

SULLA LOCAZIONE FINANZIARIA: TRA PRASSI, TIPICITÀ, ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO E ALLOCAZIONE DEL RISCHIO DI INADEMPIMENTO

di Giuseppe Maria Marsico (*)

Abstract: Il saggio analizza la disciplina della locazione finanziaria alla luce della l. n. 124/2017 e lo specifico aspetto attinente ai presupposti per la risoluzione del vincolo negoziale, affrontando, anche alla luce delle recenti decisioni delle Sezioni unite, alcuni peculiari aspetti di allocazione del rischio di inadempimento, in un'ottica di analisi economica del diritto.

The essay analyzes the discipline of financial leasing in the light of Law no. 124/2017 and the specific aspect relating to the prerequisites for resolving the contractual obligation, addressing, also in light of the recent decisions of the United Sections, some peculiar aspects of allocating the risk of non-compliance, from a perspective of economic analysis of the law.

Sommario: 1. *La nascita del leasing finanziario e la sua diffusione nel nostro ordinamento: tra atipicità legale e tipizzazione giurisprudenziale alla legge luce della l. 4 agosto 2017, n. 124.* – 2. *Leasing e locazione finanziaria: una prima definizione degli elementi del fenomeno negoziale.* – 3. *Gli elementi peculiari e distintivi della disciplina: tra collegamento negoziale e autonomia privata.* – 3.1. *Una breve disamina sull'inadempimento dell'utilizzatore per mancato pagamento dei canoni e il parametro quantitativo di cui all'art. 1, c. 137, l. n. 124/2017.* – 4. *Sui profili intertemporali e sulle clausole risolutive espresse in caso di mancato pagamento dei canoni da parte dell'utilizzatore. Brevi conclusioni in una prospettiva di analisi economica del diritto e di allocazione del rischio di inadempimento.*

1. *La nascita del leasing finanziario e la sua diffusione nel nostro ordinamento: tra atipicità legale e tipizzazione giurisprudenziale alla legge luce della l. 4 agosto 2017, n. 124*

Il leasing finanziario rappresenta una moderna tecnica di finanziamento per le imprese, nata negli Stati Uniti d'America, in cui trovò ampia diffusione nel secondo dopoguerra, dapprima nel settore immobiliare e, in seguito, in quello mobiliare dei macchinari industriali e di altri mezzi di produzione. L'operazione ha fatto il suo ingresso in Italia, e, più in generale, nel mercato europeo continentale, negli anni Sessanta grazie ad alcune società di leasing nordamericane che, alla ricerca di nuovi mercati su cui investire, iniziarono a svolgere un'importante attività di tipo finanziario (1), agendo da intermediari fra produttori di beni e imprese utilizzatrici e combinando il proprio interesse ad effettuare investimenti di capitale con quello dei primi ad allocare sul mercato i beni prodotti e quello delle imprese utilizzatrici a servirsi delle utilità fornite nell'ambito del processo produttivo industriale dall'uso di tali beni senza bisogno di impiegare i mezzi finanziari necessari ad acquistarne la proprietà. Come sarà analizzato nel proseguito, il pregio di tale fattispecie contrattuale è rappresentato dalla possibilità per l'imprenditore di utilizzare macchinari e mezzi di produzione senza bisogno di immobilizzare la somma di denaro necessaria per acquistarli. In tale ottica, tale tecnica di

(*) G.M. Marsico è funzionario della Corte dei conti e dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

(1) G. Santoro-Passarelli, *Variazioni civilistiche sul "leasing"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 676; G. Sbisà, D. Velo (a cura di), *La giurisprudenza sul leasing in Europa*, Milano, Giuffrè, 1984; G. Caselli, *Leasing*, in *Contratto e impr.*, 1985, 213; A.M. Marchio, *Atipicità e funzione economica del leasing*, in *Giur. it.*, 1985, 1143; M. Bussani, *Locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 585; F. Giorgianni, *Riflessioni sul contratto di leasing e fallimento dell'"utilizzatore"*, in *Riv. it. leasing*, 1986, 15; A. Munari, *Il leasing come contratto atipico di durata*, in *Foro pad.*, 1986, I, 319; F. Chiomenti, *Il leasing, il Tribunale di Milano e Donna Prassede*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, 282; Id., *Il leasing finanziario e le scuole giuridiche ortopediche*, ivi, 1988, II, 94; A. Luminoso, *Natura del leasing e oggetto dello scambio*, in *Riv. it. leasing*, 1987, 525; G. La Torre, *La natura giuridica del leasing secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1988, 727; N. Lipari, *Leasing e vendita con patto di riservato dominio alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in A. Munari (a cura di), *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia*, Milano, Giuffrè, 1988, 67 ss.; F. Denozza, *Aspetti negoziali del leasing*, in *Aa.Vv.*, *Il leasing verso gli anni '90: fra realtà negoziale e prospettive di cambiamento*, Brescia, s.e., 1988, 17 ss.; G. Alpa, *Qualificazione dei contratti di leasing e di factoring e suoi effetti nella procedura fallimentare*, in *Nuova giur. civ.*, 1988, II, 370; F.S. Violante, *La "locazione finanziaria" e la individuazione della disciplina*, Napoli, Esi, 1988; V. Zeno-Zencovich, *Il "leasing" e la causa di finanziamento: una confutazione grafica*, in *Foro it.*, 1988, I, 2329; M. Bussani, P. Cendon, *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e di giurisprudenza. Leasing, factoring, franchising*, Milano, Giuffrè, 1989, 7 ss.; R. Monticelli, *Leasing*, in *Banca, borsa ecc.*, 1989, II, 92; G.M. Corbo, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, Giuffrè, 1990; R. Pardolesi, *Leasing finanziario: si ricomincia da due*, in *Foro it.*, 1990, I, 474; D. Velo (a cura di), *Il leasing: manuale sugli aspetti giuridici, economici e fiscali*, Roma, Buffetti, 1991; M. Gorgoni, *Sulla qualificazione giuridica del leasing*, in *Riv. not.*, 1993, 468; F. Vassallo Paleologo, *I contratti di locazione finanziaria*, Padova, Cedam, 1994; D. Purcaro, *La locazione finanziaria. Leasing*, Padova, Cedam, 1998; N. Visalli, *La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 643; G. Lener, *La qualificazione del leasing fra contratto plurilaterale ed "operazione giuridica"*, in *Studium iuris*, 2001, 1152; M. Imbrenda, *Leasing e lease back*, in P. Perlingieri (a cura di), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli, Esi, 2008; V. Viti, *Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*, in *Giur. it.*, 2016, 36.

finanziamento si pone come una alternativa contrattuale – propria dell'autonomia privata *ex art.* 1321 c.c. – per una migliore e, talvolta, ottimale allocazione delle risorse (2), quale ottimo paretiano (3). Il *leasing* rappresenta, in particolare, una operazione con cui un soggetto (c.d. concedente) verso la corresponsione di un canone periodico mette a disposizione di un altro soggetto (c.d. utilizzatore) un bene, acquistato o fatto costruire su scelta ed indicazione di quest'ultimo soggetto, il quale ne assume tutti i rischi (4) e ha facoltà di divenirne proprietario al termine del rapporto attraverso il pagamento di un prezzo prestabilito. Occorre sottolineare come, nonostante le immediate e rilevanti problematiche sollevate dalla figura nel nostro ordinamento soprattutto in termini di difficoltà di inquadramento giuridico della stessa e nonostante la conseguente diffusa opinione della necessità di un intervento legislativo che disciplinasse il fenomeno, a lungo si è registrata la mancanza di una regolamentazione organica dell'istituto. Pur essendosi constatata nel tempo una crescente attenzione del legislatore per alcuni aspetti dell'operazione, la stessa è stata, infatti, sino alla recente approvazione della Legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2017 (l. 4 agosto 2017, n. 124), generalmente annoverata fra quelle legalmente atipiche (anche se “nominata”), rilevandosi, tuttavia, al tempo stesso, come negli anni la medesima sia stata oggetto di un ampio processo di tipizzazione economico-giurisprudenziale (5).

Tanto premesso in via generale, occorre rilevare che la disposizione all'art. 17 della l. n. 183/1976 aveva già dettato una disposizione definitoria in materia atta ad individuare i principali elementi strutturali e peculiari dell'operazione negoziale (6).

(2) R. Cooter *et al.*, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, il Mulino, 2006.

(3) A. C. Pigou, *The economics of welfare*, London, Macmillan, 1932. Per un'approfondita analisi dei “fenomeni” caratterizzanti questo nuovo filone concettuale si rinvia a U. Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, Giuffrè, 1987, 22 ss. Tra questi rientra anche la Scuola di Losanna, in cui Vilfredo Pareto elaborò il celebre criterio (denominato efficienza paretiana) in forza del quale l'efficienza sarebbe raggiunta quando non sarebbe possibile migliorare il benessere di alcuno senza peggiorare quello di altri. Per un'incisiva analisi dei contributi economici e sociologici di Pareto, cfr. J. Schumpeter, *Vilfredo Pareto*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1949, 147; P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, Giuffrè, 2021; Id., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961; G. Calabresi, *Il futuro dell'analisi economica del diritto*, in *Sociologia dir.*, 1990, 1-2, 47; A. Nicita, V. Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, Carocci, 2005; A. Nicita, M. Vatiero, *The contract and the market: towards a broader notion of transaction?*, in *Studi note econ.*, 2007, 1, 7; L.A. Franzoni, D. Marchesi, *Economia e politica economica del diritto*, Bologna, il Mulino, 2006; E. Posner, *Economic analysis of contract law after three decades: Success or failure?*, in *The Yale Law Journal*, 2003, 4, 829; N. Mercurio, S. Medema, *Economics and the law. From Posner to postmodernism and beyond*, Princeton, Princeton University Press, 2006; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

(4) Essa è l'espressione utilizzata nella recente disciplina della locazione finanziaria di cui alla Legge annuale per il mercato e la concorrenza (l. 4 agosto 2017, n. 124), nel cui c. 136 dell'art. 1 si legge che la banca o l'intermediario finanziario concedente “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”. L'espressione in discorso tende bene ad evidenziare come nell'operazione di *leasing* finanziario la cosa sia consegnata all'utilizzatore direttamente dal fornitore.

(5) Sulla tipizzazione socio-giurisprudenziale della locazione finanziaria v., fra gli altri, A. Clarizia, *Contratti di finanziamento e poteri del giudice*, in *Riv. it. leasing*, 1991, 278; N. Lipari, *Dieci anni di giurisprudenza della Cassazione sul leasing*, *ivi*, 1993, 545; A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1995, 363 ss. Più in generale, sul fenomeno e sulla nozione di “tipizzazione sociale” e di “tipizzazione giurisprudenziale”, v. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Utet, 1943; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966; R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 785.

