



## **Rivista di diritto amministrativo**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

### **Diretta da**

Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,  
Mauro Orefice e Domenico Mutino

### **Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

### **Coordinamento**

Valerio Sarcone

# **FASCICOLO N. 9/2014**

## **estratto**

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

## Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

## Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

# L'impresa tra Leasing e Factoring

di Raffaele Mancuso

## Abstract

*L'impresa, sotto il profilo giuridico, è un'attività economica organizzata al fine della produzione di beni o di servizi. Sotto il profilo economico, va aggiunto che l'impresa deve essere condotta con criteri che prevedano un'adeguata copertura dei costi con i ricavi, per consentire la produzione di ricchezza. In definitiva, l'impresa è un complesso di interdipendenza fra beni e persone che operano scambiando con l'esterno conoscenza e produzione, perseguendo un comune obiettivo consistente nella produzione di valore. Quest'ultimo è da intendere sia come profitto più o meno immediato per le persone che partecipano all'attività di impresa, sia come fonte di capacità contributiva per l'intera collettività.*

*Il leasing è il contratto che lega:*

- *il concedente (cioè il soggetto proprietario del bene) e*
- *l'utilizzatore (cioè il soggetto che viene ad utilizzare il bene medesimo).*

*Con questo contratto il concedente dietro pagamento di un canone periodico (normalmente mensile) di fatto affida un bene (in questo caso un veicolo) all'utilizzatore che ha il diritto di utilizzarlo fino alla fine del periodo di concessione al termine del quale ha la possibilità di*

- *interrompere il rapporto oppure rinnovarlo sostituendo il veicolo con un altro differente*
- *acquistare il mezzo (c.d. riscatto).*

*Il termine, di origine anglosassone (da to lease: affittare), indica nel diritto italiano un'operazione economica e un corrispondente contratto caratterizzati da una struttura di base costante sulla quale si innestano elementi tra loro molto diversificati sulla base dei quali sono state individuate diverse tipologie contrattuali. Elemento costante del contratto è la concessione in godimento di un bene, mobile o immobile, da parte di un soggetto specializzato, impresa di leasing, ad un altro soggetto, di norma imprenditore, per un determinato periodo di tempo verso corresponsione di un canone periodico predeterminato, con la facoltà dell'utilizzatore, alla scadenza, di scegliere tra restituzione del bene, la rinnovazione del contratto od il riscatto del bene con l'acquisizione della proprietà dello stesso verso pagamento all'impresa di leasing del prezzo residuo nella misura predeterminata all'atto della stipulazione del contratto con riferimento alla durata dello stesso e al grado di usura del bene. Su di questo schema base si innestano vari elementi, in relazione ai quali si distingue tra leasing operativo e leasing finanziario. Nel leasing operativo il bene concesso in godimento è prodotto o comunque fornito all'utilizzatore direttamente dall'impresa di leasing nella cui disponibilità si trova con coincidenza delle figure della società di leasing e del fornitore. Si tratta normalmente di beni strumentali standardizzati e l'impresa di, in quanto produttore-fornitore, si obbliga anche ad una serie di prestazioni collaterali, tra cui l'assistenza tecnica per la manutenzione della attrezzatura in buono stato di efficienza. La durata del contratto è normalmente più breve della locazione finanziaria e in alcuni casi è escluso il diritto di opzione per l'acquisto alla scadenza. Nel leasing finanziario il bene oggetto del contratto*

*non è prodotto o fornito direttamente dalla società di leasing: l'utilizzatore sceglie direttamente presso il produttore- fornitore il bene che gli serve; l'impresa di leasing acquista presso il fornitore il bene scelto dall'utilizzatore e, infine, lo concede in godimento all'utilizzatore. Oggetto del contratto, in questo caso, sono beni anche non standardizzati e l'impresa di leasing non è obbligata ad altre prestazioni che non siano quelle di concedere il bene in godimento.*

### **L'attività d'impresa**

Si risolve in una serie di atti tra loro collegati in funzione dello scopo economico perseguito; detti atti possono essere atti materiali o atti negoziali. Tra questi ultimi rivestono particolare importanza i contratti stipulati dall'imprenditore per l'organizzazione e lo svolgimento dell'attività imprenditrice. Infatti è proprio mediante la conclusione di contratti che l'imprenditore, da un lato, si procura la disponibilità delle risorse umane e materiali necessarie alla produzione e allo scambio, e, dall'altro, offre sul mercato i beni e i servizi prodotti o ne promuove la circolazione attraverso catene distributive integrate.

L'impresa appare pertanto come una fittissima rete di rapporti contrattuali che operano come *trait d'union* e, allo stesso tempo, come punto dirimente tra l'attività, oggettivamente intesa, ed il soggetto esercente, poiché finiscono con l'essere strumentali alla prima, pur rimanendo imputabili al secondo.

I contratti dell'impresa, alla luce di quanto premesso, sono uno strumento indispensabile e prezioso della pratica commerciale, sotto ogni profilo della realtà aziendale, sia esso giuridico, economico, o sociale; essi si propongono come esplicazione diretta e necessaria delle attività definite d'impresa<sup>1</sup>. Sono lo strumento che permette all'impresa di qualificarsi come un sistema aperto, e di conseguire lo scopo del profitto, con tutte le conseguenze, non necessariamente solo economiche, che ne derivano. L'argomento è dunque vasto.

Tuttavia, alla sua potenziale vastità di argomenti e approcci tematici, non corrisponde un altrettanto ampia quantità di fonti omogenee. Gli studi sull'argomento, a differenza di altri istituti, come ad esempio la proprietà e i contratti ad essa riconducibili, sono tutti piuttosto recenti<sup>2</sup>. I bisogni delle

---

<sup>1</sup> F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, tomo I, Milano, 1973.

<sup>2</sup> La cosiddetta categoria dei contratti d'impresa costituisce un settore di studio, al quale soltanto pochi autori hanno dedicato ricerche e pubblicazioni. I contributi fondamentali allo sviluppo dei contratti d'impresa provengono in massima parte dalla prassi degli affari, dagli usi, dalla pratica commerciale e professionale, che nel tempo esercita una selezione naturale tale per cui nuovi contratti, non tipizzati dal legislatore, vengono in essere, contratti atipici ricevono una disciplina autonoma e vengono tipizzati, e l'uso di altri contratti viene meno, divenendo desueti. Se è piuttosto semplice rintracciare manuali pratici, memento, formulari, raccolte di normative relative alla disciplina generale dei contratti che costituiscono lo strumento cui maggiormente fanno ricorso gli operatori del settore, il materiale didattico di origine accademica o dottrinale è, invece, frammentario e quantitativamente limitato a pochi testi. Alla materia si sono dedicati pochi autori, le cui pubblicazioni costituiscono un punto di riferimento fondamentale per un approfondimento accademico del tema in questione. Così, tra questa autorevole dottrina, possiamo citare: A. DAL MARTELLO, *I Contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2005; V. ROPPO, di cui va citato *Il contratto*, Milano, 2001; V. BUONOCORE, *Contratti d'impresa*, in V. BUONOCORE e A. LUMINOSO, *Contratti d'impresa*, I, Milano, 1993, e *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000; M. CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1995; R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993; G. OPPO, *La contrattazione d'impresa*, 1995; G. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Contratti e Impresa*, 1997; G. DE NOVA, *I contratti in Rivista di diritto civile*, 1990.

imprese sono profondamente mutati nel corso di questi anni ed ulteriori cambiamenti contraddistinguono la dinamica aziendale.

