Tuccillo C., 'Risoluzione per inadempimento nel leasing traslativo: gli ultimi interventi, l'equo compenso, la blockchain e il leasing immobiliare abitativo. Riflessioni a partire da Cass., 28 gennaio 2021, n. 2061 e Cass., 14 ottobre 2021, n. 28023' (2023) 1 EJPLT, 174-207.
DOI : https://doi.org/10.57230/EJPLT223CT

EJPLT
ISSN 2704-8012



Risoluzione per inadempimento nel leasing traslativo: gli ultimi interventi, l'equo compenso, la blockchain e il leasing immobiliare abitativo.

Riflessioni a partire da Cass., 28 gennaio 2021, n. 2061 e Cass., 14 ottobre 2021, n. 28023.

Termination for non-performance in transactional leasing: the latest interventions, fair compensation, blockchain and residential real estate leasing.

Reflections from Cass., 28 January 2021, no. 2061 and Cass., 14 October 2021, no. 28023.

CLARA TUCCILLO
Dottoranda di ricerca, Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

Abstract

Il presente lavoro esamina le conseguenze della risoluzione per inadempimento di un contratto di leasing traslativo affrontando le questioni dell'efficacia intertemporale delle disposizioni della legge 124/2017 e della validità del patto di deduzione alla luce delle ultime pronunce della Cassazione. Prosegue, infine, con una breve indagine sulla natura della somma dovuta ai sensi dell'art. 1 comma 138 della legge 124/2017, in particolare sulla possibilità di rinvenire nella stessa una funzione compensativa; nonché sul rischio che la suddetta disciplina (e, a maggior ragione quella in materia di leasing immobiliare abitativo) possa costituire un mezzo per disciogliersi dal divieto del patto commissorio, che opera invece in materia di mutuo.

This paper examines the consequences of the termination for non-performance of a transfer lease by addressing the issues of the intertemporal effectiveness of the provisions of Law 124/2017 and the validity of the deduction covenant in light of the latest rulings of the Supreme Court. Finally, it continues with a brief investigation on the nature of the sum due pursuant to Article 1 paragraph 138 of Law 124/2017, in particular on the possibility of finding in it a compensatory function; as well as on the risk that the aforesaid rules (and, a fortiori, those on residential real estate leasing) may constitute a means of disengaging from the prohibition of the covenant of commission, which instead operates in the matter of mortgages.

© The author(s) 2023, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: transactional leasing; fair compensation; blockchain; residential real estate leasing.

Sommario: 1. Ricostruzione storico-giuridica. – 1.1. Le conseguenze della risoluzione sulle due tipologie di leasing e la disamina delle clausole inserite nei contratti di leasing traslativo. – 1.2. La clausola di ritenzione delle rate di cui all'art. 1526, comma 2°, cod. civ. – 1.3. La clausola di ritenzione delle rate tra penale e forfettizzazione dell'equo compenso. – 1.4. L'art. 72 quater della legge fallimentare e la legge n. 124/2017. – 2. L'efficacia intertemporale delle disposizioni della l. 124/2017 alla luce di Cass., 28 gennaio 2021, n. 2061. – 2.1. (*segue*) Il parametro del c.d. fatto compiuto. – 3. La validità del patto di deduzione alla luce di Cass., 14 ottobre 2021, n. 28023. – 3.1. I fatti di causa. – 3.2. La decisione della Corte. – 3.3. L'ordine pubblico economico e il principio di buona fede. – 4. Funzione e trasformazione dell'equo compenso. – 4.1. L'equo compenso ex art. 1526 c.c. – 4.2. La *blockchain* come strumento per verificare lo status del bene. – 4.3. Equo compenso e risarcimento del danno. – 4.4. Diverse occasioni in cui si fa uso dello strumento dell'equo compenso. – 5. Il leasing immobiliare abitativo e le differenze con il mutuo. – 5.1. Il divieto del patto commissorio. – 5.2. Il patto marciano.

1. Ricostruzione storico-giuridica.

È noto che già pochi anni dopo dall'emergere del contratto di leasing nella pratica degli affari, quale contratto di durata, dotato di causa di puro godimento, alla scadenza del quale il bene andava restituito al concedente, la giurisprudenza colse come alla radice dell'operazione aleggiasse una causa di finanziamento[1], data dall'esigenza da

[1] Si riportano, di seguito, una sequela di contributi che si sono succeduti in tema di leasing finanziario; senza alcuna pretesa di completezza si rinvia a R. Clarizia, *La locazione finanziaria (financial leasing) come contratto con causa di finanziamento*, in *Il Tremisse*, 1975, n. 19; Id., *La locazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 35 e ss.; Id., *La Cassazione, la locazione finanziaria e i contratti di finanziamento*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 348 e ss.; Id., *I contratti per il finanziamento dell'impresa: mutuo di scopo, leasing, factoring*, in V. Buonocore (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2002, p. 144 e ss.; Id., *Contratti di leasing,* in E. Gabrielli, R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2004, p. 311 e ss.; G. Mirabelli, *Il leasing e il diritto italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1974, I, p. 228 e ss.; G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; Id., *Il leasing e il factoring come strumenti di finanziamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 9 e ss.; Id., *Leasing*, in *Dig. disc. priv. sez. civ. X*, 1993; Id., *Il contratto di leasing*, Milano, 1995; V. Buonocore, A. Fantozzi, M. Alderighi, G. Ferrarini, *Il leasing, profili privatistici e tributari*, Milano, 1975; G. Ferrarini, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977; Id., *Problemi della locazione finanziaria: esperienze giurisprudenziali e prassi contrattuale in Italia e all'estero*, in P. Verrucoli (a cura di), *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale. Profili comparatistici*, Milano, 1978, p, 119 e ss.; V. Calandra Bonaura, *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, p. 183 e ss.; E. M. Leo, *L'essenza del credito e il leasing finanziario*, in *Riv. soc.,* 1978, p. 72 e ss.; G. Gabrielli, *Sulla funzione del leasing*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 455 e ss.; A. Frignani, *Il leasing verso una disciplina legislativa completa*, in *Giur. it.*, 1983, p. 369 e ss.; Id., *La locazione finanziaria negli ordinamenti di civil e di common law*, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 19 e ss.; F. Santoro Passarelli, *Variazioni civilistiche sul "leasing"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 676 e ss.; G. Sbisà, D. Velo, *La giurisprudenza sul leasing in Europa*, Milano, 1984; G. Caselli, *Leasing*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 213 e ss.; A. Barenghi, *Osservazioni in tema di leasing*, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 158 e ss.; A. M. Marchio, *Atipicità e funzione economica del leasing*, in *Giur. it.*, 1985, p. 1143 e ss.; M. Bussani, *Locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 585 e ss.; F. Giorgianni, *Riflessioni sul contratto di leasing e fallimento dell'"utilizzatore"*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 15 e ss.; A. Munari, *Il leasing come contratto atipico di durata*, in *Foro pad.,* 1986, I, p. 319 e ss.; F. Chiomenti, *Il leasing, il Tribunale di Milano e Donna Prassede*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, p. 282 e ss.; id., *Il leasing finanziario e le scuole giuridiche ortopediche*, in *Riv. dir. comm*., 1988, II, p. 94 e ss.; A. Luminoso,

parte del conduttore di ottenere l'anticipazione di un capitale, pari al prezzo di acquisto di un bene, da parte del concedente, nonché il coinvolgimento di tre soggetti (fornitore, concedente e utilizzatore) e fu, così, indotta a scindere due figure contrattuali atipiche, aventi ciascuna una propria connotazione, in riferimento allo scopo pratico che l'assetto degli interessi predisposto dalle parti mirava a realizzare.

Si introdusse, in tal modo, la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo: «nella prima figura, corrispondente a quella tradizionale, la utilizzazione della res da parte del concessionario dietro versamento dei canoni all'uopo previsti si inquadra, secondo la volontà delle parti, in una funzione di finanziamento a scopo di godimento del bene per la durata del contratto, conforme alla potenzialità economica del bene stesso, onde i canoni costituiscono esclusivamente il corrispettivo di tale godimento; nella seconda, invece, le parti, al momento della formazione del consenso prevedono che il bene, avuto riguardo alla sua natura, all'uso programmato e alla durata del rapporto, è destinato a conservare alla scadenza contrattuale un valore residuo particolarmente apprezzabile per l'utilizzatore in quanto notevolmente superiore al prezzo di opzione»[2]. La presenza di due fattispecie distinte all'interno della figura contrattuale della originaria locazione finanziaria fu confermata da un'altra pronuncia delle Sezioni Unite, n. 65 del 1993, la quale ravvisò, chiarendone i tratti caratteristici, una prima figura, caratterizzata da una stretta inerenza del contratto con le finalità dell'impresa e con una durata pari alla obloscenza tecnico-economica del bene, che presenta una funzione esclusivamente finanziaria, e una seconda fattispecie, con la quale le parti intendono realizzare un preminente e coessenziale effetto traslativo, senza che abbia più rilevanza la figura soggettiva dell'imprenditore e la durata contrattuale, notevolmente inferiore alla obsolescenza del bene.

Nel leasing di godimento, durante lo svolgimento del rapporto, sussiste un costante equilibrio economico tra le prestazioni delle parti, sicché sono ravvisabili i requisiti del contratto ad esecuzione continuata o periodica, comportando ciò l'applicazione del principio generale della irretroattività *inter partes* degli effetti della risoluzione ai sensi

---

Natura del leasing e oggetto dello scambio, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 525 e ss.; M. R. LA TORRE, *La natura giuridica del leasing secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. it.,* 1988, p. 727 e ss.; N. LIPARI, *Leasing e vendita con patto di riservato dominio alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in A. MUNARI (a cura di), *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia*, Milano, 1988, p. 67 e ss.; F. DENOZZA, *Aspetti negoziali del leasing*, in *Aa.Vv*., *Il leasing verso gli anni '90: fra realtà negoziale e prospettive di cambiamento*, Brescia, 1988, p. 17 e ss.; G. ALPA, *Qualificazione dei contratti di leasing e di factoring e suoi effetti nella procedura fallimentare*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1988, II, p. 370 e ss.; A. VIOLANTE, *La "locazione finanziaria" e la individuazione della disciplina*, Napoli, 1988; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "leasing" e la causa di finanziamento: una confutazione grafica*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2329; M. BUSSANI, P. CENDON, *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e di giurisprudenza. Leasing, factoring, franchising*, Padova, 1989, p. 7 e ss.; S. MONTICELLI, *Leasing, in Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 92 e ss.; N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990; R. PARDOLESI, *Leasing finanziario: si ricomincia da due*, in *Foro it*., 1990, I, p. 474 e ss.; D. VELO (a cura di), *Il leasing: manuale sugli aspetti giuridici, economici e fiscali*, Roma, 1991; M. GORGONI, *Sulla qualificazione giuridica del leasing*, in *Riv. not.*, 1993, p. 468 e ss.; F. VASSALLO PALEOLOGO, *I contratti di locazione finanziaria*, Padova, 1994; D. PURCARO, *La locazione finanziaria. Leasing*, Padova, 1998; N. VISALLI, *La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 2000, p. 643 e ss.; G. LENER, *La qualificazione del leasing fra contratto plurilaterale ed "operazione giuridica"*, in *Studium iuris*, 2001, p. 1152 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, Milano, Giuffrè ed., 2006; M. IMBRENDA, *Leasing e lease bac*k, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Tratt. dir. civ*., del Consiglio nazionale del Notariato, Napoli, 2008; G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. e impr*. 867, 2008; V. VITI, *Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*, in *Giur. it.*, 2016, 1, p. 36 e ss; L. BERTINO, *L'uniformazione del contratto di locazione nel diritto italiano e la stampa Unidroit Cippi*, in *Rivista di diritto commerciale europeo*, *Kluwer Law International BV*, Paesi Bassi, 2019.

[2] Cfr. Cass., 13.12.1989, n. 5569, in *Foro.it*, voce *Contratto in genere*, nn. 200, 199, 196.

del comma 1 dell'art. 1458 cod. civ., estendibile ai contratti innominati in forza dell'art. 1323 cod. civ.[3]

Nel leasing traslativo, di contro, le parti considerano l'economia complessiva del rapporto in ragione della natura del bene, del suo utilizzo, della relativa usura nonché della durata del contratto e, sulla base di tali parametri, prevedono che alla scadenza contrattuale il bene conservi un valore residuo apprezzabile per l'utilizzatore, notevolmente superiore al prezzo di opzione.

In tal caso, il trasferimento del bene all'utilizzatore non costituisce, come nel leasing tradizionale, un'eventualità del tutto marginale ed accessoria, rientrando viceversa nella funzione specificamente assegnata dalle parti al contratto. Ciascun canone costituisce, difatti, il corrispettivo sia della concessione in godimento sia del previsto trasferimento della proprietà del bene al termine del periodo di godimento, identificandosi il *discrimen* tra le due figure di leasing nel rapporto tra valore residuo del bene e prezzo di opzione alla scadenza del contratto, nel senso che nel leasing traslativo il primo è superiore al secondo[4].

A questo nuovo tipo di locazione finanziaria è stata negata la natura di contratto ad esecuzione continuata o periodica, poiché difetta di quella perfetta corrispettività tra le prestazioni reciproche e periodiche che caratterizza, per contro, il leasing di godimento. Le prestazioni di ciascuna delle parti non sono separabili giuridicamente ed economicamente dalle precedenti e dalle successive, e dunque costituiscono un *unicum* in cui è impossibile distinguere la corrispondenza tra prestazione e controprestazione.

Non sussiste, pertanto, l'equivalenza delle posizioni delle parti al momento dell'anticipata risoluzione del rapporto, difettando il presupposto essenziale per l'applicazione della disciplina dell'art. 1458 cod. civ.

Di conseguenza, al leasing traslativo è applicabile l'art. 1526 cod. civ. in materia di vendita con riserva di proprietà, in virtù di «tutta una serie di situazioni analogiche» esistenti tra i due contratti, tra cui assumono particolare rilevanza la causa finalizzata al trasferimento del bene e la garanzia per il finanziatore di poterne rientrare nella piena disponibilità materiale, fino all'integrale pagamento del prezzo[5]. La mancanza

[3] In tal senso ha argomentato Cass., 6.05.1986, n. 3023, in *Riv. it. leasing*, 1986: «al contratto di leasing finanziario, quale contratto privo di una particolare disciplina tipica, risultano direttamente applicabili, in forza del richiamato principio di cui all'art. 1323 c.c., le norme sulla disciplina generale del contratto, fra le quali vi è, in tema di risoluzione dei contratti di durata, quella di cui all'art. 1458, palesemente incompatibile con la previsione normativa di cui all'art. 1526, riferita al contratto nominato di vendita con riserva della proprietà».

[4] Cass., 7.01.1993, n. 65, in *Il Foro Italiano*, 1994, pp. 177/178-199/200, statuisce che «le […] conclusioni raggiunte dal più recente indirizzo giurisprudenziale [inaugurato dalle pronunce n. 5569-5574/89] conservino piena validità e meritino conferma […]. Ed invero, il discrimen tra leasing "di godimento" e leasing «traslativo» risiede nella previsione originaria, ad opera delle parti, di quello che sarà, alla scadenza del contratto, il rapporto tra valore residuo del bene e prezzo di opzione: nel senso che mentre la previsione di un'apprezzabile eccedenza di valore può essere rivelatrice – sia pur solo in via sintomatica ed indiretta – della originaria volontà delle parti volta essenzialmente al trasferimento della proprietà del bene inizialmente concesso in godimento, l'opposta previsione può invece indurre alla individuazione di una volontà negoziale finalizzata alla sola concessione in godimento».

