

CAPITOLO 1

DAI TIPI DI LOCAZIONE FINANZIARIA AL *LEASING*

1. Le garanzie nel *leasing*: dalla frantumazione dell'unitarietà del modello alla ricerca dei caratteri costanti e tipizzanti dell'operazione

Il *leasing*, affermatosi nel secondo dopoguerra negli Stati Uniti d'America¹, prima per gli immobili (in particolare, per quelli da costruire), poi per i beni mobili, quale moderna tecnica di finanziamento per le imprese², e successivamente introdotto nel mercato europeo, è oramai entrato a far parte del nostro ordinamento, senza peraltro che si sia mai davvero sentito il bisogno di una normativa *ad hoc*, con la recente disciplina introdotta dall'art. 1, commi da 136 a 140, Legge 4 agosto 2017, n. 124, per effetto della quale deve essere qualificato come contratto legalmente tipico.

Nell'ordinamento giuridico italiano il *leasing* si afferma a partire dagli anni Sessanta per merito della dottrina aziendalistica che ha il pregio di averne studiato i profili pratici e fiscali in considerazione delle disposizioni tributarie sul contratto, così numerose da indurre a ricondurlo nell'ambito

¹ Cfr., però, A. GUARINO, *Il «leasing dei gladiatori»*, in *Index*, 13, 1985, p. 461 ss., che ravvisa nella *traditio gladiatorum*, di cui si fa menzione nelle *Institutiones* di Gaio, 3.146, un esempio *ante litteram* di *leasing*.

² A. AMATI, *Aspetti pratici del leasing finanziario*, in *Il Diritto dell'Economia*, 1969, p. 581, in cui l'A. così descrive l'operazione di locazione finanziaria: «[i]l *leasing* costituisce una nuova forma di finanziamento che riscuote grande interesse fra gli operatori economici, in quanto consente di acquisire l'uso di beni strumentali senza esborso diretto iniziale, di conseguenza, di effettuare investimenti produttivi evitando l'indebitamento con istituti di credito o l'immobilizzo di liquidità che potrebbero risultare vantaggiosi per l'impiego in altri settori aziendali. Esso comparve negli Stati Uniti d'America intorno al 1950. Il successo fu rapido, ed il suo sviluppo coincise con l'espansione degli investimenti che il ritmo vertiginoso del progresso tecnologico ed una competizione sempre più accesa, hanno imposto e tuttora impongono alle imprese di quel sistema economico».

dei cosiddetti contratti d'impresa³ e descriverlo come strumento fiscalmente orientato (*tax oriented leasing*)⁴.

In particolare, una prima definizione del *leasing* nel nostro ordinamento giuridico la ritroviamo già nell'art. 17 della Legge 2 maggio 1976, n. 183 (recante la disciplina dell'intervento straordinario nel mezzogiorno per il quinquennio 1976-80), ormai abrogato, che al comma 2 afferma: «Per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e

³ Per la qualificazione del *leasing* (finanziario) in termini di contratto d'impresa, cfr. A. DI AMATO, *Impresa e nuovi contratti*, Napoli, 1988, p. 258; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, II, 4, Torino, 2002, p. 187. Nell'ambito dei cosiddetti contratti d'impresa, è opportuno sottolineare la differenza, principalmente economica ma che trova rilevanza anche da un punto di vista giuridico, che esiste tra il finanziamento che consegue alla sottoscrizione del contratto di *leasing* e il finanziamento che deriva dalla conclusione di un contratto di *factoring*. In particolare, mentre il contratto di *leasing* è un contratto di finanziamento del capitale tecnico dell'impresa, il contratto di *factoring* è un contratto di finanziamento del capitale monetario dell'impresa. Si tratta di una distinzione che trova il proprio fondamento nei principi economici, secondo cui nell'ambito dell'impresa si distingue tra capitale tecnico e capitale monetario, cioè le somme di denaro che costituiscono le risorse di cui dispone l'impresa per lo svolgimento della sua attività. In altri termini, il contratto di *leasing* finanzia il capitale tecnico perché si consegue la disponibilità di un bene funzionale allo svolgimento dell'attività economica; mediante il *factoring* si finanzia il capitale monetario, in quanto si cedono o ci si obbliga a trasferire in esclusiva ed a titolo oneroso la totalità o parte dei crediti anche futuri, derivanti dall'esercizio dell'impresa, al *factor*, il quale «svolge, verso corrispettivo, più attività a favore del cedente (anche se non è necessario che tutte ricorrano): finanzia il cedente», anticipando in tutto o in parte l'importo dei crediti ceduti, «contabilizza i crediti, li incassa, assume il rischio dell'insolvenza finanziaria dei debitori ceduti»: M. FRATINI, *Il sistema del diritto civile*, 5, *I singoli contratti*, Roma, 2017, p. 286. Sul *factoring*, v. R. CLARIZIA, *Il factoring*, Torino, 1998; ID., *Il factoring in Italia: la legge n. 52/91 e la giurisprudenza*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 851 ss.; M. BUSSANI-M. INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, in *Il Diritto Privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 2006, XVII, p. 620; e, più di recente, E. AVATO, *Contratto di factoring e limiti alla clausola che attribuisce al factor la «facoltà» d'anticipo*, in *Dir. banc.*, 18 marzo 2016, reperibile all'indirizzo <http://www.dirittobancario.it/giurisprudenza/factoring/contratto-di-factoring-e-limiti-alla-clausola-che-attribuisce-al-factor-la-facolta-d-anticipo>; M. MONTANARI-E. PEDERZINI, *L'imprenditore e il mercato: imprenditore, procedure concorsuali, contratti commerciali*, Torino, 2016, pp. 205-208; G. MULÀ, *Il contratto di factoring: la posizione del debitore ceduto e le eccezioni opponibili al cessionario*, nota a Cass. 2 dicembre 2016, n. 24657, in *Salvis Juribus*, 24 febbraio 2017, reperibile al seguente indirizzo: <http://www.salvisjuribus.it/il-contratto-di-factoring-la-posizione-del-debitore-ceduto-e-le-eccezioni-opponibili-al-cessionario/>.

⁴ C. GLENDI, *La locazione finanziaria e la disciplina fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 1988, p. 495 ss.; v. anche, C. SACCHETTO, *Il leasing nel Testo Unico*, in *Circolari del Corr. trib.*, 1989, p. 9 ss.

indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito».

Questa disposizione delineava, in pratica, l'operazione per consuetudine denominata *leasing* finanziario, distinta dal *leasing* operativo⁵, nel quale è lo stesso produttore del bene che lo dà in locazione per un canone prestabilito, corrispondente generalmente all'entità dei servizi offerti dal bene stesso senza alcuna relazione alla sua durata economica⁶.

⁵ Quest'ultima fattispecie non è un'operazione trilaterale ma un negozio bilaterale e consiste nella concessione in locazione di determinati beni dal produttore direttamente a quell'"utilizzatore" che abbia bisogno del bene stesso. Il *leasing* operativo, con il quale il produttore del bene entra in contatto col soggetto che ha interesse alla sua utilizzazione, non è altro che un vero e proprio contratto di locazione o, meglio, in caso di bene produttivo, un contratto di affitto e si differenzia dal *leasing* proprio in quanto deficitario di quella complessità sopra descritta. Nel *leasing* operativo il concedente – che è esso stesso produttore del bene – per maggiore celerità e convenienza nella commercializzazione del medesimo elimina l'intermediario e immette sul mercato direttamente (ovvero tramite società del gruppo) i beni che produce. Il *leasing* operativo, dunque, non è altro che un'espressione che designa un contratto tipico, di locazione o di affitto, mentre di atipico c'è soltanto il nome "*leasing*". Del resto «l'uso di siffatta terminologia è stata ed è, infatti, la più varia: dal *leasing* di vacanze – per indicare la rateizzazione del pagamento all'agenzia di viaggi del costo del viaggio – al *leasing* di manodopera – per indicare il lavoro temporaneo – dal *leasing* di utero – per indicare la procreazione artificiale – al *leasing* di calciatori – per indicare l'acquisto di un giocatore con il diritto di riscatto –. È evidente, dunque, già da questi pochi esempi, che il termine *leasing* e spesso indicato soltanto in modo «nuovo» rapporti che trovano la loro regolamentazione organica e completa in contratti legalmente tipici, sicuramente diversi dalla locazione finanziaria vera e propria, senza peraltro che il *quid novi* alteri in qualche modo la causa del contratto». In questi casi, «[i]l termine "*leasing*" ha solo una valenza "pubblicitaria"», in quanto «quel contratto non ha alcuna relazione con la locazione finanziaria»: R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 356.

⁶ Il *leasing* operativo descritto nella nota che precede è stato definito per la prima volta dal Tribunale di Milano con la decisione 15 maggio 1978, meglio nota come "sentenza Mammoletto" dal nome del convenuto, consultabile in G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1985, p. 77 ss., in cui si afferma che nel *leasing* operativo «il canone corrisponde alla entità dei servizi offerti dal bene dato in locazione e non è in relazione alla durata economica del bene. La conseguenza è che, non recuperando il locatore il valore della cosa durante l'esecuzione del contratto, viene a gravare su di lui il rischio che al termine del contratto il bene sia obsoleto». Distinta da questa fattispecie di *leasing* operativo, detto anche *leasing* diretto o del produttore, vi è però quella del *leasing* operativo avente natura finanziaria in quanto operazione «posta in essere dagli intermediari finanziari, caratterizzata dalla trilateralità del rapporto, dalla causa di finanziamento e dal contenuto specificato dalla Banca d'Italia»: M.R. LA TORRE, *Manuale della Locazione Finanziaria*, Milano, 2002, p. 303. In particolare, il parere di un Comitato costituito in seno al Ministero del Tesoro (il «Comitato legge n. 197/1991») del 6 febbraio 1995, n. 19 (in *Il ruolo del Ministero del Tesoro nella*

Negli anni successivi l'operazione di locazione finanziaria raggiunge nella prassi e nella giurisprudenza un notevole grado di tipizzazione, cioè peculiari caratteristiche strutturali, funzionali e operative che consentono l'individuazione di un nucleo comune di caratteri.

