GRUPPO DI STUDIO PER LA VERIFICA DELLO STATO PASSIVO

Qui di seguito si indicano alcune tematiche la cui soluzione appare rilevante in relazione alle problematiche concernenti la verifica dello stato passivo ed in particolare le domande di ammissione al passivo e la documentazione da produrre a supporto.

1. Artigiani

Come noto, il D.L. 9 febbraio 2012 n. 5 ha modificato l’art. 2751 bis n. 5 c.c. disponendo che hanno privilegio generale sui beni mobili del debitore “*i crediti dell'impresa artigiana, definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti, nonché delle società ed enti cooperativi di produzione e di lavoro, per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti*”. Il testo previgente disponeva che il privilegio assisteva “*i crediti dell'impresa artigiana e delle società od enti cooperativi di produzione e di lavoro, per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti*”.

Può dirsi pacifico in giurisprudenza che, pur dopo la modifica legislativa, la sola iscrizione nell’albo delle imprese artigiane (che, ai sensi dell’articolo 5 della legge 8 agosto 1985, n. 443, ha natura costitutiva ed è condizione per la concessione delle agevolazioni a favore delle imprese artigiane) non è ritenuta sufficiente al riconoscimento del privilegio in questione. L’iscrizione è necessaria, ma da sola non è sufficiente a dimostrare la natura artigiana dell’attività svolta e quindi la spettanza del privilegio sul credito insinuato, occorrendo invece la dimostrazione, da fornirsi da parte del creditore istante, che all’epoca di insorgenza del credito sussistessero effettivamente tutti i requisiti richiesti perché la sua impresa fosse qualificabile come artigiana. Stante il diretto rinvio operato dal codice civile alle disposizioni legislative vigenti, la definizione dell’impresa artigiana ai fini della spettanza del privilegio, dopo la riforma del 2012, va ricercata nell’ambito della legge 8 agosto 1985, n. 443 e non più nell’ambito di operatività dell’art. 2083 c.c. A questo proposito sembra opportuno segnalare che la legge 443/1985 tratta in maniera diversa la posizione dell’impresa artigiana individuale rispetto a quella esercitata in forma societaria (escluse peraltro in ogni caso le società per azioni e le società in accomandita per azioni). Infatti l’art. 2 della L. 443/1985 stabilisce che “*È imprenditore artigiano colui che esercita personalmente, professionalmente e in qualità di titolare, l'impresa artigiana, assumendone la piena responsabilità con tutti gli oneri ed i rischi inerenti alla sua direzione e gestione e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo”* e l’art. 3 dispone che *“E' artigiana l'impresa che, esercitata dall'imprenditore artigiano nei limiti dimensionali di cui alla presente legge, abbia per scopo prevalente lo svolgimento di un'attività di produzione di beni, anche semilavorati, o di prestazioni di servizi, escluse le attività agricole e le attività di prestazione di servizi commerciali, di intermediazione nella circolazione dei beni o ausiliarie di queste ultime, di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, salvo il caso che siano solamente strumentali e accessorie all'esercizio dell'impresa”*. Dunque l’impresa artigiana individuale deve avere i limiti dimensionali previsti dalla legge (art. 4) e deve vedere un ruolo di prevalenza nel processo produttivo del lavoro svolto dall’imprenditore medesimo che deve dirigere personalmente l’eventuale personale dipendente. Allorché l’impresa venga esercitata nelle forme societarie ammesse, oltre al rispetto dei limiti dimensionali, occorre che *“la maggioranza dei soci, ovvero uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e che nell'impresa il lavoro abbia funzione preminente sul capitale”* (così l’art. 3 2° c. L. 443/1985). Sembra dunque che, alla luce della legislazione vigente, la dimostrazione della prevalenza del lavoro umano sul capitale investito vada riferita solo all’impresa artigiana esercitata in forma societaria e non anche all’imprenditore individuale. Nel caso dell’imprenditore individuale il dato rilevante non è quello della preminenza del lavoro sul capitale, ma quello della preminenza dell’apporto di lavoro dell’imprenditore e dei suoi collaboratori (diretti personalmente dall’imprenditore) nel processo produttivo.

Al presente testo si allega la Tabella di calcolo in formato Excel e con celle già formattate.