L'imprenditore che prima riusciva a seguire tutti gli aspetti – tecnici, gestionali ed operativi – dell'azienda, avverte oggi la necessità di concentrare le proprie energie ed il proprio impegno nella direzione dell'attività caratteristica, delegando ad altri il compito di affrontare e risolvere i problemi che da essa derivano.

Ed è per questo che negli ultimi anni stanno nascendo nuovi tipi di rapporti e contratti che rispondono alle esigenze a cui le imprese devono far fronte.

Si tratta di una serie di rapporti contrattuali non ancora regolati da normative specifiche e quindi non ancora delineati in tutti i loro aspetti.

Con questa tesina cercherò di mettere in luce i punti salienti, i vantaggi e gli svantaggi dei contratti di leasing e di factoring.

Oggi il tema del leasing è particolarmente attuale perché riguarda uno dei principali problemi delle imprese: l'approvvigionamento finanziario.

Il leasing è un'alternativa per la crescita delle imprese, soprattutto per quelle di piccole e medie dimensioni che non possono fornire garanzie patrimoniali adeguate all'entità dei prestiti richiesti.

Attualmente il ricorso al leasing, in Italia è aumentato rispetto al passato non solo per l'aspetto finanziario, ma anche perché è uno strumento di sviluppo aziendale.

Il factoring, invece, è uno strumento ormai consolidato nell'ambito del sistema economico e finanziario, coinvolge infatti decine di migliaia di imprese.

In pratica, esse ottengono con il factoring un finanziamento immediato senza ricorrere direttamente agli istituti di credito.

### **I contratti atipici**

Le parti possono concludere anche contratti non previsti e regolamentati dal Codice Civile, purché essi siano leciti ed appaiano meritevoli di tutela in quanto non contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento (art.1322 comma 2). Il "mondo giuridico occidentale" quale unico campo di osservazione utile; fenomeni circolatori e condivisione di regole comuni: graduale convergenza dei sistemi di civil e di common law e conseguente riconsiderazione delle tradizionali classificazioni degli ordinamenti in grandi "famiglie".

Questi contratti, proprio perché non rientranti nei tipi previsti dal Codice, si dicono comunemente "contratti atipici".

Come tali, essi sono regolati soltanto dalle disposizioni generali previste dal Codice Civile stesso e da quelle stabilite in comune accordo tra le parti.

Il fatto che il Codice non tratti alcuni tipi di contratto non significa affatto che questi siano di poca importanza o poco diffusi.

La realtà commerciale dimostra anzi che le imprese stipulano molto spesso contratti atipici, ritenendoli indispensabili allo sviluppo dell'attività produttiva ed al soddisfacimento delle proprie esigenze organizzative.

La maggior parte dei contratti atipici provengono da paesi stranieri, su tutti quelli anglosassoni, dove hanno trovato affermazione e collaudo diversi anni prima che nel nostro Paese. La locazione

finanziaria, secondo la definizione unanimemente condivisa in Italia, è un contratto di finanziamento che consente, in cambio del pagamento di un canone periodico:

- di avere la disponibilità di un bene strumentale all'esercizio della propria professione o attività imprenditoriale ovvero di un bene di consumo;
- di esercitare, al termine del contratto, un'opzione di acquisto (di riscatto) del bene stesso per una cifra pattuita, di norma inferiore al valore di mercato del bene.

Tra di essi i più diffusi sono il leasing, il factoring ed il franchising.

## **Il leasing**

Le aziende possono procurarsi in vari modi i beni strumentali necessari all'esercizio dell'attività produttiva (macchinari, impianti, fabbricati, etc.).

Esse possono ricorrere all'acquisto di questi cespiti o prendere tali beni in godimento, stipulando contratti di locazione o di affitto.

Uno strumento alternativo si ha con il leasing (dall'inglese to lease, prendere o concedere in locazione).

Il leasing è un contratto con il quale una parte, dietro pagamento di un canone periodico, concede ad un'altra il godimento di un bene; l'utilizzatore assume il rischio del perimento del bene e ha la facoltà di diventarne proprietario al termine del contratto, dietro pagamento di un prezzo di riscatto prestabilito.

La causa del contratto di leasing è la funzione di finanziamento.

## **Le parti contrattuali**

Nell'operazione sono coinvolti tre soggetti:

- L'utilizzatore: cioè colui che sceglie ed utilizza il bene (nell'ambito di qualsiasi attività: l'esercizio di un'impresa, una professione, un'arte, etc.) e può riscattarlo al termine del contratto.
- Il concedente: è la società di leasing che acquista materialmente il bene scelto dall'utilizzatore, conservandone la proprietà fino al momento dell'eventuale riscatto.
- Il fornitore: è chi vende il bene, scelto dall'utilizzatore, alla società di leasing.

E' un contratto nato originariamente negli Stati Uniti, ma è ormai largamente diffuso anche in Europa e in Italia, dove viene comunemente definito locazione finanziaria.

Oggetto del contratto può essere qualunque tipo di bene, preferibilmente quelli soggetti a rapida obsolescenza (cioè ad essere superati rapidamente dall'evoluzione tecnologica).

Alla scadenza del contratto l'utilizzatore potrà scegliere se:

- ✓ Restituire il bene quando questo non risulti più di alcuna utilità per l'azienda

- ✓ Rinnovare il leasing ad un canone ridotto oppure sostituire il bene (il che avviene o perché il bene può ancora essere utilizzato, o perché risulta conveniente sostituirlo con un altro simile ma più efficiente)
- ✓ Acquistare la proprietà del bene pagando una somma prestabilita a titolo di riscatto (ciò è conveniente se il suo valore alla scadenza del contratto risulti superiore al prezzo di riscatto).

Al leasing possono accedere imprese di ogni forma e dimensione per il finanziamento di beni mobili ed immobili necessari all'attività svolta.

Il leasing ha solitamente tempi di realizzazione più rapidi rispetto ad altre forme di finanziamento e non presuppone una grande liquidità aziendale in quanto consente pure di allungare nel tempo anche l'esborso relativo all'IVA.

Il leasing comporta inoltre notevoli vantaggi sia alla società concedente che all'utilizzatore.

La società di leasing lucrerà una cifra globale che comprende il valore di mercato del bene e un ulteriore margine a titolo di compenso e di spese.

In sostanza guadagnerà la differenza tra l'importo del leasing e il minor prezzo pagato al fornitore per l'acquisto del bene. Inoltre, il fatto di essere proprietaria del bene la garantisce dall'inadempimento nel pagamento dei canoni.

L'utilizzatore, dal canto suo, ottiene subito i macchinari necessari alla produzione pur non avendo i fondi necessari all'acquisto.

Con il leasing poi, l'utilizzatore non impegna ingenti capitali per l'acquisto di macchinari che sa già di dover sostituire per adeguare la propria azienda al progresso tecnologico.

Altri vantaggi gli derivano sul piano fiscale: i canoni leasing infatti sono deducibili su beni strumentali all'esercizio dell'impresa.

Il leasing si distingue in:

**LEASING OPERATIVO**

**LEASING FINANZIARIO**

**LEASING DI RITORNO (LEASE-BACK)**

## **IL LEASING OPERATIVO**

E' la prima forma storicamente assunta dal leasing.

Questa tipologia è usata prevalentemente nei settori dei mezzi di trasporto, dei beni strumentali per l'agricoltura e l'edilizia e soprattutto nel settore informatico.