Tuttavia, poiché fino alla predetta Legge 4 agosto 2017, n. 124 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza), l'operazione⁷ è rimasta priva di

lotta al riciclaggio, II, Roma, 1995, p. 368), cui ha fatto seguito il secondo parere del Comitato del giorno 8 novembre 1996, n. 48 (in *Appendice alla Nuova guida agli adempimenti antiriciclaggio e antiusura*, a cura di EUROS, Roma, 1998, p. 616), le cui considerazioni sono state successivamente fatte proprie dalla Banca d'Italia nelle «Istruzioni di vigilanza per gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale», si è sancito che «sussiste la connotazione finanziaria della locazione operativa – e dunque la compatibilità con il principio di esclusività dell'esercizio di attività finanziaria – in presenza delle seguenti condizioni: – gli acquisti di beni oggetto dell'attività vanno effettuati in presenza di contratti di *leasing* già stipulati con la clientela; – sia negozialmente previsto il trasferimento in capo ad altri soggetti (es. fornitore dei beni) di ogni rischio e responsabilità concernenti il bene locato previsti a carico del locatore nonché delle obbligazioni accessorie riguardanti l'assistenza e la manutenzione del bene; – sia contrattualmente previsto l'obbligo di riacquisto del bene da parte del fornitore o di altro soggetto terzo nei casi in cui al termine della locazione non si renda possibile procedere per l'intermediario a ulteriori locazioni del bene stesso». Sul *leasing* diretto, v. R. CLARIZIA, *Il leasing operativo*, in AA.VV., *I contratti di utilizzazione dei beni*, a cura di V. Cuffaro, in *Tratt. dei contr.*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 9, Torino, 2008, p. 431 ss., spec. p. 451 ss.

⁷F. SAPONARO, *Leasing finanziario immobiliare. Natura giuridica e profili fiscali*, Lecce, 2016, p. 34, che ribadisce quanto oramai acquisito in letteratura e dalla giurisprudenza, e cioè che «[i]l collegamento tra la vendita e il *leasing* realizza un risultato economico complessivo diverso da quello dei singoli contratti». Nel momento in cui ci si riferisce al contratto e non all'operazione di *leasing*, si corre, dunque, il rischio di non percepirne la complessità del modello, ma di afferrarne solo un segmento, e cioè il profilo attinente all'accordo intercorrente tra la società di *leasing* (detta anche concedente, locatore o *lessor*) e l'impresa o, più in generale, il professionista ovvero il privato/consumatore utilizzatore (detto anche concessionario, conduttore o *lessee*), non tenendo così debitamente in conto che tale consenso è strettamente collegato al "contratto di compravendita" che il concedente ha stipulato con il produttore/fornitore dei beni per l'acquisto degli stessi e ciò su indicazione dell'utilizzatore. In altri termini, si tratta di un'operazione che è la risultante di due contratti collegati tra loro, quello di *leasing* ed il contratto di compravendita: il primo intercorre tra concedente ed utilizzatore, la compravendita tra concedente e fornitore. I due contratti non sono collegati tra loro solo da una semplice ragione economica. Si consideri, infatti, la dinamica dell'operazione sotto il profilo del consenso: il concedente intanto sottoscrive il contratto di compravendita con quel solo fornitore in quanto deve acquistare quel bene indicato dall'utilizzatore ed "affittarlo" (*to lease*) a quest'ultimo perché è solo quel bene che serve alle esigenze (generalmente imprenditoriali) dell'utilizzatore; l'utilizzatore sottoscrive il contratto "di affitto" con il concedente in quanto quest'ultimo compra il bene indicato dal primo, proprio da quel fornitore e ciò al solo scopo di "affittarlo" all'utilizzatore. Al riguardo, cfr. R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, Torino, 1989, p. 70 ss., spec. pp. 100-103.

una disciplina normativa, fatta eccezione per quella (di poco precedente rispetto alla prima) sulla locazione finanziaria abitativa, il *leasing* è stato ricondotto nell'alveo dei contratti atipici, sia pure in presenza di tale marcata tipizzazione socio-giurisprudenziale.

Da parte della dottrina che si è occupata dell'argomento prima della nuova disciplina si è osservato che il *leasing* si possa considerare «un contratto atipico se si fa riferimento alla mancanza di una nozione normativa e di specificazione dei diritti e degli obblighi delle parti; d'altro lato può parlarsi di contratto tipico se si pensa al fatto che tale negozio è riferito da varie norme in varie leggi. Può inoltre notarsi come l'utilizzazione espressa in sede normativa del termine *leasing* rinvia ad una tipizzazione ormai avvenuta sul piano fattuale. Indubbiamente la definizione del *leasing* come contratto atipico non è così sicura, e comunque deve essere oggetto di un'attenta specificazione»⁸.

Tuttavia, il *leasing* finanziario non si è manifestato come un fenomeno giuridico omogeneo, risultando, invece, distinto in più tipologie, variamente denominate dalla dottrina che le considera non sempre riconducibili ad un *unicum*.

Così che dovrebbe apparire logico in uno studio sulle garanzie atipiche nella locazione finanziaria chiarire innanzitutto rispetto a quale tipo di *leasing* venga svolto il discorso: se al *leasing* immobiliare, o al *leasing* pubblico, ovvero al *leasing* al consumo.

Tale precisazione, seppur doverosa, tuttavia deve essere subito ridimensionata nella sua effettiva importanza, alla luce di un evidente processo di contaminazione che si è sviluppato nell'ambito delle garanzie atipiche che assistono operazioni di locazione finanziaria; modelli negoziali sorti e adoperati in determinati ambiti vengono poi utilizzati in altri: si pensi al patto di riacquisto e all'obbligo al subentro che da condizione necessaria per il *leasing* operativo avente carattere finanziario⁹, il primo, e da garanzia generalmente richiesta nei contratti di appalto nell'ambito del *leasing in costruendo*¹⁰, il secondo, sono stati pian piano adoperati a supporto di

⁸ P. BORIA, *Leasing nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, VIII, Torino, 1993, p. 506, nota 1.

⁹ Per il quale si rinvia alla precedente nota 6.

¹⁰ Sul *leasing in costruendo*, che si è finora sviluppato soprattutto nel settore delle opere pubbliche, cfr. A. CIARAMELLA, *Property management per le imprese*, Milano, 2010, pp. 157-158; B. BOSETTI-G. GATTI, *La locazione finanziaria di opere pubbliche (leasing in costruendo)*, in www.bosettiegatti.eu; A. BOTTO, *Il leasing in costruendo nella "giurisprudenza" dell'autorità di vigilanza e nell'evoluzione normativa*, in *Riv. amm. app.*, 2009, p. 17 ss.; M. ATELLI, *Il*

altre operazioni di locazione finanziaria, in particolare nel settore del *leasing* immobiliare¹¹.

Ciò non toglie che si impone comunque una verifica volta a stabilire se tale processo rimarrà nei prossimi anni ovvero se sia, invece, destinato a ridursi in considerazione della nuova disciplina sul *leasing* finanziario, laddo-

leasing immobiliare pubblico in costruendo, in *La responsabilità civile*, 2007, p. 669; R. CLARIZIA, *La locazione finanziaria di un immobile da costruire*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 223 ss., al quale si rinvia per la lucida ricostruzione dei tre momenti essenziali dell'operazione: quello dell'acquisizione dell'area; il momento della sottoscrizione del contratto di appalto tra la concedente e l'appaltatore; e, infine, quello della consegna dell'opera. Nel *leasing in costruendo*, le parti sono solite far «entrare l'utilizzatore direttamente nella gestione del rapporto di appalto, attraverso il conferimento da parte del concedente di un mandato senza rappresentanza riguardo all'esecuzione della costruzione desiderata»: A. MUSTO-L. PICCOLO-F. TRESCA, *Il leasing immobiliare abitativo: prime osservazioni*, Studio CNN n. 38-2016/C del 22 gennaio 2016, p. 12, in <http://www.notariato.it/it/ufficio-studi-lista>.

¹¹ Nel *leasing* immobiliare l'utilizzatore si rivolge alla società di *leasing* solo dopo aver individuato l'immobile di cui necessita o l'area sulla quale è possibile farlo costruire, verificando pertanto la fattibilità dell'operazione in relazione alle disposizioni legislative e regolamentari vigenti e fissando con il fornitore tutte le condizioni per l'acquisto dell'immobile o per la sua costruzione. Dalla natura specifica dell'oggetto della locazione finanziaria conseguono riflessi «sulla durata del contratto, normalmente superiore a quella prevista nei contratti di *leasing* mobiliare; sul corrispettivo, determinato secondo criteri puramente finanziari; sul prezzo di opzione, che spesso risulta di notevole entità; sul rinnovo del contratto, che invece risulta poco praticato nelle altre fattispecie di *leasing*»: F. SAPONARO, *Leasing finanziario immobiliare. Natura giuridica e profili fiscali*, cit., 2016, pp. 27-28. Sul *leasing* immobiliare, v. M. SERRA, *Il contratto di leasing*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, Torino, 2011, p. 511 ss., a cui si rinvia anche per la bibliografia richiamata sull'argomento (nota 229). L'A. rileva come il contratto di *leasing* immobiliare mantenga «la struttura ed il profilo causale rilevati all'interno del *leasing* mobiliare non riscontrandosi una differenza tipologica rispetto a questo e, tuttavia, si caratterizza naturalmente in relazione alle caratteristiche del bene concesso in godimento e ai modi diversi con cui può essere determinata la struttura del corrispettivo» (pp. 551-552). Sulla trascrivibilità del contratto di *leasing*, cfr. G. GABRIELLI, *Considerazioni sulla natura del leasing immobiliare e loro riflessi in tema di pubblicità e di responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 271 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Tratt. trascr.*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, I, Torino, 1, 2012, pp. 547-552, e spec. p. 548; M.R. LA TORRE, *Manuale della Locazione Finanziaria*, cit., p. 482 ss.; M. SERRA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 556; e, più di recente, A. CAPIZZI, *In tema di leasing traslativo risolto anteriormente alla dichiarazione di fallimento*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 293 ss. La problematica della trascrivibilità del contratto anche se si pone prevalentemente per le locazioni finanziarie ultranovennali non è da escludersi per i contratti di *leasing* immobiliare di durata inferiore, anche se trattasi di ipotesi marginali: cfr. V. BUONOCORE, *Il «leasing» immobiliare*, in *Riv. not.*, 1984, p. 11 ss., e in *Giur. mer.*, 1985, p. 475 ss.

ve naturalmente quest'ultima imponga di riconsiderare in una certa misura il sistema delle garanzie atipiche che assistono le operazioni di locazione finanziaria.