1. Banche

Un peculiare problema che può porsi in relazione all’ammissione al passivo dei crediti vantati dalle banche (ma il discorso è di più ampio respiro e non riguarda in senso stretto solo tale tipologia di creditori) è quello che attiene alla portata del giudicato endofallimentare che si forma con l’ammissione al passivo del credito insinuato.

Come noto, il decreto di esecutività dello stato passivo ha natura di provvedimento giurisdizionale di carattere decisorio suscettibile di formare giudicato, seppur a livello endofallimentare. Secondo la giurisprudenza di legittimità il decreto *“assume carattere di stabilità in ordine all’esistenza della pretesa sostanziale ed alla qualità del credito ... contiene l’accertamento del credito quanto ai fatti costitutivi, alla qualità, al rango ed alla sua opponibilità alla massa e, divenuto definitivo e non impugnato attraverso i rimedi interni alla procedura, assume carattere di stabilità nell’alveo della procedura stessa ed ai suoi fini, precludendo ogni successiva iniziativa che metta in discussione quel titolo e quel rango”* (così Cass. 26.7.2012 n. 13289 in motivazione; nello stesso senso Cass. 4.9.2013 n. 20222 la quale ha ribadito che, una volta formatosi il giudicato sullo stato passivo, il fallimento non è più titolato ad esperire azioni che abbiano quale effetto di portare ad una modifica dello stato passivo medesimo: nella fattispecie, non essendosi opposto il curatore alla domanda di restituzione di un bene, la Suprema Corte ha affermato che il fallimento non poteva pretendere di rientrare nella titolarità del bene attraverso l’esperimento di un’azione revocatoria i cui esiti avrebbero portato ad una modifica dello stato passivo definitivo). Dunque, “*il curatore, stante la forza di giudicato endofallimentare, da attribuire al decreto che rende esecutivo lo stato passivo, può chiedere la revocazione del credito ammesso, ma non agire in via ordinaria per rimettere in discussione il titolo, ovvero gli elementi che lo costituiscono o lo connotano*” (così Cass. 2012/13289 cit.).

Si pensi ora al caso della banca che si insinui al passivo per un saldo creditorio di conto corrente di Euro 1.000.000 portato dagli estratti conto debitamente prodotti con l’istanza e che venga regolarmente ammesso al passivo. Occorre chiedersi se, una volta che il credito portato dal saldo del conto corrente sia stato definitivamente ammesso al passivo, il curatore sia legittimato ad esperire nei confronti della banca azioni che mettano in discussione rapporti che hanno contribuito a determinare il saldo creditorio per il quale la banca è stata ammessa al passivo. L’art. 1827 c.c. dispone infatti che *“l’inclusione di un credito nel conto corrente non esclude l’esercizio delle azioni ed eccezioni relative all’atto da cui il credito deriva”* e l’inclusione nel conto corrente di una posta non implica novazione del rapporto da cui deriva (cfr. Cass. 5.11.2004 n. 21237).

Si considerino due ipotesi: a) addebito in conto corrente di interessi anatocistici e di commissioni di massimo scoperto che si assuma essere stato illegittimo; b) addebito in conto corrente di passività conseguenti ad operazioni in derivati che si assumano essere invalide.

Mentre l’addebito degli interessi anatocistici e delle commissioni di massimo scoperto attiene direttamente al contratto di conto corrente, l’addebito in conto corrente di passività conseguenti ad operazioni in derivati trova la sua causa giustificatrice non già nel contratto di conto corrente, ma in rapporti che sono estranei a questo contratto e che nel conto corrente hanno solo trovato la loro regolamentazione economica finale.

