

## **Inapplicabilità dell'articolo 72-quater, Legge Fallimentare, al contratto di leasing anteriormente risolto**

23 Novembre 2016

Antonino Desi

### **Abstract**

Il Tribunale di Brescia si è pronunciato su importanti temi inerenti il trattamento del contratto di locazione finanziaria nel caso di fallimento dell'utilizzatore, primo fra tutti l'inapplicabilità dell'articolo 72-quater, Legge Fallimentare, al contratto di leasing risolto anteriormente alla dichiarazione di fallimento e la validità del diverso trattamento tra leasing di godimento e leasing traslativo.

Il giudice di merito si è inoltre pronunciato sulla inconciliabilità tra l'ammissione al passivo dei residui crediti del concedente e la successiva domanda della curatela volta al recupero *ex* articolo 1526, Codice Civile, dei canoni versati dall'utilizzatore fallito.

*Sommario: 1. L'articolo 72-quater, Legge Fallimentare, in rapporto alla distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo. - 2. Inconciliabilità tra l'ammissione al passivo dei residui crediti della concedente e la successiva azione di ripetizione.*

### **1. L'articolo 72-quater, Legge Fallimentare, in rapporto alla distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo**

Il Tribunale di Brescia (est.: Del Porto; sentenza 2 agosto 2016 n. 2542) ha confermato che, **ove il contratto di leasing si sia risolto anteriormente alla dichiarazione di fallimento del conduttore, non ricorre l'applicabilità della disciplina contenuta nell'articolo 72-quater della Legge Fallimentare** (norma introdotta dall'articolo 59 del Decreto Legislativo n. 5/2006 e successivamente parzialmente integrata dall'articolo 4 del Decreto Legislativo n. 169/2007) **essendo tale norma applicabile ai soli contratti pendenti** al momento della dichiarazione di fallimento.

La sentenza è di poco successiva alla pronuncia del **Tribunale di Novara** (est.: Delle Site, decreto 14 luglio 2016) che è giunto alle medesime conclusioni.

E invero, la norma va letta in combinato disposto con l'articolo 72 della Legge Fallimentare, norma di principio avente portata generale sulla disciplina dei rapporti giuridici pendenti.

L'articolo 72 al primo comma definisce il "rapporto pendente" intendendo per tale il contratto "*ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti..., salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto*", trasferimento che alla luce del principio consensualistico si ottiene con il semplice consenso manifestato dalle parti.

Così definito l'ambito applicativo della disciplina, è sancito il principio generale della sospensione dell'esecuzione del contratto in attesa della decisione del curatore, nel senso del subentro nel rapporto in

luogo del fallito, ovvero nel senso dello scioglimento dallo stesso.

In questo contesto si inserisce l'articolo 72-*quater* che, dettando una disciplina per il contratto di locazione finanziaria pendente al momento della dichiarazione di fallimento sia dell'utilizzatore (commi 1-3) che della società concedente (ultimo comma), ha indubbiamente colmato una lacuna, fonte di incertezza soprattutto per le scelte che incombono sul curatore in ordine al subentro nel contratto.

Con l'articolo 72-*quater* il legislatore ha quindi inteso offrire una soluzione oggettiva che, pur limitatamente ai contratti ancora in essere al momento della dichiarazione di fallimento, superasse la **distinzione tra "leasing traslativo" e "leasing finanziario" o "di godimento"** affermata nella giurisprudenza di legittimità a partire dalle note sei sentenze della Cassazione del 1989 (Cass., Sez. I Civ., 13 dicembre 1989, dalla n. 5569 alla n. 5574) e confermata dalla Suprema Corte in numerose pronunce successive (Cass., Sezioni Unite, 7 gennaio 1993 n. 65; fino a Cass., Sez. III Civ., 29 aprile 2015 n. 8687, che – in punto alla distinzione tra le due fattispecie di leasing – richiama il proprio ultraventennale costante indirizzo con: Cass., Sez. III Civ., 12 settembre 2014 n. 19272; Cass., Sez. III Civ., 28 luglio 2014 n. 17048; Cass., Sez. III Civ., 14 marzo 2013 n. 6578; Cass., Sez. III Civ., 27 settembre 2011 n. 19732; Cass., Sez. III Civ., 10 settembre 2010 n. 19287; Cass., Sez. III Civ., 8 gennaio 2010 n. 73). L'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi negli ultimi ventisette anni, distinguendo tra le due forme di leasing, ha sottolineato che **nel leasing di godimento i canoni costituiscono essenzialmente corrispettivo per il godimento di un bene che, per le sue caratteristiche merceologiche e tecniche, tenderà ad esaurire le proprie utilità entro un limitato periodo di tempo**, sostanzialmente coincidente con quello di durata dello stesso contratto di leasing. **Nel leasing traslativo, invece, il bene oggetto del contratto ha un valore intrinseco generalmente più elevato rispetto ai beni oggetto del leasing di godimento e non è soggetto a significativa obsolescenza**; ne consegue che il corrispettivo pagato dall'utilizzatore, anche se viene definito canone, costituisce parte del prezzo, in quanto, unito al prezzo del riscatto finale notevolmente inferiore al valore residuo del bene, si traduce in un vero e proprio corrispettivo per la vendita del bene.

