

Leasing finanziario

**CASSAZIONE CIVILE, Sez. I, 19 ottobre 2007, n. 22013 - Pres. Proto - Rel. Ceccherini - P.M. Russo (parz. diff.) - Banca Italease S.p.a. (Avv. Bergamasco, Landi) c. Fallimento della Anodizzazione Piave S.r.l. (Avv. Buffarini Guidi, Pasqualin) (Cassa App. Venezia 14 novembre 2002)**

*Fallimento - Effetti sui rapporti giuridici preesistenti - Leasing finanziario - Utilizzatore - Subentro del curatore - Pretesa per canoni pregressi - Domanda tardiva - Ammissibilità*

*(legge fallimentare artt. 72, 73 e 101)*

**La domanda avente ad oggetto la prededucibilità di un credito può essere dedotta per la prima volta con lo strumento dell'insinuazione tardiva al passivo, laddove i necessari presupposti fattuali siano maturati solo successivamente al decreto con cui il giudice delegato ha dichiarato esecutivo lo stato passivo (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione del giudice di merito che aveva ritenuto inammissibile la questione del grado del credito, affermato in prededuzione ai sensi dell'art. 101 L.fall., in quanto tale qualità era sorta in conseguenza dell'esercizio da parte del curatore, della facoltà di subentro nel contratto di locazione finanziaria in corso, esercizio comunicato al creditore solo dopo l'adunanza di verifica dello stato passivo; la preclusione del giudicato interno non è di ostacolo all'esercizio da parte del curatore della facoltà di subentro nel contratto e quindi essa neppure può essere invocata per negare l'accertamento di un diritto del creditore, che sul quel medesimo atto trovi il prospettato fondamento).**

*Fallimento - Accertamento del passivo - Opposizione - Termine - Decorrenza - Conoscenza dell'avvenuto deposito in cancelleria dello stato passivo - Necessità - Sussistenza*

*(legge fallimentare artt. 97 e 98)*

**In materia di decorrenza del termine per l'opposizione allo stato passivo del fallimento, i creditori esclusi o ammessi con riserva possono fare opposizione entro 15 giorni dalla data di ricezione delle raccomandate con avviso di ricevimento, con le quali il curatore deve dare notizia dell'avvenuto deposito dello stato passivo in cancelleria; ne consegue che il termine non può farsi decorrere dalla data di ricevimento della raccomandata, con la quale il curatore abbia comunicato soltanto l'esito della domanda d'insinuazione, senza far cenno del deposito in cancelleria dello stato passivo del fallimento, non essendo previsto dall'art. 97 della L.fall. l'onere per il creditore insinuato di verificare il predetto deposito.**

**La Corte (omissis).**

Il primo motivo del ricorso incidentale deve essere esaminato con priorità, per ragioni d'ordine logico giuridico. Con esso si ripropone la questione della tardività e conseguente inammissibilità dell'appello della Italease, perché notificata oltre il termine breve decorrente dalla ricezione della raccomandata della curatela, con la quale si comunicava che il giudice delegato, a scioglimento delle riserve formulate all'udienza di verifica, aveva accolto la domanda d'ammissione al passivo, e aveva respinto quella di rivendicazione a causa dell'intervenuta autorizzazione al curatore a subentrare nei contratti di locazione finanziaria, con il versamento in prededuzione dei canoni post fallimentari e del prezzo di riscatto. Secondo il fallimento, la comunicazione predetta, contemplata dalla L.fall., art. 97, presuppone la declaratoria d'esecutività dello stato passivo, con la conseguenza che la sua omessa menzione non è d'ostacolo al decorso del termine per l'opposizione.

Il motivo è infondato. In materia di decorrenza del termine per l'opposizione del creditore allo stato passivo

del fallimento, la norma applicabile è quella che risulta dalla sentenza n. 102 del 1986 della Corte costituzionale. Con quella pronuncia, in motivazione definita di natura manipolativa e additiva, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 98, comma 1, nella parte in cui stabilisce che i creditori esclusi o ammessi con riserva possono fare opposizione «entro quindici giorni dal deposito dello stato passivo anziché dalla data di ricezione delle raccomandate con avviso di ricevimento con le quali il curatore deve dare notizia dell'avvenuto deposito ai creditori che hanno presentato domanda d'ammissione al passivo».

A seguito di tale intervento, il testo della L.fall., art. 98, comma 1, al quale l'interprete è vincolato, risulta formulato nel senso che i creditori esclusi, o ammessi con riserva, possono fare opposizione entro 15 giorni dalla data di ricezione delle raccomandate con avviso di ricevimento, con le quali il curatore deve dare notizia dell'avvenuto deposito dello stato passivo depositato in cancelleria. La nuova formulazione della norma non

consente pertanto - ricorrendo ragioni di certezza del diritto, e di tutela del diritto di difesa delle parti - di ammettere equipollenti alla verifica dei presupposti ai quali la legge ricollega la decorrenza del termine d'impugnazione. In particolare, il termine non potrebbe farsi decorrere dalla data di ricevimento della raccomandata con la quale il curatore abbia comunicato l'esito della domanda d'insinuazione senza far cenno del deposito in cancelleria dello stato passivo del fallimento (che contiene le pronunce su tutte le domande d'insinuazione presentate). Diversamente opinando, infatti, si costringerebbe la parte diligente ad un adempimento - qual è la verifica in cancelleria dell'avvenuto deposito dello stato passivo ex l.fall., art. 97 cpv. - non previsto dalla legge.

Con il primo motivo del ricorso principale, censurandosi l'affermata inammissibilità dell'opposizione allo stato passivo, si denuncia la violazione dell'art. 100 c.p.c., l.fall., art. 97, e art. 2909 c.c..

Si deduce che la legittimazione e l'interesse ad impugnare lo stato passivo del fallimento, al fine di impedire la formazione del giudicato, scaturivano, per la ricorrente, dalla decisione del curatore di subentrare nei contratti di *leasing*, intervenuta dopo la chiusura della verifica dei crediti; e che - diversamente da quanto si afferma nell'impugnata sentenza - la *Italease* non avrebbe potuto impugnare il rigetto della sua domanda di rivendicazione dei beni, che era basato sul legittimo esercizio, da parte del curatore, della facoltà accordatagli dalla legge, e non sindacabile dalla controparte contrattuale, di subentrare nei contratti di locazione finanziaria.