Potrebbe dunque ipotizzarsi che, mentre il giudicato endofallimentare dovrebbe impedire di rimettere in discussione i crediti derivanti dagli addebiti sub a), l’ammissione al passivo per il credito portato dal saldo di conto corrente non comporti l’automatica impossibilità di rimettere in discussione un diverso rapporto giuridico intercorso tra la banca e la fallita al quale sia conseguito un’annotazione di una posta a debito nel conto corrente. Potrebbe cioè sostenersi che, agendo per far dichiarare, in ipotesi, la nullità dei contratti in derivati il fallimento non agirebbe per rimettere in discussione e rideterminare il saldo del conto corrente, ma per incidere sul diverso rapporto che ha avuto, quale riflesso, un addebito in conto corrente. Lo scopo perseguito dal curatore con tale azione non sarebbe quello di rimettere in discussione le risultanze dello stato passivo ma quello diverso di veder accertata l’invalidità delle operatività sui derivati. Il saldo di conto corrente e quindi il credito della banca accertato in sede di formazione del passivo, rimarrebbe intangibile; tuttavia ad una pronuncia di nullità dei contratti derivati potrebbe conseguire un obbligo restitutorio da parte della banca (la quale avrebbe il diritto di compensare il debito restitutorio fino a concorrenza del credito derivante dal saldo di c/c definitivamente accertato in sede di formazione dello stato passivo e sarebbe tenuta a versare l’eventuale eccedenza).

A fronte di tali considerazioni stanno però alcune affermazioni contenute nelle sentenze di legittimità sopra riportate, tra cui quella secondo cui “*E’ indubbio che il decreto d'ammissione allo stato passivo contiene accertamento del credito quanto ai fatti costitutivi, alla qualità, al rango ed alla sua opponibilità alla massa, e che, divenuto definitivo e non impugnato attraverso i rimedi interni alla procedura, assume carattere di stabilità nell'alveo della procedura stessa ed ai suoi fini, precludendo ogni successiva iniziativa che metta in discussione quel titolo e quel rango*” (così Cass. 13289/2012 in motivazione). Si veda anche Cass. 9.6.2011 n. 12638 nella cui motivazione si legge che “*nel procedimento fallimentare la definitività dello stato passivo, conseguente al decreto con cui il giudice delegato ne dichiara l'esecutività a norma dell'art. 97 L. Fall., conferisce all'accertamento dei crediti ammessi un grado di stabilità tale da precludere l'ulteriore proposizione di questioni attinenti all'esistenza ed all'entità del credito ed alla sussistenza di cause di prelazione, come pure alla validità e all'opponibilità del titolo dal quale il credito stesso deriva (cfr. Cass., Sez. lav., 15 giugno 2006, n. 13778; Cass., Sez. 1, 16 marzo 2001. n. 3830: 22 gennaio 1997, n. 664). E' pur vero che tale preclusione ha efficacia essenzialmente endoprocedimentale essendo ormai pacifico che l'accertamento del giudice delegato non è destinato ad acquistare autorità di giudicato al di fuori della procedura concorsuale. Ma ciò non significa che al di fuori del fallimento e in pendenza della procedura sia possibile contestare, in sede di cognizione ordinaria e dinanzi ad un giudice diverso da quello fallimentare, la validità e/o l'efficacia degli stessi titoli posti a fondamento delle domande di ammissione al passivo, e quindi necessariamente oggetto di esame e di valutazione ai fini della formazione dello stato passivo, in quanto tale possibilità si porrebbe in contrasto con il principio sancito dall'art. 52, L. Fall., che concentra l'accertamento dei crediti nella sede fallimentare*.”

Se il fatto costitutivo del credito è dato dall’esito delle operazioni in strumenti derivati potrebbe dunque sostenersi che tale fatto rimanga intangibile in forza del giudicato endofallimentare.

Come si vede, la problematica è assai complessa e il rischio che l’eccezione di giudicato possa paralizzare future iniziative del curatore è rilevante.

Per tali ragioni sembra opportuno suggerire che in sede di insinuazione al passivo alle banche venga richiesto di documentare compiutamente le proprie pretese creditorie onde consentire al curatore di effettuare tempestivamente le verifiche del caso e di proporre le eventuali eccezioni nell’ambito del procedimento di verifica dei crediti.

1. Interessi sulle transazioni commerciali nel fallimento.

Con il d.lgs. 231/2002 è stata data attuazione alla direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Come è noto, è sorto un contrasto interpretativo in merito all’applicabilità dei tassi moratori ex d.lgs. 231/2002 in sede concorsuale.

Detta incertezza deriva dal fatto che l’art. 1, comma II, lett. a) dispone che «*le disposizioni del presente decreto non trovano applicazione per: […] debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito*».