Senonché, la disciplina introdotta dall'articolo 72-*quater*, come dicevamo, concerne **solo gli effetti del fallimento sui contratti di leasing in corso** ed è pertanto una norma rivolta a regolare esclusivamente una fattispecie di natura concorsuale. **Diversamente, non avrebbe alcun senso il rapportarsi all'articolo 72, dal momento che per un contratto già risolto non si configura alcuna possibilità di subentro della curatela.**

In sostanza, malgrado l'acceso dibattito e i forti contrasti sia in dottrina, sia nella giurisprudenza di merito che ha visto alzarsi voci di segno contrario, **la distinzione tra leasing traslativo e leasing di godimento alla fine non è venuta meno** (vedasi l'articolo 14, lett. b, della **Direttiva 2006/112/CE** che assimila alla cessione *"la consegna materiale di un bene in base ad un contratto che prevede la locazione di un bene...accompagnate dalla clausola secondo la quale la proprietà è normalmente acquisita al più tardi all'atto del pagamento dell'ultima rata"*), in quanto **l'atipicità del contratto** (atipicità che ad oggi permane, non avendo ricevuto tale contratto alcuna autonoma disciplina e non avendo avuto seguito il disegno di legge n. 2375 presentato nel 1997 al Senato nella XIII Legislatura) **lascia aperte le necessità qualificatorie**; e dunque tale dicotomia torna ad assumere rilievo tutte le volte in cui lo scioglimento del contratto avvenga tra soggetti *in bonis*. E comunque solo tra questi, poiché il diritto fallimentare si sovrappone al diritto dei contratti.

È ben vero che la disciplina peculiare di cui all'articolo 72-*quater*, nel suo applicarsi ai soli contratti pendenti e non anche a quelli anteriormente risolti[1], ignora l'anzidetta distinzione; ma **non per negarla tout court**

, bensì unicamente per consentire alle parti una possibilità di proseguimento del contratto, ovvero un contemperamento delle opposte esigenze in caso di scioglimento ad opera del curatore, dal momento che nel diritto fallimentare la volontà negoziale di risoluzione – in deroga ai principi di diritto contrattuale – è riservata a una sola delle parti: la curatela.

Solare è l'insegnamento della Suprema Corte (Cass., sentenza n. 8687/15 cit.): *“In primo luogo, pretendere di ricavare dalla legge fallimentare le regole da applicare in caso di risoluzione del contratto di leasing presupporrebbe che la legge non disciplinasse questa fattispecie. In realtà così non è, perché proprio la presenza dell'articolo 1526 codice civile (che è norma generale rispetto all'articolo 72 quater cit.) rende impensabile il ricorso all'analogia, per mancanza del suo primo presupposto, cioè la lacuna nell'ordinamento. In secondo luogo – prosegue la Corte – perché anche ad ammettere che nell'ordinamento vi fosse una lacuna, essa non potrebbe essere colmata con l'applicazione analogica dell'articolo 72 quater Legge Fallimentare. Tale norma, infatti, non disciplina la risoluzione del contratto di leasing (articolo 1453 cod. civ.), ma il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento. La norma fallimentare è dunque destinata a disciplinare una fattispecie concreta del tutto diversa da quella disciplinata dalla norma sostanziale (ovvero la risoluzione per inadempimento). In terzo luogo – conclude la Corte – perché la tesi sostenuta [dalla società di leasing] prova troppo: l'articolo 72 quater Legge Fallimentare, infatti, stabilisce che alle somme già riscosse dal concedente «si applica l'articolo 67, comma 3» Legge Fallimentare: vale a dire che non possono essere travolte dall'azione revocatoria fallimentare”*: il che sarebbe abnorme se applicato anche al di fuori del diritto fallimentare.

Non appare convincente quanto sostenuto da qualche Autore, secondo il quale la letterale interpretazione dell'articolo 72-quater avrebbe *“l'effetto assurdo di avere un concedente che viene trattato meglio in ambito concorsuale piuttosto che in caso di risoluzione ordinaria del rapporto”* (DE MARCHI P., *Leasing e fallimento*, in AA.VV., *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Zanichelli, Bologna, 2009, pag. 105). L'effetto non è *assurdo*, poiché è **ben vero che se il contratto era in corso alla data di fallimento il concedente non restituisce canoni** (a differenza del caso in cui il contratto si sia risolto prima), **ma l'apparente disparità di trattamento trova ragione nella necessità che la procedura concorsuale (= curatore) rimanga indenne dall'alea interpretativa sulla natura del negozio** (traslativo o di godimento), così uniformando – per entrambi i casi – le conseguenze del mancato subentro del curatore nel contratto.

L'inapplicabilità dell'articolo 72-quater ai contratti risolti conduce quindi anche il Tribunale di Brescia nella richiamata sentenza a confermare che rimangono inalterati i principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in punto alla distinzione tra leasing traslativo e di godimento, con la conseguente applicazione della disciplina di cui all'articolo 1526, Codice Civile, o di quella di cui all'articolo 1458, a seconda che nel caso concreto il leasing sia assimilabile alla vendita con riserva di proprietà ovvero al contratto di locazione.

Peraltro, la tesi esposta ha trovato ancor più pregnante conferma: con **recentissima sentenza (Cass., Sez. I Civ., 9 febbraio 2016 n. 2538**; conferma Trib. Lodi, decreto 7 gennaio 2010), la Suprema Corte ha ribadito che *“se il contratto di leasing si è risolto per inadempimento dell'utilizzatore prima del fallimento di quest'ultimo, la norma che viene in rilievo non è l'articolo 72-quater Legge Fallimentare, che presuppone la pendenza del contratto, bensì l'articolo 72, quinto comma, Legge Fallimentare che, recependo l'orientamento accolto dalla prevalente giurisprudenza prima della riforma, sancisce l'opponibilità alla massa dell'azione di risoluzione promossa anteriormente al fallimento. In questo caso, infatti conserva validità il distinguo tra leasing di godimento e leasing traslativo ed il concedente – prosegue la Corte, sia*

pure con formula criptica – *può far valere nei confronti del fallimento la domanda di risoluzione del contratto ex articolo 1458, primo comma, codice civile o ex articolo 1526 codice civile, ferma la necessità di insinuarsi al passivo qualora con la domanda di risoluzione siano proposte anche domande restitutorie o risarcitorie*”.

