

LA DISCIPLINA DEL LEASING NEL FALLIMENTO E GLI EFFETTI SULLA QUALIFICAZIONE DEL CONTRATTO

MASSIMO RODOLFO LA TORRE

Relazione svolta al convegno "Il leasing e la riforma fallimentare" che ha avuto luogo a Udine il 16.10 2009 ed organizzato dall'associazione www.unijuris.it

1. La disciplina generale sui rapporti giuridici pendenti nel fallimento

La disciplina della locazione finanziaria come rapporto giuridico pendente, anche se contenuta essenzialmente nell'art. 72-*quater* della legge fallimentare, introdotto dall'art. 59 del d. lgs. n. 5/06 e successivamente parzialmente integrato ad opera dell'art. 4 del d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, la si ricava da una lettura in combinato disposto di tale articolo ora non più solo con il nuovo art. 72 della legge fallimentare, divenuto ormai, anche sul piano formale, una norma di principi avente portata generale sulla disciplina dei rapporti giuridici pendenti, ma anche sulla base dei novellati artt. 73, relativo alla "*Vendita con riserva di proprietà*", e 74, relativo ai "*Contratti ad esecuzione continuata o periodica*", della legge fallimentare.

Come già accennato, l'art. 72 l. f. detta i principi generali sulla sorte dei rapporti giuridici pendenti in caso di fallimento.

Innanzitutto, nel primo comma si definisce il "rapporto pendente", intendendo per tale il contratto "*ancora inesequito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti ..., salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto*", che si ottiene attraverso il semplice consenso manifestato dalle parti ai sensi di quanto disposto dall'art. 1376 c.c.

Pertanto, fermi restando i contratti ad effetti reali e quanto espressamente previsto dalle discipline speciali dettate per alcuni tipi contrattuali dalle altre disposizioni della medesima sezione della legge fallimentare, per tutti gli altri contratti pendenti si applica il principio generale della sospensione dell'esecuzione del contratto in attesa della

decisione del curatore se subentrare nel rapporto in luogo del fallito ovvero di sciogliersi dallo stesso.

L'art. 72 non fissa un termine entro il quale il curatore deve decidere, ma prevede al 2° comma che il contraente *in bonis* lo può mettere in mora facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale, senza che il curatore abbia manifestato la sua scelta, il contratto si intende sciolto.

Conseguentemente il 4° comma dell'art. 72 stabilisce il principio secondo cui in caso di scioglimento del contratto il contraente *in bonis* ha diritto di far valere nel passivo del fallimento il credito derivante dal mancato adempimento, ossia il credito derivante dall'eventuale inizio dell'esecuzione del contratto fatta dalla parte adempiente, senza, però, che gli sia dovuto il risarcimento del danno conseguente alla mancata esecuzione del contratto stesso, poiché il fallimento non è di per sé causa di danno per i terzi creditori.

Proprio perché il fallimento di per sé non costituisce una causa di danno né di inadempimento, il 6° comma dell'art. 72 sancisce il principio, già affermato in passato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dell'inefficacia delle clausole contrattuali che fanno dipendere la risoluzione di diritto del contratto dal semplice assoggettamento dell'altra parte a fallimento.

Di contro, invece, il comma 5 dell'art. 72 sancisce la validità e l'efficacia anche nei confronti del curatore dell'azione di risoluzione del contratto esperita nei confronti del fallito prima della dichiarazione del fallimento, fermi restando, nei casi previsti, gli effetti e l'efficacia della trascrizione della domanda.

Sulla base del combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 72, si ricava che è parimenti opponibile al curatore anche la risoluzione di diritto esperita prima della dichiarazione di fallimento in forza della clausola risolutiva espressa contenuta in contratto.

2. La disciplina della locazione finanziaria come rapporto giuridico pendente

In questo contesto si inserisce l'art. 72-*quater*, che, oltre ad aver colmato una lacuna normativa che si trascinava da moltissimi anni e che aveva prodotto quella situazione di incertezza normativa e giurisprudenziale sulle sorti del contratto di leasing in caso di fallimento dell'utilizzatore, ha finalmente introdotto nella legge fallimentare una disciplina speciale per il contratto di

locazione finanziaria quale rapporto giuridico pendente al momento della dichiarazione di fallimento di una delle parti contraenti, distinguendo, appunto, le sorti del contratto in caso di fallimento dell'utilizzatore da quelle in caso di fallimento della società concedente.

Tale disciplina è di fondamentale importanza per il settore del leasing, poiché la regolamentazione delle sorti del contratto di locazione finanziaria in caso di fallimento dell'utilizzatore è strettamente legata sia alla problematica relativa alla disciplina a questo applicabile in caso di sua risoluzione per inadempimento da parte dello stesso utilizzatore, stante la stretta analogia tra le due fattispecie della "risoluzione" e dello "scioglimento" del contratto; sia alla conseguente fondamentale problematica della qualificazione della locazione finanziaria¹, poiché solo facendo emergere la natura finanziaria o la prevalenza dell'aspetto del "godimento", rispetto alla funzione traslativa o di scambio si è potuto in passato giustificare il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 1458 c.c. o dell'art. 1526 c.c..