La portata della norma è stata oggetto di differenti interpretazioni:

1. secondo un primo orientamento «*deve escludersi in sede fallimentare il debito per interessi di mora al tasso cosiddetto commerciale, potendo quindi il creditore essere ammesso al passivo del fallimento per gli interessi sui crediti commerciali scaduti anteriormente alla dichiarazione di fallimento solo nei limiti del tasso legale di cui all'articolo 1284 c.c., fatta salva ovviamente l'ipotesi in cui la debenza di detti interessi sia affermata da un titolo giudiziale passato in giudicato*» (Trib. Mantova 13 maggio 2014 - Pres. Alfani – Est. Arrigoni; nello stesso Trib. Ravenna, 5 ottobre 2015 – Est. Farolfi; Trib. Pescara 10 febbraio 2009 – Pres. Est. Filocamo; non sono mancate pronunzie che hanno ritenuto inapplicabili gli interessi di mora anche ove gli stessi fossero riconosciuti da un giudicato giudiziale, Trib. Rimini, 5 febbraio 2015 –Pres. Talia, Est. Bernardi);
2. un secondo orientamento ammette invece l’applicabilità degli interessi di mora ex d.lgs. 231/2002, con decorrenza sino alla data della sentenza dichiarativa di fallimento, senza necessità di preventiva cristallizzazione del diritto agli interessi in un titolo giudiziale (in questo senso le *istruzioni comportamentali per l’accertamento del passivo indirizzate ai creditori concorsuali ed ai curatori* di cui alla circolare del Presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano del 21 aprile 2007, p. 281; Trib. Milano 21 gennaio 2008 – Pres. Quatraro, Est. Nunnari).

La tesi *sub* b) ha trovato recente conferma nell’ordinanza n. 8979 del 5 maggio 2016 della Corte di Cassazione (sezione VI, Pres. Ragonesi – Rel. Genovese). La motivazione della Corte di Cassazione può così essere riassunta: (*i*) il divieto di cui all’art. 1, comma II, lett. a) decorre, come conferma il dato letterale della norma, dal momento dell’apertura della procedura concorsuale, (*ii*) restano dunque fermi gli interessi già maturati anteriormente, in quanto il d.lgs. 231/2002 prevede l’automatica debenza degli interessi moratori, senza necessità di espresso atto di costituzione in mora (cfr. art. 4 d.lgs. 231/2001) e (iii) è preclusa – stante la fonte comunitaria della disciplina in parola – ogni forma di interpretazione abrogante ad opera dei giudici nazionali.

In ossequio al principio espresso dalla Suprema Corte, devono essere riconosciuti – al ricorrere dei requisiti soggetti e oggettivi di applicazione della normativa in parola – gli interessi *ex* d.lgs. 231/2002, subordinatamente alla formulazione di una espressa richiesta da parte del ricorrente, ed essi dovranno essere computati, con riferimento al termine iniziale, dal giorno successivo alla scadenza del termine (in conformità alla previsioni dell’art. 4 d.lgs. 231/2002) e, con riferimento alla data finale, sino alla data della dichiarazione del fallimento (cfr. la nota del Presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale di Treviso 31 maggio 2016).

Il calcolo degli interessi.

Si ricorda che l’art. 4 prevede che il termine di pagamento sia pari a

1. trenta giorni dalla data di ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente;
2. trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi;
3. trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi;
4. trenta giorni dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell’accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data.

La medesima norma dispone che, nelle transazioni commerciali tra imprese, le parti possono pattuire un termine per il pagamento superiore rispetto a quello previsto dal comma II. Termini superiori a sessanta giorni, purché non siano gravemente iniqui per il creditore, devono essere pattuiti per iscritto.

Ulteriori disposizioni del d.lgs. 231/2002

Per le transazioni concluse successivamente al 1° gennaio 2013 trovano applicazione anche le disposizioni dell’art. 6 del d.lgs. 231/2002, in forza delle quali

1. il creditore ha diritto anche al rimborso dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte;
2. al creditore spetta, senza che sia necessaria la costituzione in mora, un importo forfettario di 40 euro a titolo di risarcimento del danno.

Pur in assenza di particolari approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali, deve ritenersi – seguendo il percorso ermeneutico tracciato dall’arresto del 2016 della Suprema Corte (Cass. m. 8979/16) – che dette norme operino anche in sede di ammissione al passivo.