Con questo contratto, l'impresa utilizzatrice ottiene la temporanea disponibilità di beni strumentali per un periodo di tempo inferiore alla loro vita economica (il che ne consente la continuazione dell'utilizzo al termine del contratto) senza sopportare i rischi connessi alla obsolescenza di essi.



E' stipulato direttamente tra il produttore e l'utilizzatore del bene, senza l'intermediazione di una società di leasing.

La sua durata è inferiore al periodo di obsolescenza del bene. Il prezzo dell'opzione (cioè il prezzo che l'utilizzatore deve pagare se vuole diventare proprietario del bene al termine del contratto) è perciò più elevato rispetto a quello applicato in altre forme di leasing.

Altra caratteristica degna di nota è che i canoni da pagare nel leasing operativo non coprono tutto l'ammontare del costo del bene, il valore di quest'ultimo perciò, al termine del contratto avrà ancora un valore notevole, il quale andrà a pesare sull'opzione di riscatto.

E' inoltre tipico di questo contratto, l'obbligo per l'impresa concedente (che in genere ne è anche la produttrice) di fornire un servizio di assistenza e di manutenzione per conservare in perfetta efficienza il bene medesimo.

Al termine del contratto, l'impresa utilizzatrice avrà la facoltà di optare a favore di una delle seguenti alternative:

- ✓ Rinnovare il contratto
- ✓ Sostituire il bene con un altro più confacente alle sue esigenze
- ✓ Riscattare il bene pagando una somma prefissata

| LE DIFFERENZE TRA LEASING FINANZIARIO E LEASING OPERATIVO                                                                                                |                                                                                                             |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LEASING FINANZIARIO                                                                                                                                      | LEASING OPERATIVO                                                                                           |
| Ha per oggetto beni mobili o immobili, anche non standardizzati                                                                                          | Ha per oggetto beni standardizzati                                                                          |
| La società di leasing non produce il bene ma dispone di capitali con i quali acquista dal produttore i beni richiesti dall'utilizzatore                  | Il godimento dei beni è concesso direttamente dal produttore o comunque da colui che ne ha la disponibilità |
| Di solito è prevista la possibilità di riscattare il bene alla scadenza                                                                                  | Non è sempre possibile riscattare il bene alla scadenza                                                     |
| La società di leasing non fornisce servizi accessori                                                                                                     | L'impresa produttrice fornisce di solito servizi di assistenza e di manutenzione dei beni                   |
| L'utilizzatore non può recedere dal contratto prima della sua scadenza                                                                                   | L'utilizzatore può recedere prima della scadenza                                                            |
| Il canone è calcolato con riferimento al prezzo pagato, agli interessi sul capitale, all'indennità di rischio finanziario e comprende una quota di utile | Il canone è commisurato al valore d'uso e comprende la remunerazione dei servizi accessori                  |



**Cassazione civile, sez. III, 29 settembre 2007, n. 20592**

Nella menzionata pronuncia la Suprema Corte si allinea all'oramai consolidato orientamento intorno alla natura del contratto di leasing finanziario, affermando si tratti di un contratto con *funzione di scambio* e non, come sostenuto dalla giurisprudenza più risalente e da una parte della dottrina, di una mera operazione di finanziamento.

Lo schema negoziale dell'accordo vede la partecipazione di tre soggetti: il concedente finanziatore (che esercita l'attività di leasing), il fornitore, e l'utilizzatore finale del bene.

Quest'ultimo (di solito un imprenditore), interessato all'utilità di un determinato bene ma al contempo intenzionato a non sostenere gli oneri economici e fiscali di un acquisto, si rivolge al concedente finanziatore conferendogli l'incarico di finanziare e procedere all'acquisto del bene agognato, previa indicazione del fornitore presso il quale intende approvvigionarsi.

Il concedente effettua quindi all'acquisto presso il fornitore indicato e, mantenendo la titolarità del diritto di proprietà sul bene acquistato, ne cede il godimento all'utilizzatore in cambio di un corrispettivo periodico pattizamente stabilito (c.d. locazione finanziaria).

Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha la facoltà di scegliere tra il riscatto del bene mediante il pagamento di un prezzo finale, la proroga della locazione e la restituzione del bene al concedente finanziatore.

Il contratto presenta vantaggi per ognuno dei contraenti: il concedente finanziatore, conservando la titolarità del bene acquistato nell'interesse dell'utilizzatore finale, è preservato da un'eventuale insolvenza di quest'ultimo (cosa che non accadrebbe nel caso di stipula di un normale contratto di mutuo, nel quale il mutuante finanziatore, anticipando il capitale per l'acquisto senza acquisire la proprietà del bene, rimarrebbe maggiormente esposto alle conseguenze dell'insolvenza dell'utilizzatore).

L'utilizzatore finanziato, dal canto suo, non anticipa capitale per l'acquisto del bene ed ha la possibilità di rinnovare l'oggetto dell'acquisto stipulando un nuovo contratto di leasing alla scadenza del primo. Riceve, inoltre, un vantaggio fiscale dal mancato acquisto, potendo imputare al passivo dell'impresa i canoni di godimento corrisposti al finanziatore.

Il fornitore, infine, vede soddisfatto il suo interesse commerciale alla vendita del bene richiesto dall'utilizzatore e acquistato dal concedente.

La questione risolta dalla sentenza riguarda la possibilità, per l'utilizzatore finale, di opporre al concedente finanziatore l'inadempimento del fornitore quale causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione per una causa non imputabile al debitore (che coincide, nella fattispecie, con il concedente finanziatore).

Si tratta, in altre parole, di verificare se l'inadempimento del fornitore (nel caso di specie la mancata consegna di documenti necessari al legittimo uso della cosa) possa configurarsi come impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore (concedente finanziatore), rendendo operante il meccanismo di risoluzione contrattuale previsto dal combinato disposto degli artt. 1256 e 1463 c.c.: l'obbligazione gravante sul concedente si estinguerebbe per impossibilità sopravvenuta della prestazione non a lui imputabile (la mancata realizzazione dell'interesse dell'utilizzatore dipenderebbe infatti dall'inadempimento del fornitore rispetto all'obbligo di consegna, causa non imputabile al concedente finanziatore).

Tuttavia, per dare una risposta a tale quesito occorre preliminarmente verificare se l'adempimento del finanziatore si esaurisca nell'acquisto del bene oggetto del contratto, legittimandolo a pretendere la controprestazione dell'utilizzatore (canoni per il godimento del bene) indipendentemente dalla realizzazione dell'interesse finale di quest'ultimo: tale interesse, costituito dal godimento del bene, rimarrebbe infatti pregiudicato dall'eventuale inadempimento del fornitore (mancata consegna del bene).

Ci si chiede, cioè, se la prestazione del concedente finanziatore sia autonoma rispetto a quella del fornitore ovvero dipendente da essa.

Dall'adesione al primo orientamento deriva l'impossibilità, per l'utilizzatore, di opporre l'inadempimento del fornitore al concedente finanziatore.

Viceversa, la condivisione della seconda impostazione, che opera un collegamento funzionale tra l'operazione di finanziamento e l'effettivo godimento del bene da parte dell'utilizzatore (funzione di scambio), legittima quest'ultimo a far valere l'inadempimento del fornitore non solo nei confronti del fornitore stesso, ma anche nei confronti del concedente finanziatore.

La soluzione di tale questione è legata alla natura che si intenda attribuire al contratto di leasing finanziario.

