



## INDICE

1. Premessa	Pag. 3
2. La Risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore: problematiche specifiche in relazione alla fattispecie contrattuale della locazione finanziaria agli enti pubblici.	Pag. 5
2.1. Modalità di recupero del bene e dei crediti in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore, con riferimento alle diverse ipotesi di leasing pubblico.	Pag. 5
2.1.1. Questioni riguardanti la giurisdizione.	Pag. 5
2.1.2. Il Procedimento per il recupero dei beni mobili.	Pag. 9
2.1.3. Il rilascio del bene immobile da parte dell'utilizzatore - rinvio.	Pag. 12
2.1.4. Problematiche legate al recupero del credito residuo.	
2.2. Il Diritto di proprietà conformato dall'interesse pubblico	Pag. 13
2.2.1. L'interesse pubblico come vincolo per la PA: l'esercizio vincolato del diritto d'opzione. L'obbligo d'acquisto e l'obbligo di conservazione della destinazione pubblica del bene	Pag. 21 Pag. 21
2.2.2. L'interesse pubblico come vincolo per il concedente: la difficoltà di procedere esecutivamente.	Pag. 24
2.2.3. La possibilità per la PA di ricorrere comunque all'espropriazione per pubblico interesse.	Pag. 28
3. Conclusioni	
3.1. Specificità della locazione finanziaria agli enti pubblici in relazione ad elementi oggettivi	Pag. 31 Pag. 31
3.2. Specificità della locazione finanziaria agli enti pubblici in relazione ad elementi soggettivi	Pag. 31
3.3. Intersezioni	Pag. 34



## 1. PREMESSA

Lo scopo del lavoro è quello di far luce su alcune delle tematiche civilistiche che differenziano la fattispecie contrattuale della locazione finanziaria agli enti pubblici da un ordinario contratto di locazione finanziaria.

Nonostante si sia preso spunto da una recente deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui Lavori Pubblici (n. 337 del 4 dicembre 2002, depositata il successivo 11 dicembre), relativa al bando di gara emesso dall'Azienda ospedaliera Universitaria di Ferrara, per la realizzazione e consegna in leasing "chiavi in mano" del completamento del nuovo ospedale S. Anna di Ferrara (la quale tocca alcuni punti nodali delle problematiche legate alla possibilità stessa per un'amministrazione di ricorrere alla figura contrattuale della locazione finanziaria per finanziare la realizzazione di lavori pubblici), si è allargata l'indagine alle problematiche principali che si pongono dinanzi agli operatori economici quando la controparte contrattuale dell'operazione di locazione finanziaria sia rappresentata da un ente pubblico.

Per esigenze di spazio, non è stato possibile pubblicare la versione integrale del lavoro presentato al Premio Assilea 2003, che può, tuttavia, essere reperita sulla rivista *"Rassegna Giuridica dell'Energia Elettrica"* (Milano, Giuffrè, n. 1-2/2003). Pertanto, in questa sede si riproducono solamente i paragrafi riguardanti le peculiarità del "leasing pubblico" in relazione ai momenti di patologia contrattuale e quelli conclusivi, in cui vengono ripercorsi alcuni dei passaggi e dei risultati raggiunti nell'indagine.

Rimangono escluse dal presente estratto tutte le premesse giuridiche che hanno consentito di impostare le problematiche di fondo della locazione finanziaria agli enti pubblici e che si sostanziano nella ricostruzione analitica della natura e delle caratteristiche dell'ente pubblico; nell'esame del concetto di bene giuridico e di bene pubblico e della relazione di compatibilità tra la struttura negoziale della locazione finanziaria con, da un lato, le forme di appartenenza che caratterizzano particolari tipologie di beni e, dall'altro, la possibilità ed i limiti per l'ente pubblico di ricorrere all'utilizzazione di questa fattispecie contrattuale. Sono, altresì, assenti le parti in cui vengono analizzati nei tratti essenziali i meccanismi di negoziazione delle procedure ad evidenza pubblica in relazione a molteplici tipologie di locazione finanziaria, che si caratterizzano principal-



mente con riferimento all'oggetto contrattuale: così sono state prese in considerazione la locazione finanziaria di immobile, costruito e costruendo, di macchinari e beni strumentali. Non manca, tuttavia, l'analisi delle problematiche relative al lease back, al cosiddetto leasing operativo, al project financing ed alle caratteristiche di struttura e contenuto dei contratti di locazione finanziaria agli enti pubblici.

Finalmente, l'ultima parte del lavoro è dedicata alla ricostruzione della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, introdotta nell'ordinamento con il D. Lgs. n. 231/2001: la scelta di inserire in un lavoro sulla locazione finanziaria agli enti pubblici una sezione dedicata a tale tematica risponde alla improcrastinabile necessità che gli intermediari finanziari interessati all'ingresso in questo mercato si dotino delle strutture organizzative e societarie necessarie per entrare in contatto con le pubbliche amministrazioni, evitando di incorrere nelle pesanti sanzioni previste dal D.Lgs. n. 231/2001.



## 2. LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO DELL'UTILIZZATORE: PROBLEMATICHE SPECIFICHE IN RELAZIONE ALLA FATTISPECIE CONTRATTUALE DELLA LOCAZIONE FINANZIARIA AGLI ENTI PUBBLICI.

### 2.1. MODALITÀ DI RECUPERO DEL BENE E DEI CREDITI IN CASO DI RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER INADEMPIMENTO DELL'UTILIZZATORE, CON RIFERIMENTO ALLE DIVERSE IPOTESI DI LEASING PUBBLICO.

#### 2.1.1. QUESTIONI RIGUARDANTI LA GIURISDIZIONE.

La prima questione da affrontare con riguardo all'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore è senza dubbio quella attinente alla giurisdizione. In realtà, la tematica inerente alla giurisdizione non investe solamente il caso della risoluzione contrattuale, ma è correlata al più ampio tema del contenzioso che potrebbe svilupparsi tra l'intermediario finanziario e l'ente pubblico.

La questione è stata correttamente impostata già molti anni addietro, quando si è rilevato che *"i rapporti d'appalto rivestono nella loro sostanza natura civilistica (poiché pur sempre articolati attorno all'istituto tipico previsto dall'art. 1665 Cod. Civ.) ma essi si caratterizzano per essere doppiati da un procedimento amministrativo composto e scandito da frequenti atti autoritativi della p.a.; conseguentemente la giurisdizione amministrativa può essere individuata in tutte quelle ipotesi che vedono un provvedimento amministrativo incidere su sfere soggettive protette ex lege, ma restano da esse escluse, per essere affidate alla giurisdizione del giudice ordinario, tutte quelle fattispecie di rapporti paritetici radicatisi nel contratto d'appalto o nella sua esecuzione."*<sup>1</sup>

Dunque, la prima e fondamentale linea di demarcazione concerne l'oggetto della contestazione dedotta con la lite: nel caso in cui questo sia rappresentato da un provvedimento amministrativo dell'ente riguar-

1 - **POTENZA**, *Brevi note in tema di <<leasing>> nelle opere pubbliche e tutela giurisdizionale amministrativa*, in Riv. It. del leasing, 1988, fasc. 3, pag. 531 e ss, in particolare pag. 533.



dante la procedura ad evidenza pubblica, la giurisdizione sarà attribuita al Giudice amministrativo, altrimenti, riguardando questioni attinenti all'esecuzione del contratto, la questione sarà soggetta all'autorità giudiziaria ordinaria.