Pertanto, i due istituti della "risoluzione" e dello "scioglimento" del contratto non solo sono strettamente legati tra loro, ma, nel caso di specie, la loro disciplina presenta anche una rilevanza interpretativa ai fini della qualificazione della locazione finanziaria.

Ciò posto, l'introduzione di una norma di diritto positivo che prevede una dettagliata disciplina delle sorti della locazione finanziaria in caso di fallimento delle parti sovrverte i termini finora utilizzati per la determinazione della causa di questo contratto; pertanto, se pur ciò non è ancora sufficiente a farne mutare la natura da contratto atipico a tipico, comunque, rappresenta un elemento imprescindibile per la sua qualificazione, poiché la natura giuridica della locazione finanziaria non potrà più essere individuata sulla base di presunte analogie con una determinata fattispecie tipica, quale la vendita con riserva di proprietà, la locazione o il mutuo, ma dovrà necessariamente scaturire dalla peculiare disciplina positiva esistente nell'ordinamento giuridico ed essere coerente a questa.

Un simile assunto non può essere disatteso soprattutto oggi, a seguito dell'introduzione in sede fallimentare anche di una disciplina speciale della vendita con patto di riservato dominio come rapporto giuridico pendente (art. 73 l. fall.) differente da quella prevista per la locazione finanziaria.

¹ Per una analisi dettagliata ed approfondita delle problematiche afferenti la natura giuridica della locazione finanziaria mi sia consentito il rinvio a M. R. LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, 2002, Giuffrè, p. 113 ss.

Si è già detto che l'art. 72-*quater* distingue le sorti del contratto di locazione finanziaria in caso di fallimento dell'utilizzatore, disciplinato nei primi tre commi, da quelle in caso di fallimento della società concedente, disciplinato nel quarto ed ultimo comma.

A questo riguardo si osserva, innanzitutto, che l'art. 72-*quater* ha definitivamente sciolto un primo dubbio interpretativo², che è quello secondo cui il contratto di locazione finanziaria, pur avendo avuto un inizio di esecuzione da parte di entrambe le parti contraenti e sia, quindi, entrato in decorrenza a seguito della consegna del bene e del pagamento dei canoni periodici, essendo un contratto ad effetti obbligatori e non reali, fino a quando non perviene al termine della sua durata oppure fino al momento dell'esercizio dell'opzione finale di acquisto da parte dell'utilizzatore, deve essere sempre considerato un rapporto giuridico pendente.

3. Il fallimento dell'utilizzatore: i) lo scioglimento del contratto:

3.1. a) il credito residuo in linea capitale ed il credito vantato alla data del fallimento

In caso di fallimento dell'utilizzatore il 1° comma dell'art. 72-*quater* richiama l'art. 72 l. f.. Tale richiamo serve a ribadire l'applicabilità anche a questa fattispecie del principio generale, dettato in materia di rapporti giuridici pendenti, secondo il quale in caso di fallimento l'esecuzione del contratto rimane sospesa in attesa della decisione del curatore, che è terzo rispetto al fallito, di subentrare nel contratto oppure di sciogliersi dallo stesso.

Il principio generale della sospensione del contratto, di cui all'art. 72 l. f., non trova applicazione, però, nel caso in cui è previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa fallita, poiché in questo caso l'esecuzione del contratto di locazione finanziaria, in quanto contratto di impresa avente ad oggetto beni strumentali necessari alla sua conduzione, non si sospende ma continua automaticamente, salvo che il curatore espressamente non dichiari di volersi sciogliere.

² Sul punto, v. M. R. LA TORRE, *La locazione finanziaria come rapporto giuridico pendente ai sensi dell'art. 72 quater*, in AA.VV., *Contratti in esecuzione e fallimento* a cura di F. Di Marzio, Milano, 2007, p. 107.

Pertanto, se il curatore decide di sciogliersi dal contratto di locazione finanziaria si applicano, in successione temporale, il 2° ed il 3° comma dell'art. 72-*quater*.

In caso di scioglimento del contratto, sulla base del 2° comma dell'art. 72-*quater*, la società di leasing ha diritto a ricevere la restituzione del bene - sempre che il contratto di locazione finanziaria abbia data certa e sia, quindi, opponibile ai sensi dell'art. 2704 c.c. ai terzi - ed è tenuta a versare alla curatela l'eventuale differenza tra quanto ricavato dalla vendita o ricollocazione del bene stesso, che deve avvenire “*ai valori di mercato*”, ed il suo “*credito residuo in linea capitale*”; una volta avvenuto ciò la società concedente può insinuarsi nello stato passivo, in forza di quanto stabilito nel successivo 3° comma, per la differenza tra il “*credito vantato alla data del fallimento*” e quanto ricavato dalla riallocazione del bene avvenuta ai valori di mercato.

Dovendo effettuare in entrambi i casi considerati dai commi 2 e 3 delle sottrazioni è necessario che tutti i termini delle due operazioni siano noti; per cui è necessario, da un lato, definire i concetti di “*credito residuo in linea capitale*” e di “*credito vantato alla data del fallimento*” e, dall'altro, che la concedente abbia non solo ricevuto in restituzione il bene dal curatore, ma lo abbia anche effettivamente venduto o riallocato “*ai valori di mercato*”, in quanto la norma non contempla anche l'alternativa dell'imputazione del suo valore sulla base di una semplice stima, come fa, invece, l'art. 1526 c.c. a proposito dell'equo compenso.