(6) Il c. 2 dell'art. 17 della l. n. 183/1976 statuisce testualmente che 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 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”. Da un punto di vista normativo non può, inoltre, non farsi menzione della l. 14 luglio 1993, n. 259, con cui è stata resa esecutiva in Italia la Convenzione Unidroit sul *leasing* internazionale, stipulata ad Ottawa il 28 maggio 1988; pur essendo, infatti, l'ambito di applicabilità di tale normativa circoscritto all'ipotesi in cui concedente ed utilizzatore appartengano ad ordinamenti diversi, si è sottolineato come la stessa possa essere valorizzata anche con riguardo ai rapporti contrattuali interni quantomeno in sede interpretativa; cfr., in tal senso, A. Colombo, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, Cedam, 1999, 333 ss.; M. Imbrenda, *op. cit.*, 28. In giurisprudenza, v. Cass. 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, 3081; Trib. Napoli 29 marzo 2001, in *Dir. e giur.*, 2002, 401, in cui ci si spinge anche oltre, affermandosi la applicabilità in via analogica dei principi contenuti nella Convenzione Unidroit ai rapporti interni; su posizioni più caute si è posta recentemente Cass. 4 agosto 2014, n. 17597, in cui si legge che la normativa in questione, pur non applicabile laddove il rapporto di *leasing* difetti di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale, è tuttavia “utile – tanto più nell'assenza di una disciplina positiva interna – nella ricostruzione interpretativa dell'istituto”. Si rileva, peraltro, in riferimento alla causa in concreto del contratto di locazione finanziaria, che, ai sensi dell'art. 2744 c.c., “È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno”. Dibattuta è, peraltro, la *ratio* della disposizione: le tesi tradizionali la individuano nell'esigenza di tutelare la parte debitoria da possibili abusi e coercizioni del soggetto creditore; altri sottolineano come la previsione costituisca un baluardo a tutela del principio della *par condicio creditorum*. Altri ancora ne individuano la logica nel contrasto a meccanismi di autotutela, stante l'esclusiva statale in materia esecutiva. Dottrina e giurisprudenza hanno esteso la nullità sancita dall'art. 2744 c.c. anche al c.d. patto commissorio “autonomo”: mediante tale clausola – solitamente inserita in un contratto di compravendita – le parti (già legate da un precedente rapporto obbligatorio) prevedono che il trasferimento del diritto di proprietà di un determinato bene libero da “pesi” (dunque, non concesso in pegno né gravato da ipoteca) all'acquirente-creditore sia subordinato al verificarsi dell'inadempimento del venditore-debitore. In tale ipotesi, l'acquirente-creditore non sarà tenuto a versare il prezzo, in quanto il passaggio di proprietà sarà funzionale a “compensare” l'inadempimento dell'obbligazione del precedente rapporto. In caso di corretto adempimento del precedente debito, il venditore-debitore avrà invece diritto a riscattare il bene alienato. La giurisprudenza di legittimità è inoltre concorde nel ritenere che il divieto di cui all'art. 2744 c.c. si estenda ad ogni pattuizione, contratto ovvero pluralità di negozi fra loro collegati che, pur formalmente

Tale fenomeno contrattuale è stato, invero, oggetto di provvedimenti di diversi ministeri ed autorità di settore; tuttavia, per lungo tempo, parte rilevante della disciplina del *leasing* si è fondata sulla prassi, in particolare sulle condizioni generali di contratto predisposte dalle società concedenti, nonché sui numerosi interventi giurisprudenziali negli anni in relazione alle più rilevanti e controverse questioni in merito emerse (7).

È alla luce del descritto processo di tipizzazione economico e socio-giurisprudenziale del contratto “legalmente atipico” di *leasing* finanziario che va necessariamente vagliato il reale significato del recente intervento normativo di cui ai cc. 136-140 dell’art. 1 della l. n. 124/2017 (c.d. Legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2017) a cui si tende a ricondurre l’effetto di aver reso la locazione finanziaria un negozio tipico.

Con la citata novella si è inteso regolare in termini generali il *leasing* finanziario attraverso un insieme di disposizioni volte a fornire una disciplina che, per quanto non amplissima ed esaustiva, risulta comunque dotata di quel minimo di organicità e di definizione degli elementi peculiari da cui si è inferito un processo di tipicità “legale” di una fattispecie negoziale, fino a pochi anni fa, dagli incerti confini.

2. Leasing e locazione finanziaria: una prima definizione degli elementi del fenomeno negoziale

Sulla scorta del disposto di cui all’art. 1, c. 136, della l. 4 agosto 2017, n. 124 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza) per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l’intermediario finanziario iscritto nell’albo di cui all’art. 106 del testo unico di cui al d.lgs. n. 385/1993, 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 proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l’obbligo di restituirlo. La disposizione, avente una evidente finalità definitoria, evidenzia, in primo luogo, gli effetti del contratto in termini di diritti e obblighi: così il concedente “si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell’utilizzatore, che ne assume tutti i rischi”; l’utilizzatore si obbliga al pagamento del “corrispettivo” dovuto dall’utilizzatore (tramite dei canoni, come previsto dal c. 137), per la cui determinazione si “tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto”, e acquista il diritto alla scadenza del contratto di acquistare la proprietà del bene (in caso contrario ha il dovere di restituirlo); si prevede poi l’allocazione dei rischi inerenti al bene (“anche di perimento”) in capo all’utilizzatore. La definizione si articola altresì in termini descrittivi di una situazione di fatto che sembra pertinente alla fase esecutiva del contratto, quale la messa a disposizione del bene.

Con l’art. 1, cc. 136-140, della l. 4 agosto 2017, n. 124, in particolare, il legislatore ha introdotto nell’ordinamento una serie di disposizioni in materia di locazione finanziaria (8), disegnando una disciplina che si caratterizza per una portata applicativa generale e riflette, dunque, un’impostazione differente rispetto ad altri, precedenti interventi normativi, che si presentavano, al contrario, come connotati in senso settoriale o volti a regolare ipotesi specifiche. Deve essere, peraltro, evidenziato che la regolamentazione di cui alla l. n. 124/2017 riguarda solo alcuni profili dell’operazione, mentre altri aspetti rimangono privi di uno specifico riferimento all’interno della disciplina positiva recata dalla novella. Una rilevanza centrale all’interno del plesso normativo introdotto nel 2017 riveste la regolamentazione della risoluzione del contratto a seguito dell’inadempimento dell’utilizzatore per mancato pagamento dei canoni, a cui sono dedicati i cc. 137-139 dell’art. 1 della legge citata. Nel proseguo si avrà come obiettivo quello di analizzare *funditus* un aspetto specifico di tale disciplina, ovvero sia quello attinente ai presupposti per la risoluzione del vincolo negoziale, analizzando le questioni poste dalla previsione della soglia della “gravità” dell’inadempimento stabilita dal comma 137, anche in riferimento all’allocazione del rischio in caso di risoluzione per inadempimento.

Nell’analizzare il profilo in questione è indispensabile fare riferimento ai recenti pronunciamenti delle Sezioni unite del gennaio 2021 (9), nonché del complesso quadro giurisprudenziale, che intervenendo in un articolato, hanno preso

leciti, siano impiegati per perseguire, in concreto, il risultato vietato dalla disposizione *de qua* (si pensi, ad es., ad una procura a vendere conferita al creditore il quale, in caso di inadempimento del mandante debitore, acquisti il bene ad un prezzo vile).

(7) Un ruolo non secondario nella tipizzazione sociale del *leasing* finanziario è stato svolto da numerose camere di commercio, fra cui senz’altro quella di Milano, che, attraverso un’importante attività di ricognizione e accertamento degli usi in materia, hanno offerto una nozione ed una prima disciplina dello schema negoziale in esame; cfr. sul punto A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit.; G. De Nova, *Nuovi contratti*, Torino, Utet, 1994, 197 ss.; N. Visalli, *op. cit.*, 645. In generale, sull’attività svolta dalle camere di commercio nella predisposizione e nella promozione di “contratti-tipo”, v. il contributo di E. Battelli, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Napoli, Jovene, 2017, 247 ss.

(8) In generale sulla nuova disciplina in analisi, cfr. V. Confortini, *Primato del credito*, Napoli, Jovene, 2020, 249 ss.; S. Mauceri, *Risoluzione per inadempimento e contratto di leasing*, in *Contratto e impr.*, 2020, 1517; C. Boiti, *Leasing e tutela dell’utilizzatore*, Napoli, Esi, 2020; F. Bartolini, *Strutture contrattuali complesse. Problemi della trilateralità nei contratti di finanziamento*, Napoli, Esi, 2019, spec. 89 ss.; S. Scuderi, *Il leasing finanziario alla luce della L. n. 124/2017*, in *Contratti*, 2019, 335; P. De Martinis, *L’atipicità dei “nuovi” leasing: obbligo al subentro, patto di riacquisto ed altre “garanzie”*, Torino, Giappichelli, 2018, spec. 31 ss.; G. Di Rosa, *La disciplina della locazione finanziaria nella prima legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Contratti*, 2018, 215; S. Foti, *Leasing finanziario e tutela dell’utilizzatore: profili evolutivi nella transizione dalla prassi al tipo*, *ibidem*, 345.

(9) Cass., S.U., 28 gennaio 2021, n. 2061; inoltre, con motivazione sostanzialmente corrispondente, Cass., S.U., 29 gennaio 2021, nn. 2142 e 2143. Sulle pronunce della Cassazione, v. F. Macario, *Tipizzazione e qualificazione del leasing al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2021, 253.

posizione in merito alla disciplina applicabile alla risoluzione del *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore nell'ipotesi in cui sopraggiunga, successivamente, la dichiarazione di fallimento di quest'ultimo, affrontando, con ampia motivazione, i problemi applicativi di diritto intertemporale concernenti la disciplina dei rapporti contrattuali in corso di svolgimento al momento dell'entrata in vigore della disciplina del 2017, la quale, come è noto, non contiene previsioni di diritto transitorio volte a individuare le regole operanti per tali rapporti quindi necessariamente limitare a ricordare i principi enunciati dalla Corte, la quale ha affermato che "La legge n. 124/2017 (art. 1, commi 136-140) non ha effetti retroattivi e trova, quindi, applicazione per i contratti di *leasing* finanziario in cui i presupposti della risoluzione per l'inadempimento dell'utilizzatore (previsti dal comma 137) non si siano ancora verificati al momento della sua entrata in vigore; sicché, per i contratti risolti in precedenza e rispetto ai quali sia intervenuto il fallimento dell'utilizzatore soltanto successivamente alla risoluzione contrattuale, rimane valida la distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo (10), dovendo per quest'ultimo social-tipo negoziale applicarsi, in via analogica, la disciplina di cui all'art. 1526 c.c. e non quella dettata dall'art. 72-*quater* l.f., rispetto alla quale non possono ravvisarsi le condizioni per il ricorso all'*analogia legis*, né essendo altrimenti consentito giungere – in via interpretativa – ad una applicazione retroattiva della legge n. 124 del 2017"; un orientamento giurisprudenziale (11) ha inoltre affermato che "In base alla disciplina dettata dall'art. 1526 c.c., in caso di fallimento dell'utilizzatore, il concedente che aspiri a diventare creditore concorrente ha l'onere di formulare una completa domanda di insinuazione al passivo, ex art. 93 l.f., in seno alla quale, invocando ai fini del risarcimento del danno l'applicazione dell'eventuale clausola penale stipulata in suo favore, dovrà offrire al giudice delegato la possibilità di apprezzare se detta penale sia equa ovvero manifestamente eccessiva, a tal riguardo avendo l'onere di indicare la somma esattamente ricavata dalla diversa allocazione del bene oggetto di *leasing*, ovvero, in mancanza, di allegare alla sua domanda una stima attendibile del valore di mercato del bene medesimo al momento del deposito della stessa".

