

## *PREMESSA*

Il presente studio riguarda il contratto di sale and lease-back<sup>1</sup>, altrimenti denominato lease-back o locazione finanziaria di ritorno, nel panorama delle P.M.I.

La molteplicità delle definizioni date dalla dottrina al leaseback è di per sé stessa indice delle perplessità che hanno accompagnato e tuttora accompagnano, la natura giuridica dell'accordo.

Tra i "nuovi contratti d'impresa", il lease-back è sicuramente quello che è guardato con maggior sospetto, soprattutto per quanto riguarda il profilo della liceità, considerata la presenza, nel nostro ordinamento del divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.).

L'interesse è alimentato soprattutto da un tormentato iter giurisprudenziale segnato prima dal *revirement*

---

<sup>1</sup> Letteralmente tradotto: vendita (*sale*) e locazione finanziaria di ritorno (*lease-back*), spesso però si usa il termine lease-back o leasing di ritorno.

della Cassazione nel 1983, e poi dall'intervento delle Sezioni Unite, nel 1989, in tema di patto commissorio. Appare evidente che, quando la giurisprudenza ha escluso la configurabilità di un patto commissorio nullo ai sensi dell'art. 2744 c.c. in presenza di un trasferimento immediato della proprietà, il sale and lease-back sia stato considerato estraneo al divieto. Una volta venuta meno tale linea di demarcazione del tutto formalistica, si è acceso un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

Come sarà chiarito in seguito, sia in dottrina che in giurisprudenza, sono individuabili due fondamentali linee di pensiero: l'una propensa a concedere uno spazio di operatività al contratto in esame, riconoscendolo in linea di principio lecito e meritevole di tutela; l'altra, all'opposto, tendente a negargli diritto di cittadinanza, in

quanto contrastante con principi inderogabili del nostro ordinamento.

Tale dibattito, avviatosi più di quindici anni or sono, è giunto ad un punto di svolta, grazie alla storica sentenza della Cassazione n. 10805/95, cui si riconosce il merito, di aver fatto, per la prima volta, chiarezza sul rapporto tra lease-back e divieto del patto commissorio.

Ciò che rileva in questa sentenza è:

- la patente di legittimità conferita al lease-back, per le sua capacità di attuare finalità di autofinanziamento: tali peculiarità lo rendono idoneo a realizzare interessi meritevoli di tutela (art. 1322 c.c.);

- la legittimazione del ricorso da parte dei giudici ad un controllo non più formale della fattispecie, bensì casistica. È compito dell'interprete verificare, caso per caso, se gli scopi effettivamente perseguiti dalle parti, così co-

me sono dichiarati nel regolamento contrattuale, permettano di accertare la sussistenza di una discriminante rispetto ad un lease-back “puro” o “normale”, che rappresenta la regola.

Tale pronuncia rappresenta il punto di partenza per individuare la liceità e la meritevolezza degli interessi sottesi agli accordi qualificabili come sale and lease-back. Lo studio si sviluppa sulla falsariga della ricostruzione storico-logicagiuridica della qualificazione di tali accordi, nel tentativo di far emergere, sulla base dell’analisi casistica, la *ratio* che dall’iniziale giudizio di illiceità ha condotto ad una differente considerazione di tale contratto.

## CAPITOLO I

### IL CONTRATTO DI SALE AND LEASE-BACK PROFILI GENERALI

## 1. Definizione del fenomeno.

Il sale and lease-back<sup>1</sup> è un contratto atipico<sup>2</sup> (ma ormai socialmente tipizzato)<sup>3</sup> di impresa, con il quale un soggetto (*lessee*) – imprenditore o lavoratore autonomo – proprietario di un bene mobile o immobile, strumentale all’esercizio della sua attività, aliena lo stesso ad una società di leasing (*lessor*) la quale contestualmente

lo concede in locazione al venditore contro il pagamento di un canone<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale-lease-back*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, p. 557; MACELLARI, *nota a Comm. trib. 1 grado Roma*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 1994, p. 240; CARBONE, *Le peculiarità del lease-back o sale lease-back*, in *Corriere Giur.*, 1995, p. 1365; PACIFICO, *Aspetti civilistici del lease-back*, in *Riv. It. leasing*, 1989, p. 477 e segg.; FANTAUZZI, *Lo sviluppo della giurisprudenza di merito sulla liceità del leaseback*, in *Giust. Civ.*, 1992, II, p. 485; DE NOVA, *Appunti sul sale and lease back e il divieto di patto commissorio*, in *Riv. It. Leasing*, 1985, p. 309.

<sup>3</sup> Sulla nozione di contratto “socialmente tipico” cfr. AA.VV., *Dal tipo sociale all’atipico*, a cura di PERCHINUNNO, Bari, 2001, p. 10.

<sup>4</sup> La prima operazione di lease-back si registra negli Stati Uniti nel 1945 ad opera della Allied Stores Corporation che, mediante una vendita trentennale di beni immobili nei confronti di una fondazione universitaria, ottenne poi il godimento

Alla scadenza del contratto il *lessee* potrà optare per la continuazione della locazione (a canoni ridotti), ovvero per l'acquisto del bene (contro il pagamento di un prezzo predeterminato), esercitando il c.d. diritto di opzione<sup>5</sup>.

Il fenomeno presenta notevoli affinità con quello dell'antico *constituto possessorio*<sup>6</sup> in base al quale l'origina-

---

degli stessi e per lo stesso lasso di tempo. In Italia la sua prima apparizione risale al 1976 e venne concluso tra la S.I.L. (società italiana leasing S.p.A. di Genova) e la STANDA, oggetto del contratto ventennale era un ipermercato cfr. BUSSANI, *Il contratto di lease back*, in *Contratto e Impresa*, 1986, p. 564.

<sup>5</sup> Trattasi di definizione pacificamente accolta da tutti gli interpreti. Per la dottrina cfr. DE NOVA, *Il lease back*, in *Riv. it. Leasing*, 1987, p. 677; CLARIZIA, *I contratti di finanziamento*, Torino, 1983, p. 178; MUNARI, *Validità e nullità del lease back in relazione al divieto del patto commissorio*, in *Riv. it. Leasing*, 1986, p. 172; RUOZI-CARRETTA, *Appunti sul sale and lease back e il divieto del patto commissorio*, in *Riv. it. Leasing*, 1985, p. 307; per la giurisprudenza cfr. Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Giur. it.*, 1996, I, 1 p. 1382 ss. con nota di CINQUEMANI; in *Foro it.*, 1996, I, p. 3492 ss., con nota di MONTI; in *Contratti*, 1996, p. 28 ss., con nota di DE MEO; in *Notariato*, 1996, p. 220 ss., con nota di NICOTRA; in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 357, con nota di LUMINOSO; in *Corr. giur.*, 1995, p. 1360 ss., con nota di CARBONE; in *Riv. dir. comm.*, 1997, II, p. 157 ss., con nota di ROCCO; in *Giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 656 ss., con nota di SIMONE; in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1739 ss. con nota di SCHERMI; Cass. 19 luglio 1997, n. 6663, in *Giust. Civ.*, 1998, I, p. 3237 ss., con nota di SCHERMI; in *Contratti*, 1998, p. 395 ss., con nota di MANIACI; in *Rass. Trib.*, 1998, p. 805, con nota di CECCACCI; in *Foro it.*, 1998, I, p. 3586; Cass. 15 aprile 1998, n. 4095, in *Foro it.*, 1998, I, p. 1821.

<sup>6</sup> Il passaggio da una situazione giuridica di possesso a titolo di proprietà ad una situazione giuridica di detenzione a titolo di leasing: l'utilizzatore non avrà più

rio proprietario diviene detentore dell'immobile precedentemente posseduto, o usufruttuario o conduttore dello stesso immobile prima goduto a titolo di piena proprietà<sup>7</sup>.

## **2. La struttura del contratto.**

Il contratto di sale and lease-back è al centro di un vivace dibattito riguardante la sua esatta qualificazione giuridica: tale problematica accomuna tutte le fattispecie negoziali atipiche. Il procedimento di qualificazione giuridica richiede dapprima di chiarire la struttura del con-

---

un diritto reale, ma un diritto personale di godimento. Sul *costituto possessorio* cfr. SACCO, *Il*

*possesso*, in *Trattato CICU-MESSINEO-MENGONI*, Milano, 1988, p. 190 ss.; DE MARTINO, *Possesso*, in *Commentario SCIALOJA-BRANCA*, sub art. 1140 cod. civ., Bologna-Roma, 1958, p. 530; MASI, *Possesso e detenzione*, in *Trattato Rescigno*, vol. VIII, p. 432 ss. Sui rapporti tra consegna e costituito possessorio FERRI, *La vendita*, in *Trattato Rescigno*, vol. IX, Torino, 1984, p. 226; FUNAIOLI, *Consegna*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 132 ss.; RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989, p. 282 ss.

<sup>7</sup> Cfr. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1994, p. 299; CARBONE, *op. cit.*, p. 1366.

tratto e, successivamente impone la ricerca della normativa applicabile in relazione alla precipua funzione contrattuale.

Individuata la struttura, potranno applicarsi le norme del contratto principale (criterio dell'assorbimento), le norme di ciascun contratto concretamente individuato (criterio della combinazione) ovvero entrambi i criteri. Vi è infine un criterio residuale che impone il confronto con fattispecie negoziali diverse ma simili (cd. procedimento analogico), per applicare la disciplina più adatta al caso concreto<sup>8</sup>.

La struttura del lease-back viene ricondotta essenzialmente ad un duplice schema.

L'orientamento dottrinale dominante qualifica l'istituto in oggetto quale mera combinazione di più ne-

---

<sup>8</sup> Sulle differenti fasi di cui si compone il procedimento di qualificazione giuridica v. PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2002.

gozi - vendita e leasing<sup>9</sup> - sull'assunto che una delle parti svolge un duplice ruolo, divenendo parte di due distinti contratti (fornitore nella vendita e utilizzatore nel leasing)<sup>10</sup>. Tale tipo di ricostruzione conduce a sostenere la riconducibilità del contratto di sale and lease-back a quello di leasing.

Altra dottrina<sup>11</sup> e la più recente giurisprudenza<sup>12</sup> sul

---

<sup>9</sup> I due atti sono stipulati contemporaneamente per ottenere un risultato pratico immediato (CRICENTI, *I Contratti in frode alla Legge*, Milano, 1996, p. 115 ss.) e per assicurare ciascun contraente contro l'eventualità di qualche ripensamento della controparte. DE NOVA evidenzia come nei contratti di compravendita, a scopo di lease-back, non è possibile rinvenire alcuna clausola che subordini l'efficacia dell'alienazione (o che faccia in qualche modo riferimento) alla successiva stipula del leasing.

<sup>10</sup> DE NOVA, *Nuovi contratti*, op. cit.: "in conclusione, il lease back è costituito da una vendita, che è tale, e da un leasing, che è tale"; in termini analoghi SCHERMI, *Leasing finanziario, lease back e patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 1744 ss.; BUSSANI, *cit.*, p. 558 ss.: "i due momenti della compravendita e del leasing, pure all'interno del più ampio progetto economico che li accomuna, si presentano infatti ognuno con un'autonoma giustificazione causale"; FERRARINI, *La locazione finanziaria ("Leasing")*, in *Tratt. Dir. Priv.*, 11, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1984, p. 116; CASELLI, *Leasing*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 217.

<sup>11</sup> Cfr. CHESSA, *Sale and lease back qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 669 ss.; CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 1381 ss.; PACIFICO, *op. cit.*, p. 479 e OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre*, 1984, n.1, p. 372.

punto ravvisano nel lease-back una struttura unitaria. Tale contratto, per le sue peculiarità strutturali e funzionali, merita una propria collocazione autonoma e distinta all'interno del vasto panorama contrattuale. Operando diversamente, si attribuirebbe all'art. 1322 c.c. comma

2°, la sola attitudine ad assemblare schemi già tipizzati, ridimensionando in tal modo la possibilità per i contraenti di dar vita a nuovi schemi contrattuali atti a rispondere alle emergenti esigenze della collettività.

---

<sup>12</sup> Cfr. App. Cagliari, 3 marzo 1993, in *Foro it.*, Rep., 1994, voce *Contratto in genere*, n. 268; in *Riv. Giur. Sarda*, 1994, p. 301; in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 662, con nota di CHESSA, *Sale and lease back: qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto commissorio*; Trib. Milano, 3 marzo 1988, in *Foro it.*, Rep., 1988, voce *Contratto in genere*, n. 256; in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 445, con nota di PELOSI e Trib. Pavia, 1 aprile 1988, in *Giust. Civ.*, 1988, I, p. 2388 con nota di PIERALLINI; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1988, I, p. 716 con nota di BARANI; in *Riv. It. leasing*, 1988, p. 203 con nota di DE NOVA; in *Foro it.*, 1989, I, p. 1272, con annotazione di OLIVIERI; in *Foro Pad.*, 1989, I, p. 398. Benché entrambe le Corti propendano per la struttura composita del contratto, è doveroso rammentare che la prima afferma: "il lease back consiste in un'unione funzionale di più obbligazioni sinallagmatiche tutte imprescindibili per la realizzazione dello scopo giuridico del contratto..."; la seconda, statuisce che "il lease-back consiste, da un lato, in una compravendita dal futuro utilizzatore-venditore al futuro concedente-acquirente e, dall'altro, nella c o n t e s t u a l e concessione in leasing dello stesso bene tra le medesime parti...". In quest'ultimo senso in modo particolare vedi Cass. 16 ottobre 1995, n. 10805, *cit.*

## **2.1. La questione del collegamento negoziale: la presenza di due contratti.**

L'individuazione di due contratti nel lease-back conduce ad affrontare la problematica questione dell'eventuale collegamento esistente tra gli stessi. Condizione necessaria perché si abbia un collegamento negoziale in senso tecnico è un preciso nesso di interdipendenza fra i due negozi - tale da condizionare l'efficacia e l'autonomia di ciascuno di essi in maniera reciproca, ovvero in via unilaterale (in quest'ultimo caso subordinando la sorte di un contratto ad un altro contratto, che del primo rappresenta, logicamente e giuridicamente, il presupposto)<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. del dir.*, X, Milano, 1962, p. 48 ss. cfr. DE NOVA, *Il contratto e la giurisprudenza per il Manuale del leasing* a cura di CARRETTA e DE LAURENTIS, EGEA, 1998: "perché si abbia collegamento in senso tecnico, è necessario che ricorra tra due contratti da un lato un

Quello appena descritto è lo schema del collegamento funzionale, a cui si affianca il modello di un collegamento genetico, consistente nell'“influsso” che un contratto esercita sulla formazione di un altro contratto, il quale - una volta venuto ad esistenza giuridica - resterebbe però del tutto insensibile e indifferente alle vicende del primo<sup>14</sup>. Gli interpreti al fine di individuare un nesso di collegamento tecnico fra due contratti, richiedono alle parti la manifestazione di una qualche volontà (quanto meno presunta) tesa a dare una rilevanza giuridica a quel nesso<sup>15</sup>.

---

nesso obiettivo (economico o teleologico) e dall'altro una intenzione delle parti di collegare i vari negozi in uno scopo comune”.

<sup>14</sup> Cfr. GASPERONI, *Collegamento e connessione fra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 366 ss.; BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, 3, Milano, 1987, p. 450 ss.; CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. CICU-MESSINEO*, XXI, I, Milano, 1987, p. 316 ss.; *contra*, circa l'ammissibilità di quest'ultimo collegamento, DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi, contributo alla dottrina del collegamento negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 434 ss. 8

<sup>15</sup> BUSSANI, *op. cit.*, p. 569. Diversi, però, sono i criteri suggeriti per accertare la presenza di tale volontà. DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934, p. 61, afferma che deve sempre esistere un accordo negoziale espresso; GASPERONI, *op. cit.*, p. 380 ss., ritiene possibile dedurre l'intenzione delle parti dal-

Secondo taluno<sup>16</sup> nella operazione di leasing tradizionale, non si può ritenere che la vendita e il leasing siano contratti collegati perché il fornitore non si determina alla vendita in funzione della circostanza che il bene verrà concesso in leasing dall'acquirente. Il collegamento esiste - e decisamente - nel lease-back, perché una parte cede il bene in quanto abbia la possibilità di usufruirne ancora, in veste diversa, mentre l'altra parte ne decide l'acquisto in funzione della concessione in uso che può farne<sup>17</sup>.

Il collegamento negoziale è in tal caso di tipo funzionale e non altera la specifica disciplina dei rapporti medesimi. In particolare si distingue un interesse imme-

---

l'insieme delle circostanze che accompagnano le genesi negoziale, o dal particolare atteggiamento dei medesimi contraenti.

<sup>16</sup> DE NOVA, *Il contratto e la giurisprudenza*, op. cit.

<sup>17</sup> GHINI, *Lease back: provvisorio passaggio di proprietà e liquido per le iniziative imprenditoriali*, in *Riv. dott. comm.*, 1999, p. 48. 18 Sul piano giuridico fanno riferimento al collegamento negoziale: Trib. Cosenza 14 febbraio 1994, in *Impresa*, 1995, p. 2090; Trib. Bari 19 agosto 1994, in *Giur. Pug.*, 1995, p. 68.

diato (strumentale), realizzato dai negozi impiegati e un interesse finale perseguito dall'insieme dei contratti<sup>18</sup> funzionalmente collegati. In quest'ottica resta da chiarire se il collegamento negoziale è reciproco o unilaterale.

Lo schema del collegamento bilaterale prevede che le vicende patologiche della vendita (nullità, annullamento, risoluzione), travolgono il lease-back, dal momento che l'utilizzatore ridiventa nuovamente proprietario; allo stesso modo nullità, annullamento e risoluzione del leasing, si ripercuotono sulla vendita.

In dottrina, taluno<sup>18</sup> propende per tale tipo di nesso, perché - nella normalità dei casi - la volontà delle parti è finalizzata al riacquisto finale della proprietà da parte dell'utilizzatore. Nel momento in cui si verificherà l'invalidità o la risoluzione del contratto di leaseback è

---

<sup>18</sup> DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, p. 445 ss.

evidente che le parti non avranno più interesse a lasciare in vita la vendita, la quale seguirà, pertanto, la sorte della locazione finanziaria, soprattutto se oggetto del contratto è stato un bene dalle caratteristiche particolari che ne rende difficile il suo collocamento sul mercato (quali, ad es., gli immobili in cui l'utilizzatore esercita la sua attività, o l'azienda di quest'ultimo).

Altri autori<sup>19</sup>, invece, intravedono nello schema del lease-back null'altro che un collegamento unilaterale, in cui la vendita è voluta dalle parti, non per il suo effetto tipico di scambio, ma per conseguire la stipula del leasing e garantire il pagamento del canone. La vendita ha, quindi, una funzione strumentale, in tal caso la dottrina riconosce la figura del collegamento unilaterale, per cui le vicende del negozio strumentale influiscono su

---

<sup>19</sup> CRICENTI, *op. cit.*, p. 115 ss; LEO, *Il lease back approda in Cassazione*, in *Giur. it.*, I, 1, 1997, p. 686.

quello finale e non viceversa.<sup>20</sup>

L'effetto traslativo è quindi strumentale a quello di finanziamento, la volontà delle parti è diretta a creare tra i due negozi una interdipendenza unilaterale: l'inadempimento dell'obbligo di pagare il canone del leasing può comportare la caducazione di questo contratto, ma quando ciò avvenga la vendita non viene messa in discussione e l'acquirente concedente consolida la sua proprietà sul bene.

In giurisprudenza<sup>21</sup>, infatti, nei casi di inadempi-

---

<sup>20</sup> Cfr. BIANCA, *op. cit.*, p. 456; CRICENTI, *op. cit.*, p. 116.

<sup>21</sup> Cfr. Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, in *Riv. it. leasing*, 1990, 225 ss.; in *Dir. fall.*, 1989, II, 697, con nota di RAGUSA MAGGIORE; in *Giur. it.*, 1989, I, 575, con nota di VENEGONI, *Sulla violazione del divieto del patto commissorio, sulla natura del contratto di leasing e sull'applicabilità dell'art. 1526 c.c.*; in *Foro it.*, 1989, I, 1251, con nota di SIMONE, *Lease back: cronaca di una morte annunciata*; in *Riv. not.*, 1989, II, 890, con note di DI MAURO, *Sul divieto del patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia e di PASQUINO, Patto commissorio: alienazioni in garanzia e lease back... vite parallele*; App. Brescia, 29 giugno 1990, in *Foro It.*, 1991, I, p. 1232 con osservazioni di LENOCI; in *Riv. it. leasing*, 1991, p. 207, con nota di LA

mento dell'utilizzatore, la società concedente, oltre ad agire per il recupero dei canoni, propone, quasi sempre, una domanda di rivendica dei beni in leasing il cui possesso è rimasto all'utilizzatore.

A tali argomentazioni se ne aggiungono altre di natura pratica<sup>22</sup>: l'iniziale trasferimento di proprietà dall'utilizzatore al *lessor* viene trascritto *ex art.* 2643, n. 1, c.c., qualora si verifichi l'inadempimento del *lessee* sia la tesi unitaria sia quella del collegamento bilaterale evidenziano i loro limiti: la vendita si risolve ed il bene torna automaticamente in proprietà dell'utilizzato, sicché occorrerà procedere all'annotazione *ex art.* 2655 c.c. a favore del *lessee*, ritornato *ipso iure* nella titolarità del bene. Secondo la soluzione del collegamento unilaterale, la riso-

---

TORRE, Il lease back ed il revirement della Cassazione in materia di vendita con patto di riscatto; Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 430, con nota di RONCO.

<sup>22</sup> LEO, *op. cit.*, p. 686.

luzione del leasing non comportando risoluzione della compravendita, non obbligherà a procedere ad alcuna annotazione, derivandone così una semplificazione di rapporti giuridici. Si segnala, infine, un ulteriore orientamento, il quale esclude ogni forma di collegamento negoziale ed evidenzia la reciproca autonomia a cui sono ispirate le discipline dei due contratti.

Taluni<sup>23</sup> prendendo in considerazione i differenti interessi economici che muovono i contraenti alla stipula della operazione, escludono la possibilità di una ricostruzione dogmatica della fattispecie in termini di collegamento negoziale. Secondo tale orientamento non è ipotizzabile che la risoluzione del lease-back per inadempimento dell'utilizzatore si possa riflettere sulla vendita, perché in tal modo l'utilizzatore ridiventerebbe proprie-

---

<sup>23</sup> Cfr. FANAN, *Lease back*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1996, p. 789 ss.; BUSSANI, *op. cit.*, p. 566

tario del

bene<sup>24</sup>, ed il concedente si troverebbe nella condizione di perdere ogni diritto sulla cosa e di dover recuperare la somma versata come corrispettivo della vendita presso un partner già resosi inadempiente nella restituzione di una quota dello stesso prezzo. A tal punto difficilmente un *lessor* sarà disposto a prestare quel consenso - implicito o esplicito - che è requisito essenziale per poter configurare una qualsiasi ipotesi di collegamento negoziale fra le due figure<sup>25</sup>. Per quanto riguarda, invece, le patologie della compravendita, queste sono destinate a travolgere il leasing, non attraverso lo strumento del

---

<sup>24</sup> A tal proposito BUSSANI utilizza l'argomento del ritorno del bene in proprietà

dell'utilizzatore per escludere il collegamento negoziale, contra LEO, *op. cit.*

<sup>25</sup> Criticamente cfr. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali, cit.*, p. 445 ss., il quale osserva che il *lessor* può non avere nessun interesse a restare proprietario di un bene estremamente personalizzato che è difficilmente ricollocabile sul mercato. Con il venir meno della vendita il *lessor* non può disporre di un bene che è oramai ridivenuto di proprietà del *lessee*, e costui non può più proseguire una relazione contrattuale di leasing avente ad oggetto un bene che gli appartiene.

collegamento negoziale, bensì attraverso le

disposizioni generali che governano la materia dei contratti. Il riferimento è alla normale retroattività *inter partes* degli effetti delle cause d'invalidità o di risoluzione dei contratti, e all'evidente impossibilità, da parte dell'utilizzatore in lease-back, di beneficiare di quella qualifica di "terzo" che in varia misura (cfr. ad es. artt. 1399, comma 2°, 1415, comma 1°, 1445, 1452, 1458 c.c.) gli consentirebbe di fare salvo il suo diritto.

## **2.2. Il sale and lease-back quale contratto unitario.**

L'orientamento che considera il lease-back un fenomeno negoziale unitario avente una propria identità causale, ravvisa nella vendita una fase puramente prodromica del lease-back tale da non consentire una scissione dell'operazione in più fasi. Il contratto di lease-

back è pertanto un negozio atipico dotato di propria autonomia, che non può farsi coincidere con quella della vendita o del leasing, altrimenti si realizzerebbe “uno snaturamento

dell'essenza socio-giuridica del negozio”<sup>26</sup>. La Suprema Corte con la sentenza n. 10805/95 ha risolto il

problema della qualificazione di tale contratto ravvisandovi un contratto atipico, con struttura giuridica unitaria a formazione progressiva<sup>27</sup>, non frammentabile in alcun modo. Si respinge così la tesi, ormai obsoleta, della riconducibilità del lease-back a due differenti contratti seppur collegati (vendita e leasing): “Come tutti i

---

<sup>26</sup> Trib. Milano 3 marzo 1988, *cit.*

<sup>27</sup> LEO, *op. cit.*, p. 684 ritiene, invece, che il lease-back sia un procedimento snodato nelle fasi di: compravendita – locazione - pagamento dei canoni - opzione. La caratteristica dell'atto-procedimento, diversamente dalla fattispecie a formazione progressiva, è che la serie concatenata di atti e fatti posti a base del negozio permane anche dopo il perfezionamento di questo, non dissolvendosi e mantenendo ogni elemento la propria identità. Sulla distinzione tra procedimento e fattispecie a formazione progressiva FALZEA, *La condizione e gli elementi del negozio giuridico*, Milano, 1941, p. 185 ss. spec. p. 190.

contratti atipici, anche quello in esame presenta punti di contatto con figure negoziali tipiche, sicché, volendolo sezionare, ben si potrebbe ridurlo ad un mero assemblaggio di tipi legali (vendita; mutuo; locazione; opzione). Ma si tratterebbe, appunto, di un'operazione riduttiva, non rispettosa della funzione integratrice dell'ordinamento svolta dall'autonomia contrattuale nel settore dei traffici commerciali. Unitariamente considerato, per converso, il lease-back si configura come operazione economica complessa, rispondente ad una specifica esigenza, caratteristica dell'attività imprenditoriale (o del lavoro autonomo)...". Tuttavia tale unitarietà non costituirebbe un intralcio all'applicazione, al contratto *de quo*, delle norme sul contratto in generale e di quelle dei singoli tipi negoziali, al fine di disciplinare gli effetti, se ed in quanto compatibili con la struttura del negozio atipico

in discorso, in quanto in esso è ravvisabile un contratto misto, ovvero un contratto nel quale si combinano distinti schemi negoziali fusi insieme dalla unicità della causa<sup>28</sup>.