In particolare, per quanto concerne le attività costituenti pubblici servizi, l'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998, dispone che: *"1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481.*

*2. Tali controversie sono, in particolare, quelle:*

- a) concernenti la istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana;*
- b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi;*
- c) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi;*
- d) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale;*
- e) riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidità".*

Si deve, inoltre prendere in esame il testo dell'art. 6 della legge n. 205/2000, che recita: *"1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.*



*2. Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto.”*

Parte della giurisprudenza interpreta l'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998 nel senso che già questa norma statuirebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche con riguardo agli appalti di lavori, servizi e forniture. Infatti, secondo T.A.R. Marche, 11 febbraio 2000, n. 292, “Appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 comma 2 lett. e) d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, la controversia relativa ad una procedura di affidamento di appalti di lavori, indetta da un soggetto comunque tenuto all'applicazione delle norme comunitarie e della normativa nazionale in materia”. Tuttavia, il Consiglio di Stato ritiene che il D.Lgs. n. 80/1998 regoli solamente i servizi pubblici, mentre gli appalti siano disciplinati dalla legge n. 205/2000: “L'art. 33 lett. e) d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, trova applicazione nelle sole controversie in materia di pubblici servizi e, specificamente, nelle procedure di affidamento di appalti da parte di un soggetto che interviene nell'erogazione di un pubblico servizio; a suffragio dell'assunto depone da ultimo il raffronto degli art. 6 e 7 l. 21 luglio 2000 n. 205, in ragione dei quali appare evidente come la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, svolte dai soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale (contemplata dall'art. 6), sia distinta dalla omologa devoluzione contenuta nell'art. 33 comma 2, concernente, come sottolineato, solo la materia dei servizi pubblici”.<sup>2</sup> Su questa base è stato affermato che: “Spetta alla giurisdizione amministrativa la cognizione sulle controversie inerenti ad appalti pubblici affidati da un soggetto sì privato, ma concessionario di beni o servizi pubblici (nella specie, del concessionario di un'autostrada) e tenuto all'osservanza, quale organismo di diritto pubblico, delle regole e delle norme pubblicistiche, interne e comunitarie, in soggetta materia”.<sup>3</sup>

Pertanto, data la sua esclusività “la giurisdizione amministrativa in materia di affidamento di appalti pubblici non è limitata alle posizioni di

2 - Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325.

3 - Cons. Stato, sez. V, 03 marzo 2001, n. 1227.



*interesse legittimo, ma si estende a quelle di diritto soggettivo*".<sup>4</sup> Ciò significa essenzialmente che, nei casi in cui ci si trovi di fronte a fattispecie contenziose aventi ad oggetto atti inerenti la procedura ad evidenza pubblica,<sup>5</sup> il giudice amministrativo avrà anche il potere di determinare il risarcimento del danno spettante al soggetto che lamenti una lesione derivante dall'atto impugnato.

Inoltre, la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste *"in relazione ad ogni controversia attinente alla procedura di affidamento di appalti di lavori pubblici, quando il soggetto appaltante (nella specie un ente ecclesiastico), pur non avendo natura pubblica, sia tenuto all'osservanza della disciplina pubblicistica degli appalti, restando irrilevante la qualificazione giuridica, pubblica o privata, di tale soggetto"*.<sup>6</sup>

Da ultimo, deve aggiungersi che, ai sensi dell'art. 31 bis, comma 4, della legge n. 109/1994, *"ai fini della tutela giurisdizionale le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti"*.<sup>7</sup>

Quando, invece, la lite scaturisca ed abbia ad oggetto questioni attinenti all'esecuzione del contratto la causa dovrà essere attribuita alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, anche quando l'amministrazione abbia comunque fatto uso dei propri poteri amministrativi per influire sulle vicende dell'esecuzione contrattuale. Naturalmente, in questo caso l'autorità giudiziaria ordinaria potrà anche disapplicare i provvedimenti dell'amministrazione ritenuti illegittimi. Esempio, in tal senso, è Cass. civ., sez. I, 04 febbraio 2000, n. 1217, secondo la quale: *"In tema di appalti di opere pubbliche, l'appaltatore può del tutto legittimamente invocare la risoluzione del contratto stipulato con l'ente committente in base alle regole generali dettate per l'inadempimento contrattuale, senza che l'eventuale provvedimento di rescissione adottato suc-*

4 - T.A.R. Calabria sez. Reggio Calabria, 27 gennaio 2000, n. 71.

5 - A tal proposito, Cass. civ., sez. un., 16 novembre 1999, n. 778 ha affermato che "La controversia con la quale un privato chiede l'annullamento della concessione mediante cui un ente pubblico (nella specie, l'Inpdap) abbia assegnato la gestione dei propri immobili ad una società privata, nonchè del contratto con il quale quest'ultima abbia a sua volta affidato ad un'altra società l'espletamento di servizi inerenti a detta gestione (nella specie, il servizio di riscaldamento di detti immobili) ha ad oggetto la questione della legittimità di atti inerenti ad appalti di "soprassegna comunitaria" e, come tale, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo".

6 - Cass. civ., sez. un., 24 febbraio 2000, n. 40

7 - Si noti che, in ogni caso, "Ha natura di appalto e non già di concessione la convenzione per effetto della quale il concessionario, oltre ad eseguire l'opera, debba formare il progetto, di massima o esecutivo, ed assumere l'iniziativa di promuovere per il concedente i procedimenti di occupazione e di espropriazione per pubblica utilità" (Cass. civ., sez. un., 18 maggio 2000, n. 366).



*cessivamente dall'amministrazione sia di ostacolo all'esame (ed all'eventuale accoglimento) della domanda risolutoria, atteso che la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie inerenti ai diritti ed agli obblighi scaturenti da un contratto di appalto di opere pubbliche non resta esclusa per il fatto che il committente si sia avvalso della facoltà di rescindere il rapporto con proprio atto amministrativo ai sensi dell'art. 340 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F - stante l'inidoneità dell'atto autoritativo ad incidere sulle suddette posizioni soggettive, inerenti ad un contratto di natura privatistica -; ne consegue che il giudice ordinario adito ben può accertare l'effettiva esistenza delle condizioni di legittimità della pronunciata rescissione, sia pur al limitato scopo (e nel rispetto dei limiti interni delle proprie attribuzioni giurisdizionali) della disapplicazione, in via incidentale, del provvedimento amministrativo - se "contra legem" - onde statuire sulla domanda di risoluzione preventivamente introdotta dall'appaltatore".<sup>8</sup>*

Ci pare appena il caso di notare come, nell'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento dell'ente pubblico-utilizzatore, la controversia sarà normalmente sottoposta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, vertendosi in una tipica ipotesi di giudizio avente ad oggetto l'esecuzione degli obblighi contrattuali.

### **2.1.2. IL PROCEDIMENTO PER IL RECUPERO DEI BENI MOBILI.**

Una volta risolto il contratto di locazione finanziaria per l'inadempimento dell'utilizzatore, l'intermediario finanziario dovrà rientrare in possesso dei beni di sua proprietà e provvedere al recupero del corrispettivo contrattuale ancora non ricevuto.

Se l'oggetto del finanziamento erano beni mobili, la procedura sicuramente più rapida per ottenere un titolo che consenta di recuperarli è quella prevista dagli artt. 633 e ss del Cod. Civ., cioè il procedimento per ingiunzione, che non presenta differenze rispetto all'ipotesi del recupero di beni oggetto di ordinari contratti di locazione finanziaria.

8 - Nell'affermare il principio di diritto che precede, la S.C. ha anche specificato che nella valutazione del provvedimento amministrativo di rescissione del contratto, il giudice deve valutare le situazioni soggettive nascenti dal contratto stesso alla luce della loro natura paritaria - tale, cioè, da non consentirne la degradazione ad interesse legittimo - ed attraverso un'indagine globale ed unitaria, coinvolgente il comportamento di ciascuna delle parti e l'influenza che questo ha dispiegato su quello dell'altra, non tollerando l'unitarietà del rapporto obbligatorio una valutazione frammentaria e settoriale dell'agire dei singoli contraenti.