[5] Gli stessi Giudici ritengono che «la risoluzione della locazione finanziaria, per inadempimento dell'utilizzatore, non si estende alle prestazioni già eseguite, in base alle previsioni dell'art. 1458, co.1, c.c. in tema di contratti ad esecuzione continuata e periodica ove si tratti di "leasing" cosiddetto di godimento, pattuito con funzione di finanziamento, rispetto a beni non Idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto (con conseguenziale marginalità dell'eventuale opzione), e dietro canoni che configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso dei beni stessi. La risoluzione medesima, invece, si sottrae a dette previsioni, e resta soggetta all'applicazione in via analogica delle disposizioni fissate dall'art. 1526 c.c. con riguardo alla vendita con riserva della proprietà, ove si tratti di "leasing" cosiddetto traslativo, pattuito con riferimento a beni atti a conservare a quella

dell'effetto traslativo automatico della proprietà del bene non è ostativa all'applicazione della norma invocata, poiché in tal caso il patto di opzione assume una funzione meramente formale nella previsione delle parti che hanno fin dall'inizio considerato e voluto il trasferimento della proprietà del bene.

In definitiva, il profilo causale del leasing traslativo scaturisce dalla volontà delle parti di imputare i canoni anche a titolo di pagamento del prezzo, oltre che per il godimento *medio tempore* del bene[6].

1.1. Le conseguenze della risoluzione sulle due tipologie di leasing e la disamina delle clausole inserite nei contratti di leasing traslativo.

La differenza tra leasing di godimento – assimilato alla locazione – e leasing traslativo – equiparato alla vendita con riserva della proprietà[7] –, si concretizzava con forza nelle conseguenze della risoluzione nel contratto.

Se nel leasing di godimento, infatti, data l'applicazione analogica dell'art. 1458, comma 1, c.c.[8], si aveva l'irretroattività degli effetti della risoluzione, con la conseguenza che tutte le prestazioni sino a quel momento eseguite restavano ferme; nel leasing traslativo, vista l'applicazione dell'art. 1526 c.c.[9], a fronte della restituzione del bene al concedente, quest'ultimo avrebbe dovuto restituire le rate sino a quel momento riscosse, salvo un equo compenso per l'utilizzo del bene oltre al risarcimento del danno.

In quest'ultimo caso vi era, tuttavia, la possibilità di inserire delle clausole volte a consentire al concedente di trattenere i canoni già corrisposti oltre che ad ottenere la restituzione del bene (c.d. clausole di confisca), e non solo.

---

scadenza un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione, e dietro canoni che scontano anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto (rispetto a cui la concessione in godimento assume funzione strumentale».

[6] Si veda Cass., 14.11.2006, n. 24214, in *Leggi d'Italia*, laddove si afferma: «Ricorre la figura di leasing di godimento, pattuito con funzione di finanziamento, rispetto a beni non Idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto a fronte di canoni che configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso dei beni stessi, Si configura, invece, il leasing traslativo allorché la pattuizione si riferisce a beni atti a conservare a quella scadenza un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione ed i canoni hanno la funzione di scontare anche una quota del prezzo di previsione del successivo acquisto. L'accertamento della volontà delle parti trasfusa nelle clausole contrattuali in ordine al tipo di negozio posto in essere rientra nei poteri del giudice del merito e non è censurabile in sede di legittimità, se non per violazione dei criteri ermeneutici, ovvero per vizio di motivazione».

[7] La tesi che sosteneva l'esistenza di due tipi di locazione finanziaria è stata oggetto di critica, in quanto si è osservato che il leasing nella prassi si presenta in modo piuttosto uniforme. Cfr. R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p.181, secondo il quale l'errore nel quale cade la Corte di Cassazione quando, a prescindere dalla qualificazione giuridica, sostiene l'esistenza di due tipi di locazione finanziaria «è quello di non dare il giusto rilievo alla struttura immutabile e costante dell'operazione ed al suo concreto svolgimento nella realtà del mercato italiano». In senso critico si è espressa anche una sentenza di merito (Trib. Milano, 17.06.2009, in *Mass. Giur. It*., 2009) che ha ritenuto non condivisibile la distinzione operata dalla Suprema Corte dato che la finalità di finanziamento – che costituisce la causa presente in ogni tipo di leasing – è sufficiente in quanto lecita e meritevole di tutela, a caratterizzare il contratto, anche quando il fine dell'utilizzatore sia quello di acquistare la proprietà del bene alla scadenza del contratto.

[8] Art. 1458, comma 1, c.c.: «La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite».

[9] Secondo il comma 1 dell'art. 1526 c.c.: «Se la risoluzione del contratto ha luogo per l'inadempimento del compratore (utilizzatore), il venditore (concedente o società di leasing) deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno».

Le clausole relative alla risoluzione posso essere di diverso tipo e qui, ai fini espositivi, è perciò necessario differenziare le clausole che prevedono il diritto del concedente di trattenere canoni e quelle che prevedono – in forme molto diversificate – una sanzione ulteriore a carico dell'utilizzatore inadempiente. In presenza delle prime, il contraente inadempiente, più che essere tenuto ad una prestazione, perde il diritto alla ripetizione; non si tratta di una prestazione determinata, perché la somma non ripetibile sarà determinata soltanto a posteriori, al momento dell'inadempimento, ed anzi sarà tanto maggiore quanto maggiore sarà stato l'adempimento.

Come devono essere valutate queste clausole, nel leasing?

In passato, quando parte della dottrina riteneva si potesse applicare al leasing solo la disciplina della locazione, tali clausole erano considerate addirittura superflue perché il criterio della ritenzione dei canoni percepiti in caso di risoluzione è pienamente previsto dall'art. 1458, 1° comma, 2° ipotesi c.c., secondo cui nei contratti a esecuzione continuata «l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite».

Da quando è pacifica l'applicazione al leasing traslativo della disciplina della vendita rateale con riserva di proprietà, si applica la regola enunciata dal 2° comma dell'art. 1526 c.c., secondo cui «qualora si sia convenuto che le rate pagate restino acquisite a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta».

Per ciò che concerne le seconde, il loro stesso tenore contrasta con l'idea del contratto di leasing come contratto di finanziamento, in base al quale l'utilizzatore deve restituire al concedente una somma determinata, corrispondente al totale dei canoni; per questo motivo il settore delle clausole penali ha visto, per anni, una giurisprudenza contraddittoria e divisa[10].

Da ultimo, la giurisprudenza ha affermato che in tema di leasing traslativo, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, la clausola penale che attribuisca al concedente, oltre all'intero importo del finanziamento, anche la proprietà e il possesso del bene, è manifestamente eccessiva in quanto concede vantaggi maggiori di quelli conseguibili dalla regolare esecuzione del contratto, dovendo il giudice effettuare, ai fini della sua riducibilità ex art. 1384 c.c., una valutazione comparativa tra il vantaggio che

[10] Hanno coesistito decisioni che riducevano l'indennità consistente nella ritenzione dei canoni percetti, e di sentenze che all'opposto applicavano clausole penali che imponevano il pagamento dei canoni a scadere. Sul punto v. Cass., 27.09.2011, n. 19732, in *Diritto e Contenzioso Bancario*; Cass., 17.01.2014, n. 888 e Cass. 24.06.2002, n. 9161, in *Leggi d'Italia*. Secondo Cass., 27.09.2011, n. 19732, cit., la penale contrattuale che predetermina la liquidazione del danno da inadempimento attraverso un calcolo che prevede il cumulo dei canoni scaduti e di quelli a scadere è in contrasto con il principio di equo temperamento delle posizioni contrattuali che prevede un generico concetto di equo compenso per l'uso della cosa e risarcimento dei danni. La Corte ha chiarito che al leasing traslativo si applica la disciplina di carattere inderogabile di cui all'art. 1526 c.c. in tema di vendita con riserva della proprietà, la quale comporta, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, la restituzione dei canoni già corrisposti e il riconoscimento di un equo compenso in ragione dell'utilizzo dei beni, tale da remunerare il solo godimento e non ricomprendere anche la quota destinata al trasferimento finale di essi; ne consegue che il concedente, mantenendo la proprietà del bene ed acquisendo i canoni maturati fino al momento della risoluzione, non può conseguire un indebito vantaggio derivante dal cumulo della somma dei canoni e del residuo valore del bene Quanto appena richiamato, serva ad individuare il potere del giudice di ridurre ad equità la penale predeterminata quando appaia eccessiva in rapporto a tutti gli aspetti economici del contratto ed in particolare quando la liquidazione anticipata scaturisca dalla sommatoria dei canoni locativi. Detta decisione, sia essa di riduzione o di conferma della penale, dovrà avvenire in ragione degli elementi probatori versati dalle parti nel processo e dovranno avere, come obbiettivo, la ricostruzione dei parametri economici del contratto di leasing. Con queste argomentazioni, Cass., 10.02.2015, n. 2491, hanno confermato la decisione del giudice di merito che aveva ridotto la clausola penale predeterminata condannando l'utilizzatore al pagamento dei canoni scaduti e non versati, oltre interessi e risarcimento dei danni.

detta clausola assicura al contraente adempiente e il margine di guadagno che il medesimo si riprometteva legittimamente di trarre dalla regolare esecuzione del contratto[11].

Le parti possono, viceversa, convenire con patto avente natura di clausola penale, l'irrepetibilità dei canoni già versati da quest'ultimo prevedendo la detrazione, dalle somme dovute al concedente, dell'importo ricavato dalla futura vendita del bene restituito, essendo tale clausola coerente con la previsione contenuta nell'art. 1526, secondo comma, c.c.[12]

1.2. La clausola di ritenzione delle rate di cui all'art. 1526, comma 2°, cod. civ..

Il secondo comma dell'art. 1526 c.c. contiene l'unica ipotesi di clausola di ritenzione delle rate espressamente disciplinata dal codice civile. Essa è collocata a chiusura della disciplina della vendita con riserva di proprietà e, nel contemplare la possibilità, per le parti, di far conseguire all'inadempimento del compratore la ritenzione delle rate versate in favore del venditore, tale disposizione accorda al giudice un potere equitativo di riduzione. Salve alcune posizioni isolate, dottrina e giurisprudenza non hanno mai dubitato che l'art. 1526, comma 2°, cod. civ. configurasse una particolare ipotesi di clausola penale (e ciò nonostante si siano correttamente messi in luce gli elementi comuni con la figura del deposito cauzionale e del pegno irregolare[13]). Il reale effetto di tale accordo è, infatti, (unicamente) quello di far conseguire all'inadempimento del promissario acquirente la possibilità, per il promittente venditore, di trattenere una somma di denaro proveniente dal suo patrimonio, secondo lo schema tipico della clausola penale.

La qualificazione della clausola alla stregua di penale trova conferma nella constatazione per cui, una siffatta clausola, finisce con l'attribuire al creditore una somma assai maggiore rispetto al danno prevedibile.

Occorre ora sgomberare il campo da due questioni che solitamente emergono in materia di clausola di ritenzione delle rate. La prima è che tale clausola, a prescindere dalla sua qualificazione, porrebbe problemi circa la determinatezza del suo oggetto, posto che essa non stabilirebbe il preciso ammontare dovuto in caso di inadempimento.

Si tratta di un argomento privo di fondamento, considerato che, ordinariamente, l'oggetto della clausola può facilmente desumersi *per relationem* dalle pattuizioni del contratto che regolano le rate[14].

La seconda questione è più complessa e concerne la contraddittorietà di cui, spesso, tale patto viene tacciato. Si sostiene, infatti, che rispetto allo schema presupposto dall'art. 1382 cod. civ., la clausola di ritenzione delle rate determini l'effetto paradossale di imporre una sanzione che aumenta in proporzione alla diligenza dimostrata dal compratore nell'adempimento dell'obbligazione di pagamento. La dottrina ritiene che tale contraddittorietà, spesso sottolineata, sia, in realtà, solo apparente[15]. La clausola

[11] Cass., 21.08.2018, n. 20840, in *www.laleggepertutti.it*.
[12] Cass., 12.06.2018, n. 15202, in *www.ilcaso.it*.
[13] V. G. CAZZETTA, *Il diritto di ritenzione tra funzione di garanzia e funzione solutoria*, in *Rivista di Diritto Bancario*.
[14] Cass., 12.10.2020, n. 2196, in *Leggi d'Italia*.
[15] Ne parla A. VERCELLONE, *Contratto preliminare - il patto di ritenzione delle rate tra penale e caparra confirmatoria*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2021.

penale è pur sempre uno strumento di forfetizzazione del risarcimento, onde le valutazioni circa il suo ammontare vanno parametrate al danno prevedibile e non al grado di diligenza del debitore. Tale effetto "paradossale" è, in realtà, del tutto ragionevole posto che nei contratti in cui, solitamente, la clausola in esame viene inserita (preliminare a effetti anticipati[16], vendita con riserva di proprietà e leasing traslativo) il danno prevedibile tipicamente aumenta proporzionalmente alla durata del rapporto.

In queste tipologie contrattuali, la principale voce di danno consiste infatti nel lucro cessante derivante dal mancato utilizzo alternativo del bene, lucro cessante che, come ovvio, aumenta con il trascorrere del tempo. Allo stesso modo, anche la perdita di *chance* connessa al rifiuto di potenziali offerte alternative più vantaggiose – altra voce di danno ipotizzabile in questi casi – non solo è idonea ad aumentare con il passare del tempo, ma pure proporzionalmente al grado di adesione al contratto di mostrata dal debitore e al conseguente maggiore affidamento che questa ingenera nell'altro contraente[17].

1.3. La clausola di ritenzione delle rate tra penale e forfettizzazione dell'equo compenso.

Una volta correttamente qualificata come penale la clausola in esame, occorre chiedersi quale disciplina vada ad essa applicata. La dottrina tende a minimizzare le differenze tra la disciplina generale della clausola penale e quella di cui all'art. 1526, comma 2°, cod. civ., talvolta ritenendo alla seconda applicabili le regole previste per la prima, talaltra qualificando la norma speciale quale mera manifestazione di quanto già enunciato negli artt. 1382 ss. cod. civ.

È questo un approccio non da tutti condiviso[18]. L'applicabilità della disciplina generale di cui all'art. 1382 ss. cod. civ. al patto descritto dall'art. 1526 cod. civ. discenderebbe

---

[16] ID., *Contratto preliminare - il patto di ritenzione delle rate tra penale e caparra confirmatoria*, cit., p. 266, ritiene che le caratteristiche dell'art. 1526 c.c. ne hanno legittimato l'estensione analogica, nell'assenza di una disciplina speciale, non solo al leasing traslativo, ma anche preliminare di compravendita a effetti anticipati. Non si vede, dunque, alcuna valida ragione per escludere questo tipo di contratto dall'ambito di applicazione dell'art. 1526, comma 2°, cod. civ. Ed invero, delle due l'una: o si ritiene l'art. 1526 cod. civ. applicabile alla sola vendita con riserva di proprietà, e allora tutti gli altri contratti ne possono legittimamente restare esclusi, ovvero, come si è ritenuto che questo fosse applicabile al leasing traslativo, allora a tutti i contratti che recano gli stessi elementi del suddetto, incluso il preliminare a effetti anticipati, potrà essere applicata in via analogica la norma. Sull'applicabilità dell'art. 1526, comma 2°, cod. civ. al preliminare a effetti anticipati, si può consultare: G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, 1999, pp. 510 ss.; G. D'AMICO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, P. PERLINGIERI (diretto da), 2013, pp. 290 ss.; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993; P. GRECO-G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1981, sub artt. 1470-1547; F. BOCCHINI, *La vendita*, in *Trattato Rescigno*, 2000. Per un primo inquadramento v. V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, G. FAUCEGLIA, *Codice della vendita*, sub. art. 1526 c.c., 2018. Su art. 1526 e leasing traslativo v. M. BUSSANI, *Contratti moderni. Factoring, franchising, leasing*, in *Trattato di diritto civile*, R. SACCO (diretto da), 1998, pp. 296 ss.; V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 2008, pp. 162 ss. Sulla cumulabilità tra azione generale di arricchimento e risarcimento del danno v. P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 65.