Nella medesima sentenza, la Corte richiama una propria precedente pronuncia (sentenza n. 8687/15 cit.) ove aveva affermato il principio di diritto secondo cui *“l’introduzione nell’ordinamento, tramite l’articolo 59 del Decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, dell’articolo 72-quater Legge Fallimentare **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’articolo 1526 codice civile al leasing traslativo) che da essa derivano nell’ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento dell’utilizzatore**”*.

La Corte di Cassazione, pertanto, ha confermato con tali pronunce di ritenere ancora applicabile in via analogica al leasing traslativo la disciplina prevista dall’articolo 1526, Codice Civile, e non di dover applicare analogicamente l’articolo 72-quater della Legge Fallimentare ritenendolo espressamente **circoscritto**, nel suo ambito di applicazione, **ai soli contratti ancora in corso** al momento della dichiarazione di fallimento.

A (provvisoria) conclusione del tema, il **dubbio che potrebbe ancora permanere**, e sul quale il dibattito è aperto, è nel motivo per cui il legislatore abbia introdotto il novellato articolo 73 della Legge Fallimentare, espressamente disciplinando in forma autonoma il contratto di vendita con riserva di proprietà, senza includervi il contratto di leasing recependo le distinzioni qualificatorie operate da dottrina e giurisprudenza. Fermo l’auspicio di un chiarificatore intervento legislativo *de jure condendo* (se non di una tipizzazione del contratto di leasing), riteniamo che l’unica spiegazione sia proprio nel fatto che, **mentre il contratto che nasce come vendita con riserva di proprietà tale rimane, il contratto di leasing** – in forza della sua atipicità – **può solo diventarlo**, a seconda del diverso atteggiarsi (in senso finanziario o in senso traslativo) dei suoi elementi costitutivi e, segnatamente, del rapporto causale (in direzione dello scopo finanziario o di quello traslativo). Se tale interpretazione è esatta, dovrebbe ricavarsene la conferma implicita da parte del legislatore della visione di atipicità del contratto di locazione finanziaria.

## **2. Inconciliabilità tra l’ammissione al passivo dei residui crediti della concedente e la successiva azione di ripetizione**

Riaffermati i principi di cui sopra, il Tribunale di Brescia conclude affermando un ulteriore principio: **l’avvenuta ammissione al passivo** fallimentare dei crediti del concedente per canoni insoluti **determinerebbe la inammissibilità dell’azione di ripetizione** ex articolo 1526, Codice Civile, da parte del curatore essendo, detta ammissione al passivo, *“preclusiva quanto al diritto della curatela di ripetere gli importi in precedenza versati in esecuzione del medesimo contratto (in ossequio al principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile)”*.

Richiamando una propria precedente pronuncia (Trib. Brescia, sentenza 12 luglio 2016 n. 2154), il giudicante argomenta che *“l’assetto del rapporto di leasing (risolto antecedentemente al fallimento, con i correlativi effetti restitutori riguardo ai beni) è stato una volta per tutte definito con l’ammissione al passivo...in relazione a tutti i suoi aspetti finanziari: sicché l’accoglimento della domanda della curatela finirebbe per incidere sull’ammissione al passivo, fondata sull’applicazione della clausola contrattuale – regolativa degli effetti della risoluzione – presupponente (e comunque in concreto comportante) l’assegnazione definitiva dei canoni pagati alla concedente in leasing e non già la loro atomistica considerazione e ripetibilità alla stregua del disposto dell’articolo 1526 codice civile”*.

L’assunto non ci trova concordi. Non bisogna dimenticare che l’ammissione al passivo ha la funzione di riconoscere al creditore la sua posizione soggettiva, quantificando il suo credito così come scaturente dall’intercorso rapporto contrattuale. È fuori discussione che, ove l’esaurito rapporto negoziale tra la concedente e il fallito sia stato fondato su un titolo lecito, valido e idoneo, **il sinallagma avrà ingenerato un credito** della prima. In quanto tale, **questo credito va riconosciuto**, e l’unico momento processuale è quello endofallimentare della verifica dello stato passivo. Ma **ciò non implica che nei confronti di quel creditore non possano essere azionate dal curatore differenti domande per differenti titoli**. Ragionando diversamente se ne dovrebbe ricavare che, ove l’*accipiens* sia riconosciuto comunque titolare di crediti residui, non potrebbe neppure farsi luogo all’azione revocatoria di pagamenti eseguiti in suo favore nel periodo sospetto.

Peraltro, neppure appare decisivo l’argomento secondo cui *“l’accoglimento della domanda della curatela finirebbe per incidere sull’ammissione al passivo, fondata sull’applicazione della clausola contrattuale...presupponente e...comportante l’assegnazione definitiva dei canoni pagati alla concedente”*, poiché quella *definitività* non esiste nel diritto fallimentare, attesa la possibilità della revocazione dei crediti ammessi, ex articolo 98, quarto comma, Legge Fallimentare.

