

## L'ART. 72 QUATER: LA "NUOVA" NATURA GIURIDICA DEL LEASING E LE MODALITA' DI INSINUAZIONE AL PASSIVO

### L'inquadramento tradizionale del leasing

L'ampia diffusione dei contratti di leasing tra gli operatori commerciali impone, a curatori e organi fallimentari, un costante confronto con gli specifici problemi della fattispecie contrattuale e con le modalità di insinuazione al passivo dei crediti maturati dal concedente.

Il leasing presenta infatti da sempre non facili soluzioni interpretative, specie in relazione alla disciplina degli effetti della sua cessazione.

Difficoltà che si accentuano nell'ipotesi fallimento dell'utilizzatore<sup>1</sup>, dove interviene il curatore, soggetto terzo rispetto alle parti del contratto, con la necessità di ulteriori adattamenti in considerazione delle esigenze e degli interessi del ceto creditorio.

Una delle ragioni di tale situazione, che ha originato negli anni una copiosa giurisprudenza con l'elaborazione di principi e criteri interpretativi, risiede senz'altro nella mancanza di una tipizzazione dell'istituto nel nostro ordinamento, che ha recepito il leasing dal diritto anglosassone senza predisporre un'organica disciplina.

Ciò a differenza, ad esempio, di altri contratti, come la vendita a rate, la locazione e il mutuo, che rappresentano le figure più vicine al leasing e che trovano invece una specifica regolamentazione nel nostro codice civile.

---

<sup>1</sup> Non verrà qui esaminata l'ipotesi del fallimento del concedente, disciplinata dall'ultimo comma della norma in esame, in quanto meno frequente e di minor interesse per gli operatori. Si tratta della consentita possibilità, per l'utilizzatore, di proseguire il contratto ed acquistare il bene previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito.

Esistono tuttavia alcune disposizioni normative, nell'ambito di leggi speciali<sup>2</sup>, che consentono di fornire una definizione del leasing, quale

*“operazioni di locazione di beni mobili ed immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta o indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito”<sup>3</sup>.*

Da tale ancora valida definizione, pur risalente ormai nel tempo, si evincono gli elementi essenziali del contratto di leasing: un rapporto bilaterale (concedente e utilizzatore del bene) che presuppone tuttavia l'esistenza di un terzo soggetto (fornitore/venditore del bene), cui far riferimento per le garanzie di legge<sup>4</sup>.

Si tratta di una particolarità rispetto alla normale locazione, dove è il locatore-proprietario a dover fornire ogni garanzia al conduttore in ordine a qualità e adeguatezza del bene<sup>5</sup>.

Il leasing prevede inoltre una facoltà di acquisto del bene al termine della locazione, previo pagamento di un prezzo prestabilito.

---

<sup>2</sup> Si vedano in particolare la L. 259 del 14.7.1993 che ratifica la Convenzione Unidroit di Ottawa del 28.5.1988, il Testo Unico Bancario (D. Lgs. 385 del 1.9.1993) artt. 1, 106 e 115, la L. 108 del 7.3.1996 in materia di usura, la L. 197 del 5.7.1991 in materia di antiriciclaggio, la L. 549 del 1995 art. 3 co.103, il Testo Unico Imposta sul Reddito art. 67.

<sup>3</sup> La definizione riportata si rinviene nell'art. 17 l. 2.5.1976 n. 183 (il richiamo normativo riguarda la previsione di interventi nel mezzogiorno per il quinquennio 1976-1980).

<sup>4</sup> La giurisprudenza ha più volte chiarito come il contratto di leasing e quello di fornitura siano rapporti autonomi ma tra loro collegati, tanto che le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro, condizionandone validità e efficacia (Cass. 27.7.2006, n. 17145 e Cass. 25.5.2004 n. 10032). Tuttavia anche in caso di vizi del bene o inesatto adempimento del Fornitore, non vi è possibilità di interruzione del pagamento dei canoni da parte dell'Utilizzatore, cui non spetta l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 cc nei confronti del Concedente, che si limita al finanziamento dell'operazione adempiendo così alla propria prestazione (Cass. 1.10.2004, n. 19657).

<sup>5</sup> Sulla legittimazione del l'utilizzatore a far valere i diritti nascenti dal rapporto contrattuale di fornitura si veda, fra le tante, Cass. 16.11.2007 n. 23794 e Cass. 27.7.2006 n. 17145.

Nella locazione non vi è invece un rapporto finanziario sottostante, costituito dalla somma che il concedente versa al fornitore, e di cui è prevista la restituzione con conteggio di specifici interessi, a carico dell'utilizzatore.

Si tratta di una caratteristica che differenzia il leasing anche dalla vendita con riserva di proprietà, dove l'acquisto è automatico con il pagamento dell'ultima rata, mentre nel leasing l'effetto traslativo avviene solo in via di ipotesi, con la manifestazione di una volontà ulteriore a seguito dell'esercizio dell'opzione.

Altra peculiarità è rappresentata dal fatto che le somme necessarie all'iniziale acquisto (o costruzione) del bene - scelto e negoziato dall'utilizzatore - non vengono consegnate a questi, ma direttamente al fornitore, da parte del concedente.

E' evidente sotto tale profilo la differenza con il contratto di finanziamento, atteso che chi riceve la dazione di denaro (fornitore) non è il soggetto tenuto alla restituzione della somma, obbligo che grava invece sull'utilizzatore del bene.

La mancanza di una specifica disciplina del leasing ha costretto la giurisprudenza a elaborare dei criteri di riferimento nella soluzione delle controversie in materia.

L'intervento del giudice è stato provocato proprio dalla necessità di mantenere un equilibrio nel sinallagma contrattuale nei casi di risoluzione anticipata del contratto, che il più delle volte si sbilanciava in favore del concedente.

La clausole contrattuali standard prevedevano infatti che in ipotesi di risoluzione il concedente avesse diritto a trattenere tutti gli importi dei canoni versati, recuperando il

bene e chiedendo inoltre l'applicazione di una clausola penale a titolo risarcitorio<sup>6</sup>.

Di frequente quindi si verificava un indebito pagamento in capo al concedente, in violazione della norma centrale dell'ordinamento costituita dall'art. 2033 cc<sup>7</sup>.

La questione posta alla giurisprudenza era di conseguenza definire la disciplina applicabile nella risoluzione anticipata dei contratti di leasing.

La norma generale prevede come noto all'art. 1458 cc. (comma 1°) una regola e un'eccezione.

La *regola* consiste nell'effetto retroattivo della risoluzione, con necessità che ciascuna delle parti torni nella posizione originaria, restituendo ciò che ha avuto in esecuzione dell'accordo.

L'*eccezione*, prevista per i contratti di durata, limita invece l'effetto retroattivo e restitutorio alle sole prestazioni da eseguire, escludendo quelle già eseguite.

La *ratio* della norma è evidentemente il mantenimento di un equilibrio tra le parti, evitando che la restituzione di ratei (ad esempio, per locazioni, utenze, somministrazione di beni e servizi) comporti un indebito arricchimento in capo a chi ha goduto di beni e prestazioni che non possono essere restituite per loro natura.

Ove si applicasse al leasing l'eccezione disposta dalla norma, e quindi l'irretroattività delle prestazioni già eseguite, prevista per i contratti ad esecuzione continuata e periodica,

---

<sup>6</sup> Va segnalato che la contrattualistica e le clausole standard ricorrenti nel leasing sono recentemente mutate e se ne nota una revisione alla luce dei nuovi criteri introdotti dalla riforma fallimentare (art. 72 *quater* l.f.) di cui si dirà *infra*.

<sup>7</sup> Trattasi della norma secondo cui “*chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato*”. Il cd. indebito oggettivo nella fattispecie del leasing si potrebbe verificare ogniqualvolta il concedente oltre al recupero del bene di sua proprietà trattiene tutti i canoni corrisposti dall'utilizzatore. Tali canoni risultano a quel punto parzialmente non dovuti, quindi privi di causa, finendo il concedente per ottenere più di quanto finanziato.

si potrebbe verificare quell'indebito oggettivo di cui si è detto.

Con un arresto fondamentale, riportato nelle note sentenze del 1989<sup>8</sup>, cui è seguito un orientamento fermo per un lungo periodo senza sostanziali modifiche, la Suprema Corte ha operato un distinguo fra le varie fattispecie di leasing, individuando due categorie generali: il leasing *di godimento* e il leasing *traslativo*.

