

## **NUOVE RIFLESSIONI IN TEMA DI LEASING NELLA DISCIPLINA DEI RAPPORTI PENDENTI DELLA NOVELLA FALLIMENTARE (ART. 72 QUATER L. FALL.) (\*)**

**BRUNO INZITARI**

*Ordinario di istituzioni di diritto privato – Facoltà di Giurisprudenza  
Università degli studi Milano-Bicocca*

(\*) Nel presente scritto l'Autore ha ulteriormente approfondito alcune soluzioni, particolarmente in relazione alla possibilità di ripetizione dei canoni corrisposti dall'utilizzatore poi fallito e ringrazia IL CASO che ha consentito di modificare quanto già pubblicato in questo sito e di divulgare questa nuova versione.

1. La disciplina dei rapporti pendenti concerne la valutazione della sorte dei rapporti contrattuali in corso alla data del fallimento. Vengono definiti “pendenti” ovvero in corso, alla stregua di quanto previsto dall'art. 72 l.fall., i rapporti contrattuali che sono sorti prima del fallimento, ma non sono stati ancora eseguiti oppure sono stati eseguiti solo in parte.<sup>1</sup>

L'avvento del fallimento pone infatti non solo i beni, ma anche i rapporti contrattuali in una prospettiva liquidatoria, che non consente l'adempimento delle prestazioni contrattuali negli stessi termini in cui sarebbe avvenuta senza il sopravvenire del fallimento. Al venditore ad esempio potrebbe essere addossato il grave onere di dare la cosa compravenduta e di non ricevere però l'originario corrispettivo pattuito, ma solo una frazione di esso, secondo le regole del concorso. La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti ineseguiti ha, dunque, proprio la funzione di dettare regole tese ad attenuare per quei contraenti, che appunto non sono stati ancora pregiudicati dal fallimento, gli obblighi contrattuali originari e consentire ad essi di non adempiere agli originari obblighi ed eventualmente di sciogliersi dal contratto

Le norme relative ai rapporti in corso di esecuzione alla data del fallimento (art. 72 e ss.) regolano anche i rapporti continuativi o di durata anche se, a dire il vero, il problema del sopravvenuto fallimento si pone in

---

<sup>1</sup> Sui rapporti giuridici pendenti alla data del fallimento BOZZA *Gli effetti delle procedure concorsuali sui rapporti pendenti. I risultati dell'evoluzione della giurisprudenza in Le procedure concorsuali tra “nuove frontiere” e prospettive di riforma* a cura di Bonfatti, Falcone, Milano, 2002; CENSONI *I rapporti pendenti nella legge delega di riforma in Fallimento* 2005, 1038; VIGO *I contratti pendenti non disciplinati nella legge fallimentare* Milano, 1989. JORIO, *Leasing e fallimento*, in *Dir. fall.* 1989, I, 228.

termini diversi rispetto ai rapporti contrattuali non eseguiti o ancora non interamente eseguiti.

Va considerato, infatti, che il rapporto contrattuale di durata o continuativo è certamente un rapporto contrattuale che risulta esaurito per la parte delle prestazioni reciproche già eseguite, in quanto le parti prima del fallimento hanno non solo concluso il contratto, ma anche eseguito le prestazioni dovute; tuttavia per il carattere continuativo e di durata delle prestazioni, queste si esauriscono solo con il decorso del termine di durata del contratto (il quale può dipendere a sua volta dal verificarsi del termine convenzionalmente fissato o dall'esercizio del potere di recesso di una delle parti). Tali contratti sono pertanto in corso, in quanto il fallimento viene dichiarato prima che si sia verificato il termine finale di durata del contratto stesso. Conseguentemente il problema che si pone con il sopravvenuto fallimento è, per lo più, solo quello di verificare se le parti, o sarebbe meglio dire, la parte *in bonis* e il curatore del fallimento che è succeduto al fallito, hanno interesse a far proseguire il contratto anche nel fallimento oppure preferiscono sciogliere il contratto.

2. Il contratto di *leasing*<sup>2</sup> in realtà riveste in questo contesto una posizione piuttosto articolata. Da un lato è sicuramente un contratto di durata. Infatti, è nel corso di un ampio periodo di tempo che l'utilizzatore estingue le proprie prestazioni corrispettive rispetto al godimento del bene che il fornitore gli ha messo a disposizione. Nello stesso tempo, accanto a queste prestazioni periodiche, assume centrale importanza anche il possibile trasferimento, al termine della durata del contratto, della proprietà del bene oggetto del contratto, con il conseguente rilievo delle problematiche simili a quelle dei rapporti di compravendita. In entrambi i casi, che si dia prevalenza ai profili di godimento per un determinato periodo di tempo, ovvero che si

---

<sup>2</sup> Il contratto di *leasing*, benché largamente diffuso nella prassi negoziale e tecnicamente uniforme nella disciplina economica e giuridica delle prestazioni dei contraenti, resta un contratto atipico, di cui la legislazione speciale si è occupata soltanto con finalità fiscali o agevolative, senza che sia mai stata neanche abbozzata una disciplina sua propria. In realtà la disciplina applicabile al rapporto è stata sviluppata in larga parte dalla giurisprudenza.

