

LEASING FINANZIARIO: CAUSA MISTA, DOPPIA CAUSA, COLLEGAMENTO NEGOZIALE, CONTRATTO PLURILATERALE, CAUSA DEI DERIVATI E CAUSA DI FINANZIAMENTO¹

di MICAELA LOPINTO

SOMMARIO: *Abstract.*; **1.** Causa e struttura del leasing finanziario prima dell'intervento della legge n. 124 del 2017: passaggio da struttura unitaria e causa mista ai due contratti collegati, ciascuno autonomo ma con scopo unitario; **2.** Causa e struttura dopo l'intervento della legge n. 124 del 2017: dal collegamento negoziale si torna all'unico contratto, plurilaterale, con unica causa; **2.1.** Segue: dalla unitaria causa di finanziamento alle sfaccettature dell'autonomia negoziale. Può una semplice clausola addirittura trasformare un contratto con causa di finanziamento in un contratto appartenente al "genus dei derivati", ad esempio (ma non solo), *ex art. 1 d.lgs. n. 58 del 1998?*; **3.** Conclusioni.

Abstract Ita

Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di riassumere in pochissime pagine le principali questioni inerenti causa e struttura del contratto di leasing al fine di comprendere come

¹ Il presente contributo nasce dall'idea di completare un precedente breve scritto ("Tipicità, atipicità e tipicità sociale: il leasing prima e dopo la l. n.124 del 2017", in *Filodiritto*, 7 Maggio 2020, visibile al link: <https://www.filodiritto.com/tipicita-atipicita-e-tipicita-sociale>) al fine di attribuire rilievo ad una interessante pronuncia del 2021, visibile per esteso su: *ilCaso.it*, Sez. Giurisprudenza, Cassazione civile, sez. III, 22 Febbraio 2021, n. 4659. Pres. Vivaldi. Est. Giaime Guizzi, <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/25105#gsc.tab=0>.

operino i limiti dell'autonomia negoziale alla luce della sentenza n. 4659 del 2021.

Abstract Eng

The following paper wants to sum up shortly the main doubts about the cause and the structure of a contract called “leasing” to underline how could the freedom of contract be limited after the judgment n. 4659/2021.

1. Causa e struttura del leasing finanziario prima dell'intervento della legge n. 124 del 2017: passaggio da struttura unitaria e causa mista ai due contratti collegati, ciascuno autonomo ma con scopo unitario

Il nostro ordinamento giuridico, diversamente rispetto allo studiattissimo ordinamento tedesco, richiede l'esistenza della causa (foss'anche solo esterna, così stigmatizzando la paura della prestazione isolata e degli adempimenti/pagamenti traslativi) e richiede, per ogni contratto, *post* storiche pronunce del 2006, una analisi della cd. “causa concreta”, ovvero di quella che, secondo una espressione ormai “passata alla storia”, si definisce la “sintesi degli interessi delle parti”, espressione dello “scopo pratico del negozio”.

L'analisi di tale scopo pratico, tuttavia, deve fare i conti con un codice che è improntato alle logiche della causa oggettiva, ovvero di quella causa espressione della funzione economico-sociale che tende ad appiattirsi sul tipo legale, coniato dal legislatore sulla base di un attento studio della prassi. Pertanto, appare opportuno, prima di valutare la “causa concreta del contratto di leasing” alla luce dei limiti imposti dalla recente sentenza in commento all'autonomia negoziale in materia di clausole contrattuali, valutare nuovamente, come si è fatto nel precedente contributo cui anche si rinvia, struttura e causa del negozio in questione e delinearne le evoluzioni.

A tal fine può essere utile ricordare che le prime interpretazioni in materia di struttura e causa del leasing si sono mostrate fortemente discordanti. Gli unici punti certi, nelle diverse ricostruzioni proposte, erano: la tipicità solo sociale (per la distinzione, seppur offerta sommariamente, del concetto di

tipicità, atipicità e tipicità sociale, si rinvia al precedente contributo), l'esistenza di una compravendita e di un non meglio precisato "contratto di leasing".