[17] Sull'alternatività tra ritenzione della caparra e risarcimento del danno: Cass., 14.01.2009, n. 553, in *Leggi d'Italia*; sulla natura del recesso di cui all'art. 1385 cod. civ. v., ex multis, Cass., 14.03.1988, n. 2435, in *Rep. foro.it*, 1988; sull'ammissibilità della penale a effetti reali v. Trib. Oristano, 14.04.2005, in *Rivista giuridica sarda*, 2006.

[18] Ne parla A. VERCELLONE, *Contratto preliminare - il patto di ritenzione delle rate tra penale e caparra confirmatoria*, cit., p. 266.

già, infatti, dalla qualificazione di quest'ultimo come clausola penale. Se questo fosse stato l'intento del legislatore, egli avrebbe semplicemente omesso l'art. 1526, comma 2°, cod. civ. o, al più, una volta descritto il patto, rinviato, per la sua disciplina, agli artt. 1382 ss., cod. civ. Così, tuttavia, non è. Al contrario, la norma di cui all'art. 1526, comma 2°, cod. civ. detta un'autonoma articolata regolamentazione della clausola, la quale reca due rilevanti deviazioni rispetto alla disciplina generale della penale. La prima concerne il profilo della forfetizzazione del risarcimento e la conseguente facoltà, per il creditore, di agire in giudizio per ottenere l'eventuale danno ulteriore. La seconda riguarda il potere giudiziale di riduzione. Muovendo dal primo profilo, occorre osservare come la norma in commento descriva la clausola oggetto della propria disciplina nei termini del patto con cui le parti convengono che «le rate pagate restino acquisite al compratore a titolo di indennizzo».

Quest'ultimo termine merita alcune riflessioni. Come sempre accade, anche in questo caso la parola «indennizzo», se isolatamente considerata, non assume un significato preciso, indicando semplicemente che ci si trova innanzi a una di quelle ipotesi nelle quali il legislatore non ha voluto usare il termine «risarcimento»[19]. Il contenuto di tale locuzione diviene tuttavia immediatamente chiaro non appena si guarda al disposto del primo comma della norma in esame, il quale prevede che, in caso di risoluzione del contratto addebitabile al compratore, il venditore ha il diritto ad ottenere un «equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno».

Com'è stato correttamente osservato[20] l'equo compenso di cui discorre l'art. 1526 cod. civ. svolge la funzione di agevolare il venditore, esonerandolo dall'onere di dimostrare la componente di danno relativa al lucro cessante, tipica di questo tipo di contratti, il cui risarcimento viene surrogato dalla sua corresponsione, ferma la possibilità per il creditore di agire per ottenere il ristoro di eventuali danni ulteriori.

L'indennizzo ex art. 1526, comma 2°, cod. civ. altro non è che la forfetizzazione convenzionale dell'equo compenso di cui al primo comma[21]. In altre parole, l'art. 1526 cod. civ., nel disciplinare l'inadempimento del compratore, prevede che le rate versate debbano essere restituite, ma che il venditore abbia diritto a ottenere un «equo compenso», il quale tiene luogo di risarcimento del lucro cessante, ovvero che tale «equo compenso» possa essere convenzionalmente forfetizzato dalle parti in misura pari alle rate versate, rate che il creditore sarà, in tal caso, legittimato a trattenere.

Ma proprio perché, nel quadro dell'art. 1526 cod. civ., la ritenzione delle rate non rappresenta la forfetizzazione dell'intero risarcimento, ma solo di una sua componente, la disciplina in esame non contiene una regola simmetrica a quella prevista dall'ultima parte dell'art. 1386, comma 1°, cod. civ., e non preclude quindi al creditore di agire per ottenere il ristoro del danno ulteriore. La regola di *default* è qui, dunque, ribaltata rispetto alla disciplina generale: salvo differentemente pattuito, il venditore sarà legittimato a trattenere le rate e a richiedere il risarcimento dell'eventuale maggior danno, il cui ammontare andrà, come ovvio, provato secondo le regole ordinarie[22].

---

[19] U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987.

[20] F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 258.

[21] Si veda, sul punto, sebbene con esiti parzialmente differenti a quelli qui proposti, G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, pp. 290 ss.

[22] Su questa posizione, ad es., S. MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata*, in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, Milano, 1985, pp. 281-299; contra C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 550; occorre, peraltro, osservare come un tale

Coerentemente a ciò, ed è qui la seconda differenza con la disciplina generale, l'art. 1526, comma 2°, cod. civ. accorda al giudice un potere di riduzione caratterizzato da una discrezionalità assai maggiore rispetto a quella prevista in via ordinaria dall'art. 1384 cod. civ. Se, in quest'ultimo caso, è necessaria la sussistenza di una «manifesta eccessività» dell'ammontare pattuito, l'art. 1526, comma 2°, cod. civ. si limita a stabilire che il giudice valutate «le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta», secondo una formula che assicura i più ampi poteri di discrezionalità equitativa[23].

Così chiarite le differenze tra la disciplina generale della clausola penale e quella propria di quella particolare fattispecie di penale prevista dall'art. 1526 cod. civ., occorre ora verificare se le peculiarità sin qui esposte siano ravvisabili anche nella clausola contenuta nell'attualmente vigente art. 1 comma 138 della legge n. 124/2017, della quale arriveremo a parlare a breve.

1.4. L'art. 72 quater della legge fallimentare e la legge n. 124/2017.

Procedendo con ordine, nella ricostruzione storica, nel 2006 è nata la disciplina dell'art. 72 quater della legge fallimentare[24] che ha ricondotto ad unità il contratto di leasing distinguendolo specificamente dalla vendita con riserva di proprietà (il cui scioglimento è disciplinato dal successivo art. 73, mediante rinvio alla disciplina dell'art. 1526 c.c.), e valorizzandone la causa di finanziamento.

Nel 2017, con la legge del 4 agosto, n. 124, il legislatore italiano ha introdotto una disciplina generale del leasing finanziario (art. 1, 136-140 c.c.) che, ponendosi in linea di diretta continuità con la previsione dell'art. 72 quater l. fall., ha realizzato una perimetrazione del tipo, con la conseguente esatta individuazione delle principali prestazioni poste a carico delle parti, definendo i casi di grave inadempimento dell'utilizzatore e la relativa procedura di risoluzione del contratto[25]. Si è, dunque, evidenziato il bisogno di stabilire le sorti dei contratti di leasing nei quali i presupposti per la risoluzione si siano verificati prima dell'entrata in vigore della legge n. 124/2017 e che siano stati risolti prima della dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore.

La questione ha suscitato un vivo dibattito in dottrina ed è stata affrontata più volte dalla Corte di Cassazione. Sul punto si erano diffuse due posizioni. L'orientamento costante della giurisprudenza aveva ritenuto di poter distinguere il leasing di godimento da quello traslativo e, anche dopo l'introduzione dell'art. 72 quater l. fall., aveva sempre

---

risultato potrebbe altresì giustificarsi alla stregua delle regole in materia di arricchimento senza causa, in base alla tesi che ammette la cumulabilità tra l'azione di cui all'art. 2041 cod. civ. e il risarcimento del danno: P. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2005.

[23] P. GRECO, G. COTTINO, *Vendita*, in *Commentario del Codice Civile*, A. SCIALOJA e G. BRANCA (diretto da), Bologna, 1981, p. 447.

[24] Art. 72 quater comma 1, 2 e 3, l. fall.: «Se è disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa il contratto continua ad avere esecuzione salvo che il curatore dichiari di volersi sciogliere dal contratto. In caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale; per le somme già riscosse si applica l'articolo 67, terzo comma, lettera a). Il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. In caso di fallimento delle società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria, il contratto prosegue; l'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare, alla scadenza del contratto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito».

[25] C. TRANQUILLO, *La nuova disciplina del leasing nella legge n. 124 del 2017*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 123.

sostenuto che la risoluzione del contratto di leasing finanziario traslativo fosse disciplinata dall'art. 1526 c.c.[26]

L'art. 72 quater l. fall., infatti, attiene allo scioglimento per il fallimento dell'utilizzatore e non alla risoluzione del contratto di leasing finanziario per inadempimento dell'utilizzatore[27].

Accanto a tale tesi, di contro, è emerso in tempi più recenti un orientamento diverso che tende a valorizzare, secondo un'interpretazione storico-evolutiva, la novella del 2017.

Secondo quest'ultimo, a seguito dell'intervento legislativo, non può più ritenersi applicabile l'art. 1256 c.c. neppure per la risoluzione del contratto di leasing finanziario che, *ratione temporis*, non rientri nell'ambito applicativo della novella, perché stipulato prima della stessa, e i cui effetti siano esauriti[28].

La dottrina giunge a tale conclusione facendo appello non già ad un'applicazione retroattiva della novella (non consentita) ma alle regole ermeneutiche che impediscono che l'interpretazione sia operata "ora per allora" e impongono che la stessa sia condotta alla luce della normativa vigente.

È per tale ragione che, secondo l'orientamento in esame, dovrebbe trovare applicazione analogica non più l'art. 1526 c.c. ma l'art. 72 quater l. fall., ripreso dal legislatore del 2017[29].

Alla luce di questa impostazione, il leasing deve essere considerato correttamente non tanto come un contratto di scambio, quanto piuttosto come uno strumento di cui si valorizzi la causa di finanziamento dell'impresa.

Stante la stretta analogia tra gli istituti della risoluzione e dello scioglimento del contratto, l'introduzione di una norma di diritto positivo volta a regolare gli effetti del fallimento dell'utilizzatore sul contratto di locazione finanziaria obbligherebbe a ripensare l'inveterata prassi giurisprudenziale.

Difatti, la natura giuridica della locazione finanziaria non può più essere individuata sulla base di presunte analogie con una determinata fattispecie tipica, dovendo necessariamente, per contro, scaturire dalla peculiare disciplina positiva dettata in tema di leasing finanziario ed essere ad essa coerente.

È il profilo tipologico del contratto in sé considerato ad imporre una simile lettura e la conseguente estensione del campo di applicazione al di fuori della materia fallimentare[30].

---

[26] Da ultimo Cass., 12 febbraio 2019, n. 3965, in *foroeuropeo.it*; Cass., 17.04.2019, n. 10733, in *Leggi d'Italia*.

[27] L'introduzione, tramite l'art. 59, del d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, dell'art. 72 quater l. fall. non consente di ritenere superata la tradizionale distinzione tra leasing finanziario e traslativo, e le differenti conseguenze (nella specie, l'applicazione in via analogica dell'art. 1526 c.c. al leasing traslativo) che da essa derivano nell'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore. In tal senso v. Cass., 19.01.2015, n. 8687, in *www.ilcaso.it*.

[28] Cass., 29.03.2019, n. 8980, in *Giur. It*., 2019, p. 2361, con nota di V. VITI, e in *Fall*., 2019, p. 759, con nota di D. FINARDI, ove è pubblicata anche la conforme Cass., 10.05.2019, n. 12552 (stesso estensore della precedente); Cass., 10.07.2019, n.18543, in *Leggi d'Italia*.

[29] Al riguardo, si mette in luce come in sede di merito recenti pronunce abbiano aderito al secondo orientamento: cfr. Trib. Modena, 15.01.2019, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Napoli, 22.02.2019, *ivi*.

[30] I termini del contrasto sono ben evidenziati nell'ordinanza di rimessione della Terza sezione, 25.02.2020, n. 5022, in *Nuova Giur. Civ. Comm*., 2020, 1, p. 784, con nota di M. S. MAISANO.

2. L'efficacia intertemporale delle disposizioni della l. 124/2017 alla luce di Cass., 28 gennaio 2021, n. 2061.

Dunque, se da un lato la legge n. 124 del 2017 consente di ritenere superata la classica bipartizione tra leasing di godimento e traslativo, per altra via non sopisce del tutto le problematiche legate a tale schema negoziale.
Le difficoltà trovano la loro ragion d'essere nell'assenza di norme transitorie che avrebbero dovuto decidere la sorte di tutti quei rapporti risoltisi in epoca antecedente l'introdotta novella e di cui ancora si discutevano gli aspetti relativi al rapporto credito-debito tra concedente ed utilizzatore.

Chiarificatrice è stata la pronuncia delle Sezioni Unite, n. 2061[31], avente ad origine la vicenda processuale che segue.

Un contratto di leasing immobiliare concluso tra un istituto bancario e una società era giunto a naturale scadenza nel 2014**,** senza che la società utilizzatrice avesse esercitato il diritto di opzione né pagato le ultime rate dovute; la società concedente, pertanto, si avvaleva della clausola risolutiva espressa e chiedeva il pagamento dei canoni scaduti.

Nel 2016**,** tuttavia, la società utilizzatrice veniva dichiarata fallita e, a seguito dell'apertura della procedura fallimentare, la società mandataria rivendicava il bene concesso in leasing e chiedeva l'insinuazione nello stato passivo del fallimento per i canoni scaduti e non pagati.

Il giudice delegato respingeva la domanda, sul presupposto che la risoluzione del contratto era intervenuta prima del fallimento e che quindi dovesse applicarsi l'art. 1526 c.c. e non l'art. 72 quater l. fall.

A seguito del ricorso della concedente, la Suprema Corte ha ritenuto che la questione dell'efficacia intertemporale delle disposizioni della l. 124/2017, tra le altre, fosse meritevole di una pronuncia a Sezioni Unite al fine di affrontare e risolvere due questioni preliminari "di sistema": da un lato, il peso che rivestono nel nostro ordinamento i principi sovranazionali di certezza del diritto (di cui all'art. 6 CEDU) e tutela dell'affidamento; dall'altro, occorre chiarire se possa essere applicata, anche solo per analogia, una norma inesistente nel momento in cui c'è una fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento ed in caso affermativo se, con riferimento al caso di specie, tale norma da applicarsi in via analogica, possa ravvisarsi nell'art. 72 quater l. fall.[32]

Occorre ricordare che il principio di certezza del diritto recepito dall'ordinamento comunitario possiede tre fondamentali corollari: il principio di irretroattività delle norme, il principio di tutela del legittimo affidamento ed il principio di salvaguardia dei diritti quesiti.

La Corte sottolinea sul punto come tra il 1983 (data della sentenza capostipite in materia di distinzione tra leasing traslativo e di godimento)[33] ed il 2019 (data della

[31] I principi espressi dalle Sezioni Unite sono stati in seguito ribaditi dalla terza sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 9211 del 22.03.2022.
[32] Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, 25.02.2020, n. 5022.
[33] Sotto questo profilo sono chiare le parole di M. BUSSANI, *Contratti moderni,* in *I singoli contratti*, 2004, p. 312: «la Cassazione ha immediatamente dimostrato di aderire al proprio nuovo orientamento, con le sentenze rese, sempre in cause fallimentari, dalla sez. II, 5 giugno 1991, n. 6357 e 20 febbraio 1992, n. 2083: sentenze tutte che aderiscono pienamente, e senza spunti ulteriori, all'indirizzo binario inaugurato dalle pronunce del 1989 – finendo però nel primo

pronuncia n. 8980 sopra richiamata), la giurisprudenza di legittimità non si era mai allontanata dall'orientamento tradizionale, divenuto vero e proprio diritto vivente. Declinando tali principi in campo processuale, ricorda l'ordinanza di rimessione, il mutamento di un orientamento consolidato non può mai ledere imprevedibilmente situazioni e rapporti giuridici soggettivi[34].