Tanto premesso, occorre qualificare il contratto di *leasing* traslativo e di godimento, evidenziandone le differenze. Il *discrimen* tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo riguarda, infatti, la causa concreta del contratto: nel *leasing* di godimento si prevede che la *res* esaurisca la sua utilità economica entro un determinato periodo di tempo, che coincide

(10) Si deve tenere distinto dal *leasing* finanziario il c.d. *leasing* operativo, contratto con cui un soggetto concedente, produttore di beni o impresa specializzata nella locazione di categorie di beni (cfr., in merito, Trib. Milano 15 maggio 1978, in G. De Nova, *Il contratto di leasing*, Milano, Giuffrè, 1985, 67 ss.), conferisce il godimento di un bene generalmente standardizzato, obbligandosi al contempo a fornire una serie di servizi collaterali (assistenza, manutenzione, istruzioni all'uso) ad altro soggetto (utilizzatore-locatario), il quale sarà tenuto a corrispondergli un canone parametrato al godimento del bene e comprensivo della remunerazione per i servizi collaterali. In tale contratto, non essendo il canone in alcun modo rapportato alla durata economica del bene, è sul concedente che viene a gravare il rischio dell'obsolescenza di quest'ultimo, mentre, mancando la previsione dell'opzione finale di acquisto, l'utilizzatore alla scadenza potrà o rinnovare il negozio a condizioni prestabilite o restituire il bene. Sulla base delle descritte caratteristiche si ritiene diffusamente che il *leasing* operativo sia riconducibile da un punto di vista causale ad una ordinaria locazione, con conseguente applicabilità allo stesso della disciplina codicistica della locazione semplice; cfr., in merito, C. Mirabelli, *Il leasing e il diritto italiano*, in *Banca, borsa ecc.*, 1974, I, 231; A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit.; G. De Nova, *Profili giuridici del leasing*, in R. Ruozi, A. Carretta (a cura di), *Manuale del leasing*, Milano, Giuffrè, 1984, 335; A. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, in V. Buonocore (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, Giappichelli, 2002, 358; N. Visalli, *op. cit.* In giurisprudenza, v. Trib. Firenze 19 luglio 1980, in *Foro pad.*, 1981, I, 349; 23 agosto 1986, in *Riv. it. leasing*, 1987, 505.

(11) Cfr. Cass., S.U., n. 2143/2021, cit. La sentenza si innesta in quel filone giurisprudenziale che ha riproposto la distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, evidenziandone, come anticipato, i risvolti pratico-applicativi di non poco momento. In particolare, nel caso *de quo*, il Tribunale di Ascoli Piceno, con decreto del 6 marzo 2018, rigettava l'opposizione di una società di *leasing*, in amministrazione straordinaria, allo stato passivo del Fallimento *Omissis* s.r.l., al quale non erano stati ammessi i crediti vantati dalla società opponente per l'importo relativo ai canoni insoluti di taluni contratti di *leasing* stipulati con la medesima società *in bonis* e risolti in data 10 aprile 2014, precedente al fallimento (dichiarato l'11 aprile 2014), a seguito della volontà della concedente di avvalersi della clausola risolutiva espressa in conseguenza dell'inadempimento della utilizzatrice. A sostegno della decisione, il collegio osservava che: a) essendosi i contratti di *leasing*, aventi natura traslativa (per essere il valore del bene oggetto del contratto ben superiore all'importo convenuto per l'esercizio del diritto d'opzione), risolti prima della dichiarazione di fallimento della società utilizzatrice, doveva trovare applicazione l'art. 1526 c.c. e non già il r.d. n. 267/1942, art. 72-*quater*; b) non poteva, dunque, trovare ingresso la domanda di pagamento dei canoni insoluti, avendo la concedente diritto, oltre alla restituzione del bene, solo ad un equo compenso, che, tuttavia, non era stato fatto oggetto di alcuna richiesta, né poteva reputarsi compreso nella domanda svolta; c) peraltro, la clausola (art. 21 dei contratti di *leasing*) che, nel disciplinare gli effetti della risoluzione, consentiva al concedente di trattenere i canoni riscossi e il pagamento di quelli insoluti, era da ritenersi "iniqua ai sensi dell'art. 1526 c.c., comma 2, e dovrebbe, dunque, essere equitativamente ridotta".

A. Musto, L. Piccolo, F. Tresca, *Il leasing immobiliare abitativo: prime osservazioni*, studio del Consiglio nazionale del notariato n. 38-2016/C, approvato il 22 gennaio 2016, in <www.notariato.it>; G. Visconti, *La nuova tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire: Il decreto legislativo n. 122 del 2005 che ha attuato la legge delega n. 210 del 2004*, in <www.diritto.it>, 23 marzo 2006; S. Bonfatti, *Dal leasing abitativo giovanile la riforma della disciplina della locazione finanziaria*, in <www.dirittobancario.it>, 2 febbraio 2016; R. Clarizia, *I contratti di finanziamento e la crisi delle "categorie"*, contributo agli *Scritti in memoria di Perchinunno*, inedito: "E il colpo finale alla confusione interpretativa è dato dalla legge 4 agosto 2017, n. 124, che all'art. 1, commi 136 e seguenti, disciplina la locazione finanziaria in generale. Infatti, questa legge invece di chiarire quali siano gli elementi strutturali dell'operazione, la sua causa, i caratteri distintivi rispetto ad altre fattispecie contrattuali, ha contribuito a maggiormente confondere le idee. A mio parere, ha in gran parte deluso le aspettative di tutti, operatori, giudici e studiosi: si aspettava una chiara presa di posizione sulla causa, una disciplina del *lease back*, e invece, niente di tutto ciò. Dal punto di vista soggettivo non è qualificato l'utilizzatore – e quindi permane l'equivocità della sua possibile natura di privato/consumatore – offre una eccessivamente analitica disciplina delle conseguenze della risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore, e nell'ultimo comma 140 richiama – inutilmente e senza una svelata giustificazione – l'applicazione di una serie di norme riguardanti la locazione finanziaria e vigenti in contesti specifici".

di regola con la durata del rapporto; nel *leasing* traslativo si intende, viceversa, realizzare un preminente e coesistente effetto traslativo, dato che il bene è destinato a conservare, alla scadenza del rapporto, un valore residuo particolarmente apprezzabile per l'utilizzatore, in quanto notevolmente superiore al prezzo di riscatto, cosicché tale riscatto non costituisce un'eventualità marginale ed accessoria, ma rientra nella funzione concreta economico-individuale delle parti assegnata al contratto.

In altri termini, la partizione dipende dalla funzione che, in concreto, *ex art. 1322 c.c.*, nell'alveo dell'autonomia privata, *ex art. 1322 c.c. (12)*, le parti hanno sotteso al contratto, che emerge dal canone di locazione e dal prezzo di riscatto del bene: se il corrispettivo della locazione è comparabile al valore economico del godimento del bene, il prezzo di riscatto sarà parametrato sull'effettivo valore del bene al momento del riscatto stesso (*leasing* di godimento, poiché il contratto è finalizzato ad una normale locazione finanziaria) (13); se il canone di locazione è superiore al valore locativo, il prezzo di riscatto sarà inferiore al valore del bene al momento del riscatto stesso (*leasing* traslativo, perché fin dall'inizio il contratto è finalizzato ad una compravendita ed il canone comprende sia la locazione che il pagamento di parte del prezzo). Nel *leasing* traslativo si ha allora una non coincidenza temporale tra il periodo di consumazione – tecnica ed economica – del bene e la durata del contratto: la volontà originaria delle parti è diretta a realizzare, con lo strumento del *leasing* traslativo, il trasferimento della proprietà al termine del rapporto, costituendo l'acquisto stesso una situazione di fatto necessitata per l'utilizzatore, avuto riguardo alla sproporzione tra il notevole valore residuo del bene ed il modesto prezzo di riscatto. Conseguentemente, vi è una chiara strumentalità della concessione in godimento rispetto allo scopo finale rappresentato dalla vendita, con funzione eminentemente traslativa.

3. Gli elementi peculiari e distintivi della disciplina: tra collegamento negoziale e autonomia privata

Prima di delineare con maggior dettaglio le questioni relative al collegamento negoziale e alla soglia della gravità dell'inadempimento per mancato pagamento dei canoni da parte dell'utilizzatore, è opportuno riprendere, sia pure in sintesi, gli aspetti principali della regolamentazione in materia di locazione finanziaria introdotta con la l. n. 124/2017. La disciplina si apre con la previsione di cui al c. 136 dell'art. 1, in cui si descrive la locazione finanziaria come il contratto che intercorre tra il concedente – banca o intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'art. 106 Tub – e l'utilizzatore, sulla base del quale il primo “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” (14). Con riferimento al momento della scadenza del contratto, la disposizione prevede l'alternativa, per l'utilizzatore, fra il “diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo”.

Come è stato esattamente osservato in dottrina, è previsto anche un terzo esito del rapporto contrattuale alla sua scadenza, ovvero sia la possibilità della “conclusione di un nuovo contratto di *leasing*, per lo stesso bene oggetto del precedente scaduto ovvero per altro bene”. Alla previsione di carattere definitorio contenuta nel comma 136 segue la disciplina relativa all'inadempimento dell'utilizzatore per mancato pagamento dei canoni, e a questo riguardo, come si vedrà più in dettaglio nel prosieguo, il comma 137 enuclea la nozione di “grave inadempimento dell'utilizzatore”,

(12) A. Clarizia, *La Cassazione, la locazione finanziaria e i contratti di finanziamento*, in *Corriere giur.*, 1986, 84; P. Schlesinger, *Leasing: la risoluzione non investe i canoni già pagati*, *ibidem*, 858; L. Barbiera, *Un secondo rifiuto della Cassazione di intervenire a correggere assetti contrattuali squilibrati nel leasing finanziario*, in *Giur. it.*, 1987, I, 243; A. Clarizia, *La locazione finanziaria e l'art. 1526 c.c.*, *ibidem*, 249.

(13) Per una qualificazione del *leasing* finanziario quale contratto d'impresa, v. in dottrina, *ex plurimis*, F. Guerrero, *Il procedimento di formazione dell'operazione di leasing finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 861; A. Di Amato, *Impresa e nuovi contratti*, Napoli, Esi, 1998, 2^a ed., 258; A. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit. In giurisprudenza, per un inquadramento della locazione finanziaria in termini di “contratto per l'azienda” in considerazione della natura dei soggetti cui l'operazione si rivolge, cfr. Cass. 9 aprile 1982, n. 2198, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Azienda*, n. 11; v. anche Cass. 6 maggio 1986, n. 3023, in *Giur. it.*, 1987, I, 243. Si deve, più in generale, sottolineare come dibattuta sia la stessa possibilità di rapportare l'espressione “contratti d'impresa” ad una “categoria” in senso proprio ovvero ad una mera sintesi descrittiva di un elenco di figure contrattuali. Sulla questione, oggi per nulla sopita anche, anzi soprattutto, a seguito dei recenti interventi normativi di derivazione europea, si vedano le diverse posizioni espresse, fra gli altri, da C. Angelici, *La contrattazione d'impresa*, in P. Ferro-Luzzi *et al.*, *L'impresa*, Milano, Giuffrè, 1985, 185 ss.; A. Dalmartello, *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur.*, vol. IX; V. Buonocore, *I contratti d'impresa*, in V. Buonocore, A. Luminoso, *Contratti d'impresa*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 3 ss.; Id., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 1.