L'analisi del rapporto tra contratto di compravendita e contratto di leasing ha subito acceso un forte dibattito, garantendo la formazione, sotto impulso più dottrinale che giurisprudenziale, di due diverse tesi: la cd. "tesi della causa mista" e la "tesi del collegamento negoziale".

La prima tesi, di impulso dottrinale, ha cercato di "leggere insieme" la compravendita ed il leasing, ipotizzando un cd. contratto (strutturalmente unitario) misto, definito anche con "causa mista", in cui i frammenti dei singoli schemi tipici di volta in volta considerati (un frammento di compravendita ed un frammento di locazione) danno vita ad un contratto con causa unitaria che parte della dottrina (Bianca) definisce "innominato".

La seconda tesi, di creazione giurisprudenziale, poi accolta a discapito della prima, legge la compravendita ed il leasing come due contratti autonomi, ciascuno dotato di propria causa (*scambio; locazione*), uniti insieme da uno scopo ultimo ulteriore a mezzo di un collegamento negoziale, definito poi atecnico per carenza del necessario elemento soggettivo (come stra-ripetuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il fornitore non ha interesse al completamento dell'operazione unitaria, bensì solo al completamento della compravendita, pertanto difetta, sotto un profilo soggettivo, l'adesione di tutti i contraenti al risultato ultimo perseguito, su un piano oggettivo, dal collegamento negoziale).

Ne discendeva, sotto un profilo strutturale, la presenza di due negozi, di due cause autonome (il riferimento è necessario per spiegare perché, di fatto, sussistono due contratti bilaterali e non un contratto singolo), di una causa "superiore" e di un collegamento.

2. Causa e struttura dopo l'intervento della legge n. 124 del 2017: dal collegamento negoziale si torna all'unico contratto, plurilaterale, con unica causa

Forti delle brevissime riflessioni svolte, occorre ricordare come di fatto, alla giurisprudenza non siano sfuggite le difficoltà ricostruttive emergenti anche dal collegamento negoziale, tant'è vero che la Corte di cassazione aveva statuito in passato che *“sotto il profilo della causa contrattuale, viene evidenziato che il conseguimento del bene nella disponibilità dell'utilizzatore è reso possibile dall'intervento del concedente; il quale, peraltro, esaurisce il proprio ruolo nel fornire il supporto finanziario necessario all'acquisto, restando sostanzialmente indifferente allo svolgimento della relazione materiale con il bene, sebbene ne sia divenuto formalmente proprietario. Ed, infatti, il concedente: non intrattiene rapporti con il fornitore diversi da quelli necessari a formalizzare l'acquisto, nemmeno nella fase della trattativa (occupandosi direttamente l'utilizzatore della scelta del bene da acquistare); non assume i rischi riconducibili a vario titolo al rapporto con la cosa (deterioramento, sottrazione, perimento, vizi, difetti funzionali, inidoneità all'uso previsto, mancata o incompleta consegna). Insomma, il concedente sostiene finanziariamente una operazione che è stata definita da soggetti diversi nei suoi aspetti essenziali”* (ordinanza interlocutoria del 4 Agosto 2014, n. 17597).

Non stupisce, pertanto, l'intervento del legislatore del 2017, volto a riequilibrare le difficoltà causali e strutturali, acuite dalla circostanza secondo la quale, nella prassi si erano di fatto sviluppati due tipi di leasing: il leasing traslativo ed il leasing di godimento. Il primo volto a far acquistare, mediante il pagamento di un prezzo residuo ed a mezzo di un cd. *“patto di opzione”* la proprietà del bene concessa in godimento dietro canone periodico al termine del *“periodo di leasing”*. Il secondo, privo di tale patto, non prevede alcun atto di trasferimento al termine del periodo di godimento, normalmente perché il bene in oggetto non è di durata ed anzi è soggetto a rapida obsolescenza.