### **2.3. Il lease-back e la funzione di finanziamento.**

Il problema della individuazione della causa del contratto di lease-back si inquadra in quello più generale del concetto di causa del contratto.

La causa è stata definita come “la ragione pratica del contratto, cioè l’interesse che l’operazione contrattuale è diretta a soddisfare”<sup>29</sup>. Per la sua individuazione è necessario indagare sugli interessi, sulle finalità che, nell’ambiente sociale, il contratto, tipicamente, è destinato a rea-

---

<sup>28</sup> ROCCO, *Contratto di sale and lease back e divieto di patto commissorio: l’orientamento della suprema corte*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1997, p. 161.

<sup>29</sup> BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, 3, Milano, 1984, p. 419.

lizzare<sup>30</sup>; non si fa riferimento ai diversi interessi che le parti (o una di esse) intendono conseguire con il contratto di lease-back, deviandolo dalla sua funzione social-

---

<sup>30</sup> Non è questa la sede dove si intende ripercorrere gli itinerari che hanno riguardato la definizione di causa, ma può valere, ai fini del presente studio, discernere sulle diverse correnti dottrinali che si sono occupate di questa problematica. Classica è la bipartizione delle teorie in soggettive e oggettive (cfr. MIRABELLI, *Causa obiettiva e causa subiettiva*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 8 ss.). Nella prima metà del sec. XIX si afferma il filone soggettivo della causa, che trova riscontro nel cod. civ. del 1865, per il quale la causa coincide con lo scopo individuale delle parti (BATTISTONI, *La causa dei negozi giuridici*, Padova, 1932). A sostegno di questa tesi, taluno non considera la causa come un elemento indispensabile del negozio, ma gli attribuisce un semplice valore funzionale; tale funzionalità viene spiegata in rapporto al consenso e all'oggetto del contratto (cfr. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961 (ris.); Id., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, IV, p. 41 ss). La nascita della concezione obiettiva della causa si fa risalire al superamento della concezione volontaristica del negozio giuridico, il quale produce l'oggettivazione del contratto, e di conseguenza, anche della causa (Cfr. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, p. 131; BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Nss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 243). I fautori di tale teoria ritengono che la causa viene sottratta a qualsiasi legame con la volontà e sospinta nel domino dell'ordinamento. La causa nel suo aspetto funzionale assume l'espressione della limitazione dell'autonomia privata ad opera dell'ordinamento. Sul punto svariato sono state le interpretazioni che del concetto sono state date dai più autorevoli studiosi (Cfr. FERRARA, *La teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 143; FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 321; GIORGIANNI, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 563, nt. 90, 91, 92, 93, 94, 95; REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, vol. 1, Padova, 1931, p. 30; ALESSI, *Sul concetto di causa del negozio giuridico*, in *Tem. emil.*, 1933, III, p. 162 ss; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 188). La teoria dominante in dottrina e in giurisprudenza è quella che individua la causa nella funzione economico-sociale del negozio: gli interessi dei singoli soggetti di diritto devono svolgere, in quest'ottica, una funzione utile a tutta la comunità sociale; ciò rappresenta indubbiamente un riflesso del contesto storico-ideologico in cui la codificazione del 1942 vedeva la luce.

mente tipica<sup>31</sup>.

Il lease-back, inserendosi nell'ambito delle strategie finanziarie d'impresa, costituisce una particolare forma di autofinanziamento, consentendo all'utilizzatore di "monetizzare" (in tempi brevi) capitali immobilizzati, sfruttando il valore di scambio degli strumenti dell'impresa e, al contempo, conservandone l'uso (in caso contrario, sarebbe impedito l'esercizio dell'attività imprenditoriale).

Numerosi sono, pertanto, i vantaggi<sup>32</sup> che l'operazione offre: la liquidazione di investimenti inopportuni (i quali, giustificati nel passato, finirebbero per

---

<sup>31</sup> SCHERMI, *op. cit.*, p. 1746.

<sup>32</sup> Cfr. RETTAROLI, *Esperienze e prospettive del leasing in Italia*, in *Bancaria*, 1976, p. 597; RUOZI-MOTTURA-CARRETTA, "Leasing '80", Milano, 1977, p. 29 ss.; GALIMBERTI, *Il "leasing" – Elementi essenziali economici e finanziari*, Milano, 1981, p. 18 s.; BUSSANI, *op. cit.*, p. 558; NUZZO, "Lease-back", *elusione, potere degli organi ispettivi*, in *Rass. Tributaria*, I, 1990, p. 804 s.; FALLACARA, *Il contratto di sale and lease-back alla luce delle recenti pronunzie delle Commissioni Tributarie. Riflessioni sugli aspetti civilistici e fiscali*, in *Fisco*, 1991, p. 5576; NUZZO, *Lease back, elusione, potere degli organi ispettivi*, in *Banca Borsa e Tit. cred.*, 1991, I, p. 458.

gravare - da un certo momento in avanti- su un utilizzo più efficiente ed elastico delle risorse produttive), il finanziamento di impianti ad alto costo<sup>33</sup>, l'accrescimento di liquidità, nonché prospettive di considerevoli vantaggi fiscali<sup>34</sup>. L'obiettivo perseguito dal concedente è invece identico ad una normale operazione di locazione finanziaria: conseguire un utile economico, attraverso la riscossione dei canoni di locazione.

---

<sup>33</sup> Spesso costruiti in economia perché, per le loro particolari caratteristiche tecniche, non possono essere acquisiti direttamente sul mercato. BUSSANI, *op. cit.*, p. 561.

<sup>34</sup> La legislazione tributaria permette l'intera deducibilità dei canoni di leasing dal reddito dell'utilizzatore con notevoli risparmi d'imposta: vedi, per tutti, FANTOZZIALDERIGHI, *La disciplina fiscale della locazione finanziaria*, in AA. VV., *Il leasing. Profili civilistici e tributari*, Milano, 1975, p. 105 e segg.; nonché FANTOZZI, voce "*Leasing (Diritto tributario)*", in *Noviss. Dig. It.*, App., IV, 1983, p. 817 e segg.; NUZZO, *Lease back, elusione, potere degli organi ispettivi*, *op. cit.*, p. 453 segg.; GAMBOGI, *L'operazione di Lease back: regime fiscale e configurazione civilistica*, in *Società*, 1992, 7, p. 912; BUSSANI, *op. cit.*, p. 562 e ss. e p. 599 ss.

CAPITOLO II

LE PICCOLE E MEDIE IMPRESE

RUOLO E DEFINIZIONE

## **1 . - LE PICCOLE E MEDIE IMPRESE**

Le piccole e medie imprese, costituiscono la base portante del sistema economico del nostro paese .

Più del 90% delle imprese sono infatti di piccole e medie dimensioni. Le imprese minori hanno un ruolo importante in tutti i paesi, dagli USA alla Germania ed agli altri paesi europei, ma sono particolarmente rilevanti per il nostro paese in quanto rappresentano l'ossatura dell'intero sistema produttivo, costituendo così un pilastro fondamentale dell'industria italiana.

Esse presentano un livello di occupazione pari al 45% del totale in Italia, mentre tale livello si aggira intorno al 20% in Germania e Francia.

Le piccole e medie aziende svolgono un ruolo di primaria importanza nel processo di creazione di va-

lore aggiunto, ad contributo agli investimenti, allo sviluppo, alla esportazione.

Esse esprimono, altresì, valori umani, morali, professionali, capacità creativa, senso di intraprendenza e del rischio, fattori fondamentali nella moderna realtà sociale. Le imprese di minori dimensioni sono quindi sia importanti sia qualificanti per l'Italia sebbene in prospettiva il "sistema vitale" vada inserito nel quadro economico internazionale in un contesto di globalizzazione. Oggi, infatti, si parla di impresa globale<sup>35</sup> la quale concentra la propria attività su gruppi di mercati e adatta le strategie alle differenze tra questi. La funzione trainante di tali aziende deve però essere suffragata da concrete risposte alle carenze e vulnerabilità che le caratteriz-

---

<sup>35</sup> 1 G. PELLICELLI, *La gestione della finanza internazionale. Metodi e strumenti per un vantaggio competitivo nei mercati finanziari*, Etaslibri 1992

zano.

La quantità, la qualità, il costo del credito, la sottocapitalizzazione, l'esigenza di un più stabile equilibrio della struttura finanziaria, devono trovare valide soluzioni da parte delle istituzioni pubbliche e degli intermediari finanziari e creditizi. L'innegabile e crescente importanza delle PMI nel contesto produttivo nazionale giustifica ampiamente la crescente attenzione rivolta all'implementazione di articolate politiche industriali in sede comunitaria, nazionale, sub-nazionale volta al loro sostegno.

Il ruolo svolto dalle imprese minori nel modificare i meccanismi competitivi e la fisionomia stessa dell'ambiente economico, riveste un'importanza fondamentale e come tale suscita l'interesse del legislatore e la produzione di una cospicua mole di

provvedimenti, volta all'eliminazione o all'attenuazione di alcune "debolezze" finanziarie<sup>36</sup> delle imprese, orientata al superamento di taluni ostacoli e quindi a favorire un più facile perseguimento di vantaggi competitivi.

## **2. FATTORI DI TIPICITÀ DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE**

L'universo delle piccole e medie aziende costituisce un aggregato economico piuttosto complesso ed eterogeneo, che sfugge a rigorose definizioni, riflettendo molteplici realtà produttive. Tuttavia le ricerche condotte sulle imprese di minori dimensioni, hanno evidenziato alcune "uniformità relative"<sup>37</sup> cioè

---

<sup>36</sup> G. BRUNETTI, G. MUSSATI, G. CORBETTA, *Piccole e medie imprese e politica di facilitazione*, Egea, Milano, 1997, pag. 113.

<sup>37</sup> 3 A. DESSY, *Politiche finanziarie e indebitamento nelle piccole e medie imprese*, Egea, Milano, 1995, pag. 5.

caratteristiche che si presentano con una certa frequenza. All'interno di questo insieme di impresa si distinguono tre elementi:

- 1) L'assetto istituzionale
- 2) L'assetto tecnico-operativo e finanziario
- 3) I fattori ambientali, legislativi e di mercato

*1 . - Le PMI sono guidate da un team di vertice molto ristretto. Il soggetto economico di tali aziende si caratterizza per la limitata numerosità dei suoi componenti. il legame tra esso e l'azienda si rivela assai stretto, anche quando quest'ultima sia strutturata su base societaria<sup>38</sup>.*

Si tratta di un elemento di non poco conto dal

---

<sup>38</sup> Al riguardo, le gestioni produttive in discorso tendono ad assumere spesso la forma giuridica di società pur con capitali esigui per esigenze fiscali, mantenendo però la base sociale assai ristretta e limitata per lo più all'ambito familiare. Sussiste talora la forma individuale che rispecchia realtà economiche e dimensioni ridotte.

momento che conferisce alla piccola impresa una delle caratteristiche più rilevanti: la flessibilità, grazie alla quale essa riesce a mutare

con efficacia, e in tempi brevi, la qualità e anche la quantità della propria produzione adattandosi ai diffusi adattamenti del mercato e ai cambiamenti ambientali.

E' questa forse la caratteristica distintiva più importante ai fini del successo delle aziende di minori dimensioni soprattutto nei periodi in cui l'ambiente nel quale operano si presenta instabile e turbolento.

Tuttavia, allo stesso tempo, tale situazione fa sorgere dei problemi non indifferenti dovuti alla varietà e complessità delle decisioni che il soggetto economico deve adottare. Spesso, infatti, egli

non possiede tutte le necessarie informazioni per individuare le migliori soluzioni e quindi finisce per trascurare alcuni problemi o tralasciare invece aspetti strategici della gestione aziendale.

Pertanto, rispetto alle grandi, le piccole e medie aziende sono spesso caratterizzate da fenomeni di "sottodirezione" che rivelano lacune, soprattutto per quanto concerne la conoscenza dei mercati, le informazioni tecnologiche, i piani e i programmi previsionali, le procedure contabili e così via.

2) *Per quanto concerne l'aspetto tecnico-operativo*, vale precisare che le aziende minori tendono alla specializzazione del prodotto con attività svolta per conto proprio o di terzi, in parti-

colare, la diffusione del decentramento produttivo ha dato ampio impulso alla specializzazione e a produzioni realizzate per conto di altre imprese.

In sostanza, i processi di integrazione verticale e di altro tipo hanno assunto un notevole rilievo, impegnando una molteplicità di aziende con funzioni divenute altamente specialistiche. Ciò ha modificato i tradizionali schemi operativi e soprattutto ha messo in evidenza ruoli diversi svolti dalle grandi e dalle piccole imprese. Nonostante si riconosca alla PMI una capacità innovativa importantissima per lo sviluppo dell'economia italiana, di fatto essa risulta essere fortemente dipendente dalle innovazioni tecnologiche di aziende più grandi che si possono permettere di investire con continuità in ricerca e sviluppo. Dif-

fusa è la tendenza ad operare al limite della saturazione della capacità produttiva. Le soluzioni sperimentabili dalle gestioni produttive minori soffrono di oggettivi limiti e risentono delle fasi congiunturali attraversate. Così, mentre le grandi aziende possono ottenere fondi a titolo di capitale di credito a lunga scadenza sui mercati organizzati dei capitali a livello nazionale o internazionale, quelle minori sono generalmente escluse dai vasti mercati e possono attingere a fonti di finanziamento locale. Frequente è la sottocapitalizzazione, la presenza di una struttura finanziaria squilibrata e con capitale circolante scarso, particolarmente condizionata, nel suo percorso di sviluppo, da vincoli finanziari.

*3) Il numero delle PMI è assai più elevato rispetto a quello delle aziende maggiori ed è caratterizzato da una notevole dinamicità.*

Vale precisare che sebbene l'impresa minore possa godere di una quota di mercato rilevante, all'interno di una determinata nicchia di mercato, essa tende ad assumere generalmente una posizione non dominante nel settore di riferimento, nel quale si colloca. Si evidenzia notevole influsso esercitato da molti fattori ambientali quali provvedimenti di politica economica, monetaria e fiscale. In particolare, i mutamenti che intervengono a livello di politica economica del paese, nella normativa e politica fiscale, nei provvedimenti degli enti amministrativi, di finanziamento locale, nazionale sovranazionale hanno un effetto molto

più consistente e deleterio sull'economia delle piccole e medie imprese che non su quelle delle grandi. Il grado di vulnerabilità delle imprese minori, al mutare dei fattori esterni, è dunque particolarmente elevato, soprattutto se valutato rispetto al grado di influenzabilità che le stesse hanno su queste variabili.

Le PMI si caratterizzano per lo scarso potere contrattuale nei confronti delle controparti, siano essi operatori finanziari semplici fornitori.

Nella PMI è anche tipicamente limitata:

- *L'estensione della gamma delle funzioni aziendali.*

Queste imprese spesso esternalizzano funzioni come l'amministrazione o il marketing perché troppo costose, e concentrano all'interno un numero limitato di funzioni. Non è raro, inoltre, che il respon-

sabile della produzione sia anche il responsabile degli acquisti e della ricerca e sviluppo.

L'estensione funzionale tende ad aumentare con l'internazionalizzazione, perché l'ingresso e il successivo consolidamento dell'azienda all'estero richiedono una maggiore articolazione della struttura organizzativa, che viene così a verticalizzarsi, nel senso che aumentano i livelli al suo interno e caratterizzarsi per una minore concentrazione, nell'ambito delle stesse funzioni, di compiti e responsabilità.

*- L'estensione spaziale (intesa come numerosità delle unità operative).*

Anche quando l'impresa è di medie dimensioni, la tendenza è concentrare tutte le attività nell'ambito delle stesse unità fisiche (uffici, stabilimenti, centro esposizioni). Questo fatto è da collegarsi ad altre ca-

ratteristiche distintive dell'impresa di dimensioni minori, tra cui l'accentramento decisionale nelle mani dell'imprenditore e l'informalità dei sistemi di comunicazione. Se tali imprese avessero una maggiore estensione spaziale e, quindi più unità in luoghi diversi, si renderebbe necessaria la predisposizione di adeguati meccanismi per una comunicazione formale, l'imprenditore si troverebbe costretto ad un maggior grado di delega, si perderebbe l'immediatezza di rapporto, la possibilità di avere strette relazioni interpersonali all'interno dell'azienda.

- *L'estensione interaziendale (cioè la numerosità dei rapporti di collaborazione con altre imprese).*

Spesso l'imprenditore-proprietario è infatti poco disponibile ad operare in situazioni di ambiguità, tipiche delle relazioni interaziendali e ad accettare che

altri si prendano, anche su oggetti limitati, decisioni in sua vece.

L'estensione interaziendale può essere elevata per quelle piccole imprese che, non avendo la possibilità di operare economicamente in autonomia, divengono sub-fornitori di altre aziende e si trovano non esattamente per propria volontà, a far parte di ampi aggregati di imprese. Quando l'impresa si incammina sul percorso dell'internazionalizzazione tende spesso a crescere.

La collaborazione con altre aziende è spesso infatti il modo in cui la piccola e media azienda riesce a realizzare efficacemente l'ingresso su mercati stranieri.

### **3.- IL PROBLEMA DELLA DEFINIZIONE DELLA PICCOLA E MEDIA IMPRESA**

#### **3.1 I PARAMETRI QUALITATIVI:**

Sotto la denominazione di piccole e medie imprese si riunisce una vasta gamma di entità di dimensioni differenti, con problematiche economiche estremamente variegate: dalle cosiddette microimprese con un limitatissimo numero di addetti, a imprese con strutture organizzative più complesse e formalizzate, da aziende mono-prodotto operanti su mercati locali, ad altre distribuite sull'intero territorio nazionale e spesso anche all'estero.

Risulta quindi difficile determinare rigidamente il sistema della PMI, tuttavia nasce l'esigenza di ricercare e di adottare uno o più criteri dimensionali.

Si può affrontare la tematica della definizione

individuando anzitutto le principali tipiche caratteristiche qualitative di tali aziende. I tratti peculiari delle imprese minori sono diversi, tra questi spicca in primo luogo la gestione diretta, autonoma ed indipendente da parte del soggetto economico, questo si avvale talvolta di collaboratori i quali sono tuttavia dotati di scarsa specializzazione, ed assumono quindi funzioni polivalenti. Un secondo parametro qualitativo è rappresentato dal "potere di mercato" relativamente modesto, e ciò in relazione ai rapporti con clienti, con i fornitori, con gli istituti di credito e con ambiente circostante in genere.

Le PMI non hanno inoltre molte possibilità di accedere al mercato mobiliare, e talvolta incontrano difficoltà anche nel reperimento di capitale di credito, specie nel medio-lungo termine.

### **3.2 I PARAMETRI QUANTITATIVI:**

In determinate situazioni, l'assegnazione di un'impresa ad una determinata classe dimensionale va necessariamente effettuata con rigorosi criteri di automaticità e certezza, non

potendo essere affidata all'interpretazione e al giudizio soggettivo. Ci si riferisce sia al caso in cui la distinzione sia effettuata a scopi statistici, sia al caso in cui ci si proponga di

supportare determinate categorie dimensionali, riservando loro trattamenti di favore sul piano fiscale, finanziario, giuridico o di altro tipo. I parametri quantitativi utilizzabili al fine di

esprimere la dimensione di un'impresa sono numerosi, tra di essi tuttavia quelli più significativi sono quattro: il capitale investito, il numero degli

addetti, il fatturato e il valore aggiunto.

#### **4 . - IL CAPITALE INVESTITO**

Il capitale investito viene utilizzato con notevole frequenza ed in numerosi paesi, quale parametro atto a misurare le dimensioni aziendali. Il suo utilizzo è particolarmente diffuso in Italia, ove il legislatore ha fornito, di tale concetto, interpretazioni spesso originali e comunque non uniformi nel

tempo. Mentre agli inizi degli anni sessanta, infatti ha prevalso un criterio di calcolo basato sulla somma algebrica degli immobilizzi di bilancio al netto dei fondi, più il capitale circolante netto, a partire dalla metà degli anni settanta ha preso avvio un'impostazione, tuttora vigente, che definisce il capitale investito come il valore delle immobilizzazioni

tecniche al netto dei relativi ammortamenti e delle rivalutazioni per conguaglio monetario. La validità di tale parametro, incontra tuttavia numerosi vincoli. Limitandoci ai problemi di carattere generale è opportuno sottolineare che il ricorso al capitale investito non consente di tenere nel debito conto il tipo di lavorazione effettuata dall'impresa, che può essere caratterizzata da una impostazione prevalentemente *capital intensive* o *labour intensive*.

Nel primo caso ci si riferisce ad esempio a lavorazioni nelle quali si ricorre largamente a processi automatizzati, l'utilizzo di tale indicatore porterà ad un valore che tende a sovrastimare le dimensioni aziendali. Nelle ipotesi "*labour intensive*", si ricorre in prevalenza, all'impiego di manodopera. Inoltre, il parametro in questione non evidenzia l'eventuale u-

utilizzo di beni acquistati in locazione o in *leasing*. Si potrebbero così determinare discriminazioni tra due aziende che sul piano operativo presentano dimensioni analoghe, qualora l'una sia formalmente proprietaria dei propri impianti, mentre l'altra ne usufruisce a fronte di un contratto di locazione finanziaria. E infine il capitale investito non sempre evidenzia correttamente l'eventuale appartenenza dell'azienda ad un gruppo.

Mentre infatti il parametro in questione tiene conto di eventuali partecipazioni a "valle", esso non è in alcun modo influenzato da eventuali collegamenti a "monte". In altri termini, l'azionariato di una azienda non ha alcun effetto sul suo capitale investito.

Capitolo III  
LE PROBLEMATICHE FINANZIARIE  
DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE

## **1 . - La diffusione, la definizione e il ruolo delle piccole e medie imprese.**

L'interesse da sempre dedicato sia dagli studiosi che dagli operatori del nostro Paese alle aziende di piccole e medie dimensioni è legato sostanzialmente a due fenomeni, da un lato alle peculiarità del sistema industriale italiano, dall'altro alle positive *performances* spesso evidenziate da tali entità, in particolare in periodi di congiuntura negativa. Con riferimento al primo di questi aspetti, sovente si evidenzia come si caratteristico del sistema industriale italiano un basso grado di concentrazione economica a cui è associata l'elevata presenza di aziende di dimensioni ridotte. Questa peculiarità, pur essendo presente in molti Paesi industrializzati, assume una particolare rilevanza in Italia dove non solo si evi-

denzia la larghissima presenza di imprese di piccole dimensioni, ma anche una sostanziale scarsità di aziende di medie dimensioni in rapporto ad altri Paesi industrializzati, per cui risulta particolarmente importante l'analisi delle problematiche che le PMI devono affrontare per risolvere il loro fabbisogno finanziario e quindi l'accesso al mercato del credito. Risulta, pertanto, importante l'assunzione di parametri di definizione della piccola impresa, dato che si è sviluppata nel tempo una normativa nazionale e comunitaria di agevolazioni fiscali e creditizie, capaci di assicurare lo sviluppo ed il consolidamento. Numerose indagini testimoniano una maggiore vitalità delle imprese minori in relazione alle altre, al punto che in Italia spesso le piccole imprese hanno superato quelle di grandi dimensioni per redditività, propensione all'investimento e capacità di creazione di

posti di lavoro. In ciò, sono state «favorite dai mutamenti profondi nei prezzi relativi, nelle tecnologia e nelle relazioni industriali intervenuti nell'ultimo decennio nel nostro Paese che hanno creato condizioni nelle quali la piccola impresa ha acquisito vantaggi in termini di assetti organizzativi, di flessibilità operativa, di rapidità di adattamento all'evoluzione della domanda, fattori tutti che hanno compensato le minori economie di scala e nello stesso tempo hanno fatto della piccola impresa uno dei punti di forza dell'economia italiana nelle fase negativa del ciclo dei primi anni novanta»<sup>39</sup>.

Nonostante la crescente attenzione rivolta alla piccola e media impresa, i problemi connessi alla sua definizione risultano tuttora irrisolti: gli analisti economici non hanno ancora portato ad una definizione precisa o con-

---

<sup>39</sup> FAZIO A., 1999

corde o ad un'indicazione stabile dei parametri caratterizzanti; dal punto di vista legislativo, invece, sono in vigore disposizioni precise ma per molti versi soggette alle stesse critiche rivolte alle classificazioni economiche. La difficoltà consiste nell'impiego di parametri che qualifichino la piccola e media dimensione in modo oggettivo, posto che comunque la dimensione stessa di impresa è di fatto indeterminata<sup>40</sup>. I parametri di valutazione, generalmente, si basano su variabili come il numero dei dipendenti, il fatturato, il valore aggiunto.

Le classificazioni che si basano su questi parametri hanno il pregio di rappresentare un modello della realtà delle imprese, ma soffrono il difetto dell'arbitrarietà. L'uso di precisi parametri quantitativi, d'altronde, comporta un potenziale rischio di freno allo sviluppo per

---

<sup>40</sup> ZAPPA G., 1956

quelle imprese che si trovano sulla soglia entro la quale in qualità di PMI beneficerebbero dei vantaggi concessi a tale categoria e che si qualificano in interventi a favore dell'imprenditoria minore.

E' questa la ragione per cui in Italia fino alla legge n.317 del 1991, il codice civile fissava solo in modo generico la definizione di piccola impresa.

I parametri finora adottati in politica industriale fanno riferimento al capitale investito e al numero di addetti (dove per capitale investito si intende il valore delle immobilizzazioni tecniche al netto degli ammortamenti e delle rivalutazioni monetarie).

Il ruolo svolto dalle piccole e medie imprese all'interno di un sistema industriale è stato oggetto di frequenti analisi che hanno dato luogo ad una certa varietà di teorie in proposito. Tra queste, la più nota e dif-

fusa è forse quella della Penrose [1973]. Secondo questa tesi, la nascita e la sopravvivenza delle imprese minori si giustifica con l'evidenziarsi, in determinati settori, di tassi di sviluppo superiori alle capacità di espansione delle grandi imprese. Queste, incapaci o non desiderose di cogliere le opportunità che si presentano loro, tralasciano le alternative che giudicano meno appetibili e che meno si addicono alle loro caratteristiche, lasciando liberi spazi (i cosiddetti interstizi) alle imprese di minori dimensioni. Secondo tale tesi, pertanto, le piccole imprese crescono e si sviluppano all'ombra delle imprese di più grandi dimensioni fino al momento in cui, a seguito di una stagnazione del mercato o di un accresciuto tasso di sviluppo delle imprese maggiori, anche gli spazi aperti alle imprese minori non vengono occupati da quelle maggiori.