Infatti, il 2° comma dell'art. 72-*quater*, parlando testualmente di “*somma ricavata*”, dispone che l'accertamento se la società di leasing a seguito della riallocazione del bene risulti debitrice o creditrice verso la massa - ossia se debba versare l'eventuale surplus ricavato dalla riallocazione al fallimento ovvero se abbia diritto, invece, di insinuare il suo credito nel passivo - deve avvenire in concreto sulla base di quanto effettivamente ricavato dalla sua ricollocazione, senza, peraltro, indicare un preciso termine entro cui tutto ciò deve avvenire, fermo restando che la società di leasing dovrà rispondere per ogni ritardo dovuto a sua negligenza, qualora il ritardo abbia comportato un decremento del valore del bene con conseguente riduzione della somma ricavata rispetto ai valori di mercato.

Ciò posto, il 2° comma dell'art. 72-*quater*, considerato che la società di leasing è la proprietaria del bene, per cui questo gli deve essere restituito, prevede che il (solo) suo “*credito residuo in linea capitale*” possa essere recuperato integralmente, in una sorta di prededuzione, da quanto ricavato

dalla vendita o ricollocazione del bene stesso³; mentre il successivo 3° comma, prendendo in considerazione l'intero credito della società di leasing vantato alla data del fallimento, costituito, quindi, sia dall'eventuale capitale residuo, non coperto dalla riallocazione del bene, che dagli interessi, lo assoggetta alle regole del concorso con gli altri creditori.

Da tutto ciò discende che le due voci del “*credito residuo in linea capitale*” e del “*credito vantato alla data del fallimento*” hanno una diversa imputazione ed un differente contenuto.

Pertanto, nell'ottica del 2° comma dell'art. 72-*quater*, il “*credito in linea capitale*” è un credito parziale, tanto è vero che è definito come “*residuo*” perché deve essere scorporato dalla componente degli interessi contenuti nei canoni periodici insoluti e di quelli che scadono successivamente alla dichiarazione del fallimento; significando che la società concedente ha diritto a recuperare per intero solo il capitale impiegato per l'acquisto del bene, ossia il *tantundem* costituente il finanziamento erogato al sovvenuto-utilizzatore e che questi è tenuto a restituire sotto forma di canoni periodici, i quali, dovendo risultare per la sola quota capitale ed al netto degli interessi, dovranno essere attualizzati al “tasso leasing” del relativo contratto.

Una volta chiarito ciò, si ha che il “*credito residuo in linea capitale*” della società di leasing, di cui parla il comma 2 dell'art. 72-*quater*, è costituito dalla quota capitale dei canoni scaduti e non pagati dall'utilizzatore fino alla data della dichiarazione del suo fallimento e dall'attualizzazione al tasso leasing indicato nel contratto dei canoni residui successivi, nonché dall'opzione finale di acquisto, nella quale è contenuta una parte del capitale impiegato per l'acquisto del bene.

In quanto proprietaria del bene, la società di leasing ha, quindi, diritto di recuperare per intero il proprio “*credito residuo in linea capitale*” soddisfacendosi integralmente su quanto effettivamente ricavato dalla vendita o dalla riallocazione del bene stesso ai valori di mercato ed al netto delle spese all'uopo sopportate.

Diversamente, invece, il “*credito vantato alla data del fallimento*”, di cui al 3° comma dell'art. 72-*quater*, è il credito totale vantato dalla società di leasing alla data del fallimento; per cui è costituito non solo dall'eventuale residuo credito in linea capitale che non è stato soddisfatto da quanto ricavato dalla vendita o riallocazione del bene, ma anche dalla remunerazione del

³ Contro questa soluzione si è espresso il Trib. Padova, sez. fall., decr. 2 marzo 2007, in *Il Fallimento*, 2007, p. 821, con nota critica di A. PATTI, *Crediti da contratto di leasing tra risoluzione e pendenza del rapporto*; secondo il Tribunale l'art. 72-*quater* consentirebbe alla società di leasing una soddisfazione al di fuori del concorso sostanziale, assicurando la separazione del bene attraverso una sorta di privilegio speciale.

capitale impiegato, rappresentato dalla componente interessi inserita nei canoni periodici insoluti fino alla data della dichiarazione del suo fallimento ed in quelli successivi⁴, inclusi gli interessi di mora e quant'altro dovuto in forza del contratto che non costituisca risarcimento del danno. La somma così determinata può essere insinuata nello stato passivo e subisce le regole del concorso.

Pertanto, qualora dalla riallocazione del bene avanzi un surplus, questo deve essere versato al curatore e non può essere compensato dalla società di leasing con il suo complessivo credito di cui al 3° comma, che in questo caso sarebbe costituito dai soli interessi, poiché quest'ultimo deve concorrere con gli altri crediti chirografari.

3.2. (segue): b) i canoni pagati fino alla dichiarazione di fallimento

Per quanto riguarda i canoni pagati fino alla dichiarazione di fallimento l'art. 72-*quater* non dice nulla, limitandosi a stabilire nel comma 2 che si applica l'art. 67, comma 3, lettera a), l. f..