(14) In generale sulla nozione di “operazione economica” e sui suoi rapporti con il contratto, cfr., fra gli altri, A. D'Angelo, *Contratto e operazione economica*, Torino, Giappichelli, 1992, 9 ss.; E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 705; Id., *Il contratto e l'operazione economica*, *ivi*, 2003, I, 93; A.M. Azzaro, *I contratti non negoziati*, Napoli, Esi, 2000, 334 ss. Utilizzano il termine “operazione” con riferimento al *leasing* finanziario A. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., 70; A. Munari, voce *Leasing*, in *Enc. dir. Agg.*, vol. VI, 656; A. Colombo, *op. cit.*, 323; C. Scognamiglio, *Unità dell'operazione, buona fede e rilevanza in sede ermeneutica del comportamento delle parti*, in *Banca, borsa ecc.*, 1998, II, 133; G. Lener, *op. cit.*; D. Purcaro, *I problemi di struttura del leasing*, in *Riv. it. leasing*, 1987, 543; Id., *La locazione finanziaria*, cit., 24 ss.; D. Chindemi, *Trilateralità del contratto di leasing e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1526 c.c.*, in *Resp. civ.*, 1994, 182; Id., *Invalità della clausola di inversione del rischio in caso di mancata consegna del bene nel contratto di leasing*, in *Nuova giur. civ.*, 2000, I, 325; M. Imbrenda, *op. cit.*, 46 ss. Con specifico riguardo al c.d. *leasing* traslativo al consumo (per cui cfr., *infra*, cap. 4), di contratto unico plurilaterale parla anche M. Gorgoni, *Credito al consumo e “leasing” traslativo al consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 1148 ss.

fissando la relativa soglia al mancato pagamento di sei canoni mensili anche non consecutivi (o due canoni trimestrali, oppure di un importo equivalente) per il *leasing* immobiliare, e a quattro canoni mensili anche non consecutivi (o un importo equivalente) per le altre ipotesi. Occorre rilevare che il successivo comma 138 detta le conseguenze della risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore "ai sensi del comma 137".

La norma *de qua* riconosce anzitutto il diritto del concedente alla restituzione del cespite; si stabilisce poi che il concedente stesso debba "corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato", con la previsione che da tale importo il concedente può dedurre la somma corrispondente ai canoni scaduti e non pagati, ai canoni a scadere "solo in linea capitale", e al prezzo per l'esercizio dell'opzione d'acquisto; inoltre, il concedente può trattenere dal ricavato della vendita o della diversa collocazione "le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita". Il comma 138 precisa che, nell'ipotesi in cui il ricavato dalla collocazione del bene non copra l'intero importo spettante al concedente, questi conserva in misura corrispondente il proprio credito nei confronti dell'utilizzatore. Dal c. 139 dell'art. 1 della l. n. 124/2017 si ricavano poi le modalità che il concedente deve seguire nella valorizzazione del cespite a seguito della risoluzione del contratto ai sensi del comma 138. Infine, nell'ultima parte della disciplina dedicata al *leasing*, il comma 140 fa salva l'applicazione dell'art. 72-*quater* l. fall. (15), in riferimento agli immobili da adibire ad abitazione principale, dell'art. 1, cc. 76-81, della l. n. 208/2015. Tra gli aspetti di maggior rilievo della disciplina del 2017, incontra una tendenziale unanimità fra gli interpreti di un filone dottrinale la constatazione per cui il carattere unitario del regime giuridico introdotto dal legislatore varrebbe a marcare un superamento oramai irreversibile rispetto alla ben nota dicotomia giurisprudenziale fra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo e correlativa differenziazione in termini di disciplina (16) delle conseguenze della risoluzione (17) per inadempimento dell'utilizzatore. Tale distinzione, alla stregua

(15) Nel codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, c.c.i.), in relazione alle conseguenze dell'apertura della liquidazione giudiziale sul contratto di locazione finanziaria, cfr. art. 177. Per quanto attiene al concordato preventivo e alla disciplina dei contratti pendenti, cfr. art. 169-*bis* (spec. c. 5) l. fall., e art. 97 (spec. c. 12), c.c.i., come sostituito dall'art. 15, c. 2, d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147. Va ricordato, in materia di crisi d'impresa, il recente intervento di cui al d.l. 24 agosto 2021, n. 118 ("Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia" (in G.U. 24 agosto 2021, n. 202); senza poter qui sintetizzarne i contenuti, si evidenzia che il decreto, modificando l'art. 389 del d.lgs. n. 14/2019, ha disposto il differimento al 16 maggio 2022 dell'entrata in vigore del citato d.lgs. n. 14/2019 (salvo quanto previsto dai cc. 1-*bis* e 2 dell'art. 389), e al 31 dicembre 2023 del titolo II del d.lgs. n. 14/2019 medesimo (cfr. art. 1 d.l. n. 118/2021).

(16) La questione dell'ammissibilità nell'ambito dell'operazione di *leasing* finanziario di una tutela diretta dell'utilizzatore verso il fornitore del bene in ipotesi di inadempimento da parte di quest'ultimo, la cui rilevanza può ben comprendersi alla luce delle ricorrenti clausole contrattuali volte a riversare sull'utilizzatore qualsiasi rischio rapportabile al bene oggetto dell'operazione e, dunque, ad impedire a tale soggetto di opporre al concedente l'inadempimento del fornitore al fine di sospendere il pagamento dei canoni o risolvere il contratto di *leasing*, risulta effettivamente connessa alla preordinata definizione dei profili strutturali della locazione finanziaria. L'adesione all'opzione ricostruttiva volta ad intravedere nello schema negoziale in esame un contratto unitario trilaterale, come si avrà modo di meglio approfondire nel prosieguo della trattazione, renderebbe, infatti, senz'altro più agevole la risoluzione dei problemi di tutela dell'utilizzatore, permettendo di superare l'ostacolo rappresentato dalla posizione di terzietà di quest'ultimo rispetto alla compravendita ed aprendo la strada alla proponibilità diretta di azioni contrattuali da parte dello stesso nei confronti del venditore. Il prevalere, tuttavia, della condivisa ricostruzione dell'operazione in termini di collegamento negoziale con conseguente affermazione della posizione di terzietà dell'utilizzatore rispetto al contratto di vendita, ha reso chiaramente meno lineare la soluzione della problematica, portando in un primo momento diversi autori e la giurisprudenza dominante ad accostare la figura del *lessee* a quella del mandante senza rappresentanza al fine di permettere allo stesso di esercitare in via diretta, in virtù dell'applicazione della norma di cui all'art. 1705, c. 2, c.c., i diritti di credito sorti dalla vendita in capo al concedente-mandatario verso il fornitore terzo, a condizione che non venissero pregiudicati i diritti spettanti al mandatario in base al contratto concluso (con conseguente proponibilità da parte del *lessee* delle azioni di adempimento e di risarcimento danni ed esclusione di legittimazione all'azione di risoluzione della vendita, cfr. Cass. n. 10926/1998, cit.; 21 settembre 2004, n. 19657, in *Banca, borsa ecc.*, 2005, II; 611; 5 settembre 2005, n. 17767, in *Foro it.*, 2005, 1278; 27 luglio 2006, n. 17145, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 773. In dottrina, fra i favorevoli al richiamo della norma di cui all'art. 1705, c. 2, c.c., N. Visalli, *op. cit.*, 684; L. Barbieri, *Vizi della cosa concessa in leasing e diritti dell'utilizzatore*, in *Giur. it.*, 2000, II, 1137). La riferita prospettazione, da ritenersi ad oggi superata alla luce del recente arresto di Cass., S.U., 5 ottobre 2015, n. 19785, in *Giur. it.*, 2016, 33, con nota di V. Viti, *Il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*, annotata da P.A. Messina, *Vizi del bene e tutela dell'utilizzatore nel contratto di leasing*, *ibidem*, 49; M. Fermeglia, *Qualificazione del leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: il punto (e qualcosa in più) delle Sezioni unite*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 262; G. Di Rosa, *La tutela dell'utilizzatore nel contratto di leasing finanziario*, in *Contratti*, 2016, 233; V. Viti, *L'individuazione delle azioni esperibili dall'utilizzatore in leasing verso il venditore inadempiente e la (sottovalutata) rilevanza del collegamento negoziale*, in *Corriere giur.*, 2016, 789; M. Maugeri, *Inadempimento del fornitore e tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*, in *Banca, borsa ecc.*, 2017, II, 35. Un recente orientamento giurisprudenziale non ha mancato di sollevare condivisibili rilievi critici tanto con riguardo ai limiti che il richiamo all'art. 1705 c.c., alla luce dell'interpretazione restrittiva datane dalla più recente giurisprudenza in tema di mandato, avrebbe comportato in merito al ventaglio delle azioni esperibili, quanto con riferimento alle difficoltà di assimilare le diverse situazioni ricorrenti nel caso di *leasing* finanziario e di mandato senza rappresentanza; ne sono scaturite posizioni dottrinarie inclini a fondare la proponibilità da parte dell'utilizzatore di azioni dirette verso il venditore sullo stesso elemento del collegamento negoziale, dando in alcuni casi rilievo ad una affermata unitarietà di causa, che, caratterizzante l'intera fattispecie, permetterebbe di considerare tutti i soggetti coinvolti come parti della complessiva operazione (in tal ultimo senso, v. E. Fochesato, *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della Cassazione?*, in *Contratti*, 2007, 379).

(17) V. S. Bonfatti, *Il leasing è legge*, in *Riv. dir. bancario*, 2017, 365, il quale, circa la disposizione di cui al comma 138, osserva che questa «è dettata, letteralmente, per il caso di risoluzione del contratto "ai sensi del comma 137"; ma si deve intendere applicabile a tutti i casi di risoluzione del *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore anche diversi, ove se ne ammetta la configurabilità»; secondo l'A., la disciplina sarebbe dunque applicabile anche al caso di inadempimento, purché integrante la soglia della "non scarsa importanza" ai sensi

dei principi affermati dalle Sezioni unite del gennaio 2021, conserva, tuttavia, rilevanza, secondo quanto si è sopra accennato, per i contratti rispetto ai quali fossero già intervenuti i presupposti della risoluzione (18) alla data di entrata in vigore della nuova disciplina (29 agosto 2017), e dunque non considerati ricompresi nell'ambito temporale di applicazione della stessa novella.

Le osservazioni precedentemente svolte inducono ad aderire a quell'indirizzo ermeneutico maggioritario che ha ricostruito i profili strutturali della figura della locazione finanziaria in termini diversi, prospettando il ricorrere di uno schema negoziale caratterizzato dalla presenza di due distinti contratti, uno di compravendita intercorrente tra fornitore e concedente, l'altro di *leasing* in senso stretto, concluso da quest'ultimo con l'utilizzatore, contratti legati fra di loro da un nesso ricondotto dalla maggior parte dei fautori della tesi in questione ad un'ipotesi di collegamento volontario funzionale, ovvero rinvenendo nella medesima il ricorrere di quel particolare meccanismo attraverso cui – come descritto da un'apprezzabile giurisprudenza di legittimità – le parti, nell'esplicazione della loro autonomia privata, perseguono un risultato (19) economico-funzionale complesso, per mezzo non di un singolo negozio, bensì di una pluralità coordinata di contratti, ciascuno dei quali mantiene una propria individualità giuridica ed autonomia (20) causale, pur essendo finalizzato ad un regolamento unitario di interessi.

dell'art. 1455 c.c., che si sostanziasse, per esempio, nella mancata conservazione o manutenzione del bene. La medesima linea di pensiero è condivisa da E. Lucchini Guastalla, *Il contratto di leasing finanziario alla luce della legge n. 124/2017*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, II, 184.

(18) L. La Battaglia, R. Pardolesi, *Sulla reductio ad unum del leasing finanziario: disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore e resilienza delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2021, I, 853.

(19) Di causa unitaria caratterizzante l'intera operazione nel caso di collegamento negoziale parlano F. Bravo, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la "sovrapposizione contrattuale"*, in *Contratti*, 2004, 128; E. Fochesato, *op. cit.*, il quale, per sviluppare la propria tesi, prende le mosse da una decisione del Supremo Collegio (Cass. n. 17145/2006, cit.) in cui si è affermata l'esistenza, accanto alle singole cause che caratterizzano i contratti di *leasing* e compravendita, di una causa unitaria costituita dall'interesse dell'utilizzatore ad ottenere il godimento del bene concesso in *leasing*.