Non di rado, tuttavia, anche aziende nate sulla spinta di opportunità interstiziali, riescono successivamente a creare e conservare condizioni di efficienza tali da consentire loro di svilupparsi, fino a raggiungere la dimensione media e quella grande. Sempre di più il vantaggio competitivo necessario per affrontare un simile processo di crescita è legato alla capacità di introdurre innovazioni. Per Schumpeter, l'innovazione costituisce il cardine dello sviluppo: essa può riguardare un nuovo bene, un nuovo processo produttivo, l'apertura di un nuovo mercato, o di nuove fonti di approvvigionamento, un mutamento nell'organizzazione<sup>41</sup>. Il dibattito tra coloro che affermano che le aziende minori siano più efficienti nel realizzare innovazione rispetto a quelle di grandi dimensioni (approccio *paleoschumpeteriano*) e coloro che sosten-

---

<sup>41</sup> SHUMPETER J.A., 1971

gono il contrario (*neoschumpeteriani*) è aperto da lunga data e tuttavia i risultati proposti dalle indagini che sono state condotte a proposito non sono tali da confortare in modo convincente l'una o l'altra tesi. Da alcune indagini si è avuta la conferma che sia le grandi che le piccole imprese sono in grado di fornire il proprio contributo all'innovazione tecnologica sia pure con intensità e modalità che si presentano differenti nei vari settori. In particolare, le imprese di minori dimensioni sfruttando le loro caratteristiche tipiche, l'elasticità e la flessibilità, la snellezza organizzativa e la conseguente rapidità decisionale, l'assenza di diseconomie di scala sono state in molti casi avvantaggiate nell'apportare cambiamenti anche radicali nella loro struttura rispondendo con maggior rapidità ed efficienza ai mutamenti della domanda . Oggi, le prospettive che si aprono alle imprese di piccole

dimensioni sono assai più turbolente rispetto al passato, per l'aumento della competizione dovuto al rallentamento dello sviluppo economico, per la spinta sempre più frequente alla globalizzazione e per la concreta realizzazione dell'Unione Europea, che limiterà ogni ulteriore vincolo alla libera concorrenza e annullerà le frizioni dovute all'esistenza di valute nazionali differenti. Sembra delinearsi un trend di consolidamento che tenderà a portare ad un livello maggiore la soglia di sopravvivenza delle PMI. A fronte di ciò, uno degli aspetti maggiormente sentiti è costituito dai limiti alla crescita derivanti dalla difficoltà di accesso ai finanziamenti, e tra questi in particolare quelli a titolo di capitale di rischio. E' auspicabile che a fronte di una maggiore consapevolezza nella gestione degli aspetti finanziari da parte delle PMI, i rapporti che legano questo tipo di aziende con il mercato

del credito e con quello dei capitali si indirizzino verso un maggior equilibrio, permettendo anche alle PMI, nei limiti delle loro necessità di sviluppo, l'adozione di una struttura finanziaria adeguata alle proprie esigenze .

Il comportamento delle PMI in tema di finanziamenti risulta diverso rispetto a quelle di grandi dimensioni in quanto le caratteristiche del loro fabbisogno evidenziano l'importanza dei mezzi propri , rispetto all'indebitamento , le difficoltà che incontrano sul mercato del credito a medio e lungo termine, rappresentando un grosso limite al loro sviluppo dimensionale e di penetrazione sui mercati.

## **2 . - La problematica dei finanziamenti alle piccole e medie imprese.**

In questo lavoro di tesi si è affrontato il tema del finanziamento alle PMI in un'ottica che mette in risalto lo stato attuale e l'evoluzione in corso dei rapporti col mercato del credito e dei capitali. La letteratura sul tema della finanza nelle PMI si è concentrata sulla fragilità della loro struttura finanziaria, sull'elevato grado di indebitamento, spesso a breve, che le contraddistingue e che è sintomo di una relazione esclusiva e con limitata capacità di contrattazione con le banche e di una pressoché totale assenza di un efficiente mercato dei capitali. Nell'ultimo decennio, si è assistito ad un rapidissimo mutamento delle condizioni preesistenti nei mercati finanziari che hanno contribuito al verificarsi di una situazione tanto critica. Scopo di questo lavoro è verificare se

le trasformazioni in atto sono tali da rappresentare sempre un superamento degli schemi tradizionali, apportando dei benefici concreti nell'ambito del finanziamento alle PMI.

Nei momenti di grande cambiamento degli scenari competitivi, la tentazione più tipica, ma anche l'errore più frequente, è quello di restare ancorati a schemi mentali consolidati, che resisi utili ed efficaci in passato, non sono, purtroppo, immuni dal rischio di divenire rapidamente obsoleti, fino ad intralciare la comprensione dei mutamenti in corso e l'azione delle imprese diretta a cogliere le potenzialità di nuove sfide competitive. Spesso un'azienda, industriale o commerciale che sia, e specialmente se di piccole dimensioni, può dimostrarsi anche particolarmente innovativa nel formulare e perseguire, con mezzi adeguati, politiche strategiche determinanti

come l'ingresso in nuovi mercati, l'introduzione di nuovi prodotti, lo sviluppo di nuovi business. Non altrettanto attenta e determinata si rivela nel perseguire politiche di natura finanziaria, che al contrario delle altre attività strategiche per l'azienda, sembrano destinate a rivestire un ruolo residuale. In ambito finanziario, più che in quello produttivo o commerciale, gli schemi mentali passati costituiscono un ostacolo per la comprensione e introduzione di innovazioni, fino a divenire, in ultima istanza, un vero e proprio vincolo per lo sviluppo delle imprese. Uscire dagli schemi tradizionali significa riformulare i percorsi che conducono le imprese verso la scelta della propria struttura finanziaria, per selezionare le fonti di finanziamento in ragione delle nuove esigenze di investimento, ma significa anche approntare i necessari cambiamenti all'interno dei mercati finanziari affinché le

imprese vi trovino finanziatori in grado di affiancarle nel difficile percorso di crescita.

L'analisi delle trasformazioni in atto all'interno del sistema finanziario italiano, come risposta all'evoluzione in corso nei mercati internazionali e alla produzione normativa recente, dovrebbe testare le potenzialità del cambiamento nel superare gli schemi tradizionali di cui si è detto.

Il problema dell'esistenza e dell'eventuale individuazione di una struttura finanziaria che si riveli ottimale è un dibattito aperto, ormai, da decenni. La letteratura in materia può essere suddivisa in due importanti filoni a seconda che l'approccio con il quale vengono affrontati tali tematiche sia di carattere aziendale o economico finanziario. Le teorie di matrice aziendale hanno incentrato l'analisi degli aspetti finanziari della gestione sul

semplice meccanismo della leva finanziaria. In presenza di indebitamento, per effetto dell'agire del meccanismo della leva finanziaria, un'azienda offre ai suoi azionisti una redditività del capitale di rischio maggiore di quella di una azienda che, al contrario, avesse scelto di non indebitarsi e finanziarsi esclusivamente attraverso i mezzi propri. È quindi, evidente che per sfruttare al meglio l'agire di tale meccanismo un'azienda dovrebbe spingere il proprio livello di indebitamento fino ad ottenere la massima redditività del capitale di rischio. Al di là della semplicità di comprensione ed utilizzo di tale meccanismo, è anche vero che, da sempre, gli economisti ne hanno messo in luce pesanti limiti. Il principale è connesso al rischio che l'effetto moltiplicativo della leva possa, in presenza di un peggioramento delle condizioni economiche dell'azienda (variazione del costo

dell'indebitamento, riduzione dei margini di profitto, ecc.), diventare negativo con un effetto depressivo sulla redditività aziendale tanto maggiore quanto maggiore è il tasso di indebitamento. L'altro limite discende dal fatto che l'uso del meccanismo della leva prescinde dalle caratteristiche dell'azienda e dalle sue esigenze di investimento con il rischio che se ne faccia un uso miope, sicuramente dannoso per l'impresa.

Nel sopperire a tali limiti, le teorie aziendali più recenti hanno suggerito nell'analisi del fabbisogno finanziario di un'impresa l'uso dell'analisi dei flussi reddituali finanziari e monetari generati dalla gestione. Assume rilievo la composizione tra le scadenze dell'attivo e del passivo e, secondo un principio piuttosto intuitivo, si tende a dare copertura agli impieghi a lungo termine con fonti destinate a permanere in azienda. Le teorie di ma-

trice economico-finanziaria, affrontano il tema dell'individuazione della struttura di indebitamento ottimale, in un'ottica che privilegia la creazione del valore dell'impresa. L'approccio è completamente diverso da quello di carattere tipicamente contabile delle teorie aziendali, eppure i risultati che si ottengono, pur tenendo conto dei contrasti teorici ancora insoluti, in parte tendono a coincidere. Alle teorie finanziarie va, senza dubbio, il merito di aver rapportato le scelte finanziarie delle imprese ai caratteri dei mercati finanziari, facendo acquisire la consapevolezza che l'imperfezione dei mercati finanziari, che si manifesta attraverso la presenza di costi di fallimento, benefici fiscali dell'indebitamento, costi di agenzia, influenza le preferenze di finanziamento delle imprese imponendo dei vincoli alla scelta tra fonti alternative di investimento.

Nel tentativo di chiarire le motivazioni che sono alla base dell'adozione di strutture finanziarie che appaiono sub-ottimali, appare chiaro come il perseguimento di una struttura finanziaria adeguata alle necessità di una PMI, sia di fatto ostacolata dalla presenza di tutta una serie di fattori operativi, di natura endogena e esogena. Al riguardo, si è soliti parlare dell'esistenza di un vero e proprio *vincolo finanziario* per identificare l'insieme delle condizioni di mercato o delle condizioni gestionali che rendono impossibile all'impresa l'accesso a particolari fonti di finanziamento nelle quantità e nei tempi di cui necessitano, o che comunque permette l'accesso solo ad un costo più elevato di quello di mercato.

I vincoli di natura endogena investono i caratteri di una cultura del fare azienda fortemente incentrata sull'individualismo, sulla scarsa apertura e trasparenza

nel timore di perdita del controllo, sulla scarsa propensione delle aziende nel seguire attentamente gli aspetti finanziari della gestione.

Tra le circostanze esterne di ambiente e di mercato sono senz'altro da ricomprendere, oltre alle congiunture di carattere economico e monetario, le condizioni via via esistenti sul mercato dei prestiti, nonché i provvedimenti adottati in materia creditizia, fiscale e valutaria dalle autorità pubbliche, provvedimenti che vanno a minare la perfezione e la concorrenzialità dei mercati finanziari.

IL sistema creditizio italiano sconta una profonda inefficienza nell'allocazione delle risorse finanziarie agli investimenti più redditizi e una forte avversione al rischio a livello di singolo istituto, ma non di sistema, come conseguenze dei vincoli di specializzazione e separazione che ne hanno a lungo circoscritto l'operatività, e

soffre una sensibile deresponsabilizzazione e un impersonale rapporto con le imprese, insoddisfacente per entrambi i contraenti, in virtù di pratiche dettate da comportamenti opportunistici e di co-assicurazione tra gli istituti, tra i quali spicca la prassi dei fidi multipli.

Altrettanto critica, specialmente nei confronti delle PMI, la situazione presente nel mercato finanziario, dove l'assenza di operatori che esercitino l'attività di finanziamento a lungo termine si è sommata all'esistenza di una Borsa di piccole dimensioni, per capitalizzazione e numero di aziende quotate, incapace di rappresentare un'efficace strumento per il finanziamento delle imprese, perché pesantemente colpita da tendenze speculative e da un regime fiscale penalizzante. Inesistente, inoltre, il suo ruolo di promozione di aziende di dimensione medio piccola, che da un lato trovavano nei requisiti forma-

li di ammissione un ostacolo dimensionale tale da limitare l'accesso alla quotazione, dall'altro soffrendo di un limitato flottante, di una minor visibilità e di una maggiore percezione del rischio associato, erano oggetto di pratiche speculative.

Se le condizioni presenti nel mercato del credito e del capitale sono apparse per lungo tempo inadeguate a sostenere efficacemente la crescita delle imprese, nell'ultimo decennio, come diretta conseguenza dell'evoluzione dei mercati finanziari internazionali e del recepimento all'interno della normativa italiana dei principi regolatori dei mercati adottati a livello europeo, il sistema finanziario italiano è andato in corso a profonde trasformazioni che hanno modificato gli assetti strutturali del mercato del credito e del capitale contribuendo a un graduale e progressivo miglioramento dell'efficacia

nell'allocazione delle risorse e nel rapporto con le imprese. All'interno del sistema creditizio sono venute meno le barriere legislative all'operatività orizzontale degli istituti, l'obbligo di specializzazione temporale, il divieto di acquisire partecipazioni in imprese industriali.

All'interno del sistema finanziario sono state riconosciute e disciplinate nuove figure di intermediazione, si è garantita una maggior operatività degli intermediari anche in ambito internazionale (grazie all'operare del principio del mutuo riconoscimento all'interno dei paesi che aderiscono all'Unione Monetaria Europea), si è proceduto alla creazione di un unico mercato nazionale telematico e alla privatizzazione della società che lo gestisce, si è creato un nuovo segmento del mercato azionario appositamente studiato per le PMI dalle alte potenzialità di sviluppo. Infine dal lato dei rapporti tra le imprese e i mer-

cati, si sono apportati interventi dal punto di vista fiscale che riducano le distorsioni fiscali nelle scelte di finanziamento delle imprese e incentivino il ricorso al capitale di rischio anche attraverso la quotazione nei mercati regolamentati. Di fronte a cambiamenti tanto profondi quanto generali perché investono il sistema economico e finanziario nel suo complesso, sembra opportuno interrogarsi sul modo in cui gli operatori, sia economici che finanziari, li percepiscano, ne divengano partecipi e contribuiscano alla loro affermazione in tempi più o meno ridotti, ovvero, se, al contrario, se ne sentano minacciati e ritardino a percepirne gli effetti positivi. A tale scopo è stata condotta un'indagine empirica che, focalizzandosi sugli aspetti di tipo qualitativo delle relazioni intrattenuite dalle imprese con le banche e il mercato e scontando, pertanto, il rigore tecnico delle analisi di stampo quanti-

tativo, è stata indirizzata a cogliere lo stato dei rapporti tra le imprese e i loro finanziatori e l'effetto sulle scelte di finanziamento delle nuove dinamiche presenti sui mercati finanziari.

Le forme di finanziamento più importanti di tipo contrattuale sono: il Mutuo, lo Sconto ed il Leasing.

Tra le forme di finanziamento a medio termine, una posizione di primo piano è stata conquistata in questi ultimi decenni dal leasing.

Le tipologie di leasing sono:

- Il leasing operativo
- Il leasing finanziario, il quale a sua volta si distingue in leasing immobiliare e sale lease back.

### **3 . - IL RICORSO AL LEASING ED AL LEASEBACK DA PARTE DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE.**

Il contratto di leasing è particolarmente gradito dalla PMI in quanto presenta caratteristiche di

1. rapidità e snellezza dell'istruttoria,
2. assenza di garanzie reali e personali,
3. maggiore flessibilità rispetto ad altri tipi di

contratto di finanziamento.

Viceversa le imprese che concedono il leasing, riducendo l'importo medio delle operazioni, possono ripartire meglio il rischio di insolvenza, diversificando gli investimenti concessi. Inoltre, poiché i beni concessi alle PMI risultando alquanto standardizzati e prodotti in serie ed avendo un valore unitario limitato, sono di maggiore appetibilità commerciale, in quanto sono utilizzati proficuamente da un vasto numero di aziende. Per cui in caso

di insolvenza da parte del locatario, tali cespiti potranno essere collocati più facilmente sul mercato.

Il lease back rappresenta una evoluzione naturale del leasing immobiliare, che se pur presenta dei vantaggi innovativi del mercato finanziario, in una situazione di instabilità economica e politica va incontro a distorsioni che possono incidere sulla stabilità delle imprese come si può evincere dalla considerazione di alcuni recenti provvedimenti in materia di finanziamenti pubblici, emessi dal Governo con riferimento alla cessione del patrimonio immobiliare di alcuni Istituti Previdenziali, di cui si è occupata la stampa nazionale qualificata.

## Capitolo IV

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEL

*SALE AND LEASE BACK*

## **1 . - Cenni sul *leasing***

Il *leasing* (o locazione finanziaria) è un contratto di matrice anglosassone, allo stato attuale, atipico e innominato: di esso, infatti, il legislatore si è occupato soltanto per disciplinarne alcuni aspetti particolari, ma senza mai arrivare a dettarne una disciplina organica.

L'unica definizione presente nel nostro ordinamento giuridico è contenuta nell'art. 17 comma 2 della legge 12 maggio 1976 n. 183; norma che non ha portata generale atteso che si riferisce solo ad una forma particolare di *leasing* finanziario agevolato per gli impianti industriali.

In base a tale disposizione "*per operazioni di locazione finanziaria si intendono operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquistati o fatti costruire dal lo-*

*catore (lessor), su scelta e indicazione del conduttore (lessee), che ne assume tutti i rischi, e con facoltà di quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito".*

La definizione legale pone subito l'accento sulla trilateralità dell'operazione di leasing che richiede l'intervento, appunto, di tre distinte figure: il fornitore del bene, il concedente, che acquista il bene o lo fa costruire dal fornitore su indicazione dell'utilizzatore, e l'utilizzatore stesso. Tale struttura esclude dall'ambito del *leasing* finanziario, come peraltro già bene evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, il c.d. "*leasing* diretto" o "*leasing* del costruttore" ossia quella particolare forma contrattuale in cui fornitore e concedente

coincidono.

## **2 . - La peculiare forma del *sale and lease back***

L'autonomia negoziale ha successivamente elaborato una forma particolare di *leasing* diretto a soddisfare, ex art. 1322 c.c., “*nuovi specifici interessi meritevoli di tutela nella vita economica*” e chiamato *sale and lease back* (o locazione finanziaria di ritorno).

Esso si realizza allorché il *lessor* (la società di leasing) acquista il bene (strumentale per l'esercizio dell'impresa), generalmente immobile ma talvolta anche mobile, direttamente dal suo utilizzatore.

Due le differenze sostanziali rispetto al *leasing* tradizionale.

Dapprima la particolare struttura del *sale and lease back* produce l'effetto di rendere inapplicabili le clausole di esonero della responsabilità del concedente e di cessione all'utilizzatore delle azioni spettanti alla società di *leasing* nei confronti del fornitore;

In secondo luogo manca la trilateralità del rapporto perché i soggetti dell'operazione sono soltanto due: il concedente e l'utilizzatore-fornitore. La definizione di cui alla legge n. 183/76 e la giurisprudenza della Suprema Corte, del resto, non hanno mai indicato, quale condizione del contratto di *leasing*, che il bene appartenesse ad un soggetto diverso dall'utilizzatore.

La Corte di Cassazione ha invero individuato come requisito dell'operazione la trilateralità del rapporto, ma soltanto per escludere dal *leasing* finanziario quel contratto in cui il concedente fosse già proprietario del bene

(c.d. *leasing* diretto). L'intento, in sostanza, era quello di evitare confusione tra le figure di fornitore e concedente, ma non tra fornitore e utilizzatore. E' soltanto nel primo caso infatti che viene meno una delle peculiarità del contratto in parola, ossia l'acquisto del bene da parte del locatore al solo scopo di concederlo in locazione finanziaria.

### **3. - *Lease back* e divieto di patto commissorio**

Secondo l'interpretazione più recente della Corte di Cassazione, lo schema negoziale socialmente tipico del *lease back* ha struttura e funzione autonome e si compone di due distinte fattispecie contrattuali cui fanno capo distinti effetti giuridici: la vendita del bene da parte dell'utilizzatore alla società concedente, tramite la quale si perfeziona l'acquisto della proprietà in capo al *lessor*, e

il successivo contratto di *leasing* vero e proprio, con il quale l'originario venditore ottiene l'utilizzazione in locazione finanziaria del medesimo bene.

Il successivo ritrasferimento della proprietà della cosa in capo all'utilizzatore assume, come in ogni contratto di locazione finanziaria, un carattere meramente eventuale poiché subordinato all'esercizio del diritto d'opzione spettante al conduttore.

Questo schema contrattuale ha suscitato notevoli perplessità ed è stato da più parti ritenuto nullo per diverse ragioni. Innanzitutto, secondo tale interpretazione, esso, in contrasto con quanto previsto dall'art. 1322 c.c., non risponderebbe ad interessi meritevoli di tutela e soprattutto violerebbe i principi di tipicità delle garanzie reali.

In secondo luogo, tale schema negoziale verrebbe a realizzare un'operazione economica complessa che tende a risultati diversi da quelli propri dei negozi (vendita e successivo *leasing*) posti formalmente in essere dalle parti e perseguirebbe effetti di schemi negoziali altrimenti illeciti (ossia in frode alla legge). La sua causa si sostanzierebbe infatti in un mutuo assistito da garanzia atipica col quale verrebbe aggirato il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., realizzando quindi un contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.) e dunque nullo - o, secondo taluni, *contra legem* -.

L'art. 2744 c.c. sopra menzionato sancisce la nullità del 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*".

La *ratio* della norma è stata tradizionalmente individuata nell'esigenza di tutelare i terzi dal rischio di approfittamento da parte del concedente che, sfruttando le condizioni di difficoltà economica del venditore-utilizzatore, riesca ad acquistare la proprietà di un bene per un'operazione che economicamente è di tipo finanziario assistito da garanzia, eludendo così la regola della *par condicio creditorum*: gli altri creditori, infatti, verrebbero pregiudicati dalla sottrazione al patrimonio complessivo del debitore di un bene che, secondo la regola della garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c., dovrebbe andare a soddisfare i creditori per quanto ecceda il debito assistito da garanzia reale.

La garanzia atipica sarebbe ottenuta mediante il trasferimento immediato, ma non definitivo (perché subordinato all'esercizio dell'opzione finale), della proprietà

di un bene facente parte dell'azienda del debitore, il quale ne manterrebbe in tal modo la disponibilità. In tal senso, dunque, verrebbero frustrati gli effetti tipici della vendita (cessione del bene e dunque acquisto della signoria assoluta, intesa sia come possesso che come libera disponibilità) per mantenere in pratica quelli soli di tipo finanziario.

In quest'ottica il *sale and lease back* verrebbe ad essere qualificato non come operazione finanziaria *in senso economico*, composta da due distinti negozi giuridici di vendita e di *leasing*, bensì come un unico negozio, nullo perché avente causa illecita, mediante il quale la proprietà della cosa viene trasferita al concedente al solo scopo di garantire il debito contratto. Si tratterebbe, in sostanza, di un espediente per mascherare un mutuo assistito da garanzia reale (costituita dal bene di cui è stata trasferita

la proprietà) nel quale i canoni rappresenterebbero non il corrispettivo del godimento del bene e/o rate di un prezzo d'acquisto eventuale, secondo la logica della locazione finanziaria, ma rate del finanziamento ottenuto.

#### *4 . - Il problema della Liceità del lease back. Considerazioni generali*

La giurisprudenza ha progressivamente riconosciuto la legittimità di quest'ultima operazione finanziaria che ha trovato la sua definitiva “consacrazione” nella sentenza della Corte di Cassazione n. 10805 del 16/10/1995. Con tale pronuncia - sulla quale avremo modo di soffermarci in un capitolo specificamente dedicato all'esame della giurisprudenza, la Suprema Corte ha finalmente chiarito che lo schema negoziale socialmente tipico del *“lease back presenta autonomia strutturale e fun-*

*zionale quale contratto d'impresa e caratteri peculiari che non consentono di ritenere che esso integri, per sua natura e nel suo fisiologico operare, una fattispecie negoziale fraudolenta sanzionabile ai sensi degli artt. 1344 e 2744 c.c."*

L'importanza della sentenza consiste nell'aver sganciato la valutazione in ordine alla legittimità del *lease back* dalla figura dell'alienazione in garanzia collegata ad un mutuo: ne vengono riconosciute certamente le somiglianze strutturali, ma esse non sono considerate idonee a giustificare un giudizio di piena assimilazione tra le due figure e la conseguente declaratoria di nullità del *leasing* di ritorno. Aderendo a tale qualificazione del *lease back* la vendita funge, allora, da necessario presupposto per il contratto di *leasing* che su di essa si innesta: essa *"non risulta piegata a scopo di garanzia, quale accessorio di un preesistente o concomitante mutuo (manca, in sostanza, un*

precedente credito da garantire), *ma costituisce necessario presupposto per la concessione del bene in leasing: non è quindi una vendita a scopo di garanzia, bensì una vendita a scopo di leasing*".

Un inquadramento della fattispecie in termini di mutuo assistito da garanzia reale atipica sarebbe riduttiva e finirebbe per non tener conto della funzione economica effettivamente svolta dal *lease back*.

Le conseguenze di questa diversa qualificazione del rapporto negoziale si manifestano sia in caso di integrale pagamento dei canoni che nel caso di inadempimento dell'utilizzatore.

Nella prima ipotesi il trasferimento della proprietà del bene al conduttore non avviene automaticamente, ma per effetto di una sua ulteriore manifestazione di volontà frutto dell'esercizio del diritto di opzione; nella se-

conda, in capo all'utilizzatore, nell'ipotesi in cui sia stato stipulato un *leasing* di godimento, non sorge un diritto a vedersi restituiti i canoni pagati poiché verranno tratti dal locatore quale compenso per l'utilizzazione del bene (non altrettanto può dirsi invece nel caso di *leasing* traslativo).

Se per converso si aderisse alla tesi per la quale il *lease back* deve essere qualificato come un inanziamento assistito da garanzia atipica, il concedente, in ossequio al disposto dell'art. 1526 c.c., dovrebbe restituire i canoni (*rectius* le rate) pagate dall'utilizzatore, salvo ovviamente il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, in quanto andrebbero qualificate come rate di prezzo aumentate degli interessi e non come canoni di locazione.

E' proprio grazie ad una struttura negoziale dotata di originalità ed autonomia rispetto ai tipi negoziali le-

galmente disciplinati che il *lease back* viene dunque classificato nel novero dei c.d. “contratti d’impresa”. Con tale strumento l’azienda con carenza di liquidità, ovvero nell’ambito di un’opera di potenziamento dei suoi fattori produttivi, può creare la disponibilità finanziaria di cui necessita evitando il ricorso alle fonti tradizionali del credito, ciò in tempi ristretti e senza rinunciare ai mezzi di produzione che le sono necessari per la prosecuzione della propria attività produttiva.

#### **5 . - L’Uso anomalo del *lease back*: elementi sintomatici**

Appurata la liceità dello schema socialmente tipico del *sale and lease back*, spetterà al giudice stabilire, nell’ambito della singola fattispecie concreta esaminata, se l’operazione posta in essere dalle parti si atteggi in

modo tale da perseguire un risultato in contrasto col divieto di patto commissorio.

Tale valutazione, da compiersi caso per caso, dovrà essere operata avuto riguardo alla *ratio* del divieto, per cui dovrà dichiararsi la nullità dell'operazione ogni qual volta essa, nel suo concreto atteggiarsi, pervenga ad un risultato equivalente a quello vietato dalla norma imperativa in parola.

Il giudice, in sostanza, dovrà verificare se vi sia stato un approfittamento da parte del concedente della condizione di debolezza economica del venditore-utilizzatore (come avviene nel caso in cui vi sia sproporzione tra il valore commerciale del bene e il prezzo effettivamente pagato) ed una contestuale elusione del principio della *par condicio creditorum* tramite la "sottrazio-

ne”, a discapito dei terzi creditori, di un bene facente parte dell’attivo patrimoniale del debitore.