Si deve infatti alla giurisprudenza, (e in particolare alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, si veda l'indirizzo inaugurato da Cass. 13 dicembre 1989 n. 5572 in *Foro it.* 1990, I, 461) l'individuazione di criteri discretivi nell'alternativa circa l'applicabilità della disciplina della vendita con riserva della proprietà (artt. 1523 e ss. c.c.) ovvero della locazione, con la creazione della distinzione tra *leasing* "traslativo", con prevalente causa di vendita, e *leasing* "finanziario", con prevalente causa di godimento. Sulla natura e sulla disciplina del *leasing* si vedano DE NOVA *Nuovi contratti*, Torino, 1994, p. 270; BUONOCORE *Il leasing in I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* trattato diretto da Galgano, vol. II, p. 605, Torino 1995

ponga attenzione alla prestazione finale di riscatto del bene, gli effetti del contratto di *leasing* non possano dirsi totalmente esauriti prima della dichiarazione di fallimento, quando l'evento del fallimento intervenga prima della naturale scadenza del contratto e dell'esercizio del diritto di riscatto.<sup>3</sup>

In assenza di una disciplina specifica del contratto, l'applicazione delle regole fallimentari dei contratti in corso alla data del fallimento oscillava tra l'applicazione delle regole della vendita e dunque dell'art. 72 l.fall. e l'applicazione delle regole della locazione, di cui all'art. 80 l.fall., con una profonda discrasia di soluzioni.

Nel primo caso, ritenuta prevalente la causa di vendita, il Curatore aveva la scelta tra il subentro nel contratto e lo scioglimento dello stesso. Nell'ipotesi di scioglimento, il Curatore procedeva alla restituzione del bene e si riteneva applicabile l'art. 1526 c.c.: di conseguenza era esclusa l'insinuazione dei canoni con scadenza successiva al fallimento, mentre i canoni già corrisposti dal fallito in favore del concedente potevano essere chiesti in ripetizione, detratto l'equo compenso per l'uso della cosa<sup>4</sup>

Al contrario, ritenuta prevalente la causa di godimento, l'applicazione dell'art. 80 l.fall. conduceva a risultati diametralmente opposti.

In primo luogo era rimessa al Curatore l'iniziativa per lo scioglimento del contratto, come nel caso della locazione. Inoltre in applicazione dell'art. 1458 c.c., che esclude la ripetizione per le prestazioni eseguite prima della risoluzione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, si riteneva che i canoni pagati dall'utilizzatore non fossero soggetti a ripetizione, mentre il bene doveva essere retrocesso al concedente.<sup>5</sup>

**3.** L'articolo in commento ha previsto per il contratto di *leasing* una specifica disciplina che abbraccia tanto il caso del fallimento dell'utilizzatore quanto quello del fallimento del concedente.

Si tratta di una disciplina del tutto innovativa, perchè dedicata ad un contratto atipico quale il contratto di *leasing* che in precedenza, come

---

<sup>3</sup> E' stato affermato che il contratto di *leasing* deve essere considerato "pendente" ai fini dell'applicazione dell'art. 72 l.fall. finché l'utilizzatore non abbia esercitato il diritto di riscatto del bene ovvero non abbia rinunciato a tale opzione cfr. APICE *La causa di finanziamento nel leasing e problematiche relative alla sorte del contratto pendente al momento del fallimento* in *Dir. Fall.*, 1994, I, 611; PANZANI *Leasing, fallimento, e incertezze dei giudici* in *Giur.comm.*, 1988, II, 189

<sup>4</sup> cfr. App. Milano 23 settembre 1986 in *Fallimento* 1987, 53; Trib. Milano 15 gennaio 1990 in *Dir. Fall.* 1990, II, 1155

<sup>5</sup> Cfr. Trib. Milano 23 aprile 1981 in *Giur.comm.* 1982, II, 367; Trib. Parma 10 marzo 1998 in *Dir. Fall.* 1998 II 536

abbiamo visto, non poteva trovare specifica disciplina nella legge fallimentare.

In considerazione delle caratteristiche del *leasing*, che nello stesso tempo è contratto di durata, ma anche strumento di attribuzione del bene oggetto del godimento, la disciplina è volta a regolare nello stesso tempo la liquidazione del rapporto contrattuale nella sua durata, con riguardo allo scioglimento o alla continuazione del rapporto, come pure, con principi piuttosto articolati, a regolare le modalità di restituzione oppure di attribuzione dei beni e, conseguentemente, la distribuzione dei relativi oneri tra le parti.

4. L'articolo in commento prende in considerazione sia l'ipotesi del fallimento dell'utilizzatore, sia l'ipotesi del fallimento del concedente.

Al fallimento dell'impresa di *leasing* è dedicato il quarto comma dell'articolo in commento.

Nel caso di fallimento della società di *leasing*, l'articolo ora introdotto dispone la prosecuzione del contratto di *leasing* ripetendo, pertanto, pressoché pedissequamente quanto disposto dall'art. 7 D.l. 24 dicembre 2003, n. 354, convertito con l. 26 febbraio 2004, n. 45, che già aveva stabilito che la sottoposizione a procedura concorsuale delle società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria, *“non è causa di scioglimento dei contratti di locazione finanziaria, inclusi quelli di carattere traslativo, né consente agli organi della procedura di optare per lo scioglimento dei contratti stessi; l'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare, alla scadenza la proprietà del bene, verso il pagamento del prezzo pattuito”*.

La legge fallimentare viene, pertanto, a ripetere in modo sostanzialmente meccanico un principio che una migliore e più attenta tecnica legislativa avrebbe soltanto richiamato. Tale rigorosa regola della continuazione del contratto è rivolta ad evitare che lo scioglimento del contratto di *leasing* e la conseguente interruzione dei flussi dei pagamenti delle rate dei contratti in corso possa pregiudicare la cartolarizzazione dei crediti delle società di *leasing*.