Grandi difficoltà di ordine pratico, invece, possono insorgere a causa della natura soggettiva dell'utilizzatore e, in particolar modo, a causa della funzione cui i beni sono stati destinati in costanza di contratto.

Infatti, nel caso in cui i beni siano stati acquistati al fine di utilizzarli, ad esempio, per rendere la prestazione di un pubblico servizio, la possibilità per un intermediario finanziario di ottenere la riconsegna dei beni appare piuttosto problematica.

In effetti, in questo caso, l'esigenza del privato di recuperare i beni acquistati e la stessa esigenza ordinamentale di sanzionare la parte contrattualmente inadempiente si scontra con quella di natura schiettamente pubblicistica di assicurare la funzionalità di un servizio pubblico o di una funzione pubblica essenziale. Si consideri, ad esempio, il caso del finanziamento ad un ente pubblico dell'intera rete delle infrastrutture informatiche (astrattamente possibile, come abbiamo evidenziato in precedenza).<sup>9</sup> Se l'ente pubblico utilizzatore sia responsabile di servizi essenziali, quali la gestione dei trasporti pubblici o della rete idrica, la riconsegna dell'intero apparato delle infrastrutture informatiche al concedente significherebbe l'impossibilità di usufruire, se non con notevolissimi disagi e disfunzioni da parte dei cittadini, dei mezzi di trasporto pubblici o di risorse addirittura vitali come l'acqua. Di fronte a situazioni del genere sarebbe estremamente improbabile ottenere un titolo esecutivo di consegna dei beni e, se anche ciò avvenisse dopo lungo tempo, sarebbe ancora più difficoltoso da far eseguire, attesa la natura per definizione cedevole degli interessi privati rispetto a quelli pubblici.

Pertanto, anche quando la natura dei beni che si desidera finanziare non contrasta con la struttura negoziale della locazione finanziaria (ad esempio suscettibilità del bene di essere oggetto della proprietà privata del concedente), la particolare funzione cui tali beni vengono adibiti può costituire un serio ostacolo alla praticabilità dell'operazione, sia da un punto di vista strettamente giuridico, sia da un punto di vista meramente pratico, ossia in termini di opportunità commerciale di intraprendere il finanziamento. A tal proposito, peraltro, è stato efficacemente notato che *"l'astratta idoneità del bene a formare oggetto di proprietà privata non basta per affermare che il bene stesso sia passibile di essere dedotto come oggetto di un contratto di leasing: occorre sempre considerare*

9 - Sul tema, si veda quanto detto al paragrafo n. 4 a proposito del cosiddetto leasing operativo.

*pregiudizialmente, caso per caso, la funzione e l'uso cui il bene stesso è in concreto destinato e in base a ciò occorre stabilire se lo Stato o altro ente pubblico possa procurarsene la proprietà attraverso lo strumento in esame.*"<sup>10</sup>

A noi pare che le difficoltà, giuridiche e pratiche, che il concedente potrebbe incontrare in ordine alla restituzione dei beni, sino al limite dell'impossibilità, vadano distinte in problematiche attinenti alla fase formativa del contratto e questioni riguardanti la fase esecutiva o, comunque, successiva alla sua eventuale risoluzione per inadempimento. In altri termini, il contratto sarà liberamente stipulabile tra le parti senza poter andare incontro a sanzioni di natura civilistica, quali la nullità per impossibilità dell'oggetto (se non nei limiti diffusamente descritti precedentemente).

D'altro canto, l'accollo del rischio di mancata restituzione del bene non ci sembra incidere sulla riconducibilità dell'operazione alla fattispecie atipica, ma socialmente tipizzata della locazione finanziaria. Infatti, anche se, come recentemente rilevato da un'attenta dottrina, "*l'opinione più diffusa è quella che vede nella proprietà del bene una funzione di garanzia contro il rischio economico dell'inadempimento dell'utilizzatore, alla stregua di quanto avverrebbe nella vendita con patto di riservato dominio*",<sup>11</sup> si deve aderire a quell'impostazione che qualifica la locazione finanziaria come contratto avente causa di finanziamento. In quest'ottica, il permanere del diritto di proprietà in capo al concedente, non svolge una funzione di garanzia (o almeno non in via principale), ma costituisce il presupposto stesso per consentire la realizzazione dello scopo che le parti si prefiggono con l'attuazione del negozio, ossia il finanziamento (non dell'acquisto, come nella vendita con riserva di proprietà, ma) del godimento del bene in capo all'utilizzatore che, in un momento successivo alla restituzione del finanziamento stesso, potrà scegliere di acquistare o meno il bene, esercitando il diritto d'opzione contrattualmente previsto.

Da questo punto di vista, l'inazionabilità pratica di adeguati strumenti di tutela del diritto di proprietà del concedente non costituisce un osta-

10 - **BUONOCORE**, voce *Leasing*, in *Novissimo Dig. It.*, app., pag. 813-814.

11 - **LA TORRE**, *Manuale della locazione finanziaria*, cit., pag. 186-187, che critica diffusamente ed efficacemente tale orientamento della dottrina.



colo giuridico alla stipulabilità del contratto. Tuttavia, la situazione delineata non è priva di conseguenze, almeno dal punto di vista dell'opportunità commerciale per l'intermediario di imbarcarsi in un'operazione di locazione finanziaria di tale portata. Infatti, i rischi derivanti dalla mancata riconsegna del bene graveranno inevitabilmente sul concedente, senza apprezzabili possibilità di riottenerne il possesso, se non in tempi estremamente lunghi ed incerti ed a condizione che i beni non siano assolutamente infungibili. Infatti, i beni destinati ad assolvere funzioni e servizi di carattere essenziale, potrebbero essere restituiti al concedente solamente una volta che l'ente avesse provveduto al loro rimpiazzo. Peraltro, se dal punto di vista del concedente il venir meno dell'elemento di garanzia assolto dalla possibilità di riavere indietro il bene determina un mero aumento del rischio derivante dall'inadempimento dell'utilizzatore, i motivi alla base della cedevolezza dell'interesse privato del concedente, come vedremo, anche se non arriverebbero ad incidere sulla natura causale del negozio, potrebbero significativamente influire sulla sua esecuzione.<sup>12</sup>

A questo proposito, infatti, sarà rilevato come l'amministrazione, in determinati casi, non possa permettere la riconsegna dei beni al concedente, ma abbia il dovere giuridico di preservare la loro effettiva destinazione alla funzione cui sono stati adibiti. Pertanto, potrebbe accadere che l'ente pubblico si veda costretto a ricorrere anche allo strumento dell'espropriazione per pubblico interesse nel caso di risoluzione del contratto di locazione finanziaria, pur di mantenere i beni nella propria sfera di disponibilità.

### **2.1.3. IL RILASCIO DEL BENE IMMOBILE DA PARTE DELL'UTILIZZATORE - RINVIO.**

La procedura monitoria non è utilizzabile per chiedere giudizialmente la restituzione di un immobile, ma, per ottenerne il rilascio, si dovrà necessariamente instaurare un giudizio ordinario.

Anche in questo caso, valgono le considerazioni appena svolte con riguardo alle ripercussioni che la funzione ed il grado di fungibilità del bene per l'ente pubblico possono avere sulla possibilità pratica di recu-

12 - In proposito si veda quanto verrà detto al paragrafo n. 2.2.1.



perare il bene in tempi ragionevoli.

