

Marzo 2021

Il contratto di *leasing* finanziario dopo la pronuncia delle Sezioni Unite. Commento a Cassazione Civile, Sez. Un., 28 gennaio 2021, n. 2061 - Pres. Amendola, Rel. Vincenti

Marica Longo

SOMMARIO: 1. Le questioni sottoposte al vaglio delle Sezioni Unite. – 2. *Leasing* di godimento e *leasing* traslativo: brevi cenni. – 3. Il contratto di *leasing* e la risoluzione per inadempimento, in seguito all'introduzione dell'art. 72 *quater* L. fall. – 4. Tipizzazione del *leasing* alla luce della Legge n. 124/17: cenni al tipo sociale e legale. – 5. Il principio di certezza del diritto nella giurisprudenza della C.E.D.U. – 6. L'art. 72 *quater* 1. fall.: insinuazione al passivo del fallimento. – 7. Il tramonto dell'eventuale applicazione retroattiva della L. n. 124/17 al *leasing* traslativo.

1. Le questioni sottoposte al vaglio delle Sezioni Unite

Le problematiche emerse in tema di risoluzione del contratto di *leasing* finanziario per inadempimento dell'utilizzatore sono state, in più occasioni, sottoposte al vaglio del sindacato di legittimità della Corte di Cassazione, con particolare riferimento al caso della risoluzione avvenuta precedentemente alla dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore e verificatasi in epoca antecedente all'entrata in vigore della L. n. 124/17. Da ultimo, la Suprema Corte con ordinanza n. 5022 del 25 febbraio 2020 ha ritenuto di dover rimettere la questione al Primo Presidente, affinché valutasse l'opportunità di assegnarlo alle Sezioni Unite, per dipanare i contrasti interpretativi emersi *in subiecta materia*.

La questione oggetto della predetta ordinanza trae origine dal provvedimento del giudice delegato con il quale era stato disposto il rigetto dell'istanza di ammissione al passivo fallimentare proposta dalla società concedente Unicredit Leasing S.p.a., che aveva concesso in locazione finanziaria un capannone industriale alla società Casoni Costruzioni s.r.l., per il riconoscimento del proprio credito derivante dai canoni scaduti e non pagati, oltrechè per gli interessi di mora; tale provvedimento veniva confermato dal Tribunale di Macerata nel giudizio di opposizione allo stato passivo.

A fondamento dei propri provvedimenti sia il giudice delegato, che il Tribunale di Macerata statuivano che, nel caso di specie, il contratto di *leasing* si fosse risolto *ipso facto* per inadempimento dell'utilizzatore, ancor prima della dichiarazione di fallimento della Casoni Costruzioni s.r.l., in seguito all'intenzione manifestata dalla società

concedente, formulata con missiva del 16 luglio 2014, di avvalersi della clausola risolutiva espressa prevista nel contratto di *leasing*, con contestuale richiesta di pagamento delle rate insolute; il giudice di merito, sul punto, statuiva che il comportamento della concedente Unicredit avesse determinato la risoluzione automatica del contratto, *ex art.* 1456 c.c., comma secondo, c.c.

Invero, gli effetti della risoluzione contrattuale dovevano essere disciplinati dall'art. 1526 c.c., con la conseguenza che la società concedente poteva pretendere dalla Casoni Costruzioni s.r.l. unicamente la corresponsione dell'equo compenso e non anche il pagamento dei canoni insoluti, previsti dal contratto.

La società ricorrente impugnava il decreto di rigetto per Cassazione proponendo tre motivi di ricorso; *in primis*, invocava il sindacato di legittimità in ordine all'asserita violazione dell'art. 1456 c.c., nonché degli artt. 1362, 1363 e 1366 c.c. Tale primo motivo conteneva, a sua volta, due censure: con la prima, la società Unicredit imputava al Tribunale di Macerata l'errata qualificazione della comunicazione inviata in data 16 luglio 2014, ritenuta dal Giudice quale "intenzione" di avvalersi della clausola risolutiva espressa; la concedente eccepeva, inoltre, che la sua unica "intenzione" era di intimare all'utilizzatore esclusivamente la restituzione dell'immobile, poichè il contratto di *leasing* era ormai pervenuto alla naturale scadenza.

Con la seconda censura, la società ricorrente affermava che il prefato Tribunale aveva erroneamente ritenuto che il contratto di *leasing*, pervenuto alla sua naturale scadenza, si fosse risolto automaticamente, *ex art.* 1456 c.c., poichè l'utilizzatore non aveva adempiuto ad una parte delle obbligazioni derivanti dal contratto medesimo.

Con il secondo e terzo motivo la ricorrente lamentava la violazione degli artt. 1526 c.c. ed art. 72 *quater* l. fall., nonché della legge n. 124/17.

Alla luce di quanto innanzi, la Suprema Corte con l'ordinanza interlocutoria n. 5022 del 2020 ha rimesso gli atti al Primo Presidente per porre al vaglio delle Sezioni Unite la *quaestio* relativa alla violazione della legge n. 124/17 ed, in particolare, se nella fattispecie *de qua* potesse applicarsi in via analogica una norma inesistente al momento in cui si fosse verificata la fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento; in caso affermativo, se si potesse applicare, in via analogica, l'art. 72 *quater* l. fall. all'ipotesi di risoluzione del contratto di *leasing* seguita dal fallimento dell'utilizzatore.

La terza sezione della Cassazione, nella predetta pronuncia, sollecitava, altresì, l'intervento delle Sezioni Unite ponendo un altro quesito di diritto, ovverosia, se la norma di cui all'art. 1, commi 136-140, L. n. 124/2017, che impone di abbandonare l'orientamento sull'applicabilità dell'art. 1526 c.c. alla risoluzione del contratto di *leasing*, anche per i fatti sopravvenuti prima della sua entrata in vigore, potesse

considerarsi coerente con i principi comunitari di certezza del diritto e tutela dell'affidamento.

Le Sezioni Unite, pronunciandosi con la sentenza in commento, hanno risolto i problemi interpretativi sorti in materia di *leasing* finanziario, per la cui disamina si rende necessario svolgere un'accurata ricostruzione di tale tipologia contrattuale, nonché della disciplina applicabile al caso della risoluzione per inadempimento e di fallimento dell'utilizzatore, richiamando, all'uopo, il vasto formante giurisprudenziale in materia, anche alla luce dei principi comunitari di certezza del diritto e tutela dell'affidamento invocati dalla Corte di Cassazione, fino all'emanazione della L. n. 124/17, nonché un'attenta analisi delle problematiche sottese all'applicazione analogica dell'art. 72 *quater* l. fall. nell'ipotesi di risoluzione del contratto di *leasing*.

2. *Leasing* di godimento e *leasing* traslativo: breve analisi

Il contratto di *leasing* finanziario, conosciuto nel nostro ordinamento quale locazione finanziaria, rappresenta un contratto nel quale il *lessor* (concedente) concede al *lessee* (utilizzatore), il godimento di un determinato bene, mediante la corresponsione di un canone, con previsione di un diritto di opzione d'acquisto, in virtù del quale il *lessee* ha la facoltà di acquistare il bene, mediante il pagamento di un prezzo c.d. di riscatto¹.

Il contratto di *leasing* è nato negli ordinamenti di *common law* e al suo interno si annoverano una serie di ipotesi contrattuali o di sottotipi contrattuali (ad es. *leasing* mobiliare, immobiliare, pubblico, al consumo, traslativo, di godimento, di ritorno).

Tradizionalmente, la dottrina e la giurisprudenza hanno ricondotto il *leasing* nella categoria dei c.d. "contratti atipici", ovvero rientrante tra quelli previsti dall'art. 1322, comma 2, c.c., a mente del quale "*le parti possono anche concludere contratti che non*

¹ In generale sul contratto di *leasing* tra i numerosi contributi, V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2008, 16; M. BUSSANI, *Contratti moderni. Factoring, Franchising, Leasing*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, IV; R. CLARIZIA, *La locazione finanziaria*, Torino, 1996; G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1985; G. FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977; M. R. LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, 2002; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.*, Milano, 1995, I; U. VIOLANTE, *La "locazione finanziaria" e la "individuazione della disciplina"*, Napoli, 1988. Si veda per la definizione di *leasing*, Cass. 28 ottobre 1983, n. 6390, in *Giur. comm.*, 1984, II, 253, ove si afferma che il *leasing* finanziario o locazione finanziaria è il contratto con cui "*una parte concede all'altra il godimento di un bene dietro corresponsione di un canone periodico determinato; al termine del periodo di godimento è previsto, in via alternativa e a favore della parte che ha ricevuto il godimento, la restituzione del bene o l'acquisto di esso per una somma residua predeterminata*".

*appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*².

In ragione della natura atipica di tale fattispecie contrattuale, sia la definizione delle caratteristiche, nonché la disciplina applicabile al *leasing*, soprattutto con riferimento alla sua fase patologica, sono state demandate alla dottrina ed alla giurisprudenza.

Il *leasing* finanziario ha essenzialmente una funzione di finanziamento indiretto dell'utilizzatore e la sua struttura di contratto di scambio consente alle imprese di disporre degli strumenti per l'esercizio della propria attività, senza ricorrere all'indebitamento.

La giurisprudenza di legittimità³ non pone in dubbio che il *leasing* configuri un collegamento negoziale, tra un contratto di *leasing*, intercorrente tra utilizzatore e società di *leasing* (concedente) ed un contratto di fornitura, intercorrente tra quest'ultima ed il fornitore, in quanto l'acquisto effettuato dalla società di *leasing* è finalizzato a soddisfare l'interesse dell'utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa.

Tale collegamento risulterebbe, da alcuni indici, tra i quali la struttura del procedimento di formazione negoziale ed il contenuto del contratto di fornitura.

Tuttavia, la Suprema Corte ha ravvisato nella peculiarità dello schema negoziale *de quo* un collegamento *sui generis*, di tipo segnatamente "atecnico"⁴, poiché la configurazione del *leasing* in termini di collegamento tecnico è precluso, a parere della Corte, dalla mancanza del nesso soggettivo, cioè "*dall'intenzione delle parti di collegare i vari negozi in uno scopo comune*", così da dar vita ad un'autonoma ed ulteriore causa in concreto.

I problemi giuridici di maggiore rilevanza legati all'operazione contrattuale si sono essenzialmente posti con riferimento all'individuazione della natura giuridica del prefato contratto, ai fini della normativa applicabile, nonché alla definizione del rapporto tra fornitore ed utilizzatore, fondamentale per regolare l'eventuale legittimazione ad agire direttamente nei confronti del primo.

Fin dall'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, nella giurisprudenza della Suprema Corte si sono susseguite una molteplicità di pronunce, in materia di tutela dell'utilizzatore inadempiente; l'orientamento iniziale seguito dai giudici di legittimità deve rinvenirsi in una nota pronuncia, in cui viene esaltata la causa essenzialmente finanziaria del *leasing*, nonché riconosciuta l'atipicità del contratto. In tale pronuncia la Corte, riconoscendo

² V. *ex plurimis*, Cass. civ., 26 novembre 1987, n. 8766; Cass. civ., 23 febbraio 2000, n. 2069, in *Contratti*, 2000, 6, 589; Cass. civ., 13 maggio 2008, n. 11893, in *Notariato*, 2008, 5, 491.

³ Cass. civ., 13 dicembre 2000, n. 15762, in *Mass. Giur. It.*, 2000; id., 27 aprile 2007, n. 17145, in *Corr. Giur.*, 2007, 1428, con nota di A. L. PENNETTA.

⁴ Così Cass. civ. SS.UU., 5 ottobre 2015 n. 19785, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 2, 1, 235, con nota di M. FERMEGLIA.

l'autonomia contrattuale del *leasing*, ha rilevato che la sua causa finanziaria possa essere individuata “...in un finanziamento per procedere all'acquisto della disponibilità immediata del bene, con l'impegno dell'utilizzatore di rimborsare ratealmente la somma anticipata dal finanziatore, maggiorata degli interessi e della remunerazione del capitale per il rischio dell'operazione”⁵.

Qualche anno dopo i giudici di legittimità hanno asserito che trattandosi di un contratto atipico, il *leasing* fosse soggetto all'applicabilità delle norme sulla disciplina generale del contratto, fra le quali deve annoverarsi l'art. 1458 c.c., in tema di risoluzione dei contratti di durata, che è incompatibile con la norma di cui all'art. 1526 c.c., riferita al contratto di vendita con riserva della proprietà⁶.

Nell'ipotesi in cui si configurasse l'inadempimento dell'utilizzatore, la Corte ha ritenuto che la soluzione dovesse individuarsi nel disposto, *ex art.* 1458 c.c., il quale sancisce la non ripetibilità delle prestazioni già eseguite, qualora lo scioglimento riguardasse un contratto ad esecuzione continuata o periodica. Se si adottasse la soluzione indicata dalla Corte, la società concedente potrebbe trattenere i canoni versati dall'utilizzatore, ma non potrà pretendere il versamento dei canoni insoluti, fatta salva la possibilità di agire giudizialmente per ottenere il risarcimento del danno.

Il predetto orientamento è stato oggetto di un *revirement* da parte della Suprema Corte con l'emanazione dello storico “sestetto binario”⁷, che ha segnato una vera svolta nella concezione del *leasing*, introducendo la dicotomia tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, successivamente consacrata dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 7 gennaio 1993, n. 65⁸.

⁵ Cass. civ., 6 maggio 1986, n. 3023, in *Corriere Giur.*, 1986, 854, con nota di P. SCHLESINGER. Il principio di atipicità del contratto di *leasing* è stato affermato in giurisprudenza al fine di sostenere la liceità di tale tipologia contrattuale, al cui riguardo si v. Cass. civ., 28 ottobre 1983, n. 6390, in *Giur. It.*, 1985, I, 1, 1144, con nota di MARCHIO, ove si afferma che “l'atipicità del *leasing* e la circostanza che l'ordinamento prevede figure negoziali tipiche idonee ad assicurare finalità consimili non ostano a che tale contratto trovi tutela giuridica, quale espressione del principio dell'autonomia negoziale”; Id., in *Foro it.*, 1983, I, 2997, con nota critica di P. PARDOLESI.

⁶ Cass. civ., 6 maggio 1986, n. 3023, in *Foro it.*, 1986, I, 1819, con nota di P. PARDOLESI.

⁷ Cass. civ., 13 dicembre 1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573 e 5574, ove i giudici concludono affermando che l'individuazione del *discrimen* fra i due tipi di *leasing* rappresenta “una quaestio voluntatis, la cui soluzione è compito specifico del giudice di merito, salvo il controllo di legittimità di questa Corte Suprema”.

⁸ Conformi Cass. civ., 7 Febbraio 2001, n. 1715, in *Mass. Giur. It.*, 2001, secondo cui “...Si ha infatti la figura del *leasing* di godimento allorchè l'insieme dei canoni è inferiore, in modo consistente, alla remunerazione del capitale investito nell'operazione di acquisto e concessione in locazione del bene, e lascia non coperta una parte non irrilevante di questo capitale, mentre il prezzo pattuito per l'opzione è di corrispondente livello; ricorre, invece, la figura del *leasing* traslativo se l'insieme dei canoni remunera interamente il capitale impiegato, ed il prevedibile valore del bene alla scadenza del contratto sopravanza

In virtù della predetta scissione, il *leasing* è stato qualificato “di godimento”, qualora sia stipulato in funzione del godimento del bene e abbia ad oggetto beni che, al termine del periodo contrattuale, non presentino alcun valore residuale ovvero un valore assai modesto, pari al prezzo di riscatto. In tale forma di *leasing* lo scopo dell’utilizzatore, dedotto in contratto, è di assicurarsi il godimento del bene per tutto il periodo in cui il esso è idoneo ad apportare un’utilità economica.

Tale tipologia di *leasing*, generalmente, ha ad oggetto beni soggetti a rapida obsolescenza ed è ritenuto assimilabile alla locazione, tanto che si caratterizza per una causa mista di finanziamento e locazione.

In caso di risoluzione per inadempimento dell’utilizzatore, la Suprema Corte ha ritenuto applicabile la disciplina generale della risoluzione per inadempimento ed, in particolare, la disposizione, *ex art.* 1458, comma primo, c.c., statuendo ~~con~~ conseguente l’inapplicabilità di “*normative con esso incompatibili, come quella prevista dall’art. 1526 cod. civ.*”, in quanto per via giurisprudenziale tale contratto è stato ricondotto nell’alveo dei contratti ad esecuzione continuata o periodica⁹.

