionale per il finanziamento e l'agevolazione delle esportazioni. Si tratta di contratti non tipizzati dalla legge italiana che pongono all'interprete il problema di individuarne la natura giuridica e la conseguente disciplina applicabile.

Una prima parte del lavoro è dedicata alla ricostruzione della nozione di causa del contratto in considerazione dei diversi tentativi di codificazione uniforme della disciplina contrattuale a livello europeo e internazionale.

La seconda parte del lavoro verte sull'analisi del forfaiting, del project financing e del factoring internazionale. Si tratta di contratti profondamente diversi, talvolta oggetto di specifiche convenzioni internazionali, che però si rivelano legati da una comune funzione di finanziamento.

This research aims to give a legal analysis of some agreements which are widespread in international trade to finance and to facilitate exports. With the exception of some restricted area, they are not ruled by the Italian law, so that the interpreters have to face to the issue about the types they belong to and about their regulation.

The first part of this work concerns the investigation of the notion of "causa" of the contract through the various attempts to draft a uniform code of the law of the contract, both at an European level and at an international one.

In the second part the author deals with the contracts of forfaiting, project financing and international factoring. They are deeply different agreements – which have been sometimes objects of international conventions – that, however, appear connected by a common purpose of financing.

Firma dello studente