(20) In merito alle indicazioni normative, v., oltre alla definizione della locazione finanziaria di cui alla recente Legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2017, in cui si fa espresso riferimento all'assunzione da parte dell'utilizzatore di "tutti i rischi, anche di perimento" del bene, la precedente analoga definizione contenuta nel c. 2 dell'art. 17 della l. n. 183/1976. In dottrina e in giurisprudenza ci si è interrogati sulla possibilità di rinvenire eventuali profili di invalidità di una siffatta regolamentazione. La posizione prevalentemente assunta in entrambe le sedi è stata, con particolare riferimento alle clausole di esonero del concedente da responsabilità per i vizi del bene, a favore della validità delle stesse, ritenendosi che queste si pongano quale elemento naturale del contratto di *leasing*, direttamente discendente dalla natura finanziaria dell'operazione e dalla qualità di intermediario finanziario del concedente, che richiede che tale soggetto veda il proprio ruolo limitato al momento finanziario della vicenda, rimanendo viceversa del tutto indifferente allo svolgimento della relazione materiale con il bene. In merito, cfr. Cass. 17 maggio 1991, n. 5571, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2973; 11 luglio 1995, n. 7595, in *Vita not.*, 1995, 1372; 2 agosto 1995, n. 8464, in *Foro it.*, 1996, I, 164; 30 giugno 1998, n. 6412, *ivi*, 1998, I, 3082. In dottrina, fra gli altri, G. De Nova, *Il contratto di leasing*, cit., 29, che ammette la validità delle predette clausole se all'utilizzatore è consentito di tutelare i propri interessi nei confronti del fornitore; A. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., 288. Quanto, invece, alle clausole di inversione del rischio di mancata consegna del bene, si è negli anni assistito ad un mutamento della posizione della giurisprudenza circa la loro validità. In un primo momento, infatti, l'orientamento maggioritario, in considerazione della funzione di finanziamento connotante il *leasing*, nonché della possibilità per il *lessee* di agire nei confronti del fornitore, si era posto a favore della validità delle suddette clausole (cfr., tra le altre, Cass. 21 giugno 1993, n. 6862, in *Foro it.*, 1993, I, 2144; n. 8464/1995, cit.), sostenuto da parte rilevante della dottrina propensa a considerare dispositiva la disposizione di cui all'art. 1463 c.c. Cfr. G. De Nova, *Il contratto di leasing*, cit., 39; G.A. Rescio, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, Giuffrè, 1989, 223; F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1999, 92 ss. Rispetto a tale indirizzo un *revirement* si è avuto sul finire degli anni '90, quando la giurisprudenza di legittimità si è all'opposto assestata su una prevalente statuizione di invalidità delle clausole in questione per contrasto con l'art. 1463 c.c., facendo, fra l'altro, leva sul principio di buona fede nell'esecuzione del contratto da parte del concedente e sull'obbligo dello stesso di verificare l'avvenuta consegna prima di procedere al pagamento del prezzo (ma ritenendo assolto tale obbligo con il semplice riscontro da parte di tale soggetto della regolarità del verbale di consegna): cfr. Cass. n. 10926/1998, cit.; 6 giugno 2002, n. 8222, in *Danno e resp.*, 2002, 94; 29 aprile 2004, n. 8218, in *Studium iuris*, 2004, 1283; n. 19657/2004, cit.; 29 settembre 2007, n. 20592, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 356, con nota di I.L. Nocera, *Collegamento negoziale, causa concreta e clausola di traslazione del rischio*. L'autorevole dottrina a cui si fa riferimento è G. De Nova, *La Cassazione e il leasing: atto secondo*, nota a Cass. 13 dicembre 1989, n. 5573, in *Foro it.*, 1990, I, 462, in cui l'Autore constata che se si assume il rapporto tra prezzo di opzione e valore residuo del bene quale criterio per distinguere tra *leasing* di godimento e traslativo, si vedrà che tutti i contratti di *leasing* avranno durata inferiore rispetto alla vita economica del bene, non solo la nuova tipologia di *leasing* delineata dalla Cassazione nell'89. Partendo da tali premesse, l'Autore ritiene preferibile un'applicazione generalizzata dell'art. 1526 c.c. a tutte le operazioni di *leasing* finanziario. Della stessa idea è anche F. Vassallo Paleologo, *op. cit.*, 189 ss., secondo cui anche nel *leasing* di godimento l'applicabilità dell'art. 1458 c.c. non esclude la necessità di applicare anche l'art. 1526 c.c. per riequilibrare il sinallagma contrattuale. L'Autore, infatti, constata che il prezzo il valore residuo del bene, seppur obsoleto, è comunque superiore al prezzo previsto per l'opzione; stando così le cose, "la prestazione avente ad oggetto i canoni non è meramente remuneratoria del godimento del bene, e non può ritenersi esaurita al momento della risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore", dovendosi optare, anche secondo tale impostazione, per un'applicazione generalizzata dell'art. 1526 c.c. In tal senso, cfr. anche, *ex plurimis*, Trib. Monza 19 settembre 2002, in *Fallimento*, 2003, 6593, in cui il giudice di merito critica la distinzione tipologica del *leasing* ritenendo che assumere il rapporto tra il prezzo di riscatto finale e il valore residuo del bene oggetto di contratto quale discriminante dell'intento perseguito dalle parti sia un'operazione screditabile per tre ordini di ragioni: in prima battuta perché il predetto criterio richiederebbe "una valutazione del valore finale del bene in una prospettiva *ex ante* (ossia il valore finale del bene quale rappresentabile all'inizio del rapporto)", e il giudice constata che ciò non è sempre possibile; in seconda battuta perché l'ammontare delle rate previste dalle parti si basa su questioni essenzialmente di carattere fiscale, più che palesare un diverso intento delle parti in merito alla qualificazione del contratto; in terzo luogo, il giudice lombardo osserva come in tutti i contratti di *leasing* l'intento perseguito dalla società di *leasing* sia sempre quello di

Attraverso il collegamento, in altri termini, non si viene a creare un nuovo ed autonomo contratto “tipico”, ma si consente ai contraenti di regolamentare i propri interessi in modo che le vicende dell’un negozio possano in vario modo ripercuotersi, reciprocamente o unilateralmente, sull’altro, determinando una interconnessione funzionale, anche dal punto di vista finalistico, fra le posizioni coinvolte nell’operazione. Preme, in merito, iniziare a soffermarsi sin d’ora su un punto che ha già costituito oggetto di preliminare attenzione e che rileverà in modo determinante per la successiva specificazione di alcuni aspetti riguardanti lo stesso fenomeno del collegamento contrattuale. Si vuole, infatti, sottolineare come il riferimento, appena effettuato, al risultato economico unitario perseguito per mezzo del collegamento non debba ritenersi contraddire l’esistenza di due contratti muniti di autonoma causa, in quanto esso rappresenta non certo il risultato verso cui gli interessi di tutte le parti convergono, bensì il risultato finale in ragione del quale il nesso fra i negozi è stato consapevolmente creato dalle parti e, quindi, quel risultato che, in virtù del rapporto di interdipendenza/subordinazione/preordinazione rinvenibile fra i contratti collegati, giustifica l’influenzarsi delle vicende dei singoli negozi, l’intrecciarsi dei diversi, pur non convergenti, interessi coinvolti. Si ritiene che un collegamento di questo tipo ricorra nello schema della locazione finanziaria, essendo evidente, alla luce, fra l’altro, del più recente dato normativo, non solo come la vendita rappresenti il presupposto della successiva concessione in *leasing*, ma anche come la costruzione di un nesso fra i due negozi risulti a chiare lettere da una rapida lettura della modulistica in materia, laddove, ad esempio, nelle premesse di entrambi i contratti spesso si esplicita che la ragione dell’acquisto del concedente è la successiva concessione in godimento all’utente e nel contratto di fornitura si prevede che la consegna dovrà essere effettuata dal venditore direttamente nei confronti dell’utente o, talvolta, in un’ottica di allocazione ottimale delle risorse e, dunque, dei costi tra concedente e utente, è possibile, *ex art. 1322 c.c.*, determinare, sebbene entro taluni limiti di matrice pubblicistica, i rischi e le responsabilità concernenti la convenzione avente ad oggetto il bene.

Tale peculiare assetto di interessi non deve, in ogni caso, disegnare un apparato di diritti e obblighi squilibrato, idoneo – in concreto – a determinare un c.d. inadempimento efficiente, ossia una fattispecie patologica in cui il debitore sia incentivato – sul piano economico – a non adempiere, piuttosto che a comportarsi *ex bona fide*, per l’adempimento dell’obbligazione. La ricorrenza di una siffatta relazione fra i due contratti, di fornitura e di *leasing*, è ben messa in evidenza nella definizione del contratto di locazione finanziaria contenuta nella recente disciplina di cui ai cc. 136 ss. dell’art. 1 della l. n. 124/2017, in cui si fa discendere dalla conclusione di tale ultimo contratto la nascita di un obbligo “ad acquistare o a far costruire” il bene in capo al concedente, collegando il suddetto obbligo alla successiva messa a disposizione dello stesso bene in favore dell’utente.

Anche tale profilo risulta ben evidenziato nella recente disciplina della locazione finanziaria di cui alla Legge annuale per il mercato e la concorrenza, nel cui c. 136 dell’art. 1 si legge, testualmente, che il concedente “fa mettere a disposizione” dell’utente il bene. Nell’operazione di *leasing* finanziario, dunque, contratto di compravendita caratterizzato da una propria causa (di scambio), e contratto di *leasing* in senso stretto, munito anch’esso di causa autonoma (21), sono dall’autonomia negoziale dalle parti strettamente e finalisticamente coordinati, attraverso la costruzione di un regolamento complessivo comportante l’intrecciarsi di posizioni, diritti, interessi e vicende, per il raggiungimento di un risultato finale, che, in virtù del creato rapporto di preordinazione funzionale della vendita rispetto alla

vedere coperto il prezzo pagato per l’acquisto del bene e remunerato il capitale investito, non palesandosi nessuna necessità di distinguere la fattispecie dal punto di vista del concedente.