Il motivo è infondato. Vero è che - diversamente da quanto si assume nell'impugnata sentenza - la società creditrice non era tenuta ad impugnare il rigetto della sua domanda di restituzione dei macchinari concessi al fallito in locazione finanziaria, trattandosi di decisione legittimamente assunta in conseguenza dell'esercizio da parte del curatore della sua facoltà di subentrare nel contratto (fatto salvo l'eventuale reclamo al giudice delegato per denunciare, ricorrendone i presupposti, l'illegittimo esercizio di tale facoltà da parte del curatore: ipotesi, questa, estranea alla fattispecie giudicata). Ma tale premessa non giustifica la conclusione che con il mezzo in esame si prospetta, e cioè che il creditore istante fosse per ciò solo legittimato ad impugnare uno stato passivo che pure, avendo accolto la sua richiesta di collocazione al passivo con il grado (chirografario) richiesto, aveva già soddisfatto l'interesse tutelabile con quello strumento. Ad una simile impostazione costituirebbe ostacolo insormontabile la chiara previsione della l.fall., art. 98, comma 1, che limita ai creditori esclusi e a quelli ammessi con riserva la legittimazione ad impugnare lo stato passivo.

La società ricorrente non poteva, infatti, annoverarsi in nessuna di quelle due categorie.

Con il secondo motivo di ricorso si denuncia la violazione della l.fall., artt. 72 e 73. Si censura l'affermazione

che, nel merito, la questione della prededucibilità dei canoni scaduti prima della dichiarazione di fallimento non potesse in ogni caso essere discussa nel giudizio d'opposizione allo stato passivo, perché proposta per la prima volta in quella sede. La prededucibilità in questione, si deduce, non poteva essere sollevata prima, perché essa era la conseguenza del fatto che il curatore era subentrato nel contratto, ciò che comportava la prosecuzione con il fallimento dei rapporti contrattuali sulla base degli accordi intercorsi tra i contraenti originari, e l'obbligo del fallimento medesimo di adempiere i contratti nella loro integrità, corrispondendo per intero e al di fuori delle regole del concorso i canoni maturati non solo dopo, ma anche prima della dichiarazione di fallimento.

Nonostante l'impreciso riferimento alla l.fall., artt. 72 e 73, (l'applicabilità di quelle norme, in realtà, non è stata esaminata dal giudice d'appello, avendo questi dichiarato inammissibile la questione), non v'è dubbio che il motivo di doglianza verta sul rifiuto, che si afferma illegittimo, dello stesso giudice di esaminare una questione non sollevata precedentemente in sede di verifica del passivo, siccome per tale regione preclusa. Esso è fondato.

Occorre premettere che, nella fattispecie di causa, l'esercizio da parte del curatore della sua facoltà di subentrare nei due contratti di locazione finanziaria in corso fu comunicato al creditore solo dopo l'adunanza di verifica del passivo svoltasi a norma della l.fall., art. 96. Il pur legittimo esercizio di tale facoltà, da parte del curatore, se non poteva influire sulla validità dello stato passivo formato sulla base delle istanze precedentemente depositate dai creditori, che rimaneva formalmente intangibile perché presidiato dalle ben note preclusioni endofallimentari, operava tuttavia - sulla base di una specifica previsione di legge - una modificazione dei rapporti giuridici facenti capo all'altro contraente. La legittimità di tale modificazione era necessariamente subordinata al rispetto delle connesse prescrizioni contenute nelle norme speciali che la prevedono. Rispetto a quella modificazione, e alla verifica della sua conformità alle previsioni di legge, l'altra parte contraente non potrebbe essere ritenuta sprovvista di qualsiasi tutela nell'ordinamento vigente, senza che una tale conclusione faccia sorgere dubbi non manifestamente infondati della sua conformità al diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost.

Occorre pertanto, in via preliminare, verificare attentamente se la Legge Fallimentare escluda effettivamente, in questo caso, ogni tutela della posizione giuridica soggettiva dell'altra parte del contratto, nel quale il curatore fallimentare abbia dichiarato di voler subentrare.

Ritiene il collegio che il creditore, il quale alleggi il suo diritto ad ottenere il pagamento in prededucazione di crediti nascenti dal contratto nel quale il curatore sia subentrato, vanta delle ragioni che possono essere fatte valere solo con lo strumento dell'insinuazione tardiva. È ben vero che, secondo la costante giurisprudenza di

questa Corte, l'ammissione ordinaria e quella tardiva al passivo fallimentare sono altrettante fasi di uno stesso accertamento giurisdizionale, con la conseguenza che, rispetto alla decisione concernente un'insinuazione tardiva di credito, le pregresse decisioni riguardanti l'insinuazione ordinaria hanno valore di giudicato interno; e, quindi, con l'ulteriore conseguenza che un credito, per essere insinuato tardivamente, deve essere diverso (in base ai criteri del *petitum* e della *causa petendi*) da quello fatto valere nell'insinuazione ordinaria, fermo restando che, ad integrare la diversità della domanda, non è sufficiente il mero dato quantitativo e neanche una diversa connotazione del medesimo credito (Cass. 2 novembre 2001 n. 13590; conf. 31 marzo 2006 n. 7661, 10 novembre 2006 n. 24049).

Da tale principio, del resto, il collegio non intende discostarsi neppure in questa decisione: esso intende salvaguardare la preclusione interna derivante per lo stato passivo, anche in mancanza di opposizione, dal passaggio alla fase successiva della procedura concorsuale. La preclusione in parola, peraltro, non diversamente dal giudicato, se impedisce il riesame di tutte le questioni che potevano essere sollevate prima della sua formazione, non costituisce impedimento insuperabile per le parti - che a ciò siano legittimate - a modificare i rapporti giuridici già accertati. Sicché, come quella preclusione non è di ostacolo all'esercizio, da parte del curatore, della sua facoltà di subentrare nel contratto (dalla quale è derivata, nella fattispecie in esame, l'ammissione in prededuzione dei canoni scaduti successivamente alla dichiarazione di fallimento), essa neppure può essere invocata per paralizzare un diritto del creditore, che su quel medesimo atto del curatore trovi il suo (asserito) fondamento. È, dunque, proprio questo elemento - il necessario riferimento ad un atto di disposizione del curatore posteriore allo stato passivo depositato, o almeno all'adunanza di verifica - ciò che esclude l'interfe-

renza diretta della richiesta di insinuazione tardiva sullo stato passivo accertato, ma poi già modificato dallo stesso curatore. La soluzione qui accolta, pertanto, non legittimerebbe alcuna insinuazione tardiva, tendente a far riesaminare il merito, l'entità o il grado di prelazione di un credito sulla base di argomenti o prove diversi da quelli già considerati in sede di verifica.