A tenore di tale orientamento il leasing finanziario si svolge come un rapporto trilaterale in cui l'acquisto ad opera del concedente va effettuato per conto dell'utilizzatore, con la previsione, quale elemento naturale del negozio, dell'esonero del primo da ogni responsabilità in ordine alle condizioni del bene acquistato per l'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatti con il fornitore, a scegliere il bene che sarà oggetto del contratto e a stabilire le condizioni di acquisto del concedente, il quale *non assume indirettamente l'obbligo della consegna*, nè garantisce che il bene sia immune da vizi e che presenti le qualità promesse, nè rimane tenuto alla garanzia per evizione (così opina Cass. civ. n. 4367/1997).

### **Il collegamento funzionale tra contratto di leasing e contratto di vendita conferisce all'utilizzatore azione diretta nei confronti del fornitore**

Tale impostazione, pur non sottacendo il collegamento negoziale tra la funzione di finanziamento dell'accordo tra concedente e utilizzatore e la funzione di scambio del contratto di fornitura stipulato tra concedente e fornitore, ritiene valida la clausola del contratto di leasing che riversi sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna.

Tale conclusione è suffragata dall'accostamento dell'utilizzatore al mandante, il quale, nel mandato senza rappresentanza, pur se convenzionalmente sprovvisto di azione verso il concedente nell'ipotesi di mancata consegna, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato (art. 1705<sup>2</sup> c.c.) agendo direttamente nei confronti del fornitore al fine di ottenere il risarcimento dei danni e, se del caso, l'adempimento (in tal senso Cass. civ. n. 6412/1998 e n. 854/2000).

### **L'attuale posizione della giurisprudenza: la tesi dell'interazione tra funzione di scambio e funzione di finanziamento; l'inadempimento del fornitore e la risoluzione del contratto**

Tale opinione, condivisa dalla sentenza in commento, riposa sulla considerazione che il contratto di leasing, anziché un contratto di credito, è un *contratto di scambio*, perché la prestazione del con-

cedente a favore dell'utilizzatore e la controprestazione di questo non si esauriscono nel fare credito e restituirlo, bensì, quantomeno, *anche nel dare e ricevere in godimento*.

La causa del contratto di leasing, infatti, non ha natura solo finanziaria, ma consiste, anche ed essenzialmente, nel mettere a disposizione dell'utilizzatore il bene che ne costituisce oggetto. Dunque all'inadempimento del fornitore deve assegnarsi, rispetto al contratto di leasing, il ruolo di causa di sopravvenuta impossibilità d'adempire non dipendente da colpa del concedente ex art. 1463 c.c. (si sono espresse in tal senso Cass. civ. n. 8222/2002 e n. 10926/1998).

Inoltre, nell'operazione di leasing finanziario, che non dà luogo ad un unico contratto plurilaterale, ma realizza una *figura di collegamento negoziale tra contratto di leasing e contratto di fornitura*, se il concedente imputa all'utilizzatore l'inadempimento costituito dalla sospensione del pagamento dei canoni e su questa base chiede la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno nell'ammontare convenzionalmente predeterminato e se l'utilizzatore eccepisce l'inadempimento del fornitore all'obbligazione di consegna e chiede perciò il rigetto della domanda, l'accoglimento dell'eccezione, che deve avvenire sulla base dell'art 1463 cod. civ., non può trovare ostacolo nel fatto che il contratto di leasing contenga una clausola che riversi sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna, dovendosi ritenere invalide siffatte clausole (conformi Cass. civ. n. 19657/2004, n. 14786/2004, n. 10032/2004, n. 11669/1998, n. 10926/1998).

Si può concludere che il significato complessivo dell'accordo, il cui fine ultimo è costituito dal godimento del bene da parte dell'utilizzatore, ammette una scissione concettuale ma non giuridica tra l'obbligazione gravante sul concedente (finanziamento) e quella gravante sul fornitore (scambio), determinando una interrelazione tra la prestazione dell'uno e quella dell'altro.

Ne deriva un profilo di responsabilità indiretta a carico del concedente finanziatore per inadempimento del fornitore, non derogabile convenzionalmente mediante la previsione di clausole che riversino sul solo utilizzatore i rischi connessi all'inadempimento.

## **IL LEASING FINANZIARIO**

E' il contratto maggiormente diffuso nella pratica.

Il leasing finanziario è una tecnica di finanziamento delle imprese, largamente utilizzata come tale nei Paesi anglosassoni, che solo in epoca abbastanza recente si è diffusa negli altri Paesi della Comunità Europea.

In Italia ha trovato applicazione nell'ultimo ventennio, tuttora però, benché siano varie ormai le imprese operanti in questo settore, manca ancora una regolamentazione legislativa che ne definisca i caratteri e ne stabilisca una disciplina.

Il leasing finanziario ha avuto poi un'ampia diffusione, perché è fondato sul presupposto che per gli imprenditori non conta la proprietà dei beni, ma la loro disponibilità.

Esso inoltre, si presenta vantaggioso in modo particolare per l'installazione di macchinari di notevole valore, poiché permette una rateizzazione piuttosto lunga degli oneri relativi ed evita le normali difficoltà burocratiche del ricorso ai tradizionali canali di credito.

Può definirsi sostanzialmente un'operazione mediante la quale una società finanziaria acquista, per conto di un'impresa industriale o commerciale, un bene a questa necessario per lo svolgimento del processo produttivo, ed essa lo concede in godimento per un periodo in genere corrispondente alla sua intera vita economica.

In questo modo le società di leasing si interpongono tra le imprese produttrici di un bene e gli utilizzatori del bene stesso, svolgendo una funzione di finanziamento.

Da un lato infatti, la società di leasing acquista dall'impresa produttrice il bene voluto dall'utilizzatore, pagando quindi subito all'impresa il bene stesso, d'altro canto la società di leasing stipulando il contratto.

*Aspetti negativi del contratto di leasing:*

- l'intero valore residuo del bene strumentale rimane nelle mani del locatore;
- vi è un esborso fisso per l'impresa utilizzatrice;
- l'utilizzatore non ha il "prestigio" della proprietà del bene strumentale;
- l'utilizzatore corre il rischio dello spossessamento del bene strumentale se non riesce a pagare i canoni di leasing.

#### **L'operazione di leasing si svolge nel seguente modo:**

L'imprenditore che ha bisogno di un certo bene si rivolge ad una società di leasing, che dispone di capitale, e le chiede di acquistare il bene medesimo;

Se quest'ultima accetta, si impegna ad effettuare tale acquisto ed a far detenere il bene all'altra parte.

Come corrispettivo di tali prestazioni l'imprenditore si impegna a versare periodicamente al concedente delle somme calcolate in misura che, alla scadenza prevista, la società di leasing avrà ricevuto il rimborso completo del prezzo pagato al terzo, gli interessi sulla somma impiegata per acquistare il bene ed inoltre un indennizzo forfetario per il rischio finanziario.

Nell'ambito di tale rapporto:

- La società di leasing non è produttrice del bene, ma si obbliga ad acquistarlo dal produttore; essa non ha beni a disposizione, ma capitali da investire ed impiegare (esse sono vere e proprie società finanziarie, costituite con la partecipazione di istituti di credito, investitori privati e compagnie assicurative)
- L'impresa utilizzatrice non ha interesse ad ottenere la disponibilità temporanea di un bene ma ricerca il finanziamento necessario per l'acquisto di un bene strumentale, che prevede di mantenere inserito a lungo nella propria struttura produttiva.