In tal senso possono essere determinati una serie di elementi “sintomatici” dello scopo fraudolento perseguito dalle parti, al ricorrere dei quali il contratto di *lease back* dovrà essere dichiarato nullo.

Proprio al fine di agevolare l’operazione dell’interprete e senza alcuna pretesa di completezza, la sentenza 10805/95 <sup>42</sup> ha individuato, quelle “anomalie” che più di frequente possono giustificare la declaratoria di nullità:

- la qualità delle parti, di regola rappresentate da un’impresa e da una società di *leasing*;

---

<sup>42</sup> Ma vedi anche, nella stessa direzione, la circolare n. 20 del 4/7/2000 della Direzione Regionale delle Entrate della Lombardia (che dà conto dell’evoluzione giurisprudenziale in materia)

- la natura del bene, che deve essere strumentale all'esercizio dell'impresa;
- la presenza di una precedente o contestuale (alla vendita) situazione di debito tra concedente ed utilizzatore;
- la permanenza del bene nella disponibilità della società di *leasing*;
- la sproporzione tra il valore del bene e il prezzo pagato al venditore-utilizzatore; il tasso di interesse eccessivamente gravoso;
- la facoltà concessa all'utilizzatore di sublocare il bene; le difficoltà economiche dell'azienda venditrice.

### *5 . - Utilità pratica del lease back*

Rimane infine da chiedersi quali siano le ragioni che possano indurre l'imprenditore a stipulare un contratto di locazione finanziaria di ritorno. In realtà i vantaggi economici e fiscali di questa scelta sono notevoli. Nel quadro di un disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi, può rendersi necessario per un'impresa reperire rapidamente liquidità senza privarsi dei beni strumentali all'esercizio dell'impresa che, spesso, sono difficilmente collocabili sul mercato (si pensi ad esempio ad un capannone industriale). Con il *lease back* si può sfruttare il valore economico dei fattori produttivi posseduti per procedere, ad esempio, ad una riconversione degli impianti, continuando ad utilizzare in *leasing* il bene alienato con i relativi vantaggi fiscali e con possi-

bilità, al termine della locazione di scegliere se riacquistare il bene esercitando l'opzione o abbandonarlo.

Rispetto alle forme tradizionali di finanziamento, quali ad esempio il mutuo, che normalmente prevedono la concessione di una somma pari a circa l'80% del valore del bene dato in garanzia, il *lease back* consente il finanziamento del 100% del valore della cosa poiché la somma percepita dal venditore-utilizzatore è costituita dall'intero prezzo di vendita del bene.

Infine, dal mero angolo visuale tributario, il nostro ordinamento prevede una serie di opportunità fiscali tra le quali, si menziona a titolo di esempio, la pressoché totale deducibilità dei canoni di *leasing* dal reddito dell'utilizzatore nonché l'aspetto della pianificazione dell'ammortamento pluriennale.

CAPITOLO V

LEASE BACK

ED ALIENAZIONI A SCOPO DI GARANZIA

## **1 . - Il divieto del patto commissorio**

L'art. 2744 c.c., rubricato "divieto del patto commissorio", vieta le pattuizioni in cui, in caso di inadempimento del credito garantito, si conviene che la cosa data in pegno o in ipoteca passi in proprietà del creditore.

Il principio espresso da questa disposizione è poi ribadito dal legislatore, con riferimento al contratto di anticresi, nell'art. 1963, norma che contiene il divieto del patto che sancisce, in caso di inadempimento del debito, il passaggio della proprietà dell'immobile del debitore o del terzo al creditore, immobile consegnato perché il creditore ne percepisca i frutti e li imputi agli interessi e al capitale.

La norma in esame (e di riflesso anche l'art. 1963) è una delle norme su cui maggiormente si è attagliato il

dibattito dottrinario e giurisprudenziale degli ultimi tempi, non solo perché numerosi nodi interpretativi sorgono in relazione al suo stesso fondamento, ma anche per la necessità di operare una *reductio ad unum* del suo disposto con numerosi altri istituti presenti nel sistema civilistico (si pensi ad es. agli artt. 1500 e ss. del c.c. che disciplinano la c.d. vendita con patto di riscatto e agli artt. 1523 e ss. del c.c. che disciplinano la vendita con riserva di proprietà).

E si tratta di problemi esegetici di non poco conto e che non si attestano su un piano meramente dogmatico e speculativo, ma la cui soluzione si riflette poi sulla stessa soluzione di numerosi casi pratici, soprattutto a fronte di una prassi contrattualistica fortemente tesa all'elusione del divieto attraverso combinazioni negoziali assolutamente inimmaginabili per il legislatore del 1942.

Quello della ricerca di soluzioni pratiche alternative per aggirare l'ostacolo dell'art. 2744 c.c. è, infatti, un problema ben noto alla dottrina e alla giurisprudenza che nel fissare i confini della norma, fissano anche i confini tra lecito e illecito in una materia dove frequentemente la posizione del creditore (e in particolare degli istituti bancari) consente l'imposizione al debitore di regolamenti contrattuali ai limiti della liceità.

## **2 . - La *ratio* dell'art. 2744 c.c.**

Come accennato, già sulla stessa ratio della norma si registrano le oscillazioni di dottrina e giurisprudenza e questo è un problema di non poco momento, se si tiene conto del fatto che è alla luce della ragione giustificativa che si vuole individuare a fondamento dell'art. 2744 c.c. che vanno poi risolti i problemi di natura pratica: se una

determinata operazione negoziale, nella sua valutazione complessiva, è diretta a violare la ratio che sta alla base del divieto del patto commissorio, allora si può agevolmente concludere che si tratta di una operazione compiuta in spregio a tale divieto e pertanto nulla e improduttiva di effetti.

Secondo l'impostazione tradizionale il divieto del patto commissorio è espressamente sancito a tutela dell'interesse di quella che tradizionalmente viene considerata la parte debole del rapporto obbligatorio, i.e. il debitore, affinché questo soggetto, trovandosi in una situazione di coazione morale nei confronti del creditore, non subisca gli effetti di quella coazione e accondiscenda a sottostare all'altrui volontà, accettando il trasferimento in proprietà al creditore del bene ipotecato o dato in pegno in caso di mancato adempimento del debito.

Seguendo questa impostazione la giurisprudenza ha talora accostato la posizione del debitore nel patto commissorio a quella del contraente legittimato all'azione generale di rescissione del contratto per lesione con la precisazione, a volerne marcare le differenze, che, mentre ai sensi dell'art. 1448 c.c., gli effetti della subalternità si producono sempre al momento della conclusione del contratto, nel patto commissorio, invece, gli effetti pregiudizievoli sono, da un lato, eventuali perché si producono solo in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita e, dall'altro, successivi alla conclusione del patto.

Alla ricostruzione tradizionale si obietta, tuttavia, che l'impostazione in termini di tutela dell'interesse del debitore urterebbe contro lo stesso dettato dell'articolo in esame che sancisce la nullità di tali patti anche se poste-

riori alla costituzione della garanzia reale: sarebbero, pertanto, nulli anche i patti commissori stipulati in un momento successivo all'assunzione dell'obbligazione e alla concessione del credito, momento in cui, secondo la tesi tradizionale, il debitore sarebbe maggiormente "vulnerabile" alle richieste del creditore.

La ratio prospettata, insomma, sarebbe in chiaro contrasto con il dettato della stessa norma che vuole spiegare.

Ecco perché altra parte della dottrina e della giurisprudenza hanno inteso ricostruire il motivo di fondo dell'art. 2744 c.c. in termini di tutela dei creditori ed, in particolare, della *par condicio creditorum*, visto che l'attribuzione definitiva ed esclusiva del bene oggetto di pegno o di ipoteca ad un solo creditore, potrebbe, nel caso in cui il valore della res superi l'ammontare del credi-

to, frodare l'interesse degli altri creditori a rivalersi in via sussidiaria sull'eccedenza.

Si è anche osservato che la liceità del patto commissorio, consentendo forme di soddisfazione dei crediti in via autonoma, contrasterebbe con l'attribuzione esclusiva dell'azione esecutiva allo Stato.

Tale ricostruzione sarebbe, secondo i suoi fautori, perfettamente in linea con il disposto della norma che sancisce la nullità del patto commissorio.

Altra parte della dottrina, poi, movendosi nella stessa ottica della tutela della *par condicio creditorum* ha ritenuto che il divieto fosse posto a presidio del divieto di cumulo della garanzia generica ex art. 2740 c.c. e di quella specifica derivante dal pegno o dall'ipoteca, visto che nulla impedirebbe al creditore fortemente tutelato da un

eventuale patto commissorio di aggredire, dopo essersi appropriato della res, il restante patrimonio del debitore.

Il divieto di cumulo della garanzia specifica e generica sarebbe inoltre desunto dal dettato dell'art. 2911 c.c. che vieta al creditore, che ha un pegno o una ipoteca sui beni del debitore, di pignorarne altri senza aver prima sottoposto ad esecuzione i beni gravati dalla garanzia reale.

Nell'ambito di questa ricostruzione, poi, la giurisprudenza ha sottolineato che il divieto dell'art. 2744 c.c. prescinde dalla ricorrenza di un pregiudizio del debitore e pertanto non si deve necessariamente registrare la sproporzione tra il valore del bene dato in garanzia e l'importo del debito.

Passando, poi, ad esaminare le applicazioni pratiche del divieto attuate dalla giurisprudenza, va preliminar-

mente sottolineato come più volte la Cassazione abbia ribadito l'applicabilità dell'art. 2744 c.c., non solo a qualsiasi negozio , ma anche alle ipotesi di collegamento negoziale, purché il trasferimento del bene non integri in realtà gli estremi di una datio in solutum, successiva alla nascita dell'obbligazione e volta, invece, a soddisfare un precedente debito, appunto, rimasto insoluto, mostrando così di avere a cura la tutela del debitore.

Altre volte, invece, la Cassazione, trovandosi di fronte a fattispecie particolari, ha utilizzato il criterio della tutela dei creditori escludendo la violazione del divieto in esame ogni qual volta risultasse esclusa la lesione delle ragioni degli altri creditori.

### **3 . - Le alienazioni a scopo di garanzia**

Nell'ambito della prassi negoziale volta alla indiretta elusione del dettato dell'art. 2744 c.c., norma considerata unanimemente a carattere imperativo, vanno segnalate per importanza e diffusione le c.d. alienazioni a scopo di garanzia.

Si tratta, in particolare, di ipotesi realizzate attraverso gli strumenti normativi predisposti dal codice civile come ad es. quelli della vendita con patto di riscatto o di retrovendendo (artt. 1500 ss. c.c.) e della vendita con riserva di proprietà (artt.1523 ss. c.c.), negozi leciti sic et simpliciter e nei limiti della normativa per essi predisposta dal legislatore del 1942, ma usati per aggirare il divieto del patto commissorio ogni qual volta la vendita del bene mascheri, in realtà, la volontà di attribuire il bene in

maniera definitiva al creditore al solo verificarsi dell'inadempimento di un debito.

Un simile effetto potrà ad esempio essere ottenuto attraverso un contratto di compravendita di un bene in cui l'acquisto sia condizionato risolutivamente all'adempimento del venditore o ancora nel caso in cui il riscatto del bene venduto sia subordinato, non tanto alla restituzione del prezzo o dei rimborsi ex art. 1500 c.c., quanto piuttosto alla restituzione di una somma ricevuta a mutuo con palese violazione dell'art. 2744 c.c.

In quest'ultima ipotesi, invero abbastanza frequente nella prassi, le parti, per evitare di incorrere nella sanzione della nullità dei patti che sanciscono la restituzione di un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita ex art. 1500, capoverso c.c., stabiliscono già al momento della conclusione del contratto un prezzo del bene che

sarà equivalente alla somma ricevuta a mutuo, maggiorato di spese ed interessi dovuti fino al termine per l'esercizio del riscatto.

Secondo la giurisprudenza prevalente la vendita a scopo di garanzia si verrebbe a configurare come un negozio volto ad eludere l'applicazione della norma imperativa di cui all'art. 2744 c.c. e, in quanto contratto in frode alla legge, nullo ex art. 1344 c.c. Tuttavia non sono mancati, specie in passato, interventi in cui la Suprema Corte ha ritenuto non assimilabile al patto commissorio la vendita con patto di riscatto, anche se stipulata a scopo di garanzia, basandosi sull'immediato trasferimento del bene ex art. 1376 c.c. a seguito del semplice consenso prestato dalle parti, che farebbe configurare in pieno la causa traslativa, relegando la causa di garanzia in secondo piano, visto che il riacquisto del bene da parte del de-

bitore prescinde da qualsiasi incidenza sull'effetto reale della vendita.

Secondo un'opinione corrente in dottrina la formula utilizzata dalla giurisprudenza prevalente, sarebbe troppo vaga e contrasterebbe con lo schema previsto dall'art. 1548 c.c. .

Si tratta del contratto di riporto, contratto con il quale una parte trasferisce in proprietà all'altra un tantum di titoli di credito di una determinata specie e per un determinato prezzo e l'altra parte si obbliga a ritrasferirgli ad una certa data il tantundem dei titoli di credito di quella specie a fronte del rimborso del prezzo eventualmente maggiorato o diminuito.

Si è osservato che si tratta di uno schema che, seppure molto vicino a quello della vendita con riscatto in garanzia, è tuttavia predisposto dallo stesso legislatore e

non a caso frequentemente utilizzato nella prassi commerciale per assicurare garanzie in sede di finanziamento.

Secondo l'impostazione in esame, pertanto, la validità delle alienazioni in garanzia non dovrebbe essere esclusa a priori sulla base del semplice dettato dell'art. 2744 c.c., eventualmente anche attraverso il richiamo dell'art. 1344: semmai andrebbe condotta una valutazione delle singole operazioni negoziali sul piano della causa in concreto, sicuramente illecita ex art. 1343 c.c. (con conseguente nullità del contratto ex art. 1418, 2° comma c.c.) ogni qual volta le parti hanno voluto costituire una garanzia che permette al debitore di lucrare indebitamente in caso di inadempimento, essendo, tra l'altro, questa la ratio ultima dell'art. 2744 che è posto a tutela delle ragioni dei creditori e non dell'interesse del debito-

re secondo l'impostazione prevalente in dottrina (ma non in giurisprudenza dove il punto è, come abbiamo visto, controverso

Bisogna infine ricordare che l'aggiramento del patto commissorio è configurabile anche attraverso lo schema di un mandato irrevocabile a vendere un bene conferito al creditore a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione e senza obbligo di rendiconto

Va tuttavia segnalato come, coerentemente, la giurisprudenza abbia escluso l'applicabilità dell'art. 2744 c.c. ogni qual volta il mandato abbia lo specifico scopo di soddisfare con il ricavato i creditori in genere del debitore.

CAPITOLO VI

IL LEASEBACK NEL QUADRO DOTTRINALE  
DEI NEGOZI IN FRODE ALLA LEGGE

## **1. Canoni di accertamento degli estremi di un contratto in frode alla legge**

Nel caso di un contratto posto in essere per eludere l'applicazione di una norma imperativa o comunque in una cornice di atti cospiranti a un tale risultato occorre accertare entro quali limiti l'interprete possa rifarsi alla clausola generale che assimila negli effetti, pur presupponendone la distinzione, un tale contratto al contratto con causa illecita e dunque ne sancisce implicitamente la nullità (artt. 1344; 1418, c. 2°).

I limiti si ricostruiscono sulla base di una premessa.

A differenza di altre clausole generali, la clausola che consente al giudice di accertare l'illiceità di un contratto per frode alla legge manifesta la sua specificità nell'esistenza di un rapporto fra un patto che, di per sé

considerato, non si pone in contrasto con i divieti legali e la produzione di un risultato del tutto incompatibile, nella sua configurazione effettiva, con la legge.

La specificità sta nel fatto di presupporre che l'assenza del contrasto diretto fra il contratto e la legge sia stata già accertata sulla base di un'interpretazione, tanto del contratto quanto della legge: un'interpretazione condotta nel l'uno e nell'altro caso con pieno esaurimento di tutte le direttive ermeneutiche di cui l'interprete possa avvalersi.

Sebbene alcuni celebri passi latini, che sono universalmente citati quali prime formulazioni del divieto, abbiano potuto far pensare che la lotta alla frode alla legge potesse risolversi nel far trionfare lo spirito o la ragione delle norme sulla lettera, deve riaffermarsi, infatti, che la finalità di un'autonoma repressione della frode alla leg-

ge ha senso soltanto se il principio o la clausola generale non si limitino a enunciare regole ermeneutiche elementari e già note, oltre che testualmente proclamate sia con riguardo all'interpretazione del contratto sia con riguardo all'interpretazione della legge (art. 1362 c.c.; art. 12 delle preleggi).

Con la clausola della frode alla legge all'interprete è delegata una responsabilità ulteriore: di ragionare come se ci fosse un'illiceità anche nei casi in cui un'illiceità non sia ravvisabile pur con ricorso a un'interpretazione non strettamente letterale. Un tale strumento ha il carattere di una sorta di giudizio di secondo grado o di ultima istanza; un giudizio che il diritto prevede come valvola di sicurezza: contro il paradosso, sempre possibile e ampiamente sperimentato nella storia giuridica, a tal punto da

diventare proverbiale, che la legalità sia usata contro la legge stessa.

Prima di essere codificata, com'è accaduto in Italia, quale clausola generale del diritto civile contrattuale, la frode alla legge, secondo quel che attestano tutte le ricerche di diritto comparato, è una realtà a cui è contrapposto un divieto generale e di principio: di cui si dà per certa la vigenza tacita.

In alcune trattazioni generali la frode alla legge compare, in maniera di per sé significativa, nella parte introduttiva e viene affiancata ad altri principi che sembrano rispondere alla possibile e costante insidia di una contraddizione del diritto con se stesso.

L'interprete già è invitato a non considerare lecita la causa di un contratto per il solo fatto della possibilità di ricomprendere questo in uno schema legale tipico; egli a

tal fine deve rivestirsi dei panni di un osservatore pragmatico, attento alla vera consistenza dell'«affare» con l'ausilio di tutti gli standard legali. Il divieto della frode alla legge grava il giudice di un compito ulteriore: la potestà di decidere, in relazione al singolare atteggiarsi dei fatti, che la pur esauriente interpretazione in termini di legalità dell'operazione non impedisce di constatarne ugualmente l'illiceità.

Due valutazioni giuridiche si pongono a confronto: la seconda modifica radicalmente la prima.

Si è allora parlato in senso ampio di una correzione dello stretto diritto; e una tale immagine può forse prestarsi a descrivere la singolarità del giudizio: purché si eviti, oltre all'equivoco di identificare lo stretto diritto con l'angusto rispetto della lettera della legge (già escluso sulla base di un'adeguata interpretazione), l'altro e-

quivoco di pensare che la correzione operi per il tramite di una incontrollabile clausola di equità.

Proprio a tale riguardo si manifesta l'immanenza di un limite e la necessità di chiarirne il senso. Il legislatore dunque autorizza l'interprete a fare «come se» il contratto non fosse lecito anche se il contratto è conforme alla legge. Il fondamento dell'autorizzazione sta nel fatto che il rispetto della legge si accompagna a un accorgimento che non soltanto è diretto fra l'altro a metterla in scacco, ma che comporta la riduzione dell'intero senso pratico dell'operazione nei confini del perseguimento del risultato proibito. Non ogni procedimento tortuoso o combinatorio, frutto della conformazione anomala di schemi legali o di un collegamento fra atti diversi, è riprovato sol per il fatto che svela l'abilità dei privati: i quali sapiano trovare, nelle maglie dei divieti legali, modi leciti

di regolare i loro interessi; e sempre che questi ultimi non si risolvano del tutto nel pervenire agli stessi risultati messi al bando dai divieti al cui raggio è stata sottratta l'operazione in tal modo congegnata. Se i privati sanno avvalersi utilmente dei loro spazi di autonomia, il fatto che a sollecitarne l'iniziativa singolare sia stata proprio l'esigenza di conseguire effetti economicamente rilevanti, solo in apparenza preclusi dal raggio dei divieti legali, rientra nelle possibilità del diritto. E non avrebbe senso farsi zelanti custodi del l'impero della legge, ove la ragione generale del controllo di chiusura non sia pienamente accertata. Si deve, anzi, diffidare delle tendenze a fissare modelli canonici di elusione della legge sulla base di tipizzazioni casistiche. La valutazione, a conferma della costanza dell'indicazione di metodo fondata sul rilievo delle conseguenze pratiche effettivamente ricomprese

nell'area del divieto, deve misurarsi con la comprovata e non proibita consistenza economica effettiva dell'operazione. La frode alla legge opera pur sempre, per chi accolga la metafora della correzione, come una misura razionale di salvaguardia interna al diritto: non come un ampliamento delle disposizioni proibitive legali fino a reprimere operazioni che, in mancanza di previsioni contrarie, non si identifichino con il meccanismo elusivo e con la produzione del risultato proibito.

L'ipotesi di una clausola generale diretta a emancipare il giudice dal rispetto del divieto dell'applicazione analogica di leggi eccezionali è altamente equivoca, poiché può indurre a reprimere l'iniziativa intelligente e insolita con atteggiamento moralistico impulsivo, e dunque poco attento alla vera ragion pratica del controllo ermeneutico.

L'esistenza di una zona di habileté lecita è stata chiaramente posta in rilievo nel preciso intento di sottrarsi a un tale rischio. Il problema non sta nell'accentuare in astratto l'autoritarismo allo scopo di reagire all'inventiva del mondo degli affari: quasi che la scelta di vie insolite ma non precluse di per sé suoni come un'inammissibile sfida alla sovranità dello stato.

Il discorso potrebbe, a tal punto, perfino capovolgersi: sino a fare dell'habilité un segnale astratto di libertà nella dura lotta per ridurre l'invadenza delle leggi; ma è quasi superfluo notare che un simile approdo sarebbe non meno arbitrario di quello a cui potrebbe condurre un orientamento occultamente e automaticamente repressivo.

Una linea di pensiero, che sta assumendo contorni sempre più netti, si sviluppa a stretto contatto con

l'effettiva configurazione dei conflitti d'interesse, oltre che con la peculiarità del principio e della sua traduzione in una clausola codificata del nostro diritto contrattuale: evita di preconstituire rigidamente il giudizio; ma fissa un confine.

In presenza di un'operazione economica, di cui sia in discussione l'attitudine a eludere un divieto legale con o senza il concorso di altri atti legati in un procedimento, quel controllo di confine è stato già da altri indicato: si tratta di accertare se il patto o la determinata configurazione dei patti in questione mettano in chiaro rilievo l'assunzione di costi e di rischi apprezzabili e dunque attestino che nella comprensiva sfera della contrattazione è stato dato risalto a interessi reali irriducibili alla sola motivazione elusiva.

## **2 . - Frode alla legge e causa del contratto, fra abuso del tipo di contratto e abuso del collegamento contrattuale**

Nel fissare gli indici diretti a ricostruire senza soverchianti equivoci l'illiceità del contratto per frode alla legge, ovvero diretti a escluderla, si è fin qui seguita una linea di ricerca che evita gli scogli del riferimento dogmatico e testuale alla causa e pertanto si pone in ideale continuità con le prospettive della giurisprudenza degli interessi a loro volta inserite nel quadro dell'analisi costi-benefici.

Quale significato può allora avere l'affermazione, tratta dal tenore testuale della legge, secondo cui la frode alla legge fa presumere l'illiceità della causa del contratto?

Il legislatore con ogni probabilità, e sembrano attestarlo alcune antiche dottrine, aveva in mente l'ipotesi di una deviazione dallo schema legale tipico, e dunque dal-

la funzione che fu e che sarà detta economica e sociale, secondo l'insegnamento, qui tante volte richiamato, di Emilio Betti. Perché mai le parti si attentano a seguire artificiali vie indirette e traverse, quando il legislatore offre ai contraenti la possibilità di percorrere le vie dirette già sperimentate dalla pratica degli affari e consacrate nei codici e nelle leggi? Fra il ricorso normale a una figura di contratto, la funzione giuridica tipica, la prassi dei mercati c'è per solito coincidenza. Lo sfruttamento degli spazi di «relativa fungibilità economica dei tipi» nelle maglie dei loro complessi di regole codificate (fra cui talune inderogabili) induce a chiedersi quali interessi le parti mirino effettivamente a perseguire: quelli per cui normalmente si ricorre a un contratto corrispondente a un tipo legale ovvero altri interessi legati al conseguimento di un risultato proibito?

Tutto questo è stato descritto con ricorso a una formula che notoriamente ha avuto molto successo, sebbene debba evitarsene un'applicazione acritica: «abuso del tipo contrattuale».

Altri, com'è ormai noto fin dal capitolo introduttivo, si è soffermato sulla nozione d'interesse non meritevole: e nell'astuto gioco manipolatorio dei tipi, quale via per dare scacco alle norme imperative, ha ravvisato una strada, forse l'unica, verso la meta dell'attribuzione di un significato plausibile al c. 2° del l'art. 1322.

La dottrina e la giurisprudenza, a loro volta, aggiornano in vario modo la figura del negozio e del procedimento indiretti: distinguono fra la funzione tipica di un modello di atto e l'intento pratico effettivo che guida l'intera operazione. Questa costruzione, anzi, sembra tuttora fra le più diffuse nelle massime ricorrenti; e forse

continua a risentire, nel bene e nel male, di una perdurante suggestione delle grandi esplorazioni concettuali della letteratura tedesca del secolo diciannovesimo.

Anche quando il risultato proibito è raggiunto per via del collegamento fra contratti leciti, è costume il ragionare sulla base di un confronto fra una serie di funzioni tipiche, che hanno perso il loro significato pratico normale ma in sé rispondano a cause lecite, e una funzione globale illecita che presiede all'intera operazione.

L'abuso, in questa seconda categoria di ipotesi (la sola rilevante come frode alla legge nell'opinione di molti giuristi), non è del tipo ma delle combinazioni che possono farsi per mezzo di quell'importante vicenda dell'autonomia privata che suol essere riassunta sotto il titolo del collegamento contrattuale o negoziale; e che ha indotto a studiare i fenomeni contrattuali anche alla luce

delle categorie del procedimento e dell'attività dei privati.

A questo punto è chiaro da dove provengano i ragionamenti ancora attratti nell'orbita dei problemi che, sia pure a fini distintivi, si richiamano alla causa: la frode alla legge esige un controllo realistico, condotto con il parametro delle ragioni pratiche in gioco, di quelle lecite e di quelle vietate. La causa, quando sia intesa nella concezione tipizzante accolta dal legislatore italiano, irrigidisce le linee del controllo, ma al tempo stesso impone, per sua stessa natura, di chiedersi se quel che resta al di sotto o al di fuori di quel confine prefissato reagisca sul destino giuridico dell'intera operazione e delle singole sue parti.

Abuso del tipo di contratto o del collegamento contrattuale; intento illecito del singolo atto ovvero funzione

illecita dell'intera operazione economica pur articolata in schemi contrattuali con causa tipica; sono tutti modi di dire con altre parole quel che il legislatore ha cercato di esprimere in breve quando ha affermato che la frode alla legge comporta che sia reputata illecita la causa.