Da questo semplice richiamo si ricava l'affermazione di due fondamentali principi: innanzitutto, la conferma che l'art. 67, comma 3, lettera a), l. f., che esclude la revocatoria fallimentare per “*i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso*”, si applica anche ai canoni di locazione finanziaria; e, in secondo luogo, che i canoni pagati fino alla dichiarazione di fallimento restano integralmente acquisiti dalla società concedente, per cui non devono essere restituiti, tanto è vero che non vanno detratti dal suo credito, ma, al massimo, possono essere revocati solo se pagati non nei termini d'uso.

3.3. (segue): c) la riallocazione del bene “ai valori di mercato”

Infine, per quanto riguarda la specificazione introdotta nel comma 2 dell'art. 72-*quater* con l'ultima novella, secondo cui la vendita o qualunque altra

⁴ Cfr. QUAGLIOTTI, *La disciplina unitaria del contratto di leasing nel fallimento*, in *Il Fallimento*, 2006, p. 1246; *contra*: A. PATTI, *Disciplina concorsuale della locazione finanziaria nella nuova normativa*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 138, per il quale una corretta applicazione della disciplina propria dei contratti di credito dovrebbe comportare l'esclusione della parte di interessi sui canoni non ancora scaduti, per l'abbandono del piano di pagamento a norma dell'art. 1186 c.c.

collocazione del bene da parte della società concedente deve avvenire *ai valori di mercato*, pur se corretta sul piano formale, costituisce un elemento di complicazione e di appesantimento della già non facile fase del ricollocamento del bene.

A questo riguardo si rileva che la novità introdotta dall'art. 72-*quater* è stata quella di avere assegnato la funzione di riequilibrare il rapporto di locazione finanziaria, a seguito del suo scioglimento, alla restituzione del bene alla società di leasing, in quanto sua legittima proprietaria e, quindi, alla sua necessaria successiva riallocazione al fine di determinare in concreto l'importo di realizzo da sottrarre al suo credito residuo in linea capitale⁵; in questo modo il legislatore ha inteso superare il meccanismo contenuto nell'art. 1526 c.c. che, invece, imponeva, da un lato, la restituzione dei canoni incassati e, dall'altro, il riconoscimento di un equo compenso determinato sulla base di un astratto valore d'uso fattone del bene, con esclusione, comunque, del maggior danno, non riconosciuto in sede concorsuale.

Pertanto, nel contesto dell'originaria formulazione dell'art. 72-*quater*, pur se la vendita o la riallocazione del bene poteva sembrare rimessa ad una sorta di discrezionalità della società concedente, la quale non era vincolata da alcun parametro di riferimento in sede di concreto realizzo, comunque, tale arbitrarietà era solo apparente, poiché veniva fortemente temperata dai principi generali, sanciti, tra l'altro, dall'art. 1175 c.c., per cui la società di leasing era tenuta ad eseguire l'incarico nel rispetto dei doveri di diligenza e secondo correttezza e, quindi, a vendere al meglio, mediante l'opportuna acquisizione di prove documentali delle effettive offerte ricevute e la ricostruibilità a ritroso dell'iter seguito per la ricollocazione del bene, se non voleva soccombere in presenza di un'eventuale azione del curatore per il risarcimento dei danni subiti dalla massa a seguito della sua *mala gestio*.

Pertanto, lo stesso curatore che discrezionalmente si sia sciolto dal contratto, senz'altro avrebbe deciso una simile scelta con cognizione di causa e, quindi, con la consapevolezza di quanto la massa avrebbe potuto ricavare dalla riallocazione del bene da parte della società di leasing, indicando le sue aspettative a quest'ultima.

Oggi, invece, attraverso l'introduzione della previsione che la vendita o qualunque altra collocazione del bene devono avvenire *ai valori di mercato*, permanendo l'assenza dell'indicazione di un limite temporale entro il quale procedere ad un simile realizzo, si è inteso solo formalizzare la responsabilità della società di leasing, attribuendogli quasi un'obbligazione

⁵ Cfr. anche QUAGLIOTTI, op. e loc. cit., p. 1244.

di risultato, di cui, però, manca un effettivo riferimento del risultato desiderato, poiché non solo il valore di mercato dovrà essere stabilito di volta in volta per ogni singolo bene, ma questo muta con il passare del tempo e con le condizioni del mercato di riferimento e, quindi, con il momento in cui si riuscirà effettivamente a venderlo.

Pertanto, una soluzione praticabile, che ponga un rimedio alle conseguenze recate dall'ultima novella e tuteli la società concedente da un'eventuale azione di risarcimento danni intentata dal curatore, è quella di ricondurre il meccanismo introdotto dal comma 2 dell'art. 72-*quater* nell'ambito dell'istituto della vendita in danno di cui all'art. 1515 c.c., non potendo ricorrere alla procedura dell'art. 107 l. fall., posto che in quest'ultimo caso incaricato della riallocazione del bene sarebbe il curatore e non la società di leasing.

Peraltro, un'attenta dottrina⁶, seppur con le dovute differenze, aveva già rilevato che con la previsione della restituzione del bene alla società concedente al fine della sua riallocazione il legislatore aveva evocato l'istituto della vendita in danno di cui al citato art. 1515 c.c..