A questo proposito, sembra che l'unica forma di tutela per l'intermediario finanziario sia costituita dal trasferimento del surplus di rischio derivante dalla natura "pubblica" della locazione finanziaria in capo all'utilizzatore. D'altro canto, è proprio quest'ultimo soggetto ad aver giudicato necessario il ricorso a questo tipo di strumento contrattuale e ad aver predisposto, di conseguenza, le necessarie procedure ad evidenza pubblica per poterlo stipulare, né si può ignorare che l'aggravamento del rischio per il concedente è direttamente dipendente dalla qualità soggettiva dell'utilizzatore e dalla natura pubblicistica degli interessi che questi intende perseguire con la stipula del contratto.

Da un punto di vista pratico, uno strumento per traslare questo maggiore rischio potrà consistere, ad esempio, in un aggravamento della penale contrattuale in caso di inadempimento dell'utilizzatore. In altri termini, la monetizzazione del rischio e la prospettiva di poter contare su un credito maggiore nei confronti dell'utilizzatore consentirebbe al concedente di compensare, almeno in parte, i maggiori rischi derivanti dalla difficoltà di rientrare in possesso del bene.

Tuttavia, come vedremo, anche tale soluzione non è esente da inconvenienti, in quanto esiste la concreta possibilità per l'intermediario finanziario di vedere ridotto giudizialmente l'importo della penale che l'utilizzatore è tenuto a corrispondere.<sup>13</sup>

#### **2.1.4. PROBLEMATICHE LEGATE AL RECUPERO DEL CREDITO RESIDUO.**

In un contratto di locazione finanziaria ad un ente pubblico, dunque, l'unica forma efficace di tutela dall'inadempimento dell'utilizzatore che consenta al concedente di rientrare del finanziamento concesso sembra essere il ricorso al recupero coattivo della parte monetaria del credito.

Nell'affrontare questo aspetto, si deve necessariamente partire dal dato concreto dell'esame della giurisprudenza che, con tendenza che va ormai consolidandosi, ha individuato nella distinzione tra leasing finanziario e leasing traslativo uno dei criteri per determinare la sorte delle rate riscosse da parte del concedente e per quantificare l'ammontare dell'eventuale credito che lo stesso possa vantare nei confronti dell'utilizzatore inadempiente.

13 - Per queste considerazioni, si veda, in particolare, il paragrafo n. 2.1.4.



Infatti, secondo la Suprema Corte, *“La risoluzione della locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore non si estende alle prestazioni già eseguite, in base alle previsioni dell'art. 1458, comma 1, c.c. in tema di contratti ad esecuzione continuata e periodica, ove si tratti di leasing cosiddetto di godimento, pattuito con funzione di finanziamento, rispetto a beni non idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto, e dietro canoni che configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso dei beni stessi. La risoluzione si sottrae, invece, a dette previsioni, e resta soggetta all'applicazione in via analogica delle disposizioni fissate dall'art. 1526 c.c. con riguardo alla vendita con riserva di proprietà, ove si tratti di leasing cosiddetto traslativo, pattuito con riferimento a beni atti a conservare alla scadenza un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione, e dietro canoni che scontano anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto, rispetto al quale la concessione in godimento assume valore strumentale. Ne consegue che l'indagine, rimessa al giudice del merito, in ordine alla intenzione delle parti tradottasi nell'accordo negoziale, deve mirare ad accertare se, nella fattispecie, i beni concessi in leasing abbiano esaurito le potenzialità di cui erano capaci nel periodo di durata del contratto; a verificare il rilievo del patto di opzione per le parti; stabilire se i canoni versati abbiano costituito il corrispettivo del godimento dei beni e siano stati corrispondenti al valore di consumazione economica degli stessi, ovvero abbiano compreso anche una frazione del prezzo”*.<sup>14</sup> La giurisprudenza di legittimità si è spinta, peraltro, sino ad affermare che il concedente non avrebbe mai diritto al pagamento delle rate ancora non scadute al momento della risoluzione contrattuale. Così è stato deciso che *“La risoluzione della locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore non si estende alle prestazioni già eseguite (in base alle previsioni dell'art. 1458, comma 1, c.c., in tema di contratti ad esecuzione continuata o periodica) ove si tratti di leasing cd. di godimento, pattuito con funzione di finanziamento, rispetto a beni non idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto e dietro canoni che configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso dei beni stessi. La risoluzione medesima, invece, si sottrae a dette previsioni e resta soggetta all'applicazione in via analogica delle disposizioni sancite dall'art. 1526 c.c. con riguardo alla vendita con riserva della proprietà,*

14 - Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2001, n. 9417.

*ove si tratti di leasing cosiddetto traslativo, pattuito con riferimento a beni atti a conservare a quella scadenza un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione e dietro canoni che scontano anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto. Sicchè, nel caso di risoluzione di un contratto di leasing, sia di godimento, sia traslativo, per inadempimento dell'utilizzatore, il concedente non ha mai diritto al pagamento dei canoni non ancora scaduti, ma ha sempre diritto alla restituzione dei beni concessi, a meno che non risulti impossibile la restituzione dei beni al concedente, nel qual caso quest'ultimo avrà diritto all'equivalente monetario del valore del bene concesso, oltre al risarcimento del danno".<sup>15</sup>*

L'impostazione della Suprema Corte, tuttavia, non è da condividere. Infatti, l'abitudine che ormai da tempo vede l'utilizzatore inadempiente (convenuto in giudizio dal concedente per il recupero del credito) domandare l'applicazione della disciplina di cui all'art. 1526 Cod. Civ. nella speranza di vedere vanificate le pretese attoree è tendente a strumentalizzare una normativa dettata in materia non affine. Più precisamente, l'art. 1526 Cod. civ. trova la sua ragione pratica e sistematica in tema di contratti commerciali (vendita con riserva di proprietà), mentre la locazione finanziaria è un contratto avente causa di finanziamento e non di scambio. La natura unitaria del leasing quale contratto con causa di finanziamento (e la conseguente impossibilità di distinguere tra leasing traslativo e leasing di godimento) trova importanti conferme nel panorama di diritto positivo, e precisamente:

1) il contratto di leasing ha necessariamente natura e causa finanziaria, poiché l'attività di locazione finanziaria è riservata a soggetti iscritti negli appositi albi ed elenchi di cui al Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385, "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia", e anche perché l'art. 106, comma 2 del citato T.U. dispone che "gli intermediari finanziari indicati nel comma 1 possono svolgere esclusivamente attività finanziarie, fatte salve le riserve di attività previste dalla legge". Dunque, gli unici soggetti che possono assumere la veste del concedente in un contratto di locazione finanziaria non possono svolgere altra attività che quella finanziaria: quale altro argomento serve per escludere definitivamente che il leasing abbia causa di scambio?

2) la recente legge sull'usura prevede per le operazioni di leasing

15 - Cass. civ., sez. I, 04 agosto 2000, n. 10265.



appositi tassi-soglia, confermando la specificità dell'operazione, anche rispetto alla normale vendita rateale;

3) dalla legislazione antinfortunistica si ricava che il concedente non è assimilabile ad un venditore o locatore, in quanto non risponde dei danni arrecati dai beni per difetto o mancanza di funzionamento del meccanismo antinfortunistico, se non nell'ipotesi in cui i beni concessi in leasing fossero sprovvisti delle necessarie certificazioni e/o omologazioni. A conferma della natura di finanziatore e non di commerciante del concedente sta il fatto che la di lui responsabilità ritorna a seguire i criteri generali quando, rientrato in possesso del bene, abbia provveduto a rivenderlo.