In una corretta prospettiva, **una cosa è il contratto** (di locazione finanziaria) che, in quanto lecito, ha prodotto l’effetto dell’obbligazione (contrattuale) dell’utilizzatore e il correlativo diritto di credito (contrattuale) della concedente. **Altra cosa è la qualificazione** (leasing di godimento, leasing traslativo) **che a quel contratto viene riconosciuta ex post**, ossia non in sede di verifica del passivo, ove l’istruttoria è solo sommaria; quindi, non ad opera del curatore e del giudice delegato, bensì del giudice ordinario adito per l’azione di ripetizione. Sarà quest’ultimo accertamento che, nel riqualificare il contratto, dirà se sussiste un debito della concedente verso il fallimento dell’utilizzatore; e da questa declaratoria scaturirà la **successiva definizione** delle sorti del credito del locatore concedente il quale, a seconda dei casi, potrà vedere riaffermate ovvero travolte le sue ragioni di credito così come inizialmente riconosciute nel decreto di ammissione al passivo fallimentare.

In altri termini, **la successiva azione di ripetizione** promossa dalla curatela (derivante dalla circostanza temporale della risoluzione del contratto, nonché dalla sua qualificazione), **se accolta, non fa che assorbire e superare tanto la domanda creditoria della concedente** (domanda già svolta in sede endofallimentare, e giammai in forma riconvenzionale nel giudizio ordinario: articolo 52, secondo comma), **quanto il suo diritto di credito** (sia pure attraverso il promovimento dell’azione di revocazione dei crediti di cui all’articolo 98); credito che però, sino a quel momento, permane indiscutibilmente. Mentre, **al contrario, il rigetto della domanda restitutoria** (evidentemente per difetto qualificatorio del contratto) **mantiene in essere il credito della concedente**. Credito che, se non fosse stato **nel frattempo insinuato al passivo**, non sarebbe altrimenti azionabile e perderebbe la sua legittima tutela.

Ad ulteriore sostegno di quanto qui sostenuto, aggiungasi che non senza motivo **il decreto di ammissione dei crediti non produce effetti al di fuori del concorso**

(articolo 96, ultimo comma), e neppure costituisce titolo esecutivo nei confronti del creditore tornato *in bonis*, ma semplice prova scritta valida per il procedimento monitorio (articolo 120, quarto comma). Quindi, esso non *definisce* in nulla gli assetti del pregresso rapporto contrattuale.

Oltretutto, da queste considerazioni può addirittura dedursi che, persino a fallimento chiuso, il locatore concedente che – per **mera ipotesi di lavoro** - intendesse esercitare azioni verso il debitore tornato *in bonis* (ex utilizzatore) per il credito rimasto insoddisfatto, ben potrebbe vedersi **opporre la natura traslativa del vecchio contratto di leasing**, con tanto di domanda riconvenzionale (salvi gli effetti della prescrizione) per la restituzione dei canoni anticamente pagati; e ciò, anche nell'ipotesi in cui siffatta eccezione non sia stata a suo tempo sollevata dal curatore per gli scopi recuperatori del fallimento.

[1] Conformi in dottrina: INZITARI B., *Nuove riflessioni in tema di leasing nella disciplina dei rapporti pendenti della novella fallimentare (articolo 72-quater L. Fall.)*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), Doc. n. 46/2006; VITIELLO M., *Fallimento e contratti di leasing pendenti*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 21.5.2014; DALLA VERITA' S., ALBERTAZZI E.M., *Leasing traslativo e fallimento dell'utilizzatore: la disciplina applicabile al contratto risolto anteriormente al fallimento*, *ibidem*, 27.10.2015. *Contra*: LA TORRE M.R., *La disciplina del leasing nel fallimento e gli effetti sulla qualificazione del contratto*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), Doc. n. 173/2009, ove l'A. considera sempre rapporto pendente quello di cui al contratto ad effetti obbligatori e non reali, fino a quando esso non perviene al termine della sua durata oppure fino al momento dell'esercizio dell'opzione finale di acquisto da parte dell'utilizzatore: tesi che tuttavia non concilia il concetto di "rapporto pendente" con quello di "rapporto risolto". In giurisprudenza, la tesi dell'inapplicabilità anche analogica ai contratti anteriormente risolti è condivisa, oltre che dalla Cassazione come tra breve si vedrà, anche dai giudici di merito: Trib. Treviso, est. Rossi, decreto 3 maggio 2016; Trib. Busto Arsizio, est. Fedele, sentenza 7 aprile 2014 n. 80; Trib. Santa Maria Capua Vetere, est. Rabuano, sentenza 30 gennaio 2014; Trib. Mantova, est. Benatti, sentenza 26 settembre 2013; Trib. Milano, est. Mammone, decreto 12 dicembre 2012 n. 13827; Trib. Napoli, est. De Matteis, sentenza 9 giugno 2010; Trib. Mantova, est. Bettini, sentenza 6 febbraio 2008. Di segno tuttavia contrario: Trib. Pordenone, est. Pedoja, decreto 19 giugno 2014; Trib. Padova, est. Zambotto, decreto 14 marzo 2014 n. 1710; Trib. Vicenza, est. Limitone, decreto 13 settembre 2012; Trib. Perugia, est. Rana, decreto 5 giugno 2012; Trib. Torino, rel. Astuni, decreto 23 aprile 2012 n. 1241; Trib. Udine, est. Grisafi, decreto 10 febbraio 2012; Trib. Treviso, est. Fabbro, decreto 5 maggio 2011. In posizione singolare: Trib. Bergamo, est. Vitiello, sentenza 3 maggio 2016, che esclude sia l'applicabilità dell'articolo 72-quater, sia la distinzione tra leasing traslativo e leasing di godimento.