Ne deriva, nel presente giudizio, che la domanda tardivamente presentata dalla società ricorrente, di collocazione in prededuzione dei canoni scaduti anteriormente alla dichiarazione di fallimento, in conseguenza del fatto che il curatore aveva dichiarato - dopo l'adunanza destinata alla verifica dello stato passivo - di subentrare nel contratto, costituiva l'unico strumento offerto dall'ordinamento con il quale potesse farsi valere il preteso diritto. Nel successivo giudizio non si poteva pertanto dichiarare inammissibile la questione del grado del credito, sol perché non fatto valere in sede di verifica del passivo, quando i presupposti fattuali di quella pretesa, dipendenti secondo la prospettazione dal fatto del curatore, né sussistevano né potevano essere anticipatamente allegati a sostegno della domanda. Così operando, il giudice di merito è incorso in una violazione dell'art. 101 c.p.c., essendosi rifiutato di esaminare nel merito la domanda della parte formulata in sede di insinuazione tardiva al passivo, che nella fattispecie doveva ritenersi formalmente ammissibile.

L'accoglimento di questo motivo, determinando la Cassazione della sentenza, assorbe il secondo motivo del ricorso incidentale, vertente sul regolamento delle spese del giudizio nell'impugnata sentenza.

La sentenza deve essere pertanto cassata, con rinvio ad altra sezione della stessa Corte d'appello per il giudizio di merito, sulla sussistenza del diritto alla prededuzione, invocato dalla società ricorrente, anche ai fini del regolamento delle spese del presente giudizio di legittimità. (omissis)

**CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 2 marzo 2007, n. 4969 - Pres. Varrone - Rel. Vivaldi - P.M. Leccisi (conf.) - Locat S.p.a. (Avv. Savasta Fiore, La Gioia) c. Impresa Costruzioni I.R.C. in liquidazione e concordato preventivo (Avv. Romanelli, Conti) (Conferma App. Torino 22 maggio 2003)**

*Concordato preventivo - Effetti sui rapporti giuridici preesistenti - Locazione finanziaria - Leasing traslativo - Risoluzione per inadempimento del compratore - Potere del giudice - Riduzione dell'indennità convenuta e della penale - Estremi*

(cod. civ. art. 1384 e 1526)

**Gli artt. 1526, comma secondo e 1384 c.c. - applicabili anche alla locazione finanziaria - i quali prevedono, rispettivamente, il potere del giudice di ridurre l'indennità convenuta, in caso di risoluzione del contratto per l'inadempimento del compratore, e la penale determinata nell'ammontare dei canoni ancora da pagare, non impongono una rigida correlazione all'entità del danno subito dal creditore, posto che in entrambi i casi, non si tratta di risarcire un danno, ma, all'opposto, di diminuirne l'entità convenzionalmente stabilita. Pertanto, la valutazione del giudice va condotta sul piano dell'equilibrio delle prestazioni con riferimento al margine di guadagno che il concedente si riprometteva di trarre dall'esecuzione del contratto.**

*Concordato preventivo - Effetti sui rapporti giuridici preesistenti - Locazione finanziaria - Leasing c.d. traslativo - Risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore - Applicabilità analogica della disciplina prevista dall'art. 1526 c.c. - Risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore - Diritto della controparte ad un equo compenso per l'utilizzazione della cosa - Quantificazione - Criteri*

(cod. civ. art. 1458 e 1526)

**La risoluzione del contratto di *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore è soggetta all'applicazione, in via analogica, delle disposizioni fissate dall'art. 1526 c.c. con riguardo alla vendita con riserva della proprietà, ove si tratti di *leasing* c.d. traslativo; pertanto, da un lato, il venditore deve restituire i canoni riscossi, dall'altro, ha diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno. L'ammontare dell'equo compenso potrà legittimamente superare, nella sua concreta determinazione, il solo corrispettivo del temporaneo godimento del bene predetto, mentre, recuperato, da parte del concedente, il capitale monetario impegnato nell'operazione, in vista del corrispondente guadagno mediante il detto compenso ed il residuo valore del bene, il risarcimento del danno non si presta ad essere commisurato all'intera differenza necessaria per raggiungere il guadagno atteso, poiché, con l'anticipato recupero del bene e del suo valore, il concedente è di norma in grado di procurarsi, attraverso il reimpiego di quel valore, un proporzionale utile, che deve conseguentemente essere calcolato in detrazione rispetto alla somma che l'utilizzatore stesso avrebbe dovuto corrispondere se il rapporto fosse proseguito.**

#### **La Corte (omissis).**

Con il primo motivo la società ricorrente denuncia la «Violazione e falsa applicazione degli artt. 1322, 1362, 1363, 1367, 1368, 1384, 1382, 1526, 2041 e 2042 c.c.; Contraddittoria motivazione tra i punti 4.1.2 e 4.1.3 dell'impugnata sentenza e i punti 4.2 e 4.3 della sentenza stessa».

Rileva l'erroneità della decisione di merito in ordine all'interpretazione complessiva della clausola contrattuale 12; in particolare nella parte in cui consente alla società di *leasing* di trattenere i canoni versati dalla conduttrice anteriormente alla risoluzione.