Con la novella normativa non solo si sono sussunte all'interno di un solo schema negoziale ambedue le tipologie formatesi nella prassi, bensì si è dato vita ad un solo contratto plurilaterale con causa unitaria di finanziamento, idoneo a risolvere in via definitiva i problemi strutturali, causali e di azioni cautelative dell'utilizzatore (si rinvia, sul punto alla lettura del precedente contributo). La struttura plurilaterale, dotata di (sicura) causa

unitaria di finanziamento, consacrata in via definitiva dalla novella del 2017, ci si chiede come possa, di fatto, rapportarsi con dei peculiari profili dell'autonomia negoziale, considerando che la stessa si esplica, *ex art. 1322 comma primo*, anche nel semplice arricchimento del contenuto del contratto tipico (o, in questo caso, finalmente tipizzato) e, dunque, anche nella scelta di inserire alcune clausole contrattuali.

2.1. Segue: dalla unitaria causa di finanziamento alle sfaccettature dell'autonomia negoziale. Può una semplice clausola addirittura trasformare un contratto con causa di finanziamento in un contratto appartenente al “genus dei derivati”, ad esempio (ma non solo), *ex art. 1 d.lgs. n. 58 del 1998*?

La chiarezza raggiunta, dopo tante oscillazioni, dall'intervento normativo, suggerita dai tessuti giurisprudenziali, trova conferma implicita in una recente e significativa pronuncia in materia di leasing “*in costruendo*” “*la cui efficacia*”, volendo utilizzare le testuali parole della pronuncia e riportare di essa alcuni brani fondamentali, “*era condizionata alla realizzazione dell'immobile. Verificatasi la condizione sospensiva, le parti regolavano in via definitiva [...] i loro rapporti, richiamando [delle] clausole di indicizzazione dei canoni – visto che l'utilizzatore aveva optato per la strutturazione dell'operazione in franchi svizzeri (anche se per i pagamenti si sarebbe usata la valutazione nazionale)[...].Essendosi, pertanto, convenuto [...] di adempiere in euro l'obbligazione di pagamento dei canoni della locazione finanziaria, fu pattuita, attraverso clausole di indicizzazione, la regolazione a latere delle differenze sia del tasso di interesse sia del cambio. Sempre per ragioni pratiche, ovvero per evitare di rideterminare mensilmente i canoni secondo le variazioni sia del tasso di interesse sia del cambio tra le due valute, fu pattuito il pagamento mensile degli stessi secondo un piano finanziario calcolato in base a tali dati come risultanti al momento della sua determinazione, regolando, invece, a latere e periodicamente, in base alle variazioni conosciute dall'indice e dal cambio, le differenze – positive o negative, indifferentemente, per ciascuna delle parti – maturate*

in forza di tali oscillazioni. [...] essendosi registrata, nel corso del rapporto, una morosità del cliente, la società concedente conseguiva il suddetto decreto ingiuntivo [...] sul rilievo che la clausola di cambio – a differenza di quella sul tasso di interesse – avesse natura di strumento finanziario “derivato”, assoggettato alla normativa del cd. “TUF” (d.lgs. n. 58 del 1998, recante “Testo unico della finanza”), non osservava nella specie, dalla società concedente. [...] la Corte di Appello di Trieste, nell’escludere che l’operazione fosse stata pattuita in valuta estera, riteneva che la clausola sul cambio – ricondotta alla fattispecie del domestic currency swap e, dunque, assimilata ad una scommessa – presentasse non solo una sua autonomia rispetto alla locazione finanziaria, ma soprattutto una causa propria, tale da qualificarla come strumento finanziario, trovando i pagamenti reciproci la loro fonte non già nelle prestazioni contrattuali, bensì nelle oscillazioni del cambio (e del tasso svizzero). Su tali basi, dunque, escluso che la clausola in questione fosse regolamentata dal TUF (essendo, invece, assoggettata al testo unico bancario), il giudice di appello riteneva che, stante la sua autonomia dal corpo pattizio nel quale è inserita, nonché la sua natura atipica, siffatta pattuizione non superasse il vaglio di meritevolezza, ex art. 1322 cc. [...] Posta, infatti, la distinzione fra la differenzialità finanziaria e derivativa, soltanto la prima, e non pure la seconda, ricorrerebbe nel caso di specie, visto che gli elementi essenziali di quest’ultima sono costituiti dalla cosiddetta differenzialità pura e dalla astrazione. Ove il primo di tali requisiti indica la finalità dello strumento, essendo un derivato ciò che mira non ad acquistare un bene sottostante a scadenza futura (quindi con possibili variazioni di valore nel tempo), bensì solo il differenziale registrato sulle variazioni di valore del bene stesso. Quanto, invece, al secondo requisito (astrazione), esso indica l’autonomia del derivato dal cosiddetto contratto ospite, ciò che consente la possibilità di scorporare il prodotto e negoziarlo come distinto bene autonomo sui mercati finanziari. Tale, tuttavia, non sarebbe il caso della clausola di indicizzazione valutaria, come confermerebbero due dati. In particolare, il fatto che i pretesi scommettitori sono tra loro legati da un rapporto reale (ovvero, lo scambio canoni/uso del bene, proprio del contratto di leasing), e non da un capitale solo fittizio, nonché la circostanza che, in caso di cessazione del