Il leasing finanziario si differenzia da:

| MUTUO | LOCAZIONE | VENDITA CON RISERVA |
|-------|-----------|---------------------|
|-------|-----------|---------------------|

|                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | DI PROPRIETA'                                                                                                                                                                                                                |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Perché nel leasing non si ha trasferimento della proprietà di una somma di denaro. Nessuna norma della disciplina legale del mutuo può essere richiamata per disciplinare il leasing. | L'attività dell'impresa di leasing è rivolta al finanziamento di un investimento produttivo in un bene di terzi. Il canone viene fissato non in ragione dei vantaggi offerti da un bene, ma in relazione al suo costo e alla durata del contratto, così da permettere all'impresa di leasing di recuperare integralmente il prezzo sborsato per acquistare il bene e gli ulteriori costi, sommati ad un guadagno. | Nel leasing finanziario non si ha un acquisto automatico della proprietà al momento del pagamento dell'ultima rata, si ha soltanto la facoltà di acquistare il bene, alla scadenza del contratto, pagando una somma residua. |

## **IL LEASE BACK**

Si tratta di un'operazione finanziaria con la quale un bene (frequentemente un immobile) viene alienato dal proprietario ad un'impresa di leasing, che si impegna a concedere lo stesso bene in godimento al venditore e di riconoscergli anche un diritto di riscatto, trascorso un determinato periodo di tempo.

Con il ricorso al lease-back si attua quindi la mobilitazione di un investimento, è possibile in altre parole, mantenendo l'uso del bene e la facoltà di riacquisirne la proprietà, ottenere delle disponibilità liquide che, in un determinato momento sia necessario immettere nella gestione economica di un'impresa.

Lo scopo di questo contratto è quindi esclusivamente finanziario: l'azienda produttrice può ottenere mezzi liquidi senza perdere la disponibilità dei beni oggetto del contratto.

La durata di questo contratto non supera solitamente i tre anni per i beni mobili, mentre per gli immobili può essere anche molto lunga.

Alla scadenza l'azienda produttrice potrà:

- restituire il bene
- rinnovare il contratto
- riacquistare il bene.

Riguardo alla liceità di questo contratto, bisogna tener conto dell'art. 2744 del Codice Civile che vieta il patto commissorio.

A questo proposito si osserva che in Dottrina esistono due distinte posizioni.

Secondo una prima tesi, che possiamo definire “pessimistica”, il lease-back integra sempre e comunque una forma nascosta di garanzia, che quindi sarebbe espressamente vieta dal suddetto articolo.

La seconda tesi, invece, ritiene la vendita del bene non assume il ruolo di garanzia a favore dell’acquirente ma costituisca l’esercizio di una normale attività di finanziamento.

Ragionevolmente ritengo che, essendo impossibile distinguere le varie casistiche in astratto, si dovrà controllare, caso per caso, gli scopi effettivi delle parti, e valutare quali effettivamente integrino forme di garanzia reale, come tali non valide.

### *Il factoring*

Il factoring nasce in Inghilterra tra il XV e il XVI secolo quando gli Inglesi fondarono le prime colonie americane e i commerci con la madre-patria iniziarono a fiorire.

I factors erano veri e propri rappresentanti delle imprese inglesi e profondi conoscitori dei mercati delle colonie. Essi, acquistavano e vendevano merci altrui in nome proprio dietro il pagamento di una commissione, anticipando in alcuni casi ai propri committenti il ricavato della vendita ed offrendo garanzie sui pagamenti.

Il factoring è molto conveniente per quelle imprese che non essendo attrezzate per il recupero dei crediti, possono usufruirne subito evitando così i tempi, i costi e le incertezze del recupero.

Le società di factoring offrono alle imprese principalmente un servizio: si fanno cedere i crediti che le imprese hanno verso i loro clienti e si occupano della gestione contabile dei crediti, della loro riscossione e dell’eventuale contenzioso che può sorgere con i clienti, versando alla scadenza il denaro incassato all’imprenditore cedente, stornato delle debite commissioni.

Con l’acquisto dei crediti, la società di factoring corrisponde al cedente l’ammontare dei crediti ceduti e si impegna a versare l’ammontare dei crediti ancora da scadere.

Nei contratti di factoring è inoltre prevista la facoltà dell’imprenditore che cede i propri crediti di chiedere al factor anticipazioni sull’importo dei crediti ceduti.

In pratica, esse ottengono con il factoring un finanziamento immediato senza ricorrere direttamente agli istituti di credito, in questo caso si parla appunto di **factoring di finanziamento**.

In cambio, il factor ha diritto ad ottenere una somma pari agli interessi annuali sulle somme anticipate e ad un compenso calcolato in percentuale (dall’1 al 3%) sull’importo complessivo del credito ceduto.

In Italia, le prime imprese di factoring sono sorte nel corso degli anni Sessanta in collaborazione con grandi gruppi finanziari stranieri, già affermati nella gestione del settore.

Attualmente il factoring è uno strumento ormai consolidato nell’ambito del sistema economico e finanziario, coinvolge infatti decine di migliaia di imprese. Sotto l’aspetto finanziario il factoring può essere:

con *accredito alla scadenza*, il factor versa a scadenza all’impresa cedente la totalità dei crediti ceduti, deducendo gli eventuali abbuoni e commissioni;

con *accredito anticipato*, il factor versa immediatamente all’impresa cedente fino al 80% dei crediti ceduti; la differenza è trattenuta per possibili resi, ribassi e abbuoni; il factor percepisce le commissioni e gli interessi per i giorni di anticipo.



La **cartolarizzazione** che consiste nella cessione a titolo oneroso di crediti da parte di una impresa a un soggetto (società veicolo) che li trasforma in titoli e li colloca sul mercato.

## FACTORING PRO-SOLUTO E PRO-SOLVENDO

La cessione può avvenire **pro-soluto** o **pro-solvendo**.

Nel primo caso (pro-soluto), se il debitore ceduto non paga, la società di factoring non può chiedere il pagamento all'imprenditore cedente (accolla quindi su di sé il rischio dell'insolvenza del ceduto). Se contiene questa clausola il contratto di factoring svolge anche una funzione di assicurazione del credito, nel senso che la società di factoring ne paga l'importo al cliente anche se il debitore ceduto si rivela insolvente.

Quando il contratto contiene questa clausola, la società di factoring normalmente si riserva la facoltà di accettare, di volta in volta, i crediti che il cliente le offre, considerando la solvibilità del debitore ceduto.

Naturalmente, per svolgere questa funzione, la società di factoring si fa pagare un apposito compenso.

Nel secondo caso (pro-solvendo), invece, se il ceduto non paga, la società di factoring ha diritto di pretendere il rimborso del credito da parte dell'impresa cedente.

Il cedente garantisce al factor, nei limiti del corrispettivo pattuito, la solvenza del debitore ceduto, salvo che il factor non rinunci in tutto o in parte alla garanzia: ciò vuol dire che la cessione dei crediti avviene pro solvendo, a meno che le parti non pattuiscano che avvenga pro soluto.

