Sopravvivenze e sopravvenienze nella nuova disciplina del leasing

(3 dicembre 2021)

A cura del Prof. Camillo Patriarca

Sopravvenienze e sopravvivenze nella nuova disciplina del leasing: una possibile introduzione

La l., 4 agosto 2017, n. 124 (Legge annuale per la concorrenza):
Art. 1, commi 136 ss.

↓

Nuova disciplina del contratto di “locazione finanziaria”

Effetto: passaggio della locazione finanziaria dalla condizione di contratto atipico a quella di contratto tipico

- Effetto principale:
- Passaggio dalla condizione di contratto atipico → regolamento mediante principi generali in tema di contratti e, per analogia, le norme, dei tipi contrattuali più simili (Cass., 13 dicembre 1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574; Cass., SS. UU., 65/1993; giurisprudenza successiva uniforme).

↓

- Contratto tipico → in via di principio, il proprio regolamento specifico e, in aggiunta, la disciplina generale dei contratti (in questo senso, la Cass., SS. UU., 2061/2021, 2142/2021 e Cass., 2143/2021)

(Segue): *i caratteri della nuova disciplina in sintesi*

- A parte i problemi formali – quali la numerazione oramai assuefatta agli “articoli unici” - la disciplina presenta tre caratteristiche:
- a) è parziale;
- b) è di natura imperativa / cogente;
- c) è di immediata applicazione.

Di ognuna di queste proposizioni dobbiamo, adesso, chiarire meglio il senso.

(Segue): *natura parziale della disciplina*

- **Parziarietà**: a prima vista, la disciplina non esaurisce tutti i profili, anche di maggiore risalto problematico, del *leasing*.
- In effetti, in via di prima approssimazione:
- a) detta una definizione di *leasing*.
- b) regola il regime delle scelte dell'utilizzatore;
- c) fissa un articolato regolamento dell'inadempimento del solo utilizzatore;
- d) lascia immutate, rinviandovi, alla disciplina fallimentare (art. 72 *quater* l. fall. e, ora, l'art. 177 cod. crisi) e ad alcune figure speciali.

(Segue): *e la lacune della disciplina*

- Altrettanto evidenti sono le lacune. In particolare:
- a) il regime della c.d. “inversione” o “traslazione del rischio” dal concedente all'utilizzatore;
- b) possibilità e forme dell'eventuale circolazione del contratto (profilo, questo, oramai assai rilevante sul piano pratico specie in caso di procedure concorsuali dell'utilizzatore);
- c) si può anticipare fin da ora: è del tutto priva di una specifica disciplina di diritto intertemporale

↓

- La lacuna è particolarmente evidente: non siamo in presenza di un nuovo contratto ma di un tipo ampiamente diffuso nell'esperienza economica degli affari, dotato di una ricchissima casistica giurisprudenziale e di ampia attenzione nella letteratura.

(Segue): *la inderogabilità delle nuove norme*

- Un tratto emerge subito: la nuova disciplina introduce, nei segmenti di disciplina che regola, un insieme di regole cogenti ed imperative (art. 1418 c.c.).

↓

- Funzione: più che una generica tutela dell'utilizzatore (senz'altro presente o compresente), è preferibile pensare che si sancisca definitivamente il carattere / natura / funzione finanziaria del contratto di leasing e, su tale premessa, se ne detti una disciplina volta ad assicurare quella funzione (in buona sostanza, il rispetto del principio c.d. causale).
- Sul carattere imperativo della nuova disciplina, v., espressamente Cass., SS. UU., 2061/2021, 2142/2021 e Cass., 2143/2021, pur se limitandola espressamente al solo profilo della tutela dell'utilizzatore

(Segue): *e gli spazi rimessi all'autonomia privata*

- Tuttavia, inderogabile è qui la protezione assicurata per legge – e, dunque, in via residuale – all'utilizzatore.
- E', peraltro, possibile un intervento che migliori le forme di tale protezione.
- In due direzioni.

↓

- 1) Regolamento di profili non regolati per legge: e qui, più che un intervento derogatorio, si profila un intervento integrativo.
- Principio: rispetto della disciplina generale dei contratti;
- Norme di altri tipi estensibili per analogia ? Ad esempio, il problema della previsione di tassi correlati all'andamento di indici che, per alcuni giudici di merito, danno luogo a prestazione di servizi di investimento; per la Cassazione, no.