L'individuazione delle fattispecie muove da un'indagine sulla volontà delle parti, così come evincibile nei contratti in concreto stipulati, andando a verificare se *ab origine* l'utilizzatore abbia inteso preordinarsi il semplice *utilizzo* di un bene per un dato periodo, oppure se egli abbia programmato l'*acquisto* dello stesso al termine del piano di rientro.

Si tratta quindi di una indagine da focalizzare sul momento genetico del rapporto, ricostruendo il reale interesse perseguito dalle parti desumibile da alcuni elementi significativi del contratto.

Trattandosi di contratti standardizzati, la Corte di Cassazione ha individuato degli elementi ricorrenti e oggettivi.

Il dato determinante è costituito dalla *durata*: occorre infatti mettere a confronto la durata del contratto (cioè il termine entro il quale il finanziamento andrà restituito al concedente) e il termine di consumazione economica del bene.

Ove il piano di rientro abbia una durata pressoché coincidente con la prevista consumazione economica del bene, si deve ritenere che l'utilizzatore abbia mirato al semplice godimento dello stesso e non al suo acquisto.

---

<sup>8</sup> Cassazione, 13.12.1989, n.ri 5572 e 5573, seguite da numerose altre, tra cui Cassazione, SS.UU. 7.1.1993 n. 65, n. 73 del 8.1.2010 e n. 19732 del 27.9.2011.

Acquisto che potrà pur sempre avvenire, ma con il pagamento di un riscatto piuttosto modesto, essendosi sostanzialmente esaurito il valore economico al momento del pagamento dell'ultima rata.

Una tale fattispecie risponde alle esigenze sia dell'utilizzatore che della società di leasing:

- da una parte è garantito il godimento di un bene per il periodo in cui lo stesso è "utile", cioè conserva un valore economico (si pensi ai casi di leasing di computer, prodotti informatici o comunque di tipo tecnologico soggetti a rapida svalutazione);

- dall'altra, nell'ottica del concedente, permane la piena capienza del valore residuo del bene, che si svaluta progressivamente nella stessa misura in cui vengono pagati i ratei (cd. "*corrispettività a coppie*").

In questi casi il pagamento del canone costituisce il corrispettivo del godimento del bene, che si svaluta in misura proporzionale al piano di rientro.

Quando invece il bene concesso in locazione ha una durata di consumazione economica sensibilmente più lunga della durata del contratto, ciò significa che l'utilizzatore ha programmato l'acquisto di quel bene attraverso il leasing.

Poiché infatti si mantiene un valore residuo significativo anche per gli anni successivi alla scadenza del leasing, al pagamento dell'ultima rata deve ritenersi che il canone corrisposto non abbia coperto il solo godimento del bene, ma abbia anche integrato una parte di prezzo, con pagamento avvenuto anticipatamente.

Ne risulta che al termine del contratto, pagate le rate, una eventuale restituzione del bene, senza riscatto, sarebbe svantaggiosa per l'utilizzatore e rappresenterebbe per lui una perdita secca, in quanto finirebbe per rimettere così quella parte di "prezzo" già anticipata.

Il corrispettivo pagato infatti non sarebbe corrispondente al valore economico del solo godimento del bene.

E' questo il caso dei leasing immobiliari, o anche di autoveicoli, dove solitamente è previsto anche il pagamento di una maxirata finale per il riscatto del bene, che è comunque inferiore al valore residuo dello stesso.

La distinzione dei leasing di *godimento* da quelli *traslativi* ha consentito di delineare le diverse conseguenze in caso di risoluzione anticipata dei contratti, consentendo di ritenere applicabile l'eccezione dell'art. 1458 cc ai soli leasing cd. *di godimento*, per i quali l'interruzione del rapporto, in qualsiasi momento, comporta un sostanziale equilibrio.

Avverrebbe infatti in questo caso la restituzione del bene al concedente senza restituzione dei canoni percepiti, che corrispondono tuttavia al solo godimento del bene (ancora la cd. *corrispettività a coppie*).

In sostanza, il bene finirebbe per essere stato pagato in misura del suo utilizzo.

L'eccezione non sarebbe invece applicabile ai leasing cd. *traslativi*, dove l'effetto restitutorio del bene, con la trattenuta anche dei ratei già percepiti dal concedente comporterebbe un arricchimento ingiustificato di questo.

Come detto l'utilizzatore ha infatti pagato con i ratei del leasing non solo il "consumo" del bene, ma anche una parte del suo prezzo.

In tali ipotesi la semplice restituzione del bene alla società di leasing, senza alcuna restituzione della quota prezzo già percepita, non consente il rispetto della *ratio* sopra individuata in tema di risoluzione, il mantenimento cioè dell'equilibrio nella posizione delle parti.

Il bene non è stato utilizzato in misura proporzionale a quanto pagato.

Per il leasing *traslativo* non può che essere allora applicata la regola generale - effetto restitutorio del bene da un lato e dei canoni dall'altro - con un adattamento necessario.

La semplice restituzione delle prestazioni (bene e ratei) comporterebbe infatti un danno in capo alla concedente, che non verrebbe remunerata per l'utilizzo del bene nel frattempo avvenuta.

Di qui, per l'evidente analogia con la vendita con patto di riscatto, l'applicazione dell'art. 1526 cc, secondo cui il proprietario che si vede restituire il bene è tenuto a versare a sua volta i ratei ricevuti trattenendo il cd. *equo indennizzo*.

L'elaborazione giurisprudenziale ha chiarito che quest'ultimo comprende non solo la remunerazione del godimento del bene, ma anche il deprezzamento corrispondente alla sua commerciabilità come nuovo, nonché il logoramento per l'uso<sup>9</sup>.

Sulla base di tali argomenti si è quindi arrivati all'applicazione analogica dell'art. 1526 cc al solo leasing cd *traslativo*.

Nel solco di questa interpretazione, seguita pressoché unanimemente dalla giurisprudenza di merito, si è registrata una voce diversa che ha proposto una lettura *unitaria* del contratto di leasing.

Ci riferiamo a due decisioni del Tribunale di Monza<sup>10</sup>, nelle quali viene analiticamente esaminato il rapporto di leasing e le conseguenze in caso di scioglimento del contratto.

Senza scendere nei dettagli di queste decisioni vale qui evidenziare la ricostruzione sistematica e unitaria che viene fornita per il contratto di leasing.

---

<sup>9</sup> Fra le tante v. Cassazione 2.3.2007 n. 4969.

<sup>10</sup> Tribunale di Monza 19.9.2002 in "*Il Fallimento*" 2003 pag. 659 e Tribunale di Monza 7.12.2004, *ivi*, 2005 pag. 1174.

Secondo il Tribunale di Monza, in sostanza, il leasing svolge sempre e comunque una funzione *finanziaria*, analoga al contratto di mutuo, seppur differente da questo.

La funzione economica dei due tipi contrattuali è la stessa: il finanziamento di una operazione su un bene.

Ciò comporta che la finalità del concedente è quella di recuperare il capitale erogato con gli interessi, e non piuttosto di vedersi restituito il bene.

Tale bene costituisce in realtà una garanzia dell'adempimento del beneficiario, così come l'ipoteca costituisce la garanzia del pagamento del mutuo.

La differenza, non da poco, sta nella circostanza che il finanziatore-concedente ha la proprietà del bene per l'intera durata del finanziamento<sup>11</sup>.

Da tale impostazione discende che in ipotesi di risoluzione del contratto e di successivo fallimento dell'utilizzatore, la società ha diritto a vedersi restituito (a) il capitale investito nell'acquisto, (b) gli interessi corrispettivi sino allo scioglimento del rapporto, (c) gli interessi di mora sino alla dichiarazione di fallimento. Il tutto con detrazione del valore di realizzo del bene ed imputazione del ricavato prima agli interessi e poi al capitale, nel rispetto dell'art. 1194 c.c.

In sintesi, il concedente ha diritto, come ogni finanziatore, a recuperare quanto prestato, e a imputare al proprio credito quanto eventualmente ricavato con la realizzazione della garanzia<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Il Tribunale di Monza chiarisce come la fattispecie, pure così interpretata, non costituisca una violazione del patto commissorio, in quanto l'intestazione *ab origine* della proprietà del bene da parte del concedente non comporta una coazione dell'adempimento del debitore, che rappresenta invece quel meccanismo vietato dalla norma generale dell'art. 2744 c.c. Si veda anche *Cass.* 24.8.93 n. 8919.