Con l'attuale formulazione dell'art. 72-*quater* l. f. il richiamo all'art. 1515 c.c. si deve ritenere quasi sottinteso, posto che anche il curatore dal canto suo è gravato, oltre che dall'obbligo di restituire tempestivamente il bene, dalla responsabilità della verifica del risultato ottenuto dalla riallocazione del bene stesso, soprattutto nei casi in cui in mancanza di mercuriali o di quotazioni ufficiali non è possibile determinare un valore di mercato oggettivamente certo, con la conseguenza di far ritornare tutte quelle incertezze, che invece si erano volute eliminare, che si nascondono dietro al ricorso alla determinazione del valore di mercato sulla base di indici presuntivi di incerta natura, come in passato è avvenuto per l'equo compenso.

Il timore è che, considerato l'elevato numero e la differente natura e tipologia dei beni rivenienti dai fallimenti, le società di leasing, al fine di ovviare alle lungaggini ed alle pesantezze procedurali derivanti dal pedissequo rispetto delle procedure recate dall'istituto della vendita in danno, concordino con il curatore un presunto valore di mercato del bene sulla base del quale determinare la propria posizione di debito/credito verso la procedura, eludendo così lo spirito della novità recata dall'art. 72-*quater*, che è stato appunto quello di aver voluto determinare in concreto l'effettivo valore di realizzo del bene restituito alla società di leasing.

⁶ QUAGLIOTTI, op. e loc. cit., p. 1245.

4. Il fallimento dell'utilizzatore: ii) il subentro nel contratto

Se il curatore decide, invece, di subentrare nel contratto si assume tutti gli oneri che scaturiscono dal contratto stesso divenendone parte sostanziale e non più terzo, per cui il pagamento dei canoni diviene un debito della massa che deve essere pagato in prededuzione, ossia per intero senza subire la falcidia del concorso con gli altri creditori.

Nel silenzio dell'art. 72-*quater* si poneva in questi casi il problema della sorte degli eventuali canoni insoluti fino alla dichiarazione del fallimento.

La soluzione oggi è offerta dal nuovo art. 74 l.f., anch'esso assunto a norma avente portata generale relativamente ai contratti di durata, come appunto la locazione finanziaria, in base al quale: “*Se il curatore subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica deve pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi erogati.*”

Tale disposizione recepisce l'assunto secondo cui il curatore che decide di continuare il contratto succede nell'intera posizione contrattuale che prima riguardava il fallito, con la conseguenza che, con riguardo alla locazione finanziaria, i canoni pregressi e non pagati dal fallito prima della dichiarazione di fallimento diventano anch'essi un debito della massa per cui devono essere pagati per intero ed in prededuzione⁷.

5. Il fallimento della concedente

Passando alla disciplina del fallimento della società concedente, che il comma 4 definisce come “*le società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria*”, si prevede, invece, l'automatica prosecuzione del contratto, per cui l'utilizzatore conserva il diritto di esercitare l'opzione finale di acquisto, che quindi è opponibile alla curatela qualora sia *in bonis* nel pagamento dei canoni periodici.

La disciplina del fallimento della concedente non pone particolari aspetti interpretativi; tanto che, nel complessivo contesto dell'art. 72-*quater*, il 4° comma non fa altro che sancire la riconduzione all'unità della fattispecie della locazione finanziaria, contribuendo a far considerare ormai superato,

⁷ In passato si perveniva alla medesima soluzione in forza del regime delle passività necessarie: cfr: PATTI, op. e loc. cit., p. 136.

sul piano normativo, quell'orientamento giurisprudenziale e dottrinario che rilevava l'esistenza di una duplicità tipologica della locazione finanziaria, ravvisando una distinzione tra il c.d. "leasing traslativo" ed il c.d. "leasing di godimento"⁸, dovendo, invece, ormai ragionare solo in termini di un unico contratto di locazione finanziaria.

La conferma di ciò la si ricava anche dal fatto dell'eliminazione dell'inciso "*incluso quello a carattere traslativo*", riferito al contratto di locazione finanziaria, che, invece, si riscontrava nella medesima disciplina inizialmente introdotta con il decreto-legge 24 dicembre 2003, n. 354, convertito con la legge n. 45/04, nella quale un simile inciso poteva avere un senso nel particolare contesto in cui fu inserito, diretto essenzialmente a paralizzare l'orientamento della Cassazione enunciato con la sentenza n. 5552/03, con la quale la S.C. aveva esteso anche all'ipotesi del fallimento della società di leasing il principio generale della sospensione del contratto e della facoltà del curatore di sciogliersi o di subentrare nello stesso.

6. Gli effetti dell'art. 72-quater sulla qualificazione della locazione finanziaria

Da tutto quanto precede emerge chiaramente che con l'art. 72-quater il legislatore non ha inteso solo colmare una lacuna normativa, introducendo una specifica disciplina giuridica diretta a superare le incertezze giurisprudenziali sulle sorti della locazione finanziaria come contratto pendente in sede fallimentare; ma dall'inequivoco tenore letterale della disposizione e, soprattutto, dall'eliminazione del riferimento al "*leasing traslativo*" inizialmente inserito nel 4° comma, si ricava anche che il medesimo legislatore ha inteso parimenti superare la distinzione tra "*leasing traslativo*" e "*leasing di godimento*".