(Segue): *e la deroga* in melius *alla disciplina positiva*

- 2) Sicuramente possibile è, peraltro, anche una disciplina di maggior favore per l'utilizzatore.
- Principio *ex* art. 127 TUB (norme derogabili esclusivamente a vantaggio del cliente della banca) → non è forse direttamente applicabile (è testualmente riferito alle disposizioni del TUB) ma esprime un principio generale (e v., ad esempio, l'art. 1932 c.c. in materia di assicurazione) e, dunque, è suscettibile di essere impiegato a tal fine.
- Ampio margine di intervento su diversi aspetti.

(Segue): *l'immediata applicabilità*

- Come anticipato, la l. 124/2017 manca di un apposito regolamento intertemporale. Pone, quindi, il problema di individuare l'esatto ambito applicativo ratione temporis delle nuove norme;
- Operazione ermeneutica → va condotta tenendo presente gli artt. 11 e 15 Preleggi;

  ↓

  ↓

- Non può andare disgiunta da una valutazione sulla natura del contratto in termini di efficacia del rapporto nel tempo.

(Segue): *i rapporti sicuramente soggetti alla l. 124/2017*

- Combinando tali dati, ne discende che sono sicuramente soggetti alla l. 124/2017 i contratti di locazione finanziaria conclusi dal giorno dell'entrata in vigore della stessa (**29 agosto 2017**).
- Applicazione → è imposta dagli artt. 11 e 15 Preleggi

  ↓

- Prescinde dalla ricostruzione del contratto in termini di efficacia nel tempo e, in particolare, sotto il duplice profilo "contratto ad effetti istantanei" / "contratto di durata".
- Osservazione: allo stato, non risultano editi precedenti giurisprudenziali relativi alla applicazione delle nuove norme solo a contratti che vi siano soggetti.

(Segue): *e i rapporti anteriori?*

- Vero problema: contratti conclusi anteriormente all'entrata in vigore della l. 124/2017.
- Tesi della letteratura e orientamenti giurisprudenziali i più diversi:
- a) la l. 124/2017 non si può applicare ai contratti anteriori (Cass., 5 maggio 2020, n. 8470) → disponendo la legge solo per l'avvenire (art. 11 Preleggi), la nuova disciplina è inidonea ad estendersi ai contratti anteriori in difetto di una disciplina transitoria.
- b) la l. 124/2017 può applicarsi retroattivamente a qualsiasi tipologia di contratto di *leasing*, sia esso in corso di esecuzione o risolto alla data di entrata in vigore della stessa.
- c) analogia c.d. diacronica (Cass., 29 marzo 2019, n. 8980, in motivazione).

- E, in aggiunta, Cass., 10 maggio 2019, n. 12552, in Fall., 2019, 759 ss.; Cass., 10 luglio 2019, n. 18543, ivi, 2019, 1313 ss.; Cass., 28 ottobre 2019, n. 27545; tra le decisioni di merito, App. Venezia, 26 febbraio 2020

↓

- Decisioni rese in sede di applicazione dell'art. 72 *quater* su un problema formalmente diverso (se, cioè, tale norma fallimentare si applichi non solo al leasing pendente alla data della dichiarazione di fallimento e, quindi, oggetto della sospensione *ex lege* con affidamento al curatore del potere di scelta) ma con una motivazione di questo tipo:

- Poiché la l. 124/2017 contiene un certo regolamento che è unitario e presuppone solo la natura di locazione finanziaria del contratto, solo che si sia in presenza di quel contratto diventa possibile e necessario applicare un regolamento appunto unitario; non potendo essere la l. 124/2017, deve essere l'art. 72 *quater*.

(Segue): *e la soluzione delle Sezioni Unite*

- Il problema rinviene, tuttavia, una recente soluzione nel c.d. terzetto Cass., SS. UU., 2061/2021, 2142/2021 e Cass., 2143/2021.
- Contratti anteriori → se ancora in corso alla data di entrata in vigore, la natura di contratto di durata comporta l'assoggettamento degli stessi anche alle nuove regole .
- E, si badi, in primo luogo delle regole imperative (determinano l'inefficacia del regolamento contrattuale difforme → probabilmente una ipotesi di nullità c.d. sopravvenuta)
- Ed anche se si fossero già verificati i presupposti della risoluzione ma questa non fosse stata dichiarata giudizialmente o disposta in via unilaterale da una parti (diffida ad adempiere; termine essenziale non rinunciato; dichiarazione di esercizio della c.r.e.).