(21) In tema di negozi collegati e causa del contratto in senso funzionale, cfr. Cass., S.U., n. 19785/2015, cit., che sembra aver, infatti, riconosciuto l’esistenza fra i due negozi di un nesso definito in termini di “collegamento negoziale”, su cui fonda l’esperibilità da parte del *lessee* delle azioni dirette di adempimento e di risarcimento, giungendo ad affermare, al fine di negare invece la proponibilità da parte di tale soggetto dell’azione di risoluzione della vendita, che tale nesso non possa tuttavia essere ascritto entro il fenomeno del “collegamento in senso tecnico”, ovvero entro quel collegamento che, a dire degli stessi giudici, presuppone, oltre ad un elemento oggettivo costituito dal nesso teleologico tra i negozi, un elemento soggettivo rappresentato dal comune intento delle parti di coordinare i contratti per la realizzazione di un risultato unitario. Ora, in base alla riferita descrizione, si comprende che il collegamento che nel *leasing* finanziario viene escluso è quel collegamento, ritenuto da molti in dottrina come l’unica vera e propria forma di connessione contrattuale fra negozi, denominato come “collegamento volontario funzionale” e comportante, quale principale e distintivo effetto, quello della influenzabilità, reciproca o unilaterale, fra le relative vicende negoziali, risultando però a questo punto difficile comprendere quale tipo di nesso fra i contratti di vendita e di *leasing* in senso stretto, diverso dall’escluso collegamento volontario funzionale, la Corte abbia voluto riconoscere nell’operazione in esame, fondando, fra l’altro, su tale non ben specificato nesso la proponibilità delle azioni dirette di adempimento e di risarcimento da parte dell’utente. Per la considerazione del collegamento volontario funzionale quale unica vera forma di connessione contrattuale, cfr. V. Barba, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 791 ss. e 1167 ss., il quale esclude dal fenomeno del collegamento negoziale il c.d. “collegamento necessario”, in cui, essendo il legame tra contratti posto direttamente dalla legge, è rinvenuta una mera tecnica di costruzione della fattispecie (per tale esclusione, v. anche M. Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, Roma, Soc. ed. del Foro italiano, 1937, 329; A. Rappazzo, *I contratti collegati*, Milano, Giuffrè, 1998, 27) e il c.d. “collegamento occasionale”, che, ricorrendo nel caso di più contratti semplicemente stipulati nel medesimo documento, non comporta in realtà alcuna forma di coordinamento ed influenza tra negozi (in tal senso in dottrina, *ex multis*, C. Di Nanni, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, Napoli, Pipola, 1984, 315; C. De Mari, *Collegamento negoziale materiale e legittimazione all’azione di nullità*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1075; A. Rappazzo, *op. cit.*, 23; G. Schizzerotto, *Il collegamento negoziale*, Napoli, Jovene, 1983, 163. In giurisprudenza, cfr. Cass. 17 novembre 1983, n. 6864, in *Giur. it.*, 1984, I, 1459; 13 febbraio 1992, n. 1751, *ivi*, 1993, I, 1076; 27 marzo 2007, n. 7524, in *Contratti*, 2008, 132; 18 settembre 2012, n. 15640, *ivi*, 2013, 339). Più in generale, per una formulazione delle varie classificazioni in tema di collegamento negoziale, v. F. Messineo, *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, vol. X; A. Schizzerotto, *op. cit.*, 161 ss.

messa a disposizione del bene in favore dell'utilizzatore, si ritiene debba individuarsi nel finanziamento (o causa di finanziamento).

3.1. Una breve disamina sull'inadempimento dell'utilizzatore per mancato pagamento dei canoni e il parametro quantitativo di cui all'art. 1, c. 137, l. n. 124/2017

È possibile, a questo punto, analizzare lo specifico aspetto riguardante la soglia quantitativa che il c. 137 dell'art. 1 della l. n. 124/2017 richiede affinché il mancato pagamento dei canoni da parte dell'utilizzatore configuri un'ipotesi di "grave inadempimento".

Testualmente, la disposizione afferma che "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".

La previsione – tenuto conto che il successivo comma 138 fa ad essa espresso riferimento nell'indicare i presupposti della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore – pare ispirata a ragioni di tutela della parte utilizzatrice contro il rischio che la parte concedente si avvalga dello strumento della risoluzione a fronte di un inadempimento di scarsa entità. Il soggetto utilizzatore non sopporterà il rischio e il costo di un inadempimento di lieve entità; esso sarà posto a carico del concedente, con una *ratio* protettiva nei confronti dell'utilizzatore.

Nondimeno, se tale *ratio* protettiva e inderogabile della parte utilizzatrice emerge in maniera chiara, è difficile non condividere il rilievo formulato in dottrina (22) per cui la scelta di considerare, in ogni caso, l'utilizzatore quale contraente posto in condizione di minor potere negoziale risulterebbe, almeno in parte, caratterizzata da eccessiva ampiezza e non rifletterebbe in maniera del tutto corretta la realtà del mercato delle locazioni finanziarie.

È opportuno evidenziare che, sebbene il comma 137 consideri, nel delineare la nozione di grave inadempimento, esclusivamente l'ipotesi del mancato pagamento dei canoni, ciò non esclude che il rimedio risolutorio possa operare, al ricorrere dei necessari presupposti, anche qualora l'inadempimento dell'utilizzatore sia costituito da un contegno diverso: si è fatto riferimento, a titolo esemplificativo, ai casi in cui l'utilizzatore ometta l'adeguata conservazione o manutenzione del cespite, ipotesi per le quali si è parlato di inadempimenti "gestionali", contrapposti al caso del mancato pagamento dei canoni, indicato come inadempimento "economico" (ovvero "finanziario", secondo l'espressione utilizzata dalle Sezioni unite).

4. Sui profili intertemporali e sulle clausole risolutive espresse in caso di mancato pagamento dei canoni da parte dell'utilizzatore. Brevi conclusioni in una prospettiva di analisi economica del diritto e di allocazione del rischio di inadempimento.

Una volta che si ritenga la natura imperativa del disposto di cui al comma 137, si pone l'ulteriore questione attinente alla sorte delle clausole risolutive espresse contenute nei contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della disciplina del 2017 e formulate in termini più severi per l'utilizzatore rispetto alla soglia legale. Una parte degli interpreti ha ritenuto di escludere che la previsione di cui al comma 137 operi per le clausole risolutive presenti nei contratti

(22) S. Bonfatti, *Il leasing è legge*, cit., 372 ss. Per osservazioni critiche v. anche L. Candiani, *Il Legislatore, la Cassazione e il miracolo della moltiplicazione dei leasing finanziari*, in *Corriere giur.*, 2019, 301, che parla di "malinteso scopo di tutela del contraente debole che [...] informa la disposizione". Un orientamento dottrinale propende per la raggiunta tipicità del contratto di *leasing* finanziario, abbandonando così anche la tesi del contratto trilaterale, in seguito al doppio intervento del legislatore prima con la l. n. 208/2015 e successivamente con la l. n. 124/2017. Attraverso tali interventi, la storica dicotomia, distintiva della fattispecie nelle due categorie di *leasing* finanziario traslativo e di godimento, pare aver perso le sue radici, in quanto creata dalla giurisprudenza al fine di evitare un'ingiustificato arricchimento del concedente, risultando ormai inutile al seguito della concreta disciplina introdotta per l'ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore. Tuttavia, tali interventi sembrano non avere una *sedes materiae* adeguata, poiché, visto il diffuso utilizzo dell'operazione soprattutto in ambito commerciale, meriterebbero il collocamento nel codice civile o nelle norme bancarie al fine di avere più visibilità. Riguardo all'operazione di *leasing* immobiliare abitativo, è certo il carattere di specialità rispetto la generale fattispecie di *leasing* finanziario, e la conseguente maggior tutela dell'utilizzatore dovuta all'applicazione del codice del consumo, che tuttavia contrasta con la totale traslazione dei rischi del bene sull'utilizzatore prevista dalla legge stessa. Nel risolvere tale questione si ritiene prevedibile la gradazione dei rischi attraverso la contrattazione tra le parti o la stipula un'assicurazione che ne offra la copertura. Riguardo al confronto *leasing* abitativo-mutuo, sono evidenti le differenze sul piano civilistico, in merito alle quali si nota che il *leasing* offre una garanzia maggiore al soggetto concedente, derivante dal mantenimento del diritto di proprietà dell'immobile fino a scadenza e dall'applicabilità della procedura speciale di rilascio dell'immobile. In favore dell'utilizzatore invece, il *leasing* presenta il vantaggio di poter coprire l'intero valore dell'abitazione e la possibilità di modulare liberamente l'importo della rata della locazione finanziaria e del riscatto finale, oltre che la possibilità della sospensione dei canoni da parte dell'utilizzatore in caso di licenziamento economico, la quale sembra assumere un carattere assistenzialistico. Sul piano fiscale non vi sono dubbi sulla maggiore convenienza dell'operazione di *leasing*, in particolare per i soggetti di età inferiore a 35 anni, essendo concessa la detrazione, oltre ai canoni pagati annui, di una parte del prezzo di opzione finale, diversamente dal mutuo, che ammette la detrazione per la sola quota interessi, la quale, ipotizzando un piano di ammortamento alla francese, comporterebbe una detrazione annua decrescente. In via definitiva, la scelta di questo strumento contrattuale per acquistare casa è quindi preferibile per i soggetti giovani, i quali, nell'ipotesi di avere un'attendibile aspettativa di un reddito crescente, possono ottenere fin da subito il godimento di un'abitazione, per il quale si configurerà una situazione paragonabile al comune "affitto" o al mutuo riguardo al periodico canone mensile da pagare, ma avendo il vantaggio di non impegnarsi, rispetto all'acquisto diretto attraverso la richiesta di un mutuo, nell'assunzione di un importante debito. Il vantaggio risiede, dunque, oltre che negli sgravi fiscali, nel poter rinviare la scelta dell'acquisto della piena proprietà dell'abitazione in futuro, mettendola in relazione al verificarsi o meno delle aspettative di crescita reddituale che si erano prospettate.

conclusi anteriormente, dovendo la validità di queste ultime essere stabilita alla luce della disciplina vigente al momento della stipulazione. A sostegno di questa conclusione, si è altresì evidenziato che, nel contesto normativo precedente, tendeva ad ammettersi la validità delle clausole risolutive espresse che fissavano l'inadempimento risolutorio a un solo canone, reputandosi inestensibile alla locazione finanziaria il limite di cui all'art. 1525 c.c.

Una diversa opinione dottrinale e giurisprudenziale ha, invece, sostenuto la rilevanza della nuova disciplina anche per i contratti stipulati anteriormente, dandosi in particolare rilievo al «carattere “di durata” o ad efficacia prolungata nel tempo della locazione finanziaria, sicuramente fuori contestazione ed in tale prospettiva potenzialmente vocato anche all'applicazione dello *ius superveniens*». Secondo questa dottrina, rispetto ai contratti anteriori la rilevanza del comma 137 potrebbe essere veicolata attraverso la nullità della clausola difforme, con sostituzione automatica mediante il parametro inderogabile e indisponibile contemplato dalla legge. In alternativa, quale ulteriore opzione ricostruttiva, si è prospettata la possibilità di fare leva sul canone della buona fede e di solidarietà sociale (*ex artt. 1375 c.c. e 2 Cost.*) per individuare “a carico delle parti un obbligo di rinegoziazione di tale aspetto del regolamento contrattuale ed una conseguente *exceptio o replicatio* dell'utilizzatore, da opporre principalmente alla risoluzione intimata dall'impresa di leasing dopo l'entrata in vigore della l. n. 124/2017 ed in base ad una clausola difforme preesistente”. Con riferimento al problema in esame, le Sezioni unite hanno optato per l'immediata applicazione del limite di cui al comma 137 anche ai rapporti contrattuali in corso all'entrata in vigore della l. n. 124/2017. Si è così affermato che con l'entrata in vigore della nuova disciplina si determina “l'inefficacia *ex nunc* della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), apposta a contratto di *leasing* in corso che non abbia ancora maturato i presupposti della risoluzione a sensi del citato comma 137, ove calibrata in termini diversi e meno favorevoli per l'utilizzatore di quanto previsto dalla legge con norma imperativa per l'inadempimento di tipo finanziario. La novella legislativa, dunque, viene a condizionare la stessa autonomia contrattuale delle parti nel senso di impedire alla clausola contraria alla sopravvenuta norma non derogabile (*in peius*, in quanto stabilita a tutela dell'utilizzatore stesso) di operare dal momento di entrata in vigore di quest'ultima, ossia di giustificare effetti del regolamento contrattuale che non si siano già prodotti”. La Corte ha precisato che la nuova disciplina non opera “per i contratti di leasing finanziario (23) in cui si siano già verificati, prima della sua entrata in vigore, presupposti della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore (essendo, quindi, stata proposta domanda giudiziale di risoluzione *ex art. 1453 c.c.* o avendo il concedente dichiarato di avvalersi della clausola risolutiva espressa (24) *ex art. 1456 c.c.*)”. Un ulteriore interrogativo a cui dà adito la novella legislativa del 2017 – analizzata nella sentenza *de qua* – riguarda il rapporto fra la soglia prevista dal comma 137 e la norma generale sull'importanza dell'inadempimento risolutorio di cui all'art. 1455 c.c., e investe dunque le ipotesi di risoluzione giudiziale ai sensi dell'art. 1453 c.c., ovvero di risoluzione di diritto mediante diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.* In dottrina e in giurisprudenza è presente, infatti, un annoso dibattito sulla possibilità di configurare un inadempimento integrante la misura prevista dal comma 137 come *ex se* sufficiente a giustificare la risoluzione del contratto, senza che possa farsi luogo a un ulteriore sindacato sulla sua importanza; ovvero se, al contrario, quanto previsto dal comma 137 rappresenti solo una soglia minima, raggiunta la quale permanga comunque imprescindibile la valutazione *ex art. 1455 c.c.* sulla non scarsa importanza dell'inadempimento, in base alla disciplina sul contratto in generale. La Suprema Corte ha affermato che la l. n. 124/2017 (art. 1, cc. 136-140) non ha effetti retroattivi e che trova, quindi, applicazione per i contratti di *leasing* finanziario in cui i presupposti della risoluzione per l'inadempimento (25) dell'utilizzatore – previsti dal comma 137 – non si siano ancora verificati al momento della sua entrata in vigore. La giurisprudenza maggioritaria ha, tuttavia, anche precisato che, nell'applicare l'art. 1526 c.c. per i contratti risolti in precedenza, il risarcimento del danno deve trovare specifica considerazione, e precisano altresì che il risarcimento del danno del concedente può essere oggetto di determinazione anticipata attraverso una clausola penale ai sensi dell'art. 1382 c.c. In questo senso si è, del resto, dispiegata l'autonomia privata nella costruzione, in base a modelli standardizzati, del social-tipo “contratto di *leasing*”. Dunque, la complessiva operazione – originatasi in seno all'autonomia privata e sussunta, attraverso l'analogia, nell'art. 1526 c.c. – trova la sua compiuta regolamentazione attraverso la peculiare rilevanza che viene ad assumere il c. 2 dello stesso art. 1526 c.c., ossia la norma che disciplina la clausola penale e, quindi, il risarcimento del danno spettante in base ad essa al concedente in ipotesi di risoluzione del contratto di *leasing* traslativo per inadempimento dell'utilizzatore. In