L'importante è di non smarrire il criterio di valutazione che consente di avviare su binari ragionevolmente controllabili il giudizio aderente ai fatti. Qui si accentua, intuitivamente, l'esigenza di ricorrere al metodo della tipizzazione per gruppi di casi definiti nel diritto applicato.

E si rafforza pure, in conformità della spiccata funzione di controllo della quale la clausola generale è investita, la necessità di una verifica: diretta a non ridurre quella finalità a una pura registrazione degli indirizzi giurisprudenziali consolidati.

Va da sé che anche in questo caso non si potrà pretendere di fornire una documentazione completa: sebbene sia utile ritornare sulle ipotesi più significative e soprattutto su quelle che meglio possano prestarsi a un'analisi critica.

### **3. Casistica in materia di frode alla legge**

Un tentativo di descrizione ordinata può seguire a questo punto due criteri che sembrano completarsi a vicenda.

Il primo criterio si riferisce, a sua volta, a due distinte serie di operazioni. Nel l'una rientrano i casi, che furono già detti di «abuso del tipo contrattuale», in cui la frode è stata ravvisata in base a uno stravolgimento dello schema: prescelto al solo scopo di usare la forma giuridica come copertura di un risultato vietato e dunque in ma-

niera tale da creare un'ingiustificata rottura fra la materia economica e il rivestimento legale; il tutto secondo immagini già familiari, come ormai sappiamo, alle investigazioni della letteratura tedesca della fine del secolo diciannovesimo. Anche in questi casi si può configurare spesso (ma non necessariamente) un collegamento fra l'atto di autonomia posto in essere e un patto interno o una soggiacente riserva unilaterale, diretti a farne un uso fraudolento. Non vi è invece un procedimento consistente nel conseguire il risultato vietato per il tramite di una catena di atti tutti leciti: che uniti producano la conseguenza proibita. A questi ultimi si riferisce l'altra serie di operazioni in frode alla legge.

Il secondo criterio si modella direttamente sull'esperienza: serve a mettere in rilievo le ipotesi che hanno dato vita a figure casistiche esemplari e a ordinar-

le nei vari settori del diritto privato: fra i quali notevole rilievo rivestono, com'è agevolmente intuibile, le aree dei rapporti di lavoro e del diritto societario. Chi studia il tema della frode alla legge in termini di principio generale del l'intero diritto poi estende ovviamente l'indagine pure al diritto pubblico; e si sofferma sui settori di confine. È intuibile l'importanza di alcune esperienze che sono diventate perfino paradigmatiche in materia di elusioni alla legislazione fiscale (ove è consueto ripetere la massima tendente a negare la rilevanza civile delle violazioni) e alla legislazione valutaria. Ma sono campi, già tante volte esplorati nel quadro di analisi specialistiche, necessariamente esterni a un tracciato di pura sintesi.

L'organizzazione dei dati disponibili dev'essere preceduta da un cenno al problema - vero o falso -

dell'autonomia del contratto illecito per frode alla legge rispetto al contratto illecito per illiceità della causa. Si tratta di controllare, in base agli orientamenti dei giudici, la distinzione applicativa fra l'art. 1344 e l'art. 1343 (di quest'ultimo sono già state descritte le figure ricomprese sotto l'insegna del diretto contrasto della causa con le norme imperative, con l'ordine pubblico e con il buon costume).

#### **4. Tipo di contratto, causa illecita, frode alla legge**

Una volta che la giurisprudenza, dopo alcune iniziali incertezze, giustificate dalla relazione del guardasigilli e dalle idee tratte soprattutto dalla letteratura dei manuali, è giunta a proclamare che un contratto conforme a uno schema nominato e regolato dal diritto può essere considerato illecito nella sua causa, si rafforza l'esigenza di

approfondire il rapporto fra l'ipotesi regolata dal l'art. 1343 (nonché dall'art. 1345) e la figura della frode alla legge.

Spesso si legge testualmente nelle massime che il contratto in frode alla legge è un contratto corrispondente a uno schema tipico ammesso nell'ordinamento: è un contratto in sé non illecito e neppure illegale o illegittimo. La causa è considerata, come tale, lecita (permane l'eco della identificazione fra tipo lecito e causa lecita). Tale dovrebbe altresì essere la causa secondo la diffusa qualificazione in termini di «causa concreta». Sicché, anche per suggestione del dettato testuale (con il notorio riferimento alla causa che si reputa illecita), la distinzione rispetto all'ipotesi in cui la causa è, e non soltanto si reputa, illecita, si risolve, nel caso dell'art. 1343, nei termini di una diretta illiceità del contratto corrispondente allo schema

tipico e, nel caso della frode alla legge ossia dell'art. 1344, nei termini di un'illiceità indiretta, secondo il modulo da altri definito con la qualificazione, pure ormai nota, di abuso del tipo legale. Non poche posizioni dottrinarie tradizionali sono all'origine delle argomentazioni dei giudici ove più forte si risente, come si è premesso, un'eco della figura del negozio indiretto e dei riferimenti ai percorsi obliqui, resi del resto palesi dal lessico legale, poiché l'illiceità è configurata espressamente con ricorso al concetto di «elusione».

Una volta definito nella sua pienezza l'ambito di operatività dell'art. 1343, in seguito alla distinzione fra tipo e causa concretamente illecita, ci si deve allora chiedere se l'art. 1344 si riduca nei limiti di una disposizione di carattere esplicativo e integrativo, nel confronto con la disposizione precedente, ovvero valga a delimitare un'area

distinta e ulteriore. È necessario domandarsi insomma se la chiarificazione in merito all'oggetto dei giudizi di illiceità contrattuale con applicazione all'area dei contratti legalmente tipici abbia nella sostanza ridotto se non quasi vanificato l'autonomo significato precettivo della clausola generale contenuta nell'art. 1344.

A questo punto è pregiudiziale chiedersi quale significato possa ascriversi alla distinzione fra un'illiceità diretta della causa e un'ipotesi indiretta tale da indurre a «reputarla» illecita. Si potrebbe osservare infatti che la via diretta al l'illecito contrattuale vale come la via indiretta: una precisazione in tal senso può essere utile solamente in tempi di esasperato ossequio alla lettera della legge; perde una gran parte del suo significato, come si è accennato nelle premesse, con la prevalenza di una sen-

sibilità ermeneutica più aderente all'effettività dell'opera dell'interprete.

Il discorso cambia solamente se lo sguardo si sposta dall'interpretazione del divieto alla valutazione delle iniziative autonome dei privati.

Nel caso dell'accertamento dell'illiceità in base all'art. 1343 è sufficiente il riferimento alla sfera degli interessi regolati dal contratto concluso in violazione delle norme imperative. Un contratto di lavoro subordinato che sia conforme al modello legale tipico è, ad esempio, oltre che nullo, illecito nella causa (art. 1343), se, nel violare il divieto di concluderlo, si pervenga a uno scambio che di per sé sarebbe vietato, sicché non potrà procedersi all'applicazione della regola eccezionale dettata dall'art. 2126.

Nel caso della frode alla legge è sempre necessario spostare l'oggetto della valutazione dal contratto in quanto tale a un accordo collegato o, quanto meno, è necessario identificare, dietro la veste dell'operazione (lecita anche nella cosiddetta causa concreta), uno o più fattori univoci dai quali si desuma che l'operazione contrattuale comprensivamente intesa sia scaduta al rango di uno strumento che non palesa altro senso se non quello diretto all'elusione della norma imperativa.

In queste ultime ipotesi il richiamo alla concretezza della causa, in quanto sia vista in conflitto con il tipo legale, potrebbe allora dimostrarsi non adeguato; e in tal senso sa di espediente la locuzione legale che giunge a fingere l'illiceità ancora per tramite di un riferimento, sia pure presuntivo, alla causa. Qui veramente l'espressione è usata per riassumere il senso pratico di un'intera ope-

razione, costituita da un intreccio fra progetti di natura diversa e spesso articolata in una pluralità di contratti collegati. Eppure il legislatore parla di «causa» con esclusivo riferimento a un profilo essenziale del singolo contratto. Una nozione più ampia sarebbe frutto di una discutibile costruzione dogmatica; e di una costruzione tanto più fragile in quanto destinata a racchiudere fenomeni necessariamente eterogenei: ossia vuoi l'illiceità del singolo contratto vuoi i riflessi su questo prodotti dall'elusione di un divieto per mezzo di un'operazione congegnata in modo da produrre esiti che di per sé il contratto lecito prescelto non sarebbe in grado di raggiungere. E spesso soltanto il risultato del l'ultimo atto di una sequenza, se mai tale atto sarà posto in essere, darà la prova della trasgressione e reagirà sulla validità degli atti pregressi.

Si può certamente parlare di una manifestazione illecita di autonomia quale genere comprensivo della causa illecita (art. 1343) e della frode alla legge (art. 1344): ma le due figure restano autonomamente rilevanti, proprio per il fatto che la presenza della seconda sembra trovare la sua vera ragion d'essere nel ricomprendere un arco di ipotesi che non possono farsi rientrare nella prima: se non a prezzo di un riesame radicale del concetto di causa quale fattore legalmente riferito a ogni singolo contratto, e dunque distinto dal risultato, spesso valutabile soltanto a posteriori, di una sequenza o di un intreccio di patti intrinsecamente leciti.

Alla prova dell'esperienza il contratto in frode alla legge assume contorni meno incerti: non si confonde con i casi in cui l'illiceità dell'affare privato può essere accertata già sulla base di una corretta ermeneutica non lette-

rale della legge e del contratto; non viene a coincidere con il contratto che conduca a risultati diversi ma equivalenti a quelli proibiti (poiché dovrà di volta in volta accertarsi se esistano altri profili di utile e lecita rilevanza economica dell'operazione giuridica in sé non vietata); non si risolve nell'abuso di uno schema tipico legale né è un'applicazione necessaria di categorie dogmatiche controverse quali il «negozio indiretto». Quale che sia la via giuridica percorsa, il giudizio sulla frode alla legge si appunta sul risultato pratico dell'affare: sul suo esaurirsi in fatto nel conseguimento di un assetto d'interessi che, sulla base di un'interpretazione conforme al reale fondamento pratico della disciplina, risulti proibito dalla legge con certezza e in maniera assoluta

**5 . - a) Operazioni contrattuali singole e frode alla legge. Una casistica molto discussa: clausole di limitazione del valore dell'oggetto e clausole di esonero o di limitazione della responsabilità**

Dopo aver messo in rilievo la distinzione preliminare tra la sfera di applicazione della causa illecita e la sfera di applicazione della frode alla legge, è opportuno passare in rassegna la prima serie di ipotesi a cui si è accennato.

Si tratta dei casi nei quali la frode alla legge si fonda su di una singola operazione contrattuale. Questa, a sua volta, può corrispondere o non corrispondere a una figura già regolata per legge, ma comunque supera il vaglio più immediato di liceità della causa. E tuttavia dal contesto si desume che l'abilità delle parti (ma non si dimentichi che può anche trattarsi di una sola parte la quale ne approfitti a danno dell'altra) ha saputo sfruttare tutti gli

spazi di autonomia compatibili con un modello lecito fino a ridurlo al rango di un mezzo diretto a conseguire un risultato proibito: spesso, ma non necessariamente, per il tramite di un preventivo accordo di natura fraudolenta.

Come esempio di possibile manipolazione del contenuto contrattuale, con finalità della cui liceità ancora si discute, può rammentarsi, sebbene siano rari i riferimenti alla figura della frode alla legge, alla nota vicenda delle cassette di sicurezza. I giudici della cassazione hanno ribadito, a sezioni unite, che l'art. 2 delle norme bancarie uniformi predisposte dall'Associazione Bancaria Italiana, ove si prevede che nelle cassette di sicurezza i clienti delle banche possano depositare oggetti di valore minimo, assumendosi, in caso contrario, il rischio della perdita dei valori eccedenti, non è una clausola diretta a delimi-

tare l'oggetto del contratto ma è un'inammissibile deroga al divieto legale di esonero o di limitazione della responsabilità (art. 1229). Non frode alla legge, dunque: diretta incompatibilità con la norma proibitiva.

I giudici, allo scopo di evitare un abuso delle banche ai danni della clientela, hanno risolto drasticamente il problema fin dalle radici, senza preoccuparsi della palese forzatura concettuale insita nell'equiparazione di due figure palesemente diverse. Ma la delimitazione dell'oggetto dell'obbligo non può confondersi, quale che sia la finalità equitativa perseguita dai tribunali, con l'obbligazione risarcitoria succedanea all'inadempimento di una prestazione il cui oggetto già sia stato previamente individuato. In termini generali ne deriverebbero sicuramente conseguenze contrarie a quelle stesse ragioni che i giudici mostrano di voler opporre alle possibili

prevaricazioni, messe in opera dai contraenti più forti all'atto dell'organizzazione e della disciplina del servizio delle cassette di sicurezza.

Il vantaggio del controllo, variabile in relazione al contenuto dell'operazione economica, da compiersi in termini di frode alla legge consente di evitare simili acrobazie concettuali: sempre pericolose quando siano imitate al di fuori dell'occasione che sembrava averle imposte. Il giudizio resta aderente alle peculiarità del fatto; non si è legati all'illusorio supporto di un'opzione concettualmente opinabile fino a confinare con la finzione; la soluzione del problema non è irrigidita a priori ma è frutto di un'analisi che non trascura l'effettiva ragione d'essere della prassi indagata e può condurre a soluzioni non precostituite.

In relazione al servizio delle cassette di sicurezza, la delimitazione dell'oggetto a valori a tal punto minimi da non essere seriamente apprezzabili in termini economici non si risolve in un'inammissibile esonero dalla responsabilità, ma può essere una spia dello scopo di eludere i controlli legali, poiché stravolge il contratto prescelto: e a tal punto da vanificarne il senso pratico: consueto in quel settore del mondo degli affari.

A questo punto l'alternativa è netta: o si rintraccia un fondamento economico lecito dell'operazione economica così congegnata e se ne ravvisa la presenza in un coordinamento oggettivamente rilevante fra gli interessi contrapposti oppure si deve prendere atto della natura fraudolenta dell'operazione imposta ai clienti del servizio bancario.

L'utente del servizio delle cassette di sicurezza non si rivolge di certo alle banche per custodire oggetti non preziosi che l'interessato potrebbe sicuramente tenere presso di sé senza alcun rischio. Nella stragrande maggioranza dei casi i clienti, per la professione che svolgono o per il patrimonio di cui sono titolari, si rivolgono al servizio delle banche al fine di custodire beni di valore ingente.

Lo scarto fra il sostrato reale dell'operazione e il patto è del tutto evidente. In sé lo scambio sembra equilibrato: il cliente si impegna a versare un canone molto ridotto al fine di avvalersi della custodia; e corrispondentemente la banca assume un obbligo che ha per oggetto un valore economico irrisorio. Ma tale corrispondenza è di sola facciata: gli oggetti sono introdotti nelle cassette soltanto se il loro valore è alto, di gran lunga superiore al limite

pattuito. L'operazione economica così conclusa si dimostra «artificiosa e irreal»: nella stragrande maggioranza dei casi solamente una «tacita collusione» fra banca e clienti (o un'imposizione di forza) potrebbe darne ragione.

La sensazione di uno scarto fra il regolamento pattuito e la configurazione effettiva del rapporto è un indice della necessità di ricostruire l'operazione in termini di costi e di benefici effettivi: sono insoddisfacenti sia l'indebita assimilazione concettuale del patto che determina l'oggetto alla clausola di esonero dalla responsabilità sia la considerazione estrinseca di uno scambio equilibrato fra il minimo canone della custodia e il valore legale dell'oggetto da custodire nelle cassette.

È significativo che proprio in questa materia sia stata con più forza approfondita la figura dell'«abuso del tipo

contrattuale». L'esistenza di un'incompatibilità tanto pratica quanto logica fra il contratto atipico a cui si darebbe vita e le obbligazioni fissate dalla legge con riguardo al tipo legale (art. 1839) è stata illustrata in base alla considerazione secondo cui la prestazione di sicurezza delle banche, una volta che sia stato dedotto il canone in senso proprio, sarebbe costituito dal costo dell'assicurazione stipulato dalle banche stesse.

Il riferimento allo snaturarsi dello schema legale prescelto va preso, nondimeno, soltanto, come un primo parametro di controllo: non è ancora la soluzione del problema. Per quest'ultima si richiede, come si accennava, l'assenza di qualsiasi ulteriore ragion d'essere che si dimostri insieme economicamente significativa e lecita, sicché il vantaggio connesso all'elusione del divieto resti l'unico effettivo fondamento dell'operazione. Non si

può infatti escludere, già in linea di principio, la legittimità di un regolamento che effettivamente commisuri il canone a un'entità seriamente apprezzabile dei valori che la banca si impegna a custodire.

La frode che si annida nella manipolazione di un modello legale ha perfino suggerito a taluni interpreti la possibilità di dare una nuova chiave di lettura – come si è accennato – alla clausola generale degli interessi meritevoli di tutela (art. 1322, c. 2°): seppure non sia direttamente proibito, non è infatti meritevole l'interesse che, senza lecite utilità residue, si orienti al conseguimento dei benefici che si possono raggiungere soltanto per mezzo della deviazione da un tipo legale e dai suoi contenuti inderogabili.

L'argomento delle cassette di sicurezza si presta a mettere in risalto la tendenza della giurisprudenza a col-

pire direttamente di illiceità le clausole sospette senza seguire la via di un accertamento singolare della frode alla legge.

Più spesso i giudici non seguono tuttavia un percorso fisso. Le regole si consolidano sulla base dei precedenti; ma si assiste spesso a svolte innovative; e queste di nuovo preludono a irrigidimenti sulla base di modelli tipizzati.

In tal senso la casistica di gran lunga più imponente, nel tempo nel numero e nella varietà dei problemi coinvolti, si riferisce al divieto del patto commissorio, «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» (art. 2744).

La violazione del divieto è stata ravvisata tanto in maniera diretta quanto per il tramite di una frode; e que-

sta è stata in molti casi ricostruita dopo aver esaminato il collegamento esistente fra contratti distinti. Si tratta pertanto di un insieme di applicazioni che rientrano in maniera speciale, se non esclusiva, nel vasto quadro delle frodi poste in essere per mezzo di un procedimento complesso. E in tale cornice sembra più opportuno parlarne, non senza rammentare che, come altri ha osservato, ogni tempo ha la sua «frode alla legge». Nel nostro la figura egemone sembra rappresentata proprio dall'elusione del divieto del patto commissorio

## **6. Altri casi talvolta qualificati dai giudici in termini di «abuso del tipo contrattuale». Frode alla legge e rapporti di lavoro subordinato**

Un caso singolare di deviazione nell'uso di un tipo contrattuale al solo fine di sottrarsi all'applicazione di

una disciplina legale inderogabile è stato giudicato in sede di merito con riguardo alla stipulazione di un contratto di formazione-lavoro. Il contratto mirava al conseguimento di una formazione professionale relativa a un'attività esecutiva ricompresa in un livello che già era stato acquisito dal lavoratore.

Ora è evidente che la ratio – nel linguaggio più divulgato: la funzione tipica – della figura legale qualificata nei termini di un «contratto di formazione-lavoro» è ravvisabile nel conseguimento di una preparazione complessiva. Di conseguenza, qualora il grado di professionalità da raggiungere sia stato già conseguito in precedenza, il contratto è nullo per frode alla legge (art. 1344), poiché l'operazione diventa comprensibile soltanto in vista dell'elusione delle disposizioni imperative di legge dettate con riguardo ai normali rapporti contrat-

tuali di lavoro subordinato: categoria nella quale è ricompresa anche la figura concreta di contratto che le parti, abusando del tipo legale, qualificano in termini di contratto di formazione-lavoro.

Il problema più delicato si riferisce alle conseguenze della nullità e specialmente all'applicazione dell'art. 2126 ovvero alla possibilità della conversione in un valido rapporto di lavoro.

Quest'ultimo aspetto è affrontato e risolto in senso affermativo da una giurisprudenza di merito: si è infatti precisato che il contratto di formazione-lavoro «stipulato in frode alla legge» o con «abuso della funzione tipica del contratto» si trasforma da contratto a tempo determinato (al cui genere appartiene quale figura di specie nella configurazione prevista dallo schema legale) in contratto a tempo indeterminato: e allora non è più di-

sdetta, ma licenziamento, la manifestazione di volontà del datore di lavoro con la quale si consideri concluso il rapporto.

## **7. Abuso del contratto atipico consacrato nella pratica?**

### **Rinvio**

I giudici che amano esprimersi in termini di abuso del tipo legale potrebbero estendere un simile modo di ragionare anche all'uso fraudolento di un tipo consacrato dalla pratica ma non regolato dalla legge.

Tendenze in tal senso, spinte fino al punto da associare alla figura non legale il sospetto della frode, si sono avute con riguardo a quella speciale e notissima specie di leasing che è stata qualificata lease back. Anche in questo caso le applicazioni si sono fatte sempre più folte.

Ma il problema è ancora una volta inseparabile dalla trattazione del patto commissorio. E si rende pertanto necessario un nuovo rinvio.

### **8. Frode alla legge e responsabilità illimitata dell'unico azionista. Brevi riferimenti all'intera area del diritto commerciale**

Discussi sono i limiti di operatività della frode alla legge nei casi in cui la regola imperativa che si pretenda elusa sia costituita dall'art. 2362, ossia dalla disposizione con la quale si prevede la responsabilità illimitata dell'unico azionista della società di capitali per le obbligazioni sociali.

L'intestazione del pacchetto azionario a una persona di fiducia può integrare gli estremi richiesti dall'art. 1344, purché la frode sia accertata sulla base di dati non

equivoci da cui risulti lo scopo esclusivo di eludere le conseguenze legali derivanti dalla concentrazione delle azioni in una sola mano. È quanto accade ogni qual volta il patto sia congegnato in modo da consentire a colui che lo ha messo in opera a suo totale vantaggio di mantenere nella sostanza il controllo e la disponibilità dell'intero capitale sociale.

Sono numerose le decisioni nelle quali si è proclamata la nullità del contratto fiduciario e la persona che ha intestato ad altri le azioni è stata dichiarata responsabile, con riguardo a tutte le obbligazioni assunte nel periodo contestato, alla stregua di un unico azionista.

L'elusione dell'art. 2362 presuppone che l'azionista non sia titolare in proprio e per intero delle azioni della società di capitali.

Gli espedienti più comuni sono costituiti, oltre che dalla cessione accompagnata da un patto fiduciario, dal trasferimento a terzi di un numero minimo di azioni nel solo intento di impedire l'applicazione automatica dell'art. 2362, poiché, per una percentuale sia pure infinitesimale, il capitale non risulta concentrato nelle mani di un solo azionista.

In quest'ultima categoria di ipotesi l'intento di eludere la legge coesiste con un risultato quasi del tutto equivalente a quello che ne comporta l'applicazione. L'idea secondo cui lo scopo fraudolento giustificerebbe l'applicazione analogica di regole che, per il loro contenuto proibitivo, non dovrebbero applicarsi oltre i casi espressamente e puntualmente previsti, è qui messa alla prova. È agevole dimostrare quale margine di arbitrio possa esserci nell'applicare l'art. 1344 sulla base di fattori

soggettivi uniti a profili di equivalenza molto forte fra ipotesi che restano distinte. Sarebbe grave la tendenza a trarre dalla minima entità del capitale non sottoscritto dall'azionista di comando la prova automatica della frode. È necessario il concorso di ulteriori circostanze di fatto le quali consentano di escludere di volta in volta, in relazione agli interessi effettivamente ricompresi nella cornice dell'operazione, una diversa giustificazione autonoma della reale intestazione di una parte del capitale sociale a terzi. Decisivo è - come più volte si è osservato - il controllo dell'autonoma e lecita giustificazione economica dell'affare: ossia, di quel fattore che è stato anche valutato in termini di business purpose.

Nell'intera area del diritto commerciale il riferimento ai rischi e ai costi-benefici dell'operazione, della quale debba ancora accertarsi l'integrale riduzione al perse-

guimento di risultati proibiti dalla legge, trova, quasi in via automatica, non poche e significative applicazioni di altra natura.

Merita una menzione il caso di quei soci di una società per azioni che, al momento della formazione dell'atto notarile di costituzione della società, avevano conferito certificati di credito del tesoro solamente per il tempo strettamente necessario alla stipula dell'atto e avevano poi ottenuto l'immediato riacquisto dei titoli di stato.

Il fatto che l'operazione di conferimento fosse stata incontestabilmente posta in essere non poteva indurre a ignorare il dato della temporaneità: a tal punto evanescente da configurarsi come un fattore idoneo di per sé a provocare l'«integrale svuotamento del contenuto economico» dell'atto. In tal caso erano perfino ravvisabili gli estremi di una responsabilità dei soci per il danno che la

società aveva subito a causa dell'ingiustificata restituzione delle singole quote: l'ammontare della riparazione si commisurava all'entità della quota, maggiorata degli interessi e del danno.

#### **9. b) Frode alla legge e collegamento contrattuale. Elusione dei divieti di contrarre**

Si è visto come le ipotesi di gran lunga più numerose presuppongano un coordinamento fra atti che restano distinti; e verso i quali non è possibile assumere atteggiamenti negativi se non al termine di un'intera sequenza, in base al l'esito finale della stessa. Anche chi non identifichi la frode contrattuale con un procedimento fraudolento, deve riconoscere che quasi sempre il singolo contratto rileva l'impronta fraudolenta che lo inficia soltanto sulla base di un contesto più complesso, desti-

nato a proiettare la sua luce negativa sui singoli frammenti, intrinsecamente non illeciti, dell'operazione.

Fra le poche figure certe di fraudolenza antiggiuridica specialmente si annoverano quei procedimenti contrattuali che, per il tramite di «varie forme di interposizione» mirano a consentire a singole persone, alle quali un contratto sia vietato, di sottrarsi alla proibizione legale.

In questi casi l'accertamento della frode è generalmente fondato su basi solide e comprovate. È ben difficile infatti che i vari atti collegati possano lasciare spazio per una valutazione di merito che salvi un profilo di autonomia e lecita utilità del procedimento posto in essere.

Si prenda l'esempio più elementare. La legge vieta che determinate categorie di persone possano rendersi acquirenti di determinati beni: può rammentarsi il caso, del quale hanno avuto modo di occuparsi i tribunali, di

una legge che assicuri un beneficio nell'accesso alla proprietà di alloggi economici e popolari. Se un soggetto legittimato figura come acquirente ma in realtà è persona interposta rispetto a un soggetto che non ha alcun titolo per fruire dell'abitazione, l'interprete è costretto a prendere atto della totale coincidenza fra l'esito dell'operazione complessiva e il divieto legale: la persona che non è legittimata all'acquisto, a procedimento concluso, pretende di essere ormai titolare del diritto che gli è vietato acquistare; e le cose non cambierebbero se la pretesa fosse fondata su di un singolo atto di acquisto di per sé proibito.