La ricostruzione proposta dalla sentenza n. 8980 del 2019 non convince in quanto consentirebbe di applicare in via analogica una norma inesistente ad una fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento, contravvenendo ai principi di certezza del diritto e al principio generale sancito dall'art. 11 delle c.d. preleggi, a norma del quale, ove non sia previsto diversamente, la legge non dispone che per l'avvenire.

Il ricorso all'analogia (contemplato dall'art. 12 delle stesse preleggi) incontra, infatti, pur sempre il limite sancito dal principio di irretroattività appena richiamato, di modo che la ricerca delle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe (o, ancora in subordine, di principi generali dell'ordinamento idonei a consentire la decisione della controversia) non pare poter aver altro punto di riferimento che le disposizioni vigenti nel momento in cui il rapporto contrattuale è sorto o comunque ancora in essere[35].

Ancora, si è osservato come 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, mentre così non è in quanto proprio la presenza dell'art. 1526 c.c. (che è norma generale rispetto all'art. 72 quater) rende impensabile il ricorso all'analogia, per mancanza del suo primo presupposto, cioè la lacuna nell'ordinamento (e ad ogni modo, anche ad ammettere che nell'ordinamento vi sia una lacuna, essa non potrebbe essere colmata con l'applicazione analogica dell'art. 72 quater, norma che non disciplina la risoluzione del contratto di leasing bensì il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore).

Le Sezioni Unite hanno ribadito che le modifiche normative di carattere sostanziale non sono retroattive per il principio sancito dall'art. 11 delle Preleggi, salvo che il legislatore non lo preveda espressamente (discorso diverso per le modifiche di carattere processuale e procedimentale, per le quali vige il principio *tempus regit actum*).

La particolarità della questione cui si è trovata di fronte la pronuncia deriva dalla distinzione, che si è imposta a livello interpretativo, fra piano di efficacia della novità qualificatoria e piano di efficacia della nuova disciplina della risoluzione.

L'intervento di cui alla l. 124/2017, infatti, ha dapprima introdotto una nozione generale di «locazione finanziaria» (comma 136, art. 1), per poi stabilire la disciplina della risoluzione (definizione di «grave inadempimento», comma 137, art. 1; pretese di

caso per confermare la decisione della corte d'appello che aveva applicato l'art. 1526 c.c., e cassando con rinvio, negli altri due giudizi, le decisioni di merito che avevano regolato lo scioglimento del rapporto bensì secondo i dettami dell'art. 1526 c.c., ma senza valutare compiutamente quel complesso di indici su cui la nostra cassazione ritiene ormai doveroso fondare la scelta della normativa applicabile».

[34] Cfr. Corte di Giustizia UE, 15.02.1986, Causa C-63/93, in *www.curia.europa.eu*.

[35] Per il richiamo al momento della stipulazione del contratto, v. *ex multis* Cass., 31.10.2018, n. 27993, in *Leggi d'Italia*, ove peraltro si riafferma l'esigenza – già sostenuta dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – che le deroghe al principio di cui all'art. 11 delle preleggi trovino adeguata giustificazione in motivi imperativi di interesse generale.

credito regolare a seguito di risoluzione, commi 138 e 139, art. 1[36]) e terminare con una clausola di salvezza della disposizione dell'art. 72 quater l. fall. (comma 140, art. 1).

Il piano qualificatorio (comma 136, art. 1) e quello relativo agli effetti della risoluzione (comma 137, 138 e 139, art. 1), strutturati in maniera distinta, potrebbero così operare diversamente in funzione del momento in cui possa dirsi sorta la rispettiva fattispecie generatrice, il c.d. «fatto compiuto», per usare la categoria a cui fa ricorso la pronuncia in commento (nel nostro caso, rispettivamente, la stipula e la risoluzione del contratto di leasing).

Le Sezioni Unite ritengono, così, che non possa darsi seguito all'orientamento giurisprudenziale più recente (inaugurato, come detto, dalla sentenza n. 8980 del 2019) e che, invece, debba assicurarsi continuità al diritto vivente, di risalente formazione, ma ribadito negli anni, per il quale, alla risoluzione di una fattispecie qualificabile come leasing traslativo anteriore alla legge n. 124 del 2017 e allo stesso fallimento dell'utilizzatore, non potranno applicarsi, rispettivamente, la legge n. 124 o l'art. 72 quater l. fall., bensì, per analogia, la disciplina di cui all'art. 1526 c.c. sulla risoluzione della vendita con riserva di proprietà[37].

La legge n. 124 del 2017 non può, dunque, trovare applicazione per il passato, ossia per i contratti di leasing in cui si siano già verificati, prima della sua entrata in vigore, i presupposti della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore (essendo, quindi, stata proposta domanda giudiziale di risoluzione ex art. 1453 c.c. o avendo il concedente dichiarato di avvalersi della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.), con la conseguenza che gli effetti risolutori non potranno essere, per detti contratti, quelli disciplinati dal comma 138 dell'art. 1 della medesima legge.

2.1. (*segue*) Il parametro del c.d. fatto compiuto.

Tutto ciò con la fondamentale precisazione che il fatto storico a cui riferire l'irretroattività della novità normativa non è costituito, nel caso di specie, dalla stipula del contratto, bensì dall'integrarsi della causa che comporta la risoluzione del rapporto,

[36] Art. 1 comma 138: «In caso di risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'utilizzatore ai sensi del comma 137, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita. Resta fermo nella misura residua il diritto di credito del concedente nei confronti dell'utilizzatore quando il valore realizzato con la vendita o altra collocazione del bene è inferiore all'ammontare dell'importo dovuto dall'utilizzatore a norma del periodo precedente"; comma 139: "Ai fini di cui al comma 138, il concedente procede alla vendita o ricollocazione del bene sulla base dei valori risultanti da pubbliche rilevazioni di mercato elaborate da soggetti specializzati. Quando non è possibile far riferimento ai predetti valori, procede alla vendita sulla base di una stima effettuata da un perito […] Nella procedura di vendita o ricollocazione il concedente si attiene a criteri di celerità, trasparenza e pubblicità adottando modalità tali da consentire l'individuazione del migliore offerente possibile, con obbligo di informazione dell'utilizzatore».

[37] In questo senso si era già espressa Cass., 15.01.2016, n. 2538, in *www.ilcaso.it*, sostenendo che l'art. 72 quater l. fall. trovi applicazione solo nel caso in cui il contratto di leasing sia pendente al momento del fallimento dell'utilizzatore. Laddove invece il contratto si sia già anteriormente risolto, occorre distinguere a seconda che si tratti di leasing finanziario o traslativo, solo per quest'ultimo potendosi utilizzare, in via analogica, l'art. 1526 c.c., con l'ulteriore conseguenza che, in tal caso, il concedente che intende insinuarsi al passivo del fallimento ha l'onere di proporre la corrispondente domanda completa in tutte le sue richieste nascenti dall'applicazione della norma da ultimo citata.

dal momento che quella della risoluzione costituisce, come visto, una fattispecie ontologicamente e funzionalmente distinta dalla stipula.

Si tratta del principio del c.d. «fatto compiuto», cui la pronuncia in commento fa ricorso e che è stato enunciato dalla giurisprudenza di legittimità come regolatore delle interferenze dello *jus superveniens* sui rapporti giuridici suscettibili di esservi incisi, inclusi quelli di durata come il leasing.

In forza di tale principio, deve ritenersi l'applicazione della nuova legge consentita, rispetto a un contratto di leasing concluso antecedentemente alla sua entrata in vigore, allorché, ancora in corso di rapporto, non si siano ancora verificati i presupposti (legali o convenzionali) della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, ovvero non si sia verificato, prima dell'entrata in vigore di detta Legge, il fatto generatore degli effetti giuridici derivanti dalla applicazione del diritto previgente.

In altri termini, il «fatto compiuto» è, nella specie, quello che genera la responsabilità del debitore (utilizzatore) ai sensi dell'art. 1218 c.c. e cioè l'inadempimento – quale evento attinente al rapporto – che è idoneo a legittimare, come effetto, la risoluzione del contratto; inadempimento che la legge n. 124 del 2017 tipizza (plasmandolo come presupposto settoriale) in guisa tale da determinare il discrimine tra il "prima" e il "dopo" ai fini dell'applicazione della novella.

Pertanto, ai contratti di leasing stipulati anteriormente alla legge n. 124/2017, ma per i quali i presupposti della risoluzione per l'inadempimento dell'utilizzatore si siano verificati successivamente all'entrata in vigore di tale legge, potrà applicarsi la relativa disciplina statuita ai commi 138 e 139.

Laddove, per contro, i presupposti della risoluzione siano maturati antecedentemente, e il leasing sia qualificabile come traslativo, troverà applicazione la disciplina di cui all'art. 1526 c.c.

Infine, la speciale disciplina di cui all'art. 72 quater l. fall. non potrà mai trovare applicazione per regolare le conseguenze della risoluzione, trattandosi di «norma, di natura eccezionale, a valenza e portata endoconcorsuale e che presuppone lo scioglimento, per volontà del curatore e quale conseguenza del fallimento, del contratto ancora pendente a quel momento»[38].

3. La validità del patto di deduzione alla luce di Cass., 14 ottobre 2021, n. 28023.

La decisione di cui si è sin ora trattato, con la quale i Giudici di Cassazione hanno trovato composizione al contrasto circa gli effetti che la riforma della legge fallimentare (art. 72 quater) ha avuto sulla disciplina della risoluzione per inadempimento del contratto di leasing, confermando la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo, ha costituito una solida base per dirimere il conflitto circa la validità del patto di deduzione.

[38] A esprimere il principio che l'art. 72 quater è "*norma, di natura eccezionale, a valenza e portata endoconcorsuale*", tra le altre, Cass., 9.02.2016, n. 2538, *ivi*; Cass., 13.02.2017, n. 3750, in *Leggi d'Italia*; Cass., 7.09.2017, n. 20890, *ivi*; Cass., 15.09. 2017, n. 21476, in *Diritto e Contenzioso Bancario*; Cass., 12.06.2018, n. 15202, in *www.ilcaso.it*; Cass., 18.06.2018, n. 15975, *ivi*; Cass., 17.04.2019, n. 10733, cit.; e anche dopo il revirement del 2019, v. Cass., 24.01.2020, n. 1581, in *foroeuropeo.it*.

La Suprema Corte ha, difatti, recentemente risposto al ricorso con il quale una società utilizzatrice lamentava la nullità della clausola contenuta nel contratto di leasing traslativo che stabiliva che, in caso di inadempimento dell'utilizzatore, il concedente potesse trattenere i canoni già versati, oltre quelli scaduti e non pagati e quelli futuri; nonché del c.d. patto di deduzione, ossia l'intesa in forza della quale si stabilisce che l'utilizzatore sia tenuto a restituire il bene e il concedente abbia il diritto di ritenere quanto ricavato dalla sua vendita o da altra collocazione sul mercato fino a concorrenza del credito, con l'obbligo di restituire l'eventuale residuo attivo.

3.1. I fatti di causa.

All'origine della vicenda in esame vi era la concessione in locazione finanziaria di un capannone industriale da parte di una società nei confronti di un'altra, le cui obbligazioni erano state garantite con fideiussione. Tuttavia, qualche anno più tardi, stante l'inadempimento, da parte dell'utilizzatrice, dell'obbligo di pagamento dei canoni e l'avvenuta risoluzione del contratto, la concedente aveva chiesto ed ottenuto un decreto ingiuntivo nei confronti dell'utilizzatrice e dei suoi fideiussori.

La società utilizzatrice si opponeva al decreto ingiuntivo, sostenendo la nullità del contratto, in quanto dissimulante un patto commissorio; in via subordinata, domandava la riduzione della penale e la nullità del saggio di interessi moratori previsti dal contratto.

A seguito di riunione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e di risoluzione del contratto, il Tribunale dichiarava risolto il contratto per inadempimento e condannava la società utilizzatrice a rilasciare l'immobile; inoltre, rigettava l'opposizione a decreto ingiuntivo.

La convenuta proponeva appello ma veniva rigettato. Si giunge così in Cassazione.

La ricorrente lamenta che la sentenza gravata gli abbia negato la restituzione dei canoni già corrisposti. Infatti, la regola generale dettata dall'art. 1526 c. 1 c.c. – in tema di vendita con riserva di proprietà – dispone che, in caso di risoluzione per inadempimento del compratore, il venditore debba restituire le rate già riscosse, fatto salvo un equo compenso per l'uso della cosa oltre al risarcimento del danno.

Mette, altresì, in discussione la validità della clausola contenente il c.d. patto di deduzione, ritenendo che questa sia contraria al principio dell'ordine pubblico economico, che impone un bilanciamento tra gli interessi economici di tutte le parti al fine di salvaguardare il corretto svolgimento dei rapporti tra i privati in materia economica[39].

Tale clausola, legittimando il concedente a detrarre il corrispettivo dal ricavato della vendita e lasciando del tutto libero quest'ultimo di vendere o meno il bene, o di farlo secondo le proprie condizioni – senza neppure indicare che la vendita dovesse avvenire "a valori di mercato" – si porrebbe in contrasto con il citato principio e, in particolare, con la previsione di cui all'articolo 1526 cod. civ., applicabile in via analogia a tutti i casi di risoluzione anticipata del contratto[40].

[39] V. Cass., 21.01.2020, n. 1184, in *Leggi d'Italia*.

[40] Invoca, al riguardo, le due decisioni di questa Corte: Cass., 31.10.2018, n. 27935, in *www.ilcaso.it*; Cass., 15.09.2017, n. 21467, in *Leggi d'Italia*, richiamata da Cass., 28.11.2018, n. 30820, *ivi*.

3.2. La decisione della Corte.

Ebbene gli Ermellini hanno, in primo luogo, affermato che la decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, del 28 gennaio 2021, n. 2061, esclude che simili patti possano essere di per sé considerati nulli: «la validità del patto con cui si attribuisce al concedente, in caso di inadempimento dell'utilizzatore, di pretendere i canoni scaduti e quelli non ancora scaduti, previa detrazione del valore ricavato dalla vendita del bene oggetto del leasing, è stata ammessa dalle Sezioni Unite di questa Corte, nella decisione con cui è stato composto il contrasto circa gli effetti che la riforma della legge fallimentare (l. fall., art. 72 quater) ha avuto sulla disciplina degli effetti della risoluzione per inadempimento del contratto di leasing».

Per cui non è inibito alle parti del contratto di leasing prevedere che i canoni scaduti restino acquisiti al concedente così come disciplinato nel secondo comma dell'art. 1526 c.c. [41], nonché prevedere che i canoni futuri ancora non scaduti siano dovuti al concedente a titolo di penale ex art. 1382 c.c.[42].

La Suprema Corte ha, tuttavia, precisato che, in questi casi, è onere del concedente, nell'esigere il proprio credito verso l'utilizzatore, «indicare la somma ricavata dalla diversa allocazione del bene oggetto del contratto ovvero, in mancanza, allegare una stima attendibile del relativo valore di mercato all'attualità, onde consentire al giudice di apprezzare l'eventuale manifesta eccessività della penale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1526 c.c., comma 2».