(23) M. Imbrenda, *op. cit.*, 94 ss. Sull'elemento dell'unicità di causa, seppur con sfumature diverse, fonda la propria tesi anche M. Gorgoni, *Credito al consumo e “leasing” traslativo al consumo*, cit., 1148 ss., la quale, con riguardo alla figura del *leasing* al consumo (per cui cfr., *infra*, cap. 4), sostiene che l'intera operazione configura un contratto unico plurilaterale senza comunione di scopo, in quanto connotata da un'unica causa di finanziamento. Si tratterebbe, secondo l'A., di un finanziamento “bidirezionale”, esplicitandosi sia nei confronti dell'utilizzatore, il quale ricorrerebbe al *leasing* per mancanza di liquidità, sia nei confronti del venditore-fornitore, il quale avrebbe necessità di allocare i prodotti senza tuttavia essere in grado di venderli a credito ratealmente; il *leasing*, in base a tale ricostruzione, si porrebbe, dunque, tanto come finanziamento dell'acquisto, quanto come finanziamento della corrispondente alienazione, con conseguente destinazione del credito sia al produttore che all'utilizzatore ed instaurazione tra le prestazioni di ciascuna delle parti del contratto di “nessi di corrispettività a coppie”. La ricorrenza di un duplice finanziamento nel *leasing*, al fornitore e all'utilizzatore, è sostenuta anche da E.M. Leo, *L'essenza del credito e il leasing finanziario*, in G.B. Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, vol. II, Milano, Igis, 1978, 833 ss.

(24) Sulla esclusione dell'applicabilità dell'art. 1525 c.c. al *leasing* cfr. G. De Nova, *Contratto di “leasing” e controllo delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, II, 347; F. Vassallo Paleologo, *op. cit.*, 179 ss.; T. Rumi, *Il leasing al consumo*, in *Nuove leggi civ.*, 2013, 870.

(25) Per un quadro del problema, cfr. V. Viti, *Le problematiche qualificatorie del leasing finanziario e l'irrisolta questione della disciplina applicabile alla risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 816.

conclusione, è stata reputata coerente con la previsione contenuta nel c. 2 dell'art. 1526 c.c. – con riguardo alla vendita con riserva di proprietà – la clausola penale inserita nel contratto di *leasing* traslativo prevedente l'acquisizione dei canoni riscossi con detrazione, dalle somme dovute al concedente, dell'importo ricavato dalla futura vendita del bene restituito. Trattasi, dunque, di un patto che, quale espressione di una razionalità propria della realtà socio-economica (26), ha trovato origine e sviluppo nell'ambito dell'autonomia privata, il cui regolamento è stato, per un verso, assunto dal legislatore a parametro di una disciplina dapprima solo settoriale e specifica (tra cui quella di cui alla l. fall., art. 72-*quater*) e poi, da un dato momento in avanti, generale (con la l. n. 124/2017) e, per altro verso, dalla giurisprudenza a metro di rispondenza alla *ratio* della disciplina applicata analogicamente al contratto di *leasing* traslativo.

Pertanto, ancora una volta, l'autonomia negoziale *ex art.* 1322 c.c. – entro i limiti perimetrati dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume – può disegnare un assetto negoziale di interessi peculiare, in un'ottica di ottimale allocazione delle risorse economiche e finanziarie (c.d. ottimo paretiano) ²⁷.

(26) Diverse sono state, in dottrina, le opinioni volte a ricomprendere fra gli elementi caratterizzanti della fattispecie anche la natura imprenditoriale dell'utilizzatore con connessa strumentalità dei beni locati all'esercizio dell'attività di tale soggetto; v., in particolare, le osservazioni di A. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., 188 ss. e 210 ss., ma cfr. anche G. Fossati, *Il leasing, moderna tecnica di finanziamento delle imprese*, Milano, Pirola, 1987, 11 ss.; M. Bussani, *Proprietà, garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, Trento, Università degli studi, 1995, 28; Id., *Contratti moderni. Factoring, franchising, leasing*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 2004. In giurisprudenza, per una riconosciuta rilevanza delle caratteristiche soggettive dell'utilizzatore ai fini della stessa qualificazione dell'operazione in termini di locazione finanziaria, cfr. Trib. Milano 15 maggio 1978, cit.; App. Milano 16 novembre 1979, in V. Buonocore, A. Luminoso, *op. cit.*, vol. II, 1504; Cass. 28 ottobre 1983, n. 6390, in *Giur. it.*, 1985, I, 1144. Fra le argomentazioni addotte a sostegno del riferito orientamento, si è, in particolare, sottolineata la considerazione del peculiare assetto di interessi connotante l'operazione in discorso, con specifico riferimento alla previsione del trasferimento di tutti i rischi inerenti al bene dal concedente-proprietario all'utilizzatore, previsione che, giustificabile all'interno di un rapporto contrattuale tra imprenditori, nel caso di un utilizzatore "privato" andrebbe, invece, inevitabilmente a scontrarsi con la disciplina nazionale ed europea posta a tutela del consumatore (norme in tema di clausole abusive, nonché disposizioni dettate per le operazioni di credito al consumo); secondo tale orientamento, in altri termini, le richiamate previsioni di trasferimento dei rischi in capo all'utilizzatore, laddove quest'ultimo fosse un consumatore, verrebbero necessariamente a cadere (dubbi sulla validità di tali clausole nei contratti di *leasing* con i consumatori sono sollevati da A.M. Marchio, *Leasing e disciplina delle clausole vessatorie*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 1054; L.M. Putti, *Commento all'art. 1469 bis*, in G. Alpa, S. Patti (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2003, 338 ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass. n. 10926/1998, cit., snaturando l'operazione rispetto alle sue peculiarità strutturali ed impedendone la stessa qualificazione in termini di locazione finanziaria; in tal senso cfr. A. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., 188 ss. Nel senso della diversità e della necessità di distinguere il c.d. *leasing* al consumo dal *leasing* vero e proprio, v. anche M. Gorgoni, *Credito al consumo e "leasing" traslativo al consumo*, cit. Più aperti alla possibilità di ammettere il c.d. *leasing* al consumo quale particolare figura di locazione finanziaria si mostrano, invece, M. Imbrenda, *op. cit.*, 170 ss., secondo cui in tali casi, ferma la funzione di finanziamento, andrebbe esclusivamente evidenziata una differenza di disciplina relativamente alla distribuzione di rischi ed oneri, dovuta alla particolare veste dell'utilizzatore; S. Giove, *Leasing finanziario*, in G. Dinacci, S. Pagliantini (a cura di), *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Padova, Cedam, 2010, 223 ss.; G. Di Rosa, *Autonomia contrattuale e attività d'impresa*, Torino, Giappichelli, 2010, 68 ss.; T. Rumi, *op. cit.*; P. Trimarchi, *La responsabilità civile*, cit.; Id., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit.; G. Calabresi, *op. cit.*; A. Nicita, V. Scoppa, *op. cit.*; A. Nicita, M. Vatiro, *op. cit.*

In tale prospettiva, quale esplicazione dell'autonomia privata e di allocazione del "rischio di inadempimento", assume rilevanza la clausola penale. Una ricostruzione ermeneutica di matrice dottrinale distingue, nell'ambito di tale clausola, differenti funzioni. Taluni propendono per una funzione di commisurazione preventiva del danno in caso di inadempimento. Un distinto orientamento vi individua un effetto prettamente punitivo, in base al quale la parte inadempiente è tenuta a pagare una penale che supera in concreto l'effettivo ammontare del danno. In questo secondo caso la clausola penale viene definita "pura". Per una dettagliata ricostruzione della nozione di "clausola penale", cfr. A. Magazzù, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, vol. VII; G. De Nova, voce *Clausola penale*, in *Digesto Sez. civ.*, vol. II. Cfr. anche M.R. La Torre, *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, Giuffrè, 2002, 220 ss., secondo cui se ad un contratto di *leasing* risolto per inadempimento si applica una clausola penale che preveda la restituzione all'utilizzatore di quanto ricavato dalla vendita del bene, o vi si applica l'art. 1526 c.c. le differenze sono solo procedurali, dato che, in entrambi i casi, le parti otterrebbero il medesimo grado di tutela; della stessa opinione G. Ingino, *Risoluzione del contratto di leasing e clausola di destinazione del ricavato della vendita del bene a vantaggio dell'utilizzatore*, in G. De Nova (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, Giuffrè, 1994, 831 ss.