rapporto di leasing (ovvero di riscatto in via anticipata), si interrompono automaticamente anche i connessi flussi monetari differenziali. [...] con il secondo motivo di ricorso si censura la sentenza impugnata, laddove, riqualificata la clausola in esame come autonoma pattuizione contrattuale, ne ha escluso la meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 cc. comma secondo cc.”

E' evidente, pertanto, come le questioni da esaminare siano tre: 1.) ammissibilità di patti accessori (volendo qualificare la clausola contestata come dotata di autonoma valenza); 2.) Meritevolezza del patto accessorio atipico; 3.) Accessibilità al leasing finanziario, che, di suo, è dotato di una causa particolare: la causa di finanziamento.

“[...] ribadita la centralità della questione relativa alla qualificazione della clausola contrattuale in esame quale “autonoma pattuizione”, fondata sul suo inquadramento quale strumento finanziario derivato, si reputa di dover muovere, nella sua disamina, da quanto affermato dalle SSUU di questa Corte nel recente arresto relativo alla possibilità, per le pubbliche amministrazioni, di concludere contratti cd. derivati [le quali hanno osservato che la materia dei derivati vede come punto controverso l'esistenza di una definizione unificante del fenomeno, soggiungendo che la mancanza di una definizione generale di contratto derivato si spiega con la circostanza che i derivati sono stati creati dalla prassi finanziaria e sono stati recepiti nel sistema giuridico]. L'assenza di un tipo legale non ha impedito che detti contratti acquisissero una tipicità sociale per effetto della loro ampia diffusione nella pratica...[pur dovendo sottolineare che si tratta di una fenomenologia variegata].[...]L'incertezza nell'individuazione di una nozione unitaria di derivati è condivisa anche dalla Corte costituzionale, secondo cui, ai soli fini descrittivi e con un ineliminabile margine di approssimazione dipendente dalla complessità del fenomeno, può ritenersi che le negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati si caratterizzano, sul piano strutturale, per essere connesse ad altre attività finanziarie (quali, ad esempio, titoli, merci, tassi, indici, altri derivati) dal cui prezzo dipende il valore dell'operazione compiuta.[...]Le negoziazioni in esame, oltre ad avere una finalità di copertura, possono espletare anche una funzione speculativa, incidente sulla stessa struttura causale del contratto, con conseguenti

rischi di insolvenza legati a diversi fattori connessi soprattutto all'andamento complessivo del mercato, con l'aggravamento che l'inadempimento di uno o più operatori può incidere sull'inadempimento di altri, sicché è frequente la possibilità che il contraente sia esso privato o pubblico, subisca una perdita superiore al capitale investito".[...]La pronuncia di questa corte muove dalla constatazione che [...]lo swap è stato definito come il contratto attraverso il quale due parti convengono di scambiarsi, in una o più date prefissate, due somme di denaro calcolate applicando due diversi parametri (generalmente tassi di interesse e/o cambio) ad un identico ammontare di riferimento, sicché alla scadenza o alle scadenze concordate, viene effettuato un unico pagamento, su base netta, in forza di una compensazione volontaria, con la conseguenza che il contratto di swap comporta necessariamente un profitto o una perdita a seconda della fluttuazione dei tassi di interesse e/o cambio ed è sempre sorretto da un intento speculativo.[...] accedendo ad una nozione aperta di strumento finanziario [l'art. 1 della legge 1 del 1991] [...]risulta aver introdotto una definizione di valore mobiliare che non tiene più conto della sua struttura o natura cartolare, bensì della finalità perseguita dalle parti, rilevando il carattere finanziario dello strumento adoperato con caratteristiche tali da poter interferire sull'allocazione degli strumenti e del risparmio. [Premesse tutte le considerazioni svolte...]nel concetto di valore mobiliare ai fini dell'assoggettamento alla predetta legge rientra, quindi, anche il domestic currency swap, inteso come contratto aleatorio, con il quale due parti si obbligano, l'una all'altra, a corrispondere alla scadenza di un termine [...]una somma di denaro quale differenza tra il valore [...]di una somma di valuta estera al tempo della conclusione del contratto e il valore della medesima valuta estera al momento della scadenza del termine stabilito".