Constatato che il *leasing* è «un fenomeno non solo esteso, ma anche fluido e multiforme»¹², ben prima della recente Legge 4 agosto 2017, n. 124, si è posto il problema di individuare le «caratteristiche costanti, tipizzanti l'operazione»¹³, la cui mancanza dovrebbe condurre ad una diversa qualificazione giuridica del fenomeno e della disciplina applicabile. Si è al riguardo da subito affermato che nella locazione finanziaria il concedente – che può essere esclusivamente una banca o un intermediario finanziario – si obbliga a dare in godimento il bene «che deve essere strumentale all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale dell'utilizzatore stesso»¹⁴.

In particolare, le caratteristiche costanti e in quanto tali tipizzanti la fattispecie potrebbero essere così riassunte: a) l'intervento della società di *leasing* quale intermediario finanziario; b) la trilateralità dell'operazione; c) la strumentalità del bene all'esercizio dell'attività imprenditoriale e/o professionale del *lessee*; d) la previsione dell'opzione d'acquisto finale del bene ad un prezzo predeterminato che tenga conto dei canoni già pagati; e) l'assunzione di tutti i rischi da parte dell'utilizzatore, compreso quello di perimento del bene¹⁵.

Sulla essenzialità dei richiamati requisiti – e in particolare sulla necessaria trilateralità dell'operazione e strumentalità del bene, nonché sulla indeffettibile presenza delle c.d. clausole di inversione dei rischi e dell'opzione di acquisto finale –, occorre procedere ad una verifica, alla luce innanzitutto della prassi contrattuale e, successivamente, dei recenti provvedimenti legislativi che hanno regolamentato l'operazione di *leasing*.

Poiché la strumentalità del bene influenza, come si vedrà, gli altri requisiti “minimali”, è da tale carattere che inizierà il discorso, dopo qualche breve cenno sull'essenzialità o meno nel *leasing* dell'opzione di acquisto.

¹² A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1995, p. 419, in cui l'A. si limita «ad una rapida sorvolata sull'“arcipelago *leasing*”».

¹³ R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, cit., p. 134 ss.; v., anche, F. SANTORO-PASSARELLI, *Variazioni civilistiche sul «leasing»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 677 ss.

¹⁴ R. CLARIZIA, *La locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale nella legge di stabilità 2016: problemi di qualificazione e di coerenza sistematica*, in AA.VV., *I nuovi contratti immobiliari: rent to buy e leasing abitativo*, Padova, 2017, p. 84.

¹⁵ R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, cit., p. 134.

Tuttavia, occorre premettere come le applicazioni speciali di *leasing* emerse dalla prassi contrattuale abbiano indotto alcuni autori a individuare tipi autonomi e giuridicamente distinti di *leasing* al mutamento di qualunque carattere di essi¹⁶, sebbene in dette fattispecie «si riscontra non già la presenza di elementi ulteriori (specializzati), bensì modi di essere peculiari della struttura e del contenuto del rapporto, i quali dipendono, il più delle volte, dal tipo di bene dedotto: si pensi, ad esempio, alla distinzione tra *leasing* immobiliare e *leasing* mobiliare e, in una prospettiva più specifica, al l. automobilistico, al l. di navi e aeromobili, al l. di software, al l. di azienda, al l. agricolo (e al l. di beni oggetto di comunione coniugale)»¹⁷, e, si potrebbe aggiungere, alla locazione finanziaria di opere d'arte, al *leasing* di azioni, di partecipazioni sociali¹⁸ e di strumenti finanziari¹⁹.

Quanto all'opzione finale di acquisto, tale clausola costituisce un elemento essenziale del contratto di locazione finanziaria²⁰, risultato questo a cui

¹⁶R. CLARIZIA, *op. ult. cit.*, p. 141, in cui l'A., parlando della locazione finanziaria agevolata, da taluni qualificata inopportuna come un tipo particolare di *leasing*, stigmatizza questa opzione metodologica.

¹⁷A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 420.

¹⁸Cfr., *Il leasing di partecipazioni sociali*, Studio CNN n. 159-2006/I, Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 25 gennaio 2007, consultabile in www.notariato.it.

¹⁹Per una panoramica ed esame critico circa le diverse tipologie di *leasing*, che costituiscono per certi versi ulteriori sotto classificazioni del medesimo, quali, ad es., *leasing* al consumo, *addossé*, di azienda, di marchio, di opera cinematografica, di azioni di società, in ambito agricolo e altre, v. R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, op. cit., pp. 356-417, M. IMBRENDA, *Le dinamiche applicative del leasing*, in M. IMBRENDA-F. CARIMINI, *Leasing e Lease back*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, pp. 162-227.

²⁰Sull'argomento, cfr. G. DE NOVA, *Il contratto e la giurisprudenza*, in *Manuale del leasing*, a cura di A. Carretta e G. De Laurentis, Milano, 1998, p. 146, per il quale «il diritto di opzione fa parte integrante del contratto di *leasing*». In giurisprudenza, Trib. Perugia, 23 dicembre 1986, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 468, con nota di G. ZUDDAS, *L'opzione finale di acquisto nel contratto di leasing*, in cui i giudici affermano che *costituisce elemento del contratto di locazione finanziaria la c.d. opzione d'acquisto, e cioè la possibilità concessa all'utilizzatore alla scadenza del termine fissato, di acquistare la proprietà del bene ove non intenda restituirlo, non essendo escluso, in alcune ipotesi, il rinnovo del rapporto*. Nel commento alla predetta sentenza, l'A. rileva come da coloro che hanno analizzato con maggiore attenzione il problema, si sia messo in evidenza «che esiste un interesse dell'utilizzatore a divenire proprietario del bene alla fine della locazione finanziaria, non potendosi altrimenti spiegare per quale ragione egli possa accettare di pagare un canone così elevato (specie rispetto a quello tipico del contratto di locazione) ed accollarsi tutti i rischi afferenti al bene, se non gli viene assicurata contrattualmente la possibilità di acquistare il bene stesso alla scadenza del contratto. Esattamente si è rilevato che non ritenere essenziale la clausola

«conducono tanto i formulari di *leasing* – che prevedono tutti, senza eccezione, la facoltà per il *lessee* di rendersi acquirente del bene al termine del rapporto – quanto la considerazione che tale facoltà svolge un ruolo essenziale, nell'economia del regolamento di interessi, essendo volta a consentire all'utilizzatore di rendersi acquirente di un bene del quale egli ha già pagato il prezzo, di regola, per la quasi totalità e che rimane fino a quel momento in proprietà del *lessor* unicamente per assicurare allo stesso una garanzia dei crediti verso il *lessee*»²¹.

2. Strumentalità del bene, merito creditizio e credito ai consumatori

Sul carattere della strumentalità del bene²² vi è spesso un equivoco di fondo: si tende a confondere la *potenzialità del bene*, intesa quale astratta idoneità dello stesso a soddisfare un bisogno dell'utilizzatore, con l'*effettivo utilizzo del bene*, che è richiesto esclusivamente per beneficiare di determinate agevolazioni fiscali.

dell'acquisto significa rimettere alla discrezione dell'impresa concedente il consenso al trasferimento del bene qualora l'utilizzatore intenda acquistarlo» (p. 469). In senso in parte difforme, Cass. 13 dicembre 1989, n. 5569, in *Arch. civ.*, 1990, 248, e in *Fall. proc. conc.*, 1990, 266, in cui gli ermellini affermano che è vero *che nel contratto le parti solitamente prevedono un patto di opzione, che consente all'utilizzatore di acquistare formalmente la proprietà del bene alla fine del rapporto, attraverso il pagamento del canone all'uopo previsto, ma trattasi di una clausola la quale presenta, secondo la valutazione dei contraenti, un aspetto marginale e secondario, che non incide sulla prevalente funzione di finanziamento a scopo di godimento che il contratto è diretto a realizzare*. Sulla cedibilità dell'opzione finale, cfr. D. PURCARO, *La locazione finanziaria. Leasing*, Padova, 1998, p. 107, secondo cui «il diritto di opzione può essere ceduto dall'utilizzatore, non sussistendo alcun ostacolo di legge alla sua cedibilità, e non potendosi configurare alcun interesse della società onerata ad impedire tale cessione»; dello stesso avviso è anche G. DE NOVA, *Il contratto e la giurisprudenza*, in *Manuale del leasing*, a cura di A. Carretta e G. De Laurentis, Milano, 1998, p. 147; sulla necessità del consenso da parte del contraente ceduto, M.R. LA TORRE, *Manuale della Locazione Finanziaria*, cit., p. 233.

²¹ A. LUMINOSO, *op. cit.*, pp. 415-416.

²² La legge 4 agosto 2017, n. 124, non richiede che il bene sia strumentale all'attività eventualmente esercitata dal *lessee*, in quanto «non prescrive alcun requisito soggettivo in capo all'utilizzatore, che quindi può essere un'impresa, un professionista, ma anche eventualmente un ente non lucrativo, pubblico o privato, o un consumatore»: G. PETRELLI, *Disciplina del contratto di locazione finanziaria (leasing)*, in *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile*, Secondo semestre 2017, p. 88, nota 85.

Ad esempio, nella locazione finanziaria agevolata «il concedente non ha alcun "interesse" a verificare la effettiva utilizzazione del bene né d'altro canto avrebbe la possibilità di attuare detti controlli dato l'elevato numero di beni locati»²³. Ciò accade anche per il *leasing* abitativo, introdotto dalla Legge 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. Legge di stabilità 2016), in cui non vi è alcun obbligo di controllo a carico del *lessor* circa l'effettiva destinazione dell'immobile ad abitazione principale da parte del *lessee*, dovendo essere esplicitata nel contratto esclusivamente "l'intenzione" dell'utilizzatore di adibire ad abitazione principale l'immobile messo a disposizione dalla concedente²⁴.