Ha, inoltre, ribadito che, nell'ampia motivazione della stessa sentenza n. 2061 del 2021, è affermato che: «simili patti costituiscono espressione di una razionalità propria della realtà socio-economica; sono sorti nella pratica commerciale, e il legislatore li ha anche recepiti nella l. n. 124 del 2017».

3.3. L'ordine pubblico economico e il principio di buona fede.

Per quel che concerne il c.d. «ordine pubblico economico», infranto all'inadempimento dell'utilizzatore, la Cassazione si è soffermata su tale concetto sostenendo che la clausola contenente il patto di deduzione di certo non lo viola, tuttalpiù lo rispristina.

L'ordine pubblico pone limiti all'autonomia dei privati in funzione del rispetto dei valori fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico, e nel nostro sistema attuale è alla Costituzione che è d'uopo far capo per rinvenire i valori e i principi fondamentali dell'ordinamento, espressi in norme precettive o desumibili da norme programmatiche[43].

---

[41] Art. 1526 c.c. comma 2: «Qualora si sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta».

[42] L'art. 1382 c.c., rubricato «Effetti della clausola penale», stabilisce che: «La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore».

[43] A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumento per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 1991, p. 161 e ss.; nonché A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Torino, 2004, pp. 156-157.

In tale contesto, con riguardo alla materia economica[44], sono riconducibili al concetto di ordine pubblico economico i limiti imposti all'iniziativa economica dal comma secondo dell'art. 41 della Costituzione per quanto riguarda la sicurezza, la dignità umana, la libertà, e, in particolare, il principio di utilità sociale, con la conseguenza della nullità, per illiceità della causa, del contratto contrario all'ordine pubblico economico, secondo il disposto dell'art. 1343 c.c.[45]

Le regole e i valori dell'ordine pubblico economico possono essere desunti dal settore in cui esso opera e possono anche rientrare nel sentimento comune.

All'ordine pubblico "economico" è, dunque, riservata la tutela di valori che spesso non trovano riscontro in previsioni di legge, considerato altresì che quest'ultimo non deriva da prescrizioni, ma designa le ragioni e i contenuti che oggettivamente giustificano un controllo sul contratto nel quadro dei principi di diritto, ancorché al di fuori di singole previsioni di legge[46].

Le nullità per contrarietà all'ordine pubblico "economico" sono, dunque, tipi di nullità collocate al di fuori del Codice civile, e dunque qualificabili come "speciali".

Se è vero che l'ordinamento garantisce la protezione contro gli abusi di posizioni dominanti[47], è altrettanto certo che assicura in egual misura il diritto di iniziativa economica.

L'imprenditore ha, dunque, il diritto di pianificare in piena libertà le proprie strategie imprenditoriali e commerciali[48], se pur nel rispetto delle regole del gioco.

La denuncia di nullità di una clausola contrattuale, motivata con la contrarietà di essa all'ordine pubblico economico, pertanto, dovrebbe essere spiegata individuando le

---

[44] Circa l'autonomia concettuale della nozione di ordine pubblico economico è nota l'avversione, da un lato, di chi – come G. B. FERRI, *L'ordine pubblico economico*, ora in ID., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 341 – reputa superflua tale nozione, irriducibile ad una categoria ordinante unitaria; d'altro lato, di chi – come G. PANZA, *voce Ordine pubblico – I) Teoria gen*., in *Enc. giur. it.*, XXII, Roma, 1990, p. 5 – nega un'autonomia concettuale rispetto all'ordine pubblico generalmente inteso, stante la comune funzione di limite all'agire negoziale a garanzia dei valori fondamentali dell'ordinamento.

[45] Circa il rinvio all'art. 12 disp. prel. c.c. – attualmente riferibile al dettato costituzionale – per riempire di senso la clausola di ordine pubblico, cfr. G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 174 e ss.; nonché, con un'integrazione anche alla normativa di fonte sopranazionale, L. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli, 1981, p. 30 e ss. L'art. 41 Cost., è stato ritenuto in dottrina una «norma che rispecchia, forse più di ogni altra, i termini della dialettica politica entro cui si svolge la realtà economica degli ordinamenti occidentali contemporanei». In questi termini E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, I, p. 302 e ss., ma v. altresì, fra gli altri, A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, p. 220 e ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, p. 175 e ss.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur*., XVII, Roma, 1989. Contra, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Padova, 1992, p. 459 e ss.

[46] L'art. 1418, comma 1, c.c. dinanzi richiamato detta, non a caso, una «norma di chiusura», facendo generico riferimento alla «contrarietà a norme imperative», salvo sia disposto diversamente dalla legge, in quanto espressione di un principio generale teso a disciplinare i casi in cui alla violazione di una norma imperativa non si accompagni una specifica previsione invalidante del contratto. Cfr. G. B. FERRI, *Ordine pubblico, cit.;* L. LONARDO, *Meritevolezza della causa, cit*.

[47] La definizione, tra le più accreditate a livello comunitario, di posizione dominante è quella offerta dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 14.02.1978, n.27/76, *United Brands* c. *Commissione,* in *eur-lex.europa.eu,* secondo la quale la «posizione dominante» è quella «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza oggettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti, e, in ultima analisi, dei consumatori»; v. M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 105.

[48] Da ultimo, con ampiezza di motivazioni, Cass., 21.01.2020, n. 1184, cit.

concrete condotte od i concreti effetti che travalicano il legittimo esercizio dell'impresa commerciale, che nel caso di specie non si ravvisano.

A ciò la Corte ha aggiunto che la clausola oggetto del contendere costituisce una trascrizione quasi fedele dell'art. 13, commi 2, 3 e 4 della convenzione di Ottawa sul leasing internazionale (ratificata con l. 14 luglio 1993, n. 259): «ed è singolare che una clausola possa dirsi contraria all'ordine pubblico economico nazionale, ma coerente con l'ordine pubblico economico internazionale».

Circa il patto di deduzione e la cautela ad esso associata, la Cassazione ha, infine, chiarito che «la società concedente resta … proprietaria di quel bene, e ci mancherebbe che al proprietario non fosse consentito fare dei propri beni quel che vuole, giustappunto secondo le proprie insindacabili determinazioni. Il punto di diritto che viene in rilievo nel presente giudizio è ben diverso: e cioè come debba essere quantificato il "sottraendo" nel calcolo del credito residuo del concedente. Ma la mancanza di indicazioni in tal senso nel contratto non è affatto causa di nullità della clausola in esame».

Ha, dunque, chiarito, da un lato, che il proprietario della *res* possa disporre liberamente del bene e, dall'altro lato, che la fase esecutiva del contratto debba essere sorretta dalla buona fede.

I contratti, infatti, devono interpretarsi ed eseguirsi secondo buona fede[49], per cui il valore equo di mercato da portare in detrazione dal credito del concedente non potrà che essere il valore di mercato nel luogo ed al tempo della risoluzione del contratto di leasing.

Ne derivano precise conseguenze: se il concedente riuscisse a reimpiegare quel bene ad un valore maggiore, l'intero ricavato andrebbe portato in detrazione; se il concedente non riuscisse a realizzare il valore di mercato per propria trascuratezza, dovrebbe comunque detrarre dal proprio credito il valore di mercato; se il concedente non riuscisse ad ottenere il valore di mercato non a causa della propria negligenza ma per condizioni oggettive di mercato, avrebbe diritto di detrarre dal proprio credito l'effettivo valore realizzato.

In questo modo vi sarà un bilanciamento tra gli interessi economici di tutte le parti: il principio di buona fede assicura protezione contro abusi di posizioni di mercato dominanti e al contempo garantisce la libertà di iniziativa economica.

4. Funzione e trasformazione dell'equo compenso.

Abbiamo visto che la legge n. 124 del 2017 ha previsto l'attribuzione in capo al concedente, ferma restando l'irripetibilità dei canoni già riscossi, di una somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto (nonché delle spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita), deducibile dall'importo ricavato dall'allocazione del bene, la quale deve essere effettuata tenendo conto di una stima del bene ai valori di mercato al momento della restituzione dello stesso.

[49] Cfr. C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 1983, p. 205; E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980.

Non compare, all'interno di questo elenco, alcun riferimento all'equo compenso di cui, invece, v'è espressa menzione nell'art. 1526 c.c.

Dunque, per i contratti di leasing traslativo che non siano soggetti, *ratione temporis*, alla regolamentazione della novella[50], per cui resta valida la soluzione adottata dal diritto vivente di individuare, per analogia *legis*, nella disposizione dell'art. 1526 c.c. la disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, resta l'attribuzione al concedente del suddetto equo compenso che, coerentemente con la causa in concreto del contratto di leasing, è da ravvisarsi nella remunerazione del godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua incommerciabilità come nuovo e il logoramento per l'uso[51].

Per i contratti di leasing che, di contro, siano soggetti alla regolamentazione della legge n. 124 del 2017, appare interessante indagare sulla natura della somma dovuta, ovverosia chiedersi se si tratti di una mera penale o si possa invece ipotizzare che – in un'ottica di continuità rispetto a quanto precedentemente detto circa l'art. 1526 c.c. – la clausola penale prevista nel comma 138 dell'art. 1 abbia carattere particolare e costituisca un elenco di parametri utili alla quantificazione dell'equo compenso.

4.1. L'equo compenso ex art. 1526 c.c.

Partiamo, dunque, dall'approfondimento dell'equo compenso di cui all'art. 1526 c.c., rimedio adottato per evitare indebiti arricchimenti a danno dell'utilizzatore e dei suoi creditori, a cui risulta, peraltro, collegata la riduzione officiosa dell'indennità di cui abbiamo già trattato.

Ebbene, l'art. 1526 c.c. fu introdotto nel Codice civile del 1942 allo scopo, dichiarato, di ovviare a quei patti che assumevano o potevano assumere, in fatto, carattere usurario ai danni del compratore.

Mediante tale norma, invero, è stata introdotta nell'ordinamento una disposizione alla stregua della quale, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore, questi risulta comunque tutelato nei rapporti con il venditore attraverso l'espresso riconoscimento del diritto di recuperare le rate già pagate, mentre il venditore ha diritto alla restituzione della cosa e a trattenere le rate di prezzo riscosse, a titolo di compenso per l'uso della cosa fatto dall'altro contraente.

---

[50] Si ricorda che la l. n. 124 del 2017 non può trovare applicazione per il passato, ovverosia per i contratti di leasing finanziario in cui si siano già verificati, prima della sua entrata in vigore, i presupposti della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore (essendo, quindi, stata proposta domanda giudiziale di risoluzione ex art. 1453 c.c. o avendo il concedente dichiarato di avvalersi della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.), con la conseguenza che gli effetti risolutori non potranno essere, per detti contratti, quelli disciplinati dall'art. 1, comma 138 della medesima legge. Il regolamento di conflitti emergenti tra le parti, in tali casi di cessazione dei contratti di locazione finanziaria, sfugge, dunque, alle maglie applicative della nuova disciplina.

[51] In questo senso Cass., 27.09.2011, n. 19732, cit.; Cass., 8.01.2010, n. 73, *ivi*; Cass., 23.05.2008, n. 13418, in *ilfallimentarista.it*; Cass., 13.05.2008, n. 11893, in *MioLegale.it*; Cass., 28.08.2007, n. 18195, in *DirittoItaliano.com*; Cass., 2.03.2007, n. 4969, in *Leggi d'Italia*; Cass., 24.06.2002, n. 9161, *ivi*; Cass., 20.09.2017, n. 21895, *ivi*, secondo cui «nel leasing traslativo, al quale si applica la disciplina della vendita con riserva di proprietà, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, quest'ultimo, restituita la cosa, ha diritto alla restituzione delle rate riscosse, mentre al concedente la norma riconosce, oltre al risarcimento del danno, il diritto ad un equo compenso per l'uso dei beni oggetto del contratto».

Tramite tale previsione si permette, ad un tempo, di perseguire la tutela del contraente debole senza peraltro determinare la riduzione degli utili che sarebbero derivati alla parte forte dalla regolare esecuzione del contratto.

Lo stesso legislatore ha, quindi, voluto contemperare gli interessi delle parti in seguito alla risoluzione del contratto, escludendo la possibilità per il concedente di ottenere, oltre alla restituzione dell'oggetto della locazione finanziaria, un valore economico rapportabile a quello che avrebbe ottenuto con l'esatto adempimento del contratto.

L'art. 1526 c.c., dunque, nel garantire al venditore un compenso equo per l'uso della cosa, modifica in parte la disciplina propria della risoluzione del contratto di vendita, in funzione del mantenimento della proprietà in capo al(l'originario) venditore e in relazione al fatto che le rate di prezzo pagate: ove non fossero restituite darebbero luogo ad un ingiustificato arricchimento del venditore (concedente); ove, per contro, fossero integralmente restituite (secondo i criteri applicabili in ipotesi di compravendita *tout court*) determinerebbero un ingiustificato arricchimento del compratore (utilizzatore), il quale, nel periodo intercorrente fra la consegna del bene e la risoluzione del contratto, avrebbe beneficiato delle utilità derivanti dal godimento della cosa (venduto con riserva della proprietà o locata), senza subire alcun costo[52].

L'obiettivo è quello di garantire il mantenimento dell'equilibrio contrattuale in un rapporto di "naturale" sinallagmaticità quale è la vendita con riserva di proprietà (leasing traslativo).

In seguito alla risoluzione del contratto, infatti, il concedente rientra in possesso del bene e, tramite il meccanismo dell'equo compenso, dovrebbe ottenere anche il deprezzamento derivante dalla sua non commerciabilità come nuovo e dal logoramento per l'uso.

4.2. La blockchain come strumento per verificare lo status del bene.

La tecnologia *blockchain* è un meccanismo di *database* avanzato che permette la condivisione trasparente di informazioni all'interno di una rete aziendale. *Blockchain* significa letteralmente "catena di blocchi", ovverosia una rete informatica di nodi che gestisce in modo univoco e sicuro un registro pubblico composto da una serie di dati e informazioni, come le transazioni, in maniera aperta e distribuita, senza che sia necessario un controllo centrale. Gli *assets* possono essere concreti (case, automobili, denaro contante, terreni) o astratti (proprietà intellettuale, brevetti, diritti d'autore, branding). Praticamente qualsiasi cosa di valore può essere monitorata e scambiata in una rete *blockchain*, riducendo i rischi e tagliando i costi per tutte le parti coinvolte.

Ogni volta che viene eseguita una transazione scatta un meccanismo di analisi ed approvazione (il consenso) e la modifica viene distribuita su tutti i nodi della rete. Tutti i nodi possono partecipare al processo di validazione delle transazioni da includere nel registro, così da aumentare le capacità di autenticazione offerte dalla singola *blockchain*. L'art. 8 ter del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (il cd. «Decreto semplificazioni», convertito, con modificazioni, nella legge 11 febbraio 2019, n. 12) ci fornisce la definizione di DLT

[52] A riguardo, si vedano C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit.; P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del Codice civile*, V. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1981, sub artt. 1525-1526 c.c., p. 446; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU e F. MESSINEO (diretto da), Milano, 1971, p. 444.

(c.d. *distributed ledger technology*), ossia le tecnologie basate sui registri distribuiti, senza intermediazione di terzi, non alterabili e non modificabili – di cui la *blockchain* è un tipo – e, con essa, anche la definizione di "contratto intelligente", instaurando una diretta interazione tra le due nozioni.

Lo *smart contract*, infatti, anche detto "contratto intelligente", è un'evoluzione ulteriore del contratto cibernetico là dove venga eseguito in una *blockchain*, in assoluta assenza dell'intervento umano, giacché è autoesecutivo del codice, ossia del programma nel quale è inscritta la volontà contrattuale o meglio il regolamento pattizio. Del resto, è proprio questa interazione *smart contract*s/*blockchain* che il nostro legislatore ha assunto a paradigma della definizione del "contratto intelligente".