### **Abstract**

Il Tribunale di Brescia si è pronunciato su importanti temi inerenti il trattamento del contratto di locazione finanziaria nel caso di fallimento dell'utilizzatore, primo fra tutti l'inapplicabilità dell'articolo 72-quater, Legge Fallimentare, al contratto di leasing risolto anteriormente alla dichiarazione di fallimento e la validità del diverso trattamento tra leasing di godimento e leasing traslativo.

Il giudice di merito si è inoltre pronunciato sulla inconciliabilità tra l'ammissione al passivo dei residui crediti del concedente e la successiva domanda della curatela volta al recupero ex articolo 1526, Codice Civile, dei canoni versati dall'utilizzatore fallito.

**Sommario:** 1. *L'articolo 72-quater, Legge Fallimentare, in rapporto alla distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo.* - 2. *Inconciliabilità tra l'ammissione al passivo dei residui crediti della concedente e la successiva azione di ripetizione.*

## **1. L'articolo 72-quater, Legge Fallimentare, in rapporto alla distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo**

Il Tribunale di Brescia (est.: Del Porto; sentenza 2 agosto 2016 n. 2542) ha confermato che, **ove il contratto di leasing si sia risolto anteriormente alla dichiarazione di fallimento del conduttore, non ricorre l'applicabilità della disciplina contenuta nell'articolo 72-quater della Legge Fallimentare** (norma introdotta dall'articolo 59 del Decreto Legislativo n. 5/2006 e successivamente parzialmente integrata dall'articolo 4 del Decreto Legislativo n. 169/2007) **essendo tale norma applicabile ai soli contratti pendenti** al momento della dichiarazione di fallimento.

La sentenza è di poco successiva alla pronuncia del **Tribunale di Novara** (est.: Delle Site, decreto 14 luglio 2016) che è giunto alle medesime conclusioni.

E invero, la norma va letta in combinato disposto con l'articolo 72 della Legge Fallimentare, norma di principio avente portata generale sulla disciplina dei rapporti giuridici pendenti.

L'articolo 72 al primo comma definisce il "rapporto pendente" intendendo per tale il contratto "*ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti..., salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto*", trasferimento che alla luce del principio consensualistico si ottiene con il semplice consenso manifestato dalle parti.

Così definito l'ambito applicativo della disciplina, è sancito il principio generale della sospensione dell'esecuzione del contratto in attesa della decisione del curatore, nel senso del subentro nel rapporto in luogo del fallito, ovvero nel senso dello scioglimento dallo stesso.

In questo contesto si inserisce l'articolo 72-quater che, dettando una disciplina per il contratto di locazione finanziaria pendente al momento della dichiarazione di fallimento sia dell'utilizzatore (commi 1-3) che della società concedente (ultimo comma), ha indubbiamente colmato una lacuna, fonte di incertezza soprattutto per le scelte che incombono sul curatore in ordine al subentro nel contratto.

Con l'articolo 72-quater il legislatore ha quindi inteso offrire una soluzione oggettiva che, pur limitatamente ai contratti ancora in essere al momento della dichiarazione di fallimento, superasse la **distinzione tra "leasing traslativo" e "leasing finanziario" o "di godimento"** affermata nella giurisprudenza di legittimità a partire dalle note sei sentenze della Cassazione del 1989 (Cass., Sez. I Civ., 13 dicembre 1989, dalla n. 5569 alla n. 5574) e confermata dalla Suprema Corte in numerose pronunce successive (Cass., Sezioni Unite, 7 gennaio 1993 n. 65; fino a Cass., Sez. III Civ., 29 aprile 2015 n. 8687, che – in punto alla distinzione tra le due fattispecie di leasing – richiama il proprio ultraventennale costante indirizzo con: Cass., Sez. III Civ., 12 settembre 2014 n. 19272; Cass., Sez. III Civ., 28 luglio 2014 n. 17048; Cass., Sez. III Civ., 14 marzo 2013 n. 6578; Cass., Sez. III Civ., 27 settembre 2011 n. 19732; Cass., Sez. III Civ., 10 settembre 2010 n. 19287; Cass., Sez. III Civ., 8 gennaio 2010 n. 73). L'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi negli ultimi ventisette anni, distinguendo tra le due forme di leasing, ha sottolineato che **nel leasing di godimento i canoni costituiscono essenzialmente corrispettivo per il godimento di un bene che, per le sue caratteristiche merceologiche e tecniche, tenderà ad esaurire le proprie utilità entro un limitato periodo di tempo**, sostanzialmente coincidente con quello di durata dello stesso contratto di leasing. **Nel leasing traslativo, invece, il bene oggetto del contratto ha un valore intrinseco generalmente più elevato rispetto ai beni oggetto del leasing di godimento e non è soggetto a significativa obsolescenza**

; ne consegue che il corrispettivo pagato dall'utilizzatore, anche se viene definito canone, costituisce parte del prezzo, in quanto, unito al prezzo del riscatto finale notevolmente inferiore al valore residuo del bene, si traduce in un vero e proprio corrispettivo per la vendita del bene.