È indubitabile, quindi, che, ritenendo applicabile l'art. 1526 Cod. civ. alla risoluzione per inadempimento di un contratto di locazione finanziaria, si confondono due "cause" tra loro distinte (di scambio e di finanziamento) nonché due soggetti che svolgono attività distinte (il commerciante-venditore e l'intermediario finanziario), confusione che proprio il Testo unico del credito ha voluto definitivamente fugare. Nonostante parte della giurisprudenza della Suprema Corte distingua ancora tra leasing "traslativo" e "di godimento", la natura unitaria del contratto di locazione finanziaria, quale fattispecie con causa di finanziamento, è stata affermata in alcune importanti sentenze di merito. Ad esempio, secondo il Tribunale di Milano (23 marzo 2000) *"Non pare condivisibile la distinzione disegnata dalla Suprema Corte tra leasing traslativo e leasing finanziario, poiché il suddetto contratto è qualificabile come struttura negoziale complessa ma unitaria, la cui causa si sostanzia nella prestazione della provvista necessaria per l'acquisto del bene, scelto dal conduttore che ha già concordato il prezzo con il fornitore... Il locatore non tratta minimamente con il fornitore le modalità dell'acquisto, ma si limita a finanziare il conduttore, dietro impegno di quest'ultimo di restituire il prezzo del bene anticipato dalla società di leasing"*. Ancora: *"il successivo eventuale trasferimento trova la sua giustificazione nella realizzazione della causa finanziaria, che fa venire meno l'interesse del concedente a mantenere la proprietà del bene che in precedenza costituiva la garanzia dell'adempimento dell'utilizzatore"*. Corollario di questa ricostruzione è l'inapplicabilità dell'art. 1526 Cod. civ., in quanto dettato per la risoluzione del contratto di vendita con riserva di proprietà, fattispecie causalmente diversa e distinta rispetto alla causa di finanziamento propria della locazione finanziaria. Della peculiare natura del leasing, del



resto, ha già preso coscienza anche la Suprema Corte, quando afferma che: *"la locazione finanziaria si configura come un'operazione complessa, che si scompone in due contratti strettamente collegati, stipulati dalla società concedente, aventi ad oggetto, rispettivamente, l'acquisto di un determinato bene e la sua cessione in godimento al soggetto per conto del quale l'acquisto viene effettuato, cui viene concessa, altresì la facoltà di acquisirne, in un successivo momento, la proprietà (...). L'operazione di leasing assolve, in effetti, una funzione di finanziamento, essendo diretta a fornire i mezzi finanziari necessari a chi abbia interesse ad utilizzare un bene... per un determinato periodo e non intenda acquistarlo per contanti (immobilizzando risorse o ricorrendo al credito bancario) o a rate e non abbia la possibilità di ottenerlo in locazione o in affitto. Essa non può, invero, essere assimilata alla vendita con riserva di proprietà (...) e d'altro canto si differenzia nettamente dalla locazione (...)."*<sup>16</sup>

Anche nell'ottica della giurisprudenza maggioritaria (orientata, come si è detto, nel senso dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1526 Cod. Civ. ai contratti di leasing traslativo risolti per inadempimento dell'utilizzatore), di grande interesse sono alcune sentenze che tendono a preservare comunque il risultato pratico di garantire al concedente la soddisfazione del credito derivante dal contratto e ad impedire che l'utilizzatore possa ricevere addirittura un indebito arricchimento come conseguenza del proprio inadempimento.

Il ragionamento che viene seguito per giungere al risultato indicato parte dalla constatazione, di estrema ragionevolezza e buon senso, ancorché logicamente corretta, che la nozione di equo compenso elaborata in tema di vendita deve essere necessariamente modellata in conformità alla struttura funzionale del contratto di leasing, *"cosicché i parametri in base a cui calcolare l'entità debbano risentire della diversa causa di quest'ultimo contratto. A differenza della vendita con riserva di proprietà, in cui la prestazione del venditore è essenzialmente rivolta a procurare la proprietà del bene venduto, nel contratto di leasing, ancorché di tipo traslativo, il concedente fornisce all'utilizzatore anche un servizio finanziario-organizzativo, oltre al procacciamento della proprietà: il concedente, infatti, si interpone economicamente tra il fornitore, il quale vende il bene per contanti spuntando un prezzo che risente del pagamento immediato, ed il finale destinatario del bene, cioè l'utilizzatore, il*

16 - Cass. 24 luglio 2000, n. 9665, sez. V tributaria.



*quale versa il corrispettivo in modo rateale fruendo per intanto del godimento. L'eccedenza tra prezzo di acquisto del bene presso il fornitore e ammontare dei canoni del leasing (compresa l'opzione di riscatto finale) rappresenta la remunerazione del servizio finanziario sopra evidenziato, oltre che della messa a disposizione dell'apparato organizzativo del concedente, volto a procurare un bene preventivamente scelto dall'utilizzatore presso terzi. Ne consegue che l'equo compenso... se riferito al contratto di leasing, non può limitarsi alla considerazione del deprezzamento del bene recuperato, ma deve investire anche la remunerazione del servizio finanziario-organizzativo reso... il quale servizio, per sua intrinseca struttura, non può essere recuperato in natura dal concedente".<sup>17</sup>*

Tale impostazione, attenta a non snaturare in via giudiziale la funzionalità di quella che la pratica economica ha concepito come causa di finanziamento della locazione finanziaria, è stata autorevolmente confermata anche con riferimento al leasing cosiddetto traslativo: *"l'equo compenso, dovuto all'utilizzatore di un bene oggetto di leasing c.d. traslativo, deve essere determinato in base alla differenza tra l'importo complessivo di tutte le rate, compresa quella relativa al riscatto, ed il valore effettivo del bene restituito".<sup>18</sup>*

In altri termini, sia nel caso in cui non si ritenga applicabile l'art. 1526 Cod. Civ., come in quello della sua applicazione alla risoluzione di contratti di locazione finanziaria, deve essere fatto salvo il diritto del concedente ad essere tenuto indenne dalle conseguenze negative dell'inadempimento dell'utilizzatore.

Tale risultato pratico viene normalmente perseguito dall'intermediario finanziario con la predisposizione di apposite clausole penali contrattuali, che non sono altro se non la predeterminazione pattizia del risarcimento del danno dovuto in caso di inadempimento dell'utilizzatore. Nei fatti, si provvede ad inserire nel capitolato di leasing una clausola del seguente tenore: *"la concedente ha diritto di ottenere in unica soluzione tutte le somme che risultano maturate a carico della Parte utilizzatrice per canoni periodici, spese anche legali, interessi di mora, premi assicurativi, ecc. fino alla restituzione dell'immobile. In caso di risoluzione di diritto del contratto, la concedente avrà facoltà di richiedere alla Parte Utilizzatrice, a titolo di risarcimento, salvo il maggior danno, il pagamen-*

17 - Corte d'Appello di Torino, 11 ottobre 1996.

18 - Trib. Milano, 25 gennaio 2001.



*to dei canoni non ancora maturati, attualizzati al tasso ufficiale di sconto in vigore al momento della risoluzione del contratto. In tal caso la Parte Utilizzatrice potrà imputare a suo credito quanto la Concedente abbia conseguito disponendo del bene, al netto del prezzo di opzione".* Dunque, la penale mira a conseguire il risultato di far ottenere al concedente il corrispettivo della locazione finanziaria (canoni scaduti e canoni a scadere) al netto del ricavo dell'alienazione del bene e, quindi, ha l'evidente funzione economica di assicurare al concedente ciò che avrebbe ricevuto se il contratto avesse avuto regolare esecuzione fino alla naturale scadenza e se l'utilizzatore non si fosse macchiato dell'inadempimento.

Il ragionamento svolto a proposito della modalità di determinazione dell'equo compenso dovuto dall'utilizzatore, teso a non far sopportare al concedente le conseguenze dell'inadempimento di controparte, acquista maggior valore in tema di locazione finanziaria agli enti pubblici, dove il meccanismo delle restituzioni previsto dall'art. 1526 Cod. Civ. non sembra applicabile in tutti i casi in cui i beni non possano essere agevolmente restituiti dall'utilizzatore.