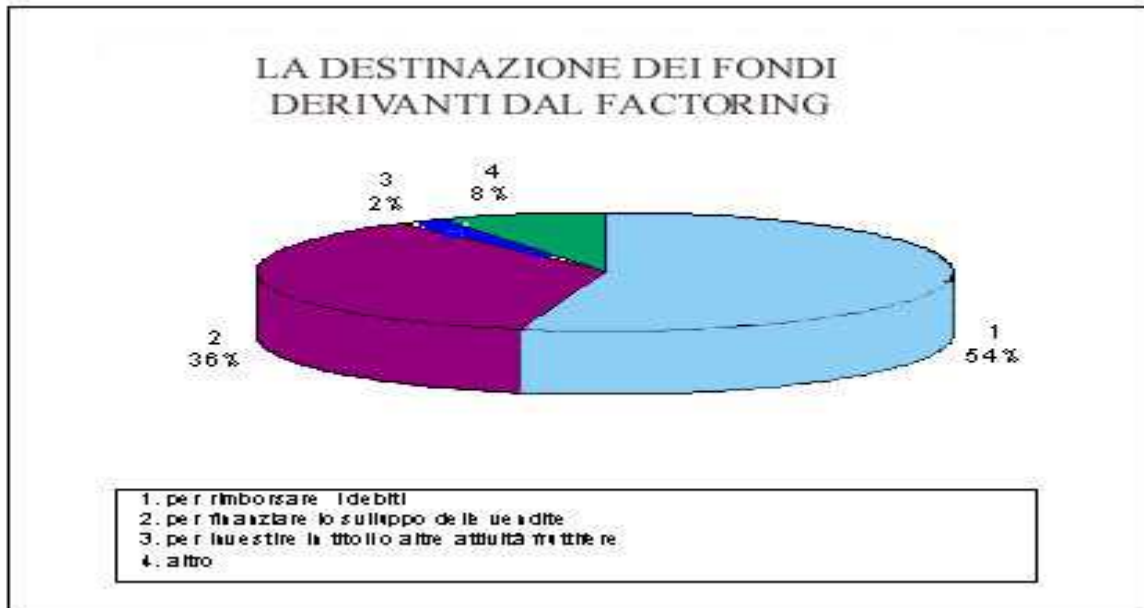
Il contratto di factoring è ora regolato dalla legge 21 febbraio 1991 n.52.

Essa stabilisce che possono essere ceduti al factor i crediti anche prima che siano stipulati i contratti dai quali sorgeranno: perciò possono essere ceduti non soltanto crediti già esistenti, ma anche crediti futuri.

Crediti esistenti e crediti futuri poi possono essere ceduti anche in massa: vale a dire che si possono cedere tutti i crediti derivanti da contratti stipulati nell'esercizio della propria impresa.

Tuttavia, la cessione in massa dei crediti futuri è valida soltanto se viene indicato il debitore ceduto e può avere ad oggetto soltanto i crediti che sorgeranno da contratti da stipulare con quel debitore in un periodo non superiore a 24 mesi.





## FALLIMENTO E CONTRATTO DI LEASING FINANZIARIO

### L'evoluzione della qualificazione del contratto di leasing finanziario ed i riflessi sulle sue sorti

L'atipicità del contratto di leasing finanziario e la conseguente concreta esigenza di individuare la disciplina applicabile in ipotesi di risoluzione o scioglimento del contratto hanno determinato, nell'ultimo quarantennio, un aspro dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la qualificazione di questo negozio.

Il dibattito si è sostanzialmente concentrato su tre alternative tipizzanti: la locazione, la vendita con riserva di proprietà ed il contratto di credito, con maggiore concentrazione sugli ultimi due tipi contrattuali.

E' utile ricordare che in giurisprudenza, sul finire degli anni '80, vi era un aperto contrasto interpretativo tra:

- **giurisprudenza di merito**<sup>3</sup>, quasi interamente favorevole all'assimilazione del contratto di leasing alla **vendita con riserva di proprietà** e quindi all'applicazione, in ipotesi di risoluzione, della **regola dell'equo compenso** prevista dall'art. 1526 c.c., e
- **giurisprudenza di legittimità**, favorevole invece alla qualificazione del contratto di leasing come **contratto atipico di durata avente finalità di finanziamento**<sup>4</sup> regolamentato, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1323 c.c., solo dalle norme generali in materia di contratto e, conseguentemente, in ipotesi di risoluzione per inadempimento, dall'art. 1458,

<sup>3</sup> Cfr. App. Milano 23 settembre 1986 in il Fallimento 1987, 53.

<sup>4</sup> Corte di Cassazione sentenze nr. 6390/83, n. 3023/86, n. 8766/87 e n. 5623/88.

**primo comma, c.c.** che prevede per i contratti di durata (ad esecuzione continuata o periodica) la non estendibilità degli effetti della risoluzione alle prestazioni già eseguite.

A fronte di queste inconciliabili posizioni<sup>5</sup> parte della dottrina e della giurisprudenza di merito (soprattutto quella delle sezioni fallimentari) accusavano la Cassazione – arroccata sulla tesi del contratto di durata con causa finanziaria – di una non comprensibile chiusura rispetto alle evidenti esigenze di riequilibrio<sup>6</sup> del sinallagma contrattuale in ipotesi di risoluzione del contratto.

Nel 1989 - a seguito delle sei sentenze della Corte di Cassazione 13 dicembre 1989 da nr. 5569 a 5574<sup>7</sup> – la Suprema Corte ha parzialmente modificato il suo originario orientamento introducendo un nuovo tipo di locazione finanziaria da affiancare a quello “tradizionale” (o di godimento). Secondo la Suprema Corte si possono quindi configurare due tipi di contratti di locazione finanziaria: quello “tradizionale” o di “godimento” e quello “traslativo”.

Il leasing “tradizionale”, caratterizzato dalla contemporanea presenza dei seguenti elementi:

- imprenditorialità dei soggetti (concedente, fornitore ed utilizzatore),
- strumentalità del bene per l'esercizio di impresa,
- sostanziale equivalenza della durata del contratto con la durata tecnologica ed economica del bene oggetto del contratto,

nel quale assume un preminente rilievo causale “il finanziamento” rispetto ad altre situazioni quali la locazione o la vendita<sup>8</sup> ed al quale risulta applicabile la disciplina contenuta nell'art. 1458 c.c. (e quindi con esclusione di applicazione in via diretta o analogica delle disposizioni dell'art. 1526 c.c.).

Il leasing “traslativo”, nel quale – oltre ad altri indici<sup>9</sup> - assume carattere qualificante la evidente discrasia tra il normale periodo di vita utile tecnologica ed economica del bene e la più ridotta durata del contratto; in questo secondo tipo di leasing accanto alla causa di finanziamento vi sarebbe anche una causa di scambio che modifica il sinallagma contrattuale in modo tale da rendere neces-

---

<sup>5</sup> Come precisato da autorevole dottrina, al fine comprendere compiutamente l'evoluzione giurisprudenziale in materia di leasing finanziario, è opportuno suddividere la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, in due periodi: il primo parte dalla prima sentenza sul “leasing” del tribunale di Vigevano del 14 dicembre 1972 ed arriva alla sentenza della Cassazione del 15 ottobre 1988 n. 5623 mentre il secondo parte dalle sei sentenze della cassazione del 13 dicembre 1989 ed arriva fino ai giorni nostri; LA TORRE M.R. – *“La qualificazione del contratto di locazione finanziaria e l'applicabilità dell'art. 1526 c.c. alla luce della giurisprudenza della Cassazione e dello ius superveniens”* in Atti del Leasing forum del 20 settembre 2001 – Milano – Quaderni di Assilea nr. 18.

<sup>6</sup> Al fine di evitare un indebito arricchimento del concedente.

<sup>7</sup> Posizione poi consolidata con numerose successive sentenze tra le quali Cassazione 5 giugno 1991, n. 6357, Cassazione 20 febbraio 1992, n. 2083, Cassazione 22 marzo 1994, n. 2743 ecc.