Il *leasing* traslativo, invece, ha ad oggetto beni che, al termine del periodo contrattuale, e, quindi, alla scadenza conservano un valore residuo apprezzabile per l’utilizzatore, talvolta, addirittura superiore al prezzo d’opzione ai fini dell’acquisizione della proprietà ed i cui canoni scontano anche una quota del prezzo, in previsione del successivo acquisto¹⁰.

Tale tipologia di *leasing* è stipulato in funzione del conseguimento finale della proprietà del bene e, pertanto, deve considerarsi assimilabile al contratto di vendita con riserva di proprietà, *ex artt.* 1523 ss. c.c.

In virtù dell’*eadem ratio* delle richiamate tipologie contrattuali, la Corte ha concluso ammettendo, in caso di risoluzione per inadempimento del contratto, l’applicabilità in via analogica dell’art. 1526 c.c. e, dunque, riconoscendo a tale norma “*il valore di principio generale di tutela di interessi omogenei a quelli disciplinati dal leasing traslativo nonché*

in modo non indifferente il prezzo di opzione”; Id., 3 Maggio 2002, n. 6369, in *Mass. Giur. It.*, 2002; Id., 28 Novembre 2003, n. 18229, in *Arch. Civ.*, 2004, 1096; Id., 23 Maggio 2008, n. 13418, in *Fallimento*, 2009, 3, 303, con nota di G. BERSANI.

⁹ Così, Cass. SS.UU., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Foro it.*, 1994, I, 177.

¹⁰ Così, V. VITI, *Il tramonto della bipartizione tra leasing “di godimento” e leasing “traslativo”*, nota a Cass. civ., 29 marzo 2019, n. 8980, in *Giur. It.*, 2019, 2361 ss.. Si segnala, inoltre, G. BERSANI, nota a Cass. civ., 23 maggio 2008, n. 13418, in *Il Fallimento*, 2009, 3, 303 ss., secondo cui “... quanto pagato dall’utilizzatore, anche se viene definito canone, costituisce una parte del prezzo pagata anticipatamente, e, unita al cosiddetto prezzo del riscatto finale, costituisce un vero e proprio corrispettivo per la vendita del bene”.

di strumento di controllo dell'autonomia di controllo dell'autonomia negoziale delle parti"¹¹.

Facendo ricorso all'applicazione dell'art. 1526 c.c. si ottiene un riequilibrio contrattuale, poiché l'utilizzatore *"non è tenuto a corrispondere canoni non ancora scaduti e ha diritto alla restituzione di canoni già corrisposti, salvo l'obbligo di pagare al concedente, oltre all'eventuale risarcimento del danno, un equo compenso, in misura tale da remunerare il solo godimento senza ricomprendere la quota destinata al trasferimento finale della cosa"*¹².

Dunque, l'opera di riequilibrio contrattuale si articola commisurando ai parametri dell'equo compenso le clausole contrattuali, di cui agli artt. 1526, secondo comma e 1384 c.c., che sottopongono alla valutazione del giudice la misura delle indennità e delle penali contrattualmente stabilite¹³.

Come può agevolmente evincersi dalle pronunce giurisprudenziali, il *discrimen* tra le due tipologie contrattuali deve individuarsi nella causa concreta del contratto e, dunque, nel diverso rapporto tra il valore, che il bene assume al momento del riscatto, ed il prezzo di opzione alla scadenza contrattuale¹⁴.

L'orientamento introdotto dalla Suprema Corte con lo storico "sestetto binario" è stato, di poi, confermato e, dunque, consacrato in un'importante pronuncia resa a Sezioni Unite, nella quale i giudici hanno ribadito che *"...la disciplina di un contratto di locazione finanziaria con riferimento all'inadempimento dell'utilizzatore è diversa a seconda che le parti abbiano stipulato un leasing di godimento o un leasing traslativo; nel primo caso trova applicazione la regola di cui all'art. 1458 c.c. con la conseguenza che il concedente*

¹¹ Id., 7 gennaio 1993, n. 65; Cass. civ., 24 giugno 2002, n. 9161, in *Mass. Giur. It.*, 2002; Id., 29 marzo 2004, n. 6188, in *Guida al dir.*, 2004, 20, 69; Id., 14 marzo 2013, n. 6578, in *Guida al dir.*, 2013, 25, 54.

¹² Cass. civ., 27 settembre 2011, n. 19732, in *Foro It.*, 2012, 1, 1, 124.

¹³ Cass. civ., 23 marzo 2001, n. 4208, in *Mass. Giur. It.*, 2001, ove i giudici di legittimità affermano che *"...gli art. 1526, comma 2, e 1384 c.c. (applicabili anche alla locazione finanziaria), i quali prevedono rispettivamente il potere del giudice di ridurre l'indennità convenuta in caso di risoluzione del contratto, per l'inadempimento del compratore, e la penale determinata nell'ammontare dei canoni ancora da pagare, non impongono una rigida correlazione all'entità del danno subito dal creditore, posto che in entrambi i casi non si tratta di risarcire un danno, ma, all'opposto, di diminuirne l'entità convenzionalmente stabilita"*.

¹⁴ Sulla distinzione fra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento, si vedano *ex plurimis* Cass. civ., 13 dicembre 1989, n. 5572 e n. 5573, in *Foro it.*, 1990, I, 461, con note di G. DE NOVA e R. PARDOLESI; Id., 18 giugno 1992, n. 7556, in *Contratti*, 1992, 479; Id., 22 marzo 1994, n. 2743, in *Contratti*, 1995, 4, 374; Id., 19 luglio 1995, n. 7870, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 127; Id., 26 gennaio 2000, n. 854, in *Foro It.*, 2000, 2269; Id., 3 settembre 2003, n. 12823, in *Fallimento*, 2004, 1012, con nota di G. BOZZA; Id., 28 agosto 2007, n. 18195, in *Mass. Giust. civ.*, 2007; Id., 17 novembre 2016, n. 23429, in *Fallimento e altre Proc. Concors.*, 2017, 1, 13; v. anche Cass. Civ., 8 gennaio 2010 n. 73, in *Contratti*, 2011, 1, 57, con nota di G. TARANTINO.

conserva il diritto a trattenere tutti i canoni percepiti, mentre nel secondo caso trova applicazione il meccanismo riequilibratore delle prestazioni previsto nell'art. 1526 c.c. per la vendita con riserva di proprietà”¹⁵.

La previsione delle due tipologie di *leasing*, introdotta dalla giurisprudenza di legittimità, è stata fortemente contestata in dottrina, la quale ha ritenuto che il tratto distintivo del *leasing*, costituito dalla causa di finanziamento, fosse mortificato nel *leasing* traslativo a vantaggio della causa di scambio. Tale bipartizione giurisprudenziale, infatti, ad opinione di autorevole dottrina avrebbe determinato il venir meno di un'autonoma causa di finanziamento nel *leasing* finanziario, che sarebbe sopravvissuta esclusivamente nel *leasing* di godimento e non anche nel *leasing* traslativo ove, invece, avrebbe lasciato spazio alla causa di scambio¹⁶.

In ragione di un diverso inquadramento sistematico della problematica la giurisprudenza di merito, già a partire dagli anni novanta aveva tentato di superare la dicotomia tra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento, ritenendo che vi fosse un'assoluta impossibilità di distinguere due categorie contrattuali nell'ambito del *leasing* finanziario, in ragione della natura unitaria del contratto di *leasing*¹⁷.

3. Il contratto di *leasing* e la risoluzione per inadempimento, in seguito all'introduzione dell'art. 72 quater L. fall

La distinzione di matrice giurisprudenziale tra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento, analizzata nel precedente paragrafo, determina delle differenti conseguenze nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore.

¹⁵ Cass. SS. UU., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Foro It.*, 1994, I, 177.

¹⁶ Così R. CLARIZIA, *La Cassazione individua una “nuova” figura di leasing finanziario*, Id.; A. PANDOLFI, *Leasing di godimento e leasing traslativo*, in *Contratti*, 1999, 692 ss.; R. PARDOLESI, *Leasing finanziario: si ricomincia da due*, in *Foro it.*, 1990, I, 471 ss.