Viceversa, ritiene la ricorrente che «l'intera portata dell'art. 12 del contratto di *leasing* per cui è causa, liberamente accettato dalle parti e richiamato ex artt. 1341 e 1342 c.c. deve essere esaminata e considerata vincolante nella sua completezza»;

sottolineando che il diritto di ritenzione costituisce ipotesi del tutto differente ed autonoma, rispetto alle successive e diverse statuizioni contrattuali che regolano la clausola penale contenuta nello stesso articolo, clausola penale che sola è suscettibile di un legittimo intervento riduttivo ex art. 1384 c.c.; precisando ancora che «sono le clausole contrattuali le uniche a determinare le conseguenze dell'inadempimento, che certamente possono legittimamente ed efficacemente prevedere uno sbilanciamento delle posizioni delle parti contraenti, senza che ciò comporti automaticamente una valutazione di merito del Giudice, cui il Legislatore ha concesso tale facoltà in ben precise e limitate ipotesi»; concludendo che «al di fuori della clausola penale non è consentito al Giudice di modificare la volontà delle parti, fissata nei contratti, in previsione dell'eventuale inadempimento».

Inoltre, erroneo è il richiamo all'«ingiusto arricchimento», poiché trattasi di azione meramente sussidiaria, e

pertanto oggi non rilevante, a fronte di precise previsioni contrattuali.

La sentenza della Corte di merito, quindi, è errata nell'iter logico «con cui ha motivato la decisione di ignorare la portata concreta di una clausola contrattuale, contemplante appunto il diritto della società concedente di trattenere i canoni percepiti, che la stessa Corte ha indiscutibilmente riconosciuto e dichiarato come valida e vincolante».

Ed è anche contraddittoria avendo, da un lato affermato che la sola natura traslativa del contratto di *leasing* non comporta di per se stesso la nullità della clausola contrattuale 12 comma 3 dello stesso contratto e dall'altro ha, invece, ridotto l'entità dei canoni percepiti che la società concedente aveva diritto a trattenere.

Il motivo non è fondato.

La Corte di merito - come già il primo giudice - ha accertato che la locazione finanziaria conclusa fra le parti configura un *leasing* traslativo, e su tale qualificazione la decisione - peraltro neppure oggetto di contestazione - è passata in giudicato.

Ora, il regolamento dei rapporti fra le parti, in caso di risoluzione di tale contratto per inadempimento dell'utilizzatore, è stato oggetto di attenta disamina da parte di questa Corte.

Il principio di diritto applicato in modo costante è nel senso che, ricorrendo un'ipotesi di *leasing* traslativo, si applica per analogia la disciplina dettata dall'art. 1526 cod. civ., per la risoluzione del contratto di vendita con riserva di proprietà; pertanto, il venditore, da un lato deve restituire i canoni riscossi, dall'altro ha diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno (Cass. 14.11.2006 n. 24214; Cass. 13.1.2005 n. 574; Cass. 28.11.2003 n. 18229; Cass. 3.9.2003 n. 12823).

L'equo compenso comprende la remunerazione del go-

dimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua non commerciabilità come nuovo, il logoramento per l'uso; non comprende, invece, il risarcimento del danno, che può derivare da un deterioramento anormale della cosa, né comprende il mancato guadagno.

Quanto al risarcimento del danno, se il contratto ne ha previsto la liquidazione attraverso una clausola penale, questa si presta ad essere ridotta, in base all'art. 1384 c.c. se la penale sia stata commisurata in modo eccessivo.

Il giudice, nell'esercizio del potere di riduzione del suo ammontare, deve tenere conto del guadagno che il concedente si attendeva dal contratto, se l'utilizzatore avesse adempiuto alla propria obbligazione di pagamento dei canoni.

In concreto, l'ammontare dell'equo compenso potrà legittimamente superare, nella sua concreta determinazione, il solo corrispettivo del temporaneo godimento del bene predetto, mentre, recuperato, da parte del concedente, il capitale monetario impegnato nell'operazione in vista del corrispondente guadagno mediante il detto compenso e il residuo valore del bene, il risarcimento del danno non si presta ad essere commisurato all'intera differenza necessaria per raggiungere il guadagno atteso. Ciò perché, con l'anticipato recupero del bene e del suo valore, il concedente è di norma in grado di procurarsi, attraverso il reimpiego di quel valore, un proporzionale utile, che deve conseguentemente essere calcolato in detrazione rispetto alla somma che l'utilizzatore stesso avrebbe ancora dovuto corrispondere se il rapporto fosse proseguito (e, del danno così determinato, dovrà tenersi conto anche ai fini dell'esercizio del potere di riduzione dell'eventuale clausola penale che comporti un risarcimento eccessivo) (Cass. 13.1.2005 n. 574). La Corte di merito ha fatto puntuale applicazione dei detti principi, non incorrendo, né nella violazione di legge contestata, né nella contraddittoria motivazione.

Quanto al primo profilo, ha applicato la disposizione dell'art. 1526 c.c. la cui legittima applicazione al contratto di *leasing* «si fonda essenzialmente sull'argomento che il regolamento degli interessi sotteso all'art. 1526 c.c., anche se previsto per un contratto tipico, costituisce espressione di un principio generale dell'ordinamento, volto ad evitare l'ingiustificato arricchimento di quella parte che ha predisposto il regolamento convenzionale».

E, per *incidens*, nessun riferimento fa la corte all'ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c. - come pretenderebbe la ricorrente - formulando, viceversa, un giudizio di congruità in ordine ai diversi interessi perseguiti dalle parti con il contratto.

Né può essere seguita la tesi della ricorrente della natura vincolante delle clausole contrattuali - nella specie della clausola n. 12 che consentirebbe «l'autonomo *ius retentionis* dei canoni percetti convenzionalmente previsto in favore della società concedente», senza alcuna «limitazione e sindacato valutativo»; al contrario della clausola penale.

Così argomentando, si giungerebbe ad escludere l'applicabilità, al contratto di *leasing* traslativo, della disciplina dell'art. 1526 c.c., comma 2, che, viceversa, per le ragioni più sopra indicate - è di conclamata applicazione ed è finalizzata a consentire al giudice proprio di ridurre, secondo le circostanze, l'indennità stessa.

Tale legittimo esercizio non è contestabile.

Infatti, in ordine al potere discrezionale di riduzione, l'art. 1526 c.c., comma 2, lo subordina, quanto alle rate non pagate alla sola considerazione delle «circostanze», senza ulteriore qualificazione;

mentre l'art. 1384 c.c., più specificamente individua il parametro di riferimento per la riduzione della penale, manifestamente eccessiva, nell'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Le due norme, peraltro, non impongono una rigida correlazione all'entità del danno subito dal creditore, posto che in entrambi i casi non si tratta di risarcire un danno, ma, all'opposto, di diminuirne l'entità convenzionalmente stabilita.