E', infatti, la tecnologia *Blockchain* a consentire al meglio la *self enforceability* del contratto: i termini e le condizioni del contratto, predeterminati dalle parti, si realizzano al verificarsi degli eventi iscritti nel codice (sovente anche con rinvio ad agenti esterni – umani o non -, che con quel codice interagiscono: i c.d. oracoli), e dell'esecuzione rimane traccia immodificabile. Di conseguenza, l'adempimento contrattuale scisso dalla volontà delle parti, in ordine all'esecuzione del regolamento pattizio, trova fonte, di per sé, nella realizzazione delle condizioni pattuite ed acquisite, in modo irreversibile, nel linguaggio del codice[53].

Un settore sicuramente interessato da queste tecnologie dirompenti è quello del leasing per l'attività di monitoraggio del bene che queste ultime consentono. La possibilità di verificare lo *status* di un bene durante tutta la sua durata di utilizzo, grazie alla scrittura su *blockchain* da parte di attori differenti che interagiscono nel ciclo di vita dell'*asset*, permette di accrescerne immediatamente la visibilità con un conseguente

[53] E. VINCENTI, *Contratto e nuove tecnologie: gli smart-contracts*, documento pubblico del corso straordinario "Il contratto o i contratti?", organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Accademia Nazionale dei Lincei, 2021, avvalendosi dell'aiuto dei seguenti autori: C. AMATO, *La "computerizzazione" del contratto (smart, data oriented, computable e self-driving contracts. una panoramica)*, in *Eur. dir. priv.*, p. 1259; E. BATTELLI, M. INCUTTI, *Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. imp.*, 2019, p. 925; A. M. BENEDETTI, *Contratti, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 411; I. A. CAGGIANO, *Il contratto nel mondo digitale*, in *N.G.C.*, 2018, p. 1152; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract*, in *N.G.C.C.*, 2017, I, p. 110; A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, *Digital revolutions-new challenges for law*, C.H. Beck-Nomos, 2019; F. DELFINI, *Blockchain, Smart Contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 167; F. DI GIOVANNI, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1657; ID., *Intelligenza artificiale e rapporti contrattuali: spunti preliminari per l'indagine*, in *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, a cura di U. RUFFOLO, Torino, 2021, p. 185; D. DI SABATO, *Gli Smart contract: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. imp.*, 2017, p. 377; D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, in *Contr.*, 2020, V, pp. 591 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 722; D. GAROFALO, *Blockchain, smart contract e learning machine: alla prova del diritto del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2019, p. 873; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute*), in *Contr. impr.*, 2019, p. 941; M. GIULIANO, *Regolare l'infosferaI*, in *Contr. imp.*, 2021, p. 885; A.U.]ANSSEN, F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, p. 31; M. MAUGERI, *Smart contract e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021; ID., *La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sugli Smart Contracts nella prospettiva del diritto dei contratti e della concorrenza*, in *Contr. imp. eu.*, 2021, p. 25; ID., *Mercato finanziario, cripto-attività, proposta di Regolamento MICA (Markets in Crypto-Assets) e tutela del consumatore*, in *Contr. imp. eu.*, 2022, p. 1; M.W. MONTEROSSI, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. imp.*, 2021, p. 921; S. MONTI, *Il contratto dall'uomo alla macchina e... viceversa?*, in *Contr.*, 2021, p. 452; E. PALMERINI, *Negozio e automazione: appunti per una mappa concettuale*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 291; L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte, Contratti*, 2018, p. 681; S. ORLANDO, *Profili definitori degli "smart contracts*", in *Internet, contratto e persona: quale futuro?*, a cura di R. CLARIZIA, Pisa, 2021, p. 41; G. REMOTTI, *Blockchain smart contract. Un primo inquadramento*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, p. 189; S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019*, in *Dir. inf.*, 2021, p. 369.

aumento del valore del bene stesso ed efficientamento dei vari processi di gestione[54]. In questo caso d'uso la *blockchain* opera come una tecnologia abilitante per una valutazione completa e dettagliata dell'uso e della manutenzione del bene[55], il che consente di quantificare agevolmente il deprezzamento conseguente alla sua incommerciabilità come nuovo e il logoramento per l'uso, elementi di cui, come anzidetto, è composto l'equo compenso di cui all'art. 1526 c.c.

4.3. Equo compenso e risarcimento del danno.

L'art. 1526 c.c., oltre all' «equo compenso per l'uso della cosa», espressamente riconosce a favore del venditore (concedente nel leasing), in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore, il diritto al risarcimento del danno al pari di ciò che l'art. 1453, primo comma, c.c. dispone in termini generali (e quindi anche in materia di compravendita).

Non v'è dubbio che equo compenso e risarcimento del danno siano istituti fra loro molto diversi, che si fondano su titoli distinti ed autonomi essendo ontologicamente rivolti all'assolvimento di funzioni differenti: il primo funzionale a fornire una sorta di indennizzo a fronte di un uso della cosa locata in sé del tutto legittimo fino a quando il contratto non sia risolto; il secondo teso a compensare il venditore delle conseguenze pregiudizievoli derivatogli dall'inadempimento dell'utilizzatore e conseguenti alla risoluzione del contratto.

La lettera della disposizione, peraltro, è chiarissima nell'assegnare all'equo compenso dovuto al venditore (concedente) la funzione di risollevarlo non tanto da quei sacrifici patrimoniali che si pongono come conseguenza del rischio (indefettibilmente) connesso al contratto da lui concluso, ma soltanto da quelli che risultano eziologicamente riconducibili all'uso del bene da parte del compratore (utilizzatore) fino a che il contratto, in virtù della sua risoluzione, non abbia cessato di esistere[56].

Finanche autorevole dottrina[57] ha ritenuto non ammissibile ricomprendere nell'equo compenso poste patrimoniali che rappresentino il ristoro di danni liquidabili a titolo di risarcimento, a meno di non realizzare un'indebita e inammissibile confusione fra discipline applicabili.

Bisogna evitare che nell'equo compenso sia compreso anche il danno, considerando il saldo risultante dal conteggio complessivo, in quanto esso rappresenta una mera

---

[54] Immaginiamo, invero, la *blockchain* applicata al noleggio di autoveicoli, il continuo monitoraggio permette di verificarne lo stato, i chilometri percorsi, i precedenti conducenti, produrre dati di tracciamento per informazioni come incidenti, ispezioni o parti modificate. Il *database* della *blockchain*, sicuro e immutabile, offre maggiore trasparenza in caso di danni, uso improprio e furto, con informazioni accurate per conducenti e gestori di flotte. L'accesso ai dati è controllato ma soprattutto semplificato per altri fondamentali attori dell'ecosistema, come finanziatori, assicuratori ecc. Inoltre, sono evidenti i vantaggi per i potenziali acquirenti di un prodotto usato in quanto la *blockchain* permette di avere piena visibilità su informazioni spesso oggetto di frode come, ad esempio, programmi manutentivi, incidenti, ecc. A loro volta gli *smart contracts* rappresentano un ulteriore elemento in grado di portare efficienza al sistema perché possono automatizzare ed efficientare diversi processi, tra cui quello di verifica dell'idoneità alla guida del guidatore o riguardo il suo stato finanziario. Questo è solo uno dei casi di applicazione della *blockchain* nel mondo del leasing.

[55] C. BOZZOLINO, *Blockchain nel settore del Leasing: vantaggi e opportunità*, in *www.intesa.it.*

[56] Cfr. G. BARBIERI, *Appunti in tema di prestazioni restitutorie conseguenti alla risoluzione del contratto di leasing c.d. traslativo per inadempimento dell'utilizzatore*, in *ILCASO.it*, 2018.

[57] Cfr. ID., *Appunti in tema di prestazioni,* op. cit.

componente della sommatoria dalla quale risulta poi l'importo finale; né si può considerare l'equo compenso come sostitutivo al risarcimento del danno come invece è previsto nel contratto di appalto dagli artt. 1664 e 1660 cod. civ.[58]

Non residuerebbe, dunque, alcun ulteriore spazio per ampliare l'ambito dell'equo compenso in relazione ad eventi che in qualche modo influiscano – riducendolo – sul valore del bene oggetto del contratto; eventi quest'ultimi destinati – come accadrebbe nell'ipotesi di compravendita ad efficacia reale – ad essere per contro considerati (ancorché se si vuole in contesti diversi) in una prospettiva risarcitoria.

Nel complesso, quindi, l'ammontare dell'equo compenso andrà ricercato all'interno del contratto e comprenderà dunque la remunerazione del godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua non commerciabilità come nuovo ed il logoramento per l'uso; non comprenderà, invece, né il mancato guadagno del concedente a causa della risoluzione, né il risarcimento del danno, che può derivare da un deterioramento anormale della cosa, sebbene in proposito appare dubbio l'inserimento di tale obbligazione nell'alveo della responsabilità per inadempimento derivante dalla violazione del dovere di conservare la cosa con ordinaria diligenza.

La remunerazione per il semplice godimento del bene rappresenta dunque la principale componente del suddetto compenso.

È opportuno in merito non limitarsi ad avere riguardo unicamente al periodo temporale intercorso tra la conclusione e la risoluzione del contratto ma considerare anche lo stato del bene stesso in seguito alla sua immissione nel possesso del proprietario; che si preoccuperà di inserirlo nuovamente all'interno del circuito economico appropriato allo scopo di ottenere un determinato utile.

Certa dottrina precisa, inoltre, che non bisogna tralasciare, nel calcolo dell'equo compenso, la remunerazione del finanziamento stesso e dell'intero capitale investito dalla società concedente comprendente sia gli interessi per il differimento dei singoli canoni, sia la remunerazione del capitale corrisposto integralmente[59]. Considerando la concreta determinazione dell'importo dell'equo compenso di cui all'art. 1526 c.c., quindi, esso potrà legittimamente superare il mero corrispettivo del temporaneo godimento del bene predetto, mentre – recuperato, da parte del concedente, il capitale monetario investito nell'operazione in vista del lucro corrispondente tramite il suddetto compenso ed il residuo valore del bene – il risarcimento del danno non sarà rapportato all'intera differenza necessaria per realizzare il guadagno previsto.

Sosteneva, infatti, una pronuncia della Corte di Cassazione, anticipando ciò che oggi espressamente prevede la l. 124/2017: «con l'anticipato recupero del bene e del suo valore, il concedente è di norma in grado di procurarsi, attraverso il reimpiego di quel valore, un proporzionale utile, che deve conseguentemente essere calcolato in detrazione rispetto alla somma che l'utilizzatore stesso avrebbe ancora dovuto corrispondere se il rapporto fosse proseguito»[60]. Da quanto premesso appare evidente che la nuova Legge di cui sopra, se pur non faccia espressa menzione dell'equo compenso, elenca tutte le componenti che di fatto lo costituiscono, prevedendolo,

[58] I. L. NOCERA, *Risoluzione per inadempimento e riduzione ex officio della clausola penale nel leasing*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009.

[59] F. INSINGA, *Guida pratica alle decisioni aziendali. La valutazione finanziaria delle alternative di investimento e di finanziamento*, in *Il Sole 24 Ore*, Milano, 1993.

[60] Cass., 13.01.2005, n. 574, in *Leggi d'Italia*.

dunque, alla stregua dell'art. 1526 c.c.; il risarcimento del danno riguarderebbe, viceversa, solo le ipotesi di deterioramento anormale della cosa, determinato da una violazione dell'obbligo di diligenza.

4.4. Diverse occasioni in cui si fa uso dello strumento dell'equo compenso.

Si pone all'attenzione la necessità di esaminare come si possa stabilire il criterio di determinazione dell'equo compenso attraverso l'approfondimento dei diversi casi in cui viene utilizzata l'espressione «equo compenso» di cui all'art. 1526 c.c.

Partiamo dal recentissimo Regolamento Agcom, approvato il 19 gennaio 2023, che dovrà disciplinare l'utilizzo *online* di pubblicazioni di carattere giornalistico per motori di ricerca, social e aggregatori.

Quest'ultimo detta i criteri e le procedure per l'intervento dell'Autorità ai fini della determinazione dell'equo compenso dovuto da parte dei prestatori di servizi della società di informazione agli editori per l'utilizzo *online* delle pubblicazioni di carattere giornalistico destinate al pubblico italiano e disciplina, altresì, gli obblighi di informazione e comunicazione e le conseguenti funzioni di vigilanza. Tutto ciò a garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione nonché della libertà dell'iniziativa economica e del principio di libera concorrenza.

Vi sono alcuni passaggi del Regolamento, soprattutto quando si analizza il contesto di mercato, in cui si sottolinea come l'editoria, in particolare quella quotidiana, sia l'ambito con maggiori difficoltà di carattere strutturale e congiunturale, con una contrazione dei ricavi complessivi, da vendita di copie e da pubblicità e si lascia intendere che l'equo compenso si giustificherebbe anche per questo, come misura compensativa per restituire agli editori quanto perso e sottratto loro dagli intermediari/piattaforme.

Va, tuttavia, ricordato, come precisa la stessa Autorità, come non sono i ricavi perduti dagli editori l'oggetto dell'equo compenso, ma all'opposto, quanto ricavato in più dal prestatore/piattaforma, cioè «il divario fra i ricavi conseguiti dagli intermediari che distribuiscono in rete i contenuti e il valore riconosciuto ai titolari dei diritti», il cosiddetto *value gap*.

Quest'ultimo, come indicato dall'Autorità, ha come base di calcolo i ricavi pubblicitari del prestatore derivanti dall'utilizzo delle pubblicazioni di carattere giornalistico dell'editore, gli unici in qualche modo misurabili, a cui andranno sottratti i benefici economici derivanti all'editore dai servizi del prestatore sulla base di criteri che nella proposta iniziale erano stati individuati ma poi tutti inseriti tra i criteri per determinare l'aliquota (e che sarebbero probabilmente stati determinati per compensazione).

In questo modo sarebbe possibile determinare, seppur con qualche oggettiva difficoltà legata alla mancanza di un condiviso sistema di allocazione dei ricavi pubblicitari delle piattaforme, proprio il *value gap*/equo compenso, cioè la somma che ciascun prestatore/piattaforma dovrebbe mettere a disposizione dell'intera platea degli editori aventi diritto e da ripartire poi direttamente tra questi in base all'incidenza dei

diversi criteri di riferimento. Il tutto tenendo conto dei meccanismi di funzionamento dei servizi del prestatore e del relativo modello di business[61].

Alla luce di quanto sin ora esposto, si può concludere con una considerazione in merito alla possibilità di intendere l'elenco delle somme dovute al concedente – di cui all'art. 1 comma 138 della legge 124/2017 – come dei criteri per la quantificazione dell'equo compenso (così come quelli indicati dall'Agcom) e, pertanto, la loro natura compensativa, in continuità con quanto previsto dall'art. 1526, comma 1 e 2, c.c.

Alla conclusione che l'equo compenso di cui all'art. 1526 c.c. abbia la medesima funzione di quello di cui al Regolamento Agcom si può giungere prendendo in considerazione l'obiettivo che entrambi perseguono ovverosia quello del ripristino dell'equilibrio contrattuale attraverso la remunerazione del godimento del bene.