- Risoluzione già intervenuta → applicazione esclusiva della disciplina anteriore.
- Per l'inadempimento, distinzione leasing proprio o puro (c.d. di godimento) / improprio o traslativo (Cass., 23 marzo 2014, n. 7212, in Contratti, 2014, 472 ss.; Cass., 10 febbraio 2015, n. 2491; Cass., 20 settembre 2017, n. 21895; Cass., 12 luglio 2018, n. 18326, in Notariato, 2018, 556 ss.; Cass., 23 maggio 2019, n. 13956;).
- Puro → valore del bene alla scadenza pressoché nullo

  ↓

- disciplina contrattuale (che, pur se inspirata in via di principio in favore del concedente, realizza un equo contemperamento di interessi consentendogli il recupero del finanziamento che, dalla realizzazione del bene, non potrebbe ottenere) → restituzione del bene, rate trattenute e diritto al pagamento – spesso a titolo di risarcimento del danno da penale – delle rate insolute e di quelle dovute fino alla scadenza.
- Applicabilità analogica dell'art. 1526 c.c.? No, è esclusa

Improprio → valore del bene non esiguo alla scadenza o, addirittura, maggiore (leasing di immobili o di impianti industriali)

↓

Applicabilità dell'art. 1526 c.c.? Si

Concedente: ha diritto alla restituzione del bene e all' “equo compenso per l'uso della cosa” (deterioramento del cespite e godimento del bene).

Utilizzatore: ha diritto alla restituzione dei canoni di leasing in applicazione dell'art. 1526 c.c.

La disciplina è inderogabile e prevale sulle contrarie pattuizioni delle parti.

Disciplina pattizia → attenta verifica del rispetto dell'art. 1526 c.c.

Distinzione in concreto: si desume da una serie di indici sintomatici di una volontà delle parti intesa prevalentemente a finanziare il godimento del bene (proprio) o anche l'acquisto della proprietà alla scadenza (traslativo)

- *Rationes decidendi* del terzetto c.d. terzetto Cass., SS. UU., 2061/2021, 2142/2021 e Cass., 2143/2021:
- Leasing → contratto di finanziamento.
- Si differenzia dal mutuo perché nello scambio si inserisce una prestazione di godimento, procurato dal concedente all'utilizzatore finanziando l'acquisto del bene e che, a sua volta, consente di distinguere il leasing dai rapporti di puro godimento (caso eminente: la locazione).
- In tale contesto, a differenza del mutuo, è un contratto di durata.
- In particolare, mentre nel mutuo il contratto esaurisce i suoi effetti con la erogazione della somma – e ciò giustifica la soluzione sulla usura c.d. sopravvenuta sotto il profilo del contratto: Cass., SS. UU., 19 ottobre 2017, n. 24675 –, per la locazione finanziaria è prospettabile il fenomeno tipico dei contratti di durata: perdurante vigenza del rapporto contrattuale per il tempo voluto dalle parti e conseguente efficacia del sinallagma nello stesso arco temporale.

- Se è un contratto di durata, è naturalmente votato ad assorbire anche la disciplina sopravvenuta, specie se di carattere imperativo come nella ipotesi della l. 124/2017.
- Corollario implicito del principio di diritto affermato dal terzetto di legittimità: l'indicazione autorevole sul modo in cui colmare le lacune della l. 124/2017.
- Natura finanziaria → è innegabile.

  ↓

- Come in tutti i contratti di finanziamento, sussiste un duplice vincolo: del finanziatore a finanziare un determinato impiego della provvista; del finanziato, debitore della restituzione, a rispettare quel vincolo e a non distrarre il finanziamento dall'impiego convenuto.
- Conclusione → ai profili finanziari, può ben predicarsi l'estensione della disciplina del mutuo.
- Profili diversi da quelli finanziari → occorre considerare che qui la

- tecnica di finanziamento è congegnata – oramai, non solo per volontà delle parti ma per legge – mediante la doppia prestazione “acquisto del bene che serve all'utilizzatore e su sua indicazione” / “concessione in godimento a titolo oneroso dello stesso all'utilizzatore”.

↓

- Conclusione: attuandosi il vincolo di finanziamento per effetto della concessione in godimento del bene, ne discende che, per i profili diversi da quelli finanziari, la disciplina del mutuo è, oltre che silente (e, dunque, volendo anche inutile), inadeguata.

↓

- E', in qualche misura, imposta non l'estensione di regole della locazione ma, quanto meno, di principi generali ritraibili da quella disciplina (v. dopo); e di principi che non contrastino con la natura finanziaria del contratto.