¹⁷ In tal senso, tra i tanti, Trib. Monza, 19 settembre 2002, in *Il Fallimento*, 2003, 6, 6593; Trib. Milano, 22 novembre 2007, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2008; Trib. Monza, 7 dicembre 2004, in *Il Fallimento*, 2005, 1174. Si veda anche Trib. Bologna, 18 febbraio 2015, in cui i giudici hanno affermato che “*In realtà, è ormai in via di completo superamento, quantomeno nella giurisprudenza di merito, la suddetta distinzione tra i due tipi di leasing, invece, un'unica tipologia del contratto di leasing, del quale si sottolinea la funzione prevalentemente finanziaria, ben diversa rispetto alla vendita con riserva della proprietà con la conseguenza che la disciplina pattizia viene ad assumere prevalenza sull'art. 1526 c.c., costituendo la locazione finanziaria una distinta tipologia contrattuale caratterizzata dalla causa di finanziamento*”; Trib. Isernia, 20 novembre 2015 n. 978, il quale richiamando il foro bolognese ha concluso per l'esistenza di “*un'unica tipologia del contratto di leasing, caratterizzato dalla causa di finanziamento (e non da quella della vendita con riserva di proprietà), la cui disciplina pattizia deve dunque prevalere su quella di cui all'art. 1526 c.c. Deve quindi ritenersi che la presenza degli indici proprio del leasing c.d. traslativo non comporti né il diritto dell'utilizzatore alla restituzione dei canoni versati detratto l'indennizzo per l'uso della cosa, né l'inesistenza del diritto della concedente al pagamento dei canoni scaduti e insoluti sino alla risoluzione*”.

Come già anticipato, nel *leasing* di godimento, considerata la natura di contratto ad esecuzione continuata e periodica, si applica l'art. 1458 c.c., ai sensi del quale “*la risoluzione del contratto per inadempimento ... non si estende alle prestazioni già eseguite*”, consentendo in tal modo alla società concedente di trattenere i canoni già percepiti nell'ipotesi di inadempimento contrattuale dell'utilizzatore.

Nell'ipotesi del *leasing* traslativo, invece, il principio di diritto applicato dalla Suprema Corte è costituito dall'applicazione in via analogica dell'art. 1526 c.c., con riguardo alla vendita con riserva della proprietà, determinando così in capo al venditore l'obbligo di restituire i canoni riscossi, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno¹⁸.

L'esigenza di individuare la disciplina applicabile in materia di *leasing*, a causa dell'assenza di specifiche disposizioni normative, si è posta in maniera significativa con riguardo alla fase patologica del rapporto, non solo nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento, ma anche nell'ipotesi di sopravvenuto fallimento di uno dei contraenti.

L'orientamento giurisprudenziale che vede contrapporsi il *leasing* di godimento al *leasing* traslativo non è mutato neppure in seguito all'emanazione del D.Lgs. n. 5/2006, con il quale è stato introdotto l'art. 72 *quater* l. fall., che ha dettato una specifica disciplina per il contratto di locazione finanziaria, normando l'assetto dei rapporti pendenti al momento del fallimento, *ex art. 72 l. fall. ed*, in particolare, tra concedente ed utilizzatore nell'ipotesi di scioglimento del contratto, nel caso di dissesto del concedente, nonché nel caso di fallimento dell'utilizzatore¹⁹.

A tal proposito la Corte di Cassazione ha ritenuto che l'art. 72 *quater* l. fall. poteva trovare applicazione solo nell'ipotesi in cui il contratto di *leasing* fosse stato pendente al momento dell'apertura della procedura concorsuale e, pertanto, non avendo alcuna incidenza al di fuori della materia fallimentare e dei rapporti giuridici pendenti; nella diversa ipotesi in cui il contratto si fosse risolto per inadempimento dell'utilizzatore,

¹⁸In tal senso, Id. Cass. civ., 23 maggio 2008, n. 13418.

¹⁹La dicotomia è stata confermata da successive pronunce della Corte, *ex plurimis*, Cass. Civ., 12 febbraio 2019, n. 3965, in *Corriere Giur.*, 2019, 4, 570; Id., 4 agosto 2000, n. 10265, in *Banca Borsa*, 2001, II, 650, con nota di A. CARDUCCI ARTENISIO, “*Leasing: fallimento dell'utilizzatore e problematiche connesse*”. L'art. 72 *quater* l. fall., al 2° comma, ha previsto che “*in caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale*”; inoltre, la norma ha previsto che “*il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene*”.

avrebbe trovato, invece, validità la dicotomia fra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento, con applicazione rispettivamente dell'art. 1526 c.c. e dell'art. 1458 c.c.²⁰.

Più specificatamente, l'impossibilità di applicare l'art. 72 *quater* l. fall. alla risoluzione per inadempimento, secondo la Corte di legittimità, deve rinvenirsi nella circostanza che tale norma regola lo scioglimento del contratto quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore, fattispecie ben diversa dalla risoluzione²¹. Pertanto, la norma fallimentare disciplinerebbe una fattispecie del tutto diversa da quella prevista dalla norma sostanziale²².

Inoltre, la Suprema Corte ha precisato che qualora il contratto di *leasing* si fosse risolto per inadempimento del *lessee* (utilizzatore) prima della dichiarazione di fallimento di quest'ultimo, la norma da applicare non sarebbe certo l'art. 72 *quater* l. fall., che presuppone la pendenza del contratto, bensì l'art. 72, comma secondo, l. fall., che "... sancisce l'opponibilità alla massa dell'azione di risoluzione promossa anteriormente al fallimento"²³. Dunque, in quest'ultima ipotesi, la distinzione tra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento conserverebbe la propria validità e, conseguentemente, il *lessor* (concedente) potrebbe far valere nei confronti del fallimento la domanda di risoluzione del contratto, *ex art.* 1458, comma primo, c.c. oppure *ex art.* 1526 c.c.²⁴.

La più recente giurisprudenza di merito, in controtendenza rispetto a quella di legittimità, ha ritenuto che, con l'introduzione della predetta norma, il legislatore abbia inteso superare la *summa divisio* di matrice giurisprudenziale tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, qualificando il *leasing* come un contratto unitario di durata, "*avente ad oggetto un finanziamento garantito dalla proprietà del bene*"²⁵. Conseguentemente, la maggior parte dei Tribunali, in seguito all'introduzione della norma *de qua*, ha ritenuto

²⁰ Si vedano Cass. civ., 28 febbraio 2018, n. 4698, in *Il Fallimento*, 2018, 8-9, 1068; Id., 12 febbraio 2019, n. 3965.

²¹ Cass. civ., 9 febbraio 2016, n. 2538, *Nuova giur. Civ. comm.*, 2016, 7-8, in cui la Suprema Corte recepisce la tesi negativa fondandola sulla "*distinzione strutturale*" tra risoluzione e scioglimento del contratto.

²² Si veda, a tal proposito, Cass. civ., 29 aprile 2015, n. 8687, in cui la Corte ritiene che "... mancando la *eadem ratio*, non è consentito il ricorso all'interpretazione analogica".

²³ Id., 9 febbraio 2016, n. 2538.

²⁴ V. Cass. civ., 29 aprile 2015, n. 8687, in *CED Cassazione*, 2015, ove la Suprema Corte aveva già seguito tale interpretazione, affermando il principio di diritto secondo cui "*L'introduzione nell'ordinamento, tramite l'art. 59 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, dell'art. 72 quater legge fall. non consente di ritenere superata la tradizionale distinzione tra leasing finanziario e traslativo, e le differenti conseguenze (nella specie, l'applicazione in via analogica dell'art. 1526 cod. civ. al leasing traslativo) che da essa derivano nell'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore*".

²⁵ Così M. R. LA TORRE, "*L'art. 72 quater e l'unicità tipologica del leasing finanziario*", in *Il Fallimento*, 2013, 2, 234. In tal senso, Trib. Udine, 10 febbraio 2012; Trib. Torino, 23 aprile 2012, n. 1241; Trib. Perugia, 5 giugno 2012.

definitivamente superato il ricorso all'applicazione dell'art. 1526 c.c. all'ipotesi di contratto risolto prima della dichiarazione di fallimento²⁶.

Il contrastante orientamento tra Corte di legittimità ed alcune Corti di merito, emerso con riferimento all'interpretazione dell'art. 72 *quater* l. fall., trova la propria ragion d'essere in una diversa concezione del contratto di *leasing*, considerato quale contratto non avente natura finanziaria per la Corte di Cassazione, secondo cui il pagamento dei canoni deve intendersi quale corrispettivo a fronte del godimento del bene nel tempo, a differenza delle Corti di merito che considerano il *leasing* un contratto finanziario, ritenendo il pagamento dei canoni quale adempimento parziale per la restituzione del finanziamento erogato²⁷.