Sembrerebbe interessante, dunque, chiedersi se questi ultimi possano essere paragonati all'equo compenso del professionista inteso come compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale. Il disegno di legge sull'equo compenso[62], che si avvia ora verso l'approvazione definitiva[63], ha stabilito che gli accordi in violazione della disciplina in materia di equo compenso determinano la nullità - rilevabile d'ufficio e a vantaggio del professionista - delle relative clausole, con conseguente conservazione delle altre parti del contratto[64]. In tal caso l'equo compenso è un compenso che per

[61] Ricordiamo sinteticamente i criteri adottati, in ordine di rilevanza: a) numero di consultazioni online; b) rilevanza dell'editore sul mercato, in termini di audience; c) numero di giornalisti, inquadrati ai sensi di contratti collettivi nazionali di categoria; d) costi comprovati sostenuti dall'editore per investimenti tecnologici e infrastrutturali; e) costi comprovati sostenuti dal prestatore per investimenti tecnologici e infrastrutturali dedicati esclusivamente alla riproduzione e comunicazione delle pubblicazioni di carattere giornalistico diffuse online; f) adesione e conformità, dell'editore e del prestatore, a codici di condotta, codici etici e standard internazionali in materia di qualità dell'informazione e di fact-checking maggiormente riconosciuti; g) anni di attività dell'editore, anche in relazione alla storicità della testata in ambito nazionale e locale.

[62] Il testo era stato approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, sempre all'unanimità, il 19 gennaio scorso senza modifiche rispetto alla proposta di legge presentata il 13 ottobre 2022.

[63] L'Assemblea della Camera dei deputati ha approvato, all'unanimità, la proposta di legge n. 338 recante disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali, che ora passa all'esame del Senato.

[64] La norma che disciplina l'equo compenso del professionista nel nostro ordinamento è l'articolo 13 bis della legge professionale forense (L n. 247/2012), introdotto dall'articolo 19-quaterdecies del decreto fiscale, convertito nella legge 4 dicembre 2017, n. 172, entrato in vigore il 6 dicembre 2017. Secondo la lettera di tale articolo, in tutti i casi di incarico legale conferito da imprese bancarie e assicurative, nonché da imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361 CE della Commissione Europea (ovvero che occupino più di 250 persone, abbiano un fatturato annuo non superiore ad € 50.000.000,00, o un totale di bilancio annuo non superiore ad € 43.000.000,00), qualora le convenzioni che disciplinino il rapporto professionale siano unilateralmente predisposte da questi ultimi, il compenso si intenderà equo, solo qualora risulti «proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della Giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6». Ai sensi del comma 3, le convenzioni stipulate con i ridetti "clienti forti" "si presumono unilateralmente predisposte" dagli stessi "salva prova contraria". In assenza della prova contraria, le clausole delle convenzioni per incarico legale di cui all'art. 13 bis che debbano, agli effetti di legge, ritenersi unilateralmente predisposte, si intenderanno nulle, qualora determinino «anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato». L'art. 19-quaterdecies, comma 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili», convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, ha inserito nella legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense» (hinc inde: "legge forense"), l'art. 13-bis, recante «Equo compenso e clausole vessatorie». Al predetto art. 19-quaterdecies, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, sono state successivamente apportate ulteriori modificazioni – entrate in vigore il 1° gennaio 2018 – dall'art. 1, commi 487 e 488, legge 27 dicembre 2017, n. 205, recante «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020».

definizione deve essere proporzionato alla quantità, alla qualità, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione oltre che conforme ai parametri applicabili alle diverse categorie di lavoratori interessati, sulla base dell'art. 36 della Costituzione che recita «il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa(…)».

Ebbene, tale compenso potrebbe essere paragonato ai primi due in premessa solo qualora lo considerassimo alla stregua di una remunerazione per l'uso del tempo e delle competenze del professionista, dovendo però allora accogliere la teoria che da tale utilizzo derivi il logoramento e il conseguente deprezzamento del bene, e per tale intendere: quando si parla di leasing, il bene stesso oggetto dell'operazione; quando si parla di utilizzo delle pubblicazioni da parte delle piattaforme, gli articoli degli editori; e, quando si parla dell'ultimo caso trattato, quello delle prestazioni professionali, le competenze intellettuali dei professionisti coinvolti.

5. Il leasing immobiliare abitativo e le differenze con il mutuo.

Appare interessante, infine, approfondire la disciplina del leasing immobiliare abitativo, al fine di confrontarlo con il mutuo.

La legge di Stabilità 2016 ha, difatti, introdotto una rilevante novità destinata ad offrire alla platea di possibili acquirenti di una abitazione principale una nuova possibilità di finanziamento: il leasing immobiliare abitativo[65].

Destinatari della possibilità di stipulare contratti di leasing immobiliare abitativo, alle condizioni che, come vedremo, offrono interessanti opportunità e benefici fiscali, sono coloro che desiderano acquistare l'abitazione principale per la propria famiglia.

Si noti, dunque, che il legislatore non ha fatto riferimento al concetto di "prima casa" cui si applicano le odierne agevolazioni sull'acquisto: l'abitazione principale è il luogo ove la famiglia ha la propria abituale dimora indipendentemente dal fatto che i suoi membri posseggano altre unità abitative, anche nel medesimo comune[66].

Dunque, chi decide di acquistare l'abitazione principale può rivolgersi ad una società di leasing per richiedere la stipula di un contratto della specie: in questo caso la società di leasing, ove ritenga di dar corso all'operazione (resta fermo infatti il diritto del concedente a compiere ogni valutazione sul merito creditizio del suo cliente), procederà all'acquisto in proprio nome dell'immobile abitativo e lo concederà in locazione all'utilizzatore, che ne avrà quindi l'immediata disponibilità, assumendosene peraltro i conseguenti rischi, compreso quello del perimento[67]. Una volta concluso il pagamento delle rate standard, si può scegliere se pagare una maxi-rata finale – prestabilita in fase di stipula del contratto – per diventare proprietario a tutti gli effetti della casa o se restituire l'immobile alla proprietà. L'utilizzatore sarà, quindi, chiamato, nel corso di vita

[65] Come visto, si deve all'art. 1, commi da 76 ad 81, legge 28 dicembre 2015, n. 208, la disciplina ormai tipica del contratto di locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale.

[66] E comunque la legge non richiama l'esclusione dai benefici fiscali, che invece è fatta a proposito delle agevolazioni prima casa, per le unità c.d. di lusso, oggi identificate in quella censite a catasto dei fabbricati con le categorie A1, A8, A9.

[67] Di solito i contratti di leasing prevedono l'obbligo per l'utilizzatore di stipulare un'adeguata copertura assicurativa per garantire tali rischi.

del contratto, a sostenere i seguenti oneri: un maxi canone iniziale, di solito fra il 10% e il 30% del prezzo d'acquisto dell'immobile, da versarsi contestualmente alla stipula del contratto di acquisto dell'immobile da parte del concedente; un canone mensile periodico che sarà determinato dall'ammontare del prezzo d'acquisto e dall'applicazione di un tasso d'interesse; un prezzo di riscatto alla fine del contratto, di solito compreso tra il 10% e il 20% del prezzo d'acquisto; le spese per eventuali commissioni ed oneri che risarciscono i costi dell'operazione in capo alla concedente; le spese per la copertura assicurativa dei rischi contrattuali.

Così descritta, questa particolare forma di contratto di finanziamento, presenta analogie sia con il mutuo che con il *rent to buy*, l'affitto con riscatto.

Concentrandoci sulle differenze rispetto al mutuo, si osservi preliminarmente che con il mutuo il soggetto diventa subito proprietario del bene, con tutte le conseguenze positive e negative (oneri fiscali) che ne derivano; con il leasing – come spiegato sopra – no. Non possiamo non notare, inoltre, come la prassi bancaria odierna offra ai clienti operazioni di durata molto più lunga, essendo comuni mutui di 25/30 anni e, per i soggetti più giovani, anche di durata superiore, mentre i tempi massimi relativi ai contratti di leasing immobiliare normalmente si attestano intorno ai 12/15 anni. Nel caso di mutuo ipotecario, però, è più difficile ottenere una copertura pari al 100% del prezzo d'acquisto, poiché la tendenza del mondo bancario è quella di richiedere una *equity* almeno del 20-25%. Viceversa, con il leasing è possibile finanziare fino al 100% del valore totale dell'immobile da acquistare, includendo anche i costi per l'arredamento. Inoltre, con il leasing il contraente è a conoscenza sin da subito della somma da pagare per la durata del contratto e il maxi-canone iniziale è generalmente inferiore rispetto all'anticipo del mutuo; tuttavia, i tassi di interesse dei mutui sono generalmente più vantaggiosi.

La maggiore appetibilità del contratto di leasing immobiliare abitativo rispetto ad altre forme di finanziamento deriva, invece, certamente da un regime fiscale ampiamente favorevole, in particolare per i soggetti di età inferiori a 35 anni; il legislatore ha quindi voluto favorire particolarmente l'accesso all'acquisto dell'abitazione principale per i più giovani.

Le agevolazioni fiscali previste dalla legge di Stabilità del 2016 riguardano sia le imposte dirette sull'atto d'acquisto e sull'atto di riscatto, che le imposte sul contratto di leasing che, ancora, l'imposta sui redditi dell'utilizzatore[68].

[68] Di seguito queste agevolazioni nel dettaglio: l'utilizzatore ha diritto di detrarre dalla propria dichiarazione dei redditi i canoni di leasing per un massimo di euro 10.000 in caso di under 35 anni, e di euro 4.000 in caso di over 35 anni (si ricordi che la detrazione per i mutui ipotecari riguarda non l'intera rata ma i soli interessi passivi con un massimo generalizzato di euro 4.000 annui); non è dovuta alcuna imposta sostitutiva sul contratto di leasing, mentre il mutuo ipotecaria sconta, quando finalizzato all'acquisto dell'abitazione principale, un'imposta pari allo 0,25% del capitale mutuato; pur essendo il contratto di leasing sostanzialmente un contratto di locazione con facoltà di riscatto; non è dovuta alcuna imposta di registro periodica, mentre i contratti di locazione scontano un'imposta di registro annuo; all'atto dell'acquisto, il concedente, in quanto acquirente, pagherà, se il venditore sarà una persona fisica o se comunque l'operazione sarà esente da IVA, un'imposta di registro proporzionale pari all'1,5% e, assieme ad esse, imposte ipotecari catastali nella misura fissa di euro 200 ciascuna (l'imposta proporzionale di registro per l'acquisto della prima casa ammonta oggi al 2%); al momento del riscatto dalla società di leasing, sarà l'utilizzatore a dover pagare imposta di registro, ipotecaria e catastale, tutte e tre nella misura fissa di euro 200 ciascuna; non sarà necessaria la stipula di un contratto di leasing in forma di atto pubblico, e quindi non ma- tureranno le relative spese notarili: la prassi odierna è che contestualmente all'atto di vendita venga stipulato in forma di atto privato, un contratto di locazione finanziaria che acquista data certa con la registrazione a tassa fissa di euro 200.

La differenza che più interessa chi scrive, in tale contesto, è che in caso di inadempimento contrattuale, rappresentato dalla mancata corresponsione dei canoni di locazione, non sarà necessaria una procedura esecutiva in quanto la concedente sarà già proprietaria dell'immobile: sarà semmai necessario, in questo caso, disciplinare la liberazione dell'immobile stesso da parte dell'utilizzatore, che comunque avrà diritto, alla vendita della proprietà, a percepire la differenza tra il prezzo realizzato ed il residuo credito della concedente[69].

Il comma 78 dell'art. 1, legge n. 208/2015, illustra, infatti, le conseguenze della risoluzione del contratto di locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore (in maniera analoga all'art. 72-quater della legge fallimentare), accordando al concedente il diritto alla restituzione del bene, ma obbligandolo a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o ricollocazione del bene attuata secondo i valori di mercato ed in base a criteri di trasparenza e pubblicità, dedotta la somma dei canoni rimasti insoluti, dei canoni a scadere attualizzati e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto.

Si tratta di una sorta di vendita in danno dell'utilizzatore, volta a tutelare più efficacemente l'interesse del concedente in via di autotutela, perciò condizionata dalla garanzia che il prezzo richiesto al terzo compratore sia effettivamente quello ricavabile in base al normale mercato dell'immobile. In tal modo, il concedente si assicura sul ricavato della vendita o della ricollocazione del bene un importo pari ai canoni maturati fino al momento della risoluzione sommati al prezzo d'opzione, ovvero l'intero profitto inizialmente atteso quale corrispettivo dell'operazione di finanziamento, pur senza perdere la proprietà del bene (a differenza di quanto previsto, ad esempio, dall'art. 1526 c.c. in tema di vendita con riserva della proprietà).

Tuttavia, il concedente non deve conseguire un indebito vantaggio derivante dal cumulo della somma dei canoni, del prezzo di opzione e del valore del bene, sicché, sul modello di un patto marciano, egli rimane obbligato a corrispondere all'utilizzatore quanto del prezzo ricavato dalla vendita o ricollocazione del bene risulti eccedente i propri crediti derivanti dalla locazione finanziaria.

Viene, infatti, da domandarsi – alla luce di quanto premesso – se la disciplina recata in materia di leasing immobiliare abitativo (art. 1, comma 78, l. 28 dicembre 2015, n. 208), nonché quella di cui all'art. 1, comma 138, della l. 4 agosto 2017, n. 124, non possano costituire un mezzo per svincolarsi dal divieto del patto commissorio, che opera invece in materia di mutuo.

5.1. Il divieto del patto commissorio.

Come è noto, il divieto del patto commissorio[70] è sancito dagli artt. 2744 e 1963 c.c. Secondo tali disposizioni, è vietato (a pena di nullità) il patto con cui si conviene che il

[69] M. GHIRLANDA, *Note sul leasing immobiliare abitativo*, in *Immobili & proprietà*, 2017.

[70] La letteratura sul tema è vastissima; limitandosi soltanto alle trattazioni monografiche o enciclopediche si segnalano (oltre ai lavori fin qui citati), ex multis: V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, 1952; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957; ID., *Patto commissorio*, in *Nss. Dig.*, UTET, 1965, vol. XII, 711 ss.; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. Del Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 502 ss.; M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, in *Enc. Treccani*, Roma, 1990; M. DI PAOLO, *Patto commissorio*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, pp. 309 ss.; F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà*

bene dato in pegno o ipotecato, o concesso a titolo anticretico, passi in proprietà del creditore in caso di mancato adempimento; è altrettanto noto, poi, che – nonostante l'esplicita delimitazione del divieto (e la sua espressa ripetizione per il creditore anticretico[71]) soltanto con riguardo a (patti che hanno ad oggetto) beni vincolati in garanzia – una diffusissima opinione, dottrinale e giurisprudenziale, reputa applicabile la proibizione anche agli accordi commissori aventi ad oggetto cose libere, cioè non preventivamente offerte in garanzia (c.d. patto commissorio autonomo).

Circa la ratio di siffatto divieto[72], soprattutto in merito al patto commissorio autonomo (svincolato da qualsiasi garanzia tipica), vi sono diverse interpretazioni.

Secondo l'impostazione tradizionale questa risiederebbe nell'esigenza di evitare di esporre la parte contrattuale presumibilmente più debole (il debitore) ad eventuali approfittamenti da parte del creditore che – lucrando sulle difficoltà economiche del primo in ipotesi d'inadempimento – potrebbe conseguire la titolarità di beni di valore ben superiore rispetto all'importo del credito garantito[73]. A tale ricostruzione si obbietta però che anzitutto la "debolezza" del debitore e la relativa lesione della sua sfera giuridica è soltanto potenziale, ben potendo questi essere in concreto molto più facoltoso, informato e avveduto del creditore. Inoltre, la tutela di una parte nei confronti delle possibili prevaricazioni dell'altra è di norma attuata dal sistema civilistico attraverso meccanismi azionabili unicamente su istanza della parte lesa.