<sup>12</sup> L'ipotesi è in tutto simile a quanto accade nei casi di pagamento del debito mediante escussione di un terzo garante o mediante ricavato in sede di espropriazione immobiliare.

Tale impostazione comporta un superamento della classica dicotomia tra leasing *traslativo* e di *godimento*, e la disapplicazione dell'art. 1526 cc, chiamando nuovamente in causa il principio stabilito in via di eccezione dall'art. 1458 cc.

Come vedremo si tratta di un'interpretazione giurisprudenziale che ha finito per anticipare l'impostazione fondante la disciplina dettata poi dal legislatore nel 2006, in sede di riforma della legge fallimentare, con la previsione dell'art. 72 *quater*.

### *Il leasing dopo la riforma della legge fallimentare: sorte del contratto e insinuazione al passivo*

L'introduzione dell'art. 72 *quater*, avvenuta con il corpo centrale della riforma del 2006 e ritoccata nel 2007 dal correttivo, introduce una disciplina *unica* per i contratti di leasing.

Merita a questo proposito una disamina analitica della norma.

#### *Il 1° comma*

Si richiama l'applicazione dell'art. 72 della legge fallimentare anche ai contratti di leasing, in precedenza non specificamente disciplinati, disposizione che costituisce la regola generale in materia di rapporti pendenti.

La portata del richiamo non è di poco conto, sia perché riguarda l'intero dettato della norma, particolarmente articolata, sia perché fa ricadere anche sul leasing le problematiche interpretative relative alla disciplina dei contratti pendenti.

Rientrano come noto in tale categoria i contratti che alla data di dichiarazione del fallimento sono rimasti ineseguiti, anche parzialmente, da entrambe le parti.

In ipotesi di leasing tale pendenza è fisiologica, poiché fino alla scadenza del contratto il concedente è obbligato a consentire l'uso del bene all'utilizzatore e quest'ultimo è obbligato al pagamento del canone stabilito.

E' parimenti fisiologico che in prossimità del fallimento l'utilizzatore non paghi le rate del leasing, maturando così una morosità, e che il concedente manifesti la volontà di avvalersi della (sempre presente) clausola risolutiva espressa *ex art. 1456 cc* lamentando l'inadempimento.

Il richiamo alla norma generale dell'art. 72 l.f. - aspetto sul quale si tornerà *infra* - potrebbe anche far ritenere che gli effetti risolutivi nei confronti del curatore possano riconoscersi solo laddove il concedente abbia proposto l'azione di risoluzione *prima* del fallimento (art. 72 5° co. l.f.).

La disposizione ha inoltre chiarito l'inefficacia di quelle clausole che comportino la risoluzione automatica del contratto in caso di fallimento dell'utilizzatore<sup>13</sup>.

Nelle diverse ipotesi in cui il leasing faccia parte dei rapporti ceduti con un affitto di azienda prima del fallimento del cedente<sup>14</sup>, non ci si trova di fronte a un contratto di leasing "pendente" (e quindi sospeso *ex art. 72 l.f.*) almeno sino a quando l'azienda non retroceda, per l'esercizio del recesso facente capo a entrambe le parti, di cui all'art. 79 l.f.

Tenuto conto di tutti tali profili, ove il contratto si possa ritenere "pendente" alla data del fallimento, al curatore spetta la facoltà di scelta circa il subentro o lo scioglimento dal leasing.

---

<sup>13</sup> Norma speculare è stata ora introdotta dall'art. 186 bis 3° comma del D.L. n. 83/12, convertito nella legge n. 134/12, in forza del quale nei concordati con continuazione aziendale i contratti in corso di esecuzione non si risolvono automaticamente per effetto dell'apertura della procedura e "sono inefficaci eventuali patti contrari".

<sup>14</sup> Si tratta infatti di un classico contratto di impresa e non di tipo personale (vd. Cass. 9.4.1982 n. 2198, che ritiene il contratto di leasing compreso nei contratti di impresa richiamati dall'art. 2558 cc).

Tale decisione può essere sollecitata da parte del contraente *in bonis*, che potrà formulare istanza al Giudice Delegato affinché quest'ultimo assegni al curatore un termine non superiore a 60 giorni per assumere le proprie determinazioni (art. 72 comma 2 l.f.).

Spirato infruttuosamente tale termine, il contratto si intenderà sciolto.

La decisione del curatore sarà, evidentemente, guidata da criteri di economicità e convenienza che ragionevolmente presiedono entrambe le ipotesi alternative.

Di conseguenza sembra preferibile ritenere che – nonostante l'infelice formulazione della norma – vada in ogni caso interpellato il Comitato dei Creditori, non essendovi ragione per coinvolgerlo solo in caso di continuazione<sup>15</sup>, e non di scioglimento<sup>16</sup>. L'incidenza economica della scelta andrebbe infatti valutata in entrambe le ipotesi.

Altro profilo delle modalità di esercizio dell'opzione attiene alla necessità o meno da parte del curatore di esprimere la decisione in sede di programma di liquidazione.

Tale aspetto è peraltro comune a tutti i tipi di contratti pendenti. L'inclusione nel piano di cui all'art. 104 *ter* l.f.

---

<sup>15</sup> In tal senso si vedano A. Patti *Il fallimento* (n. 2/2007 pag. 135), Quagliotti, *Il fallimento* (n. 7/2010 pag. 812), B. Inzitari in *Il Fallimentarista*, "Leasing nel fallimento: soddisfazione del concedente fuori dal concorso sostanziale e accertamento del credito nel concorso formale", Maggio 2012, pag. 8; *contra* in giurisprudenza ricordiamo Tribunale di Ancona, 4.8.2011, inedita, secondo cui è da escludere la necessità del preventivo parere del CdC in quanto "poggia sulla condivisibile osservazione che nel caso (previsto dal comma 2 della norma) in cui sia inutilmente scaduto il termine assegnato, su richiesta del terzo, al curatore per la formulazione della dell'opzione, la decisione di scioglimento consegue automaticamente, senza necessità di alcuna autorizzazione, con ciò rivelando la piena discrezionalità di tale decisione e rendendo irragionevole l'interpretazione della disposizione che richieda il parere del comitato solo nel caso di scelta di scioglimento non preceduto dalla assegnazione di un termine".

<sup>16</sup> La norma sul punto recita che l'esecuzione del contratto "...rimane sospesa fino a quando il Curatore, con l'autorizzazione del Comitato dei Creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo".

comporterebbe infatti un doppio vaglio da parte degli organi della procedura, al Comitato dei creditori andrebbe ad aggiungersi il Giudice Delegato, chiamato ad autorizzare gli atti ad esso conformi<sup>17</sup>.

La norma però non consente alcuno spazio interpretativo, non essendo prevista una tale attività tra quelle elencate nella disposizione<sup>18</sup>.

Non va dimenticato che nei confronti dei terzi la scelta non richiede una forma solenne, potendo desumersi anche da comportamenti concludenti, incompatibili con la facoltà alternativa.

Ciò accade quando il curatore ammetta ad esempio nel proprio progetto di stato passivo il creditore che chiede la restituzione del bene in leasing: si tratta di un comportamento incompatibile con la volontà di subentrare nel rapporto, e quindi significativo dello scioglimento<sup>19</sup>.

Vediamo ora gli effetti che si registrano nelle diverse ipotesi prospettabili.

Nel caso di *subentro* il curatore, da soggetto inizialmente *terzo* rispetto al contratto, diviene a tutti gli effetti *parte* di esso.

Si ritiene, pur con qualche esitazione, che le morosità maturate prima della scelta di subentro debbano essere soddisfatte integralmente e in prededuzione<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Anche sulla natura di tale autorizzazione la giurisprudenza si confronta, evidenziando in alcuni casi la possibilità del Giudice Delegato di intervenire sul programma di liquidazione con una sorta di “sindacato” (di merito oltre che di legittimità) in aggiunta a quello del comitato dei creditori.

<sup>18</sup> In proposito Patti parla addirittura di una *aporia* dell’omessa previsione nel sistema (*Il Fallimento*, n. 8/2006, pag. 876 e 877).

<sup>19</sup> Tra le tante (pur precedenti la riforma) si vedano Cass. 2.12.2011 n. 25876, Cass. 9.7.2008 n. 18834, Cass 25.8.2004 n. 16860, Cass. 16.5.1997 n. 4331, Cass. 14.5.1996 n. 4483 .