Pertanto, dovendo dare un'interpretazione univoca del "contratto di locazione finanziaria" di cui parla l'art. 72-quater, confermata appunto dall'assenza di una qualsiasi ulteriore specificazione con intento

⁸ Per eventuali approfondimenti, sia consentito il rinvio a M. R. LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, 2002, in particolare al Cap. 3 della Parte I, §§ 3.3 e 3.4, pp. 141 ss.. Come è noto, secondo l'orientamento della Cassazione, inaugurato con le decisioni del 13 dicembre 1989, nn. 5569-5574, in *Riv. It. Leasing*, 1989, p. 585 con nota di LA TORRE; in *Giur. It.*, 1990, I, 1, p. 741 con nota di CLARIZIA; in *Foro it.*, 1990, I, c. 461 con note di DE NOVA e PARDOLESI, esisterebbero due tipi di "*leasing*": quello c.d. di "godimento", al quale riconosce una prevalente causa finanziaria, e quello c.d. "traslativo", con causa mista, all'interno del quale prevarrebbe una causa di scambio.

qualificatorio, si ha che sul piano normativo in sede fallimentare è stata sancita l'esistenza di un'unica fattispecie di locazione finanziaria avente natura di contratto di durata con causa di finanziamento⁹, posto che altrimenti non si sarebbe potuto giustificare il richiamo all'art. 67, comma 3, lettera a), che - nel contesto del comma 2 dell'art. 72-*quater* in cui è inserito - assume l'unico significato di stabilire che “*le somme già riscosse*” (*rectius* i canoni periodici già corrisposti) restano acquisite alla società di leasing, riconoscendo così la sussistenza di quella corrispettività a coppie tipica dei contratti di durata. Ma non solo, poiché sulla base della terminologia usata e della disciplina all'uopo dettata, emerge il chiaro ed indubitabile riconoscimento della sussistenza di una causa di finanziamento, avendo distinto tra credito in linea capitale ed interessi, coerentemente alla disciplina recata nel 1993 dal testo unico delle leggi bancarie, che ha incluso espressamente il “*leasing finanziario*” tra le attività finanziarie riservate in via esclusiva alle banche ed agli intermediari finanziari¹⁰.

Ciò posto, considerato che nonostante l'inserimento nella disciplina dei rapporti pendenti nel fallimento dell'art. 72-*quater* la locazione finanziaria resta, comunque, un contratto atipico, si pone il problema per l'interprete se la qualificazione e la disciplina dallo stesso recata debba essere estesa, o meglio possa avere una valenza, anche in sede di diritto sostanziale oppure se in tale campo resti tuttora aperto il problema della sua qualificazione, persistendo la distinzione tra *leasing* di tipo traslativo e *leasing* di godimento.

In sostanza, il problema che in questo caso si pone per l'interprete non è quello tradizionale di stabilire se le disposizioni della legge fallimentare ed, in particolare, quelle speciali dettate in materia di rapporti pendenti siano suscettibili di applicazione analogica; ma esattamente l'inverso, ossia quello di stabilire se con riguardo al contratto atipico di locazione finanziaria, privo di una disciplina giuridica positiva di diritto sostanziale, in sede di ricorso all'analogia, ai sensi dell'art. 12, comma 2, disp. prel., il riferimento “*alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe*” consenta l'estensione dei principi che si ricavano dall'art. 72-*quater* l.f. oppure se, invece, si debba continuare ad individuare la disposizione dettata in materia

⁹ *Contra* PATTI, op. e loc. cit., p. 138, secondo cui la finalità del finanziamento rileva alla stregua di un semplice motivo, come peraltro per altri contratti di scambio come appunto la vendita con riserva di proprietà, ma non anche di causa, per la divaricazione del soggetto che riceve la dazione di denaro (il fornitore), che nulla deve restituire, ed il soggetto tenuto alla restituzione (l'utilizzatore), che non riceve alcuna somma a titolo di finanziamento, né la proprietà del bene, ma solo la possibilità di utilizzarlo verso il pagamento di un canone periodico ed un'opzione finale di acquisto.

¹⁰ Cfr. artt. 1, comma 2, n. 3), e 106 del d. lgs. n. 385/93.

di diritto sostanziale per un contratto che più gli si avvicina o che presenti delle analogie.

Si è già detto che, attualmente, il problema rileva essenzialmente in caso di risoluzione del contratto a seguito dell'inadempimento dell'utilizzatore, per il quale non ha alcun senso sostenere *sic et simpliciter* l'inapplicabilità a priori dell'art. 72-*quater* per il semplice fatto che sulla base del comma 5 dell'art. 72 l.f. la risoluzione intervenuta prima del fallimento spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, per cui, non trovando applicazione la disciplina sui rapporti pendenti, debba necessariamente applicarsi una differente disciplina; poiché, innanzitutto, questo assunto è smentito sul piano normativo proprio dalla disciplina dettata per la vendita con riserva di proprietà (cfr. artt. 1526 c.c. e 73 l.f), ma anche perché sia la dottrina che la giurisprudenza hanno sempre ravvisato una stretta analogia tra gli istituti della "risoluzione" e dello "scioglimento" del contratto, applicando al secondo le disposizioni o anche i semplici principi dettati nei casi analoghi per la prima.