Tuttavia, per opinione diffusa in letteratura, cui si è fatto cenno, il *leasing* andrebbe inquadrato fra i contratti di impresa²⁵, come si evincerebbe dalla storia stessa dell'operazione; dalla prassi contrattuale consolidata; dalla causa finanziaria del contratto; nonché dalla Convenzione sul *leasing* finanziario internazionale²⁶; dai progetti di iniziativa parlamentare; e dalla «limitazione del favor fiscale, proprio del *leasing*, ai soli soggetti economici» il che ha «corroborato sin dall'inizio l'idea che si trattasse di una operazione intercorrente esclusivamente tra imprenditori e/o soggetti professionisti, al punto che taluni prefigurano detto trattamento come fondamento della meritevolezza di tutela della operazione stessa (*ex art. 1322, comma 2, c.c.*), ravvisando una frode alla legge nella stipula di *leasing* cui non siano connessi sgravi fiscali»²⁷.

Si giunge così ad asserire che colui che ricorre alla locazione finanziaria «con ciò stesso dichiara anche l'intenzione di agire come "professionista", in quanto solo se agisce con tale veste potrà avvantaggiarsi delle corrispondenti agevolazioni che da tale tipo di contratto discendono»²⁸.

²³ R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, cit., p. 141.

²⁴ Cfr. *Il leasing immobiliare abitativo*, Vademecum pubblicato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, in collaborazione con Assilea – Associazione Italiana Leasing e Consiglio Nazionale del Notariato, in www.notariato.it.

²⁵ M. IMBRENDA, *Il leasing fra diritto positivo e prassi negoziale*, in M. IMBRENDA-F. CARIMINI, *Leasing e Lease back*, cit., p. 32 nota 103.

²⁶ Sul *leasing* internazionale tipizzato dalla Convenzione di Ottawa del 28 maggio 1988, ratificata e resa esecutiva in Italia con il D.Lgs. n. 259/1993, v. A. SCHERMI, *Il leasing finanziario e la Convenzione internazionale*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 725 ss.; F. FERRARI, *Principi generali inseriti nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme: l'esempio della vendita del factoring e del leasing internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 651 ss.; R. CLARIZIA, *Convenzione internazionale: ultimo atto*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 1168 ss.

²⁷ M. IMBRENDA, *op. ult. cit.*, p. 33.

²⁸ G. ACQUARO, *Contratto di leasing e nuova disciplina sulla vendita dei beni di consumo*, in *Vita not.*, 2004, p. 457 ss., spec. p. 467.

In stretta connessione con la questione se oggetto del contratto possono essere i soli beni strumentali o anche quelli di consumo, si pone, pertanto, l'ulteriore problematica concernente la figura dell'utilizzatore, affermandosi che con la locazione finanziaria si avrebbe un assetto negoziale incompatibile con la qualità di consumatore dell'utilizzatore; quest'ultimo, non potrebbe che agire in veste professionale in considerazione del regime allocativo dei rischi e delle responsabilità.

Secondo un diverso orientamento, maggiormente aderente alla prassi contrattuale (dove già da alcuni anni – anche se per la verità con scarso successo – si adoperava il *leasing* abitativo per l'acquisto delle seconde case²⁹), se è vero che l'inerenza del bene all'attività esercitata non rappresenta «un sicuro parametro ai fini della qualificazione della operazione»³⁰, essendo solo condizione per poter beneficiare del trattamento di favore da un punto di vista fiscale, sul piano civilistico, il *leasing* strumentale si contrapporrebbe alla categoria dei c.d. *leasing* a privati.

Tale distinzione è stata introdotta con le sei pronunce del 13 dicembre 1989 della prima Sezione civile della Suprema Corte³¹, con cui gli ermellini

²⁹ Cfr. G. ALBANO-L. MIELE, *Il leasing abitativo torna ad essere competitivo strumento di finanziamento*, in *Corr. trib.*, 2011, p. 1238 ss.; G. Albano, *Una nuova frontiera per il leasing: l'abitativo*, in *La lettera di Assilea*, n. 1/2011, p. 28 ss.; R. FANELLI, *Assonime e Agenzia delle Entrate spiegano il leasing immobiliare e la cessione di fabbricati abitativi*, in *Corr. trib.*, 2011, p. 1327 ss.; S. SERVIDIO, *Il riscatto di un bene immobile ad uso abitativo acquistato in leasing*, in *Boll. trib.*, 2010, p. 97 ss.; G.L. CEZZA-N. MAZZITELLI, *Leasing e immobili a destinazione abitativa*, in *Iva e trib. ind.*, 2005, p. 1706 ss.; F. CASTELLI, *Detraibile l'imposta assolta sugli immobili abitativi da concedere in leasing*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 2887 ss., in cui l'A. commenta la Risoluzione 12 agosto 2005, n. 119/E dell'Agenzia delle Entrate, Direzione centrale normativa e contenzioso.

³⁰ M. IMBRENDA, *op. ult. cit.*, p. 36.

³¹ Cass. 13 dicembre 1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573 e 5574, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 741 ss. Con la serie di pronunce gemelle del 1989, si assiste, in concreto, ad un fenomeno di sotto classificazione che contestualizza, anche implicitamente, il *leasing* quale *genus*, abbandonandosi ogni timore in tale senso. La prima figura corrisponde a quella tradizionale, cioè a quella del *leasing* finanziario in senso stretto, ed è caratterizzata, quindi, da una «funzione di finanziamento a scopo di godimento del bene» oggetto del contratto, in quanto tale bene conserverebbe alla scadenza di quest'ultimo un esiguo valore economico, generalmente coincidente con il prezzo di opzione, che renderebbe l'esercizio di detta opzione «marginale», attribuendo di conseguenza ai canoni versati la funzione di corrispettivo per il godimento del bene stesso. Pertanto i canoni non sono rate di prezzo, ma sono corrispettivi correlati alla vita economica del bene stesso: Cass. 13 ottobre 2015, n. 25609; Cass. (pen.) 1 ottobre 2015, n. 44898; Cass. 17 febbraio 2011, n. 7253; Cass. 21 febbraio 2013, n. 6578; tutte in www.italgiure.giustizia.it. Nel *leasing* c.d. traslativo, invece, il bene oggetto del contratto è destinato a conservare alla scadenza della locazione finanziaria un valore residuo

hanno ravvisato il *discrimen* tra le due figure, quella del c.d. *leasing* di godimento (o tradizionale) e quella del c.d. *leasing* traslativo (o nuovo), 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, in quanto, mentre la previsione di un'apprezzabile eccedenza di valore è rivelatrice di una originaria volontà delle parti, volta essenzialmente al trasferimento della proprietà del bene, inizialmente concesso in godimento, in presenza, invece, di una previsione opposta dovrà pervenirsi alla individuazione di una volontà negoziale volta essenzialmente alla sola concessione del bene*³².

La distinzione tra i due tipi di *leasing* è stata successivamente ribadita dalla Suprema Corte con una decisione a sezioni unite in cui i giudici hanno affermato che *la disciplina di un contratto di locazione finanziaria con riferimento all'inadempimento dell'utilizzatore è diversa a seconda che le parti abbiano stipulato un leasing di godimento o un leasing traslativo; nel primo caso trova applicazione la regola di cui all'art. 1458 c.c., con la conseguenza che il concedente conserva il diritto a trattenere tutti i canoni percepiti, mentre nel secondo caso trova applicazione il meccanismo riequilibratore delle prestazioni previsto nell'art. 1526 c.c. per la vendita con riserva di proprietà*³³.

particolarmente apprezzabile per l'utilizzatore in quanto, per es., notevolmente superiore rispetto al prezzo di opzione prestabilito nel contratto stesso. Il trasferimento del bene stesso all'utilizzatore, in questa seconda ipotesi, non costituisce dunque, come nel *leasing* tradizionale, una eventualità del tutto marginale ed accessoria, ma rientra nella funzione dalle parti assegnata al contratto. La vicenda traslativa correlata all'esercizio del diritto di opzione non è, dunque, una mera eventualità, ma diventa carattere fisiologico di questa seconda figura di *leasing*: così, Cass. (ordinanza) del 23 settembre 2015 n. 22448; Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19785; Cass. 1 luglio 2015 n. 19532; Cass. 26 maggio 2011, n. 19732; tutte in www.italgiure.giustizia.it. Questa metodologia pone l'accento sulla ricostruzione attenta della comune intenzione dei contraenti allo scopo di identificare quando ricorra il *leasing* di godimento e quando il *leasing* traslativo. In sostanza «ai fini della identificazione del carattere traslativo del leasing non è sufficiente che il valore del bene sia superiore al prezzo fissato (dato puramente esteriore), ma è necessario indagare la volontà manifestata dalle parti all'inizio del rapporto, cioè la comune intenzione delle parti»: Cass. 22 febbraio 1994, n. 1731, in *Foro it.*, 1995, I, c. 603, e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, p. 690.

³² Cass. 13 dicembre 1989, n. 5570, in *Riv. not.*, 1990, p. 1483.

³³ Cass., Sez. Un., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Vita not.*, 1993, p. 829, ed in *Foro it.*, 1994, I, c. 177 ss. Sulla dicotomia, più di recente, cfr. Cass. 28 agosto 2007, n. 18195, in *Foro it.*, *Rep.*, 2007, voce *Contratto in genere*, n. 368; Cass. 10 giugno 2005, n. 12317, in *Foro it.*, *Rep.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 362, secondo cui *ricorre la figura del leasing di godimento, pattuito con funzione di finanziamento, rispetto a beni non idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto e dietro canoni che configurano*

In quest'ottica, diventa(va), dunque, molto importante qualificare un'operazione in un senso o nell'altro perché le conseguenze sono notevoli: nel *leasing* traslativo il soggetto venditore è tenuto a restituire le rate versate dall'utilizzatore; nel caso di *leasing* di godimento questo diritto non spetta, salvo che sia attribuito all'utilizzatore da una pattuizione *ad hoc* prevista nel contratto stesso³⁴.

Tale distinzione è stata, peraltro, vivacemente criticata³⁵ anche con argomenti di rilievo ed ora risulta superata dalla recente disciplina sul *leasing* finanziario, in cui gli effetti della risoluzione del contratto di *leasing* per inadempimento vengono regolamentati in modo unitario.