4. Tipizzazione del *leasing* alla luce della Legge n. 124/2017: cenni al tipo sociale e legale

Nonostante si tratti di un contratto notevolmente diffuso nella prassi, il *leasing* è rimasto per molto anni privo di una disciplina legislativa specifica. La Corte di Cassazione chiamata più volte a pronunciarsi sulla disciplina applicabile ai contratti non espressamente previsti dal codice civile (contratti atipici o innominati), ha ritenuto che possano “...*legittimamente applicarsi, oltre alle norme generali in materia di contratti, anche le norme regolatrici dei contratti nominati, quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risultante dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla seconda serie di norme*”²⁸. Tale indirizzo giurisprudenziale ha consentito, tanto alla giurisprudenza quanto alla dottrina, di inquadrare il contratto di *leasing* mediante l'assimilazione ad un contratto tipico e, pertanto, di applicare integralmente la sua disciplina al *leasing*.

I tentativi compiuti al fine di inquadrare il *leasing* nell'ambito di una determinata categoria contrattualistica non hanno ottenuto risultati convincenti, in ragione delle peculiarità che caratterizzano il contratto *de quo* rispetto agli altri schemi contrattualistici.

Dunque, in seguito a tali vani tentativi, la giurisprudenza e la dottrina si sono concentrate sugli interessi perseguiti dal *leasing* ed, in particolare, sulla causa del contratto, al fine di qualificare giuridicamente tale tipologia contrattuale.

La genesi delle diverse tipologie di *leasing* nasce a seguito degli arresti dottrinali e giurisprudenziali, spinti dalla necessità di assimilare per categorie le varie declinazioni

²⁶ Una parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto applicabile in via analogica l'art. 72 *quater* l. fall. A tale riguardo si vedano, Trib. Bergamo, 3 maggio 2016; Trib. Milano 6 maggio 2014.

²⁷ Cass. civ., 13 settembre 2017, n. 21213, con nota di G. BONFANTE, “L'art. 72 *quater* L. fall. e la nuova disciplina civilistica del *leasing*. Fine delle discussioni?”, in *Giur. It.*, 2018, 1.

²⁸ Cass. civ., 23 febbraio 2000, n. 2069, in *Contratti*, 2000, 6, 589.

dell'istituto giuridico al fine di fornire a ciascuna di esse una ricostruzione applicabile ai diversi fini perseguiti.

Nell'ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale relativo ai contrasti interpretativi sorti in ambito civilistico in materia di *leasing* ed analizzato nei paragrafi precedenti, si è inserito il legislatore che ha dettato una compiuta disciplina del contratto *de quo*, mediante l'approvazione della Legge n. 124/2017 (c.d. Legge Concorrenza). In epoca precedente a tale intervento normativo non esisteva una disciplina organica del contratto di *leasing*, nonostante esso fosse oggetto di numerose disposizioni legislative settoriali, a partire dalla L. n. 183 del 1976.

Il nostro ordinamento giuridico, infatti, ha sempre avuto la tendenza ad attribuire rilievo agli schemi contrattuali diffusi nella prassi, ma privi di disciplina legislativa; tale tendenza consente di parlare di "tipicità sociale". L'esempio emblematico di tale fenomeno è costituito dal *leasing* finanziario.

La nuova normativa ha finalmente tipizzato la figura del *leasing*, introducendo una definizione unitaria del contratto di *leasing* finanziario, eliminando quindi la distinzione tra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento; in tal modo, sono stati disciplinati gli effetti della risoluzione del contratto di *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore, contenuta nell'art. 1, commi 138 e 139, conformemente ai più recenti interventi legislativi in materia ed, in particolare, ci si è conformati alla disciplina di cui all'art. 72 *quater* l. fall. prevista nel caso di risoluzione successiva alla dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore.

Il processo di tipizzazione legale nasce dall'osservazione della realtà dei traffici commerciali e si svolge secondo una sequenza che muove dalla c.d. tipicità giurisprudenziale, procede attraverso quella c.d. sociale per approdare, infine, a quella c.d. legale. Il legislatore può anche soltanto nominare un contratto o definirlo nei suoi caratteri essenziali (come accade nel *leasing* finanziario), al fine di riconoscerne la sola liceità, senza che lo stesso diventi tipico; il contratto sarà nominato, ma atipico. Anche in assenza di una disciplina legislativa del *leasing*, l'applicazione uniforme di una regolamentazione convenzionale del rapporto contrattuale determina una maggiore affidabilità delle parti a ricevere una tutela giuridica idonea al tipo contrattuale ed attribuisce maggiore certezza al rapporto medesimo (c.d. tipizzazione social-giurisprudenziale). Tale tipizzazione è stata ampiamente raggiunta dal contratto di *leasing*, acquisendo un elevato grado di tipicità, anche superiore a tanti altri tipi contrattuali.

L'applicazione costante ed uniforme di un determinato schema contrattuale fa sì che la tipizzazione giurisprudenziale diventi tipizzazione legale ed, in tal modo, il modello si radica nel sistema sociale e dei traffici commerciali²⁹.

Dopo questa breve ma necessaria distinzione tra tipizzazione sociale e tipizzazione legale, va evidenziato inoltre come la continua ricerca di elementi di equilibrio finalizzati a garantire la governabilità delle vicende negoziali nella loro fase patologica aveva determinato una situazione ormai insostenibile, anche a causa delle continue oscillazioni giurisprudenziali.

Il legislatore effettuando una ricostruzione unitaria del contratto di *leasing* ha disatteso il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, facendo definitivamente venir meno la *summa divisio* tra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento.

In tal modo la L. n. 124/17 si è posta in perfetta continuità con quanto stabilito dall'art. 72 *quater* l. fall., consentendo il superamento dell'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c., ai casi di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore.

L'art. 1, commi 138 e 139, della L. n. 124/2017, infatti, stabilisce che nell'ipotesi di risoluzione del contratto di *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore, il concedente avrà diritto alla restituzione del bene³⁰.

Peraltro, l'art. 1, comma 140, della legge *de qua*, facendo un espreso rimando alla disposizione di cui all'art. 72 *quater* R.D. 267/1942 (“*restano ferme le previsioni di cui all'articolo 72-quater del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267...*”), prevede che si applicherà la predetta disposizione fallimentare nel caso in cui il contratto di *leasing* sia efficace alla data di dichiarazione di fallimento.

Invece, la novella legislativa summenzionata troverà applicazione al caso in cui il contratto di *leasing* si sia risolto prima della dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore. In un primo momento, nonostante l'introduzione legislativa di un'unica disciplina per la locazione finanziaria (Legge n. 124 del 2017), la giurisprudenza di legittimità non ha, di fatto, superato l'orientamento basato sulla tradizionale distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, ritenendo che la disposizione di cui all'art. 72 *quater* l.

²⁹ R. CLARIZIA, *Contratti innominati*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988; v. anche R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, secondo cui dopo la sua emersione social-giurisprudenziale, ogni tipo, è destinato comunque a diventare tipo legale in occasione di una riforma legislativa.

³⁰ V. Id., 23 maggio 2008, n. 13418, in *Mass. Giur. It.*, 2008, ove la Suprema Corte afferma che “...nel *leasing* traslativo, al quale si applica la disciplina della vendita con riserva dei proprietà, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, quest'ultimo, restituita la cosa, ha diritto alla restituzione delle rate riscosse, fatto salvo il diritto del concedente di trattenere un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno”; in tal senso anche, Id., 2 marzo 2007, n. 4969, in *Foro It.*, 2007, 9, 1, 2433; Id., 28 agosto 2007, n. 18195, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

fall. non potesse considerarsi incidente al di fuori della materia fallimentare e dei rapporti pendenti e che, pertanto, potesse farsene applicazione solo nell'ipotesi in cui il curatore fallimentare avesse deciso di sciogliere il prefato contratto ancora in essere alla data di fallimento. Per l'effetto, nell'ipotesi di risoluzione del contratto di *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore, avutasi prima della dichiarazione di fallimento di questi, la Suprema Corte ribadiva il proprio orientamento - ormai consolidato - contrario all'applicazione analogica della disciplina, *ex art. 72 quater l. fall.*³¹.