In forza del D.L. 132/2014, il nuovo art. 1284, IV comma, cod. civ. dispone: «*se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*». Si pone il tema di stabilire cosa accada se il creditore proponga domanda giudiziale ed il giudizio venga dichiarato interrotto nelle more del giudizio. Pare ragionevole ritenere che, in sede di ammissione al passivo, siano ammissibili gli interessi “maggiorati” dalla data della domanda alla data del fallimento.

1. Leasing

La situazione antecedente alla L. 4.8.2017 n. 124 in vigore dal 29.8.2017

In relazione ai rapporti di leasing e alle problematiche che tale fattispecie contrattuale pone in sede di verifica dello stato passivo (in caso di fallimento dell’utilizzatore), si prendono in esame tre situazioni che possono astrattamente presentarsi:

1. leasing pendente al momento della dichiarazione di fallimento con curatore che sia subentrato nel rapporto;
2. leasing pendente al momento della dichiarazione di fallimento con curatore che si sia sciolto dal contratto ai sensi dell’art. 72 l.f., richiamato dall’art. 72 *quater* l.f.;
3. leasing risolto ante fallimento per inadempimento dell’utilizzatore.
4. Nel caso in cui il curatore subentri nel contratto di leasing in corso, il subingresso nel rapporto contrattuale pendente comporta la perdita della qualità di terzo del curatore e l’assunzione da parte di questi della stessa posizione del contraente con tutti i diritti e gli obblighi dipendenti dal rapporto contrattuale. Di conseguenza i crediti maturati dal concedente verso il fallito godranno della prededuzione e, nell’ambito della prededuzione, andranno collocati al chirografo (sul punto si veda Trib. Torino 4.3.2008 in causa R.G. n.7214-2005 in un caso di leasing traslativo, nonché Cass. 19.10.2007 n. 22013 in un caso di leasing avente ad oggetto macchinari industriali)[[1]](#footnote-1).
5. Nel caso in cui il curatore si sciolga dal contratto di leasing pendente al momento della dichiarazione di fallimento (e solo in questo caso, secondo la più recente giurisprudenza della Suprema Corte: cfr. Cass. 29.4.2015 n. 8687 e Cass. 9.2.2016 2538) trova applicazione la disciplina di cui all’art. 72 *quater* l.f. secondo cui “*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*”. Secondo il più recente orientamento di legittimità, il concedente potrà insinuare immediatamente i crediti scaduti ante fallimento per capitale ed interessi, mentre il credito attinente ai canoni residui (scadenti post fallimento) non è esigibile in quanto costituisce il corrispettivo per il godimento di un bene ormai cessato per effetto dello scioglimento del contratto e della conseguente restituzione del bene alla concedente. Si vedano sul punto Cass. 15.7.2011 n. 15701 e Cass. 3.9.2015 n. 17577 secondo cui “*il concedente, in caso di fallimento dell'utilizzatore e di opzione del curatore per lo scioglimento del vincolo contrattuale, non può richiedere subito, mediante l'insinuazione al passivo ed ex art. 93 l.fall., anche il pagamento dei canoni residui che l'utilizzatore avrebbe dovuto corrispondere nell'ipotesi di normale svolgimento del rapporto di locazione finanziaria, in quanto con la cessazione dell'utilizzazione del bene viene meno l'esigibilità di tale credito, ma ha esclusivamente diritto alla restituzione immediata del bene ed un diritto di credito eventuale, da esercitarsi mediante successiva insinuazione al passivo, nei limiti in cui, venduto o altrimenti allocato a valori mercato il bene oggetto del contratto di leasing, dovesse verificarsi una differenza tra il credito vantato alla data del fallimento e la minor somma ricavata dalla allocazione del bene cui è tenuto il concedente stesso, secondo la nuova regolazione degli interessi fra le parti direttamente fissata dalla legge (cfr. Cass. Sez. 1 n. 4862/10; n. 15701/11)*”. Nello stesso senso la più recente Cass. 13.9.2017 n. 21213. Dunque, per l’ammissione al passivo del credito residuo in linea capitale di cui all’art. 72 *quater* comma 2 l.f. (pari alla quota di capitale investita per l’acquisto del bene oggetto della locazione finanziaria, al netto della quota di interessi), il concedente dovrà attendere la vendita o la nuova allocazione del bene a valore di mercato. Ove il prezzo di realizzo sia superiore al credito in linea capitale, il concedente avrà diritto all’ammissione al passivo unicamente per i crediti concorsuali scaduti ante fallimento (per capitale ed interessi) e dovrà restituire al curatore la sopravvenienza attiva risultante dalla differenza tra il valore di realizzo del bene ed il residuo credito in linea capitale; ove invece il prezzo di realizzo sia inferiore al credito residuo in linea capitale il concedente avrà diritto all’ammissione al passivo anche per la suddetta differenza.