E il problema di sopravvenienze e sopravvivenze normative

- Ricostruito in tal modo il quadro dei principi generali, possiamo dedicarci all'analisi sulla *a)* eventualità che la nuova disciplina incida su consolidati orientamenti e principi di diritto già affermati anteriormente; o *b)* che non abbia tale impatto e debba continuarsi, quindi, a farsi applicazione, nonostante la l. 124/2017, di orientamenti già maturati in passato ma non contraddetti – e, magari, confermati – dal diritto sopravvenuto.
- Analisi estesa a 3 profili:
- 1) le clausole di inversione del rischio;
- 2) la disciplina dell'inadempimento;
- 3) la nozione di leasing.

1) *Le clausole di inversione del rischio: la tipologia*

- Con la formula “clausole di inversione” o “traslazione del rischio” intendiamo riferirci ad un nucleo ben identificato di pattuizioni, solitamente presenti nelle condizioni generali di contratto delle imprese di leasing.
- a) l'utilizzatore deve continuare a pagare i canoni anche se il bene non viene consegnato in tempo o manca del tutto la consegna;
- b) l'utilizzatore deve continuare a pagare i canoni anche se il bene ha vizi; e anche se siano tali da rendere inidonea la cosa all'uso convenuto;
- c) last but not the least, l'utilizzatore è sempre obbligato a pagare i canoni anche se il bene perisca; e tanto, vuoi nell'evenienza di causa imputabile, vuoi nella evenienza di causa non imputabile.

(Segue): *e la funzione assolta dall'inversione del rischio.*

- Riguardata sul piano funzionale, la serie di clausole ora esposte mira nella sostanza a porre a carico dell'utilizzatore tutti gli eventi attinenti il godimento e la vita tecnica del bene (piano descrittivo); e, dal punto di vista assiologico, a realizzare una separazione giuridica dei distinti rischi economici presenti nell'operazione:
- Rischio economico (inadempimento del debitore) → solo in capo al concedente.
- Rischio operativo (o industriale) → in capo all'utilizzatore (nel rapporto di finanziamento) e in capo al fornitore del bene (nel rapporto di approvvigionamento).
- Funzione → dipende chiaramente dalla natura finanziaria del *leasing*

(Segue): *e la natura (essenziale o suppletiva o espressa) delle clausole di traslazione del rischio.*

- Ora, nella misura in cui è funzionale alla struttura finanziaria dell'operazione, potrebbe pensarsi che siamo in presenza di clausola inderogabile del rapporto (necessaria a pena non tanto di nullità quanto della insuscettibilità di qualificare quel determinato rapporto come leasing) o, almeno, naturale / suppletiva (opera se non esclusa dalle parti).
- Ma così non è.
- a) la natura inderogabile viene da sempre esclusa;
- b) la natura suppletiva viene sostenuta in giurisprudenza (e v. Cass., 23 maggio 2019, n. 13956; Cass., 14 ottobre 2011, n. 21301; Cass., 3 maggio 2002, n. 6369, 1421 ss.; Cass., 11 febbraio 1997, n. 1266). Tale tesi è, però, motivata sul presupposto dell'analogia con l'art. 1523 c.c. (in tema di vendita con riserva della proprietà).

(Segue): *e le indicazioni tratte dalla l. 124/2017*

- Sul punto, l'intervento della l. 124/2017 ha un duplice rilievo:
- Da un canto, rende autonomo il contratto di locazione finanziaria, sganciandolo definitivamente dalla vendita con riserva della proprietà, onde l'orientamento della giurisprudenza sopra ricordato diventa difficile da sostenere non solo per la natura eccezionale dell'art. 1523 c.c. (il venditore «riservato» risponde del rischio del perimento della cosa, in deroga agli artt. 1463 ss. c.c.); ma per l'autonomia del contratto;
- Dall'altro, la l. 124/2017 non detta alcuna disciplina delle clausole di inversione del rischio, limitandosi a ripetere la formula (assunzione di tutti i rischi, compreso il perimento) già utilizzata dall'art. 17 l. 183/1976.

(Segue): *e gli orientamenti interpretativi*

- Tuttavia, con riguardo alla formula impiegata dall'art. 17, cit., la letteratura e la stessa giurisprudenza dubitano fortemente che equivalgano al riconoscimento della illimitata ammissibilità delle clausole di inversione del rischio.
- Formula → troppo generica e sintetica;
- Formula → inidonea a superare la necessità che della validità di quelle clausole si giudichi in base a a) principi e b) norme generali.
- Profilo → evidente **sopravvivenza**.
- a) Principi: in particolare, il principio causale (gli spostamenti patrimoniali devono rinvenire la propria giustificazione in una giusta causa di attribuzione, fermo restando che la congruità delle prestazioni è monopolio delle parti).