Si pensi alla rescissione per lesione del contratto concluso in stato di bisogno ai sensi dell'art. 1448 c.c. oppure alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c. Si consideri inoltre la ben più recente disciplina delle c.d. clausole vessatorie di cui agli artt. 33 e segg. D. Lgs. n. 206/2005 (c.d. codice del consumo) imperniata sul sistema della c.d. nullità relativa, per cui spetta solo alla parte contrattuale ritenuta più debole optare o meno per la caducazione dell'assetto d'interessi potenzialmente lesivo della propria sfera giuridica[74], che è differente da quella prevista all'art. 2744 c.c. a norma del quale la nullità della pattuizione è indisponibile, assoluta e rilevabile d'ufficio dal giudice. Tale norma parrebbe pertanto posta a tutela di un interesse superindividuale.

---

dei contraenti, Napoli, 1997; ID., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1999; A. SASSI, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, Napoli, 1999; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità nelle garanzie*, Napoli, 2000; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, 2000; G. BOZZI, *Alienazione in garanzia e tipologie commissorie*, Milano, 2000; G. F. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino, 2007; D. MARINELLI, S. SABATINI, *Le alienazioni in garanzia*, Rimini, 2018. Per una trattazione di sintesi v. P. GALLO, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. al c.c.*, E. Gabrielli (diretto da), sotto artt.2643-2783 ter, Torino, 2016, pp. 959 ss.; A. BALTI, *Clausola di patto commissorio*, in *Clausole negoziali*, M. CONFORTINI (a cura di), Torino, 2019, pp. 578 ss.

[71] Sulle ragioni che danno conto della specifica utilità di una espressa ripetizione del divieto (art. 1963 c.c.) con riguardo al creditore anticretico – ripetizione che risulterebbe, invece, non agevolmente giustificabile a voler seguire l'idea, invero assai diffusa, che vede nell'art. 2744 c.c. una norma c.d. materiale – sia consentito rinviare a F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, cit., pp. 127 ss.

[72] Cfr. L. MATTIANGELI, *Divieto di patto commissorio, ratio, fondamento ed analisi delle posizioni di dottrina e di giurisprudenza*, in *Vita Notar.*, 2006, pp. 1092 e segg.

[73] Sul punto V. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. Notar.*, 1981, pp. 401 e segg. In giurisprudenza Cfr. Cass., 10.03.2011, n. 5740, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011.

[74] Gli apporti della normativa di fonte sovranazionale e comunitaria determinano peraltro nel momento attuale una progressiva destrutturazione della categoria concettuale della nullità. In argomento V. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Contr.*, V. ROPPO (diretto da), A. GENTILI (a cura di), Milano, 2006.

A tal proposito autorevole dottrina[75] rinviene la ratio del divieto di patto commissorio nella tutela della *par condicio creditorum*. In quest'ottica siffatto divieto sarebbe precipuamente posto a tutela degli eventuali ulteriori creditori, che correrebbero il rischio della sottrazione di un cespite alla garanzia comune dei loro crediti. Siffatta analisi ricostruttiva è stata non senza mordente criticata da chi sottolinea come anche in tal caso la lesione del ceto creditorio sarebbe meramente potenziale.

Altra visione [76] sostiene, poi, che alla base del predetto divieto vi sarebbe l'incompatibilità fra la causa di vendita e quella di garanzia e, pertanto, l'inammissibilità di un negozio a effetti traslativi atipici.

Ma per tale via si giungerebbe a ritenere nullo anche il patto marciano di cui dottrina e giurisprudenza costante e consolidata sostengono la validità.

Ulteriore prospettazione asserisce, viceversa, che il fondamento del divieto in esame riposerebbe sull'esigenza d'impedire la realizzazione di una forma di autotutela privata che sarebbe contraria al principio di ordine pubblico perché idonea a erodere il monopolio statuale sull'attività esecutiva [77] . Si è però, a contrario, rilevato che l'ordinamento ammette forme di autotutela consensuale diverse dall'esecuzione forzata[78] quale ad esempio la cessione dei beni ai creditori prevista dagli artt. 1977 e segg. c.c. oppure il sequestro convenzionale disciplinato dagli artt. 1798 e segg. c.c. Inoltre, ove si accogliesse la tesi dell'inderogabilità delle procedure esecutive si escluderebbero dall'ambito di operatività del divieto *de quo* gli accordi svincolati dalla costituzione di garanzie reali tipiche come i patti commissori c.d. autonomi.

Alla luce di quanto prospettato l'analisi ricostruttiva forse più condivisibile dal punto di vista letterale e sistematico sembrerebbe essere quella che identifica la ratio del divieto di patto commissorio nell'esigenza di tutela della *par condicio creditorum*[79].

5.1. Il patto marciano.

---

[75] In tal senso F. CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. Dir. Proc*., 1946, pp. 146 e segg.; G. AMORTH, *Divieto del patto commissorio apposto a un mutuo ipotecario*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1949, pp. 717 e segg.

[76] Così N. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, pp. 13 e segg.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ*., 1950, pp. 298 e segg.; C. M. BIANCA, *Patto di riscatto e alienazioni a causa di garanzia*, in *Tratt. Dir. Priv*., F. VASSALLI (a cura di), Torino, 1993, pp. 681 e segg.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro It*., 1989, pp. 1428 e segg.

[77] In tal senso E. BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. Dir. Comm*., 1932, pp. 689 e segg.; U. MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, ivi, 1946, p. 65.

[78] Lo rileva G. BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, pp. 31 e segg., che sottolinea come nel nostro ordinamento non esiste un generale principio d'inderogabilità dell'espropriazione forzata giurisdizionale e d'inammissibilità dell'autotutela esecutiva di fonte convenzionale.

[79] La critica che si muove a questa tesi – come in precedenza evidenziato – risiede nell'argomento che la lesione della par condicio sarebbe soltanto potenziale. Occorre tuttavia rilevare che il sistema civilistico già conosce ipotesi in cui si sanziona con la nullità operazioni solo potenzialmente contrarie a determinati interessi superindividuali. Si pensi ad esempio ai divieti speciali di comprare previsti dall'art. 1471, nn. 1) e 2), c.c. Ciò in quanto in ipotesi di patto commissorio tipico perché accessorio a una garanzia reale oppure a un contratto d'anticresi la valutazione delle potenzialità lesive della *par condicio creditorum* sarebbe effettuata preventivamente dal legislatore ricorrendo al meccanismo della presunzione legale c.d. assoluta. In ipotesi di patto commissorio autonomo, invece, la valutazione dell'eventuale lesione della predetta *par condicio* spetterebbe all'interprete. Nel silenzio della legge e in ossequio al generale principio di conservazione del negozio parrebbe adeguato imperniare tale valutazione sull'effettività di siffatta lesione. Sembrerebbe allora opportuno - in ipotesi d'interpretazione estensiva del divieto di patto commissorio e dunque al di fuori dei casi previsti dalla legge - inserire alla tesi che ravvisa il fondamento di siffatto divieto nell'esigenza di tutela della *par condicio creditorum* il correttivo dell'effettività della lesione della stessa. Vd. G. RISPOLI, *Ai confini del divieto di patto commissorio*, in *Giur. It*., 2013.

Dalla figura tipizzata come patto illecito (quella commissoria) viene però tradizionalmente tenuta separata, appunto, quella di un accordo (c.d. marciano) attraverso il quale debitore e creditore concordano che, in caso di mancato adempimento, il creditore acquisterà (o consoliderà) la proprietà del bene promesso, con l'obbligo di restituire l'eccedenza (rispetto all'importo del debito) del valore stimato della cosa, e con la precisazione che la stima sarà effettuata – successivamente all'inadempimento – ad opera di un terzo, che proceda con criteri oggettivi[80].

Entrambi i patti sono alienazioni in garanzia, cioè volte a garantire un credito e rafforzare la posizione del creditore; tuttavia, è riconosciuta la liceità del patto marciano poiché solo nella struttura dello stesso è insito il vantaggio dell'accordo per il debitore (questo potrebbe sussistere anche nel patto commissorio, tuttavia, essendo esso solo eventuale non è in grado, in ogni caso, di renderlo lecito). Tale vantaggio, tipico del patto marciano, è garantito dalla valutazione del bene oggetto del trasferimento, che viene effettuata da parte di un soggetto terzo, successivamente all'inadempimento. Di conseguenza, attraverso il patto in questione è possibile scongiurare il realizzarsi delle conseguenze vietate dal legislatore e proprie del patto commissorio, cioè un'indebita locupletazione a danno del debitore derivante dall'assenza di un qualsiasi controllo sulla proporzione tra valore del bene e prezzo della compravendita. Il creditore che intenda acquistare il bene oggetto del patto marciano dovrà, pertanto, *in primis* procedere a far stimare lo stesso da un soggetto terzo e, nel caso in cui il valore del bene superi l'ammontare complessivo dovuto dal debitore, procedere al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito. Requisito qualificante del patto marciano, assolutamente indispensabile per non ricadere nella previsione di cui all'art. 2744 c.c., è, dunque, che il creditore sia obbligato a restituire al debitore l'eventuale eccedenza del valore del bene alienato rispetto all'ammontare del credito. Tale profilo non richiede particolare illustrazione corrispondendo esso ad una pressoché unanime indicazione da parte della dottrina e della giurisprudenza[81], che vedono in esso il tratto marcante della figura e al tempo stesso differenziale rispetto al patto commissorio. D'altro canto, tale indicazione è stata recepita dal nostro legislatore nel disciplinare i sottotipi di patto marciano in materia bancaria (v. sia l'art. 48-bis, comma 2 che l'art. 120-quinquiesdecies, comma 3,

[80] Una sintesi essenziale degli elementi caratteristici del patto marciano di diritto comune è tracciata da A. DIENER, *Introduzione al patto marciano*, nel volume di Associazione T.S.E.I., *Patto Marciano o "Marziano"?, Alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia*.

[81] Cfr., in tal senso, in dottrina, C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., pp. 218 ss.; F. ANELLI, op. cit., pp. 303 ss.; N. CIPRIANI, op. cit., pp. 209 ss.; U. CARNEVALI, *voce Patto commissorio*, in *Enc. dir. XXXII*, Milano, 1982, p. 505 ss.; P. GALLO, *Divieto del patto commissorio*, in *Commentario del cod. civ*., E. GABRIELLI (diretto da), sotto Artt. 2643-2783 ter, Torino 2016, pp. 972 s.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Torino 2000, pp. 146 ss.; M. BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, cit., pp. 217 ss.; A. SASSI, op. cit., pp. 287 ss.; A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Rivista di diritto civile*, p. 12; A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Rivista di diritto civile*, pp. 816 ss. Per la giurisprudenza, v. Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *R. not*, 2015, pp. 182 ss.; Cass. 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not*., 2013, p. 719; Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Leggi d'Italia.* Nel senso della nullita` del patto marciano, v. G. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino 2007, pp. 29 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *F. it*., 1989. V., infine, Cass., 18 marzo 2015, n. 5440, in *Leggi d'Italia*.

TUB)[82]. Si comprendono, quindi, le ragioni per le quali la dottrina[83] e la giurisprudenza abbiano attribuito alla stima un rilievo di primo piano, segnalando la necessità che essa venga compiuta in un momento successivo all'inadempimento, ad opera di un perito indipendente ed esperto, in tempi certi e con modalità definite (che assicurino il diritto al contraddittorio delle parti) al fine di individuare il giusto prezzo del bene alienato, ossia il prezzo corrente[84].

È in conclusione possibile affermare che la stima del bene oggetto del trasferimento, che rispetti i canoni di obiettività e imparzialità, ricopre un ruolo centrale nel delineare i confini tra patto commissorio e marciano, permettendo così di stabilire la liceità o meno dell'alienazione in garanzia[85].

Alla luce di quanto premesso, possiamo ora tentare di offrire una risposta all'interrogativo inizialmente proposto, circa il rischio che la disciplina recata dall'art. 1, comma 78, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (materia di leasing immobiliare abitativo), e dall'art. 1, comma 138, della l. 4 agosto 2017, n. 124, possa costituire un mezzo per disciogliersi dal divieto del patto commissorio, che opera invece in materia di mutuo.

Ebbene, ad opinione di chi scrive, che segue autorevole dottrina, un tale quesito non troverebbe seguito in quanto alla disciplina della risoluzione del contratto di locazione finanziaria ora recata dall'art. 1, comma 138, della l. 4 agosto 2017, n. 124 e, in materia di leasing immobiliare abitativo, dall'art. 1, comma 78, l. 28 dicembre 2015, n. 208, va attribuita una diversa qualificazione rispetto al patto commissorio, accostandola al patto marciano[86].

I sostenitori di questa tesi muovo dall'assunto che verrebbe qui consentita la soddisfazione (coattiva) del diritto (di credito, quale risultante dalla risoluzione del rapporto), attraverso il realizzo (del valore) del bene sul mercato, e con garanzia che il creditore non riceva più di quanto dovuto dal debitore.

Resta, tuttavia, la necessità, allora, che, così come per il patto marciano, anche il bene oggetto del leasing venga, prima della vendita da parte del concedente, sottoposto ad

[82] Il diritto del debitore a ricevere l'eventuale "supero" è previsto anche nei congegni marciani *ex lege* e segnatamente nel prestito vitalizio ipotecario regolato dall'art. 12 quater della l. 2 dicembre 2005, n. 248.

[83] Per la dottrina, v. A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., pp. 817, 820 ss.; per la giurisprudenza, cfr. spec. Cass. 28.01.2015, n. 1625, cit.

[84] Il legislatore, nel disciplinare i patti marciani bancari, ha statuito che il valore del bene sia stimato con perizia successiva all'inadempimento da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in difetto di accordo, dal Presidente del Tribunale, con le modalità di cui all'art. 696, comma 3, c.p.c. (v. art. 120-quinquiesdecies, comma 4, lett. d), TUB) ovvero che il perito, nominato dal Presidente del Tribunale proceda alla stima secondo i criteri di cui all'art. 568 c.p.c., comunichi entro sessanta giorni dalla nomina la stima giurata al debitore (e, se diverso, al proprietario del bene), al creditore e agli altri creditori con titolo trascritto o iscritto, i quali possono inviare tempestivamente note al perito (v. art. 48 bis, comma 6, TUB). Quest'ultima disposizione inoltre, assai opportunamente, dichiara applicabile alla perizia contrattuale in discorso l'art. 1349, comma 1, c.c. Sui rimedi esperibili contro la stima, v. A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, cit., pp. 817 ss.

[85] N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., pp. 151 ss.

[86] D. POLETTI, *"Forme" del godimento con vocazione traslativa: appunti sul leasing immobiliare abitativo*, in *Annuario del Contratto*. 2017, A. D'Angelo e V. Roppo (dir. da), Torino, 2018, pp. 73 ss.; anche A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciani*, 2021, pp. 459 ss. tratta del tema nell'ambito della considerazione delle "discipline marciane". Si tratta, peraltro, di una soluzione che evoca soltanto la tematica implicata dal patto marciano, nei limiti in cui contempla uno strumento di rapida realizzazione di una pretesa creditizia, senza, però, fornire elementi davvero significativi di confronto. V., infine, F. GIGLIOTTI, "Nuovi marciani" e alienazioni commissorie (tra discipline di settore e sistema codicistico), 2022.

una stima ad opera di un soggetto terzo; in mancanza verrebbe meno il principale elemento di distinzione tra il patto commissorio e quello marciano[87].

[87] Per una disamina più completa dei tratti distintivi v. A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Rivista di diritto civile*, 2017.