Al concedente non spetterà invece il diritto al risarcimento del danno, espressamente escluso dall’art. 72 comma 4 l.f.

1. Nel caso in cui il contratto di leasing sia stato risolto antecedentemente al fallimento per inadempimento dell’utilizzatore, la giurisprudenza più recente della Suprema Corte, in contrasto con numerose precedenti pronunce di merito, tra cui alcune del Tribunale di Torino (si veda sul punto Trib. Torino, 23 aprile 2012, n. 1241, in *Fall.*, 2012, 230, con nota adesiva di M. R. La Torre), ha statuito che l’art. 72 *quater* l.f. non è applicabile in quanto (i) il rapporto, essendo già stato risolto il contratto, non può più considerarsi “pendente” ai sensi della legge fallimentare ed inoltre (ii) lo scioglimento concretizza una fattispecie diversa dalla risoluzione, dipendendo esclusivamente dalla scelta del curatore e non dall’inadempimento dell’utilizzatore.

Ai fini che qui interessano, si osserva che la Suprema Corte è tornata a dare rilievo alla distinzione tra leasing traslativo e leasing di godimento. Come si legge nella motivazione della sentenza 19.2.2016 n. 2538, infatti, *“Se i il contratto di leasing si è risolto per inadempimento dell'utilizzatore prima del fallimento di quest'ultimo, la norma che viene in rilievo non è la L. Fall., art. 72 quater, che presuppone la pendenza del contratto, bensì la L. Fall., art. 72, comma 2, che, recependo l'orientamento accolto dalla prevalente giurisprudenza prima della riforma, sancisce l'opponibilità alla massa dell'azione di risoluzione promossa anteriormente al fallimento. In questo caso, infatti, conserva validità il distinguo tra leasing di godimento e leasing traslativo ed il concedente può far valere nei confronti del fallimento la domanda di risoluzione del contratto ex art. 1458 c.c., comma 1, o ex art. 1526 c.c., ferma la necessità di insinuarsi al passivo qualora con la domanda di risoluzione siano proposte anche domande restitutorie o risarcitorie. Questa Corte, con una recente pronuncia (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 8687 del 2015) ha già dato seguito a questa interpretazione, affermando il principio di diritto secondo cui "L'introduzione nell'ordinamento, tramite il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 59, della L. Fall., art. 72 quater, 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". A tale principio questa Corte intende dare continuità, con i conseguenti corollari che da esso derivano, a cominciare dalla necessità che - nel caso di risoluzione anteriore al fallimento del leasing - il concedente proponga la domanda di ammissione al passivo completa in tutte le sue richieste nascenti dall'applicazione dell'art. 1526 c.c.: la restituzione di tutti i canoni all'utilizzatore e del bene alla società di leasing, con la possibilità di pretendere, a titolo di risarcimento ex art. 1453 c.c., comma 1, la differenza tra l'intero corrispettivo contrattuale a carico dell'utilizzatore ed il valore del bene, secondo i prezzi correnti al tempo della liquidazione”.* Si veda anche Cass. 30.9.2015 n. 19532 a mente della quale *“Nel leasing di godimento il canone dovuto rappresenta un corrispettivo di finanziamento a scopo di godimento del bene per una durata prestabilita. Nel leasing traslativo, a cui si applica inderogabilmente l'art. 1526 c.c. e non già l'art. 1458 c.c., il canone ha natura di corrispettivo del futuro trasferimento ed ha la funzione di scontare una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto; alla scadenza del periodo fissato il bene conserva un valore residuo particolarmente apprezzabile, notevolmente superiore al prezzo di opzione”*.