Pertanto la valutazione del giudice va condotta sul piano dell'equilibrio delle prestazioni, con riferimento al margine di guadagno che il concedente si riprometteva di trarre dalla esecuzione del contratto (Cass. 24.3.2001 n. 4208).

Tali principi risultano pienamente rispettati dal giudice di merito, con la conseguente inesistenza della violazione lamentata.

Quanto poi, alla contraddittoria motivazione, anche tale censura non coglie nel segno.

Nessuna contraddittorietà è ravvisabile fra le affermazioni contenute ai punti 4.1.2 e 4.1.3 dell'impugnata sentenza ed ai punti 4.2 e 4.3 della sentenza stessa.

La corte di merito ha, dapprima (4.1) interpretato la clausola contrattuale 12, che regola gli effetti della risoluzione, ed ha, quindi, applicato i principi di cui all'art. 1526 c.c.

Al punto 4.1.3 ha considerato l'erroneità delle conclusioni cui era giunto il primo giudice nel ritenere che l'accertamento della natura traslativa del *leasing* avrebbe comportato *eo ipso* la nullità della clausola 12, comma 3, del contratto.

Ma tale affermazione non scalfisce la *ratio decidendi*, posto che al successivo punto 4.2. ha rilevato che «Tuttavia, la conclusione che precede non importa ancora la riforma della statuizione finale dell'impugnata sentenza, atteso che occorre esaminare le censure d'appello in favore della non riduzione»; concludendo, al punto 4.3, che «la clausola contrattuale 12 interpretata complessivamente, in relazione a tutti gli effetti economici che produce, determina necessariamente un ingiusto arricchimento da parte del concedente in quanto mira ad assicurargli il profitto economico dell'intera operazione, come se il contratto fosse giunto ad esecuzione completa, ed in aggiunta la restituzione del bene».

Di qui l'applicazione dell'art. 1526 c.c.

Con il secondo motivo denuncia la «Violazione e falsa

applicazione degli artt. 1277, 1322, 1362, 1363, 1372, 1382 c.c. e del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 106; Contraddittoria e insufficiente motivazione della sentenza».

Rileva l'erroneità della decisione della Corte di merito relativa al metodo di quantificazione del danno che, anziché applicare uno dei due criteri «quello contrattuale modellato appunto in una precisa clausola penale, suscettibile di riduzione ma non di abrogazione in sede giudiziaria» e «quello determinato in concreto dalla vicenda economica del bene successiva alla risoluzione del contratto.....» ha ritenuto di confermare la decisione sul punto adottata dal tribunale che ha scelto «un terzo criterio ... quello di affidare ad un ausiliario del C.T.U. una valutazione teorica del bene (frutto di una semplice moltiplicazione di metri quadri per un ipotetico valore di mercato) e da tale semplicistico calcolo fa derivare conseguenze che stravolgono sostanzialmente non solo le posizioni dei contraenti, privilegiando apoditticamente la parte inadempiente, ma prescindono da qualsiasi portata del contratto che pur dovrebbe aver valore di legge tra le parti».

Tale criterio costituisce «una chiara violazione dei principi ermeneutici che dovrebbero ispirare chi giudica sulla scorta di norme contrattuali».

Peraltro, la ricorrente rileva che tali risultanze, seppure «abnormi» non sono suscettibili di valutazione nel presente grado di giudizio di legittimità.

Continua, però, la ricorrente sostenendo che «Dove invece la Corte erra in linea di diritto ed in linea logica, è dove testualmente scrive: Invece il prezzo di vendita rappresenta uno dei possibili parametri di stima di un immobile, al pari di altri, costituiti dal valore di capitalizzazione del reddito; dai costi di costruzione, dagli elementi peculiari di quello specifico bene (età, qualità del manufatto, posizione, dati particolari di esso); dai valori monetari.

Chiarendo che bene è possibile che non coesistano tutti tali parametri, simultaneamente».

L'erroneità deriva da ciò che, in particolare, una società concedente in *leasing* dovrebbe considerare il prezzo del bene solo come uno dei possibili criteri di valutazione contrattuale, ma non l'unico.

Al contrario, in un contratto di finanziamento, quale è il *leasing*, l'unico criterio valutativo è il prezzo del bene erogato dalla società concedente all'atto della conclusione del contratto di acquisto dal terzo fornitore, ed il prezzo in concreto incassato a seguito della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore.

Il motivo non è fondato.

In ordine al primo rilievo - come già riconosce la ricorrente - questa Corte non può esprimersi, riguardando una valutazione di merito congruamente motivata.

Quanto all'ulteriore censura, deve rilevarsi che la corte di merito si è espressa soltanto sulla questione del rapporto prezzo/valore dell'immobile, - riguardando il motivo di appello questo profilo della c.t.u. esperita nel giudizio di primo grado e fatta propria dal giudicante -, esponendo concetti e valutazioni pienamente condivisibili sul piano logico e giuridico.

In particolare, con riferimento al valore dell'immobile al momento della riconsegna (punto 5.2.1.), correttamente la corte di merito ha escluso la fondatezza della censura proposta concernente il valore dell'immobile al momento della riconsegna ritenendo che la valutazione riguardi due momenti diversi e sia necessariamente differente.

In sostanza la corte di merito ha ritenuto che al momento della conclusione dell'operazione finanziaria di *leasing* rileva soltanto il prezzo pagato per l'acquisto del bene in *leasing*, mentre - a seguito della risoluzione dello stesso contratto, ed ai fini dell'art. 1526 cod. civ. - è necessario fare riferimento al valore del bene che può non coincidere con il prezzo.

Questo concetto - espresso con motivazione precisa e completa - non è censurabile in questa sede.

Conclusivamente, il ricorso va rigettato.

(omissis).