<sup>8</sup> In quanto l'elemento del trasferimento della proprietà del bene è un fatto meramente eventuale nell'economia del contratto essendo rimesso a valutazioni che l'utilizzatore non intende fare alla stipula del contratto (non rientrando nella sfera dei suoi interessi in quel momento) e che – in accordo con la società concedente – vuole differire al momento finale.

<sup>9</sup> Secondo la Cassazione ulteriori indici presuntivi sono: la funzione di garanzia svolta dalla conservazione della proprietà del bene in capo al concedente fino al completo pagamento di tutte le somme previste dal contratto, la possibilità di proroga del contratto, l'obbligo di riconsegnare il bene in buono stato di manutenzione e funzionamento.

sariamente applicabile, alle ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore, l'art. 1526 c.c.<sup>10</sup>.

Si precisa che in una delle sei sentenze (n. 5573 – relatore consigliere Bibolini) la Suprema Corte ha esteso l'applicabilità dei principi enunciati anche ai rapporti giuridici pendenti in ipotesi di fallimento, con la volontà quindi di porre fine alla frattura che si era venuta a creare soprattutto con la giurisprudenza di merito.

Recentemente si è peraltro radicato un indirizzo giurisprudenziale di merito<sup>11</sup> che, a fronte delle diverse critiche<sup>12</sup> effettuate ai criteri di qualificazione individuati dalla Cassazione, appare orientato alla qualificazione del contratto di locazione finanziaria alla stregua di un **contratto di finanziamento erogato nella forma tecnica di "finanziamento a parti disomogenee"**; detto indirizzo mette in luce che:

- la disciplina della risoluzione anticipata deve essere analoga a quella del contratto di finanziamento con il diritto della società concedente alla restituzione integrale del capitale (con imputazione a capitale delle quote capitale restituite dall'utilizzatore) e a trattenere gli interessi corrispettivi maturati fino alla data di risoluzione del contratto e gli interessi di mora convenzionali maturati fino alla data di fallimento,
- la restituzione del bene non rileva già come restituzione del capitale ma, in funzione del riequilibrio delle prestazioni dei contraenti, il suo valore deve essere detratto dall'importo dovuto dall'utilizzatore con imputazione del relativo valore prima agli interessi e poi al capitale (ai sensi dell'art. 1194 c.c.);

**In questo quadro generale si innesta ora<sup>13</sup> l'art. 72-quater, disposizione che, oltre ad aver colmato l'annoso vuoto legislativo foriero dei descritti contrasti in ordine alla disciplina applicabile ai casi di risoluzione del contratto e di fallimento dell'utilizzatore, ha introdotto nella l.f. una specifica disciplina delle sorti del contratto di locazione finanziaria quale "rapporto giuridico pendente" all'atto della dichiarazione del fallimento** distinguendo la fattispecie del fallimento del conduttore (la cui disciplina è contenuta nei primi tre commi della norma) dalla fattispecie del fallimento del concedente (contenuta nel quarto comma).

<sup>10</sup> Per un acuto approfondimento sulle diverse metodologie (tra loro equivalenti) per la determinazione dell'equo compenso dovuto al concedente e della somma che deve essere oggetto di restituzione o di insinuazione al passivo si rinvia a REBECCA G. e SPEROTTI G. "Contratto di leasing e art. 1526 cod. civ. equo compenso ed altro" in Il diritto fallimentare e delle società commerciali – Cedam – nr. 4 luglio agosto 2003 – pagg. 1230 e ss..

<sup>11</sup> Tra le più recenti pronunzie vi sono quelle del Tribunale di Monza 7 dicembre 2004 e 19 settembre 2002.

<sup>12</sup> Per una illustrazione delle critiche si citano fra gli altri PATTI A. – "Disciplina concorsuale della locazione finanziaria nella nuova normativa" in Il Fallimento 2/2007 pag. 129 e ss. ed anche LA TORRE M.R. "La qualificazione del contratto di locazione finanziaria e l'applicabilità dell'art. 1526 c.c. alla luce della giurisprudenza della Cassazione e dello ius superveniens" in Quaderni di Assilea nr. 18.

<sup>13</sup> A seguito della delega operata dal legislatore con la legge 14 maggio 2005 nr. 80 e dei conseguenti D. Lgs. di attuazione.

Secondo parte della dottrina<sup>14</sup> e le prime indicazioni ai curatori di alcune sezioni fallimentari<sup>15</sup> – in forza di quanto disposto dal quinto comma dell’art. 72 l.f. – la disciplina delle sorti del contratto di leasing – introdotta con l’art. 72-quater – ha di fatto creato uno “spartiacque”.

Detta disciplina risulterebbe infatti applicabile solo in presenza di un contratto di locazione finanziaria pendente alla data di dichiarazione di fallimento **mentre, in presenza di risoluzione già avvenuta o già avviata** a tale data, le sorti del contratto verrebbero disciplinate – in via analogica – tenendo in considerazione la distinzione effettuata dalla Corte di Cassazione tra leasing di godimento e leasing traslativo, con conseguente ricorso, in presenza di quest’ultima tipologia, a quanto previsto dall’art. 1526 c.c. in materia di vendita con riserva di proprietà<sup>16</sup>.

Per contro altra dottrina<sup>17</sup> pone in evidenza come l’introduzione di questa disciplina risulti di basilare importanza per il settore del leasing sotto la duplice prospettiva:

- della regolamentazione dei rapporti: tenuto conto della stretta analogia fra la fattispecie dello “scioglimento” e quella della “risoluzione” in ragione dell’elevata similitudine della problematica<sup>18</sup> che devono regolare;
- della qualificazione del contratto di locazione finanziaria: in quanto la disciplina delle sorti del contratto di leasing in ipotesi di “risoluzione” e di “scioglimento” presenta una evidente rilevanza interpretativa ai fini della qualificazione della natura della locazione finanziaria (di godimento, di scambio/vendita, di mutuo, ecc.).

Secondo la citata dottrina “l’introduzione di una norma di diritto positivo contenente una compiuta disciplina delle sorti del contratto di locazione finanziaria in ipotesi di fallimento deve comportare una seria “verifica” dei canoni finora utilizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per l’individuazione della causa del contratto e per la conseguente individuazione per via analogica della disciplina positiva applicabile.

In sintesi, secondo questa dottrina, il problema che si pone nel caso di specie all’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 interpretazione analogica, ma esattamente l’inverso ovvero quello di stabilire se, con riguardo al contratto atipico di locazione fi-

<sup>14</sup> INZITARI B., “Nuove riflessioni in tema di leasing nella disciplina dei rapporti pendenti della novella fallimentare (art. 72 quater legge fallimentare)” in *www.ilcaso.it* – documento nr. 46.

<sup>15</sup> Tribunale di Udine “Circolare concernente i criteri di massima da adottare per la gestione delle procedure concorsuali, disciplinate dalla legge fallimentare come novellata dal d. lgs. 9.01.2006, n. 5 e dal d. lgs. 12.09.2007, n. 169” del 21.02.2008”.

<sup>16</sup> Rif. Cass. 2.3.2007 nr. 4969, Cass. 14.11.2006 n. 24214, Cass. 13.1.2005 n. 574, Cass. 28.11.2003 n. 18229, Cass. 3.9.2003 n. 12823).