Dunque, in caso di leasing traslativo, troverà applicazione l’art. 1526 c.c. a mente del quale, in caso di risoluzione del contratto di leasing, il concedente ha diritto alla riconsegna della cosa e deve provvedere alla restituzione all’utilizzatore dei canoni corrisposti, salvo il diritto ad ottenere un equo compenso per l’uso della cosa ed il risarcimento del danno derivante dall’inadempimento. Nel caso invece di leasing di godimento (in cui i beni oggetto del contratto non sono destinati a conservare un apprezzabile valore alla scadenza del contratto) troverà applicazione l’art. 1458 c.c. a mente del quale, in caso di risoluzione di contratti ad esecuzione continuata o periodica, l’effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. Il concedente non sarà pertanto tenuto alla restituzione dei canoni percetti, mentre avrà diritto alla restituzione del bene.

L’equo compenso spettante al concedente in caso di leasing traslativo è determinato dal giudice e può essere portato in compensazione, fino a concorrenza, con i canoni da restituire al curatore. Il risarcimento del danno può comprendere la differenza tra l’intero corrispettivo contrattuale a carico dell’utilizzatore e il valore del bene, secondo i prezzi correnti al tempo della liquidazione (così Cass. 9.2.2016 n. 2538); non può invece essere commisurato al mancato guadagno in quanto col reimpiego del bene il concedente è di norma in grado di procurarsi un proporzionale utile (così Cass. 13.1.2005 n. 574).

Occorre infine segnalare che la giurisprudenza ammette pacificamente la compatibilità con l’art. 1526 c.c. e con il fallimento dell’utilizzatore delle clausole, normalmente contenute nei contratti di leasing, che prevedono che in caso di inadempimento dell’utilizzatore questi sia tenuto a corrispondere al concedente, a titolo di penale, una somma pari all’ammontare delle rate ancora a scadere. In tali casi il curatore potrà solo pretendere, ai sensi dell’art. 1384 c.c., una riduzione della penale che appaia manifestamente eccessiva “*in rapporto a tutti gli aspetti economici del contratto ed in particolare quando la liquidazione anticipata scaturisca dalla semplice sommatoria dei canoni locativi già versati*” (così Cass. 10.2.2015 n. 2491).

Brevi cenni sulla situazione conseguente alla promulgazione della L. 4.8.2017 n. 124

L’art. 1, commi da 136 a 140 della L. 124/2017 ha dettato nuove e specifiche disposizioni in materia di leasing finanziario, per tale intendendosi il contratto di leasing che contiene la clausola di riscatto che consente all’utilizzatore, al termine del rapporto, di acquistare la proprietà del bene pagando un prezzo prestabilito.

Questo il dato normativo:

“*136. Per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprieta' del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo.*

*137. Costituisce grave inadempimento dell'utilizzatore il mancato pagamento di almeno sei canoni mensili o due canoni trimestrali anche non consecutivi o un importo equivalente per i leasing immobiliari, ovvero di quattro canoni mensili anche non consecutivi o un importo equivalente per gli altri contratti di locazione finanziaria.*

*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 e' 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, nonche' 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 e' inferiore all'ammontare dell'importo dovuto dall'utilizzatore a norma del periodo precedente.*

*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 e' possibile far riferimento ai predetti valori, procede alla vendita sulla base di una stima effettuata da un perito scelto dalle parti di comune accordo nei venti giorni successivi alla risoluzione del contratto o, in caso di mancato accordo nel predetto termine, da un perito indipendente scelto dal concedente in una rosa di almeno tre operatori esperti, previamente comunicati all'utilizzatore, che puo' esprimere la sua preferenza vincolante ai fini della nomina entro dieci giorni dal ricevimento della predetta comunicazione. Il perito e' indipendente quando non e' legato al concedente da rapporti di natura personale o di lavoro tali da compromettere l'indipendenza di giudizio. Nella procedura di vendita o ricollocazione il concedente si attiene a criteri di celerita', trasparenza e pubblicita' adottando modalita' tali da consentire l'individuazione del migliore offerente possibile, con obbligo di informazione dell'utilizzatore.*

*140. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 72-quater del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e si applica, in caso di immobili da adibire ad abitazione principale, l'articolo 1, commi 76, 77, 78, 79, 80 e 81, della legge 28 dicembre 2015, n. 208*”

I primi commenti alle nuove disposizioni[[2]](#footnote-2) evidenziano che esse comportano il superamento della distinzione tra leasing traslativo e leasing di godimento in quanto l’assoggettamento alla nuova disciplina viene a dipendere dalla circostanza che all’utilizzatore sia attribuito o meno il diritto di riscatto del bene.