Dal tenore complessivo degli estratti sin qui riportati, si comprende, vista la descrizione iniziale della clausola, per quale motivo la stessa non possa essere assimilata, neppure lontanamente sotto un profilo tecnico, ai *domestic currency swap*, e, dunque, per quale motivo non possa essere fatta rientrare nel "genus dei derivati".

E' evidente, infatti, che le clausole di indicizzazione (nel caso di specie: finanziamento in euro che viene indicizzato, a mezzo della clausola, al franco svizzero), anche sulla base di una attività interpretativa della volontà contrattuale condotta ai sensi degli artt. 1362 e ss., non costituiscono affatto un modo per trasformare una causa di finanziamento in una causa aleatoria.

Neppure ha senso considerare la clausola in questione come patto accessorio autonomo con propria causa e poi asserire che la stessa non supera il vaglio di meritevolezza. La clausola, infatti, è stata qualificata semplicemente come “*modalità tecnica del contratto di finanziamento che rimane priva di autonomia causale*”, pertanto non acquisisce rilievo autonomo (ed atipico) rispetto al contratto base.

Ai quesiti, prima formulati, si possono quindi dare le seguenti risposte: 1.) le clausole di indicizzazione non acquisiscono valenza di contratto atipico, bensì si atteggiano alla stregua di semplici modalità di realizzazione del contratto di leasing con valuta estera; 2.) giocoforza non sono in grado di mutare la causa di finanziamento trasformandola in causa aleatoria, né, tantomeno si tratta di patto aggiuntivo idoneo ad essere sottoposto a vaglio di meritevolezza, costituendo solamente un segmento acausale (o una clausola accessoria non autonoma, se si preferisce) di uno schema negoziale dotato di propria naturale causa complessiva; 3.) ne consegue che non è in grado di stravolgerne essenza e contenuto (o oggetto, se si vuole): lo schema negoziale ideato (e concretamente voluto) dalle parti altro non è che un “*leasing indicizzato*”.

Pertanto, è facile comprendere il principio di diritto enunciato dalla Corte: “*la clausola di indicizzazione al cambio di valuta straniera, inserita in un contratto di leasing in costruendo, non integra uno strumento finanziario derivato, essendo assimilabile solo finanziariamente, ma non pure giuridicamente, al domestic currency swap, costituendo solo un meccanismo di adeguamento della prestazione pecuniaria*”.

3. Conclusioni

Alla luce delle evoluzioni qui sintetizzate (si spera, nel modo più veloce, semplice ma allo stesso tempo compendioso ed utile

possibile) un tratto particolare non può non essere evidenziato: la tesi dell'unico contratto plurilaterale con causa di finanziamento, naturale sbocco normativo di (almeno) cinque significativi anni di studi giurisprudenziali “regge” anche in presenza di “presunti” (ma poi sconfessati) patti accessori autonomi, in relazione ai quali non si viene a creare nessun collegamento negoziale. Non ci sono due contratti autonomi, uno tipico, uno atipico, collegati al punto da imporre un mutamento di scopo contrattuale. Si è al cospetto, ancora una volta, di un semplice contratto di leasing con una clausola accessoria (al pari di quanto accade per proteggersi dalle oscillazioni nell'ambito dei debiti di valuta), la cui causa resta di finanziamento, la cui struttura resta plurilaterale, la cui causa resta unica e priva di collegamenti con altri schemi negoziali atipici.