Infatti, la circostanza che il concedente non sarà con tutta probabilità rientrato in possesso del bene al momento dell'azione giudiziale di recupero del credito porta a ritenere che l'ente pubblico, di fatto, non potrà essere esonerato da una condanna al pagamento in favore dell'intermediario finanziario dell'intero importo contrattualmente dovuto (salvo sempre il diritto al risarcimento del maggior danno, laddove provato).

Di particolare interesse per quanto riguarda le operazioni di locazione finanziaria agli enti pubblici è anche l'indagine circa le conseguenze dell'adempimento tardivo dell'obbligo di corrispondere il canone da parte dell'utilizzatore. Infatti, in questo caso, troverà applicazione la disciplina di cui al D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 "Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali". L'applicabilità della disciplina sui ritardi di pagamento è una conseguenza dell'interpretazione del combinato disposto dell'art. 1, comma 1 e dell'art. 2 comma 1 del citato decreto. Infatti, l'art. 1 recita: *"Le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale"*; l'art. 2, quindi, definisce le transazioni commerciali come *"i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalen-*



*te, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo”.*

A seguito dell'introduzione di questa normativa, dunque, l'interesse dell'utilizzatore ad adempiere tempestivamente alle proprie obbligazioni dovrebbe trovare un ulteriore stimolo, anche se di recente è stato autorevolmente osservato come la nuova disciplina rischi di risolversi in un'enorme bolla di sapone, a causa dell'eccessiva indeterminatezza con la quale sono formulate le disposizioni che regolano l'esclusione pattizia delle nuove regole.<sup>19</sup>

19 - **CLARIZIA**, *Considerazioni sul D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 “Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali” (titolo provvisorio)*, in “Studi in onore di C.M. Bianca”, in corso di pubblicazione.



## 2.2. IL DIRITTO DI PROPRIETÀ CONFORMATO DALL'INTERESSE PUBBLICO

### 2.2.1. L'INTERESSE PUBBLICO COME VINCOLO PER LA PA: L'ESERCIZIO VINCOLATO DEL DIRITTO D'OPZIONE. L'OBBLIGO D'ACQUISTO E L'OBBLIGO DI CONSERVAZIONE DELLA DESTINAZIONE PUBBLICA DEL BENE

Da quanto è stato detto sinora, emerge con forza la tematica del contenuto del diritto di proprietà che permane in capo al concedente, quando i beni oggetto del contratto di locazione finanziaria siano utilizzati dall'ente pubblico al fine di svolgere una pubblica funzione o un pubblico servizio, poiché, in questi casi, ottenere la riconsegna del bene finanziato appare molto problematico.

In effetti, ci si deve chiedere se la peculiare natura soggettiva dell'utilizzatore e, soprattutto la funzione cui i beni siano destinati non alterino in qualche modo la struttura stessa della fattispecie contrattuale della locazione finanziaria. A tale tematica, per la verità, si è già data una risposta negativa, nel senso che si è ammesso, almeno in linea teorica, la possibilità di stipulare contratti di locazione finanziaria aventi ad oggetto beni vincolati da una particolare destinazione di scopo.<sup>20</sup>

Tuttavia, se gli elementi presi in considerazione non ci sembrano in grado di modificare la struttura del contratto di locazione finanziaria e la sua causa di finanziamento, essi si ripercuotono pesantemente sui motivi della stipula e sugli obblighi di comportamento che fanno capo all'ente pubblico-utilizzatore.

In particolare, sembra da condividere la tesi secondo cui il vincolo di destinazione impresso ai beni destinati ad assolvere una pubblica funzione o un pubblico servizio comporta, da parte dell'ente pubblico, non solo la predisposizione stessa dei beni, ma soprattutto *"il loro mantenimento nell'appartenenza pubblica."*<sup>21</sup> Se è ovvio che non si possa parlare di mantenimento nella sfera di appartenenza pubblica di beni che sono comunque ancora di proprietà del concedente, è altresì vero che l'ente pubblico ha già destinato tali beni al servizio di interessi di pubbli-

20 - Si veda supra, paragrafo n. 2.1.2.

21 - **CERULLI IRELLI**, voce *Beni pubblici*, in *Digesto Disc. pubblic.*, vol. II, pag. 281



ca rilevanza ed è proprio tale destinazione, più che il dato formale dell'appartenenza, a creare in capo all'ente la necessità di mantenere in essere funzioni e servizi rivolti alla collettività o, comunque, alla soddisfazione di interessi di natura pubblicistica.

Tuttavia, se l'amministrazione decide di ottenere il godimento di un bene da destinare a pubblica funzione o servizio mediante uno strumento di diritto comune, quale la locazione finanziaria, la decisione circa la destinazione pubblica del bene assume un rilievo di carattere meramente interno all'ente stesso: *“lo scopo in vista del quale l'ente stipula il negozio di diritto comune non assume, come è noto, alcun rilievo giuridico nell'ambito di quest'ultimo, dove l'amministrazione come parte del rapporto di diritto comune resta libera di dare al bene acquistato l'utilizzazione che ritiene nella sua autonomia. Ciò vale naturalmente nei confronti dell'altra parte del rapporto: per quanto concerne l'ambito interno dell'amministrazione, questa è più o meno vincolata al perseguimento dell'obiettivo esplicitato con la decisione circa il negozio a seconda del valore e dell'efficacia dell'atto mediante il quale codesta decisione è stata assunta”*.<sup>22</sup>

Una volta che l'ente pubblico abbia adottato il cosiddetto atto di destinazione ed anche se questo non possa da solo qualificare la cosa che ne è oggetto come un bene pubblico (proprio come accade nella nostra fattispecie in cui il bene rimane di proprietà del concedente), si deve comunque ritenere che l'amministrazione non sia più libera di decidere in ordine alla effettiva utilizzazione del bene, ma che abbia, invece, *“il dovere giuridico di realizzare la destinazione stabilita con l'atto stesso (e dunque la configurazione in concreto della cosa come bene pubblico). Ciò significa che l'amministrazione deve porre in essere tutti i conseguenti comportamenti giuridici ed attivare gli strumenti previsti dal diritto positivo ed utilizzabili a tal fine”*.<sup>23</sup>

Nel caso della locazione finanziaria, peraltro, l'ente non avrà il dovere di risolvere i rapporti giuridici con soggetti terzi, perché è proprio sulla base di un tale rapporto che ha scelto di acquisire la disponibilità del bene. Solo nel caso in cui il contratto venisse risolto ed il bene tornasse nella disponibilità del concedente l'ente potrebbe utilizzare la procedura dell'espropriazione per pubblico interesse, seppure con i limiti che

22 - **CERULLI IRELLI**, voce *Beni pubblici*, in *Digesto Disc. pubblic.*, vol. II, pag. 286.

23 - **CERULLI IRELLI**, voce *Beni pubblici*, in *Digesto Disc. pubblic.*, vol. II, pag. 287.



saranno evidenziati,<sup>24</sup> consistenti nella discussa possibilità per l'ente di utilizzare lo strumento espropriativo per neutralizzare gli effetti negativi di un proprio inadempimento contrattuale.

Pertanto, nel caso di stipula di un contratto di locazione finanziaria per ottenere il godimento di un bene destinato ad assolvere interessi di natura pubblica, l'amministrazione potrebbe essere considerata giuridicamente vincolata ad esercitare il diritto di riscatto al termine del contratto, al fine di non provocare l'interruzione dell'esercizio della funzione o dell'erogazione dei servizi cui i beni sono stati destinati. Ovviamente, non si vuole certo sostenere che l'ente pubblico sarà in ogni caso obbligato a riscattare i beni, anche se questi non possiedano più le caratteristiche per continuare ad assolvere efficacemente le funzioni cui erano stati destinati al momento della stipula del contratto. Uno dei vantaggi dell'utilizzazione dello strumento della locazione finanziaria rispetto ad altre fattispecie contrattuali, infatti, consiste proprio nel non caricare in capo all'utilizzatore i costi derivanti dalla gestione e smobilizzazione di beni oramai obsoleti.