In tal senso, la clausola generale adempie a una chiara funzione di chiusura e semplifica il lavoro del legislatore, evitando che ogni volta siano previste espressamente, accanto alle ipotesi di aperta violazione del divieto, an-

che le ipotesi in cui la proibizione verrebbe a esser posta in scacco con una sequenza di atti non proibiti.

Talvolta la legge equipara in maniera espressa l'interposizione al divieto al fine di evitare ogni equivoco. Ma si tratta di una cautela aggiuntiva che nulla toglie alla forza del principio generale fissato dall'art. 1344.

I procedimenti elusivi dei divieti legali non sono ovviamente limitati all'area dei divieti d'acquisto.

Fra i modi ricorrenti di violazione dei controlli legali in materia di contratti agrari un rilievo spiccato hanno assunto le «strategie» adottate per frustrare le aspettative connesse al diritto di prelazione legalmente attribuito al coltivatore diretto il quale sia proprietario dei terreni posti al confine con il fondo agricolo posto in vendita (art. 7, c. 2°, n. 2, l. 14 agosto 1971, n. 817).

## **10.Frode alla legge e prelazione agraria**

In materia di prelazione agraria il mezzo più spesso escogitato è perfino grossolano. Il proprietario non procede alla vendita dell'intero terreno, ma riserva a se stesso la titolarità di una porzione minima estesa per tutta la linea del confine.

L'operazione presuppone di norma una serie di atti. Una volta che sia stato delimitato il bene oggetto della vendita, è necessario che sia salvaguardato l'interesse del contraente anche con riguardo all'esigua fascia di rispetto; e quest'ultima è pertanto: o concessa in affitto all'acquirente ovvero assoggettata a un diritto reale. Come si dovrà regolare il giudice di fronte a casi del genere, ove nessun dubbio vi sia sull'effettività dell'intreccio di operazioni giuridiche collegate?

Anche in questo caso sarebbe arbitraria una presunzione generale e automatica di frode alla legge. Non meno palese si dimostra lo sforzo diretto a predeterminare un minimo di rilevanza dei requisiti richiesti per escludere l'illiceità del complesso procedimento. L'estensione della proprietà riservata sul confine e su cui viene a gravare il diritto a vantaggio dell'acquirente non può essere fissata con criteri tratti dal metodo della concretizzazione per gruppi di casi, poiché il risultato si risolverebbe nell'indicare la misura della fascia di rispetto in maniera necessariamente opinabile: con un inevitabile irrigidimento delle future valutazioni di fatto.

Il prezzo dell'applicazione della clausola generale è nuovamente costituito da un incremento della responsabilità ermeneutica. Trova chiara conferma il metodo tante volte suggerito: controllo attento di tutti gli indici og-

gettivamente rilevanti che sia possibile documentare in maniera probante, esclusione che l'operazione posta in essere si presti a dare rilievo a un'utilità lecita apprezzabile in termini di convenienza e di economicità, nonché diversa dal vantaggio (violazione dell'altrui diritto di prelazione) che la legge vieta di conseguire.

#### **11. Frode del titolare del diritto di prelazione. Rilievo di comportamenti successivi all'esercizio del diritti**

Nella materia della prelazione agraria, la frode alla legge può manifestarsi, com'è facile intuire, anche in relazione al comportamento del titolare del diritto di prelazione, il quale si avvalga della sua situazione di vantaggio al solo fine di speculare in maniera illecita sulla proprietà del fondo acquistato: si pensi a un'immediata rivendita. Il beneficio derivante dalla disciplina impera-

tiva è sfruttato contro lo scopo legale di agevolare chi effettivamente coltivi il fondo rustico ove il proprietario decida di venderlo.

Quest'ipotesi di frode alla legge è molto significativa nella sua struttura elementare. Sta a dimostrare come vi siano alcune situazioni di fatto che non possono ancora esibire i presupposti della frode nel momento in cui è posto in essere un contratto e che non di meno si colorano di illiceità in seguito a un contratto successivo, sebbene entrambi gli atti, qualora vengano considerati al di fuori della sequenza, siano leciti (il primo è l'esercizio di un diritto di prelazione; il secondo è l'esercizio della facoltà di disposizione della proprietà). Eppure i due effetti giuridici sommati producono un risultato pratico corrispondente al divieto di acquisto per un soggetto non legittimato.

L'esempio rientra nella casistica, in genere non problematica e ormai nota, dell'elusione dei divieti di contrarre. Forse per evitare il rischio di un eccesso repressivo, si è affermato che l'accordo fraudolento con il terzo debba perfezionarsi in un tempo anteriore al primo trasferimento. Ma qui una tale preoccupazione, non sempre manifesta in altre ipotesi e dunque in sé lodevole, potrebbe dimostrarsi eccessiva: quando lo scacco della legge è sicuramente nelle cose stesse non dovrebbe essere decisivo il momento in cui l'effetto da scongiurare prenda a delinearsi, purché il controllo sul risultato pratico non sia guidato da preconcetti ostili all'autonoma iniziativa dei contraenti.

I tipici gruppi di casi in cui si assiste all'elusione di un divieto di contrarre e la necessità di non confondere le figure fraudolente da quelle lecite trovano, naturalmen-

te, generali manifestazioni nei vari rami del sistema: non si limitano all'area dei vincoli legali alla contrattazione nell'agricoltura o nel settore del l'edilizia.

Esemplari, anche al fine di non preconstituire rigidamente la valutazione della frode, sono gli espedienti diretti a sottrarsi ai pregiudizi di una procedura esecutiva.

## **12.Frode del debitore sottoposto a esecuzione forzata**

Il debitore sottoposto all'esecuzione forzata e un terzo che fa proposta di acquisto del bene messo all'asta si accordano al fine di dare al primo la possibilità ovvero la certezza assoluta e automatica di non perdere in maniera definitiva la proprietà di quell'oggetto.

Un tale patto può essere congegnato almeno secondo due forme: che hanno trovato puntuale riscontro nel diritto applicato e che offrono nuovi argomenti contrari al-

la precostituzione rigida del giudizio in termini di frode alla legge.

La prima modalità consiste nell'imposizione di un obbligo a carico dell'aggiudicatario, nel senso che costui trasferirà automaticamente e in via immediata al debitore il bene acquistato all'incanto (è allora messo in scacco il divieto di partecipazione del debitore all'asta).

La seconda modalità consiste in una riserva al debitore della facoltà di riacquistare in futuro quello stesso bene, la cui espropriazione e la cui aggiudicazione a terzi è servita a soddisfare la pretesa del creditore insoddisfatto.

Nel primo caso, e in tutte le ipotesi della conclusione con il terzo di un accordo che contempra l'immediato acquisto all'incanto del bene espropriato, il debitore rientra in proprietà del bene con una procedura che lo rende di fatto partecipe dell'asta: consegue il risultato che gli è

precluso dal divieto dell'art. 579 c.p.c. Non vi è modo di porre in rilievo un interesse tale da distinguersi dallo scopo di pervenire in maniera non immediatamente percepibile a una violazione della norma imperativa. È opportuno tener presente che spesso questo risultato potrebbe essere perseguito con ricorso a una simulazione relativa di persona e l'interposizione avrebbe allora natura fittizia. E dunque non si giustificerebbe il riferimento all'autonoma figura della frode alla legge: l'art. 1344 sarebbe impropriamente richiamato, poiché l'inefficacia della simulazione illecita comporta l'immediata applicazione del divieto legale. La frode alla legge è invece ravvisabile nel mandato all'acquisto, poiché il meccanismo di quel contratto, nella sua effettività giuridica e economica, produce, se si guardi al risultato dell'attuazione dell'obbligo di ritrasferire il diritto real-

mente acquistato, conseguenze incompatibili con le ragioni e con gli effetti del divieto.

Diversa è la seconda ipotesi. Il debitore si accorda per non perdere in futuro, quando le circostanze lo consentiranno, tutte le chances di recuperare il bene a cui egli tiene in modo particolare. Non vi è ragione di sacrificare, con un intento repressivo rafforzato, l'interesse che per tal via vuol essere garantito. La legge non è messa in scacco, poiché nella legge stessa è implicita l'esclusione di ogni ampliamento dell'effetto repressivo. Una sanzione giudiziale aggiuntiva assumerebbe una sorta di veste astrattamente autoritaria e moralistica: incompatibile con il rispetto dei diritti individuali.

Fin qui è stato possibile dare soltanto esempi: di diversa natura, ma sporadici. Sebbene tutti confermino l'esigenza di seguire una linea ermeneutica unitaria, la

migliore verifica dell'esigenza di un'analisi critica selettiva è offerta, come si è premesso, dalla ricca esperienza ricompresa nella violazione o nell'elusione dell'art. 2744.

Che non si tratti dell'unica vicenda significativa è dimostrato dalle pagine precedenti.

Ma senza dubbio l'argomento è tale da meritare una trattazione centrale: già per il fatto di mettere in rilievo la più grande varietà di indirizzi e di figure applicative.

### **13.Frode alla legge e divieto del patto commissorio**

Sappiamo che è «commissorio» quel 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» (art. 2744).

In discussione sono, in termini più generali, le diverse forme di trasferimento di beni nei casi in cui alienante sia

il debitore, acquirente sia il creditore, l'atto traslativo sia posto in essere al fine di rafforzare e di rendere più efficiente la difesa del credito.

Si muoverà qui - solamente al fine di non discostarsi per esigenze di chiarezza da una configurazione elementare - dalla descrizione di uno soltanto fra gli schemi possibili: l'ipotesi in cui all'effetto che sarebbe tipico del contratto di vendita, ossia al trasferimento del diritto di proprietà sul bene che il debitore aliena al suo creditore, si legghi un patto tale da comportare il diritto di riacquisto, ove sia soddisfatto il credito al quale il trasferimento, posto in essere evidentemente a scopo di garanzia, è strettamente connesso.

Una tale operazione non rientra nella descrizione letterale del patto commissorio quale è stata sopra riprodotta.

A lungo la giurisprudenza aveva anzi affermato in maniera costante che tale disposizione neppure sarebbe applicabile in via analogica alla vendita immobiliare, non di rado qualificata anche in termini di vendita fiduciaria, che, a scopo di garanzia, fosse unita a un patto di riscatto o a un patto cosiddetto di retrovendita (*pactum de retrovendendo*).

Ricorrevano le ipotesi qualificate alla stregua di altrettante vendite con patto di riscatto concluse da un debitore che aveva preso a mutuo una somma di denaro dal compratore. Il credito del mutuante era garantito dalla proprietà del bene trasferito dal mutuatario e da costui riscattabile soltanto previo versamento dell'importo corrispondente all'ammontare del mutuo da restituire con gli interessi spettanti al creditore.

È nota la linea per tanto tempo tracciata dai giudici: l'intento di garantire il diritto di credito per tramite di un trasferimento in proprietà non è qualificabile nei termini di un'automatica violazione del divieto di patto commissorio: l'art. 2744 è testualmente riferito soltanto all'accordo con il quale si preveda che il creditore diventerà proprietario del bene dato in garanzia quale effetto automatico dell'inadempimento. Si pensava che quest'ultimo comportamento potesse assumere rilievo soltanto quale condizione sospensiva del passaggio della proprietà.

Senza dubbio, nel caso della vendita con patto di riscatto, diverso è il meccanismo legale rispetto allo schema testuale. Il passaggio del diritto di proprietà è immediato. L'adempimento consente nondimeno al debitore di tornare proprietario del bene ceduto in garanzia. Non

si guarda all'inadempimento, dunque, ma all'adempimento. Quest'ultimo comportamento assume rilievo quale condizione risolutiva del passaggio, già avvenuto, della proprietà.

Erano spontanee le domande: al diverso meccanismo giuridico corrisponde una chiara differenza dell'operazione pratica? Come negare che in entrambi i casi la finalità economica perseguita consista nel fornire al creditore una difesa rafforzata e specialmente efficiente, in grado di applicarsi senza mediazioni ulteriori? La letteratura giuridica ha risposto ben presto in maniera non sempre univoca, ma talvolta perfino senza sfumature problematiche. La giurisprudenza in una prima lunga fase si è attestata sui suoi stessi precedenti: è parsa appagarsi della diversità del meccanismo giuridico; ha sorvolato sulla palese affinità del possibile risultato pratico.

Si giunse infine a una svolta che subito ebbe larga notorietà e che nel complesso fu accolta favorevolmente: quando sia dominante la cessione della proprietà a scopo di garanzia del creditore, il fatto che il trasferimento sia immediato, salva la sua risoluzione nel caso di soddisfacimento del credito, non impedisce di considerare nulla la pretesa vendita con patto di riscatto o con pactum de retrovendendo a causa della violazione dell'art. 2744.

Il fondamentale argomento al quale giudici e giuristi, con diverse linee argomentative, fecero ricorso si concentrava sulla reale ragion pratica della complessa operazione: la quale, al riparo della facciata di uno schema legale tipico quale la vendita con patto di riscatto, si atteggiava nell'essenza come una cessione predisposta a garanzia del credito e per lo più strumentalmente collegata in maniera inscindibile a un contratto di mutuo.

L'inadempimento definitivo rendeva inamovibile il passaggio di proprietà consentendo al creditore di conseguire un vantaggio perfino superiore - e spesso di gran lunga - al mancato diretto soddisfacimento del diritto. Un'operazione non di garanzia ma di usura.

Con riguardo al tema della frode alla legge, l'importanza della svolta sta nel fatto di aver prospettato l'illiceità contrattuale per diretto contrasto con il divieto dell'art. 2744: trasferimenti in garanzia così congegnati avrebbero una causa contraria a norma imperativa; la disposizione generale da applicare sarebbe l'art. 1343, non l'art. 1344.

Quando l'operazione ruota intorno alla causa di garanzia, si deve prendere atto della palese divergenza fra la causa del modello legale tipico costituito dalla vendita con patto di riscatto e la causa che suol essere detta

«concreta» in quanto manifestazione non fallace dell'effettività dell'operazione economica nel suo insieme. L'interpretazione dell'art. 2744 nei termini di una disposizione che presuppone un principio più ampio e, insieme, l'accertamento dell'illiceità della causa sotto la facciata di uno schema regolato per legge sono le due chiavi molto ampie di una messa al bando delle pretese vendite con patto di riscatto ove sia incontestabile il collegamento con la rafforzata garanzia del credito.

Ove sia intesa in questi termini la «svolta» rafforza la ben nota tendenza che la giurisprudenza ha tardivamente affermato e che in seguito mai ha del tutto confermato e neppure smentito, per quanto rare siano state le decisioni del settore: la necessità di non fermarsi alla qualificazione del tipo e dunque la possibilità che l'astratta fisionomia legale coesista con la concreta illiceità causale.

Ma in questo caso vi è una ragione di perplessità che non è possibile ignorare.

A ben vedere, quel che deve accertarsi, nelle circostanze del fatto, non è l'illiceità della «causa concreta» di una pretesa vendita con patto di riscatto.

Il dubbio verte sull'interpretazione stessa della disposizione che vieta il patto commissorio. Sarebbe arbitraria una lettura dell'art. 2744 a tal punto estesa da ricomprendere nel divieto qualsiasi operazione che, al di fuori delle figure tipiche del pegno o dell'ipoteca, possa avere una concorrente o perfino una prevalente finalità di garanzia del credito, quali che siano le vesti consuete o insolite prescelte.

L'art. 1344 suggerisce di non preconstituire il giudizio sulla liceità dell'operazione, ma di adattarlo alla situazione di fatto. A sezioni unite i giudici di legittimità

hanno precisato il senso della svolta, senza rinnegarla a priori. Anche la vendita con patto di riscatto può essere uno dei frammenti di un procedimento diretto a eludere l'art. 2744. Ma il procedimento fraudolento dovrà essere ogni volta dimostrato, senza che possa presupporci sempre e comunque una diretta trasgressione per via dell'illiceità della causa concreta immanente al tipo astratto di un'artefatta vendita con patto di riscatto 31.

Alcune notazioni generali sembrano rafforzare l'ipotesi di un controllo attento alle peculiarità del fatto secondo il modello dell'art. 1344.

Occorre chiedersi in via preliminare - questo spunto merita di essere ripreso - se possa individuarsi nell'area dei diritti di garanzia, senza deformare il divieto del patto commissorio, un principio generale di ordine pubblico quale limite all'autonomia privata.

È stato suggerito di fondare un tale principio sulla base di un confronto fra il fondamento giustificativo dell'art. 2744 e la ragion d'essere del patto (noto come «patto marciano») con il quale si preveda che il creditore possa far proprio un bene del debitore inadempiente soltanto nei limiti dell'importo del credito; e dunque previa stima del valore del bene e con previsione del versamento al debitore dell'eventuale differenza.

Il patto commissorio è vietato. Il patto marciano è valido.

Sullo sfondo si intravede la direttiva da seguire. Non tutte le alienazioni a scopo di garanzia sono proibite per illiceità della causa concreta intrecciata al tipo legale, bensì soltanto quei trasferimenti diretti a sfruttare la precaria posizione del debitore allo scopo di procurare al creditore un vantaggio potenzialmente usurario. Una

più efficace, più piena, più sicura garanzia del credito non è invece di per sé un disvalore. Dev'essere preclusa solamente ogni preconstituita alterazione del nesso fra l'importo del credito e il valore del bene offerto in garanzia.

Altre ragioni politiche, dirette a evitare la coazione del debitore, a non alterare la par condicio fra i creditori, a combattere introiti fiscalmente occulti, sono pure da tenere presenti: ma in sé non hanno un valore assoluto.

Utile è il suggerimento di formulare una regola riassuntiva che fornisca una guida primaria nell'accertamento degli estremi della frode: sono illeciti «quei contratti atipici di garanzia che consentono il definitivo trasferimento di un bene al creditore senza meccanismi tali da permettere un controllo tra valore del bene trasferito

e ammontare del credito garantito, consentendo così al debitore di ottenere l'eventuale differenza».

#### **14.Frode alla legge e lease back**

Chi segua un'impostazione aderente alla tutela, la più ampia possibile, degli aspetti leciti inerenti alle operazioni economiche che si sono consolidate nella pratica degli affari, anche al di fuori delle consuete trame del codice e delle leggi, resta poi perplesso di fronte a talune affermazioni apodittiche dirette a ricollegare a una figura nuova di contratto l'immagine automatica della frode alla legge, nella forma dell'elusione del divieto del patto commissorio.

È il caso notissimo, e sul quale si è ormai formata una casistica di settore, di quella speciale figura di leasing che consiste nel trasferire in proprietà un bene alla socie-

tà finanziaria e nel conservarne il godimento con versamento di un canone periodico (sale and lease back o leasing «di ritorno»).

Non si può escludere che l'operazione si risolva nel consentire al creditore di conseguire una garanzia illecita sfruttando la precaria posizione del debitore.

Ma il contratto non ha come finalità necessaria l'elusione dell'art. 2744: occorrono indici oggettivamente rilevanti dai quali risulti che, in un determinato contesto, il lease back sia stato trasformato in uno strumento diretto solamente a conseguire il risultato proibito.

### **15. Alcune necessarie distinzioni: frode ai terzi; frode e simulazione**

I giudici sono stati spesso chiamati a pronunciarsi con riguardo a patti che violano o che eludono diritti dei ter-

zi. Spesso questi fenomeni sono compendati lessicalmente entro formule descrittive alquanto generiche. Al centro di tutte è quasi sempre la frode, seppure con la precisazione che si tratta di «frode ai terzi». E si costruiranno sottocategorie in relazione all'area della protezione legale (titolari di diritti di prelazione, legittimari, creditori, subacquirenti, e via dicendo).

Sono molte le massime nelle quali si mette con forza l'accento sull'esigenza di non confondere, con la figura prevista dall'art. 1344, i casi in cui la legge già assicura al terzo un mezzo di tutela, pur senza togliere qualsiasi validità o efficacia al contratto lesivo del diritto. Così nell'area dei diritti di prelazione, il titolare del diritto ha la possibilità di esercitare il riscatto direttamente nei confronti di chi abbia acquistato il bene contro la preferenza che spetta al medesimo titolare del diritto di prelazione.

La precisazione, in questi termini, è quasi ovvia, sebbene non possa considerarsi del tutto inopportuna ove si pensi al frequente uso nei due diversi ordini di ipotesi di uno stesso vocabolo («frode»). Si avrà invece, come si è accennato, applicazione dell'art. 1344 quando l'operazione sia in congegnata in modo da sottrarre di fatto al titolare una facoltà che gli è attribuita inderogabilmente: là dove in realtà, una volta accertata l'illiceità del meccanismo fraudolento, potrà provarsi che esistono i presupposti di un pieno esercizio del diritto spettante al titolare della preferenza (si pensi ancora alla vendita priva di una fascia insignificante di terreno posta sul confine del fondo di proprietà del confinante munito per legge di una prelazione).

Tanto basta per osservare, a chiarimento di un costante indirizzo giurisprudenziale che di per sé e nella so-

stanza può anche essere condiviso, come la «frode ai terzi» non comporti un'automatica valutazione di illiceità del contratto, ma dia luogo a plurime risposte dell'ordinamento che devono essere di volta in volta ricostruite e giustificate nella loro specificità.

Questo non toglie che sia ben possibile, nel vuoto di puntuali previsioni di legge, un controllo duttile e non preconstituito.

Si può infatti constatare che, per conseguire il fine di frodare o comunque di ledere i diritti dei terzi, ben può esser stato necessario ordire trame le quali necessariamente soggiacciono a una valutazione d'illiceità secondo i generali parametri fissati dal codice.

Tra questi è per l'appunto ricompresa l'ipotesi della contrattazione che eluda disposizioni imperative (nonché, come si vedrà anche in seguito, le operazioni che si

fondino su interessi legati a istanze illecite determinanti e comuni, oltre che esclusive: art. 1345).

Una distinzione in sé chiara e a parole riaffermata ma nella pratica spesso tradita si riferisce ancora alle figure della simulazione e della frode. Spesso infatti si parla di frode alla legge pure nei casi nei quali il contratto dissimulato, che è poi il vero contratto, è illecito. E dunque è contratto in sé direttamente illecito: non già fraudolento, come si è avuto modo di osservare incidentalmente nel corso dell'esposizione.

«Frode» è denominazione di nuovo usata in accezione descrittiva e generica per designare nel suo complesso l'intero procedimento simulatorio: il quale tuttavia ha disciplina ben diversa, è quasi superfluo il ribadirlo, da quella richiamata dall'art. 1344.

CAPITOLO VI

SALE AND LEASE BACK NELLA GIURISPRUDENZA  
DELLA SUPREMA CORTE

## **1. La Giurisprudenza della Corte di Cassazione sul sale and lease back. La sentenza n. 10805 del 1995 -**

Con la sentenza 10805/95, la Cassazione si è pronunciata su quella particolare figura di *leasing*, denominata *sale and lease back*, solitamente individuata con locuzioni abbreviate, come *lease back* o *leasing* (o locazione finanziaria) di ritorno, che si realizza allorché il *lessor* acquista il bene oggetto del *leasing* direttamente dall'utilizzatore.

Ecco i fatti all'origine della controversia della quale si è occupata la Suprema Corte: mosso da esigenze di liquidità, un imprenditore conclude con una società di *leasing* un accordo in virtù del quale il primo trasferisce in proprietà alla seconda un capannone ad uso industriale per il prezzo di £.400.000.000 e la seconda ne consegue la disponibilità a titolo di *leasing* (canone bimestrale di

£.16.619.000) per otto anni, vedendosi altresì attribuita un'opzione di acquisto del bene, esercitabile alla scadenza del contratto, per un corrispettivo di £.20.000.000. La società di *leasing*, però, in forza espressa clausola, corrisponde all'utilizzatore una somma inferiore alla metà del prezzo pattuito, accantonando e vincolando la parte rimanente presso un istituto di credito (azionista di controllo della società di leasing) a garanzia del pagamento dei canoni relativi alle due prime annualità.

A seguito del mancato pagamento dei canoni da parte dell'utilizzatore, la società di *leasing* chiede la risoluzione del contratto per inadempimento, e la conseguente condanna del *lessee* alla restituzione del capanno ed al risarcimento del danno.

L'imprenditore-utilizzatore resiste, esponendo: a) che esauritesi le riserve liquide della propria impresa, a

seguito della costruzione di un grosso capanone, si era accordato con la Sardaleasing S.p.A per un'operazione di "*sale and lease back*", in base alla quale aveva ceduto alla stessa Sardaleasing il capannone, conseguendone la disponibilità a titolo di locazione finanziaria per il periodo di otto anni, con la possibilità di riscatto finale del bene;

b) che stipulato il contratto di vendita dell'immobile, aveva percepito una somma inferiore alla metà del prezzo concordato, dato che, in virtù di una pattuizione contrattuale, la rimanente somma era stata ritenuta dalla società acquirente ed accantonata presso un istituto di credito a garanzia del pagamento del canone di locazione dei primi due anni. Tanto premesso, il convenuto chiede, la dichiarazione di nullità o la pronunzia di risoluzione del contratto, oltre al risarcimento del danno.

Il giudice di prima istanza dichiara la nullità del trasferimento immobiliare perché contrastante con il divieto del patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c. e condanna il convenuto al risarcimento del danno da inadempimento del contratto di locazione finanziaria .

La Corte di Appello, chiamata a decidere sul problema, riconosce all'operazione economica svolta dalle parti una "unicità strutturale ed economica", dall'altro lato i giudici dichiarano detta operazione affetta da nullità quale contratto in frode alla legge in ragione della "causa effettiva" perseguita dalle parti: un "mutuo assistito da garanzia reale atipica".

In motivazione, i giudici d'appello sottolineano che "nel caso di specie, come in qualsiasi ipotesi di *lease back*, è chiara ed evidente la illiceità della causa, dato che lo scopo del contratto è quello di costituire in capo all'uti-

lizzatore un mutuo assistito da garanzia atipica, con violazione del divieto del patto commissorio". Ma se anche - proseguono i giudici della Corte d'Appello- si aderisse all'orientamento secondo il quale il *lease back* non è, in quanto tale, nullo perché in contrasto con l'art. 2744 c.c., la figura negoziale in oggetto dovrebbe comunque essere censurata, in ragione delle anomalie strutturali in esso ravvisate e giudicate idonee a denunciare uno stravolgimento dei normali effetti, senz'altro riconducibile ad una violazione del divieto del patto commissorio perpetrata in pregiudizio del debitore quale contraente più debole.

Su questa linea si pone anche la Cassazione in esame, rigettando il ricorso. Diverso, tuttavia, ed in larga misura condivisibile -in relazione alla configurazione strutturale ed economica del *lease back*- è il ragionamento

che essa conduce in diritto, con riferimento a) alla qualificazione della figura b) al confronto tra *lease back* e alienazione in garanzia, c) all'applicabilità dell'art. 1744 c.c. nel caso de quo.

## ***2 . - La qualificazione dell'operazione di lease back: la proprietà del lessor tra strumentalità e garanzia.***

È senz'altro da condividere la qualificazione dell'operazione di *lease back* offerta da parte della Suprema Corte, quale realtà funzionalmente unitaria, autonoma rispetto a figure ad essa affini, e di per sé non in contrasto con il (nè elusiva del) divieto del patto commissorio.