La conferma di ciò la si ricava proprio dal fatto che in passato il ricorso all'art. 1526 c.c. e, quindi, successivamente, alla qualificazione della locazione finanziaria in termini di *leasing* traslativo o di godimento, è stato giustificato da un'esigenza di equità e di ripristino del sinallagma contrattuale sia in sede di risoluzione che in sede fallimentare a seguito dello scioglimento del contratto da parte del curatore, al fine di evitare un possibile ingiustificato arricchimento della società concedente ai danni dell'utilizzatore, poiché si riteneva che questa potesse ottenere un duplice vantaggio, recuperando sia il bene che i canoni a scadere. Pertanto, l'individuazione della disposizione applicabile in caso di risoluzione veniva estesa anche all'ipotesi dello scioglimento del contratto.

Oggi, a seguito dell'introduzione dell'art. 72-*quater*, il problema della disciplina applicabile in caso di risoluzione della locazione finanziaria conseguente all'inadempimento dell'utilizzatore è limitato solo all'ambito del diritto sostanziale e non scaturisce più dall'esigenza di ripristinare il sinallagma contrattuale ed evitare l'ingiustificato arricchimento della società di *leasing*, poiché una simile necessità è stata ormai superata da decenni, a seguito della riformulazione delle clausole contrattuali sulla determinazione della penale di risoluzione, nelle quali si prevede espressamente l'imputazione a favore dell'utilizzatore inadempiente di quanto ricavato dalla riallocazione del bene e tutto ciò è stato, peraltro, rilevato anche dalle stesse

Sezioni Unite Civili della Cassazione¹¹; per cui il ricorso all'*analogia iuris* si pone, eventualmente, solo per verificare la congruità di queste clausole, posto che non è nemmeno indispensabile a tal fine, considerato che l'ordinamento giuridico attraverso l'art. 1384 c.c., applicabile d'ufficio, riconosce al giudice il potere di ridurre la penale eccessivamente onerosa.

Orbene, ritornando al piano normativo, si osserva che l'esigenza di equilibrare i contrapposti interessi del concedente *in bonis* e dell'utilizzatore fallito è stata opportunamente valutata e ponderata dal legislatore in sede fallimentare all'interno dell'art. 72-*quater*.

A tal riguardo si osserva che in sede fallimentare le esigenze di tutela della massa dei creditori e del rispetto delle regole del concorso rappresentano un interesse superiore a quello del diritto al risarcimento del danno del contraente che abbia subito l'inadempimento dell'altra parte; per cui è fuori di ogni dubbio che in un ottica di coerenza del sistema anche in questo secondo caso sia necessario riconoscere alla società di leasing, che abbia risolto il contatto a seguito dell'inadempimento dell'utilizzatore, una tutela che sia non solo analoga, ma persino superiore a quella dettata in caso di scioglimento del contratto a seguito del fallimento dell'utilizzatore, considerato che gli è dovuto anche il risarcimento del danno.

Al contrario, se si dovesse, invece, ricorrere all'applicazione analogica delle disposizioni dettate per altri tipi contrattuali, e ritenere così applicabile l'art. 1526 c.c. con una determinazione dell'equo compenso sulla base del valore d'uso fatto del bene, ossia della remunerazione del godimento de bene

¹¹ Cfr. per tutte Cass., Sezioni Unite civili, 7 gennaio 1993, n. 65, in *Riv. it. leasing*, 1993, p. 207, nonché in *Foro It.*, 1994, I, c. 177, nella quale si legge che: "Non è, infine, superfluo osservare che la confermata esistenza di diversi modelli di leasing finanziario, soggetti a differenti regimi legali, non conduce necessariamente, sul piano pratico, a conseguenze a tal punto divergenti da giustificare la preoccupazione che, nei casi in cui si ritenga applicabile l'art. 1458 c.c., il concedente realizzi sempre un indebito arricchimento in danno dell'utilizzatore".

"A prescindere, infatti, dal rilievo che, in forza di una clausola pattizia, solitamente inserita nei moduli di contratto, è prevista la deduzione da quanto dovuto al concedente in applicazione della suindicata norma ... della somma ricavata dalla vendita del bene oggetto di leasing, va ricordato che la dottrina e la stessa giurisprudenza di questa Corte non hanno mancato di indicare gli strumenti giuridici ai quali il giudice del merito può fare utilmente ricorso al fine di evitare squilibri nelle posizioni delle parti ... E si è del pari prospettata l'opportunità di "modulare" adeguatamente l'equo compenso previsto dall'art. 1526 c.c., nell'opposta ipotesi in cui si ritenga applicabile per analogia la disciplina della risoluzione dettata da quest'ultima norma. Il che ha indotto autorevole dottrina ad affermare, non senza fondamento, che la questione del regime applicabile alla risoluzione del contratto di leasing finanziario potrebbe, in fondo, costituire "un falso problema", posto che le varianti disciplinari tendano, in punto di fatto, a convergere (o possono - quanto meno - essere opportunamente attenuate, con prudente apprezzamento, dal giudice per evitare soluzioni inique)".

e del suo deprezzamento per la sua scarsa commerciabilità¹², si avrebbe l'assurdo risultato che l'utilizzatore inadempiente sia tenuto ad un risarcimento del danno della società di leasing di gran lunga inferiore a quanto previsto a carico del fallimento in caso di scioglimento del rapporto ai sensi dell'art. 72-*quater*.