In precedenza, si affermava che «la normativa vigente non precisa se utilizzatore debba essere necessariamente un'impresa, un lavoratore autonomo, un ente pubblico, oppure se possa essere anche un privato», per cui «potrebbe, dunque, in linea di principio, configurarsi un contratto di locazione finanziaria nel quale utilizzatore sia una persona fisica e avente ad oggetto beni di consumo non strumentali (se la persona fisica fosse comunque un imprenditore)»³⁶; dunque l'oggetto del contratto consistente in beni strumentali all'esercizio dell'impresa e, soprattutto, l'inclusione nel contesto contrattuale di particolari clausole di esonero³⁷ – relative in particolare all'assunzione di tutti i ri-

esclusivamente il corrispettivo dell'uso dei beni stessi, mentre ricorre il leasing traslativo allorché la pattuizione si riferisca a beni atti a conservare a quella 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, e solo in quest'ultimo caso, stante la eadem ratio, può applicarsi in via analogica al contratto di leasing la disciplina dettata dall'art. 1526 c.c. per la vendita con riserva di proprietà.

³⁴ Cass. 22 aprile 2015, n. 8192; Cass. (pen.) 17 marzo 2015, n. 14936; Cass. (ord.) 2 dicembre 2014, n. 7334; Cass. (pen.) 16 ottobre 2014, n. 10193; Cass. 4 ottobre 2011, n. 23324; tutte in www.italgiure.giustizia.it.

³⁵ R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 312 ss., per il quale «la durata del contratto, la quantificazione del prezzo per l'esercizio dell'opzione di acquisto finale del bene, la previsione della prorogabilità della durata del contratto, non sono oggetto [...] di scelte individuali dei contraenti operate di volta in volta a seconda dell'obiettivo che si intende perseguire [...], ma costituiscono prefissate previsioni standardizzate nelle condizioni generali di contratto, motivate o da ragioni di ordine fiscale o da strategie aziendali» (p. 313); I. RIVA, *Leasing di godimento v. leasing traslativo: debolezze di una dicotomia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 587 ss.

³⁶ R. CLARIZIA, *Contratti di leasing*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, in *Tratt. dei contr.*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 2, Torino, 2004, p. 318.

³⁷ La liceità delle clausole di esonero da responsabilità a favore del concedente-proprietario ed a svantaggio dell'utilizzatore-possessore deriva dalla considerazione secondo cui il concedente-proprietario/appaltatore si trova “nel diritto di proprietà” o “nello *status* di appal-

schì (anche di perimento) del bene da parte dell'utilizzatore e alla previsione di esonero del *lessor* da ogni responsabilità per mancata o ritardata consegna del bene (previsioni che trovano «una loro giustificazione razionale anche perché si tratta di un contratto che interviene tra soggetti che non abbisognano di particolare tutela, come avviene, invece, quando ci si imbatte nel «consumatore»»³⁸) – costituirebbero elementi di diversificazione tra la locazione finanziaria e il contratto di *leasing* al consumo, per il quale troverebbe applicazione lo statuto speciale sui contratti dei consumatori e la disciplina del credito al consumo di cui agli artt. 121 e ss. del T.U.B.

In verità, non sembra che la strumentalità del bene all'esercizio dell'impresa sia davvero un carattere essenziale per il tipo "contratto di *leasing*", incidendo piuttosto nella fase precontrattuale, e precisamente in quella attinente alla valutazione del merito creditizio³⁹ a cui sono tenuti gli intermediari finanziari.

tatore" in via strumentale e funzionale alla finalità del *leasing* e che tale finalità non risiede nell'acquisto della proprietà per se. Tanto è vero che è coesistente alla struttura del procedimento di *leasing* la circostanza che il concedente sia proprietario al momento, appunto, della concessione in *leasing*, laddove durante la durata del rapporto d'utilizzazione è assolutamente irrilevante che lo sia. Anzi, in costanza di *leasing* è il possesso quello ad essere rilevante: l'utilizzatore si comporta come se fosse proprietario e ciò anche in vista di un potenziale acquisto del bene: v. A. MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano, 1989, p. 236 ss., a cui si rinvia anche per la dottrina e la giurisprudenza ivi richiamate. In conseguenza della recente tipizzazione normativa della locazione finanziaria, che segna la definitiva acquisizione della connotazione funzionale del *leasing* deve ritenersi superato quell'orientamento giurisprudenziale che, con riferimento alla mancata o inesatta esecuzione della consegna all'utilizzatore da parte del fornitore, affermava la nullità delle clausole di inversione dei rischi. Per questa giurisprudenza, cfr. Cass. 23 maggio 2012, n. 8101, in *Foro it., Rep.*, 2012, voce *Contratto in genere*, n. 440; Cass. 29 settembre 2007, n. 20592, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 356; Cass. 1 ottobre 2004, n. 19657, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, p. 611; Cass. 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081. In senso contrario, e quindi per la validità delle clausole, v. Cass. 5 settembre 2005, n. 17767, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 289; Cass. 2 agosto 2004, n. 14786, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 301; Cass. 3 giugno 1998, n. 6412, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3082.

³⁸R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., p. 189.

³⁹Sulla verifica del merito creditizio nel credito al consumo, cfr. G. ROSSI, *Il credito al consumo: dal fenomeno socio-economico alla fattispecie contrattuale*, Padova, 2017, p. 64 ss.; M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *Ancora sul c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo. Chiose a margine di una recente decisione comunitaria*, in *Contr. impr. Europa*, 2015, p. 357 ss.; ID., *L'art. 124-bis del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo: dalla culpa in contrahendo ai vizi del volere*, in *Contr. impr. Europa*, 2014, p. 541 ss.; E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla «contrattazione con l'insolvente»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1088 ss.; C. IURILLI, *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile*, in *Studium iuris*, 2014, p. 419

Infatti, mentre finanziare un imprenditore implica una necessaria valutazione sul come egli investa il credito ricevuto (che essendo finalizzato allo sviluppo della propria attività d'impresa è in quanto tale diretto all'acquisto di beni strumentali a detta attività), concedere credito al consumatore è «un'operazione ontologicamente differente, che non passa attraverso una valutazione della meritevolezza dell'impiego che» egli «faccia del credito concesso, ma si deve necessariamente limitare alla sola valutazione della capacità del consumatore di restituire il credito concesso», in quanto finanziare colui che agisce per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, «indipendentemente dall'impiego che questi concretamente faccia del credito che gli viene concesso, significa già promuovere i consumi»⁴⁰.

In quest'ottica, il «[p]orre l'accento sulla capacità restitutoria del consumatore – piuttosto che sulla corretta esecuzione del contratto di credito – dovrebbe comportare l'irrilevanza, ai fini della valutazione del merito creditizio, delle garanzie personali di soggetti terzi e delle coperture assicurative a garanzia del rimborso del credito: in questi casi, infatti, la restituzione al creditore dell'importo finanziato non dipende dal merito del consumatore, ma è assicurata da altri fattori»⁴¹.

ss. e 546 ss.; T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore (nota a Corte Giustizia UE 27 marzo 2014, causa C-565/12)*, in *Contratti*, 2014, p. 873 ss.; R. BOCCHINI, *La meritevolezza dell'accesso al credito nel sovraindebitamento del consumatore*, nota a Trib. Napoli, 12 ottobre 2016, in *Giur. it.*, 2017, pp. 1570-1578.

⁴⁰ A. SIMIONATO, *La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *Riv. dir. banc.*, giugno 2010, in www.dirittobancario.it, in cui l'A. osserva come la finalità pubblicistica di assicurare una corretta allocazione delle risorse bancarie comporti «che la valutazione di meritevolezza dell'imprenditore possa ritenersi correttamente compiuta laddove le risorse bancarie vengano dirette agli imprenditori capaci. Ciò consente, evidentemente, di perseguire, seppure in via soltanto mediata, una finalità di tutela delle risorse economiche di ciascuno Stato e di promozione del mercato; se, invece, il credito viene concesso ad un imprenditore immeritevole – che a sua volta non investa correttamente il credito ricevuto, utilizzandolo, ad esempio, per finalità differenti rispetto a quelle riconosciute allo sviluppo della propria attività imprenditoriale od impiegandolo in attività destinate a entrare in breve tempo in uno stato di crisi irreversibile che ne comporti la rapida uscita dal mercato – non si distribuiscono correttamente le risorse bancarie e le finalità di tutela dell'economia e di promozione del mercato nel risultano irrimediabilmente frustrate».

⁴¹ A. SIMIONATO, *op. loc. cit.*, per il quale «dovrebbe ritenersi compiuta in modo errato una valutazione del merito creditizio che sortisca un esito positivo sul fondamento dell'esistenza di sufficienti garanzie che il credito venga restituito da soggetti diversi dal consumatore». In particolare, secondo l'A., «[s]e il creditore non deve valutare l'impiego che il consumatore farà del credito – e, pertanto, nemmeno il creditore virtuoso deve valutare il *consumer plan*, come dovrebbe fare il buon banchiere con il *business plan* dell'imprenditore – la

Diversa è, dunque, la funzione, in quanto il merito creditizio dell'imprenditore tutela i creditori – «quelli anteriori alla concessione del credito (per l'aggravamento del dissesto dell'imprenditore e la conseguente diminuzione delle possibilità di soddisfacimento) e quelli posteriori (per la perdita che possono subire per avere instaurato rapporti con l'insolvente confidando sulla fittizia solvibilità creata dal credito abusivamente concesso)»⁴² –, imponendo alle banche il dovere di corretta erogazione del credito pena la configurazione della fattispecie (di applicazione giurisprudenziale) di "concessione abusiva del credito"⁴³; il merito creditizio del consumatore tutela il consumatore stesso e l'intento della disciplina è quello di prevenire situazioni di sovraindebitamento alle quali concorre l'erogazione di "cattivo credito".

In particolare, la verifica del merito creditizio per il credito al consumo è regolata dall'art. 124-*bis* T.U.B.⁴⁴, introdotto nel T.U.B. dall'art. 1 del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, in attuazione della Direttiva 2008/48/CE, e per il credito immobiliare ai consumatori dall'art. 120-*undecies* T.U.B.⁴⁵,

valutazione del merito creditizio del consumatore è un'operazione che necessariamente dovrà avere riguardo al passato e, quindi, alle pregresse vicende del consumatore stesso».

⁴² E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, cit., p. 1091.

⁴³ Sull'argomento, di recente G. AMATO, *Abusiva concessione del credito: la Banca responsabile in solido con gli amministratori dell'impresa fallita*, nota a Cass. 20 aprile 2017, n. 9983, in *Dir. banc.*, giugno 2017, in www.dirittobancario.it; G. DE ZOTTI-M. MIRAMONDI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore*, nota a Cass. 20 aprile 2017, n. 9983, *ivi*, giugno 2017.