Il vincolo per l'ente pubblico, a nostro parere, consisterà in un aggravato obbligo di esplicitare adeguatamente le motivazioni alla base del mancato esercizio dell'opzione di riscatto del bene finanziato, con particolare riferimento al grado di fungibilità del bene ed alla sua attuale inadeguatezza o inutilità per l'ente stesso.

In altri termini, l'esercizio del diritto d'opzione sarà vincolato per l'amministrazione alla dimostrazione dei motivi che ostano al riconoscimento dell'attualità del carattere della strumentalità del bene stesso alla pubblica funzione o al pubblico servizio: se l'ente motiverà adeguatamente l'assenza di tale requisito nulla potrà vincolarlo ad esercitare l'opzione, altrimenti, nell'assenza di qualsiasi giustificazione in ordine alla cessata strumentalità del bene, si deve ritenere che l'esercizio dell'opzione di riscatto si tramuti in un vero e proprio obbligo, sia pure irrilevante nei confronti dei soggetti esterni all'ente stesso (come il concedente).

24 - Si veda, a tal proposito, il paragrafo n. 2.2.3.



## 2.2.2. L'INTERESSE PUBBLICO COME VINCOLO PER IL CONCEDENTE: LA DIFFICOLTÀ DI PROCEDERE ESECUTIVAMENTE.

Abbiamo esaminato i motivi per cui l'unica vera forma di tutela per il concedente rispetto all'inadempimento dell'utilizzatore sia quella di convertire in termini monetari il rischio di non poter rientrare in possesso dei beni finanziati. In particolare, sappiamo come questo rischio diventi particolarmente elevato quando i beni siano stati adibiti allo svolgimento di funzioni pubbliche o di pubblici servizi, mentre in tutti gli altri casi sarà necessario valutare, di volta in volta, l'opportunità di addivenire alla stipula del contratto.

In ogni caso, quando sia stato ottenuto un titolo esecutivo, per procedere al recupero coattivo del credito, l'ordinamento mette a disposizione le seguenti forme di esecuzione:

- a) pignoramento immobiliare;
- b) pignoramento mobiliare (presso il domicilio o la persona del debitore, ovvero attraverso la sottrazione di beni mobili registrati, come l'autovettura, ovvero ancora e su espressa autorizzazione del Presidente del Tribunale, presso il domicilio di un terzo);
- c) pignoramento presso terzi (che colpisce i crediti che il debitore vanta, a sua volta, verso terze persone, come il datore di lavoro ovvero la banca depositaria del conto corrente).

Nel caso di esecuzioni nei confronti di enti pubblici e pubbliche amministrazioni è normalmente da privilegiare la terza figura, mediante l'effettuazione di un pignoramento presso terzi presso la tesoreria competente o, in determinati casi, la Banca d'Italia, per "bloccare" le erogazioni ed i trasferimenti monetari alla fonte. Se da un punto di vista teorico tale procedura è relativamente semplice, tuttavia, è necessario considerare che ragioni di opportunità potrebbero sconsigliare di metterla in atto, per non pregiudicare del tutto i rapporti con il debitore pignorato, anche al fine di non compromettere eventuali possibilità di futuri rapporti contrattuali.

Con riguardo alla possibilità di ottenere la riconsegna del bene, invece, bisogna svolgere ancora alcune considerazioni.

Se la richiesta del concedente di ottenere la riconsegna dell'immobile sia stata accolta in una sentenza, ma l'ente pubblico non abbia manifestato l'intenzione di ottemperare spontaneamente, il creditore dovrà procedere all'esecuzione forzata della sentenza stessa.



A norma dell'art. 2930 Cod. Civ. e degli artt. 609 e 513 e ss. del Cod. Proc. Civ., l'ufficiale giudiziario può farsi aiutare dalla forza pubblica nell'esecuzione delle sentenze, quando incontra la resistenza dell'esecutato. Tale possibilità, però, trova alcune eccezioni nell'ordinamento. Ad esempio, per eseguire lo sfratto da locali adibiti ad esercizio di farmacia, l'art. 35 della legge n. 253 del 1950 prevede la necessità dell'autorizzazione da parte della pubblica autorità (pubblica autorità che sembra poter essere individuata nella figura del sindaco). Tale autorizzazione, inoltre, deve essere preceduta, in base all'art. 25 del R.D. n. 1706 del 1938, anche dal parere dell'Ordine dei farmacisti.<sup>25</sup>

Procedure particolari esistono anche per quanto riguarda l'esecuzione dei provvedimenti di rilascio aventi ad oggetto gli edifici di culto e gli immobili destinati ad uso alberghiero.

Per altre tipologie di immobili, invece, sebbene in astratto non vi siano norme speciali che ne disciplinino l'assoggettabilità ad esecuzione forzata, sembra che la natura dell'attività che vi si svolge all'interno possa concretamente rappresentare un ostacolo alla riconsegna. Ad esempio, non sembra possibile, data l'essenzialità della funzione e l'infungibilità dei beni, sgombrare da un momento all'altro edifici adibiti a carceri od ospedali, ammesso che una sentenza riconoscesse come preponderante l'interesse del concedente alla restituzione del bene rispetto a quello della collettività alla tutela della sicurezza e della salute.

In questi casi, sembra che l'esecuzione potrebbe essere comunque bloccata per motivi di ordine pubblico a causa dell'impossibilità di reperire nell'immediato un immobile che consenta di perfezionare l'esecuzione senza interrompere lo svolgimento della pubblica funzione e/o l'erogazione del pubblico servizio cui è adibito l'immobile esecutato.

A tale scopo, quindi, sarà necessario procedere ad un giudizio di contemperamento dei diversi interessi in gioco, che, ovviamente, dovrà essere svolto in maniera casistica ed in relazione a ogni singolo bene del quale si vuole ottenere la restituzione. A questo proposito, vale la pena prendere in considerazione alcune sentenze in tema di locazione di immobili destinati a particolari tipi di utilizzazioni di pubblico interesse.

Ad esempio, secondo Cass. civ., 23 maggio 1984, n. 3173, "*Il potere del giudice ordinario di dichiarare la risoluzione per morosità del con-*

25 - LAZZARO-PREDEN, *Le locazioni per uso non abitativo*, Milano, 1998, Giuffrè.