<sup>20</sup> Sul punto v. V. Zanichelli, “Collocazione del bene dato in leasing, retrocesso dal curatore e insinuazione al passivo”, in *Il Fallimento*, n. 1/20120, pag. 72, secondo il quale la

La decisione di prosecuzione del rapporto non va esplicitata nel caso di esercizio provvisorio dell'azienda, laddove è invece necessario dichiarare l'eventuale volontà di scioglimento<sup>21</sup>.

Più articolati sono gli effetti di una decisione di *scioglimento* dal contratto da parte del curatore, ipotesi più ricorrente in concreto.

Quanto al bene oggetto di leasing, il curatore non ha alcun diritto di ritenzione, ed è tenuto alla sua restituzione<sup>22</sup>. Tuttavia l'obbligo sorge solo nel momento in cui il contratto si sia sciolto.

Ne discende che fino a che tale evento non si verifichi, la pendenza del rapporto rende inammissibile l'azione restitutoria del bene, e quindi la rivendica ex art. 103 l.f.

Quanto ai profili economici conseguenti allo scioglimento, va innanzitutto evidenziato come la riforma abbia chiarito

---

formulazione “è equivoca posto che potrebbe anche significare semplicemente che il subentro obbliga il curatore ad adempiere da quel momento alle clausole contrattuali, così come avrebbe dovuto fare l'imprenditore, e quindi senza alcuna deviazione dal contratto”.

Si tenga conto a tal proposito che secondo l'art. 1408 c.c. il cedente è liberato “dal momento in cui la sostituzione diviene efficace nei suoi confronti”. Per i contratti a esecuzione continuata e periodica la Cassazione ha ritenuto che il cedente risponda delle obbligazioni divenute esigibili anteriormente alla cessione ed inadempite, mentre il cessionario solo di quelle successive (Cass. n. 10964 del 6.5.2010). La norma riguarda il subentro del terzo nel contratto, avvenuto su base volontaria e non *ex lege*, ma laddove venisse applicata anche in tali ultime ipotesi comporterebbe che per i canoni ante-fallimento il concedente avrebbe diritto ad insinuarsi al passivo e non alla prededuzione, in presenza di un credito a tale titolo verso il fallito e non verso la curatela. A conclusioni diverse si giungerebbe tuttavia ove si consideri la portata dell'art. 74 l.f., che invece riconosce la prededuzione *integrale*, non assoggettata ai criteri di cui all'art. 111 bis 2° co l.f., ai contratti a esecuzione continuata e periodica, fra i quali si potrebbe annoverare anche il leasing, come più volte ribadito dalla giurisprudenza. Sul punto non si registrano posizioni univoche e definite.

<sup>21</sup> Si noti che per i contratti di leasing, differentemente da quanto avviene per gli altri contratti in corso, quando si proceda all'esercizio provvisorio dell'azienda non è possibile “sospenderne l'esecuzione” (art. 104 co. 8 l.f.) non essendo tale opzione prevista dall'art. 72 quater l.f.

<sup>22</sup> Il diritto di ritenzione trova il suo fondamento nell'art. 1460 c.c. e presuppone quindi una perdurante sinallagmaticità del rapporto contrattuale (Cass. n. 16304 del 10.7.2008 e Cass. n. 271 del 14.1.1998), assente dove lo stesso sia sciolto da parte di un terzo soggetto quale il curatore fallimentare.

che per le somme già riscosse dalla società di leasing non sia possibile l'azione revocatoria.

Ciò in virtù del richiamo dell'art. 67 co. 3 lett a) l.f., che non assoggetta a revocatoria i "pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso"<sup>23</sup>.

Laddove invece il debitore fallito abbia effettuato i pagamenti con modalità anomale o anche solo seguendo termini differenti da quelli pattuiti (è il caso di piani di rientro e dilazioni), l'esenzione non potrà applicarsi, quando il pagamento sia avvenuto nel semestre anteriore al fallimento e con la conoscenza dello stato di insolvenza.

### Il 2° e 3° comma

Va detto *in primis* che nell'ipotesi di mancato subentro del curatore e scioglimento del contratto la norma prevede un sistema di calcolo degli importi spettanti alle parti (utilizzatore-fallito e società di leasing), che esclude l'applicazione dell'art. 1526 cc.

Il sistema delineato - in sintesi estrema e semplificando - prevede che il credito complessivamente vantato dal concedente debba essere decurtato di quanto ricavato dalla riallocazione del bene<sup>24</sup>, che lo stesso concedente è tenuto da effettuare a "valori di mercato".

La decurtazione va però operata solo in linea capitale, senza incidenza sull'importo dovuto a titolo di interessi.

La riallocazione potrà quindi comportare un debito nei confronti della curatela laddove il valore della riallocazione

---

<sup>23</sup> Si veda sul punto V. Zanichelli, *op. cit.*, pag. 72, ad avviso del quale la disposizione non dovrebbe essere interpretata in senso letterale. In questo modo si finirebbe infatti per revocare anche le somme dovute a titolo di capitale incorporate nelle rate, in contraddizione con la disciplina generale dell'art. 72 *quater* l.f. che a tale proposito, mediante la riallocazione del bene, consente un recupero integrale ed extraconcorsuale del capitale.

<sup>24</sup> Per "riallocazione" deve intendersi la vendita a terzi del medesimo bene o anche una sua nuova concessione in leasing.

sia superiore al capitale erogato, con conseguente obbligo di pagamento in favore della massa, oppure un ulteriore credito in capo alla concedente (portato dal residuo in linea capitale, da aggiungere agli interessi dovuti).

Un esempio potrà rendere più comprensibile il meccanismo:

	<b>Capitale</b>	<b>interessi</b>	<b>Valore totale</b>
<b>Da contratto</b>	1000	60	1060
<b>Pagato</b>	300	18	318
<b>Residuo (scaduto e a scadere)</b>	700	42	742

Ipotizzando una vendita del bene avvenuta a € 800, la società potrà trattenerne solo € 700, versando alla curatela la differenza.

Se invece la vendita avvenisse a un valore inferiore al residuo credito (ad esempio per € 500), la concedente potrebbe trattenere l'intera somma<sup>25</sup>.

All'interno di tale criterio di calcolo la norma non risolve però una questione di non poco conto, vale a dire se nel totale del credito vantato dalla società di leasing debbano essere inclusi *tutti* gli interessi corrispettivi previsti dal contratto, vale a dire sia quelli scaduti al momento del fallimento che quelli a scadere (oltre a quelli maturati per la morosità).

---

<sup>25</sup> In ordine alla prospettata possibilità del concedente di riprendersi immediatamente la somma (linea capitale) di sua spettanza, è stato sollevato un dubbio di costituzionalità per il disomogeneo trattamento di cui beneficerebbero tali creditori rispetto agli altri (Tribunale di Padova, decreto 2.3.2007 in *"Il Fallimento"* n. 7/2007, pag. 821). A ben vedere il problema non si pone, in quanto il credito della società di leasing non si soddisfa sul patrimonio del debitore, ma trattenendo il valore della riallocazione di un bene di proprietà di quest'ultimo; il principio della *par condicio creditorum* di cui all'art. 2741 cc vige invece solo in relazione ai beni "del debitore" (in questi termini, Patti, *cit.* pag. 825).

Quanto agli interessi scaduti, corrispettivi e moratori, alla data del fallimento, non vi è dubbio sulla loro spettanza.

Quanto invece agli interessi a scadere, l'opinione prevalente tende ad escluderne l'ammissibilità al passivo<sup>26</sup>.

Si tratta di una questione che implica una riflessione sulla natura degli interessi corrispettivi, che costituiscono i frutti civili del capitale erogato.

Nel caso di scioglimento non vi è più alcun godimento di detto capitale, e pertanto appare corretto ritenere che non debba spettare alcun ulteriore interesse.

Ora, tenuto a mente il "meccanismo" aritmetico dettato dalla norma, va rilevata l'assenza nella stessa di una disciplina dell'insinuazione al passivo, oltre che la presenza di un dato di riferimento incerto per definizione, il cd. "*valore di mercato*".

Si è in grado di calcolare il credito, ma non è chiaro come debba essere insinuato e soddisfatto e, ancora, in quale fase della procedura possa essere verificata la congruità del prezzo ricavato rispetto al *valore di mercato* richiesto dalla norma.