<sup>17</sup> LA TORRE M. R. – La disciplina della locazione finanziaria nel fallimento – in “La lettera di Assilea” 6/2007 ed ancora in “il leasing finanziario nel fallimento ed” Il leasing finanziario nel fallimento ed il nuovo art. 72quater l.fall.” in “Il fallimento” 2/2008

<sup>18</sup> La sorte del contratto.

nanziaria – privo di una disciplina di diritto sostanziale – in sede di ricorso all’analogia<sup>19</sup> sia consentita l’estensione dei principi contenuti nell’art. 72-quater l.f. oppure se, invece, si debba continuare ad individuare la disposizione dettata in materia di diritto sostanziale per il contratto che più si avvicina o che presenti delle analogie.

In altre parole la citata dottrina, pur non potendo affermare che l’introduzione della norma abbia trasformato il contratto di leasing da contratto atipico a contratto tipico, **sostiene che detta regolamentazione costituisce elemento non eludibile ai fini della qualificazione della natura del negozio<sup>20</sup> quale contratto di durata avente causa di finanziamento** e conseguentemente della individuazione per via analogica delle sorti del contratto in ipotesi di risoluzione del contratto anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Gli elementi a supporto della descritta impostazione concettuale sono molteplici e fra loro concordanti:

- la mancanza nel corpo dell’art. 72-quater di qualsiasi riferimento alla distinzione tra leasing di “godimento” e leasing “traslativo”, distinzione fino ad oggi considerata “stella polare” per l’individuazione della disciplina applicabile per via analogica al contratto di leasing finanziario;
- il riferimento alla diversa tutela tra debito residuo in linea capitale e debito in conto interessi (in ipotesi di capienza del prezzo di realizzo del bene solo il primo risulta “garantito” mentre il secondo in ogni caso partecipa al concorso);
- lo specifico richiamo da parte dell’art. 72-quater della norma contenuta nell’art. 67, comma 3 lettera a) l.f., la quale sancisce che le somme già riscosse nei termini d’uso sono acquisite dal concedente a titolo definitivo (riconoscendo quindi quella corrispettività a coppie tipica dei contratti di durata (ex art. 1458) quale è quello di finanziamento);
- l’introduzione nella l.f. (art. 73 l.f.) di una disciplina speciale della vendita con riserva di proprietà come rapporto giuridico pendente (sostanzialmente analoga a quella contenuta nell’art. 1526 c.c.) che traccia una regolamentazione delle sorti di tale contratto molto differente da quella prevista dall’art. 72-quater in ipotesi di scioglimento del contratto di locazione finanziaria<sup>21</sup>.

Pur nella evidente incertezza sottesa alla questione della individuazione della causa del contratto di leasing finanziario, si ritiene che quest’ultima tesi sia maggiormente condivisibile sotto il duplice profilo logico-sistematico e della coerenza dell’ordinamento giuridico.

---

<sup>19</sup> Ai sensi dell’art. 12, comma 2, delle preleggi: “se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico”.

<sup>20</sup> Natura che difficilmente ora potrà essere individuata sulla base di presunte analogie con una determinata fattispecie tipica quale la vendita con riserva di proprietà, la locazione ed il mutuo, ma dovrà necessariamente scaturire dalla peculiare disciplina positiva introdotta nell’ordinamento giuridico ed essere coerente con questa.

<sup>21</sup> Anche per il fatto che 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 i semplici principi dettati in casi analoghi per la prima.

Infatti, attraverso un'equa e sostanzialmente omogenea regolazione dei rapporti ante e post fallimento, si potrebbero superare gran parte delle "soggettività di stima" e dei conseguenti contenziosi che l'applicazione della regola dell'equo compenso (ex. art. 1526 c.c.) ha generato nell'ultimo ventennio e che sono inoltre state la causa delle non trascurabili differenze economiche (plusvalenze e minusvalenze) in capo al concedente a seguito del successivo effettivo realizzo o ricollocazione del bene sul mercato<sup>22</sup>.

In altre parole, una sostanziale<sup>23</sup> equivalenza quantitativa e qualitativa<sup>24</sup> delle sorti del contratto di leasing in caso di risoluzione anteriore al fallimento e di scioglimento in seguito al fallimento permetterebbe probabilmente di limitare di molto il raggio di azione dei potenziali arbitraggi che un regime non uniforme delle sorti del contratto può generare.

### Bibliografia Essenziale

AMATI – MONTELEONE, il leasing immobiliare aspetti civilistici e fiscali.

V. BUONOCORE, "Leasing", in "Nuovissimo Digesto", 1994, p. 797-815.

S. CAPOLUPO, Leasing, l'importanza di una disciplina chiara ed unitaria, in "Il fisco", 1988, p. 3662-3668.

E. CLARIZIA, Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria, in "Banca, Borsa e Titoli di credito", 1976, II, p. 465-473.

R. CLARIZIA, La locazione finanziaria nell'ordinamento giuridico italiano. La natura giuridica del leasing. La giurisprudenza e la dottrina italiana, in "Leasing", 1984, p. 4-9.

G. DE NOVA, Contratto di "leasing" e controllo delle condizioni generali di contratto, in "Rivista di Dir. Commerciale", 1973, II, p. 329-349.

F. DE SIMONE, Locazione finanziaria in agricoltura. Un'ipotesi costruttiva, in "Studi Bassanelli".

S. MONTICELLI, Leasing immobiliare in agricoltura, in "Giurisprudenza italiana", 1989, IV, p. 558.

---

<sup>22</sup> In merito alla rilevanza - anche sotto il profilo fiscale - delle differenze da rilocazione e realizzo realizzate dai concedenti rif. ANELLO P. DI DOMENICO F. - "Estinzione anticipata del contratto di leasing e riprese di valore" - in Corriere Tributario nr. 40, 1998, pag. 2954 e ss..

<sup>23</sup> E' evidente che, nel caso di risoluzione in seguito ad inadempimento dell'utilizzatore, si pone la questione del risarcimento del danno che è invece esclusa nel caso di scioglimento del contratto a seguito del fallimento; in merito alla determinazione del danno a seguito della risoluzione del contratto di leasing finanziario per inadempimento dell'utilizzatore si rinvia a CARRETTA A. NICOLINI G. "La valutazione del leasing nella fase di esecuzione del contratto: il calcolo dell'equo compenso e del risarcimento del danno" in Rivista dei Dottori Commercialisti - 3/2004 pag. 515 e ss.

<sup>24</sup> Sotto il profilo qualitativo si rileva che, nell'ipotesi di teorica equivalenza tra valore del bene definito ai sensi dell'art. 1526 c.c. (ai fini della determinazione della perdita di valore del bene) e prezzo di realizzo del bene ex. art. 72-quater, risulta evidente che il meccanismo di riequilibrio del sinallagma contenuto nell'art. 1526 permette - in ipotesi di eccedenza dei canoni da restituire alla curatela rispetto all'equo compenso spettante al concedente - il recupero al di fuori del concorso non solo del capitale ma anche degli interessi e delle spese.

- A. MUNARI, Il patto di riacquisto nell'operazione di leasing: profili giuridici ed operativi, in "Leasing", 1986.
- E. V. PALEOLOGO, La locazione finanziaria (leasing) in agricoltura, in "Rivista di Dir. Agrario", 1978, I, p. 611-626.
- V. RENNE, Il leasing e l'imposizione diretta, in "Il Fisco", 1988, p. 3633-3046.
- R. RETTAROLI, Esperienze e prospettive del leasing in Italia, in "Bancaria", 1976, p. 597-614.
- A. TABET, La locazione di beni strumentali (leasing), in "Banca, Borsa e Titoli di credito", 1973, II, p. 287-297.
- L. VIGONE, Contratti atipici. Nuovi strumenti commerciali e finanziari, Milano 1993.