⁴⁴ Si riporta il testo della norma: «1. Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valutare il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente. 2. Se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore aggiorna le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valutare il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito. 3. La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, detta disposizioni attuative del presente articolo».

⁴⁵ Di seguito il testo della norma: «1. Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, tenendo conto dei fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito. La valutazione del merito creditizio è effettuata sulla base delle informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti e proporzionate e opportunamente verificate. 2. Le informazioni di cui al comma 1 comprendono quelle fornite dal consumatore anche mediante l'intermediario del credito; il finanziatore può chiedere chiarimenti al consumatore sulle informazioni ricevute, se necessario per consentire la valutazione del merito creditizio. 3. Il

inserito dall'art. 1, comma 2, D.Lgs. 21 aprile 2016, n. 72 (c.d. Decreto mutui), con cui è stata data attuazione alla Direttiva 2014/17/UE (c.d. *Mortgage Credit Directive*, o MCD)⁴⁶, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali⁴⁷, e sono state apportate modifiche e integrazioni al D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, e al Titolo VI-bis del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

A norma dell'art. 120-*quinquies* del T.U.B., rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina del credito ai consumatori per immobili residenziali i contratti «di credito con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamen-

finziatore non risolve il contratto di credito concluso con il consumatore né vi apporta modifiche svantaggiose per il consumatore, ai sensi dell'articolo 118, in ragione del fatto che la valutazione del merito creditizio è stata condotta scorrettamente o che le informazioni fornite dal consumatore prima della conclusione del contratto di credito ai sensi del comma 1 erano incomplete, salvo che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire tali informazioni o abbia fornito informazioni false. 4. Prima di procedere a un aumento significativo dell'importo totale del credito dopo la conclusione contratto di credito, il finanziatore svolge una nuova valutazione del merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni aggiornate, a meno che il credito supplementare fosse previsto e incluso nella valutazione del merito creditizio originaria. 5. Quando la domanda di credito è respinta, il finanziatore informa il consumatore senza indugio del rifiuto e, se del caso, del fatto che la decisione è basata sul trattamento automatico dei dati. 6. Il presente articolo non pregiudica l'applicazione del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196. 7. Si applica quanto stabilito ai sensi dell'articolo 125. 8. I finanziatori elaborano e documentano la propria politica di offerta di contratti di credito, che include l'elencazione dei tipi e beni su cui può vertere l'ipoteca. 9. La Banca d'Italia detta disposizioni attuative del presente articolo».

⁴⁶ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. impr. Europa*, 2014, p. 523 ss.; R. GRIFAFI, *Credito ai consumatori e beni immobili residenziali: la nuova direttiva mutui tra ragioni di omogeneità comunitaria e questioni di eterogeneità nazionale*, in *Studium iuris*, 2015, pp. 655 ss. e 796 ss.; I. FERRETTI, *Contratto di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: prime osservazioni sulla direttiva 2014/17/UE*, in *Contr. impr. Europa*, 2014, p. 865 ss.; F.P. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1423 ss.

⁴⁷ C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 78 ss.; F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIRAINO-T. RUMI, *I nuovi marciari*, Torino, 2017, p. 149 ss.; A. BULGARELLI, *La fase patologica dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, trasferimento dell'immobile ed esdebitazione. Note a margine del D.Lgs. 72/2016 di attuazione della Direttiva 17/2014/EU*, in *Riv. dir. banc.*, giugno 2016, in www.dirittobancario.it; R. FERRETTI-A. SANTORO, *Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui*, ivi, maggio 2016.

to, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato».

Nei primi commenti alla Direttiva si è subito osservato come «l'ampia accezione di "contratto di credito" – intendendosi per tale qualsiasi contratto in base al quale il creditore concede o si impegna concedere al consumatore un credito [...] sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra agevolazione finanziaria analoga – è idonea a ricomprendere una pluralità di fattispecie, diverse sotto il profilo contenutistico causale e strutturale, ma accomunate dalla funzione di finanziamento»⁴⁸.

Per le finalità che s'intendono perseguire, la disciplina sul credito immobiliare ai consumatori si applica, in quanto compatibile, anche ai contratti di *leasing* immobiliare ai consumatori: si pensi alla valutazione del merito creditizio, alla attività di consulenza, e soprattutto alla valutazione degli immobili da acquistare e alla documentazione da fornire al cliente, in particolare al "prospetto informativo europeo standardizzato" (c.d. PIES), che andrà sempre consegnato al cliente.

Da un sistema basato sul paradigma del "credito responsabile", adoperato con la prima Direttiva e incentrato sull'imposizione di obblighi informativi sempre più minuziosi a carico dei soggetti che erogano il credito, che di fatto ha determinato una traslazione della responsabilità dell'operazione in capo al consumatore, si è giunti, così, ad un modello di "finanziamento sostenibile" indicato con il "Decreto mutui", secondo cui si può concedere il credito solo nel caso in cui vi sia una previsione positiva di adempimento da parte del finanziato.

In altri termini, nel credito immobiliare ai consumatori, «la valutazione del merito di credito dovrebbe basarsi sulla capacità del consumatore di far fronte ai propri obblighi nei termini del contratto. Di conseguenza la possibilità che il valore del bene immobile possa superare l'importo del credito o possa aumentare in futuro non dovrebbe costituire in generale condizione sufficiente per concedere il credito in questione»⁴⁹.

Pertanto, nel credito immobiliare al consumatore, quest'ultimo deve «es-

⁴⁸ T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratti*, 2015, p. 72, che ritiene «indubbio il carattere transtipico della disciplina in commento, con l'ovvia conseguenza che viene delegato all'interprete il difficile compito di individuare i tipi contrattuali assoggettabili alle nuove regole».

⁴⁹ 55° considerando della Direttiva mutui.

sere capace di far fronte ai propri obblighi nei termini contrattualmente stabiliti, mentre il valore del bene immobile assume rilievo preponderante nella valutazione dell'importo del credito che può essere concesso esclusivamente nell'ipotesi in cui il contratto di credito persegua la precisa finalità di costruire o ristrutturare l'immobile residenziale»⁵⁰.

Tornando al discorso sulla possibilità che utilizzatore possa essere anche un soggetto che non rivesta la qualifica di imprenditore, come sembra non essere posto in dubbio dalla normativa sul credito immobiliare ai consumatori, occorre verificare la compatibilità della locazione finanziaria a privati con la disciplina del Testo Unico Bancario in materia di credito al consumo e successivamente con quella del Codice del consumo.

Iniziando dalla prima, l'art. 122 T.U.B., al comma 1, lett. a) ed m), dispone che le disposizioni sul credito ai consumatori di cui gli artt. 121 e ss. non si applicano rispettivamente ai «finanziamenti di importo non inferiore a 200 euro o superiore a 75.000 euro» e ai «contratti di locazione, a condizione che in essi sia prevista l'espressa clausola che in nessun momento la proprietà della cosa locata possa trasferirsi, con o senza corrispettivo, al locatario», «e dunque, sia pure per questa via tortuosa, include il *leasing*» di un bene «che abbia un valore né troppo vile, né troppo elevato»⁵¹, rendendo così possibile distinguere tra *leasing* al consumo e locazione finanziaria ai privati per i finanziamenti non ricompresi tra i predetti importi⁵², ai quali si applicherebbe esclusivamente la normativa di cui al codice del consumo.

La *ratio* di siffatto criterio di esclusione, di tipo quantitativo – che non trova corrispondenze in altre discipline consumeristiche, «laddove quando una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale svolta è considerata consumatore (e quindi meritevole di tutela) a prescindere dal valore dell'atto posto in essere»⁵³ – «è che al di sotto di un certo minimo è eccessivo predisporre meccanismi di tutela; al di sopra, inutile, perché il consumatore è già avvertito»⁵⁴.

⁵⁰ S. CHERTI-L. FOLLIERI-C. VERDE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in AA.VV., *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino e S. Cherti, Torino, 2016, p. 209.

⁵¹ G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 2^a ed., 1994, p. 312.

⁵² M.R. LA TORRE, *Manuale della Locazione Finanziaria*, cit., p. 606.

⁵³ G. ROSSI, *Il credito al consumo: dal fenomeno socio-economico alla fattispecie contrattuale*, cit., 2017, p. 32; R. CLARIZIA, *La nozione di consumatore nel codice del consumo e con riguardo ai contratti di credito al consumo*, in *Dir. internet*, 2006, p. 354.

⁵⁴ G. PIGNATARO, *Il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bes-

L'art. 125-*quinquies*, poi, al comma 3, dispone che «in caso di locazione finanziaria (*leasing*) il consumatore, dopo aver inutilmente effettuato la costituzione in mora del fornitore di beni o dei servizi, può chiedere al finanziatore di agire per la risoluzione del contratto. La richiesta al fornitore determina la sospensione del pagamento dei canoni. La risoluzione del contratto di fornitura, determina la risoluzione di diritto, senza penalità e oneri, del contratto di locazione finanziaria», risoluzione che comporta l'obbligo del finanziatore di rimborsare al consumatore le rate già pagate.

La normativa in materia di credito al consumo non incide tuttavia sulla causa del *leasing* – e pertanto non può condividersi quell'orientamento che ravvisa tra locazione finanziaria e *leasing* al consumo una notevole differenza⁵⁵, dal momento che il secondo non assolverebbe alla medesima funzione del primo, avendo invece entrambi causa di finanziamento –, limitandosi piuttosto a imporre un certo contenuto negoziale e, soprattutto, a regolamentare alcuni aspetti della fase prenegoziale e a dettare una disciplina inderogabile in tema di collegamento tra *leasing* e fornitura⁵⁶.

sone, XXX, *La tutela del consumatore*, a cura di P. Stanzone e A. Musio, Torino, 2009, p. 226, secondo la quale, al di là della "formulazione stravagante" della norma – l'espressione, precisa l'A., è di G. DE NOVA, *Il credito al consumo*, in *La nuova legge bancaria*, cit., p. 1862 – che potrebbe sottrarre il *leasing* finanziario dall'ambito applicativo della disciplina sul credito al consumo, dal momento che l'acquisto della proprietà non è automatico e in ogni caso puramente eventuale –, la locazione finanziaria rappresenta una delle tipiche ipotesi di credito al consumo, i cui limiti di applicazione derivano soltanto dall'accezione restrittiva di consumatore accolta (p. 230).