Il *lease back*, si compone, infatti, dei due momenti autonomi per causa e disciplina, della compravendita e del leasing. Duplice è l'effetto giuridico voluto dalle parti: acquisto della proprietà in capo alla società concedente, e

utilizzazione in locazione finanziaria del medesimo bene da parte dell'originario venditore. Solo eventuale e per nulla automatico è l'ulteriore effetto del ritrasferimento della proprietà del bene in capo all'utilizzatore -effetto conseguente, accanto a quello della proroga del contratto, all'(eventuale) esercizio delle opzioni di cui alle clausole che normalmente accedono ai contratti di *leasing*. Detti effetti si articolano in funzione di un progetto economico unitario consistente nella realizzazione degli interessi economici delle parti: muovono l'imprenditore-utilizzatore, in sintesi, esigenze organizzative e di liquidità della propria azienda, nonché prospettive di considerevoli vantaggi fiscali.

Ecco allora che -correttamente inserendo il *lease back* quale figura negoziale unitaria nell'ambito del (e quale momento di) normale svolgimento dell'attività di impre-

sa da un lato, ed al contempo riconoscendo il peculiare articolarsi delle due componenti della vendita e del *leasing* nella loro sequenza logico-giuridica dall'altro- è possibile apprezzare la ulteriore presa di posizione della sentenza in epigrafe, laddove i giudici negano che le indubie assonanze tra *lease back* e alienazione in garanzia collegata ad un mutuo possano fondare un giudizio di piena assimilazione tra le due figure, con una conseguente ed inevitabile declaratoria di nullità dell'operazione siccome fraudolenta in dispregio del divieto del patto commissorio.

È noto come ad una dottrina incerta sulla opportunità di riconoscere la liceità dell'operazione negoziale di *lease back* e la meritevolezza degli interessi con essa perseguiti dalle parti, si contrapponga una giurisprudenza ferma nell'assegnare al trasferimento della proprietà del

bene all'impresa di *leasing* una funzione economica di garanzia.

Ma anche sulla fondatezza di quest'ultima asserzione è possibile avanzare una serie di perplessità.

Si noti in primo luogo, che il trasferimento della proprietà in capo all'originario dante causa (il *lessee*) non è affatto l'epilogo necessario del contratto di *leasing*, e comunque l'effetto traslativo segue solo ad una espressa dichiarazione in tal senso del titolare dell'opzione, laddove caratteristica peculiare delle alienazioni a scopo di garanzia è il prodursi automatico di detto effetto in capo al cessionario in garanzia o l'automatico venir meno dello stesso per il fatto, rispettivamente, dell'inadempimento o dell'adempimento delle obbligazioni (*lato sensu*) restitutorie del cedente in garanzia.

Normalmente, poi, la proprietà del bene non interessa al concedente, date le peculiarità del bene stesso quanto a caratteristiche (intimamente collegate al tipo di attività imprenditoriale cui il bene stesso viene adibito), utilizzo (l'impresa di leasing di solito non è attrezzata, per il caso che il bene le venga restituito, a custodirlo, e tanto meno a conservarlo in piena efficienza, oppure a collocarlo con una adeguata rete distributiva sul mercato dell'usato) ed esigenze di manutenzione.

E ancora: quale garanzia (in senso stretto) può offrire al creditore-lessor, un bene a) scelto dall'utilizzatore, b) impiegato (e sovente esaurito) in cicli produttivi su cui il concedente può non avere cognizioni tecniche precise, c) spesso insuscettibile di essere apprezzato appieno dalla società di *leasing* quanto a significato economico, d) il cui valore di scambio al termine dell'utilizzo, e al di fuori

del contesto aziendale in cui è inserito, può essere addirittura nullo?

L'interesse dell'utilizzatore-alienante, d'altronde, non è rappresentato dalla signoria sul bene, ma dall'utilizzo dello stesso. Ed anche considerando l'eventualità di un *lessee* effettivamente interessato alla proprietà del bene, resterebbe da spiegare la struttura e la funzione di una garanzia vincolata all'esercizio di una facoltà da parte del debitore-utilizzatore, anziché (quale effetto automatico) al fatto dell'adempimento, a parte, s'intende, una efficacia compulsoria (ed in tale accezione, solo *lato sensu*, di garanzia) su di lui esercitata dalla consapevolezza di poter conseguire la proprietà del bene alle condizioni economiche di cui al contratto di *leasing* solo alla scadenza del contratto stesso.

A ciò si aggiunga che i costi di istruttoria e di negoziazione in vista della stipula di un contratto di *sale and lease back*, la rigorosa selezione effettuata dai *lessors* (in punto di affidabilità, solvibilità, dei futuri eventuali clienti), fan sì che normalmente detto strumento negoziale sia impiegato nell'ambito dell'economia di imprese sane, e che l'approccio ad esso sia strutturalmente precluso a soggetti sprovvisti o in condizioni di particolare debolezza finanziaria.

Tutto questo non può indurre a negare la causa di scambio della vendita (*sale*) del bene alla società di *leasing*. Anzi: la vendita funge, proprio così causalmente caratterizzata, da necessario presupposto per il contratto di *leasing* che su essa si innesta: essa non è piegata allo scopo di garanzia, quale accessorio di un preesistente o concomitante mutuo, ma costituisce necessario presup-

posto per la concessione del bene in leasing: non è, come si è rilevato, una vendita a scopo di garanzia, bensì una vendita a scopo di *leasing*. E di ciò, finalmente, la Suprema Corte dà atto.

***3. Lease back e patto commissorio: il lease back anomalo o, meglio, l'uso anomalo del lease back.***

Si è già ricordato l'esito recente dello sviluppo ermeneutico e applicativo del principio espresso dall'art. 2744 c.c.: declaratoria di nullità delle alienazioni piegate allo scopo di garanzia, tanto di quelle ad effetto traslativo risolutivamente condizionato, quanto di quelle ad effetto traslativo sospensivamente condizionato. La pronuncia della Cassazione in esame, sotto questo profilo, non diverge dai suoi precedenti

Il punto, però -con riguardo alla figura che ci occupa- è che il fatto della materiale disponibilità del bene venduto da parte del venditore-utilizzatore obbligato al pagamento dei canoni, unitamente alla concessione della facoltà di riacquisto del bene allo stesso utilizzatore, non appaiono elementi di per sè sufficienti a ritenere nullo per violazione al divieto del patto commissorio qualsivoglia *sale and lease back*.

Ciò non toglie, beninteso, che anche la nostra operazione, (come, del resto, ogni contratto -tipico o atipico che sia-), possa essere utilizzato in frode alla legge. Si può insomma sostenere la normale liceità del contratto di *lease back*, e al contempo sperimentarne l'uso -*lato sensu*- fraudolento. La questione, semmai, è un'altra: quand'è che un contratto atipico e (nella sua struttura "so-

cialmente tipica") lecito è nullo per violazione del divieto del patto commissorio?

Ebbene, confortati in questo dalla sentenza in commento, si può sostenere che con particolare riguardo ai contratti atipici -in cui è impresa ardua valutare lo scarto tra la finalità propria del tipo e la finalità voluta dalle parti- il ragionamento debba necessariamente muovere dalla *ratio* del divieto del patto commissorio, per approdare all'invalidazione degli schemi negoziali in grado di raggiungere il risultato economico-funzionale dalla norma proibito. Non è solo con riferimento allo scopo perseguibile e perseguito che deve misurarsi la frode: occorre valutare l'idoneità del negozio a "mettere in iscacco" la ragione d'essere della norma .

#### *4. La ratio del divieto del patto commissorio .*

Con riguardo al fondamento della norma di cui all'art. 2744 c.c., a quanti individuano secondo schemi tradizionali la ratio del divieto nell'esigenza di tutela del debitore "bisognoso" esposto al rischio di un approfittamento da parte del creditore (sproporzione - sino al limite dell'usura - tra l'ammontare del debito e il valore del bene), o nell'esigenza di garantire la par condicio creditorum, oppure -su un piano diverso- nella necessità di salvaguardare il principio di esclusività dello stato nella funzione esecutiva, per cui il debitore non potrebbe assoggettarsi convenzionalmente ad un potere di autosoddisfacimento del creditore, si contrappone chi -rilevata la non estraneità al nostro ordinamento di figure tipiche che in vario modo legittimano situazioni di garanzia costituite fra le parti per via di trasferimenti di proprietà,

individua la ragion d'essere del divieto del patto commissorio nel pericolo insito in operazioni di garanzia prive di ogni controllo sulla eventuale eccedenza del valore del bene trasferito rispetto al credito garantito.

Il significato ed il senso di isolare la figura del patto commissorio autonomo e rendere operativa la sanzione di nullità ad esso associata, risiede nell'esigenza di coniugare ragioni di tutela riferibili al contraente in posizione *-lato sensu-* di inferiorità, con sistemi sanzionatori adeguati e svincolati dalla rigidità quanto a presupposti, tempi e modi di reazione a ipotesi di lesione, sproporzione, coazione morale e approfittamento. È pertanto conseguente leggere il divieto del patto commissorio come esigenza di non mandare esenti le pattuizioni di garanzia da ogni controllo circa una abusiva appropriazione della differenza di valore (in ipotesi sproporziona-

ta) tra credito garantito e valore del bene trasferito in garanzia, e al contempo di far fronte all'inadeguato e rigido sistema sanzionatorio del nostro codice.

Il carattere illecito -una volta ricostruita precisamente la struttura dell'operazione- non potrà, pertanto, emergere con esclusivo riguardo al risultato in sé raggiunto dalle parti, ma solo dando conto dell'idoneità del complessivo atteggiarsi della vicenda negoziale a disattendere il principio informatore del divieto, idoneità ricostruibile induttivamente da "elementi sintomatici" quali -fra gli altri- la situazione economica del *lessee*, la concreta valutazione dell'affare, in termini di adeguata proporzionalità delle prestazioni corrispettive, avuto riguardo ai criteri adottati per la stima del prezzo di vendita, per la determinazione dei canoni del leasing, e per la quantificazione del prezzo di opzione.

Ora, nella sentenza in commento, la Corte individua il fondamento del divieto del patto commissorio proprio nell'esigenza di impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore, ed un approfittamento della di lui debolezza, con abusiva appropriazione dell'ecedenza tra entità del credito e valore del bene. Non mancano gli elementi sintomatici di una tal situazione: sproporzione tra prestazioni (causata dal versamento della sola metà del prezzo di vendita del capannone); deposito vincolato dell'altra metà a garanzia del pagamento dei canoni delle due annualità; inidoneità del contratto così disegnato a conseguire, quanto a ricostruzione delle riserve di liquidità aziendale, il fine tipico del contratto *di lease back*. L'operazione di *sale lease back* ne esce "stravolta", vanificata nello scopo, con carattere inequivocabile di finanziamento scortato da un trasferimento

in garanzia, concluso in pregiudizio di un contraente in difficoltà economiche, e perciò in violazione del divieto del patto commissorio.

Il pregio della sentenza in epigrafe consiste allora proprio in questo: così motivando i giudici hanno finalmente sganciato la valutazione in punto di liceità del *sale lease back* da una sua qualificazione in termini di alienazione in garanzia. Ben potrà dirsi nulla l'operazione negoziale di *sale and lease back* siccome piegata a scopi fraudolenti, o vietati dall'ordinamento, ma allora il giudizio di illiceità dovrà maturare in relazione non ad un pregiudizio, quanto all'esame concreto delle singole operazioni.

## APPENDICE

### LA RECENTE SENTENZA DELLA CASSAZIONE N.13580/2004

Tornando di recente sul tema la La Suprema Corte ha ribadito come il "sale and lease back" "non è preordinato per sua natura ad uno scopo di garanzia", né alla "fraudolenta elusione del divieto" stabilito dal codice civile, ipotesi che può realizzarsi solo se, per le circostanze del caso concreto (difficoltà economiche dell'impresa venditrice che legittimino il sospetto di un approfittamento della sua condizione di debolezza o sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente che confermi la validità di tale sospetto), "l'operazione si atteggi in modo da perseguire un risultato confliggente con il detto divieto"; pertanto, pur dovendosi ammettere che anche il contratto in questione,

come qualsiasi altro contratto, può essere impiegato per scopi illeciti e fraudolenti, tale vendita non è di per sé illecita in relazione allo scopo concretamente perseguito.

Della sentenza in oggetto si riporta qui di seguito il testo integrale.

**Suprema Corte di Cassazione  
Sezione Terza Civile  
Sentenza n.13580/2004**

**Svolgimento del processo**

Con atto notarile del 3/11/1986 C. G. vendeva 2 immobili in Martina Franca alla SIFI s.r.l. (le cui quote si appartenevano a sé medesimo ed al figlio G.) e con successivo atto la Sifi vendeva per lo stesso prezzo di L. 500 milioni i medesimi immobili alla s.p.a. Agrileasing, che contestualmente li cedeva in locazione finanziaria alla s.n.c. C. Auto (le cui quote erano di pertinenza di C. G. e G.), per essere destinati ad attività di concessionaria Fiat. Sopraggiunto il fallimento di C. G. e G., di C. Auto s.n.c. e della Sifi, il 5/12/1987, la curatela adiva il tribunale di Taranto perché fossero dichiarati inefficaci e nulli i predetti contratti nonché il dissimulato contratto di mutuo, con patto commissorio vietato ed in subordine instava per la revocatoria ex art. 67 l.f. nei confronti della Agrileasing.

Si costituiva la Agrileasing, che resisteva alla domanda, chiedendo la risoluzione del contratto di leasing per inadempimento ed anche perché

aveva scoperto che gli immobili in questione non erano stati occupati dalla s.n.c. C. Auto ma da altri soggetti.

Il Tribunale accoglieva la domanda attrice, ritenendo simulati gli atti in questione, in quanto predisposti per mascherare un mutuo con patto commissorio, poiché il rapporto sostanzialmente era intervenuto tra i C. e l'Agrileasing e che era significativo, ai fini di questa ricostruzione il fatto che gli immobili erano detenuti da terzi e che la C. Auto, con missiva del 14/11/1986, aveva significato di voler dismettere la concessionaria (medio tempore tra i due atti).

Avverso questa sentenza proponeva appello la Agrileasing.

Resisteva la s.r.l. Nuova Immobiliare, quale assuntore dei fallimenti C. (già costituitasi nel corso del giudizio di primo grado).

La corte di appello di Lecce, sez. dist. di Taranto, con sentenza depositata 7/1/2000, rigettava l'appello.

Riteneva la corte di merito che nella fattispecie sussisteva la consapevole partecipazione dell'Agrileasing al disegno simulatorio. Infatti non era possibile che l'Agrileasing non avesse visionato gli immobili, rilevando che gli stessi erano già occupati da terzi locatari, tenuto conto che la convenuta aveva una filiale a Bari e che vi fu un verbale di consegna degli immobili; che le visure commerciali esibite, da cui risultava che i C. erano in bonis, si riferivano solo ai C. ed alla C. Auto e non anche alla Sifi, che pure era il soggetto alienante.

Secondo i giudici di appello l'Agrileasing era a conoscenza della struttura societaria della SIFI e l'intera operazione si riduceva ad un rapporto tra i C. e la convenuta e gli atti erano simulati, in quanto non si trattava di vendita, ma di un mutuo con patto commissorio.

Riteneva la corte territoriale che oggetto del secondo atto era la costituzione di una garanzia reale in capo alla Agrileasing, che acquistava la proprietà di un immobile a garanzia del credito fatto ai C..

Riteneva la corte di merito che nella fattispecie fosse da escludere che sussistesse un contratto di sale and lease back, poiché nella fattispecie la contestuale locazione finanziaria non avveniva nei confronti della venditrice SIFI, ma di un altro soggetto (s.n.c. C. Auto), per l'esercizio di un'attività nella pratica inattuabile.

Avverso questa sentenza la s.p.a. Agrileasing ha proposto ricorso per Cassazione.

Resiste con controricorso la s.r.l. Nuova Immobiliare. Entrambe le parti hanno presentato memorie.

### **Motivi della decisione**

1.1. Preliminarmente va rigetta l'eccezione di inammissibilità del ricorso proposta dalla resistente, per non essere stato indicato nel ricorso la parte contro cui esso è proposto (nella specie la Nuova Immobiliare), cui si fa riferimento esclusivamente a pag. 5 del ricorso, nonché in sede di notifica dello stesso.

1.2. Ritiene questa corte che l'eccezione è infondata.

Infatti, ai sensi dell'art. 366, n. 1, c. p.c. il ricorso per cassazione è inammissibile, allorquando ricorra un'incertezza assoluta sull'identificazione della parte ricorrente o di quella contro cui è diretta. Ai fini dell'osservanza della predetta norma non occorre necessariamente che tale indicazione sia premessa all'esposizione dei motivi di impugnazione, ovvero sia altrove oggetto di esplicita formulazione, ma è sufficiente che, analogamente a quanto previsto dall'art. 164 c. p.c., essa risulti in modo chiaro ed inequivoco dal contesto del ricorso, anche se implicitamente, nonché dal riferimento agli atti dei precedenti giudizi, per cui sia agevole identificare con certezza la parte intimata (Cass. 11/2/1994, n. 1389; Cass. 9/7/1982, n. 4081).

Nella fattispecie sia dal contesto del ricorso (p. 5) sia dal riferimento alla sentenza impugnata era agevole rilevare che la parte intimata era la s.r.l. Immobiliare, cui il ricorso fu poi effettivamente notificato.

2.1. Ritiene questa Corte che preliminarmente vadano esaminati il primo ed il quarto motivo di ricorso.

Con il primo motivo la ricorrente lamenta l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, in relazione agli artt. 1322, 2744, 1414, 1418 c. c.

Lamenta la ricorrente che la sentenza impugnata fa riferimento a due negozi, mentre in effetti i negozi erano tre; che, pur ritenendo simulati i negozi, non indica quali fossero i negozi dissimulati; che l'omissione dell'identificazione del negozio dissimulato impediva di valutare la corretta applicazione della sanzione di nullità di cui all'art. 2744 c. c.

2.2. Con il quarto motivo di ricorso la ricorrente lamenta l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, ex art. 360 n. 5 c. p.c., 1322-1414-1418-2744 c. c.

Ritiene la ricorrente che la sentenza impugnata ha escluso nella fattispecie un contratto lecito di sale and lease back, perché quest'ultimo presuppone l'identità formale e sostanziale dei soggetti che danno vita a detto negozio, mentre nella fattispecie i soggetti sarebbero tre (e differenti), poiché il venditore risultava essere la Sifi e l'utilizzatore risultava essere la C. Auto s.n.c.; che tale assunto entrava in contrasto con tutta la costruzione effettuata dal giudice di merito, secondo cui il rapporto era unico ed investiva da una parte C. G. e dall'altra l'Agrileasing; che in questa ipotesi la sentenza impugnata avrebbe dovuto esaminare se sussistevano gli elementi per un valido contratto di sale and lease back; che se, invece, le parti contraenti erano effettivamente tre, allora i negozi stipulati rappresentavano l'effettiva estrinsecazione della fattispecie

della locazione finanziaria immobiliare, con presenza di un venditore e fornitore, di un concedente ed utilizzatore.

3.1. Ritiene questa Corte che i due motivi siano fondati e che essi vadano accolti.

La sentenza, anzitutto, risulta insanabilmente contraddittoria.

Nella prima parte, infatti, della motivazione (fino a pag. 12), essa sembra condividere l'iter argomentativo della sentenza di primo grado (confermata) che riteneva simulati gli atti in questione, sia sotto il profilo soggettivo, attraverso l'interposizione fittizia della SIFI s.r.l. che della s.n.c. C. Auto sia sotto il profilo oggettivo, per cui i vari atti, concepiti e voluti come funzionalmente connessi ed interdipendenti, mascheravano un mutuo con patto commissorio, intervenuto direttamente tra la s.p.a. Agrileasing ed il C. G., (ovvero quest'ultimo insieme al figlio G.).

Nella seconda parte (p. 13-14) della motivazione la sentenza impugnata ritiene, invece che nella fattispecie non possa sussistere un contratto di sale and lease back, poiché l'utilizzatore dell'immobile concesso in leasing era la s.n.c C. e quindi un soggetto diverso da quello (SIFI s.r.l.) che aveva venduto il bene alla Agrileasing, per cui stante la diversità di soggetti tra venditore e utilizzatore non era ipotizzabile il suddetto contratto di lease back.

Non è dato quindi comprendere dal complesso dell'intera motivazione, per l'insanabile contraddizione suddetta, se la corte di merito abbia ritenuto simulati i tre contratti in questione, ovvero se lo fossero solo i primi due di vendita (da C. G. alla Sifi e da questa alla Agrileasing), mentre non lo fosse il contratto di leasing stipulato tra la Agrileasing e la s.n.c. C. Auto.

3.2. Tutto ciò porta a diverse conseguenze giuridiche, erratamente omesse di valutare da parte dalla corte di merito.

Nella prima ipotesi, poiché venditore ed utilizzatore dissimulato dell'immobile coincidevano nella persona di C. G., che era l'unico soggetto che aveva dissimulatamente contrattato con la Agrileasing, la corte di merito avrebbe dovuto valutare se nella fattispecie sussisteva un valido contratto di sale and lease back, come sostenuto dalla ricorrente.

Il contratto di sale and lease back si configura come un'operazione negoziale complessa, frequentemente applicata nella pratica degli affari poiché risponde all'esigenza degli operatori economici di ottenere, con immediatezza, liquidità, mediante l'alienazione di un bene strumentale - di norma funzionale ad un determinato assetto produttivo e pertanto non agevolmente collocabile sul mercato - conservandone l'uso con la facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto. Tale operazione è caratterizzata da uno schema negoziale tipico nel cui ambito il trasferimento in proprietà del bene all'impresa di leasing rappresenta il necessario presupposto per la concessione del bene in "locazione finanziaria", e non è quindi preordinato "per sua natura" e nel suo fisiologico operare ad uno scopo di garanzia, né - tanto meno - alla fraudolenta elusione del divieto posto dall'art. 2744 c. c.

Pertanto, pur dovendosi ammettere che anche il lease and sale back, come qualsiasi altro contratto, può essere impiegato per scopi illeciti e fraudolenti (e, in particolare, a fini di violazione o di elusione del divieto del patto commissorio), deve tuttavia sottolinearsi che tale ultima ipotesi si realizza solo se, per le circostanze del caso concreto (difficoltà economiche dell'impresa venditrice, legittimanti il sospetto di un approfittamento della sua condizione di debolezza; sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente che confermi la validità di tale sospetto), l'operazione si atteggi in modo da perseguire un risultato confliggente con il divieto sancito dall'art. 2744 c. c. (Cass. 22/04/1998, n. 4095; Cass. 26/06/2001, n. 8742).

Nel contratto di "sale and lease back", la vendita ha scopo di "leasing" e non di garanzia perché, nella configurazione socialmente tipica del rapporto, costituisce solo il presupposto necessario della locazione finanziaria inserendosi nella operazione economica secondo la funzione specifica di questa, che è quella di procurare all'imprenditore, nel quadro di un determinato disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi, liquidità immediata mediante l'alienazione di un suo bene strumentale, conservandone a questo l'uso con facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto. Tale vendita (con il complesso rapporto atipico nel quale si inserisce) non è quindi, di per sé, in frode al divieto del patto commissorio che, essendo diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore spinto alla ricerca di un mutuo (o alla richiesta di una dilazione nel caso di patto commissorio ab intervallo) da ristrettezze finanziarie, ed a precludere, quindi, al predetto creditore la possibilità di fare proprio il bene attraverso un meccanismo che lo sottrarrebbe alla regola della par condicio creditorum, deve, invece, ritenersi violato ogni qualvolta lo scopo di garanzia non costituisca solo motivo, ma assurga causa del contratto di vendita con patto di riscatto o di retrovendita, a meno che non risulti in concreto, da dati sintomatici ed obiettivi, quali la presenza di una situazione credito-debitoria preesistente o contestuale alla vendita o la sproporzione tra entità del prezzo e valore del bene alienato ed, in altri termini, delle reciproche obbligazioni nascenti dal rapporto, che la predetta vendita, nel quadro del rapporto diretto ad assicurare una liquidità all'impresa alienante, è stata piegata al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore, che in tal modo tenta di acquisire l'eccedenza del valore, abusando della debolezza del debitore (Cass. 16/10/1995, n. 10805).

3.3 La corte di merito, quindi, avrebbe dovuto valutare, nell'ipotesi in cui avesse ritenuto simulati tutti e tre i contratti, per interposizione fittizia,

essendosi il rapporto svolto esclusivamente tra C. G. e l'Agrileasing, se il contratto dissimulato integrasse un lecito contratto sale and lease back, ovvero se esso costituiva una vendita a scopo di garanzia del finanziamento, e quindi nulla per causa illecita (ex art. 1344 per violazione del divieto di patto commissorio).

4.1. Nella seconda ipotesi, e cioè nell'ipotesi in cui la Corte di merito avesse ritenuto che la simulazione investisse solo i due contratti di vendita dell'immobile e non anche il contratto di leasing, in questo caso il contratto dissimulato sarebbe costituito dalla vendita diretta dal C. alla Agrileasing dell'immobile, mentre il contratto di leasing da quest'ultimi alla s.n.c. C. Auto, sarebbe non simulato.

In questo caso il contratto dissimulato di vendita ed il contratto successivo di leasing, autonomamente considerati, non sono nulli.

Tuttavia, se essi fossero intimamente collegati per realizzare una vendita a scopo di garanzia e quindi per realizzare un finanziamento con patto commissorio, la nullità della causa investirebbe l'intero rapporto collegato.

4.2. Perché possa configurarsi un collegamento di negozi in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie anche ai fini della nullità dell'intero procedimento negoziale per illiceità del motivo o della causa, ai sensi degli artt. 1344 e 1345 c. c., è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico fra i negozi, che il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti, pur se non manifestato in forma espressa, potendo risultare anche tacitamente, di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento ed il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, non essendo sufficiente che quel fine sia perseguito da una sola delle parti all'insaputa e senza la partecipazione dell'altra (Cass. 18/04/1984, n. 2544).

Infatti le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possono dar vita, con uno o più atti, a diversi e distinti contratti che, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale e pur rimanendo sottoposti alla relativa disciplina, vengono tuttavia collegati tra loro, in funzione del risultato concreto unitariamente perseguito, con rapporto di reciproca dipendenza, in modo che le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro o sugli altri, condizionandone non solo l'esecuzione ma anche la validità. Il detto collegamento tra negozi è configurabile anche quando siano stipulati tra soggetti diversi, pur essi risultino concepiti e voluti come funzionalmente connessi ed interdipendenti, al fine di un completo e complessivo regolamento di interessi (Cass. 30/10/1991 n. 11638).

4.3. Va, infatti, osservato che il divieto di patto commissorio si estende a qualsiasi negozio, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà di un bene come conseguenza della mancata estinzione del debito. Poiché il collegamento tra negozi è configurabile anche quando siano stipulati - con le caratteristiche suddette - tra soggetti diversi, sono nulli il contratto di vendita da un soggetto ad un lessor e quello di leasing finanziario tra quest'ultimo ed un lessee, se essi risultano collegati al solo scopo di costituire una vendita a garanzia dell'adempimento nei confronti del lessor, in quanto, pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato dall'art. 2744 c. c., i contratti, così collegati, possono costituire un mezzo per eludere tale norma imperativa (cfr. sia pure in tema di vendita con patto di riscatto, Cass. 20/07/1999, n. 7740).