**5.** Al fallimento dell'utilizzatore sono dedicati i primi tre commi dell'articolo.

La continuazione o, all'opposto, lo scioglimento del contratto possono, infatti, comportare effetti assai diversi nel caso di fallimento dell'utilizzatore.

La convenienza alla continuazione del contratto può derivare dall'esigenza di continuare nel godimento e nell'utilizzazione dei beni concessi in *leasing*, come pure dalla valutazione di convenienza o meno alla continuazione nel pagamento delle rate da parte del fallimento, rispetto all'acquisizione della proprietà del bene concesso in locazione finanziaria.

La regola generale, introdotta con la novella dall'art. 72, della sospensione del contratto fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendone tutti i relativi obblighi ovvero di sciogliersi dal contratto stesso, è, dunque, lo strumento attraverso il quale si rende possibile al curatore di valutare la convenienza o meno della continuazione o della sospensione del rapporto.

**6.** Il primo comma dell'articolo in commento esprime due principi: in primo luogo prevede che in caso di fallimento dell'utilizzatore trova applicazione l'art. 72; quindi prevede che in caso di esercizio provvisorio dell'impresa il contratto continua ad avere esecuzione, facendo salva la possibilità per il curatore di sciogliersi dal contratto.

In virtù del richiamo contenuto al primo comma all'art. 72, la dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore comporta la sospensione del contratto sino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto, assumendone, pertanto, tutti gli obblighi secondo quanto previsto nel contratto di *leasing*. Sorge in questo caso il conseguente obbligo della procedura di pagare tutti i canoni scaduti dopo la dichiarazione di fallimento in prededuzione, acquisendo peraltro in questo modo il curatore il diritto di riscattare il bene e di acquisirne la proprietà alla scadenza del contratto, pagando sempre in prededuzione il corrispettivo stabilito contrattualmente per l'acquisto.

7. In questo modo il principio della sospensione del contratto, prevista dall'art. 72 per i casi in cui il contratto non è ancora eseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti, viene applicato anche ad un rapporto o contratto di durata, come il *leasing*, nel quale con il sopravvenire del fallimento non si rinviene la stessa situazione di incertezza tratteggiata nel primo comma dell'art. 72, tra avvenuta e non avvenuta esecuzione, bensì più semplicemente non è ancora venuto a compimento l'intero periodo di tempo dedotto in contratto, mentre l'eventuale scelta se riscattare o meno il bene concesso in *leasing* non è ancora attuale e almeno giuridicamente non è influenzata dal sopravvenuto fallimento.

8. La regola della sospensione *ex lege* non trova applicazione, come prevede opportunamente il secondo periodo del primo comma, nel caso in cui venga disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa dell'utilizzatore fallito.

L'utilizzatore, benché fallito, infatti, continua la stessa attività svolta prima del fallimento e, pertanto, tutti i beni strumentali, la cui disponibilità da parte dell'imprenditore era stata acquisita attraverso il *leasing*, devono essere necessariamente mantenuti a disposizione anche dal curatore che ne deve continuare l'utilizzazione nell'esercizio provvisorio.

In questo caso, dunque, il contratto di *leasing* non subisce né sospensioni, né comunque interruzioni, al contrario, il curatore succede nel rapporto acquistando però *ex lege* un diritto di recesso che appunto consente alla curatela di sciogliersi dal rapporto, anche se non immediatamente ma successivamente, nel momento in cui lo stesso curatore valuti conveniente sciogliersi dal contratto.

Quando, infatti, l'attività dell'impresa continua attraverso l'esercizio provvisorio, è possibile immaginare che, almeno nella fase iniziale, tutti i beni strumentali debbano continuare ad essere utilizzati. Per questo motivo la norma dispone in via generale la continuazione del rapporto, ma fa salva la possibilità di diverse valutazioni. Infatti è possibile che anche laddove vi sia l'esercizio provvisorio, la prospettiva di una ristrutturazione aziendale, di un ridimensionamento dell'attività o della cessione dell'azienda, come pure la cessazione dell'esercizio provvisorio facciano sorgere un interesse del curatore volto allo scioglimento del contratto di *leasing*. Pertanto la norma

consente al curatore di esercitare il recesso previsto dalla legge anche nell'ipotesi di esercizio provvisorio.

**9.** Nel caso, dunque, di continuazione dell'attività dell'impresa attraverso la disposizione dell'esercizio provvisorio, il curatore subentra nel contratto quale effetto naturale del contratto in presenza di una continuazione dell'attività dell'impresa e, pertanto, anche della presumibile utilizzazione funzionale dei beni strumentali detenuti dall'utilizzatore a titolo di *leasing*.

La successione nel contratto avviene, pertanto, senza necessità di alcuna autorizzazione da parte dell'organo di controllo (ora il comitato dei creditori), in quanto la successione in questo caso è un effetto naturale del contratto e della legge per il quale il curatore non necessita di particolari integrazioni dei poteri, considerato che nessuna attività negoziale deve svolgere il curatore per divenire parte del contratto, dal quale peraltro può sciogliersi anche successivamente, e naturalmente, anche in questo caso senza la necessità di autorizzazione del comitato dei creditori.