⁵⁵ V. BUONOCORE, *Cassazione e leasing: riflessioni sulla giurisprudenza nell'ultimo quinquennio*, in *Contr. impr.*, cit., p. 166 ss.; nonché N. LIPARI, *Leasing e vendita con patto di riservato dominio*, in AA.VV., *Sviluppi e prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia*, cit., p. 68.

⁵⁶ Nella locazione finanziaria in assenza di una norma che attribuisca all'utilizzatore l'esercizio delle azioni spettanti al concedente, quale compratore, nei confronti del fornitore, per conseguire tale esito è necessario che il trasferimento delle azioni venga previsto con apposita clausola contrattuale: cfr. Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19785 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 253; in *Contratti*, 2016, p. 224, con nota di G. DI ROSA, *La tutela dell'utilizzatore nel contratto di leasing finanziario*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 785, con nota di V. VITI, *L'individuazione delle azioni esperibili dall'utilizzatore in leasing verso il venditore inadempiente e la (sottovalutata) rilevanza del collegamento negoziale*; in *Giur. it.*, 2016, p. 33, con nota di V. VITI, *Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*, ed in *Foro it.*, 2016, I, c. 1380), in cui si afferma che *L'operazione di leasing finanziario si caratterizza per l'esistenza di un collegamento negoziale tra il contratto di leasing propriamente detto, concluso tra concedente ed utilizzatore, e quello di fornitura, concluso tra concedente e fornitore allo scopo (noto a quest'ultimo) di soddisfare l'interesse dell'utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa, in forza del quale, ferma restando*

In altri termini, tale disciplina non determina una fuoriuscita del *leasing* al consumo dal modello della locazione finanziaria, come del resto la recente normativa sul credito immobiliare ai consumatori non assegna al *leasing* immobiliare la qualifica di nuovo tipo di *leasing*⁵⁷.

Per quanto attiene, invece, alla questione del carattere vessatorio o meno di alcune clausole contenute nei contratti di *leasing* occorre innanzitutto verificarla in considerazione della sostanziale uniformità della prassi negoziale nel settore della locazione finanziaria, caratterizzato come è da una modulistica adoperata da parte delle società di *leasing* che risulta differenziata solo in alcuni dettagli.

Il criterio generale secondo cui sono vessatorie le clausole che malgrado la buona fede determinano a danno del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto può risultare in prima battuta di difficile applicazione rispetto ad un contratto che fino all'entrata in vigore della Legge n. 124/2017 non era disciplinato dal legislatore, e per il quale risultava, pertanto, «meno agevole stabilire quale sia l'equilibrio (e correlativamente lo squilibrio) mancando una predeterminazione dei diritti e degli obblighi delle parti»⁵⁸.

Le clausole che prevedono l'esclusione o la limitazione dei diritti del consumatore in caso di adempimento inesatto da parte del professionista contenute negli schemi contrattuali in uso per il *leasing* (cosiddette clausole di esonero della responsabilità e di traslazione dei rischi contrattuali) sono

l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, l'utilizzatore è legittimato a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura, oltre che al risarcimento del danno conseguentemente sofferto; in mancanza di un'espressa previsione normativa al riguardo, l'utilizzatore non può, invece, esercitare l'azione di risoluzione (o di riduzione del prezzo) del contratto di vendita tra il fornitore ed il concedente (cui esso è estraneo) se non in presenza di specifica clausola contrattuale, con la quale gli venga dal concedente trasferita la propria posizione sostanziale, restando il relativo accertamento rimesso al giudice di merito poiché riguarda non la legitimatio ad causam ma la titolarità attiva del rapporto. Viceversa, in caso di vizi immediatamente riconoscibili o per l'ipotesi di mancata consegna ha indotto i giudici della Suprema Corte a far discendere dalla buona fede ex art. 1375 c.c. l'obbligo per l'intermediario, informato dall'utilizzatore, di sospendere il pagamento del prezzo in favore del fornitore e di esercitare, in caso di grave inadempimento, l'azione di risoluzione del contratto di fornitura, a cui necessariamente consegue la risoluzione del contratto di leasing. Così, più di recente, v. Cass. 6 luglio 2017, n. 16646, in Foro it., 2017, c. 3390, con nota di P. LAGHEZZA, e in Corr. giur., 2017, p. 1502.

⁵⁷ In senso contrario, cfr. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità e sottotipi*, Roma, 2018, p. 116 ss., consultabile in www.romatpress.uniroma3.it.

⁵⁸ A.M. MARCHIO, *Leasing e disciplina delle clausole vessatorie*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1062.

state ritenute valide dalla giurisprudenza a condizione che l'utilizzatore sia posto in condizione di reagire nei confronti del fornitore⁵⁹.

Anche se nel *leasing* cosiddetto al consumo la normativa in materia di clausole vessatorie potrebbe trovare agevolmente spazi di applicazione, in realtà, nonostante alcune perplessità manifestate da una parte della dottrina, le clausole di esclusione della responsabilità del concedente per la mancata o ritardata consegna del bene, di esonero dalla garanzia per vizi e, più in generale, sull'inversione dei rischi relativi al bene, non sono vessatorie in quanto «non prevedono alcun limite all'esercizio dei diritti del consumatore verso il professionista, poiché in questi casi colui che è tenuto a tali adempimenti, in forza della particolare natura del servizio, è il fornitore, ossia "l'altra parte" [...] verso il quale l'utilizzatore ha diritto di agire»⁶⁰.

In altri termini, la vessatorietà delle clausole, a norma dell'art. 33 del Codice del consumo, andrebbe valutata «tenendo conto del "contesto" in cui le stesse sono inserite»⁶¹.

Naturalmente troverebbero applicazione altre norme del Codice del consumo – quali quelle in materia di recesso, per il caso della mancanza di reciprocità, di gravità dell'inadempimento per la legittima risoluzione del contratto anche tramite clausola risolutiva espressa, di inderogabilità del foro competente (residenza o domicilio elettivo del consumatore convenuto), di riscatto in via anticipata e di facoltà di recesso nel caso in cui il contratto venga sottoscritto dall'utilizzatore consumatore a distanza ovvero fuori dai locali commerciali della concedente – che arricchiscono il contenuto del

⁵⁹ Cfr. le decisioni richiamate alla nota 37.

⁶⁰ M.R. LA TORRE, *Manuale della Locazione Finanziaria*, cit., p. 614, per il quale «se si limitasse la verifica al solo contratto di locazione finanziaria, le clausole sull'inversione del rischio apparirebbero manifestamente vessatorie, ma se invece si estende tale verifica, come del resto ha fatto la Cassazione in assenza di alcun riferimento normativo, alle altre clausole contenute nel contratto di fornitura da cui questo dipende, in forza del disposto dell'art. 1469-ter c.c. e dell'unitarietà dell'intera operazione, emerge chiaramente che l'utilizzatore-consumatore non assume affatto dei rischi privi di tutela, poiché può agire direttamente verso il fornitore per far valere le proprie ragioni».

⁶¹ G. PETRELLI, *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile*, Primo semestre 2016, p. 83, nota 71, in riferimento alla medesima questione che si pone nell'ambito del prestito vitalizio ipotecario, affermando così che per tale fattispecie «la clausola che vieti al consumatore di alienare l'immobile a terzi, ponendosi in linea di continuità con la disciplina speciale (che prevede in tale eventualità la decadenza del beneficio del termine) non è da ritenersi vessatoria, in quanto per un verso appare ripetitiva del dettato legislativo, e per altro verso non determina uno squilibrio tra le posizioni dei contraenti, alla luce della causa del contratto di finanziamento».

contratto di locazione finanziaria con utilizzatore consumatore e non derogano ai caratteri tipici e costanti dell'operazione di *leasing*.

In altri termini, il c.d. *leasing* al consumo non è un tipo autonomo di locazione finanziaria ma piuttosto un sottotipo di *leasing*⁶².

Per queste ragioni, sembra doversi concludere che la qualifica di imprenditore non è un requisito essenziale del contratto di locazione finanziaria; qualora, tuttavia, utilizzatore sia un soggetto che rivesta la qualifica di imprenditore, occorrerà verificare l'inerenza del bene, in termini di idoneità, al processo produttivo dell'impresa al fine del positivo esito del giudizio di meritevolezza necessario per la concessione del credito.

3. Il *leasing* immobiliare abitativo: caratteristiche e aspetti tipologici

Con l'art. 1, commi da 76 a 84, della Legge di stabilità per il 2016 (Legge 28 dicembre 2015, n. 208), viene introdotta una speciale disciplina del *leasing* avente ad oggetto gli immobili a destinazione abitativa⁶³, da adibire ad

⁶² Sul sotto-tipo, cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, p. 78 ss.; e, già prima, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3^a ed., Milano, 1972, p. 140 ss.

⁶³ Sul *leasing* abitativo, cfr. ASSILEA, *Il leasing immobiliare abitativo*, in Ex Parte Creditoris, 25 ottobre 2017, consultabile in www.expartecreditoris.it; AA.VV., *I nuovi contratti immobiliari: rent to buy e leasing abitativo*, a cura di R. Clarizia, V. Cuffaro e A. Musio, Padova, 2017; F. BENATTI, *Rent to buy. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà. Profili civilistici, processuali e tributari*, in *Europa dir. priv.*, 2017, pp. 683-694; M. GHIRLANDA, *Note sul leasing immobiliare abitativo*, in *Imm. propr.*, 2017, p. 7 ss.; R. MARSEGLIA, *Il leasing immobiliare per l'acquisto dell'abitazione principale*, in AA.VV., *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino e S. Cherti, cit., p. 223 ss.; G. PETRELLI, *Leasing di immobili abitativi*, in *Rassegna delle recenti novità normative di interesse notarile*, Secondo semestre 2015, p. 38 ss.; D. POLETTI, *L'acquisto "progressivo" della proprietà abitativa tra autonomia privata, tecnica legislativa e controllo giudiziale*, in AA.VV., *Drittwirkung e principio di effettività nelle discipline di settore*, a cura di E. Navarretta, Torino, 2017, pp. 111-138; G. RIZZI, *Il leasing immobiliare abitativo. Una nuova opportunità?*, in *Federnotizie* (a cura di), *Nuovi contratti e tecniche redazionali*, Assonotailombardia, Milano, 2017, p. 12 ss.; M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di Diritto civile*, 3^a ed., Torino, 2017, p. 715 ss.; C. SFORZA FOGLIANI, *Riclassamento a Roma, leasing immobiliare, rent to buy con convalida di sfratto ed altri problemi immobiliari*, in *Arch. loc.*, 2017, p. 1 ss.; P. SIMONETTI, *Ancora sulla legge di stabilità 2016: la tassazione del leasing finanziario abitativo*, in *Riv. notarile*, 2016, p. 145 ss.; V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, cit., p. 137 ss.; M. VIOLA, *Leasing immobiliare abitativo: un'opportunità per le giovani coppie di acquistare casa ... insieme*, in *Corr. trib.*, 2017, pp. 1296-1302.

abitazione principale, prevedendo non solo una serie di agevolazioni e benefici fiscali, destinati a scadere il 31 dicembre 2020, ma anche una serie di norme volte a definire i diritti e gli obblighi delle parti e a disciplinare i loro rapporti.