Pertanto, tornando al problema del ricorso all'analogia ai sensi dell'art. 12, comma 2, disp. prel., è fuori di dubbio che oggi nel caso della risoluzione della locazione finanziaria a seguito dell'inadempimento dell'utilizzatore l'individuazione della disciplina applicabile sulla base delle "*disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe*" non può che essere risolta attraverso i principi che si ricavano dall'art. 72-*quater* della legge fallimentare, considerato che tale disposizione è l'unica che garantisce una coerenza all'ordinamento giuridico ed assicura la certezza del diritto, poiché dal punto di vista sistematico non è concepibile che la locazione finanziaria possa avere una determinata disciplina come rapporto pendente in sede fallimentare, a seguito del suo scioglimento in caso di fallimento dell'utilizzatore, ed una assolutamente diversa in caso di sua risoluzione a seguito dell'inadempimento dell'utilizzatore.

In altre parole, in presenza della disciplina recata dall'art. 72-*quater* l.f. per lo scioglimento del contratto a seguito del fallimento dell'utilizzatore, non è più ipotizzabile in sede di risoluzione del contratto di locazione finanziaria l'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c., sia perché il legislatore ha sancito l'esistenza di un solo tipo di locazione finanziaria con causa di finanziamento, per cui la fattispecie da prendere in considerazione deve presentare una analoga causa finanziaria e non di scambio, sia per un'esigenza di certezza del diritto e di coerenza del sistema.

Da tutto quanto precede, emerge, quindi, che il legislatore, con l'art. 72-*quater* l.f. ha effettuato una vera e propria rivoluzione copernicana, invertendo il percorso logico che in passato ha portato alle diverse tesi sulla qualificazione giuridica del "*leasing*", sancendo per legge una ricostruzione della locazione finanziaria in termini di contratto di durata con causa di finanziamento, per il quale è divenuto inconciliabile un meccanismo analogo a quello contenuto nell'art. 1526 c.c., dettato per la risoluzione della vendita con riserva della proprietà, per cui tale disposizione non potrà più trovare applicazione alla locazione finanziaria, non solo in sede fallimentare a seguito dello scioglimento del rapporto, per l'espressa disciplina recata

¹² V., da ultimo, Cass., 13 gennaio 2005, n. 574.

dall'art. 72-*quater*, ma nemmeno in caso di semplice risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore¹³.

Peraltro, la conferma di un simile assunto oggi la si ricava, sempre sul piano normativo, a seguito della sostituzione dell'art. 73 ad opera dell'art. 4 d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che ha introdotto una disciplina speciale anche per la vendita con riserva di proprietà come rapporto giuridico pendente, per la quale in caso di scioglimento dal contratto da parte del curatore del fallimento dell'acquirente è stato riproposto il medesimo meccanismo previsto dall'art. 1526 c.c., che vede la restituzione da parte del venditore al fallimento delle rate di prezzo già riscosse, salvo il diritto di vedersi riconosciuto l'equo compenso per l'uso della cosa, da insinuare nel passivo.

Pertanto, se sul piano sistematico e della coerenza dell'ordinamento giuridico si è inteso dettare una medesima disciplina per la vendita con riserva di proprietà sia in caso di risoluzione che in caso di scioglimento del contratto, differente da quella dettata per la locazione finanziaria come rapporto pendente nel fallimento, a maggior ragione la logica giuridica e la coerenza del sistema impongono che anche per la locazione finanziaria vi debba essere un medesimo trattamento sia in caso di scioglimento che in caso di risoluzione del contratto, rispettivamente, per il fallimento o l'inadempimento dell'utilizzatore.

Stante la permanenza della natura atipica del contratto di locazione finanziaria, si ha, quindi, che l'introduzione di una disciplina speciale in sede fallimentare quale rapporto giuridico pendente, che ha sancito, sul piano normativo, una sua qualificazione come contratto di durata con causa di finanziamento, assume una fondamentale rilevanza anche sul piano sistematico e del diritto sostanziale, costituendo l'unico "*caso simile*" o "*materia analoga*" da prendere in considerazione ai fini del ricorso all'*analogia iuris* ai sensi dell'art. 12, comma 2, disp. prel..

¹³ E' di avviso contrario INZITARI, *Nuove riflessioni in tema di leasing nella disciplina dei rapporti pendenti della novella fallimentare (art. 72 quater l. fall.)*, in *www.IL CASO.it*, p. 11 del testo stampato, il quale ritiene che sulla base della previsione contenuta nel 5° comma del nuovo art. 72 l. fall., che rende opponibile al curatore la risoluzione del contratto avviata prima del fallimento, quest'ultimo potrebbe chiedere la restituzione dei canoni pagati dall'utilizzatore poi fallito salvo l'equo compenso, poiché non trova applicazione l'art. 72-*quater* l. fall.. Se fosse vero ciò, non solo si avrebbe un diverso trattamento di due situazioni giuridiche (la risoluzione del contratto e lo scioglimento del rapporto pendente) che sostanzialmente si equivalgono, ma parimenti si tornerebbe a distinguere i due tipi di *leasing* con una conseguente disparità di trattamento che lo stesso Autore, a pag. 7 dello scritto, ha invece ritenuto di escludere in sede fallimentare proprio in forza dell'art. 72-*quater*.