**10.** Nell'ipotesi in cui il fallimento dell'utilizzatore si svolga senza il ricorso, peraltro tutt'altro che frequente, all'esercizio provvisorio, il subentro del curatore nel contratto risulta non omogeneo alle esigenze liquidative della procedura, in quanto tale subentro nel contratto è piuttosto indirizzato verso la utilizzazione funzionale dei beni, ovvero potrebbe essere propedeutico al successivo acquisto dei beni stessi da parte del fallimento.

Di qui la necessità della autorizzazione del comitato dei creditori che necessariamente deve accompagnare la dichiarazione del Curatore di voler subentrare nel contratto.

Il richiamo alla regola della sospensione di cui all'art. 72 ha dunque la funzione di rendere il subentro del fallimento nel contratto di *leasing* in corso un atto negoziale, che necessariamente deve essere valutato dagli organi di controllo della procedura, vale a dire da parte del comitato dei creditori e, in caso di inerzia di questo, da parte del giudice delegato, secondo quanto disposto con previsione generale dall'art.40, quarto comma.

**11.** La decisione del curatore di subentrare o meno nel contratto è delimitata nei tempi dalla iniziativa del concedente il quale, secondo quanto

previsto dall'art. 72, secondo comma, può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto.

Considerato che la sospensione del contratto si protrae sino a che il giudice delegato non assegna al curatore i termini per decidere sulla sorte del contratto, sarà cura del concedente depositare tempestivamente, dopo la dichiarazione di fallimento, un'istanza al giudice delegato di assegnazione dei termini al curatore. Il giudice delegato a sua volta dovrà, nell'assegnare i termini, tenere conto dei tempi necessari perché il curatore (se intende subentrare nel contratto), possa sottoporre al comitato dei creditori la richiesta di autorizzazione.

**12.** In questo, come del resto in altri casi in cui è richiesta l'autorizzazione del comitato dei creditori, tanto sul piano dei tempi che degli adempimenti, possono verificarsi non marginali problemi applicativi.

Il fatto stesso che siano diversi gli organi cui è demandato l'esame dell'istanza del creditore e la fissazione dei termini, vale a dire il giudice delegato, e cui è demandato poi, in caso di interesse del curatore al subentro, l'autorizzazione al subentro stesso, comporta inevitabilmente una particolare laboriosità del procedimento.

Come abbiamo detto il concedente deve necessariamente inoltrare al giudice delegato una istanza per l'assegnazione al curatore dei termini per decidere, il curatore ne deve essere informato e manifestare quindi la propria intenzione che deve essere comunicata, evidentemente con una sua formale richiesta di autorizzazione, al comitato dei creditori.

Quest'ultimo organo, d'altro canto deve essere informato adeguatamente dal curatore. Infatti sino a quel momento solo il giudice delegato ne era stato informato, ma questo, in virtù della nuova distribuzione dei poteri tra gli organi della procedura, è privo in questo caso del potere autorizzativo. Il comitato, dunque, deve prendere la sua decisione oppure, in caso di impossibilità per qualsiasi motivo, il curatore, deve richiedere al giudice delegato l'autorizzazione in via di supplenza all'inerzia del comitato secondo quanto previsto dall' art. 41 quarto comma, e tutto questo nel



rispetto del termine assegnato a suo tempo dal giudice, che non potrà essere superiore a sessanta giorni.

Va peraltro considerato che il peculiare regolamento della sorte del bene oggetto di *leasing* nell'ipotesi di scioglimento, come vedremo, fa sì che la scelta del Curatore circa il subentro o lo scioglimento del contratto non possa prescindere dalla stima del valore del bene. Emerge perciò la delicatezza della posizione del Curatore, il quale dovrà tempestivamente prendere in considerazione la convenienza o meno delle opzioni rese possibili dalla norma in commento, assumendo al più presto tutte le nozioni necessarie, sia con riguardo allo stato del contratto, vale a dire all'entità dei pagamenti già effettuati e da effettuare, sia con riguardo al valore del bene.

**13.** La più rilevante novità della nuova disciplina introdotta dall'articolo in commento risiede nella regolazione degli effetti dello scioglimento del contratto.

Con lo scioglimento del contratto emergono infatti importanti profili che caratterizzano la funzione e la causa del contratto di *leasing*, che principalmente consistono nella natura della attribuzione in godimento del bene che non è certo limitata al mero godimento, ma anche alla vendita del bene attraverso l'attribuzione all'utilizzatore del diritto di esercitare l'opzione all'acquisto del bene, per un corrispettivo molto più contenuto rispetto ai canoni da lui stesso corrisposti nel corso del rapporto, in quanto tali canoni avevano la funzione non solo di corrispettivo per il godimento del bene, ma anche di quote di prezzo ratealmente corrisposto.

La nuova disciplina ha indubbiamente operato delle scelte dirette a risolvere alcuni dei problemi degli effetti dello scioglimento con rimedi più omogenei alla funzione di finanziamento del contratto, rispetto alle funzioni di godimento della locazione e traslativa della vendita già individuate dalla giurisprudenza.

Va rilevato che la disciplina in commento non sembra avere voluto tenere conto della tradizione giurisprudenziale consolidatasi particolarmente

con la giurisprudenza della cassazione dal 1989, che distingueva tra *leasing* traslativo e di godimento<sup>6</sup>.

Secondo tale ricostruzione, che peraltro ha caratterizzato la giurisprudenza e la dottrina degli ultimi venti anni del secolo scorso, nel *leasing* di godimento i canoni costituiscono essenzialmente corrispettivo per il godimento di un bene che, per le sue caratteristiche merceologiche e tecniche, tenderà ad esaurire le proprie utilità entro un limitato periodo di tempo, sostanzialmente coincidente con quello di durata dello stesso contratto di *leasing*.