L’espresso richiamo all’art. 72 *quater* l.f. contenuto nel comma 140 sembra comportare che, rispetto a quanto sopra esposto, nulla cambi nella sostanza in relazione alle ipotesi esaminate sub a) (leasing pendente al momento della dichiarazione di fallimento con curatore che sia subentrato nel rapporto) e sub b) (leasing pendente al momento della dichiarazione di fallimento con curatore che si sia sciolto dal contratto ai sensi dell’art. 72 l.f.).

Con riferimento invece all’ipotesi di leasing già risolto dal concedente in epoca antecedente alla dichiarazione di fallimento troveranno applicazione le previsioni di cui ai commi 138 e 139 dell’art. 1 L. 4.8.2017 n. 124. Il concedente, se già non l’abbia ottenuta, avrà dunque diritto alla restituzione del bene e avrà diritto di trattenere dal ricavato della liquidazione del bene gli importi relativi alle voci indicate dal comma 138, domandando l’ammissione al passivo per gli importi che non risultino coperti da tale ricavato. Non dovrebbero dunque più essere applicabili i principi desumibili dall’art. 1526 c.c. (in particolare l’obbligo di restituzione dei canoni percetti) in relazione al leasing c.d. traslativo di cui sopra si è ampiamente riferito.

Poiché la risoluzione del contratto di leasing, una volta verificatesi le condizioni di cui al comma 137, può avvenire solo a seguito di dichiarazione del concedente di volersi avvalere della facoltà concessagli dalla legge, pare doversi escludere che il concedente che non lo abbia già fatto possa dichiarare di avvalersi della risoluzione del contratto dopo che sia stato dichiarato il fallimento dell’utilizzatore. Una volta dichiarato il fallimento, la scelta se proseguire nel contratto o sciogliersi da esso spetta infatti al curatore (cfr. art. 72 *quater* e art. 72 l.f.). Si può però evidenziare che: a) se il curatore subentra, onde evitare la risoluzione da parte del concedente laddove sia maturato uno scoperto rilevante ai fini del comma 137, dovrà pagare le rate antecedenti non scadute (almeno fino a che la legge fallimentare non verrà modificata secondo le indicazioni della Legge Delega di cui si è fatto cenno alla nota 1); b) che in caso di scioglimento gli effetti previsti dall’art. 72 *quater* 2° c. non sono sostanzialmente dissimili da quelli ora previsti dalla legge in caso di risoluzione ante fallimento (comma 138), eccezion fatta per il prezzo del riscatto, non richiedibile in base all’art. 72 *quater* 2° c. l.f. e per le spese per il recupero del bene e la sua conservazione, anche queste non previste dall’art. 72 *quater* 2° c. l.f.

Ci si è domandati se la procedura per la riallocazione del bene prevista dal comma 139 sia applicabile anche in caso di fallimento dell’utilizzatore. I primi commenti sono in senso positivo, ferma restando in ogni caso la necessità di verifica del credito attraverso il procedimento di verifica dello stato passivo. Resta aperta la problematica (non nuova in relazione alla previsione di cui all’art. 72 *quater* 2° c.) “se l’insinuazione possa (e debba) avvenire ancora prima della riallocazione del bene, o soltanto dopo” (cfr. Bonfatti, op. e loc. cit.).

1. Si segnala che l’art. 7, comma 6, lett. a) della Legge Delega per la riforma della disciplina delle procedure concorsuali e della composizione delle crisi da sovraindebitamento, in caso di prosecuzione o di subentro del curatore nei contratti pendenti, prevede la limitazione della prededuzione, compreso l’esercizio provvisorio e salva diversa previsione normativa, ai soli crediti maturati nel corso della procedura. [↑](#footnote-ref-1)
2. Si vedano sul punto Bonfatti, Il leasing è legge, in Rivista di Diritto Bancario n. 9/2017 e Benvenuto, La nuova disciplina della risoluzione del leasing finanziario per inadempimento dell’utilizzatore, in Il Fallimentarista, Focus del 13.9.2017 [↑](#footnote-ref-2)