- b) le norme → concernono anche ma non solo il procedimento di conclusione del contratto.
- l'art. 1341 → trattandosi di clausole predisposte unilateralmente dal concedente e all'evidenza onerose per l'utilizzatore, ne sarà necessaria la specifica approvazione per iscritto a pena di inefficacia.
- La disciplina dell'abuso di dipendenza economica *ex* art. 8 l. 192/1998 (se vi è abuso di dipendenza economica e, quindi, in via di principio nei rapporti tra concedente ed utilizzatore imprenditore o professionista).
- La disciplina delle clausole vessatorie: gli artt. 33 ss. d.lgs., 206/2005 → sostanziale divieto di pattuizione di queste clausole nei contratti con i consumatori.

(Segue): *limiti di validità attuali.*

- Coordinando quindi tali regole, può desumersene che:
- a) clausole di consegna → resta fermo il principio di diritto per il quale devono reputarsi nulle (Cass. 22 dicembre 2015, n. 25732, 50 ss.; Cass. 29 settembre 2007, n. 20592; Cass. 8 marzo 2005, n. 5003, 1852 ss.; Cass. 29 aprile 2004, n. 8218, 1123 ss.).
- a-bis) tuttavia, l'utilizzatore perde l'opponibilità dell'eccezione nei confronti del concedente se firma il verbale di consegna del bene dato che tale adempimento fa sorgere, a prescindere dalla effettuazione della consegna (non avvenuta o solo parziale), l'obbligo dell'impresa di leasing di pagare il fornitore (e v. Cass., 21 giugno 1993, n. 6862, 337 ss.; Cass. 23 marzo 2012, n. 8101, 274 ss.; da ultima, Cass., 23 maggio 2019, n. 13953).

- c) clausole di sopportazione dei vizi: sono considerate prevalentemente valide (Cass. 19 febbraio 2008, n. 4235, 1664 ss. (non conformità alla legislazione in materia di sicurezza sul lavoro); Cass. 5 settembre 2005, n. 17767, 374 ss.; Cass. 1 ottobre 2004, n. 19657, 474 ss.; ma in senso diverso, Cass. 29 aprile 2004, n. 8218, 1123 ss., secondo la quale non potrebbe essere trasferito il rischio dei vizi in capo all'utilizzatore e si dovrebbe far ricorso, per il riparto, all'art. 1227 c. c.); vengono tuttavia reputate onerose e soggette all’art. 1341 c.c.
- d) clausole di sopportazione del perimento: anche queste sono considerate valide ma onerose (Cass. 14 ottobre 2011, n. 21301, la quale ne esclude anche il carattere vessatorio; Cass. 23 giugno 2009, n. 14619; Cass. 5 maggio 2002, n. 6369, 1421 ss.); vengono tuttavia reputate onerose e soggette all’art. 1341 c.c.
- Quindi, nei limiti attuali di validità, il vero problema concerne la tutela dell’utilizzatore al verificarsi di tali eventi.

(Segue): *e la tutela dell'utilizzatore.*

- La tutela conosce due forme, tra di loro diverse:
- clausola di cessione delle azioni: di solito, le condizioni generali di contratto accompagnano la traslazione del rischio in capo all'utilizzatore da clausole in forza delle quali l'utilizzatore è legittimato ad esercitare i diritti del concedente nei confronti dell'utilizzatore.
- Forme diverse: per la giurisprudenza, richiede indefettibilmente il consenso dell'utilizzatore (Cass., SS. UU., 19785/2015) e può assumere la forma della cessione del contratto di fornitura all'utilizzatore (con la clausola dello stesso che ne autorizzi la circolazione) o della semplice cessione del credito del concedente verso l'utilizzatore; in difetto, può ricorrersi – con prassi di cui sono noti precedenti remoti – ad un mandato con rappresentanza del con-

- dente all’utilizzatore.
- Il vero problema è se la clausola di devoluzione delle azioni manchi.
- Lacuna del regolamento contrattuale → è possibile dato che la validità e l’efficacia delle clausole di inversione non è subordinata alla previsione di patti di cessione delle azioni.
- ↓
- Rispetto al rapporto di fornitura l’utilizzatore è terzo e non parte e manca della diretta legittimazione.
- Parti del rapporto di fornitura sono solo il concedente ed il fornitore del bene concesso in leasing.
- Acquisto: avviene su incarico e nell’interesse dell’utilizzatore.
- Per la giurisprudenza, può e deve farsi applicazione dell’art. 1705, secondo comma, c.c. in tema di mandato: ergo, il mandante (utilizzatore) può far valere i crediti del mandatario (concedente) ma solo i crediti; non azioni dirette ad incidere sul contratto.