In questo caso la nullità deriva dalla violazione dell'art. 1344 c. c., e cioè nullità per illiceità della causa, quanto il collegamento negoziale suddet-

to costituisce il mezzo per eludere il divieto del patto commissorio (Cass 03/04/1989 n. 1611).

4.4. Anche in questa ipotesi, accertato il collegamento negoziale tra i due negozi, l'accertamento dell'esistenza della causa illecita di violazione del divieto di patto commissorio, va effettuata sulla base degli elementi soggettivi ed oggettivi sopra indicati per distinguere l'ipotesi di valido contratto di sale and lease back da quello che maschera un patto commissorio, e, come tale, illecito.

5. L'accoglimento dei suddetti due motivi di ricorso comporta l'assorbimento dei restanti.

L'impugnata sentenza va, pertanto cassata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Lecce, che si uniformerà ai suddetti principi di diritto e provvederà anche sulle spese di questo giudizio di Cassazione.

**P.Q.M.**

Accoglie il primo ed il quarto motivo di ricorso, assorbiti gli altri. Cassa, in relazione ai motivi accolti, l'impugnata sentenza, e rinvia.

Depositata in Cancelleria il 21 luglio 2004.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Dal tipo sociale all'atipico*, a cura di PERCHINUNNO, Bari, 2001;
- ALESSI, *Sul concetto di causa del negozio giuridico*, in *Temi emil.*, 1933, III, p. 162;
- AMORTH, *Contratti reali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 317;
- ANDRIOLI, *Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, in *Foro it.*, 1942, p. 955;
- Id., *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. Cod. civ.* a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1958;
- ANELLI, *L'alienazione in garanzia*, Milano, 1996;
- AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano 1942;
- AVANCINI, *Patto commissorio e scelta tra pagamento del debito e trasferimento del bene*, in *I contratti*, 1998, p.92;
- AZZARITI, *Nota a Cass. 3800/1983*, in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 2958;
- AZZARO, *Vendita a scopo di garanzia e divieto del patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1993, II, p. 104;
- BARANI, *Locazione finanziaria - Natura - "Leale back"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 720;
- BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971;
- Id., *Responsabilità patrimoniale - Disposizioni generali art. 2744 c.c.*, in *Il codice civile commentario* (diretto da P. SCHLESINGER), Milano, 1991;

BARBUTO, *Lease-back una operazione in "libertà vigilata" - Perché tanti sospetti sulla natura elusiva o fraudolenta del contratto?*, in *Impresa*, 1992, p. 3105;

BARTALINI, *Brevi analisi dei profili civilistici del "sale and lease back"*, in *Giur. comm.*, 1990, I, p. 671;

BATTISTONI, *La causa dei negozi giuridici*, Padova, 1932;

BETTI, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 699;

Id., *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 243;

BIANCA, *Divieto del patto commissorio*, Milano, 1957;

Id., *Garanzia mediante alienazione simulata e conferimento al creditore di un mandato di vendita*, in *Foro pad.*, 1958, I, p. 455;

Id., voce "*Patto commissorio*", in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 717;

Id., *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da VASSALLI, Torino, 1972;

Id., *Diritto Civile, Il contratto*, 3, Milano, 1984;

Id., *Diritto Civile, Il contratto*, 3, Milano, 1987;

BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921;

BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984;

BONTEMPI, *Divieto di patto commissorio e lease back*, in *Nuova giur. civ. Comm.*, I, 1995, p. 911;

BOSTICCO, *Sale and lease-back*, in *Foro pad.* 1987, I, p. 415;

BOTTA, *Operatività del divieto del patto commissorio e trasferimento in garanzia*, in *Notariato*, 1995, p. 260;

BUGANI, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 39;

BUONOCORE, voce "Leasing", in *Noviss. Dig. It.*, App. IV, Torino, 1983, p. 804;

BUSSANI-CENDON, *Il sale and lease back*, in *I contratti nuovi*, Milano, 1989;

BUSSANI, *Il contratto di lease back*, in *Contratto e Impresa*, 1986, p. 564;

Id., *Nota a Cass. 18 maggio 1988 n. 3462*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 287;

BUTERA, *Patto commissorio e mutuo semplice*, in *Foro it.*, 1943, I, p. 410;

CANDIAN, *Appunti dubbiosi sulla "ratio" del divieto del patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, p. 178;

CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nello ordinamento internazionale*, Milano, 2000;

CAPOLUPO, *I problemi sollevati dal lease-back*, in *Fisco*, 1989, p. 6422;

CAPUTO, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 886;

CARBONE, *Le peculiarità del lease-back o sale lease-back*, in *Corriere Giur.*, 1995, p. 1365;

CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933;

CARNELUTTI, *Note sul patto commissorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 887;

Id., *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in *Riv. dir. proc. Civ.*, II, 1946, p. 160;

- CARNEVALI, voce "*Patto commissorio*", in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982;
- CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943;
- CARRESI, *Brevi note sul contratto di mutuo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, p. 346;
- Id., *Il contratto*, in *Tratt. CICU-MESSINEO*, XXI, I, Milano, 1987;
- CASELLI, *Leasing*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 217; 134
- CASUCCI, *Il sistema "proporzionale" nel diritto privato*, Napoli, 2001;
- CENNI, *Una discutibile applicazione del divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, II, 1995, p. 1008;
- CESARO, *Lease back e patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1986, p. 790;
- CHESSA, *Sale and lease back qualificazione dell'operazione e interferenze con il divieto di patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 669;
- CHIAROLANZA, *Lease-back: liceità della causa. Conseguente deducibilità irpeg e detraibilità iva*, in *Vita not.*, 1992, p. 375;
- CHIOMENTI, "*Il leasing*", *il Tribunale di Milano e Donna Prassede*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, p. 271;
- CINQUEMANI, *Sale and lease back tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 1381;
- CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000;
- CLARIZIA, *La locazione finanziaria*, Torino, 1966;
- Id., *Contratti innominati*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 75;
- Id., *I contratti di finanziamento*, Torino, 1983;

Id., *Tipi di leasing finanziario e pubblica amministrazione*, in *Il leasing pubblico*, Milano, 1985;

Id., *Nota a trib. Milano 19 giugno 1986*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 786;

Id., *"Lease-back", "leasing" pubblico e "leasing" immobiliare*, in *Diritto della banca e dei merc. finanziari*, 1988, I, p. 77;

Id., *Lease back e operazioni inesistenti*, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 521;

Id., *Il "lease-back" tra tipicità legale e tipicità giurisprudenziale*, in *Riv. it. leasing*, 1991, p. 522;

Id., *Causa di finanziamento e "lease-back" a proposito dell'ultima Cassazione e della "prima" commissione tributaria*, in *Riv. it. leasing*, 1991, p. 3;

CLARIZIA-LANDI-PALMA-STANFORD, *La locazione finanziaria in Italia e all'estero*, Firenze, 1982;

COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 2 ed., Roma, 1948;

COPPI, *Il conflitto di interessi nella rappresentanza organica di una persona giuridica. Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*, in *Giur. civ.*, 1993, I, p. 3055;

COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 433;

Id., *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto del patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1824;

CRICENTI, *I contratti in frode alla Legge*, Milano, 1996;

D'AGOSTINO, *Leasing di godimento e leasing traslativo: conseguenze fiscali e civilistiche in caso di risoluzione del contratto*, in *Fisco*, 1996, p. 1420;

DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 180;

D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali*, in *Comm. D'AMELIO-FINZI*, libro *Della tutela dei diritti*, 1945;

DE GASPERIS, *Brevi note sull'assimilazione del lease-back nel nostro ordinamento*, in *Foro pad.*, 1989, I, p. 400;

DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934;

DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, p. 331;

DE MARTINO, *Possesso*, in *Commentario SCIALOJA-BRANCA*, sub art. 1140 cod. civ., Bologna-Roma, 1958;

DE MEO, *Il contratto di lease-back normale e anomalo*, ne *I contratti* 1996, p. 34;

DE NICTOLIS, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia esale-lease-back*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 557;136

Id., *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998;

DE NOVA, *Il leasing e il factoring come strumenti di finanziamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 10;

Id., *Il contratto di leasing*, Milano, 1985;

Id., *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 779;

Id., *Appunti sul sale and lease back e il divieto di patto commissorio*, in *Riv. It. Leasing*, 1985, p. 309;

Id., *Il lease back*, in *Riv. it. Leasing*, 1987, p. 677;

Id., *Identità e validità del lease back*, in *Riv. It. Leasing*, 1989, n.26;

Id., *Lease back e operazioni inesistenti*, in *Riv. it. leasing*, 1989, p.473;

Id., *Il sale and lease back*, in *I nuovi contratti*, Torino, 1990;

- Id., *Il lease-back "tecnico" è valido*, in *Contratti*, 1993, p. 48;
- Id., *Leasing*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1993, vol. X;
- Id., *Nuovi contratti*, Torino, 1994;
- Id., *Il contratto e la giurisprudenza*, per il *Manuale del leasing* a cura di CARRETTA e DE LAURENTIS, Egea, 1998;
- DE ROSA, "Lease back" e patto commissorio, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 213;
- D'ERCOLE, *Sull'alienazione in garanzia*, in *Contr. e impr.*, 1995, p.245;
- DI PAOLO, voce "Patto commissorio", in *Dig. disc. priv., sez. Civ.*, XIII, 1995;
- DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi, contributo alla dottrina del collegamento negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 434;
- D'ORAZI-FLAVONI, *Fideiussione. Mandato di credito. Anticresi*, in *Tratt. GROSSO-SANTORO-PASSARELLI*, V, Milano, 1961;
- ENRIETTI, *Patto commissorio "ex intervallo"*, in *Riv. dir. privato*, 1939, I, p. 27;
- FALABELLA, *Divieto del patto commissorio e "lease back"*, in *Giust. civ.*, 1993, II, p. 89;137
- FALLACARA, *Il contratto di sale and lease-back alla luce delle recenti pronunzie delle Commissioni Tributarie. Riflessioni sugli aspetti civilistici e fiscali*, in *Fisco*, 1991, p. 5576;
- FALZEA, *La condizione e gli elementi del negozio giuridico*, Milano, 1941;
- FANAN, *Lease-back*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995;

Id., *Lease back*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1996;

FANTAUZZI, *Lo sviluppo della giurisprudenza di merito sulla liceità del lease-back*, in *Giust. Civ.*, 1992, II, p. 485;

FANTOZZI-ALDERIGHI, *La disciplina fiscale della locazione finanziaria*, in AA. VV., *Il leasing. Profili civilistici e tributari*, Milano, 1975;

FANTOZZI, voce "*Leasing (Diritto tributario)*", in *Noviss. Dig. It.*, App., IV, 1983, p. 817;

FERRARA, *La teoria dei contratti*, Napoli, 1940;

FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977;

Id., *La locazione finanziaria ("Leasing")*, in *Tratt. Dir. Priv.*, XI, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1984;

FERRI, *La vendita*, in *Trattato Rescigno*, vol. IX, Torino, 1984;

Id., *L'autonomia privata*, Milano, 1959;

FRAGALI, "*Garanzia (dir. priv.)*", in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969;

Id., *Del mutuo*, in *Comm. Cod. civ. a cura di SCIALOJA-BRANCA*, Bologna-Roma, 1969;

Id., *Dell'Anticresi*, in *Comm. Cod. civ. a cura di SCIALOJABRANCA*, Bologna-Roma, 1974;

FRIGNANI, "*Leasing*" – *Qualche passo avanti e qualche battuta d'arresto nel 1983 e 1984*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p. 251;

Id., *Factoring, leasing, franchising, venture capital, concorrenza*, Torino, 1987;

Id., *Spunti critici su recenti sviluppi in tema di leasing*, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 45;

FUNAIOLI, *Consegna*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961;

GABRIELLI, *Sulla funzione del leasing*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, II, p. 465;

Id., *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 643;

GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988;

Id., *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1990;

GALIMBERTI, *Il "leasing" - Elementi essenziali economici e finanziari*, Milano, 1981;

GAMBOGI, *L'operazione di Lease back: regime fiscale e configurazione civilistica*, in *Società*, 1992, 7, p. 912;

GAMMONE, *Breve rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1998, II, p. 309;

GASPERONI, *Collegamento e connessione fra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 366;

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il Codice civile-Comm. diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1991;

Id., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1992;

Id., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1998;

GHINI, *Lease back: provvisorio passaggio di proprietà e liquido per le iniziative imprenditoriali*, in *Riv. dott. comm.*, 1999, p. 48;

GIACOBBE, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1969, p. 73;

GIORGIANNI, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960;

GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, "sale and lease back"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 457;

GRECO-COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA-BRANCA, 2 ed., Bologna-Roma, 1981;

IACUANIELLO BRUGGI, voce "Patto commissorio", in *Enc. Giur.*, XXII, Treccani, 1990;

INGRASSIA, *La efficacia del divieto del patto commissorio*, in *Nuovo dir.*, 1949, 441;

LA TORRE, *Il lease back e il divieto di patto commissorio*, in *Riv. it. leasing*, 1985, p. 135;

Id., *Il lease-back e il revirement della Cassazione in materia di vendita con patto di riscatto*, in *Riv. it. leasing*, 1991, p. 211;

LEO, *Il lease back approda in Cassazione*, in *Giur. it.*, I, 1, 1997, p. 686;

LI VIGNI, *Il "sale and lease back" dopo la sentenza della Cassazione n 10805/95: aspetti civili fiscali*, in *Vita not.*, 1997, p.

LICINI, *Tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, p. 1043;

LIPARI, *II negozio fiduciario*, Milano, 1964;

Id., *Lease-back e trasferimento fiduciario a scopo di garanzia*, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 492;

LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952;

LORDI, *Del pegno*, in *Comm. D'AMELIO-FINZI*, libro *Della tutela dei diritti*, Firenze, 1943;

LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 236;

Id., *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di LUDICAZATTI, Milano, 1995;

Id., *La Corte di Cassazione si pronuncia per la validità del leaseback*, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 359 e in *Rass. Trib.*, 1996, p. 428;

Id., *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, I, 2000, p. 495;

LUPOI, *Introduzione ai trusts*, Milano, 1994;

MACELLARI, *Nota a Comm. trib. 1 grado Roma*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 1994, p. 240;

MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex articolo 2744 c.c.*, in *Foro it.*, 1966, I, p. 1120;

MANIACI, *Leasing, lease back e divieto del patto commissorio*, in *I contratti*, 1998, p. 402;

MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, *Foro it.*, 1989, I, p. 1428;

MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1960, I, p. 94;

MASI, *Possesso e detenzione*, in *Trattato RESCIGNO*, vol. VIII;

MATTIANGELI, *La Cassazione ancora sul divieto del pattocommissorio*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 463;

MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. del dir.*, X, Milano, 1962;

MIELE, *Sul patto commissorio immobiliare*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1946, p. 70;

Id., *Distinzione fra negozi fiduciari e negozi giuridici simulati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, I, 253;

MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 44;

MIRABELLI, *Causa obiettiva e causa subiettiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 8;

Id., *Dei singoli contratti*, II, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, 1968;

MISEROCCHI, *Vendita con patto di riscatto: prospettive nuove per un vecchio problema*, in *Riv. not.*, 1985, p. 1106;

MONTI, *Mezzo pieno, mezzo vuoto: sulla vocazione stravolta del lease back*, in *Foro it.*, 1996, I, p. 3493;

MONTICELLI, *Il leasing, ne I contratti in generale, I contratti atipici*, II, tomo 1, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da BIGIAMI, Torino, 1991;

MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 69; MORRELO, *Frode alla legge*, Milano, 1969;

MUNARI, *Validità e nullità del lease back in relazione al divieto del patto commissorio*, in *Riv. it. Leasing*, 1986, p. 172;

Id., *II leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano, 1989;

NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936;

NUZZO, "Lease-back", *elusione, potere degli organi ispettivi*, in *Rass. Tributaria*, 1990, I, p. 804;

Id., *Lease back, elusione, potere degli organi ispettivi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, I, p. 458;

OBERTO, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadrimestre*, 1984, n.1, p. 372;

PACIFICO, *Aspetti civilistici del lease-back*, in *Riv. It. leasing*, 1989, p. 477;

PASQUINO, *Patto commissorio: alienazioni in garanzia e contratti di "lease-back" . . . vite parallele*, in *Riv. not.*, 1989, p. 917;

PELLEGRINI, *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, p. 1208;

PELOSI, *Divieto del patto commissorio, lease back e frode alla legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 497;

Id., *Sale and lease back e alienazioni a scopo di garanzia*, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 445;

Id., *Lease back, divieto del patto commissorio ed elusione fiscale*, in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 486;

PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1982;

Id., *Forme dei negozi e formalismi degli interpreti*, Napoli-Roma, 1987;

Id., *La tutela del contraente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, n. 4;

Id., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, n. 3; 142

Id., *Nozioni giuridiche fondamentali*, Napoli, 2001;

Id., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2002;

PIERALLINI, *Lease back e patto commissorio: un problema ancora aperto*, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2388;

PORTALE, *Il leasing*, Milano, 1967;

PRATIS, *Della tutela dei diritti (2740-2783)*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, VI, 1976;

PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, n. 3, p. 641;

PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, I, p. 317;

Id., *Diritto civile-Saggi*, Milano, 1951;

PUGLIESE, *Nullità del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1945, I, p. 1161;

Id., *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 1067;

PURCARO, *Sulla liceità del "sale and lease back"*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 587;

RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand- und Sicherungsúbereignung*, Berlin, 1913;

RAGAZZINI, *Vendita in garanzia con patto di riscatto, patto commissorio, patto marciano*, in *Riv. not.*, 1991, I, p. 141;

RAGUSA MAGGIORE, *Contratto di "sale and lease back" e nullità*

*della vendita per divieto di patto commissorio*, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 697;

REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, in *Jus*, 1986, p. 16;

Id., *Stipulazioni commissori, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1444;

REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, vol. 1, Padova, 1931;

RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989;

RETTAROLI, *Esperienze e prospettive del leasing in Italia*, in *Bancaria*, 1976, p. 597;

RIVA, *Il contratto di sale and lease back e il divieto di patto commissorio*, in *Contr. e impresa*, 2001, p. 319;

ROCCO, *Contratto di sale and lease back e divieto di patto commissorio: l'orientamento della suprema corte*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1997, p. 161;

ROMEO, *Limiti applicativi del patto commissorio autonomo*, in *Contratti*, 2000, p. 556;

RONCO, *Osservazioni a Trib. Genova, 30 gennaio 1992, in tema di sale and lease back*, in *Giur. Comm.*, 1993, II, p. 433;

ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. Not.*, 1981, p. 399;

Id., *Il divieto del patto commissorio*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da RE-SCIGNO, XIX, Torino, 1985;

RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU-MESSINEO, Milano, 1971;

RUOZI-CARRETTA, *Appunti sul sale and lease back e il divieto del patto commissorio*, in *Riv. it. Leasing*, 1985, p. 307;

RUOZI-MOTTURA-CARRETTA, *"Leasing '80"*, Milano, 1977;

SACCO, *Il possesso*, in *Trattato CICU-MESSINEO-MENGONI*, Milano, 1988;

SASSI, *Osservazioni in tema di patto commissorio "autonomo" ad effetti obbligatori e nullità del contratto di mutuo "collegato"*, in *Rass. Giur. umbra*, 1993, p. 364;

SCHERMI, *Leasing finanziario, lease back e patto commissorio*, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 1744; 144

SIMONE, *Lease back: cronaca di una morte annunciata*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1252;

Id., *Dr. Jekyll e Mr. Hide, ovvero la doppia vita del sale and lease back*, in *Giur. comm.*, II, 1997, p. 676;

STOLFI, *Patto commissorio ed ipoteca*, in *Foro it.*, 1926, II, p. 282;

Id., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, IV, p. 41;

Id., *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 767;

Id., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961;

TALASSANO, *Divieto del patto commissorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 367;

TARDIVO, *Contratti generali di contratto, cenni sul lease back*, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 277;

TATARANO, *L'adeguatezza della penale tra clausola e rapporto*, in *Quaderni della rassegna di dir. civ.*, Napoli, 2002;

TESTINI, *"Lease-back" e divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 1995, p. 590;

TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; Id., *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1998;

TRIOLA, *Vendita con patto di riscatto e divieto di patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1769;

Id., *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio obbligatorio*, in *Giur. agr. it.*, 1989, II, p. 89;

TUCCI, *Istituzioni di diritto privato*, a cura di BESSONE, Torino, 1999;

VALILLO, *Mutuo ipotecario e patto commissorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, I, p. 164;

VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968;

Id., *"Leasing" finanziario e "sale-lease-back"*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, p. 679;

VETTORI, *Il leasing immobiliare*, in *Riv. dott. comm.*, 1977, p. 811; 145

VITUCCI, *Leasing immobiliare, "lease-back" e patto commissorio*, in *Riv. arbitrato*, 1991, p. 611;

ZENO ZENCOVICH, *L'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 240.

## INDICE

PREMESSA	1
----------	---

## CAPITOLO I

### IL CONTRATTO DI SALE AND LEASE-BACK PROFILI GENERALI

1 . - DEFINIZIONE DEL FENOMENO.	5
2 . - LA STRUTTURA DEL CONTRATTO.	8
2 . 1 LA QUESTIONE DEL COLLEGAMENTO NEGOZIALE: LA PRESENZA DI DUE CONTRATTI.	12
2 . 2 IL SALE AND LEASE-BACK QUALE CONTRATTO UNITARIO.	21
2 . 3 IL LEASE-BACK E LA FUNZIONE DI FINANZIAMENTO.	24

## CAPITOLO II

### LE PICCOLE E MEDIE IMPRESE

#### RUOLO E DEFINIZIONE

1 . - LE PICCOLE E MEDIE IMPRESE	29
2 . - FATTORI DI TIPICITÀ DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE	32
3 . - IL PROBLEMA DELLA DEFINIZIONE DELLA PICCOLA E MEDIA IMPRESA	43
3 . 1 I PARAMETRI QUALITATIVI:	44
3 . 2 PARAMETRI QUANTITATIVI:	45
4 . - -IL CAPITALE INVESTITO	46

## CAPITOLO III

### LE PROBLEMATICHE FINANZIARIE DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE

1 . -	LA DIFFUSIONE, LA DEFINIZIONE E IL RUOLO DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE.	50
2 . -	LA PROBLEMATICHE DEI FINANZIAMENTI ALLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE.	60
3 . -	IL RICORSO AL LEASING ED AL LEASEBACK DA PARTE DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE.	74

## CAPITOLO IV

### LA DISCIPLINA GIURIDICA DEL *SALE AND LEASE BACK*

1 . -	CENNI SUL LEASING	77
2 . -	LA PECULIARE FORMA DEL SALE AND LEASE BACK	79
3 . -	LEASE BACK E DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO	81
4 . -	IL PROBLEMA DELLA LICEITÀ DEL LEASE BACK. CONSIDERA- ZIONI GENERALI	86
5 . -	L'USO ANOMALO DEL LEASE BACK: ELEMENTI SINTOMATICI	90
6 . -	UTILITÀ PRATICA DEL LEASE BACK	94

CAPITOLO V  
LEASE BACK  
ED ALIENAZIONI A SCOPO DI GARANZIA

1 . - IL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO	97
2 . - LA RATIO DELL'ART. 2744 C.C.	99
3 . - LE ALIENAZIONI A SCOPO DI GARANZIA	106

CAPITOLO VI  
IL LEASEBACK NEL QUADRO DOTTRINALE  
DEI NEGOZI IN FRODE ALLA LEGGE

1. I CANONI DI ACCERTAMENTO DEGLI ESTREMI DI UN CONTRATTO IN FRODE ALLA LEGGE.	113
2. FRODE ALLA LEGGE E CAUSA DEL CONTRATTO, FRA ABUSO DEL TIPO DI CONTRATTO E ABUSO DEL COLLEGAMENTO CONTRATTUALE.	123
3. CASISTICA IN MATERIA DI FRODE ALLA LEGGE.	129
4. TIPO DI CONTRATTO, CAUSA ILLECITA, FRODE ALLA LEGGE.	132
5. A) OPERAZIONI CONTRATTUALI SINGOLE E FRODE ALLA LEGGE. UNA CASISTICA MOLTO DISCUSSA: CLAUSOLE DI LIMITAZIONE DEL VALORE DELL'OGGETTO E CLAUSOLE DI ESONERO O DI LIMITAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ.	132
6. ALTRI CASI TALVOLTA QUALIFICATI DAI GIUDICI IN TERMINI DI «ABUSO DEL TIPO CONTRATTUALE». FRODE ALLA LEGGE E RAPPORTI DI LAVORO SUBORDINATO.	151
7. ABUSO DEL CONTRATTO ATIPICO CONSACRATO NELLA PRATICA? RINVIO. –	154

8.	FRODE ALLA LEGGE E RESPONSABILITÀ ILLIMITATA DELL'UNICO AZIONISTA. BREVI RIFERIMENTI ALL'INTERA AREA DEL DIRITTO COMMERCIALE. –	155
9.	B) FRODE ALLA LEGGE E COLLEGAMENTO CONTRATTUALE. ELUSIONE DEI DIVIETI DI CONTRARRE. –	160
10.	FRODE ALLA LEGGE E PRELAZIONE AGRARIA. –	164
11.	FRODE DEL TITOLARE DEL DIRITTO DI PRELAZIONE. RILIEVO DI COMPORTAMENTI SUCCESSIVI ALL'ESERCIZIO DEL DIRITTO. –	166
12.	FRODE DEL DEBITORE SOTTOPOSTO A ESECUZIONE FORZATA.	169
13.	FRODE ALLA LEGGE E DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO.	173
14.	FRODE ALLA LEGGE E LEASE BACK.	185
15.	ALCUNE NECESSARIE DISTINZIONI: FRODE AI TERZI; FRODE E SIMULAZIONE.	186

## CAPITOLO VII

### SALE AND LEASE BACK NELLA GIURISPRUDENZA

#### DELLA SUPREMA CORTE

1.	<u>LA</u> GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE SUL SALE AND LEASE BACK. LA SENTENZA N. 10805 DEL 1995 –	192
2.	LA <u>QUALIFICAZIONE</u> DELL'OPERAZIONE DI LEASE BACK: LA PROPRIETÀ DEL LESSOR TRA STRUMENTALITÀ E GARANZIA. –	197
3.	LEASE BACK E <u>PATTO COMMISSORIO</u> : IL LEASE BACK ANOMALO O, MEGLIO, L'USO ANOMALO DEL LEASE BACK –	204
4.	LA <u>RATIO</u> DEL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO	207

## APPENDICE

LA RECENTE SENTENZA DELLA CASSAZIONE N.13580/2004	212
BIBLIOGRAFIA	223
INDICE	239