Nel *leasing* traslativo il bene oggetto del contratto ha generalmente un valore intrinseco più elevato rispetto ai beni oggetto del *leasing* di godimento, non è soggetto ad obsolescenza, anzi, per le sue caratteristiche tende a mantenere, se non ad aumentare nel corso del tempo, il suo valore; ne consegue che il corrispettivo pagato dall'utilizzatore, anche se viene definito canone, costituisce parte, e la parte più rilevante, del prezzo in quanto unito al cosiddetto prezzo del riscatto finale, costituisce un vero e proprio corrispettivo per la vendita del bene.

La prevalenza della causa di vendita o della causa di godimento, in sostanza, si coniuga generalmente nella tecnica delle operazioni di *leasing* anche con diverse caratteristiche dei beni oggetto del contratto e la modulazione della durata, nonché della composizione delle rate dovute dall'utilizzatore è correlata alle qualità del bene. Dunque il valore del bene, anche sotto il profilo finanziario, assume un ruolo determinante nel bilancio degli interessi reciproci delle parti e, come vedremo, a tale valore la norma in commento ha affidato la definizione degli effetti dello scioglimento del contratto.

**14.** Il profilo che naturalmente presenta maggiore complessità nella valutazione della sorte del contratto di *leasing* si ritrova pertanto nel caso in cui, in seguito al fallimento dell'utilizzatore, il curatore scelga (secondo le modalità prima esaminate), di optare per lo scioglimento del contratto.

La continuazione del contratto non comporta l'applicazione di alcun principio o disciplina speciale rispetto a quella propria del contratto, che

---

<sup>6</sup> V. la giurisprudenza citata alla nota 2

appunto prosegue con l'assunzione del ruolo dell'utilizzatore, da parte del fallimento, nella persona del curatore. (?)

È lo scioglimento del contratto che, al contrario, impone l'adozione di principi liquidativi del rapporto. Questo comporta la necessità di valutare la sorte, non solo del bene oggetto della locazione finanziaria, ma anche dei corrispettivi pagati dall'utilizzatore poi fallito, in quanto con il pagamento di questi corrispettivi l'utilizzatore non ha solo pagato il godimento del bene, ma ha pagato anche una parte di prezzo del bene che, alla fine del rapporto di *leasing*, avrebbe potuto acquistare.

**15.** Lo scioglimento del contratto non può comportare pertanto la mera restituzione del bene al concedente, in quanto l'utilizzatore con i corrispettivi periodici, non ha solo pagato il godimento per il lasso di tempo in cui ha effettivamente goduto del bene, ma ha anche pagato una parte del prezzo senza che possa però, in seguito allo scioglimento del contratto, acquistare la proprietà del bene.

La regola che è stata introdotta con la novella e che si applica ad ogni categoria di *leasing*, sia esso di godimento, sia esso traslativo, detta una nuova disciplina in relazione alla attribuzione tra il concedente e l'utilizzatore dei vantaggi e degli svantaggi conseguenti all'apprezzamento o deprezzamento del bene oggetto del *leasing*, mentre non affronta minimamente quelle problematiche che sono state al centro del dibattito giurisprudenziale particolarmente, degli ultimi venti anni del secolo scorso, relative alle modalità in cui può avvenire la restituzione da parte del concedente all'utilizzatore di quelle parti dei corrispettivi pagati, che si possono riferire al prezzo piuttosto che al mero godimento. La norma, infatti, pone una regola del tutto peculiare, che non può essere ricondotta all'alternativa tra la disciplina della vendita con riserva di proprietà e la disciplina della locazione.

Il concedente infatti ha diritto alla restituzione del bene, ma contemporaneamente è obbligato, una volta che ha ottenuto dal curatore la restituzione del bene, a procedere alla realizzazione del valore del bene stesso attraverso la vendita a terzi o altra collocazione del bene stesso. Secondo la formulazione della norma, quindi, il valore del bene può essere realizzato anche attraverso forme diverse dalla vendita che, come è noto, costituisce lo strumento classico della liquidazione e della trasformazione dei

beni materiali in liquidità, al fine di poter attribuire, nella forma appunto della liquidità, tale valore ai creditori o comunque ai diversi aventi diritto.

Nel nostro caso, la finalità della procedura di realizzazione del valore del bene (originariamente concesso in *leasing* e restituito al concedente), non è principalmente quello della distribuzione del ricavato della liquidazione ai creditori, quanto piuttosto quello di operare una comparazione di valori tra il credito residuo in linea capitale del concedente ed il valore residuo del bene stesso, in quanto con tale differenza si intende in primo luogo soddisfare il credito residuo del concedente ed eventualmente destinare l'ulteriore somma che dovesse rimanere al fallimento. Appare pertanto giustificata la terminologia piuttosto descrittiva usata anella novella che fa riferimento alla *collocazione* e poi alla *allocazione* del bene, intendendo quindi ricomprendere e legittimare modalità di liquidazione o comunque di accertamento del valore del bene anche diverse dalla vendita, quali ad esempio la concessione dello stesso bene in *leasing* ad un nuovo soggetto oppure, ritengo, anche la scelta del concedente di trattenere il bene presso di sé procedendo ad una perizia sul valore che avrebbe potuto essere realizzato con la vendita.