- E v. Cass., 26 maggio 2020, n. 9663; Cass., SS.UU., 5 ottobre 2015, n. 19785, 30 ss.; Cass. 16 novembre 2007, n. 23794, 733 ss.; Cass. 27 luglio 2006, n. 17145; Cass. 1 ottobre 2004, n. 19657, 474 ss.
- In tale contesto, ne discende che l’utilizzatore potrà esercitare:
- a) l’azione di adempimento nei confronti del fornitore;
- b) l’azione redibitoria, finalizzata ad eliminare i vizi o ad ottenere anche la sostituzione del bene;
- c) l’azione di risarcimento del danno.
- Per contro, l’utilizzatore non potrà esercitare le seguenti azioni, che restano attribuite alla legittimazione esclusiva del concedente:
- a) risoluzione;
- b) l’azione c.d. estimatoria, volta a ridurre il prezzo del bene;
- c) l'azione di accertamento dell'esatto compenso spettante al fornitore;

- d) le azioni di impugnativa negoziale del contratto di fornitura.
- Appare evidente come tale assetto indebolisca la posizione dell'utilizzatore: verificatisi eventi extra legittimazione, si trova costretto a continuare a pagare senza il pieno godimento del bene.
- Tuttavia, la giurisprudenza tempera tale conclusione ricollegando la sorte di tali vicende – incidono sul godimento ma l'utilizzatore manca della diretta legittimazione a tutelarsi – nel contesto della componente gestoria ritenuta insita nella locazione finanziaria.
- **Cass., SS. UU., 19785/2015** → nei rapporti concedente / utilizzatore opera il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto. Quindi:
- a) l'utilizzatore ha l'onere di informare tempestivamente il concedente dei vizi o del perimento del bene;
- b) il concedente deve attivarsi di conseguenza. In particolare,
- b.1) sospendere il pagamento del prezzo all'utilizzatore: tale sospen-

- sione può riguardare l’intero prezzo (per vizi o perimento accaduti in sede di consegna); ovvero solo il residuo del prezzo.
- b2) deve attivarsi proponendo in proprio – ed a tutela dell’utilizzatore – tutte le iniziative necessarie ad assicurare il pieno godimento del bene.
- Componente gestoria ? Si, sebbene le SS. UU., 19785/2015 non pervengano a tale qualifica.
- mancata attivazione del concedente → non resta priva di conseguenze nei rapporti tra lui ed il fornitore.
- Sebbene le SS. UU., 19785/2015 non si pronuncino sul punto, appare evidente che l’utilizzatore potrà opporre l’eccezione di inadempimento *ex* artt. 1375 e 1460 c.c.
- Tale soluzione realizza, in effetti, un equo contemperamento di interessi: a) evita comportamenti scorretti dell’utilizzatore (perderebbe l’eccezione); b) evita comportamenti scorretti del concedente (e, in particolare, il suo disinteresse alle sorti del rappor-

- to contrattuale; c) infine, in caso di inadempimento dell’utilizzatore, questi si accolla il rischio della perdita della ulteriore protezione da parte del concedente in caso di vizi o di perimento sopravvenuto.

2) *L'inadempimento dell'utilizzatore*

- Un segno di netta discontinuità, tale da consentire di parlare di sopravvenienza, è rappresentato dalla disciplina dell'inadempimento dell'utilizzatore introdotta dall'art. 1, commi 138 e 139, l. 124/2017.
- Prassi contrattuale precedente:
- a) fissa una misura dell'inadempimento autonoma (nella generalità delle condizioni contrattuali: anche una sola rata).
- b) attribuisce al concedente, verificatasi la risoluzione, un complesso di diritti:
- restituzione del bene;
- Incameramento delle rate già saldate:
- Diritto al pagamento del residuo, pari ai canoni non pagati, ai canoni

- futuri ed al prezzo di opzione del bene.
- Di qui la discussione sulla validità di quelle clausole. In sintesi:
- a) valida la prima, non potendo applicarsi al leasing l'art. 1525 c.c. in tema di vendita con riserva della proprietà (inadempimento superiore ad 1/8 del prezzo);
- b) valida a certe condizioni la seconda:
- b.1) leasing puro o di godimento → durata del contratto parametrata alla vita utile del bene; valore del bene alla scadenza esiguo o nullo
- ↓
- Piena validità → si tutela, in questo modo, l'interesse del concedente alla restituzione del finanziamento erogato.
- B.2) leasing improprio o traslativo → durata del contratto non parametrata alla vita utile del bene; valore alla scadenza non esiguo o addirittura superiore a quello iniziale (leasing di immobili)