Senonché, la disciplina introdotta dall'articolo 72-*quater*, come dicevamo, concerne **solo gli effetti del fallimento sui contratti di leasing in corso** ed è pertanto una norma rivolta a regolare esclusivamente una fattispecie di natura concorsuale. **Diversamente, non avrebbe alcun senso il rapportarsi all'articolo 72, dal momento che per un contratto già risolto non si configura alcuna possibilità di subentro della curatela.**

In sostanza, malgrado l'acceso dibattito e i forti contrasti sia in dottrina, sia nella giurisprudenza di merito che ha visto alzarsi voci di segno contrario, **la distinzione tra leasing traslativo e leasing di godimento alla fine non è venuta meno** (vedasi l'articolo 14, lett. b, della **Direttiva 2006/112/CE** che assimila alla cessione *“la consegna materiale di un bene in base ad un contratto che prevede la locazione di un bene...accompagnate dalla clausola secondo la quale la proprietà è normalmente acquisita al più tardi all'atto del pagamento dell'ultima rata”*), in quanto **l'atipicità del contratto** (atipicità che ad oggi permane, non avendo ricevuto tale contratto alcuna autonoma disciplina e non avendo avuto seguito il disegno di legge n. 2375 presentato nel 1997 al Senato nella XIII Legislatura) **lascia aperte le necessità qualificatorie**; e dunque tale dicotomia torna ad assumere rilievo tutte le volte in cui lo scioglimento del contratto avvenga tra soggetti *in bonis*. E comunque solo tra questi, poiché il diritto fallimentare si sovrappone al diritto dei contratti.

È ben vero che la disciplina peculiare di cui all'articolo 72-*quater*, nel suo applicarsi ai soli contratti pendenti e non anche a quelli anteriormente risolti[1], ignora l'anzidetta distinzione; ma **non per negarla tout court**, bensì unicamente per consentire alle parti una possibilità di proseguimento del contratto, ovvero un contemperamento delle opposte esigenze in caso di scioglimento ad opera del curatore, dal momento che nel diritto fallimentare la volontà negoziale di risoluzione – in deroga ai principi di diritto contrattuale – è riservata a una sola delle parti: la curatela.

Solare è l'insegnamento della Suprema Corte (Cass., sentenza n. 8687/15 cit.): *“In primo luogo, pretendere di ricavare dalla legge fallimentare le regole da applicare in caso di risoluzione del contratto di leasing presupporrebbe che la legge non disciplinasse questa fattispecie. In realtà così non è, perché proprio la presenza dell'articolo 1526 codice civile (che è norma generale rispetto all'articolo 72 quater cit.) rende impensabile il ricorso all'analogia, per mancanza del suo primo presupposto, cioè la lacuna nell'ordinamento. In secondo luogo – prosegue la Corte – perché anche ad ammettere che nell'ordinamento vi fosse una lacuna, essa non potrebbe essere colmata con l'applicazione analogica dell'articolo 72 quater Legge Fallimentare. Tale norma, infatti, non disciplina la risoluzione del contratto di leasing (articolo 1453 cod. civ.), ma il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento. La norma fallimentare è dunque destinata a disciplinare una fattispecie concreta del tutto diversa da quella disciplinata dalla norma sostanziale (ovvero la risoluzione per inadempimento). In terzo luogo – conclude la Corte – perché la tesi sostenuta [dalla società di leasing] prova troppo: l'articolo 72 quater Legge Fallimentare, infatti, stabilisce che alle somme già riscosse dal concedente «si applica l'articolo 67, comma 3» Legge Fallimentare: vale a dire che non possono essere travolte dall'azione revocatoria fallimentare”*: il che sarebbe abnorme se applicato anche al di fuori del diritto fallimentare.

Non appare convincente quanto sostenuto da qualche Autore, secondo il quale la letterale interpretazione dell'articolo 72-*quater* avrebbe *“l'effetto assurdo di avere un concedente che viene trattato meglio in ambito concorsuale piuttosto che in caso di risoluzione ordinaria del rapporto”* (DE MARCHI P., *Leasing e fallimento*



, in AA.VV., *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Zanichelli, Bologna, 2009, pag. 105). L'effetto non è *assurdo*, poiché è **ben vero che se il contratto era in corso alla data di fallimento il concedente non restituisce canoni** (a differenza del caso in cui il contratto si sia risolto prima), **ma l'apparente disparità di trattamento trova ragione nella necessità che la procedura concorsuale** (= curatore) **rimanga indenne dall'alea interpretativa sulla natura del negozio** (traslativo o di godimento), così uniformando – per entrambi i casi – le conseguenze del mancato subentro del curatore nel contratto.

L'inapplicabilità dell'articolo 72-*quater* ai contratti risolti conduce quindi anche il Tribunale di Brescia nella richiamata sentenza a confermare che rimangono inalterati i principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in punto alla distinzione tra leasing traslativo e di godimento, con la conseguente applicazione della disciplina di cui all'articolo 1526, Codice Civile, o di quella di cui all'articolo 1458, a seconda che nel caso concreto il leasing sia assimilabile alla vendita con riserva di proprietà ovvero al contratto di locazione.

Peraltro, la tesi esposta ha trovato ancor più pregnante conferma: con **recentissima sentenza (Cass., Sez. I Civ., 9 febbraio 2016 n. 2538**; conferma Trib. Lodi, decreto 7 gennaio 2010), la Suprema Corte ha ribadito che *“se il contratto di leasing si è risolto per inadempimento dell'utilizzatore prima del fallimento di quest'ultimo, la norma che viene in rilievo non è l'articolo 72-*quater* Legge Fallimentare, che presuppone la pendenza del contratto, bensì l'articolo 72, quinto comma, Legge Fallimentare che, recependo l'orientamento accolto dalla prevalente giurisprudenza prima della riforma, sancisce l'opponibilità alla massa dell'azione di risoluzione promossa anteriormente al fallimento. In questo caso, infatti conserva validità il distinguo tra leasing di godimento e leasing traslativo ed il concedente – prosegue la Corte, sia pure con formula criptica – può far valere nei confronti del fallimento la domanda di risoluzione del contratto ex articolo 1458, primo comma, codice civile o ex articolo 1526 codice civile, ferma la necessità di insinuarsi al passivo qualora con la domanda di risoluzione siano proposte anche domande restitutorie o risarcitorie”*.