## Il *leasing* finanziario nel fallimento ed il nuovo art. 72<sup>quater</sup> l.fall. di Massimo Rodolfo La Torre

**Le questioni affrontate dalla S.C. nelle due sentenze in commento inducono l'Autore ad esaminare la disciplina, dell'art. 72<sup>quater</sup> l.fall., in materia di locazione finanziaria come rapporto pendente nel fallimento e, soprattutto, a soffermarsi sugli effetti che tale disposizione svolge sulla qualificazione e la disciplina sostanziale del contratto.**

1. Le due decisioni della Cassazione in esame affrontano, tra gli altri, due controversi aspetti del contratto

di *leasing* finanziario nel fallimento che oggi, a sommoso avviso di chi scrive, hanno trovato una chiara e definitiva disciplina positiva ad opera del nuovo art. 72<sup>quater</sup> della legge fallimentare.

La sentenza n. 22013/07, oltre ad aspetti di natura processuale, affronta il problema della prevedibilità dei canoni a seguito del subentro del curatore nei contratti di locazione finanziaria; mentre la sentenza n. 4969/07 si occupa degli effetti della risoluzione del contratto conseguenti all'inadempimento dell'utilizzatore.

In particolare, nel primo caso la società di *leasing* a

seguito del fallimento dell'utilizzatore ha chiesto l'ammissione al passivo in via chirografaria del proprio credito per canoni scaduti ed interessi fino alla dichiarazione del fallimento e la restituzione dei beni oggetto dei due contratti di locazione finanziaria.

Successivamente con lettera raccomandata il curatore ha comunicato alla società concedente l'accoglimento da parte del G.D. della domanda di insinuazione del credito in via chirografaria ed il rigetto di quella relativa alla restituzione dei beni, avendo, al contempo, autorizzato il curatore al subentro nei due contratti, con corresponsione in prededuzione dei canoni postfallimentari e dell'opzione finale di acquisto.

Con successiva istanza di ammissione tardiva, la società di *leasing* si è opposta allo stato passivo, deducendo che il subentro del curatore nei contratti di locazione finanziaria comportava il suo diritto alla prededuzione anche dei canoni insoluti scaduti prima della dichiarazione di fallimento e dei relativi interessi di mora.

Tale opposizione è stata accolta dal Tribunale di Venezia, che aveva riconosciuto la prededucibilità anche dei canoni scaduti prima del fallimento; mentre è stata dichiarata inammissibile dalla Corte d'Appello di Venezia, secondo la quale il medesimo creditore aveva già visto accolta la sua prima istanza di insinuazione e la richiesta della prededucibilità dei canoni insoluti prefallimentari costituiva una questione nuova.

La Suprema Corte ha, invece, accolto il ricorso della società di *leasing* e cassato la sentenza della Corte di Appello, ribadendo, in primo luogo, che la questione della prededucibilità dei canoni insoluti e scaduti prima del fallimento non poteva essere sollevata prima poiché il curatore aveva comunicato il suo subentro nei predetti contratti di locazione finanziaria solo dopo l'adunanza di verifica dello stato passivo, per cui l'unico strumento a disposizione del creditore per far valere il suo diritto era quello dell'insinuazione tardiva; e, in secondo luogo, che il subentro del curatore nei contratti di *leasing* comporta l'obbligo per il fallimento di adempiere i contratti nella loro integrità, dovendo corrispondere per intero ed al di fuori delle regole del concorso i canoni maturati non solo dopo, ma anche prima della dichiarazione di fallimento.

La seconda decisione in esame ha ad oggetto la domanda della società di *leasing* di accertamento dell'intervenuta risoluzione di diritto del contratto di locazione finanziaria a seguito dell'inadempimento dell'utilizzatore; questo tipo di azione generalmente è finalizzata all'ottenimento di un titolo per il rilascio dell'immobile che ne formava oggetto.

Trattandosi, quindi, di una fattispecie di risoluzione del contratto di locazione finanziaria, il principio di diritto applicato dalla S.C. in merito alla disciplina applicabile è stato quello, ormai da tempo consolidato, dell'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c., che però oggi deve essere riconsiderato alla luce del disposto dell'art. 72 *quater* l.fall.

Infatti, avendo i giudici di merito ricondotto la fattispecie concreta *de quo* nel «*leasing* di tipo traslativo» e non avendo questa qualificazione formato oggetto di apposita impugnazione, per cui si è formato un giudicato interno, il Supremo Collegio, confermando il proprio orientamento inaugurato con le sei sentenze del 13 dicembre 1989, nn. 5569-5574 (1) sulla c.d. «duplicità tipologica del *leasing*», ha ribadito l'applicazione in via analogica dell'art. 1526 c.c. anche in caso di risoluzione di questo contratto, in luogo dell'art. 1458 c.c.

Da ciò consegue che la società di *leasing*, da un lato, deve restituire tutti i canoni riscossi e, dall'altro, ha diritto a ricevere un equo compenso per l'uso della cosa, che per la S.C. comprende la remunerazione del godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua non commerciabilità come nuovo ed il logoramento per l'uso; fermo restando il risarcimento del danno.

Con riguardo a quest'ultima voce, la S. C. ha sottolineato il fatto che se la liquidazione del danno è contenuta in una clausola penale, questa può essere ridotta dal giudice di merito in base all'art. 1384 c.c. qualora sia commisurata in modo eccessivo.

Per quanto di diretto interesse, della motivazione della sentenza n. 4969/07 meritano di essere messe in evidenza due ulteriori considerazioni che la S.C. ha fatto in merito agli aspetti sopra evidenziati.

Infatti, il S.C., molto opportunamente, citando la motivazione della sentenza impugnata, fa proprio l'assunto in base al quale l'applicazione dell'art. 1526 c.c. al contratto di *leasing* «si fonda essenzialmente sull'argomento che il regolamento degli interessi sotteso all'art. 1526 c.c., anche se previsto per un contratto tipico, costituisce espressione di un principio generale dell'ordinamento, volto ad evitare l'ingiustificato arricchimento di quella parte che ha predisposto il regolamento convenzionale».