- ↓
- Clausola invalida e si applica per analogia l’art. 1526 c.c.
- Ergo:
- a) diritto del concedente alla restituzione del bene;
- b) diritto dell’utilizzatore alla restituzione delle rate;
- c) diritto del concedente ad un «equo compenso» per l’uso della cosa (godimento e normale deterioramento) oltre al risarcimento del danno.
- Ratio → realizzo del credito e, insieme, impedire locupletazioni
- Clausola «marciana» → io concedente vendo il bene e mi soddisfo sul prezzo ma devo restituire l’eccedente all’utilizzatore.
- ↓
- Valida (da Cass., SS. UU., 65/1993);
- Il modello piace al punto da essere autonomamente recepita, per tutti i finanziamenti ante l. 124/2017 (art. 48 bis T.U.B.).

(Segue): *e la modifica dell'art. 72* quater *l. fall.*

- In sede di riforma del fallimento, tuttavia, l'art. 72 quater introduce una disciplina diversa da quella ritenuta applicabile dalla giurisprudenza.
- Il diritto vivente si applica se il leasing è stato risolto prima della dichiarazione di fallimento (Cass., SS. UU., 2061/2021, 2142/2021 e Cass., 2143/2021)
- Se non risolto, ricade nel meccanismo generale della sospensione *ex* art. 72 l. fall.: dichiarato il fallimento, il contratto resta sospeso e decide il curatore
- Subentro: continua la normale esecuzione del rapporto alle condizioni iniziali e salve le modifiche concordate tra curatore e concedente;

- se risolto *iure concursus*, con regola identica per qualsiasi contratto di locazione finanziaria il concedente:
- a) ha diritto a riottenere il bene;
- b) può soddisfare il proprio credito fuori concorso mediante uno speciale meccanismo;
- c) ha il potere ma, nel contempo, anche l'obbligo di procedere ad una «nuova allocazione produttiva del bene» (vendita o nuovo reimpiego) **a condizioni di mercato**;
- d) si soddisfa sul ricavato per il «credito residuo in linea capitale» (per gli interessi eventualmente dovuti, dovrà essere soddisfatto in moneta fallimentare e subendo la falcidia);
- e) deve restituire l'eccedenza alla curatela fallimentare (credito ordinario)
- Ratio → realizzo del credito e non solo impedita locupletazione ma massima valorizzazione possibile del bene.

(Segue): *e la disciplina attuale.*

- La l. 124/2017 interviene in due direzioni:
- a) fissa una nozione di inadempimento c.d. finanziario dell'utilizzatore (mancato pagamento di almeno 4 canoni, anche non consecutivi; 6, se si tratta di *leasing* immobiliare);
- la disciplina è inderogabile → consente solo pattuizioni più favorevoli all'utilizzatore (un maggior numero di rate insolute; la possibilità di sospensione già prevista nel contratto; la possibilità di sospensione in base agli accordi quadro imprese / banche).
- il nuovo limite opera anche per i contratti in corso, a condizione che non siano stati risolti prima dell'entrata in vigore della l. 124/2017.
- Tolleranza dell'impresa di *leasing* ad inadempimenti anteriori → consente di applicare la l. 124/2017.

- b) recepisce non tanto il patto c.d. marciano quanto il meccanismo dell'art. 72 *quater*.
- Verificatosi l'inadempimento, il concedente ha diritto alla restituzione del bene da parte dell'utilizzatore;
- Non ha più obbligo di restituzione dei canoni pagati;
- Ha l'obbligo di procedere alla vendita o ad altro reimpiego produttivo del bene **a condizioni di mercato** (ad esempio, *leasing* con altro soggetto);
- sul ricavato ha il diritto di soddisfarsi in via di autotutela per il credito residuo (canoni scaduti e non pagati, canoni futuri attualizzati ed il prezzo di opzione, oltre alle spese); se il suo credito è superiore, ha diritto al pagamento della differenza; se il ricavo della vendita è superiore al suo credito, deve restituire l'eccedenza all'utilizzatore.
- La scelta normativa così codificata incide, peraltro, sulla soluzione di diversi problemi già sollevati dall'art. 72 *quater*.