Nella medesima sentenza, la Corte richiama una propria precedente pronuncia (sentenza n. 8687/15 cit.) ove aveva affermato il principio di diritto secondo cui *“l'introduzione nell'ordinamento, tramite l'articolo 59 del Decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, dell'articolo 72-*quater* Legge Fallimentare 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'articolo 1526 codice civile al leasing traslativo) che da essa derivano nell'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore”*.

La Corte di Cassazione, pertanto, ha confermato con tali pronunce di ritenere ancora applicabile in via analogica al leasing traslativo la disciplina prevista dall'articolo 1526, Codice Civile, e non di dover applicare analogicamente l'articolo 72-*quater* della Legge Fallimentare ritenendolo espressamente **circoscritto**, nel suo ambito di applicazione, **ai soli contratti ancora in corso** al momento della dichiarazione di fallimento.

A (provvisoria) conclusione del tema, il **dubbio che potrebbe ancora permanere**, e sul quale il dibattito è aperto, è nel motivo per cui il legislatore abbia introdotto il novellato articolo 73 della Legge Fallimentare, espressamente disciplinando in forma autonoma il contratto di vendita con riserva di proprietà, senza includervi il contratto di leasing recependo le distinzioni qualificatorie operate da dottrina e giurisprudenza. Fermo l'auspicio di un chiarificatore intervento legislativo *de jure condendo* (se non di una tipizzazione del contratto di leasing), riteniamo che l'unica spiegazione sia proprio nel fatto che, **mentre il contratto che nasce come vendita con riserva di proprietà tale rimane, il contratto di leasing** – in forza della sua

atipicità – **può solo diventarlo**, a seconda del diverso atteggiarsi (in senso finanziario o in senso traslativo) dei suoi elementi costitutivi e, segnatamente, del rapporto causale (in direzione dello scopo finanziario o di quello traslativo). Se tale interpretazione è esatta, dovrebbe ricavarsene la conferma implicita da parte del legislatore della visione di atipicità del contratto di locazione finanziaria.

## **2. Inconciliabilità tra l'ammissione al passivo dei residui crediti della concedente e la successiva azione di ripetizione**

Riaffermati i principi di cui sopra, il Tribunale di Brescia conclude affermando un ulteriore principio: **l'avvenuta ammissione al passivo fallimentare dei crediti del concedente per canoni insoluti determinerebbe la inammissibilità dell'azione di ripetizione** ex articolo 1526, Codice Civile, da parte del curatore essendo, detta ammissione al passivo, *“preclusiva quanto al diritto della curatela di ripetere gli importi in precedenza versati in esecuzione del medesimo contratto (in ossequio al principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile)”*.

Richiamando una propria precedente pronuncia (Trib. Brescia, sentenza 12 luglio 2016 n. 2154), il giudicante argomenta che *“l'assetto del rapporto di leasing (risolto antecedentemente al fallimento, con i correlativi effetti restitutori riguardo ai beni) è stato una volta per tutte definito con l'ammissione al passivo...in relazione a tutti i suoi aspetti finanziari: sicché l'accoglimento della domanda della curatela finirebbe per incidere sull'ammissione al passivo, fondata sull'applicazione della clausola contrattuale – regolativa degli effetti della risoluzione – presupponente (e comunque in concreto comportante) l'assegnazione definitiva dei canoni pagati alla concedente in leasing e non già la loro atomistica considerazione e ripetibilità alla stregua del disposto dell'articolo 1526 codice civile”*.

L'assunto non ci trova concordi. Non bisogna dimenticare che l'ammissione al passivo ha la funzione di riconoscere al creditore la sua posizione soggettiva, quantificando il suo credito così come scaturente dall'intercorso rapporto contrattuale. È fuori discussione che, ove l'esaurito rapporto negoziale tra la concedente e il fallito sia stato fondato su un titolo lecito, valido e idoneo, **il sinallagma avrà ingenerato un credito** della prima. In quanto tale, **questo credito va riconosciuto**, e l'unico momento processuale è quello endofallimentare della verifica dello stato passivo. **Ma ciò non implica che nei confronti di quel creditore non possano essere azionate dal curatore differenti domande per differenti titoli.**

Ragionando diversamente se ne dovrebbe ricavare che, ove l'*accipiens* sia riconosciuto comunque titolare di crediti residui, non potrebbe neppure farsi luogo all'azione revocatoria di pagamenti eseguiti in suo favore nel periodo sospetto.

Peraltro, neppure appare decisivo l'argomento secondo cui *“l'accoglimento della domanda della curatela finirebbe per incidere sull'ammissione al passivo, fondata sull'applicazione della clausola contrattuale...presupponente e...comportante l'assegnazione definitiva dei canoni pagati alla concedente”*, poiché quella *definitività* non esiste nel diritto fallimentare, attesa la possibilità della revocazione dei crediti ammessi, ex articolo 98, quarto comma, Legge Fallimentare.