Ciò posto, per la Cassazione «l'ammontare dell'equo compenso potrà legittimamente superare, nella sua concreta determinazione, il solo corrispettivo del temporaneo godimento del bene ..., mentre, recuperato, da parte del concedente, il capitale monetario impegnato nell'operazione in vista del corrispondente guadagno mediante il detto compenso e il residuo valore del bene, il risarcimento del danno non si presta ad essere commisurato all'intera differenza necessaria per raggiungere il guadagno atteso. Ciò perché, con l'anticipato recupero del bene e del suo valore, il concedente è di norma in grado di procurarsi, attraverso il reimpiego di quel valore, un proporzionale utile, che deve conseguentemente

#### Nota:

(1) Pubblicate in numerose riviste tra cui si segnalano: *Riv. it. leasing*, 1989, 585, con nota di M.R. La Torre, *I due tipi di leasing secondo la nuova giurisprudenza della Cassazione*; in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 741, con nota di Clarizia, «Nuova» figura di *leasing* e vecchi problemi: l'applicabilità dell'art. 1526 c.c.; in *Foro it.*, 1990, I, c. 461, con note di De Nova, *La Cassazione e il leasing: atto secondo*, e di Pardolesi, *Leasing finanziario: si ricomincia da due*.

essere calcolato in detrazione rispetto alla somma che l'utilizzatore stesso avrebbe ancora dovuto corrispondere se il rapporto fosse proseguito (e, del danno così determinato, dovrà tenersi conto anche ai fini dell'esercizio del potere di riduzione dell'eventuale clausola penale che comporti un risarcimento eccessivo)».

In sostanza, la S.C. riconosce il diritto della società di *leasing*, in caso di scioglimento o risoluzione del contratto, di recuperare per intero il capitale impiegato per l'operazione, costituito dai canoni scaduti e non pagati e dall'attualizzazione dei canoni a scadere più l'opzione finale di acquisto, da cui dovrà essere dedotto quanto ricavato dalla vendita o riallocazione del bene, così come riconosciuto dall'art. 72 *quater* l.fall.

2. L'art. 72 *quater* l.fall., oltre ad aver colmato una lacuna normativa che si trascinava da moltissimi anni e che aveva prodotto una situazione di incertezza normativa e giurisprudenziale sulle sorti del contratto di locazione finanziaria in caso di fallimento dell'utilizzatore, ha introdotto nella legge fallimentare una disciplina speciale di questo contratto come rapporto giuridico pendente al momento della dichiarazione di fallimento di una delle parti contraenti, distinguendo le sorti del contratto in caso di fallimento dell'utilizzatore da quelle del fallimento della società concedente.

Tale disciplina assume una fondamentale importanza anche sul piano del diritto sostanziale, 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 i due istituti della «risoluzione» e dello «scioglimento» del rapporto; sia alla conseguente problematica della qualificazione della locazione finanziaria (2), poiché solo facendo emergere la natura finanziaria o la prevalenza dell'aspetto del «godimento», rispetto alla funzione traslativa o di scambio in passato si è potuto giustificare il ricorso all'applicazione analogica dell'art. 1458 c.c. o dell'art. 1526 c.c.

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 sovverte 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, come finora avvenuto; 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.

3. L'art. 72 *quater* considera il contratto di locazione finanziaria un rapporto giuridico pendente - anche se ha 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 - 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.

In caso di fallimento dell'utilizzatore il primo comma dell'art. 72 *quater* richiama l'art. 72 l.fall., per cui l'esecuzione del contratto rimane sospesa in attesa della decisione del curatore, considerato terzo rispetto al fallito, di subentrare oppure di sciogliersi dallo stesso, sempre che non sia 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.

Pertanto, se il curatore decide di sciogliersi si applicano, in successione temporale, il secondo ed il terzo comma dell'art. 72 *quater*.

In questo caso, sulla base del secondo 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 terzo 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».

Il secondo comma dell'art. 72 *quater* parla testual-

#### Nota:

(2) 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, 113 ss.

mente di «*somma ricavata*», per cui la verifica se la società di *leasing* a seguito della riallocazione del bene risulti debitrice o creditrice verso la massa - ossia se debba versare al fallimento l'eventuale *surplus* ricavato dalla riallocazione 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.

Ciò posto, il predetto secondo comma dell'art. 72 *quater*, partendo dal presupposto che la società di *leasing* è la proprietaria del bene, per cui ha diritto alla sua restituzione, 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 stesso (3); mentre il successivo terzo 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 secondo 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; ciò significa 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*» indicato nel contratto.

Una volta chiarito ciò, si ha che il «*credito residuo in linea capitale*» della società di *leasing*, di cui parla il secondo comma 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, così come, peraltro, riconosciuto dalla medesima Cassazione con la sentenza n. 4969/07, che ha riconosciuto il diritto della società di *leasing* all'integrale recupero del «*capitale mo-*

*netario impiegato nell'operazione*» e, al di fuori del fallimento, anche il diritto al risarcimento del danno, secondo la quale, però, non deve coincidere con il guadagno atteso.

Diversamente, invece, il «*credito vantato alla data del fallimento*», di cui al terzo comma dell'art. 72 *quater*, che è il credito totale vantato dalla società di *leasing* alla data del fallimento, deve essere costituito sia dall'eventuale residuo credito in linea capitale che non è stato soddisfatto da quanto ricavato dalla vendita o riallocazione del bene, sia dalla remunerazione del capitale impiegato, rappresentato dalla componente interessi inserita nei canoni periodici insoluti fino alla data della dichiarazione del suo fallimento ed in quelli successivi (4), 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 terzo comma, che in questo caso sarebbe costituito dai soli interessi, poiché quest'ultimo deve concorrere con gli altri crediti chirografari.

4. Infine, per quanto riguarda i canoni già riscossi fino alla dichiarazione di fallimento, l'art. 72 *quater* nel secondo comma si limita a stabilire che si applica l'art. 67, terzo comma, lettera a), l.fall.

Da questo semplice richiamo si ricava l'affermazione di due fondamentali principi: innanzitutto, la conferma che l'art. 67, terzo comma, lettera a), l.fall., 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.

Resta da chiarire la specificazione introdotta nel secondo comma dell'art. 72 *quater* con l'ultima novella,

#### Note:

(3) Contro questa soluzione si è espresso il Trib. Padova, sez. fall., 2 marzo 2007, decr., in questa *Rivista*, 2007, 821, con nota critica di A. Patti, *Crediti da contratto di leasing tra risoluzione e pendenza del rapporto*; secondo il Tribunale, che non valuta opportunamente il fatto che la società di *leasing* è la proprietaria del bene, l'art. 72 *quater* consentirebbe una soddisfazione al di fuori del concorso sostanziale, assicurando la separazione del bene attraverso una sorta di privilegio speciale.