- a) in primo luogo, l’inquadramento della **posizione giuridica** del concedente ad inadempimento verificatosi:
- 1) configura un vero e proprio obbligo;
- 2) si inserisce in quella componente gestoria della locazione finanziaria cui abbiamo già accennato in tema di vizi e perimento;
- 3) trattandosi di componente gestoria, segue in qualche misura la disciplina del mandato. Tanto vale, in particolare, in ordine al criterio di diligenza (più che il «bonus pater» il «*bonus concedens*», data la natura professionale dell’attività; l’obbligo di informazione, peraltro autonomamente regolato; la sostituzione);
- 4) può dare luogo, in caso di inadempimento dell’obbligo di nuova collocazione produttiva del bene o di adempimento inesatto, a responsabilità del concedente nei confronti dell’utilizzatore, nonostante l’inadempimento.
- Ma vi è di più.

- b) La disciplina è oramai **unitaria**.
- 1) A condizione che si tratti di un contratto di locazione finanziaria, si applica **indipendentemente** dalla natura pura o propria ovvero impropria in concreto assunta dall'operazione.
- 2) l'eventuale natura pura o impropria rileverà solo ai fini del diverso conteggio economico dei diritti delle parti.
- c) Si tratta di regola **inderogabile**. E tanto incide:
- 1) sull'eventuale clausola contrattuale in deroga in ordine alla nozione di inadempimento;
- 2) su tutta una serie di pattuizioni diffuse in passato;
- 3) facoltà di procedere a nuova collocazione produttiva del bene: è nulla e viene sostituita di diritto dall'obbligo di procedervi, senza possibilità di rinuncia preventiva da parte del concedente;
- 4) libertà di scelta del concedente in ordine alla fissazione del prezzo di realizzo: è nulla e viene sostituita di diritto dall'articolato procedi-

- mento di fissazione del prezzo (listini pubblici; nomina dello stimatore; obbligo di rifarsi sempre alle condizioni di mercato);
- 5) incide sulle clausole contrattuali in ordine agli effetti della vendita o diversa collocazione produttiva del bene: ove meno favorevoli all'utilizzatore – ad esempio: la clausola c.d. di confisca integrale – dovranno stimarsi nulle e sostituite di diritto dal nuovo regolamento.
- d) Estensione: l'ultima notazione – assai rilevante – è che, sommando la immediata applicabilità (v. slides 4 e 10) con i principi sul diritto intertemporale (cfr. slides 14 ss.), ne discende in automatico che questo segmento di disciplina opererà:
- 1) per i nuovi contratti (*post* l. 124/2017);
- 2) per i contratti **anteriori ma ancora in corso** di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge.
- Risultato → è implicito nell'orientamento. Il vecchio diritto vivente cessa di essere applicato e viene limitato ai soli contratti già risolti in data anteriore al 29 agosto 2017.
-

3) *La nuova nozione di locazione finanziaria.*

- Da ultimo, il problema logicamente pregiudiziale ma, per ordine espositivo e chiarezza nella esposizione dei problemi, conclusivo: la nozione di locazione finanziaria e, dunque, l'ambito applicativo delle nuove regole.
- a) art. 1, comma 136: 4 elementi caratterizzanti:
- natura di intermediario finanziario del concedente;
- acquisto del bene su indizione e richiesta dell'utilizzatore;
- concessione in godimento a questo dietro corrispettivo di un canone;
- assunzione dei rischi (v. slides 21 ss.).
- Ma sono tutti elementi caratterizzanti e, quindi, funzionali ?

(Segue): *la soluzione negativa delle Sezioni Unite*

- b) Sembra decisamente di no.
- Letteratura: gli elementi caratterizzanti vanno sintetizzati e, pertanto, individuano la locazione finanziaria
- 1) il canone, più elevato di quello di una ordinaria locazione;
- 2) la programmazione della facoltà di acquisto del bene da parte dell'utilizzatore alla scadenza.
- In sostanza: gli elementi causali prevalentemente affermati in dottrina e giurisprudenza *ante* l. 124/2017.
- giurisprudenza (Cass., SS. UU., 2061/2021, 2142/2021 e Cass., 2143/2021) → la figura del leasing come prevista dalla l. 124/2017 coincide in astratto con quella già individuata nella prassi e nella let-

- teratura anteriori. Peraltro, ai fini della estensione delle nuove regole è necessaria la verifica che il concreto contratto de quo presenti quegli elementi causali e possa ricondursi all’area del leasing.
- Si manifesta, quindi, anche in questo caso una forma di sopravvivenza tra vecchia e passata normativa.