La disciplina riguarda dunque solo gli immobili da adibire ad abitazione principale intendendosi per tale «quella nella quale la persona fisica che la possiede [...] o i suoi familiari dimorano abitualmente», nozione risultante dagli artt. 10, co. 3 *bis*, e 15, co. 1, lett. b), D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo Unico delle Imposte sui redditi)⁶⁴. Non essendo poi previsto un termine entro il quale l'immobile deve essere adibito ad abitazione principale, si pone la questione circa l'applicabilità o meno del termine annuale di cui alla lettera b) dell'art. 15 del D.P.R. n. 917/1986 richiamato peraltro dal comma 82 agli effetti della detrazione fiscale⁶⁵.

Ai sensi del comma 76, con il contratto di locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale «la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire l'immobile su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo mette a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tenga conto del prezzo di acquisto o di costituzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha la facoltà di acquistare la proprietà del bene a un prezzo prestabilito».

Tale definizione riassume le caratteristiche essenziali della locazione finanziaria, ovverossia «la natura professionale della parte concedente; l'obbligo contrattuale assunto dalla stessa di acquistare (o far costruire) un immobile su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore che ne assume tutti

⁶⁴ Cfr. A. LOMONACO, *Novità nella Legge di Stabilità 2016 per la tassazione del leasing finanziario abitativo*, Studio CNN n. 4-2016/T dell'1 febbraio 2016, in www.notariato.it, secondo cui «[l']elemento caratterizzante consiste, dunque, nell'utilizzo effettivo dell'immobile a dimora abituale non solo da parte del contribuente ma anche – in alternativa – dei suoi familiari. Quanto alla prova della destinazione a propria abitazione principale, che secondo l'orientamento prevalente spetta al contribuente, può anche prescindere dalla certificazione anagrafica, consistendo in una dimostrazione fondata su elementi oggettivi e di fatto, quali utenze del gas, luce, ecc. Può essere idonea anche una autocertificazione» (p. 13, nota 15).

⁶⁵ In senso contrario, v. G. PETRELLI, *Leasing di immobili abitativi*, cit., p. 39, per il quale «agli effetti sostanziali deve probabilmente ritenersi inapplicabile un termine perentorio di tal fatta, ritenersi piuttosto necessario che l'immobile venga destinato ad abitazione entro un congruo termine, da valutarsi caso per caso in base alle circostanze».

i rischi, anche di riferimento; la “messa a disposizione” del bene per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tenga conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto; la facoltà per l’utilizzatore di acquistare la proprietà del bene (opzione di acquisto, o riscatto) ad un prezzo prestabilito, alla scadenza del contratto»⁶⁶.

Lessor può essere esclusivamente una banca o un intermediario finanziario iscritto nell’albo di cui all’art. 106 T.U.B. e, quindi, un operatore professionale abilitato all’esercizio dell’attività di *leasing*.

Caratteri particolari della “nuova” figura sono, dunque, la qualità dell’utilizzatore, che può essere solo una persona fisica⁶⁷, e l’oggetto, che deve essere un immobile da destinare ad abitazione principale del *lessee*.

Il *leasing* immobiliare abitativo si distingue dal contratto di godimento in funzione della successiva alienazione⁶⁸, più comunemente e più sinteticamente chiamato *rent to buy*⁶⁹, introdotto dall’art. 23 del D.L. 12 settembre 2014,

⁶⁶ G. PETRELLI, *Leasing di immobili abitativi*, cit., p. 38.

⁶⁷ G. RIZZI, *Il leasing immobiliare abitativo. Una nuova opportunità?*, cit., p. 14, per il quale «utilizzatore deve essere una persona fisica che destini l’immobile da acquistare o da costruire a propria abitazione principale (la circostanza che nella disposizione si faccia espresso riferimento ad immobile da adibire ad abitazione implica che l’utilizzatore debba necessariamente essere un soggetto che possa utilizzare l’immobile come propria abitazione, dovendosi, pertanto, escludere che utilizzatore possa essere una società, una persona giuridica o comunque un ente o comunque un soggetto e la natura del bene concesso in *leasing* rispetto al quale non possa instaurarsi un rapporto di “abitazione” rispetto all’immobile)». Si è rilevato, poi, che gli utilizzatori nel *leasing* abitativo saranno necessariamente rappresentati da persone fisiche ma non necessariamente da consumatori: in tal senso, v. S. BONFATTI, *Dal leasing abitativo giovanile la riforma della disciplina della locazione finanziaria*, in *Riv. dir. banc.*, 2, 2016, in www.dirittobancario.it.

⁶⁸ Il *leasing* si differenzia, inoltre, dal mutuo perché con quest’ultimo «viene messa a disposizione del richiedente «una somma di denaro per l’acquisto dell’immobile; il mutuo viene garantito mediante ipoteca da iscrivere sull’immobile così acquistato; con il *leasing* immobiliare, invece, viene messo a disposizione del richiedente l’immobile, che l’utilizzatore potrà acquistare se intenderà avvalersi della facoltà di riscatto»; dalla vendita con riserva della proprietà, perché «con questa forma di vendita la proprietà del bene passa all’acquirente al pagamento dell’ultima rata del prezzo; nel *leasing* immobiliare, invece, non passa automaticamente col pagamento dell’ultimo canone; il passaggio avviene solo se l’utilizzatore intende avvalersi della sua facoltà di acquisto e se viene pagato il prezzo di riscatto»; dalla locazione, infine, perché in quest’ultimo contratto «la proprietà del bene rimane sempre in capo al locatore (che non intende privarsene) non essendo prevista la facoltà di riscatto del *leasing*»: *Il leasing immobiliare abitativo*, Vademecum pubblicato dal Ministero dell’Economia e delle Finanze, in collaborazione con ASSILEA – Associazione Italiana Leasing e Consiglio Nazionale del Notariato, p. 3, in http://www.notariato.it/sites/default/files/Guida_Leasing_Immobiliare.pdf.

⁶⁹ In argomento, v. G. ALPA, *Appunti sulla legislazione volta a governare la crisi econo-*

n. 133, convertito in Legge 11 novembre 2014, n. 164, per la specifica funzione di finanziamento che è assente nel *rent to buy*⁷⁰ in cui, e ciò diversamente dalla locazione finanziaria, l'immobile oggetto del contratto non è acquistato o fatto costruire da un soggetto abilitato al credito su scelta o indicazione dell'aspirante acquirente e, soprattutto, la possibilità di fruire dell'immobile «non rappresenta lo scopo reale dell'accordo ma è solo un frammento di una più complessa operazione che ambisce alla realizzazione di un effetto reale. Tale scopo penetra nella causa e ne costituisce il contenuto, individuando uno specifico ed autonomo schema contrattuale insuscettibile di essere ricondotto alla locazione», schema in cui l'interesse per la finalità a cui il godimento dell'immobile mira «non è neutro ma assume» appunto «rilevanza causale perché connota il concreto regolamento d'interessi»⁷¹.

Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione è pertanto un nuovo tipo contrattuale⁷² con «almeno due importanti elementi di novità che consentono di ritenere che la nuova fattispecie tipizzata dal legi-

mica, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, 5, p. 73 ss., spec. p. 83 ss.; G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, p. 1030 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 952 ss.; E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 797 ss.

⁷⁰ G. RIZZI, *Il leasing immobiliare abitativo*, cit., p. 13.

⁷¹ A. MUSIO, *Il mercato immobiliare tra vecchi e nuovi schemi contrattuali*, in AA.VV., *I nuovi contratti immobiliari: rent to buy e leasing abitativo*, Padova, 2017, pp. 18-19. Secondo l'A. come nel mutuo di scopo, «dove la causa è diversa da quella del mutuo puro e semplice, perché il mutuatario ottiene il prestito in considerazione dello scopo che intende perseguire, così nel contratto di godimento in funzione della successiva alienazione si può parlare al più di una locazione di scopo la cui causa diverge da quella della locazione *tout court*» (p. 19).

⁷² Per la ricostruzione della figura negoziale in chiave di nuovo tipo contrattuale assolutamente prevalente in dottrina, cfr. V. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. giur.*, 2015, 1, p. 5 ss.; ID., *Rent to buy e locazione di scopo. La locazione di scopo*, in *Giur. it.*, 2015, 2, p. 503, per il quale «la circostanza che per effetto del contratto il conduttore consegue il godimento del bene immobile impegnandosi contestualmente a corrispondere al proprietario il canone periodico, non vale a ricondurre il negozio al tipo della locazione in quanto l'impegno alla prestazione corrispettiva non è l'esito effettivo dell'accordo ma è solo funzionale alla realizzazione del trasferimento dell'immobile che invece costituisce lo scopo sostanziale del programma negoziale. In altre parole, nel modello contrattuale tracciato e ricavabile dalla norma, il godimento del bene consegnato alla parte individuata come conduttore è solo l'epifenomeno rispetto al trasferimento del diritto reale sul bene cui è indirizzato l'intento comune dei contraenti»; L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 2, 2015, p. 189; G. PETRELLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (rent to buy)*, in www.gaetanopetrelli.it, p. 2.