In una corretta prospettiva, **una cosa è il contratto** (di locazione finanziaria) che, in quanto lecito, ha prodotto l'effetto dell'obbligazione (contrattuale) dell'utilizzatore e il correlativo diritto di credito (contrattuale) della concedente. **Altra cosa è la qualificazione** (leasing di godimento, leasing traslativo) **che a quel contratto viene riconosciuta ex post**, ossia non in sede di verifica del passivo, ove l'istruttoria è solo sommaria; quindi, non ad opera del curatore e del giudice delegato, bensì del giudice ordinario adito per l'azione di ripetizione. Sarà quest'ultimo accertamento che, nel riqualificare il contratto, dirà se sussiste un debito della concedente verso il fallimento dell'utilizzatore; e da questa declaratoria scaturirà la **successiva definizione** delle sorti del credito del locatore concedente il quale, a seconda dei casi, potrà

vedere riaffermate ovvero travolte le sue ragioni di credito così come inizialmente riconosciute nel decreto di ammissione al passivo fallimentare.

In altri termini, **la successiva azione di ripetizione** promossa dalla curatela (derivante dalla circostanza temporale della risoluzione del contratto, nonché dalla sua qualificazione), **se accolta, non fa che assorbire e superare tanto la domanda creditoria della concedente** (domanda già svolta in sede endofallimentare, e giammai in forma riconvenzionale nel giudizio ordinario: articolo 52, secondo comma), **quanto il suo diritto di credito** (sia pure attraverso il promovimento dell'azione di revocazione dei crediti di cui all'articolo 98); credito che però, sino a quel momento, permane indiscutibilmente. Mentre, **al contrario, il rigetto della domanda restitutoria** (evidentemente per difetto qualificatorio del contratto) **mantiene in essere il credito della concedente**. Credito che, se non fosse stato **nel frattempo insinuato al passivo**, non sarebbe altrimenti azionabile e perderebbe la sua legittima tutela.

Ad ulteriore sostegno di quanto qui sostenuto, aggiungasi che non senza motivo **il decreto di ammissione dei crediti non produce effetti al di fuori del concorso** (articolo 96, ultimo comma), e neppure costituisce titolo esecutivo nei confronti del creditore tornato *in bonis*, ma semplice prova scritta valida per il procedimento monitorio (articolo 120, quarto comma). Quindi, esso non *definisce* in nulla gli assetti del pregresso rapporto contrattuale.

Oltretutto, da queste considerazioni può addirittura dedursi che, persino a fallimento chiuso, il locatore concedente che – per **mera ipotesi di lavoro** - intendesse esercitare azioni verso il debitore tornato *in bonis* (ex utilizzatore) per il credito rimasto insoddisfatto, ben potrebbe vedersi **opporre la natura traslativa del vecchio contratto di leasing**, con tanto di domanda riconvenzionale (salvi gli effetti della prescrizione) per la restituzione dei canoni anticamente pagati; e ciò, anche nell'ipotesi in cui siffatta eccezione non sia stata a suo tempo sollevata dal curatore per gli scopi recuperatori del fallimento.

[1] Conformi in dottrina: INZITARI B., *Nuove riflessioni in tema di leasing nella disciplina dei rapporti pendenti della novella fallimentare (articolo 72-quater L. Fall.)*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), Doc. n. 46/2006; VITIELLO M., *Fallimento e contratti di leasing pendenti*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 21.5.2014; DALLA VERITA' S., ALBERTAZZI E.M., *Leasing traslativo e fallimento dell'utilizzatore: la disciplina applicabile al contratto risolto anteriormente al fallimento*, *ibidem*, 27.10.2015. *Contra*: LA TORRE M.R., *La disciplina del leasing nel fallimento e gli effetti sulla qualificazione del contratto*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), Doc. n. 173/2009, ove l'A. considera sempre rapporto pendente quello di cui al contratto ad effetti obbligatori e non reali, fino a quando esso non perviene al termine della sua durata oppure fino al momento dell'esercizio dell'opzione finale di acquisto da parte dell'utilizzatore: tesi che tuttavia non concilia il concetto di "rapporto pendente" con quello di "rapporto risolto". In giurisprudenza, la tesi dell'inapplicabilità anche analogica ai contratti anteriormente risolti è condivisa, oltre che dalla Cassazione come tra breve si vedrà, anche dai giudici di merito: Trib. Treviso, est. Rossi, decreto 3 maggio 2016; Trib. Busto Arsizio, est. Fedele, sentenza 7 aprile 2014 n. 80; Trib. Santa Maria Capua Vetere, est. Rabuano, sentenza 30 gennaio 2014; Trib. Mantova, est. Benatti, sentenza 26 settembre 2013; Trib. Milano, est. Mammone, decreto 12 dicembre 2012 n. 13827; Trib. Napoli, est. De Matteis, sentenza 9 giugno 2010; Trib. Mantova, est. Bettini, sentenza 6 febbraio 2008. Di segno tuttavia contrario: Trib. Pordenone, est. Pedoja, decreto 19 giugno 2014; Trib. Padova, est. Zambotto, decreto 14 marzo 2014 n. 1710; Trib. Vicenza, est. Limitone, decreto 13 settembre 2012; Trib. Perugia, est. Rana, decreto 5 giugno 2012; Trib. Torino, rel. Astuni, decreto 23 aprile 2012 n. 1241; Trib. Udine, est. Grisafi, decreto 10 febbraio 2012; Trib. Treviso, est. Fabbro, decreto 5 maggio 2011. In posizione singolare: Trib. Bergamo, est. Vitiello,

sentenza 3 maggio 2016, che esclude sia l'applicabilità dell'articolo 72-*quater*, sia la distinzione tra leasing traslativo e leasing di godimento.

**TAG:** *Leasing (contratto di), legge fallimentare, Diritto commerciale, diritto dei contratti e delle obbligazioni, diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*

---

#### **Avvertenza**

*La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.*

---