(4) Cfr. Quagliotti, *La disciplina unitaria del contratto di leasing nel fallimento*, in questa *Rivista*, 2006, 1246; contra: A. Patti, *Disciplina concorsuale della locazione finanziaria nella nuova normativa*, in questa *Rivista*, 2007, 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.

secondo cui la vendita o qualunque altra collocazione del bene da parte della società concedente deve avvenire «ai valori di mercato».

È fuori di dubbio 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 capitale (5); in questo modo il legislatore ha superato il meccanismo contenuto nell'art. 1526 c.c. che, invece, impone, 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*.

Peraltro, 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.

Ciò posto, a seguito dell'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, la situazione non è cambiata, salvo a considerare tale inciso come una formalizzazione della responsabilità della società di *leasing*, attribuendogli quasi un'obbligazione di risultato, di cui, però, non è possibile avere un oggettivo riferimento del risultato desiderato, poiché non solo il valore di mercato dovrà essere stabilito di volta in volta per ogni singolo bene, ma questo potrà mutare 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 ri-

medio alle conseguenze recate dall'ultima novella e tuteli la società concedente da un'eventuale azione di risarcimento danni intentata dal curatore, può essere quella di ricondurre il meccanismo introdotto dal secondo comma 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 dottrina (6), 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.fall. 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 il ricorso alla determinazione del valore di mercato di un bene sulla base di indici presuntivi di incerta natura, come in passato è avvenuto per l'equo compenso previsto dall'art. 1526 c.c.

5. 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, anche se, come si è visto, una parte della giurisprudenza di merito e la medesima Cassazione (sentenza n. 22013/07) hanno ribadito la piena prededucibilità anche di questi canoni.

La conferma di questa soluzione oggi la si ha anche sul piano normativo a seguito del nuovo art. 74 l.fall., 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

---

**Note:**

(5) Cfr. Quagliotti, *op. loc. cit.*, 1244.

(6) Quagliotti, *op. loc. cit.*, 1245.

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 prededuzione (7).

6. Da tutto quanto precede emerge chiaramente che con l'art. 72 *quater* non si è 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 quarto comma, si ricava che il legislatore con questa norma ha voluto superare la distinzione giurisprudenziale 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* l.fall., confermata appunto dall'assenza di una qualsiasi ulteriore specificazione con intento 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 finanziamento (8), posto che altrimenti non si sarebbe potuto giustificare il richiamo all'art. 67, terzo comma, lettera a), che - nel contesto del secondo comma 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 finanziari (9).

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, secondo comma, 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.fall. oppure se, invece, si debba continuare ad individuare la disposizione dettata in materia di diritto sostanziale per un contratto che più gli si avvicina o che presenti delle analogie.

Si è già detto che il problema rileva essenzialmente in caso di risoluzione del contratto a seguito dell'inadempiamento 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 quinto comma dell'art. 72 l.fall. 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. fall), 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 signalling 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.

#### Note:

(7) In passato si perveniva alla medesima soluzione in forza del regime delle passività necessarie: cfr. Patti, *op. loc. cit.*, 136.

(8) *Contra* Patti, *op. loc. cit.*, 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.

(9) Cfr. artt. 1, comma 2, n. 3), e 106 del D.Lgs. n. 385/93.

Oggi, a seguito dell'introduzione dell'art. 72 *quater*, il problema della disciplina applicabile in caso di risoluzione della locazione finanziaria a seguito dell'inadempimento dell'utilizzatore è limitato solo all'ambito del diritto sostanziale e non scaturisce più dall'esigenza di ripristinare il sinallagma contrattuale per 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 Cassazione (10); 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, inoltre, 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 contratto 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, si avrebbe l'assurdo risultato che l'utilizzatore inadempiente sia tenuto ad un risarcimento del danno alla 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, secondo comma, 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 falli-

mentare, 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 dello stesso utilizzatore.

In altre parole, in presenza della disciplina recata dall'art. 72 *quater* l.fall. 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 (11), 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.fall. 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

#### Note:

(10) Cass., Sez. Un., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Riv. it. leasing*, 1993, 207, nonché in *Foro it.*, 1994, I, c. 177, secondo le quali: «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)».

(11) La conferma di ciò, si è già visto, la si ricava anche dall'eliminazione del quarto comma dell'art. 72 *quater*, dedicato alla disciplina del fallimento della società di *leasing*, 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.

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 dall'art. 72 *quater*, ma nemmeno in caso di semplice risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore (12).

Pertanto, la conferma di un simile assunto oggi 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 si-

stema impongono che anche per la locazione finanziaria vi deve 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.

Ciò posto, 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 necessariamente una rilevanza qualificante 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, secondo comma, disp. prel.

#### Nota:

(12) È 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.ilcaso.it*, pag. 11 del testo stampato, il quale ritiene che sulla base della previsione contenuta nel quinto 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*.

#### SPECIALI ONLINE

## Speciale Riforma Appalti

Tutte le novità e gli adempimenti della riforma

Prezzo: € 39,00 + Iva

**Speciale Riforma appalti** è una guida dettagliata alle **novità operative** della riforma introdotta dal **nuovo codice dei contratti pubblici**, (D.Lgs. n. 163/2006) per tutti quei soggetti (avvocati, notai, magistrati, funzionari della P.A.) che, a vario titolo, sono chiamati ad applicare la nuova regolamentazione.

Le novità in tempo reale e in sintesi, l'approfondimento degli esperti sui temi più importanti e controversi, tutta la

documentazione di riferimento fanno dello **Speciale Riforma appalti** un utile strumento di lavoro e di aggiornamento. **L'articolazione in sezioni** che permette una consultazione rapida e ragionata e una **guida d'autore** che illustra in modo pratico e completo gli aspetti più salienti della nuova disciplina, consentono di avere sempre a portata di mano i contenuti della riforma e dei suoi sviluppi.



Consulta il servizio su  
[www.ipsoa.it/SpecialeRiformaAppalti](http://www.ipsoa.it/SpecialeRiformaAppalti)