Tali lacune hanno portato dottrina e giurisprudenza alla ricerca di soluzioni compatibili con i principi concorsuali, approntando diverse soluzioni che possono ad oggi sintetizzarsi in tre orientamenti.

a) Un primo filone è quello tracciato dalla sentenza della Suprema Corte 1.3.2010 n. 4862, cui hanno fatto seguito alcune pronunce di merito<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> In tal senso si vedano Quagliotti, *Il Fallimento* n. 7/2010, pag. 817, nota 28; Patti, *Il Fallimento* n. 2/2007 pag. 138; B. Inzitari, *Nuove riflessioni in tema di leasing etc.*, pag. 8 sul sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); V. Zanichelli, *op. cit.*, pagg. 73-74. In senso contrario, per l'ammissibilità anche degli interessi successivi, con esclusione delle sole somme a titolo di risarcimento danni, Tribunale di Pordenone, Decreto 4.11.2009, in "*Il Fallimento*" n. 7/2010, pag. 809.

Si è ritenuta inammissibile la domanda di insinuazione al passivo proposta dalla società di leasing *prima* della riallocazione del bene.

In altri termini, sino a quando non sia effettuata la riallocazione, e non se ne conosca il valore di realizzo, non sarebbe possibile effettuare i calcoli, presupposto necessario per l'indicazione del *petitum* in fase di ammissione al passivo.

La posizione sembra fedele al dato testuale della norma, che stabilisce per il concedente il diritto a "*insinuarsi*" nello stato passivo per la differenza con "*quanto ricavato*" dalla riallocazione. La riallocazione rappresenterebbe quindi un fatto storico preclusivo del diritto all'insinuazione, altrimenti inesistente.

L'accertamento del credito del leasing sarebbe addirittura solo eventuale, si pensi a una mancata riallocazione, impedendo così anche l'ammissione del credito maturato a titolo di interessi<sup>28</sup>.

Ciò desta più di una perplessità, in quanto non vi sarebbe ragione di precludere al concedente di chiedere l'ammissione al passivo quantomeno degli interessi - sicuramente dovuti - senza dover necessariamente attendere la riallocazione del bene (peraltro solo eventuale).

L'ipotesi di inammissibilità della domanda di insinuazione, con rinvio dell'accertamento del credito a dopo

---

<sup>27</sup> Cfr. Cass. 1.3.2010 n. 4862 in *Il Fallimento* n. 7/10, pag. 808 e segg.; Tribunale di Pordenone (cit.), Tribunale di Busto Arsizio 22.7.2011, in motivazione anche Tribunale di Perugia 5.6.2012 e Tribunale di Treviso 5.5.2011 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>28</sup> Va precisato che per "*capitale residuo*" deve intendersi quanto non corrisposto in linea capitale, e non può essere condivisa la tesi che, seguendo pedissequamente la Cass 2010, consenta l'ammissione immediata del credito maturato alla data di fallimento (anche in linea capitale) e condizioni invece la "seconda" insinuazione alla riallocazione (in questi termini si v. Tribunale di Busto Arsizio 22.7.2011 *cit.* e Tribunale di Udine 1.2.2012 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)). L'equivoco sorge da una non corretta lettura della decisione della Suprema Corte, dove l'insinuazione per il credito maturato *ante* fallimento era stata ammessa dal GD e non era stata oggetto di opposizione, senza quindi alcuna valutazione in proposito in sede di legittimità.

la riallocazione, consente tuttavia una lineare verifica del passivo nei casi in cui la riallocazione stessa avvenga prima della chiusura del fallimento.

Laddove infatti il curatore formuli riserve in ordine alla congruità dei valori di riallocazione rispetto a quelli di mercato, potrà eccepirlo al giudice delegato in sede di progetto di ammissione al passivo. Il pieno contraddittorio potrà realizzarsi avanti al gd, oppure, in caso di opposizione allo stato passivo, con la procedura *ex artt. 98-99 l.f.* con espletamento anche di eventuale consulenza tecnica.

La tesi dell'inammissibilità "ante riallocazione" è stata criticata da parte di autorevole dottrina in quanto imporrebbe al creditore, nella maggior parte dei casi, un'insinuazione tardiva, con rischio di perdere somme nel frattempo ripartite tra gli altri creditori chirografari<sup>29</sup>.

Si potrebbe ritenere tale obiezione non insormontabile, tenuto presente del disposto dell'art. 112 l.f., che per il creditore chirografario fa salve le quote già ripartite ove "il ritardo è dipeso da cause ad essi non imputabili". Se la riallocazione costituisce una *condicio juris* e al creditore non è imputabile alcun fatto tale da impedirgliela, la norma dovrebbe trovare piena applicazione e tutelare il creditore tardivo senza suo pregiudizio.

L'effettivo *vulnus* del sistema non sta tanto, a noi sembra, in una carente tutela del creditore tardivo, quanto nell'impedire l'insinuazione a colui che non sia riuscito a riallocare il bene prima della chiusura del fallimento.

In questo modo si esclude dal concorso quella parte del suo credito, rappresentata dagli interessi scaduti, che è invece liquido, esigibile e indifferente all'evento.

---

<sup>29</sup> In tal senso v. Zanichelli, *op. cit.*, pag. 75.

b) Il secondo degli orientamenti interpretativi cui si è fatto cenno muove da una più recente sentenza della Corte di Cassazione (sent. 15.7.2011, n. 15701<sup>30</sup>).

L'arresto si pone in una prospettiva diversa dal precedente di cui si è riferito, indicando la possibilità di una insinuazione immediata del credito del concedente<sup>31</sup>.

In sostanza, secondo la Cassazione, non occorre attendere la riallocazione del bene per procedere all'ammissione al passivo, ma si potrebbe procedere sin da subito per l'intero credito, in linea con la disciplina adottata per i creditori pignoratizi e privilegiati speciali di cui all'art. 53 l.f.<sup>32</sup>.

Le ipotesi vengono assimilate, in quanto, così come accade per il creditore pignoratizio o privilegiato speciale (che previa autorizzazione degli organi fallimentari può effettuare direttamente la vendita), il concedente può anch'egli procedere alla "diretta" riallocazione del proprio bene (cui procede autonomamente).

In tal caso si apre la strada all'ammissione dell'intero credito (comprensivo di canoni scaduti e a scadere, interessi e spese) senza attendere la preventiva riallocazione.

---

<sup>30</sup> Pubblicata su *Il Fallimento*, n. 1/2012, pag. 68 e segg. In dottrina, aderiscono a tale impostazione V. Zanichelli e B. Inzitari, negli scritti in precedenza richiamati.

<sup>31</sup> Nella fattispecie esaminata dalla Cassazione, il giudice del merito aveva ritenuto inammissibile l'insinuazione del concedente per tutto il suo credito, anche per quello scaduto. L'*iter* argomentativo della Suprema Corte, che cassa con rinvio, muove da una dichiarata conformità al citato precedente del 2010 circa una pacifica ammissibilità dell'insinuazione dei canoni scaduti e insoluti prima della dichiarazione di fallimento. Si è in precedenza ricordato che il precedente si era occupato della questione oggetto di opposizione, relativa ai soli canoni a scadere, senza pronunciarsi in merito a quelli scaduti (che il giudice delegato aveva invece ammesso).

<sup>32</sup> La sentenza ricorda che per tali crediti vi è l'esenzione dal concorso sostanziale (piani di riparto) e non dal concorso formale (insinuazione al passivo).

La decisione della Suprema Corte si ferma a questa considerazione<sup>33</sup>, non aggiunge altro, dovendo limitarsi allo specifico della questione sottoposta.

Restano tuttavia aperti al dibattito non pochi profili problematici, ove si voglia seguire l'opzione ivi tracciata.

Si deve infatti tener conto che nell'ipotesi disciplinata dall'art. 53 l.f. il creditore gode di privilegio per l'intero credito, al più residuando eventuali voci accessorie da collocare in chirografo.

Il ricavato del bene oggetto di pegno o privilegio speciale verrà quindi interamente destinato a soddisfare le ragioni del creditore insinuato ex art. 53 l.f., e tale circostanza avverrà di certo prima della chiusura del fallimento, trattandosi di un bene acquisito alla massa fallimentare.

Diversamente, il creditore leasing vanta una pretesa chirografaria sia per la parte relativa al capitale (la cui soddisfazione è subordinata alla riallocazione) sia per quella relativa agli interessi.

Ed è proprio partendo da tale differenza che, a noi sembra, scaturiscono le difficoltà di un'ammissione al passivo così congegnata.

Innanzitutto in questo modo sembrerebbe doversi pensare a un "blocco" del riparto di tutto il credito leasing in attesa della riallocazione del bene e della soddisfazione diretta del credito.