**16.** Il ricavato (o per meglio dire il valore attribuito dalla allocazione del bene, per riprendere le parole del terzo comma) di tale liquidazione del bene, secondo la regola stabilita al secondo comma, costituisce lo strumento attraverso cui il concedente potrà estinguere in tutto o in parte il suo credito residuo in linea capitale nei confronti dell'utilizzatore.

Il secondo comma in parola stabilisce infatti che il concedente (dopo avere realizzato il valore del bene con la liquidazione dello stesso), è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza tra la maggiore somma ricavata rispetto al credito residuo in linea capitale. Conseguentemente, il concedente trattiene l'altra parte del ricavato, per una somma pari al suo credito residuo per capitale rimasto insoluto nei confronti dell'utilizzatore poi fallito.

La liquidazione del bene consente, pertanto, all'utilizzatore la soddisfazione, limitatamente alla parte capitale, dei canoni insoluti, al di fuori del concorso sostanziale fallimentare, ma, ritengo con l'osservanza del concorso formale, vale a dire, previa ammissione del credito per canoni non pagati al passivo del fallimento, naturalmente tanto per la parte capitale quanto per la parte interessi e spese maturati alla data del fallimento.

Nel caso in cui il ricavato dalla vendita del bene risulti insufficiente a coprire anche il solo credito per capitale del concedente per canoni non pagati dall'utilizzatore, il concedente avrà diritto di ammettere al passivo la differenza - afferma testualmente la norma - tra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla allocazione del bene.

Potrebbe in astratto porsi il problema se la somma che il concedente può insinuare, comprenda, oltre al capitale residuo, anche gli interessi "residui" cioè gli interessi che sarebbero maturati se il contratto avesse continuato ad avere esecuzione. Ritengo che quest'ulteriore somma degli interessi pattuiti, ma non ancora maturati e scaduti, in quanto il contratto si è interrotto per il fallimento dell'utilizzatore prima che venissero a scadere le rate che quegli interessi avrebbero incorporato, non sia in realtà dovuta perché tale obbligazione agli interessi relativi alle rate non scadute non è proprio sorta, né potrà mai giustificatamente sorgere.

Infatti tale credito per interessi è corrispettivo al godimento del bene e del capitale da parte dell'utilizzatore ed alla continuazione del contratto. Con il sopravvenire del fallimento sorge il diritto del concedente alla restituzione del bene e cessa, conseguentemente, l'obbligo dell'utilizzatore di pagare interessi, considerato che è cessato anche il godimento del bene.

Non ritengo, quindi, che possano essere oggetto di insinuazione gli interessi e le altre competenze che sarebbero maturate dopo la data del fallimento: una volta operato lo scioglimento del contratto per effetto del fallimento e venuto meno il godimento del bene da parte dell'utilizzatore, la causa di tale pretesa alle remunerazioni del concedente che sarebbero maturate dopo la data del fallimento può individuarsi soltanto nel risarcimento del danno, che tuttavia non è configurabile per il noto principio che la dichiarazione di fallimento non può essere considerata inadempimento colpevole.

Piuttosto, se il credito fallimentare del concedente per canoni non pagati, viene ad essere soddisfatto completamente, perché la somma ricavata dalla vendita risulta ampiamente consistente oppure perché l'entità del credito residuo per capitale del concedente risulta piuttosto contenuto, in quanto, ad esempio, risultavano insoluti solo pochi canoni residui, la somma

che residua dopo la soddisfazione del credito per capitale del concedente (che è costituita dalla eventuale differenza tra la maggiore somma ricavata rispetto al credito residuo in linea capitale), deve essere attribuita al fallimento.

**17.** Come si è detto, il diritto del concedente a soddisfare il suo credito per canoni rimasti insoluti con il ricavato dalla vendita o, comunque, collocazione del bene, è limitato *al credito residuo in linea capitale* restando esclusa dunque la possibilità di soddisfare anche il credito per interessi, o spese ed eventuali commissioni sempre che siano effettivamente dovute e giustificate. Si è voluto, pertanto, limitare la possibilità della soddisfazione al di fuori del concorso solamente a quella parte del credito relativa al capitale a suo tempo finanziato ed utilizzato per l'acquisto del bene poi concesso in locazione finanziaria e, cioè al solo credito di restituzione e non ai corrispettivi per il finanziamento erogato, costituiti principalmente dagli interessi.

La *ratio*, ritengo, risiede nella stretta connessione funzionale di tale credito per capitale con il valore del bene ricavato dalla sua vendita o comunque liquidazione postfallimentare. Al credito per capitale per il finanziamento effettuato per l'acquisto del bene viene, pertanto, riconosciuto al concedente, quale finanziatore, il diritto ad una soddisfazione esclusiva al di fuori del concorso, con un risultato che sul piano descrittivo presenta analogie con la figura del privilegio speciale.

Sotto altro profilo la restituzione al Curatore dell'importo ricavato dalla realizzazione del bene che risulti superiore al credito residuo per capitale del concedente realizza anche, in qualche modo, la restituzione parziale di quella parte delle rate di *leasing* che erano destinate a costituire il prezzo dell'eventuale riscatto.

Considerata l'incidenza nel concorso fallimentare di siffatta modalità di soddisfazione del credito per capitale, che può anche essere integrale, condizione indispensabile per l'operatività di tale soddisfazione è il riconoscimento del credito con la ammissione definitiva dello stesso al passivo, con la quale si determina la legittimazione del creditore concedente di soddisfarsi con il ricavato dall'allocazione del bene, come pure la misura della soddisfazione, attraverso la determinazione del credito nella parte interessi e nella parte capitale.