Solo in un momento successivo, la Suprema Corte ha mutato il proprio orientamento ed, in alcune pronunce, ha riconosciuto che l'art. 72 *quater l. fall.*, avendo "... *carattere inderogabile ... prevale su eventuali difformi pattuizioni delle parti...*", può applicarsi alle ipotesi di risoluzione del contratto di *leasing*, verificatesi in epoca antecedente alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che in caso di fallimento dell'utilizzatore, il concedente avrà diritto alla restituzione del bene e dovrà insinuarsi al passivo fallimentare per poter vendere o allocare il bene e trattenere, in tutto o in parte, l'importo incassato³².

Pertanto, la vendita potrà avvenire a cura dello stesso concedente, previa stima del valore di mercato del bene disposta dal giudice delegato in sede di accertamento del passivo, alla stregua di quanto previsto per i crediti pignorati e per quelli garantiti da privilegio speciale. L'eventuale credito della curatela nei confronti del concedente o il credito di quest'ultimo sarà determinato sulla base del valore di mercato del bene corrispondente alla differenza tra il valore del bene ed il suo credito residuo, corrispondente all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data di fallimento e dei canoni a scadere, solo in linea capitale oltre al prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione; qualora vi fosse la necessità di eventuali rettifiche, sulla base di quanto ottenuto dalla vendita del bene, potranno farsi valere in sede di riparto³³. Alla luce della chiara indicazione della novella, va dunque esclusa l'insinuazione in via tardiva della differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e la minore somma ricavata o l'ammissione di detto credito con riserva³⁴.

³¹ A tale riguardo, si vedano, Cass. civ., 29 aprile 2015, n. 8687, in *Banca Dati Pluris UTET*; Cass. civ., 9 febbraio 2016, n. 2538, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, I, 1040, con nota di F. DI SANÒ.

³² Sul punto, Cass. civ., 29 marzo 2019, n. 8980, in *Il Fallimento*, 2019, 6, 760 nota di D. FINARDI, ove la Suprema Corte ha enunciato il principio di diritto secondo cui: "*Gli effetti della risoluzione del contratto di leasing finanziario per inadempimento dell'utilizzatore, verificatesi in data anteriore alla data di entrata in vigore della legge 124/2017 (art. 1 commi 136-140), sono regolati dalla disciplina dell'art. 72 quater legge fall., applicabile anche al caso di risoluzione del contratto avvenuta prima della dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore*"; Cass. civ., 28 ottobre 2019, n. 27545.

³³ Cfr. Cass. civ., 15 luglio 2011, n. 15701, in *Fallimento*, 2012, 4, 473.

³⁴ In senso contrario, cfr. Cass. civ., 13 settembre 2017, n. 21213, in *Giur. It.*, 2018, 1, 113 nota di G. BONFANTE, in cui si afferma che "*In tema di leasing, in caso di scioglimento del contratto, il concedente può insinuarsi al passivo del fallimento solo per i canoni scaduti, mentre per quelli a scadere, ottenuta la*

In seguito all’emanazione della novella, da ultimo anche il giudice di legittimità ha riconosciuto che il *leasing* finanziario ha assunto una “fisionomia unitaria”, superando in tal modo la dicotomia tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, nel momento in cui ha affermato che: “...*La nuova normativa ha, dunque, tipizzato la locazione finanziaria quale fattispecie negoziale autonoma, distinta dalla vendita con riserva di proprietà, in conformità a tutti i più recenti interventi legislativi in materia ed in particolare alla disciplina prevista dalla L. Fall., art. 72-quater. Il legislatore ha optato per la ricostruzione unitaria del contratto di leasing ed ha, pertanto, disatteso il tradizionale indirizzo giurisprudenziale di questa Corte, escludendo la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo e facendo così venir meno una bipartizione che non è fondata su alcuna norma di legge...*”³⁵.

Purtuttavia, un’altra parte della giurisprudenza di legittimità senza mai pronunciarsi sulla portata della Legge n. 124/2017, ha continuato a sostenere il carattere inderogabile dell’art. 1526 c.c. e, dunque, a negare che l’art. 72 *quater* l. fall. possa disciplinare gli effetti della risoluzione dei contratti di *leasing*³⁶.

I predetti contrasti giurisprudenziali, quindi, hanno indotto la Terza Sezione Civile della Corte, con ordinanza n. 5022/2020 a rimettere gli atti al primo Presidente per l’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, le quali hanno affrontato la problematica *de qua* e si sono pronunciate con la sentenza in commento.

5. Il principio di certezza del diritto nella giurisprudenza della C.E.D.U.

Altro tema dibattuto nell’ordinanza rimettente è stato quello dell’applicazione in via analogica dell’art. 72 *quater* l. fall alla luce del principio sovranazionale di certezza del diritto – disceso dall’art. 6 CEDU e recepito dall’art. 6 TUE – al fine di fornirne una soluzione.

Il principio di certezza del diritto, in un primo momento, fu impiegato dalla Corte di Giustizia per porre un limite alla discrezionalità delle istituzioni, in modo da poter assicurare la stabilità degli atti nel tempo, nonché la tutela del legittimo affidamento; di poi, è stato configurato come un parametro per i *decision makers* comunitari e nazionali

restituzione del bene e proceduto alla sua vendita o allocazione, avrà diritto ad insinuarsi in via tardiva per la differenza fra quanto ricavato e il credito vantato”.

³⁵ Cass. civ., 10 luglio 2019, n. 18543, in *Fallimento*, 2019, 11, 1313, con nota di B. SIMONETTI.

³⁶ V. *ex plurimis*, Cass. civ., ord., 17 aprile 2019, n. 10733; Id., 12 febbraio 2019, n. 3965, in *Corriere Giur.*, 2019, 4, 570, in cui la Corte ha statuito che “*In tema di locazione finanziaria, la risoluzione del traslativo per inadempimento dell’utilizzatore è disciplinata dall’art. 1526 c.c., non incidendo sull’applicazione di tale ultima disposizione l’art. 72-quater l. fall. introdotto dall’art. 59 del d.lgs. n. 5 del 2006, atteso che siffatta norma non disciplina la risoluzione del contratto di leasing, bensì il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento dell’utilizzatore*”; Id., 31 ottobre 2018, n. 27935, in *Sito Il caso.it*, 2019; Id., 19 febbraio 2018, n. 3945, in *Sito Il caso.it*, 2018 .

nella redazione degli atti, nonché per i giudici comunitari e nazionali nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme. Il principio di certezza del diritto ha tre corollari individuati nel principio di irretroattività delle norme, di tutela del legittimo affidamento e di salvaguardia dei diritti quesiti³⁷.

Gli Ermellini nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite hanno richiamato alcune pronunce della Corte di Giustizia CE, in cui è stato affermato che *“il principio della certezza del diritto osta, come norma generale, a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione”*³⁸.

Inoltre, secondo i *dictum* della Corte di Giustizia alla predetta regola generale può derogarsi solo in presenza di determinate condizioni e cioè se la retroattività della norma è imposta dallo stesso scopo da essa perseguito e sempre che sia salvaguardato il legittimo affidamento degli interessi. In materia civile, non essendovi un'enunciazione esplicita dell'irretroattività della legge, diversamente da come avviene in materia penale (art. 7 CEDU), essa è stata ricondotta nell'ambito dell'art. 6 CEDU, che sancisce il diritto ad un equo processo.

Alla luce dei richiamati principi comunitari, condivisi dalle Sezioni Unite della Suprema Corte ed in ragione del divieto di violazione del principio di certezza del diritto va ricordato che *“L'“overruling” delle Sezioni Unite in materia processuale è giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa, o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o “ingiusti”, atteso che l'affidabilità, prevedibilità e uniformità dell'interpretazione delle norme processuali, costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di “giustizia” del processo”*³⁹.

Pertanto, le Sezioni Unite hanno sancito l'abbandono del tradizionale orientamento che prevedeva l'applicazione dell'art. 1526 c.c. al *leasing* traslativo, in quanto lo stesso generava fondati dubbi di compatibilità con i principi comunitari sopra ricordati e da tale contrasto ne discendeva che al predetto contratto non potesse applicarsi retroattivamente la disciplina di cui alla L. n. 124/17.

6. L'art. 72 quater l. fall.: insinuazione al passivo del fallimento

Il D.lgs. n. 5 del 2006 ha introdotto, con riferimento alla disciplina fallimentare, il nuovo art. 72 quater, l. fall., che detta una specifica disciplina in materia di contratto di *leasing*, prevedendo una serie di regole dal contenuto diverso rispetto all'impostazione interpretativa precedentemente richiamata.

³⁷ Principi affermati nelle pronunce della Corte Giust. CE, *Bundesknappschaft, IRCA e Racke*.