Tale "blocco" potrebbe trovare una giustificazione per quanto attiene al capitale, ma non anche per gli interessi, la cui soddisfazione non dovrebbe essere subordinata ad alcuna riallocazione.

---

<sup>33</sup> Aderisce a questa impostazione Tribunale di Udine 24.2.2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Anche nell'ipotesi di ammissione immediata si verifica quindi l'irragionevole blocco del riparto degli interessi (oltre che del capitale), in attesa della riallocazione, come accade ove si adottò il primo criterio indicato.

Vi è una differenza: mentre nella prima impostazione è la stessa norma ad impedire il diritto all'insinuazione e quindi alla soddisfazione dell'intero credito, in questa seconda ipotesi non si rinviene alcuna disposizione, tale da impedire al curatore un riparto per quella parte di credito già ammessa, che dovrebbe restare insensibile al meccanismo dell'art. 72 *quater* l.f.

Si potrebbe pensare, in alternativa, a distribuzioni parziali solo per la quota interessi, escluso il capitale, ma si tratta di una soluzione pratica con complicazioni operative non di poco conto, e soprattutto senza alcun riferimento normativo.

A parte la questione degli interessi, ci si chiede poi cosa possa accadere dei crediti da leasing ammessi al passivo nell'ipotesi in cui non avvenga alcuna riallocazione prima della chiusura del fallimento e il curatore proceda in sede di riparto finale ad una distribuzione di somme in favore dei creditori chirografari.

E' evidente che il dato temporale è decisivo, specie in considerazione del fatto che - differentemente dall'art. 53 l.f. - in questo caso il bene da riallocare non è della procedura ma di un terzo, che ne ha l'esclusiva disponibilità.

Quale che sia la soluzione prospettabile, di certo non si può immaginare un stop illimitato dell'intera procedura anche alla luce dei ripetuti interventi legislativi che ne

impongono una celere definizione<sup>34</sup> in attesa di determinazioni del terzo creditore in ordine alla vendita<sup>35</sup>.

Vi è poi un ulteriore snodo procedurale, che si presenta nei casi di effettiva riallocazione del bene da parte del concedente.

E' possibile che sorgano in questo caso contestazioni da parte della curatela circa la congruità del valore di riallocazione rispetto al "*valore di mercato*", ed allora non appare chiaro in che modo tale profilo, che incide sull'entità del credito destinato al riparto, possa essere affrontato<sup>36</sup>.

Nulla dice la disposizione, e neppure la Suprema Corte (non essendo stata coinvolta in tale questione), circa la sede ove procedere a tale rettifica e alle eventuali contestazioni<sup>37</sup>.

Nel silenzio normativo sembra che l'unico strumento utilizzabile possa essere il riparto che il curatore predisponga dopo la comunicazione della riallocazione da parte del leasing.

---

<sup>34</sup> Si veda da ultimo la legge n. 134 dell'11.8.2012 che ha modificato l'art. 2 della L. 24.3.2001 n. 89 (cd. Legge Pinto), con la quale si "*considera ragionevole*" per una procedura concorsuale una durata di anni sei.

<sup>35</sup> Sugli scarsi poteri del curatore di imporre una velocizzazione della riallocazione del bene, in particolare in ipotesi di un possibile credito in capo al fallimento, si veda *infra*.

<sup>36</sup> Al fine di evitare contestazioni, un accorgimento che le società di leasing potrebbero osservare nella fase di riallocazione sarebbe quello di effettuare l'operazione di riallocazione seguendo, ad esempio, procedure competitive.

<sup>37</sup> A tale proposito B. Inzitari, *op. cit.*, pagg. 7-8 ritiene che la riallocazione rappresenti un'operazione delicata che "*deve necessariamente svolgersi attraverso un'eshaustiva informazione del curatore, che potrà controllarne modalità e tempi*", con poteri di intervento da parte di quest'ultimo *ex artt. 700 o 696 bis c.p.c.* e non da ultimo anche con ricorso alla vendita in danno di cui all'art. 1515 c.c.

L'utilizzabilità di tali strumenti processuali tuttavia è tutt'altro che scontata, trattandosi di un obbligo di fare per il quale non è chiara la modalità di coazione, tantopiù in via d'urgenza, per la necessità di provare l'esistenza di un danno grave e irreparabile. In proposito si segnala anche il Tribunale di Pordenone (decreto 4.11.2009, già cit.), e parte della dottrina (Quagliotti, *op. cit.*) che pure richiamano l'istituto della vendita in danno, da considerare tuttavia come riferimento di tipo generale, e non come concreta prospettiva esperibile, atteso che la vendita all'incanto non è nemmeno più la regola unica in materia fallimentare ai sensi dell'art. 107 l.f.

In tale occasione il curatore potrebbe effettuare il calcolo del residuo credito, ed eventualmente non allinearsi ai valori riferiti dal creditore, prendendo invece a riferimento un valore di mercato superiore a quello realizzato.

La reazione del concedente a una tale non condivisa decurtazione dovrebbe, sempre in ipotesi, essere formalizzata con l'unico strumento prospettabile in sede di riparto, vale a dire il reclamo di cui all'art. 110 u.c. l.f.

Ora, la procedura relativa alle contestazioni in sede di riparto costituisce una sede alquanto angusta<sup>38</sup> e non ideata per una istruttoria ampia (nel caso di specie, espletamento di ctu per stabilire il valore di mercato), che sicuramente costituisce una forzatura, neppure adombrata dal legislatore della riforma.

In ultima analisi, se dal punto di vista sistematico l'avvicinamento dell'art. 72 *quater* l.f. alla fattispecie dell'art. 53 l.f. appare condivisibile, restano evidenti le lacune normative che, tenuto conto delle intrinseche differenze fra le due fattispecie, consentano una agevole e lineare gestione del credito leasing all'interno delle procedure.

c) Vi è un ultimo orientamento di cui dar conto, elaborato da parte della giurisprudenza di merito, che qualifica il credito come condizionato e lo ammette al passivo con riserva<sup>39</sup>.

Di fatto la riallocazione sarebbe l'evento, futuro e incerto, da cui far dipendere il riconoscimento del credito.

---

<sup>38</sup> Si tratta però di uno strumento non molto adatto a tale tipo di contestazioni, in quanto il procedimento richiama quello previsto dall'art 36 l.f., impostato per assumere decisioni, sia da parte del GD che del Trib, "*omessa ogni formalità non necessaria*".

<sup>39</sup> In questi termini Tribunale di Milano, 29.7.2010 secondo cui l'ammissione al passivo va ammessa con riserva, trattandosi di credito sottoposto alla condizione negativa che dalla riallocazione del bene non si ricavino somme utili per il concedente e anche Tribunale di Udine 24.2.2012, entrambe in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Il dato positivo di tale impostazione è quello di poter in ipotesi distinguere tra un'ammissione al passivo con riserva per la sola quota capitale (subordinata all'evento "riallocazione") e una immediata insinuazione per la restante quota interessi (subito libera e destinataria di riparti).

Non proprio agevole è invece il meccanismo secondo cui si dovrebbe procedere allo scioglimento della riserva ex art. 113 bis l.f.

La norma introdotta dalla riforma fallimentare prevede un sistema alquanto semplificato di rettifica dello stato passivo, all'esito di una mera attività di riscontro dello scioglimento della riserva (nella fattispecie: avveramento della condizione della riallocazione) da parte del G.D.

Non vi è alcuna valutazione suppletiva, tanto che il provvedimento viene assunto con decreto senza motivazione<sup>40</sup>.

Se così è, laddove il concedente, riallocato il bene per un valore non congruo rispetto ai valori di mercato, chiedi lo scioglimento della riserva, occorre chiarire quale sia lo strumento a disposizione della curatela fallimentare che voglia contestare la decisione assunta<sup>41</sup>.

Lo strumento potrebbe essere individuato nell'art. 26 l.f.<sup>42</sup>, quindi un procedimento camerale all'interno del quale

---

<sup>40</sup> Si v. C. Di Corrado in La Legge Fallimentare a cura di M. Ferro, ed. Cedam sub art. 113 bis l.f., pag. 917, che definisce il procedimento come *"privo di carattere contenzioso e finalizzato all'emissione de plano di un decreto del g.d. senza l'instaurazione del contraddittorio tra gli interessati, né prima né dopo l'adozione di tale provvedimento"*.

<sup>41</sup> In caso di credito residuo in capo al fallimento, il Curatore dovrà agire in via ordinaria per il pagamento del proprio credito dal concedente.