Tale verifica appare inoltre particolarmente rilevante, oltre che da un punto di vista sistematico e processuale, sul piano della determinazione della legittimazione processuale del creditore a soddisfare il credito con il ricavato della liquidazione del bene. È necessario infatti che, con il procedimento di ammissione del credito, venga non solo determinato quantitativamente il credito, ma venga anche dettagliata la parte per capitale e la parte per interessi, in considerazione del fatto che solo per la prima è consentita la soddisfazione del concedente fuori del concorso.

Assume poi notevole rilevanza la valutazione del valore del bene che il Curatore farà effettuare prima della scelta tra il subentro o lo scioglimento. A questo proposito va sottolineato che la previsione in commento risulta del tutto carente sotto il profilo della descrizione delle modalità con le quali addivenire all'allocazione del bene, così che viene a mancare qualsiasi cautela per l'ipotesi di comportamento reticente del concedente, che non proceda tempestivamente alla vendita o all'allocazione del bene.

Manca nella disposizione in commento qualsiasi riferimento anche ad ipotesi che pure possono in qualche modo assimilarsi, quale quella dell'art. 53 l.fall.. Si può prevedere, quindi, che sarà questo il campo dove maggiormente sarà necessario l'attento intervento del Curatore rivolto a stimolare comportamenti di correttezza e di trasparente rendicontazione da parte del concedente, che all'occorrenza potrebbero anche essere coartati attraverso lo strumento del provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* nel dubbio che si possa procedere alla vendita in danno di cui all'art. 1515 c.c..

**18.** Va anche considerato che la particolare modalità di soddisfazione extraconcorsuale potrebbe indurre le società di *leasing* a costruire la formazione di particolari piani di restituzione del finanziamento erogato per il contratto di *leasing*, arrivando a modificare la composizione delle rate e modificare il consueto equilibrio tra parte capitale e parte interessi. La parte interessi solitamente variabile in relazione alle modifiche del tasso variabile se tale tasso era stato pattuito, potrebbe essere sostituita con una composizione piuttosto che costante, con una composizione eterogenea nel tempo, costruendo delle rate iniziali composte prevalentemente di interessi, in modo tale che in caso di fallimento il credito, che dovrebbe essere pagato con moneta fallimentare, risulti già soddisfatto prima del fallimento ed il

capitale possa essere soddisfatto nei limiti del ricavato dalla liquidazione fuori del concorso.

Considerato che la possibilità introdotta dal nuovo articolo sul *leasing*, come abbiamo visto è rigorosamente limitata al credito per il capitale che residui nelle rate rimaste insolute, col risultato che prevedibilmente il concedente potrà soddisfare in tutto o in parte il credito residuo per capitale ma dovrà partecipare al concorso per gli interessi, costituirebbe indubbiamente una inammissibile forzatura la anticipazione del pagamento degli interessi nelle prime rate, prevedibilmente pagate prima del fallimento e la concentrazione del debito per capitale solo o prevalentemente nelle rate da metà del periodo di locazione in poi.

Si tratterebbe di una pratica elusiva, che potrebbe portare alla contestazione ed alla limitazione della somma per capitale effettivamente suscettibile di essere soddisfatta con il ricavato della liquidazione del bene, anche attraverso riferimento a clausole generali quali la buona fede e correttezza, l'abuso del diritto, senz'altro idonee a limitare la esigibilità della pretesa alla soddisfazione fuori del concorso. E' questo, sotto il profilo che il credito per capitale suscettibile di essere riconosciuto ai fini della soddisfazione extra concorsuale non può essere superiore ai limiti di normalità e di funzionalità propri del contratto, in quanto altrimenti verrebbe violato il diritto concorrente degli altri creditori fallimentari.

**19.** Il secondo comma, attraverso un esplicito richiamo dell'articolo 67, terzo comma, lettera a) (che ha introdotto l'esenzione dalla revocatoria fallimentare per i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso), prevede l'esenzione dalla revocatoria delle *somme già riscosse*.

A tale riguardo va osservato che il regolare pagamento dei canoni di *leasing* rientra nei "pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso". Si dovrebbe quindi ritenere che la previsione contenuta al secondo comma dell'articolo in esame voglia soltanto ribadire un'esenzione già stabilita in via generale dalla nuova formulazione dell'art. 67 l.fall..



Si potrebbe però anche ritenere che con l'utilizzo del termine *somme già riscosse* e non del termine *pagamenti* non solo si sia voluto riaffermare il principio per i pagamenti effettuati nei termini d'uso dall'utilizzatore poi fallito, ma si sia voluto stabilire un'esenzione più ampia, vale a dire un'esenzione che abbracci qualsiasi riscossione di somme in qualsiasi forma avvenuta, e cioè quindi anche non nei termini d'uso.

Infatti, l'espressione usata dalla norma è quella più generale di *somme già riscosse* e comprende tutte le prestazioni in denaro eseguite dall'utilizzatore anche se in tempi non regolari e comunque non in termini d'uso.

Rientrerebbero nella fattispecie di somme riscosse anche i pagamenti di rate avvenuti non regolarmente alla scadenza o con accorpamento di rate in momenti in cui l'utilizzatore trovava liquidità disponibile per i pagamenti più urgenti.

**20.** A conclusione dell'esame del nuovo articolo introdotto specificamente per il contratto di *leasing*, si deve necessariamente rilevare che, a seguito della nuova disciplina, il tema della valutazione della sorte dei pagamenti effettuati dall'utilizzatore poi fallito ha perso quella rilevanza che aveva contraddistinto il dibattito giurisprudenziale sul *leasing*.