Particolare rilevanza assumono i c.d. contratti incompleti, cioè contratti che non prevedono con precisione un comportamento delle parti per tutti i possibili eventi che possono influire sulla loro esecuzione. L'incompletezza dei contratti richiede dunque che vengano predisposti dei mezzi esterni al contratto stesso che servano a completare il contratto durante la sua esecuzione, determinando i comportamenti nel caso in cui un evento impreveduto accada (c.d. strutture di governo). In tale ottica, i fattori legati alle caratteristiche delle transazioni, quali la specificità delle risorse, l'incertezza e la frequenza delle stesse, assurgono ad elementi fondamentali dell'analisi. Il fallimento del mercato dovuto all'asimmetria informativa e ai comportamenti opportunistici osta al raggiungimento dell'ottimo paretiano, ossia di una situazione di allocazione efficiente ed ottimale delle risorse. In un ottimo di Pareto non è possibile migliorare il benessere (c.d. utilità) di un soggetto, senza peggiorare il benessere degli altri soggetti (c.d. economia del benessere). L'ottimo paretiano è un concetto economico di valutazione dell'efficienza. Proprio tale valutazione in termini soggettivi pone il problema annoso del *free riding* e dei "giudizi di valore". In una scatola di Edgeworth l'efficienza massima allocativa si verifica in un punto di contratto, ossia nel punto di tangenza tra le due famiglie di curve di indifferenza dei consumatori. In tale ottica, è peculiare la rilevanza della clausola generale di buona fede – quale regola di interpretazione del contratto e regola di condotta –, con funzione eminentemente integrativa-precettiva, in combinato disposto con il principio di solidarietà sociale (art. 1375 c.c. e art. 2 Cost.).

(27) Molti importanti dibattiti metodologici hanno accompagnato la crescita e l'evoluzione dell'analisi economica del diritto. Le tradizioni culturali di economisti e giuristi hanno prospettive diverse circa il ruolo da attribuire all'analisi economica nella scelta delle regole e nel disegno istituzionale. Durante la sua storia relativamente breve, il movimento della *Law and Economics* ha sviluppato tre distinte scuole di pensiero. Le prime due scuole, a cui spesso ci si riferisce come scuola "positiva" di Chicago e scuola "normativa" di Yale, si sono

Grazie allo strumento negoziale, nato nella prassi del mercato, ad oggi divenuto tipico, è possibile utilizzare mezzi di produzione senza ricorrere alla immobilizzazione della ricchezza.

La clausola penale, in tale prospettiva, viene intesa quale predeterminazione del “costo” di un eventuale inadempimento del contratto, salva la previsione del maggior danno.

Essa consente di allocare – in via redistributiva e, in parte, deterrente – il rischio a carico dell'utilizzatore, quale fonte di *inducement* o mezzo di coercizione indiretta nei confronti dell'utilizzatore, affinché adempia all'obbligazione dedotta nel contratto e si comporti *ex bona fide* (28).

sviluppate quasi simultaneamente. La scuola “funzionale” di *law and economics*, che si è sviluppata successivamente, prende le mosse dalla teoria della *public choice* e dalla prospettiva della economia politica costituzionale della scuola della Virginia per offrire una terza visione che non è pienamente positiva né pienamente normativa. Il dibattito tra queste scuole offre importanti spunti per definire il ruolo appropriato dell'analisi economica nel processo legislativo ed istituzionale e per valutare i limiti dei metodi di calcolo delle preferenze sociali e del benessere aggregato nelle analisi politiche. Questi dibattiti hanno contribuito a far crescere l'interesse intellettuale verso l'analisi economica del diritto e alla diversificazione delle metodologie nell'analisi economica del diritto stessa.

(28) P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè, 1971, 152-154, 159; S. Tafaro, *Buona fede ed equilibri degli interessi nei contratti*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti del convegno, Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001), vol. IV, Padova, Cedam, 2003.

Tale esigenza trova riscontro nell'art. 1362 c.c., che stabilisce che nell'interpretazione del contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole.

F. Rosselli, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983, ritiene che le clausole generali siano norme elastiche e la elasticità dipenderebbe proprio dal profilo della “eccedenza assiologica”; ed ancora A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1999, 47, secondo il quale le clausole generali sarebbero i “polmoni vitali dell'ordinamento”. Insistono sulla capacità di adeguare per mezzo delle clausole generali il diritto alla specificità del caso A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999: “buona fede, buon costume, diligenza [...] obbligano ad una valutazione di specifica riferibilità al singolo caso, che nella sua concretezza e specificità è sempre refrattario a farsi comodamente inquadrare nelle rigide descrizioni delle fattispecie legali”; secondo E. Ruoppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, Monduzzi, 2001, 29, concetti del genere non hanno un significato buono una volta per tutte perché ricevono il loro senso dal clima sociale e culturale dell'ambiente in cui devono essere applicate; questo esalta il ruolo dell'interprete che, per individuare il precetto, è chiamato a fare da “mediatore” tra il testo normativo e la realtà sociale.

Secondo A. Di Majo, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, 346, il richiamo ai principi di buona fede e correttezza, tuttavia, è un richiamo che può definirsi abbastanza desueto nella nostra pratica del diritto.

È nota, infatti, la tradizionale diffidenza dei giudici verso l'impiego di clausole generali, dato il loro elevato margine di genericità e di indeterminatezza. Ciò che si teme è la decisione politica e/o comunque la decisione difficilmente controllabile in base a parametri oggettivi.

Tuttavia un grande riconoscimento giurisprudenziale della buona fede e correttezza come oggetto di un vero e proprio dovere giuridico si è avuto con la sentenza della Suprema Corte 5 gennaio 1966, n. 89, che ha sostenuto che la buona fede, intesa in senso etico come requisito della condotta, forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con proposito doloso di creare pregiudizio; ma anche quando il comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede.

Mentre per buona fede “soggettiva” si intende lo stato psicologico di un soggetto ovvero la sua percezione della realtà, che si atteggia di volta in volta: come erronea convinzione di agire in conformità del diritto, come ignoranza di ledere un diritto altrui, come affidamento in una situazione apparente ma difforme dalla effettiva realtà giuridica; la buona fede intesa in senso “oggettivo” è invece riconducibile ad una esperienza generalizzata di un fatto o di un comportamento considerato in sé e per sé, assumendo la natura di una obiettiva regola di condotta. I. Musio, *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, in <www.comparazioneDirittocivile.it>, giugno 2010, sostiene che essa si concretizza in un generale dovere di correttezza e reciproca lealtà di condotta nei rapporti tra soggetti, che impone cioè di considerare interessi che non sono oggetto di una tutela specifica e impone la lealtà del comportamento nella esecuzione della prestazione. Per una esaustiva analisi dell'*excursus* storico delle clausole generali e in particolare della buona fede, v. G. Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 2005; P.D. Senn, voce *Buona fede nel diritto romano*, in *Digesto Sez. civ.*, vol. II; M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani “Leerformeln” e valori tutelati dall'ordinamento*, in L. Garofalo (a cura di), *op. cit.*

La buona fede ebbe una importanza sostanziale nel diritto romano, dove era già presente la differenziazione tra buona fede in senso soggettivo (richiesta ad es. quale requisito dell'usucapione) e la buona fede in senso oggettivo, che esprimeva l'idea etica della correttezza che l'uomo onesto osserva nei rapporti con gli altri consociati, pur se di tale concetto non vi è definizione nelle fonti. In particolare, nei *iudicia bonae fidei* il giudice era chiamato a condannare il convenuto a fare o dare tutto ciò che era dovuto secondo buona fede (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*).

In tal modo la buona fede assurge a principio di giustizia sostanziale e, al di là del processo, a precetto dell'agire umano: cfr. G. Grosso, voce *Buona fede*, in *Enc. dir.*, vol. V.

La *bona fides* nasce con il diritto romano, che sostanzialmente ne ha riconosciuto due ambiti applicativi: da un lato quello dei diritti reali, in cui essa è definita come buona fede soggettiva, ovvero lo stato psicologico del soggetto, la sua convinzione di non violare alcun diritto; dall'altro quello dei contratti, in cui essa diventa buona fede oggettiva ovvero l'obbligo di comportamento per i contraenti ulteriore rispetto all'obbligo di adempimento secondo standard generali di correttezza e lealtà. La buona fede in senso oggettivo nasceva sulla base del rapporto di connessione tra *ius civile* e *ius honorarium* con l'affermarsi dei c.d. *iudicia bonae fidei*, ossia giudizi costituiti dai pretori romani in sostituzione e in alternativa ai tipici procedimenti di diritto civile.

Tali giudizi modificavano profondamente il diritto romano dei contratti, introducendo una tutela superiore che teneva conto di esigenze socialmente riconosciute (valori etici e sociali) attraverso l'introduzione di regole di correttezza che per la prima volta godevano di difesa processuale, a prescindere dagli elementi sostanziali e formali tipici dello *ius civile*.

Successivamente alla comparsa della *bona fides*, e fino al VI secolo d.C., l'ambito dell'*actio bona fidei* si ampliò sempre più soprattutto grazie alla introduzione della differenza tra obblighi di adempimento e obblighi di comportamento delle parti: da regola di mero rispetto

L'economia comportamentale, in tale prospettiva, accetta molte delle premesse proprie del pensiero economico tradizionale, cioè che gli effetti di scelte individuali, esplicazione dell'autonomia privata, sono il frutto di atto in un determinato ambiente economico.

Gli economisti comportamentali compiono, tuttavia, un passo ulteriore, sostenendo che l'azione umana è modellata non solo dai vincoli economici presenti nel caso concreto, ma è anche influenzata dalle preferenze endogene, dalle conoscenze, dalle capacità, dalle doti e dai vari vincoli psicologici e fisici delle persone. Gli incentivi o mezzi di coercizione indiretta sono importanti e guidano il comportamento umano; i medesimi, spesso, rappresentano qualcosa in più di mera prospettiva di guadagno monetario.

La produzione e la tipizzazione di regole giuridiche spesso si basa su predizioni – secondo l'*id quod plerumque accidit* – circa la misura in cui le persone risponderanno alle regole giuridiche e ai vincoli istituzionali.

Molti dei primi contributi alla analisi economica del diritto sono stati profondamente influenzati da modelli di scelta razionale, della prassi contrattuale e dalle teorie comportamentali dell'azione umana, che hanno tradizionalmente fornito le basi teoretiche per tale predizione.

La complessità messa in luce da queste nuove dimensioni della moderna, elastica e non più dogmatica teoria dell'autonomia privata – *ex art. 1322 c.c.* – porterà al graduale sviluppo di modelli economici più complessi.

La conseguente specializzazione metodologica sarà il risultato inevitabile di questi sviluppi intellettuali, ma questa specializzazione e diversificazione di approcci aggiungerà anche ostacoli alla concreta intelligibilità da parte dell'interprete dei risultati nel campo interdisciplinare della analisi economica del diritto.

* * *

della parola data, la *bona fides* diventava una vera e propria regola del rapporto obbligatorio, assumendo la veste di fonte autonoma della obbligazione distinta dal vecchio *ius civile*.

Nell'Età medievale, poi, essa acquistò nuovo vigore e venne riconosciuta giuridicamente durante il periodo del c.d. "diritto intermedio", assumendo un ruolo più complesso; essa descriveva in sé tre tipologie di condotta: obbligo delle parti di tenere fede alla parola data; divieto delle parti di trarre vantaggio da propri comportamenti sleali; dovere delle parti di adempiere a quelle obbligazioni che, ancorché non espressamente previste, sarebbero ritenute giuste da una persona onesta e leale.

Un nuovo impulso alla formulazione e all'ampliamento del concetto di buona fede è rilevabile nell'età della codificazione (fine XIX-inizio XX secolo) come testimonia soprattutto l'interesse di giusnaturalisti quali Rosmini, Domat, Pothier, i quali consideravano la buona fede come il punto fondamentale della disciplina dei contratti onerosi.

Nelle codificazioni dei vari ordinamenti contemporanei di *civil law* il concetto di buona fede trova sempre spazio anche se non ne viene mai descritto esplicitamente il contenuto proprio in coerenza con la natura elastica ed evolutiva delle clausole generali; al contrario, nei sistemi di *common law* i medesimi risultati vengono raggiunti attraverso formulazioni implicite ed indirette, concettualmente diverse dalla buona fede: cfr. I. Musio, *op. cit.*, 11 ss. Cfr. anche C. M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205.