<sup>42</sup> v. Tribunale di Terni del 11.2.2011 in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org), che giunge a tale conclusione evidenziando anche la presenza nell'ordinamento, già prima della riforma fallimentare, dell'art. 88 del DPR 602/73, norma specifica per le ammissioni con riserva di crediti tributari giudizialmente contestati avanti alle competenti commissioni. La disposizione prevede che contro il provvedimento di scioglimento della riserva *"il concessionario, nel termine di dieci giorni dalla comunicazione, può proporre reclamo al tribunale, che decide in camera di consiglio con decreto motivato, sentito le parti"*.

espletare l'attività istruttoria necessaria per l'individuazione del corretto valore di mercato applicabile alla fattispecie.

Ma la vera difficoltà, anche in tale impostazione, continua a essere il fattore tempo.

Infatti, in caso di ammissione con riserva, l'art. 117 comma 2 l.f. impone l'*accantonamento* delle relative somme in sede di riparto finale, senza il quale non è possibile procedere alla chiusura del fallimento<sup>43</sup>.

Ciò costituisce una complicazione procedurale agevolmente intuibile, atteso che il ceto creditorio si vede così sterilizzare un attivo altrimenti disponibile.

Gli orientamenti di cui si è riferito, quale che sia la soluzione preferibile, tentano di colmare con evidenti difficoltà le lacune della normativa in materia.

Il meccanismo introdotto con l'art. 72 *quater* l.f. non presenta difficoltà ove al momento dell'insinuazione il concedente abbia già riallocato il bene, avendo a quel punto a disposizione tutti gli elementi utili alla definizione del credito.

Nell'ipotesi più ricorrente, tuttavia, in cui il concedente proponga domanda di rivendica e nel contempo di insinuazione del credito, il calcolo non è definibile senza il dato di partenza: il valore di riallocazione.

Partendo da questa considerazione, autorevole dottrina e ha cercato una soluzione del problema proponendo la possibile individuazione, da subito, di un valore di mercato "*presuntivo*" rispetto al quale effettuare i conteggi<sup>44</sup>. Resta però l'ostacolo del dettato testuale della norma, che espressamente impone l'insinuazione tenuto conto di quanto

---

<sup>43</sup> Sul punto il 2° comma parla di "*condizione non ancora verificata*", che per il leasing significa non avvenuta riallocazione del bene.

<sup>44</sup> V. Zanichelli, *op. cit.*, pag. 75.

“ricavato” dalla nuova collocazione del bene e non di quanto “ricavabile” in astratto<sup>45</sup>.

Per eliminare l’incertezza del fattore temporale, parte della giurisprudenza è poi giunta a ipotizzare la fissazione di un termine al creditore per procedere alla riallocazione, termine che dovrebbe essere imposto dal g.d. in sede di ammissione<sup>46</sup>.

Una soluzione che però non si ancora ad alcuna norma, né trova giustificazione nel principio dispositivo che regge il procedimento di accertamento del passivo.

Altra criticità della normativa in commento, presente in tutte le possibili impostazioni di cui si è dato conto, sta nell’assenza di strumenti in capo al curatore idonei a forzare l’adempimento rispetto all’obbligo di riallocare il bene.

Uniche possibilità risiedono nella contestazione di una negligenza del concedente nel far fronte al proprio obbligo prestando l’impegno a ciò necessario, atteso che comunque la norma di riferimento è l’art. 1176.

Si tratta di un rimedio senz’altro poco incisivo, che lascia spazio unicamente a domande risarcitorie, anch’esse dai termini incerti circa tempi e quantificazione del danno.

Quale che sia in ogni caso la domanda di ammissione al passivo, non dovrebbero ritenersi ammissibili ex art. 93 l.f. n.ri 2 e 3, istanze che si limitino a indicare il credito semplicemente sulla base di rate scadute e a scadere. Tenuto

---

<sup>45</sup> Lo spunto potrebbe forse trovare un migliore impiego nell’ambito del meccanismo dell’ammissione con riserva. Non si dovrebbe infatti ammettere con riserva l’intero credito, perché il valore residuo del bene da riallocare non potrà mai essere pari a zero. Si potrebbe allora procedere, sin da subito, a una decurtazione da parte del curatore del valore “minimo” di mercato, e sottoporre a riserva la sola somma residuale, pari al maggior credito che potrebbe spettare al concedente a seguito di fruttuosa riallocazione. Il vantaggio di simile soluzione potrebbe essere, da un lato, quello di evitare in radice possibili contenziosi sul valore di mercato, e, dall’altro, di alleggerire eventuali futuri accantonamenti ex art. 117 comma 2 l.f.

<sup>46</sup> In questi termini Tribunale di Milano 24.4.2012 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), in cui altresì si ipotizza congruo il termine di un anno per la collocazione degli immobili.

conto infatti dell'art. 72 *quater* l.f., si impone una rigorosa distinzione nel credito tra quota di interessi e quota capitale, in assenza della quale la curatela non sarebbe in grado di procedere ad alcuna ammissione al passivo.

### La risoluzione del leasing prima del fallimento

Laddove la dichiarazione di fallimento intervenga quando il contratto di leasing è stato già risolto dal concedente per morosità, si aprono profili problematici di cui occorre dar conto.

Bisogna in primo luogo domandarsi se e quando ricorra una risoluzione del contratto opponibile alla Curatela.

E' dubbio che sia sufficiente a tal fine l'avvenuto invio - prima del fallimento - di una raccomandata con cui il concedente si avvalga della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.

Si tratta dell'ipotesi più ricorrente, cui si è fatto cenno sopra, rispetto alla quale va rilevato che la norma in commento richiama l'art. 72 l.f. nella sua interezza<sup>47</sup>, ivi compreso il 5° comma, che proprio per l'opponibilità alla massa della risoluzione di un contratto prescrive la proposizione di una domanda giudiziale (anche trascritta, ove riguardi beni soggetti a pubblico registro)<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Art. 72 *quater* co. 1° cc "Al contratto di locazione finanziaria si applica, in caso di fallimento dell'utilizzatore, l'art. 72."

<sup>48</sup> Si veda a tale proposito Cass. 26.3.2001 n. 4365, che dopo aver ricordato che la pronuncia di risoluzione produrrebbe effetti restitutori lesivi del principio di paritario soddisfacimento di tutti i creditori e di cristallizzazione delle loro posizioni giuridiche, precisa che "ciò avviene anche nel caso in cui si intenda far valere, dopo l'apertura della procedura concorsuale, una clausola risolutiva espressa, ostandovi la stessa "ratio" che impedisce la proponibilità della domanda di risoluzione contrattuale". Laddove l'azione abbia ad oggetto beni soggetti a pubblico registro, la risoluzione ex art. 1456 c.c. produce effetto verso la massa solo quando questa sia "quesita" prima della dichiarazione di fallimento attraverso la trascrizione della domanda giudiziale (artt. 2915 c.c. e 45 l.f.).

Ciò significa, adottando tale rigorosa impostazione, che si dovrebbe ritenere “*pendente*” il contratto di leasing la cui risoluzione non sia stata azionata con domanda giudiziale, ma solo invocata stragiudizialmente.

Vi sarebbe quindi un diritto del curatore al subentro nel contratto, e soprattutto, in caso di opzione di scioglimento, l’inapplicabilità delle clausole penali da risarcimento.

La questione non è stata affrontata esplicitamente dalla giurisprudenza, che tuttavia in alcune fattispecie ha invece riconosciuto l’intervenuto scioglimento del contratto a seguito della semplice lettera di risoluzione<sup>49</sup>.

Esistono però altri aspetti sollevati dalla risoluzione del leasing sui quali è opportuna una riflessione.

Costituisce opinione concorde che l’introduzione dell’art. 72 *quater* l.f. abbia rappresentato una *svolta* nell’impostazione del contratto di leasing.

La nuova disposizione consente infatti di prescindere dalla tradizionale distinzione tra leasing di *godimento* e leasing *traslativo*, delineando una disciplina unitaria per tutte le ipotesi<sup>50</sup>.

Si tratterebbe, in particolare, di una natura tipicamente “*finanziaria*”, perché con il meccanismo di cui all’art. 72 *quater* cc si è inteso regolare le modalità di recupero di un capitale erogato da parte di un soggetto mediante la riallocazione di un bene, che rappresenta la garanzia del prestito.