Come abbiamo sopra ricordato, nella valutazione della sorte del contratto di *leasing* pendente alla data del fallimento ha avuto decisiva importanza la scelta circa la prevalenza della causa di vendita o della causa di godimento, ovvero la qualificazione del contratto quale *leasing* traslativo o finanziario.

Un primo esame della disciplina introdotta attraverso la norma in commento porta a concludere che non si sia voluto compiere una scelta tra l'una e l'altra opzione qualificatoria del contratto, al contrario, la previsione di una disciplina specifica degli effetti del fallimento per i contratti di *leasing* in corso sembra rivolta proprio a regolare una fattispecie di natura esclusivamente concorsuale, consistente nella liquidazione degli effetti di un rapporto contrattuale in corso, prescindendo da valutazioni di carattere sistematico-generale e quindi dalla riconduzione delle prestazioni reciproche del concedente e dell'utilizzatore allo schema della vendita o della locazione.

L'introduzione della previsione in commento lascia inalterato il dibattito circa la qualificazione del contratto di *leasing*, che resta atipico. Non è detto, in sostanza, che la distinzione tra *leasing* traslativo e *leasing* finanziario sia stata superata, in quanto l'atipicità del contratto lascia aperti i problemi qualificatori e dunque tale distinzione sarà, al contrario, rilevante tutte le volte che lo scioglimento del contratto avvenga tra soggetti *in bonis*.

In proposito ricordiamo che il paradigma degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, quale può essere definito l'art. 72 l.fall. nella sua nuova formulazione, prevede, al quinto comma, l'efficacia nei confronti del Curatore dell'azione di risoluzione avviata prima del fallimento. E' dunque possibile che il Curatore si trovi a dover considerare gli effetti di una risoluzione già prodottasi nel patrimonio dell'utilizzatore fallito che rende non più applicabile la disciplina dell'art. 72 *quater*, rivolta a disciplinare i rapporti di *leasing* in corso. In questa ipotesi, a mio avviso, resta aperta la possibilità per il Curatore di chiedere la restituzione dei canoni già pagati dall'utilizzatore poi fallito salvo il riconoscimento dell'equo compenso.

Non mi sembra, infatti, che le previsioni dell'art. 72 *quater* possano assurgere a criterio di disciplina degli effetti di ogni forma di scioglimento del contratto di *leasing*, sia per il chiaro riferimento all'insinuazione e alla soddisfazione concorsuale e liquidatoria delle prestazioni contrattuali, sia per il contenuto della disciplina, che prescinde dal tema della qualificazione causale delle prestazioni rimaste ineseguite alla data del fallimento.

In realtà la disciplina della norma in commento è evidentemente improntata ad un pragmatico temperamento degli interessi contrapposti che trovano un punto d'incontro nell'equa distribuzione del valore del bene oggetto del *leasing*.

Del resto la tecnica delle operazioni di *leasing*, - nelle diverse forme che possono individuarsi non soltanto nell'alternativa tra *leasing* traslativo e finanziario, ma anche nelle diverse modalità del *leasing* immobiliare, operativo, agevolato, nelle forme di *lease-back* - trae origine proprio dalla considerazione delle qualità del bene oggetto del contratto, il cui valore è il tramite per realizzare gli interessi del concedente e dell'utilizzatore.

La soluzione adottata dall'art. 72 *quater* dunque realizza empiricamente gli effetti di compensare sia l'interesse del concedente a realizzare la garanzia impropria rappresentata dalla proprietà del bene oggetto di *leasing*, sia l'interesse dell'utilizzatore a poter imputare a pagamento di un prezzo le somme corrisposte nel corso del contratto, in quanto se il valore del bene, com'è proprio delle forme di leasing traslativo, si è incrementato nel corso del contratto o è rimasto quantomeno invariato, l'utilizzatore e per lui il curatore otterrà la restituzione di quanto corrisposto attraverso la attribuzione, da parte del concedente, della parte di realizzo del bene che superi il capitale non ancora restituito.

Laddove invece il bene fosse di rapida obsolescenza, la tecnica dell'operazione di *leasing* sarà improntata alla natura finanziaria e di godimento dell'operazione e dunque i canoni che l'utilizzatore ha corrisposto nel corso del contratto avevano una prevalente natura di corrispettivo per il godimento, con risultato che, prevedibilmente, il prezzo che verrà ricavato al momento della liquidazione potrà in tutto o in parte coprire il credito del concorrente per il capitale residuo, ma difficilmente potrà da esse residuare una somma da girare al curatore dell'utilizzatore. Quest'ultimo, peraltro, non potrà dolersi del fatto che le somme corrisposte prevalentemente per il godimento del bene non possano essere restituite dal concedente.

Se dunque è il valore del bene l'elemento che permette la convergenza e la realizzazione dei contrapposti interessi, il momento di maggiore importanza sarà rappresentato dalla stima del bene, cui il Curatore affiderà la propria valutazione circa la convenienza del subentro o dello scioglimento del contratto, come pure estrema importanza rivestirà la fase di realizzo o di allocazione del bene, nella quale è essenziale la tempestività, la trasparenza e la correttezza delle scelte che riguardano il valore del bene, che rappresenta l'oggetto dell'investimento comune tra concedente e utilizzatore indipendentemente dalla prevalenza di godimento e traslatività.