³⁸ Corte Giust. CE, 14 aprile 1970, *Bundesknappschaft*, in causa C-68/69, §7.

³⁹ Cass., SS. UU., 6 novembre 2014, n. 23675, in *GT Riv. Giur. Trib.*, 2015, 4, 283.

Il legislatore fallimentare ha previsto dei principi specifici, per l'ipotesi del fallimento sia del concedente, che dell'utilizzatore, sia con riferimento alla continuazione del contratto da parte del curatore, nonché con riguardo all'ipotesi del suo scioglimento fatto valere dal curatore.

Infatti, l'art. 72 *quater*, terzo comma l. fall., prevede che, in caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto di ottenere la restituzione del bene e dovrà a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra allocazione del bene stesso avvenuta a valori di mercato⁴⁰. L'ultima parte del secondo comma del predetto articolo, con riferimento alle somme già riscosse dall'utilizzatore, richiama l'art. 67, terzo comma, lett. a), nel quale è prevista l'esclusione dalla revocatoria fallimentare per i "pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso".

L'art. 72 *quater*, l. fall., così disciplinando, determina un consolidamento nel patrimonio del concedente delle rate già pagate ed attribuisce al concedente il diritto ad ottenere la restituzione del bene per realizzarne il valore.

Dal dato testuale della *norma de qua* si evince la previsione di due diverse forme di tutela: una tutela restitutoria e non anche risarcitoria, riconosciuta al concedente nell'ipotesi di scioglimento del contratto ed una tutela risarcitoria accompagnata da una pretesa restitutoria, che il contraente dovrà coltivare, *ex artt.* 92 ss. l. fall., nel caso di risoluzione contrattuale per inadempimento, prima del fallimento dell'utilizzatore.

La Corte di Cassazione, in ragione di quanto innanzi, ha escluso l'applicazione analogica dell'art. 72 *quater* l. fall. in caso di un contratto di *leasing* finanziario risolto per inadempimento dell'utilizzatore, prima del fallimento, rinvenendo, nel caso di *leasing* traslativo, la disposizione idonea a disciplinare la fattispecie nell'art. 1526 c.c.

Ne consegue che l'applicazione analogica dell'art. 72 *quater* l. fall. ad un contratto di *leasing* finanziario risolto prima dell'entrata in vigore della L. n. 124/17, art. 1, commi 136-140, non possa essere ammessa stante l'efficacia "pro-futuro" riconosciuta alla predetta legge dalle Sezioni Unite e, pertanto, la disciplina applicabile si dovrà individuare nell'art. 1526 c.c., garantendo in tal modo un riequilibrio del sinallagma dei contratti di *leasing* finanziario, di cui si è dato contezza nei paragrafi precedenti, al fine di evitare sperequazioni tra le parti.

In ragione della previsione di cui all'art. 1526 c.c., che prevede il diritto del concedente ad un equo compenso, deve precisarsi che esso comprende "... la remunerazione del

⁴⁰ A tale riguardo, B. INZITARI, *Leasing nel fallimento: soddisfazione integrale del concedente fuori dal concorso sostanziale e necessità dell'accertamento del creditore nel concorso formale*, in *Contratto e Impr.*, 2012, 6, 1369.

godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua incommerciabilità come nuovo e il logoramento per l'uso, ma non include il risarcimento del danno spettante al concedente ...”.

Ai fini della corresponsione del risarcimento del danno al concedente, può essere prevista nel contratto una clausola penale, *ex art. 1382 c.c.*, che dovrà essere ridotta dal giudice, anche d'ufficio, qualora la ritenga manifestamente eccessiva, ai sensi dell'art. 1526, comma secondo, c.c.⁴¹. A tale riguardo, il giudice dovrà effettuare la predetta valutazione comparando il vantaggio che la clausola penale comporta per il contraente inadempiente ed il margine di guadagno che si riprometteva di conseguire in virtù della regolare esecuzione contrattuale⁴².

Altro problema interpretativo ed operativo che va considerato per un'esauritiva analisi del *leasing* finanziario, riguarda l'ammissione al passivo del capitale a scadere. L'art. 72 *quater*, comma terzo, l. fall. si limita a stabilire che in caso di fallimento dell'utilizzatore, il concedente, che aspiri a diventare creditore concorrente, potrà “*insinuarsi nello stato passivo fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene*”, *ex art. 72 quater*.. La predetta disposizione normativa non disciplina, con chiarezza, il momento in cui il creditore è legittimato ad insinuarsi al passivo, e quindi se tale insinuazione debba avvenire prima della collazione del bene o ad allocazione già avvenuta.

La tempestiva insinuazione al passivo del credito è fondamentale ai fini di tutelare l'interesse del concedente alla partecipazione al concorso fallimentare.

Secondo una parte della giurisprudenza di merito⁴³ la società concedente può, infatti, insinuarsi fin dall'inizio al passivo del fallimento per l'intero credito, mentre in virtù dell'orientamento emerso nella giurisprudenza di legittimità, fino ai tempi più recenti, si sarebbe dovuto attendere la riallocazione del bene e, se del caso, procedere con una insinuazione tardiva.

Qualora avesse avuto seguito l'orientamento giurisprudenziale, che consentiva al concedente la possibilità di insinuare il proprio credito al passivo solo dopo la avvenuta allocazione del bene, il concedente avrebbe potuto far valere al passivo il suo credito residuo solo con una insinuazione tardiva, con conseguente pregiudizio in sede di riparto.

⁴¹ *Ex plurimis*, Cass. civ., 27 settembre 2011, n. 19732, in *Contratti*, 2012, 2, 148, ove è stata ritenuta manifestamente eccessiva la penale che “*mantenendo in capo al concedente la proprietà del bene, gli consente di acquisire i canoni maturati fin al momento della risoluzione, ciò comportando un indebito vantaggio derivante dal cumulo della somma dei canoni e del residuo valore del bene*”.

⁴² Cass. civ., 21 agosto 2018, n. 20840, in *CED Cassazione*, 2018.

⁴³ Trib. Torino, 22 aprile 2012, n. 1241, in *Fallimento*, 2013, 2, 229, con nota di M. R. LA TORRE ; Trib. Udine 24 febbraio 2012, in *Fallimento*, 2013, 4, 481, con nota di G. MILANO.

L'interpretazione seguita dalla Suprema Corte avrebbe indotto la società concedente ad una doppia insinuazione con il rischio che, nel caso in cui non si fosse giunti in tempi rapidi alla riallocazione del bene, l'insinuazione tardiva sarebbe avvenuta dopo il riparto, con il rischio elevato dell'incapienza del fallimento ovvero della sua chiusura.

In conclusione, la mancata insinuazione tempestiva del credito avrebbe posto il concedente in una posizione peggiore rispetto agli altri creditori concorrenti, favorendo in tal modo dei comportamenti conflittuali del concedente nella gestione del procedimento di allocazione del bene.

La sentenza delle Sezioni Unite oggetto del presente commento, a tal riguardo, ha enunciato il principio secondo cui il concedente, che aspiri a diventare creditore concorrente, debba formulare una domanda completa di insinuazione al passivo, *ex art. 93 l. fall.*, invocando l'applicazione dell'eventuale clausola penale contrattualmente prevista, al fine di ottenere il risarcimento del danno e, quindi, avrà “...*l'onere di indicare la somma esattamente ricavata dalla diversa allocazione del bene oggetto di leasing, ovvero, in mancanza allegare alla sua domanda una stima attendibile del valore di mercato del bene medesimo al momento del deposito della stessa*”.

7. Il tramonto dell'eventuale applicazione retroattiva della L. n. 124/17 al leasing traslativo.

Nel rispondere ai quesiti posti dalla sezione rimettente, la Suprema Corte a Sezioni Unite ha ripercorso gli orientamenti che negli anni si sono succeduti in materia di *leasing*, fin dall'emanazione del “sestetto binario”, passando per l'introduzione, nel 2006, dell'art. 72 *quater l. fall.* e, di poi, giungendo all'emanazione della L. n. 124/2017.

Il punto nevralgico oggetto del sindacato giurisdizionale di legittimità espresso nell'ordinanza interlocutoria n. 5022 del 2020, afferiva all'applicazione analogica dell'art. 72 *quater l. fall.* alla risoluzione dei contratti di *leasing*, antecedente al fallimento dell'utilizzatore e sottratti *ratione temporis* all'efficacia diretta della L. n. 124/2017.