La prospettiva, quindi, è nuova e diversa rispetto all’art. 1526 cc, dove invece prevale la natura di “scambio” sottesa alla compravendita del bene, con il riequilibrio del

---

<sup>49</sup> Tribunale di Napoli, 9.6.2010 e Tribunale di Roma 1.10.2010, entrambe su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>50</sup> Aspetto evidenziato anche dalla Cassazione nella sentenza n. 4862 del 1.3.2010, in cui si precisa che la riforma fallimentare “*ha dettato una identica disciplina della locazione finanziaria, valevole tanto per il cd. leasing di godimento che per il cd. leasing traslativo*”.

sinallagma in caso di risoluzione, ricorrendo a una sorta di correttivo degli effetti restitutori che ne conseguono.

Non è sfuggita alla più recente giurisprudenza di merito tale “nuova” connotazione, anzi si è registrato un ulteriore sforzo interpretativo.

Si è affermato che anche in ipotesi di *risoluzione* del leasing ante fallimento, e non solo quindi in quella di *scioglimento*, trovi in via analogica applicazione il meccanismo di cui all’art. 72 *quater* cc<sup>51</sup>.

Ciò ha determinato la necessità per il concedente di procedere comunque a una riallocazione del bene per poter giungere a una definitiva quantificazione del credito che partecipa al concorso fallimentare.

Non vi sono ancora arresti giurisprudenziali che si occupino invece di fattispecie di risoluzione del leasing intervenute tra contraenti *in bonis* che richiamino l’art. 72 *quater* l.f.

Tuttavia una ricostruzione sistematica coerente si ritiene non possa che tendere ad una soluzione identica, sia per la risoluzione ante fallimento che a prescindere da esso.

---

<sup>51</sup> In questo senso vd. Trib. di Udine, 1.2.2012; Tribunale di Bergamo, 2.2.2012; Tribunale di Perugia, 5.6.2012; Tribunale di Treviso, 9.5.2011, tutti consultabili su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Si tratta di una disciplina certamente più favorevole per il concedente, perché nella nuova prospettiva le rate già pagate non devono essere restituite ma restano sempre acquisite. Ciò è ancor più evidente nei casi in cui si giunga alla risoluzione in prossimità della naturale scadenza, ove i canoni pagati hanno già ampiamente coperto interessi e capitale. Le richiamate decisioni fondano l’applicazione analogica sulla similitudine fra le figure dello *scioglimento* e della *risoluzione* e sull’esplicita introduzione dell’art. 73 l.f. per la vendita con riserva di proprietà, con cui il legislatore dimostra di aver voluto tenere distinte le due discipline. Alcune delle citate decisioni (Tribunale di Bergamo e Tribunale di Udine) aggiungono che ove le clausole contrattuali sottoscritte siano sostanzialmente riprodotte dell’art. 72 *quater* l.f., le stesse sono per ciò stesso legittime, in quanto conformi a quello che ormai rappresenta il tipico modello previsto dall’ordinamento, senza possibilità di un intervento correttivo del giudice.

La “natura finanziaria” del leasing non può infatti mutare a seconda delle condizioni dei contraenti: il contratto di leasing resta il medesimo ove l’utente inadempiente sia dichiarato fallito oppure no.

Senonchè, una fedele trasposizione dell’art. 72 *quater* dai casi di *scioglimento* a quelli di *risoluzione* fra soggetti *in bonis*, non appare praticabile, anche perché essa prevede un trattamento endoconcorsuale (domanda di insinuazione al passivo) e extraconcorsuale (incameramento del prezzo di riallocazione con restituzione eventuale dell’eccedenza) difficilmente configurabili al di fuori di una procedura fallimentare.

Molti sarebbero i problemi concreti, basti pensare, ad esempio, all’impossibilità in sede contenziosa civile di condizionare la determinazione del credito del concedente alla riallocazione del bene, o ancora di imputare il valore della riallocazione non agli interessi, come prevede la norma civilistica in difetto di accordo delle parti (art. 1194 c.c.), ma al solo capitale.

L’impraticabilità di un’estensione analogica della norma fallimentare anche nel contenzioso civile (estensione invece suggerita dalla giurisprudenza per i casi di risoluzione cui segua il fallimento dell’utente) finisce per evidenziare i limiti di un tale approccio.

Si tratta allora di applicare a *tutte* le fattispecie di risoluzione, non l’intero impianto normativo, ma la *ratio* sottesa all’art. 72 *quater* l.f., tralasciandone gli aspetti incompatibili, specificamente pensati per il diritto fallimentare.

Di qui la possibilità, seguendo l’impostazione proposta, di applicare una disciplina della risoluzione del leasing che comporti il riconoscimento in favore del concedente di capitale residuo, interessi corrispettivi sino allo scioglimento

e interessi moratori (sino al fallimento, ove dichiarato), il tutto con detrazione del valore di mercato del bene (che sia riallocato o meno), da imputare prima agli interessi e poi al capitale, in linea con l'art. 1194 c.c.

Il superamento dell'art. 1526 cc implicherebbe quindi il venir meno degli effetti restitutori, con possibilità per il concedente di trattenere le somme versate.

Potrà inoltre trovare spazio anche il risarcimento del danno in favore del concedente, precluso invece in ipotesi di *scioglimento ex art. 72 quater lf*.

Quali che siano le clausole penali contrattuali riscontrabili nei contratti di leasing, l'approccio indicato dovrebbe tener conto del danno concretamente invocabile, incamerato l'intero capitale e recuperati gli interessi maturati.

In questi casi resta al giudice, chiamato a decidere sulla riduzione della penale ex art. 1384 c.c.<sup>52</sup>, valutare l'esistenza di un mancato guadagno in capo al concedente, che andrà quindi riconosciuto a tale titolo<sup>53</sup>.

La norma speciale dettata in materia fallimentare è divenuta così l'occasione, da più parti attesa e sollecitata, con cui il legislatore ha indicato la natura del contratto di leasing, con una sorta di tipicizzazione finora assente nel diritto civile, e che consente oggi, con i dovuti adattamenti, una

---

<sup>52</sup> Si veda a tale proposito la nota sentenza Cassazione SS.UU n. 18128 del 13.9.2005, seguita da tutta la giurisprudenza successiva conforme, che ha sancito la riducibilità d'ufficio della penale.

<sup>53</sup> Giova ricordare il principio espresso dalla giurisprudenza ante riforma, secondo cui *“il risarcimento del danno non si presta ad essere commisurato all'intera differenza necessaria per raggiungere il guadagno atteso, poiché la restituzione del bene e l'integrazione del suo valore si traducono in un possibile utile per il concedente che deve essere detratto dalla somma che l'utilizzatore avrebbe ancora dovuto in caso di ultimazione del contratto”* (Cass. 10.9.2010 n. 19306, Cass. 13.1.2005 n. 574 e Cass. 7.2.2012 n. 1695). In definitiva, secondo la Cassazione al concedente vanno riconosciute in simili casi le identiche utilità (non maggiori, né inferiori) che avrebbe conseguito in caso di puntuale adempimento dell'utilizzatore.

coerente applicazione alle singole fattispecie dei principi ivi contenuti.

In tale prospettiva assumono una indicazione lungimirante le sentenze del Tribunale di Monza di cui si è dato conto<sup>54</sup>, con le quali per la prima volta si era aperto un varco alla lettura “dualistica” del leasing elaborata dalla Suprema Corte.

### *Considerazioni conclusive*

L’interpretazione delle questioni legate allo scioglimento e alla risoluzione del contratto di leasing continua a essere a tutt’oggi particolarmente complessa.

Non vi è dubbio che la ricostruzione unitaria di tale figura contrattuale rappresenti un importante segnale per gli operatori e che abbia aperto la strada a soluzioni prima impraticabili.

Permangono evidenti difficoltà interpretative sia nell’ambito fallimentare (si pensi al meccanismo previsto per l’ammissione al passivo, subordinato a una riallocazione solo eventuale e incerta per tempi e valori, al riparto delle liquidità e alla chiusura della procedura) sia in quello civile in genere, ove è ancora del tutto assente un’univoca disciplina della risoluzione del leasing.

Resta quindi l’impressione che ci si sia fermati “a un passo dalla meta”, e di ciò si voleva dar conto con il presente lavoro, lasciando agli operatori la difficoltà di elaborare principi e strumenti coerenti con la nuova impostazione, che pure appare ormai profilarsi.

Avv. Paolo Bortoluzzi

---

<sup>54</sup> Si veda la nota n. 9.