I predetti dubbi manifesta nell'ordinanza di rimessione sono compendiabili nella possibilità o meno di applicare analogicamente, mediante “un'interpretazione storico-evolutiva”, una norma sopravvenuta ad una fattispecie concreta già realizzatasi.. Secondo la predetta interpretazione “...*una determinata fattispecie negoziale (...) non può che essere valutata sulla base dell'ordinamento vigente, posto che l'attività ermeneutica non può dispiegarsi “ora per allora”, ma all'attualità...*”⁴⁴.

⁴⁴ Così, Cass. civ., 25 febbraio 2020, n. 5022, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 4, 784, con nota di M. S. MAISANO.

Il problema controverso nella giurisprudenza, che ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite, consiste nello stabilire se ai contratti di *leasing* risolti per inadempimento prima dell'entrata in vigore della L. n. 124/2017 si possa applicare l'art. 1526 c.c.

Pertanto, i quesiti di diritto posti dalla terza sezione sono stati i seguenti: a) se l'interpretazione della L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, commi 136°-140°, secondo cui tale norma imporrebbe di abbandonare (anche per i fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore) il tradizionale orientamento che applica alla risoluzione del contratto di *leasing* traslativo l'art. 1526 cod. civ., sia coerente coi principi comunitari di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento; b) se possa applicarsi in via analogica, anche solo per analogia *iuris*, una norma inesistente al momento in cui venne ad esistenza la fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento; ed in caso affermativo se, con riferimento al caso di specie, tale norma da applicarsi in via analogica possa ravvisarsi nell'art. 72 quater L. Fall.

Le Sezioni Unite, analizzando le questioni sollevate nell'ordinanza rimettente, hanno ritenuto che non si possa più dar seguito all'orientamento giurisprudenziale introdotto con la pronuncia n. 8980/2019 e poi seguito da altre analoghe pronunce, secondo cui gli effetti della risoluzione del contratto di *leasing*, verificatasi anteriormente alla dichiarazione di fallimento, dovessero essere regolati sulla base di quanto previsto dall'art. 72 quater legge fall., con conseguente insinuazione al passivo fallimentare del concedente per poter allocare il bene e trattenere, in tutto o in parte, l'importo incassato.

Infatti, la Suprema Corte nella sentenza in commento ha ritenuto che debba essere assicurata continuità al diritto vivente di risalente formazione, che ha sempre individuato nell'art. 1526 c.c. la norma destinata a regolare gli effetti della risoluzione per inadempimento del contratto di *leasing* traslativo, verificatasi anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 124/2017 e del fallimento dell'utilizzatore inadempiente.

Pertanto, deve osservarsi che se l'applicazione della L. n. 124/17 è sempre stata pacifica per i contratti di *leasing* risolti successivamente alla sua entrata in vigore, lo stesso non poteva affermarsi, almeno fino alla pronuncia in commento, per quei contratti risolti in epoca antecedente alla predetta legge, sui quali il contrasto giurisprudenziale è sorto in ordine all'eventuale applicazione analogica della L. n. 124/17 e dell'art. 72 quater l. fall. Nella sentenza *de qua*, i giudici hanno chiarito che “...il procedimento analogico esige che la disposizione (analogia legis) o lo stesso principio generale dell'ordinamento (analogia iuris), che a quel caso forniranno la regola iuris in quanto si possa ravvisare la eadem ratio ..., devono essere presenti all'interno dell'ordinamento nel momento in cui il giudice si trova a doverli applicare, non potendo egli fare opera creativa...”.

A tale riguardo, la norma che viene in rilievo è l'art. 11 delle preleggi al c.c., il quale stabilendo che “la legge non dispone che per l'avvenire” è stato considerato *condicio sine qua non* della certezza del diritto e presuppone che il giudice non abbia il potere di

applicare una norma retroattivamente, neppure mediante il procedimento analogico, se non è lo stesso legislatore a disporre in via retroattiva⁴⁵.

Tale principio comporta sia *“che la legge nuova non possa essere applicata oltre che ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, a quelli sorti anteriormente e ancora in vita se, in tal modo, si disconoscano gli effetti già verificatisi nel passato o si venga a togliere efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali e future di esso”*, sia che la nuova legge *“possa essere applicata ai fatti, agli status e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi [...] debbano essere presi in considerazione in se stessi prescindendo totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati”*⁴⁶.

Dopo aver chiarito le condizioni del procedimento analogico e richiamato l'art. 11 preleggi al c.c., le Sezioni Unite ritengono che non si possa dar corso all'orientamento giurisprudenziale più recente e che debba assicurarsi continuità al diritto vivente di risalente formazione, che ha tratto dall'art. 1526 c.c., in forza di interpretazione analogica, la disciplina volta a regolare gli effetti della risoluzione per inadempimento del contratto di *leasing* traslativo, verificatasi prima dell'entrata in vigore della L. n. 124/2017 e del fallimento dell'utilizzatore inadempiente.

Gli Ermellini hanno chiarito, altresì, che con l'introduzione della L. n. 124/17 si è posto un problema di effetti intertemporali rispetto alla disciplina previgente, che deve risolversi in base alla teoria del “fatto compiuto”, già seguita in numerose pronunce⁴⁷, secondo cui la nuova norma non ha efficacia sui fatti compiuti sotto l'imperio di una norma precedente, anche se da essa sono ancora pendenti gli effetti.

La disciplina dettata dalla L. n. 124/17, dunque, *“...non ha carattere retroattivo, essendo essa priva degli indici che consentono di riconoscere efficacia regolativa per il passato, non avendo disposto in tal senso lo stesso legislatore...”*, in quanto la nuova legge è intervenuta a colmare una lacuna ordinamentale, cui soltanto la giurisprudenza aveva posto rimedio attraverso l'integrazione analogica.

⁴⁵ Le SS. UU. nella sentenza *de qua* chiariscono che ciò può avvenire espressamente, tramite una norma di interpretazione autentica oppure implicitamente, essendo la retroattività desumibile, in via interpretativa dalla disposizione interessata, solo se inequivocabile.

⁴⁶ G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, CEDAM, 2011, pag. 26 e ss.

⁴⁷ Tra le tante pronunce si v. Cass. civ., 28 settembre 2002, n. 14073, in *Mass. Giur. It.*, 2002, secondo cui *“... la legge nuova possa essere applicata ai fatti, agli “status” e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati, in modo che resti escluso che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore”*; Id., 2 agosto 2016, n. 16039, in *CED Cassazione*, 2016.

Alla luce di quanto detto, deve riconoscersi un'efficacia *pro-futuro* alla L. n. 124/17, priva tuttavia di una disciplina intertemporale applicabile ai contratti ancora in essere, al momento della sua entrata in vigore che deve individuarsi in forza della citata teoria del "fatto compiuto".

La predetta legge non può, dunque, trovare applicazione per quei contratti di *leasing* finanziario, in cui si siano verificati i presupposti della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, già prima della sua entrata in vigore, ma essa potrà applicarsi solo ove non si sia verificato, prima dell'entrata in vigore della novella, il fatto generatore degli effetti giuridici derivanti dalla applicazione del diritto previgente.

In conclusione, le Sezioni Unite con la sentenza *de qua*, facendo ricorso ai principi generali del diritto e alla nota dicotomia tra norme generali e speciali, hanno definitivamente chiarito che non è consentito giungere in via interpretativa ad un'applicazione retroattiva della L. n. 214/17 e può applicarsi, in caso di inadempimento dell'utilizzatore soltanto ove i presupposti per la risoluzione non si siano ancora verificati al momento della sua entrata in vigore; per i contratti risolti precedentemente e nell'ipotesi in cui il fallimento dell'utilizzatore sia intervenuto in epoca successiva alla risoluzione contrattuale, rimane valida la dicotomia tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, dovendo, a quest'ultimo tipo, applicarsi in via analogica l'art. 1526 c.c. e non certo l'art. 72 *quater* l. fall. rispetto al quale non possono ravvisarsi, nella specie, le condizioni per il ricorso all'*analogia legis*. Le Sezioni Unite hanno, altresì, chiarito che non può perseguirsi l'orientamento secondo cui nell'ipotesi di scioglimento del contratto di *leasing* da parte del curatore fallimentare, l'art. 72 *quater* l. fall. sia suscettibile di applicazione analogica, poiché trattasi di norma eccezionale, avente portata endoconcorsuale.