*tratto di locazione, condannando il conduttore al rilascio, va riconosciuto anche nel caso in cui si tratti di immobile goduto in locazione da un'usl, e da essa destinato ad ospedale, atteso che, qualora la p. a., al fine di procurarsi la disponibilità di un bene, si avvalga dello strumento privatistico della locazione, le vicende del relativo rapporto restano regolate dal diritto privato, senza incidere su atti o provvedimenti autoritativi dell'amministrazione medesima". Ancora, è stato sostenuto che "La locazione di un immobile conclusa come conduttore dal ministero per il coordinamento della protezione civile per esigenze di natura transitoria (nella specie, si trattava di locazione di un immobile da destinare a scuola per gli alunni di Pozzuoli, rimasti privi di aule in conseguenza di eventi sismici, stipulata per la durata di due anni salvo proroga, in attesa del ritorno della situazione alla normalità), ove non risulti l'esercizio da parte della p.a. del potere normativo "extra ordinem" attribuitole dalle leggi in materia di calamità naturali, rientra nella previsione di cui al comma 5 dell'art. 27 legge n. 392 del 1978 e alla scadenza si rinnova tacitamente in mancanza di tempestiva disdetta, trovando applicazione anche nelle locazioni contemplate dall'art. 42 della stessa legge n. 392 del 1978 (tra cui quelle stipulate come conduttori dello Stato o da altri enti pubblici territoriali) il regime della tacita rinnovazione del contratto alla prima scadenza in mancanza di disdetta".<sup>26</sup> Tale indirizzo è confermato anche con riferimento a edifici adibiti a scuola. Infatti, "il potere del giudice ordinario di accertare o dichiarare la risoluzione del contratto di locazione, condannando il conduttore al rilascio, va riconosciuto anche nel caso di immobile goduto in locazione da un comune e destinato a scuola, atteso che, qualora la p. a., al fine di procurarsi la disponibilità di un bene, si avvalga dello strumento privatistico della locazione, le vicende del relativo rapporto restano regolate dal diritto privato, senza incidere su atti o provvedimenti autoritativi dell'amministrazione medesima; tale principio non trova deroga in ipotesi di azione di rilascio proposta dal locatore in base a propria necessità abitativa, a norma dell'art. 59 l. 27 luglio 1978, n. 392, sotto il profilo della dedotta impossibilità del concedente stesso di mutare in abitativa l'originaria destinazione a scuola dell'immobile (alla stregua degli strumenti urbanistici), trattandosi di circostanza rilevante solo al diverso fine di un eventuale ripristino del rapporto e risarcimento*

26 - Cass. civ., sez. III, 4 agosto 1994, n. 7246.

*del danno dopo l'avvenuto rilascio, ai sensi dell'art. 60 l. cit.*"<sup>27</sup>

Dall'esame di questa giurisprudenza si può trarre conferma del fatto che quando l'amministrazione stipula contratti di diritto comune (anche aventi ad oggetto beni destinati a servizi essenziali come la sanità o l'istruzione), essa è soggetta alle regole del diritto privato. Sulla scorta di questa osservazione di principio, si deve ritenere che, almeno in linea teorica, il concedente potrebbe ottenere un titolo esecutivo volto alla riconsegna dei beni dati in godimento all'utilizzatore (fatti salvi i problemi legati all'esecuzione ed alla possibilità che i beni riconsegnati vengano successivamente espropriati, come si vedrà nel paragrafo seguente).

In conclusione sul punto, può affermarsi che, se ogni considerazione in ordine alla possibilità di recuperare il bene deve essere lasciata all'analisi del caso concreto, sembra che, rispetto ad un ordinario contratto di locazione finanziaria, nella locazione finanziaria agli enti pubblici il contenuto della proprietà in funzione di finanziamento si riduca ulteriormente sino a privare di significato, in alcuni casi, anche il semplice dato formale della titolarità del "dominio eminente",<sup>28</sup> titolarità cui l'ordinamento, normalmente, ricollega la legittimazione attiva per chiedere ed ottenere la restituzione dei propri beni, possibilità, questa, che nella locazione finanziaria agli enti pubblici sembra compromessa, nonostante il permanere del diritto di proprietà in capo al concedente.

In una situazione del genere, non resta che augurarsi l'adempimento spontaneo dell'utilizzatore, sul quale, peraltro, non grava nemmeno il rischio di esporsi ad un'istanza di fallimento,<sup>29</sup> rischio cui va ricollegato quell'effetto dissuasivo che, nella pratica, ha portato tante situazioni di sofferenza ad una soluzione, almeno parzialmente, soddisfattiva per il concedente.

27 - Cass. civ., 23 maggio 1984, n. 3172.

28 - Sul contenuto del diritto di proprietà in funzione di finanziamento si veda CLARIZIA, Collegamento negoziale e vicende della proprietà, cit., pag. 98 e ss. e CLARIZIA, I contratti nuovi, cit., pag. 151-176.

29 - Unico caso in cui l'ente pubblico è soggetto ad una "procedura concorsuale", infatti, è la delibrazione dello stato di dissesto di cui al D. Lgs. n. 267/2000. Secondo questa normativa, i comuni, le province e le Comunità montane che non possono garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili o che non possano far fronte a crediti di terzi liquidi ed esigibili sono assoggettati ad una particolare procedura che comporta, dapprima, l'inventario e la conseguente selezione di tutte le domande da parte dei creditori. In un secondo momento, si provvede al pagamento dei crediti ammessi, secondo un criterio di proporzionalità e sino all'integrale soddisfazione dei crediti, che può avvenire, però, anche in fasi successive e con tempi piuttosto lunghi. E' fatta comunque salva la possibilità per il creditore di adire l'autorità giudiziaria per ottenere un titolo esecutivo (ancorché non eseguibile sinché la procedura sia pendente) ai fini della domanda di ammissione alla massa passiva della procedura.



### 2.2.3. LA POSSIBILITÀ PER LA PA DI RICORRERE COMUNQUE ALL'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICO INTERESSE.

Ci si deve domandare, a questo punto, se, una volta ottenuta tra mille difficoltà la restituzione del bene dall'ente pubblico, il concedente sia libero di rivenderlo sul mercato o sia soggetto ai poteri autoritativi dell'amministrazione. In altri termini, si tratta di verificare se l'ente pubblico inadempiente, costretto a restituire il bene *iure privatorum* possa poi rientrarne in possesso utilizzando i poteri di stampo pubblicistico, ad esempio in materia di espropriazione.

A questo proposito, infatti, si deve ricordare che *"l'espropriazione per pubblica utilità può essere definita come l'istituto di diritto pubblico, disciplinato nelle linee generali dalla Carta Costituzionale, artt. 42, 43, 44, in base al quale la proprietà può essere ablata, contro indennizzo, per effetto di una dichiarazione di volontà della pubblica amministrazione, resa nell'interesse generale e nei casi previsti dalla legge."* Tra gli *"elementi caratteristici dell'istituto espropriativo per il pubblico interesse rispetto ad altri istituti consimili, disciplinati nei vari rami dell'ordinamento giuridico"* vi è *"il fine a cui è diretto, che è quello di acquisire alla collettività i beni necessari ed infungibili, idonei a soddisfare l'interesse generale con la qualificazione del sacrificio del privato come prestazione patrimoniale soggetta al principio di legalità statuito dall'art 23 Costituzione."*<sup>30</sup>

In altri termini, *"L'istituto dell'espropriazione per pubblico interesse ha il suo fondamento naturale nella sovranità dello stato il quale garantisce al titolare del diritto di proprietà e di altri diritti reali la facoltà di godimento e di disposizione. La facoltà di godimento si traduce nell'uso del bene e conseguentemente nell'usufruire delle utilità che lo stesso bene produce, mentre la facoltà di disposizione si traduce nel potere di acquistare altri beni anche tramite lo scambio del bene posseduto. Tali facoltà di godimento e di disposizione possono essere esercitate entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico, sino a quando non contrastino con un interesse pubblico. Nel caso di insorgenza di un interesse pubblico sia il diritto di proprietà che gli altri diritti reali possono essere assoggettati, con le forme stabilite dalla legge, a*

30 - **ROSSI**, *La procedura espropriativa per l'esercizio di opere di pubblico interesse*, Firenze, 1989, Nocchioli, pag. 17.



*limitazioni, vincoli, pesi e possono essere anche soppressi.*"<sup>31</sup>

La giurisprudenza ammette il ricorso all'espropriazione anche in assenza di un diritto reale sul bene (di proprietà della pa stessa) da parte dell'espropriato. Infatti, secondo Cons Stato, sez. IV, 31 luglio 2000, n.4238 pur potendo *"il provvedimento ablatorio avere ad oggetto anche diritti diversi dalla proprietà, perché l'amministrazione possa procedere all'espropriazione di un bene già suo, è necessario che, quantomeno, il bene stesso sia oggetto di un diritto personale di godimento del terzo. In caso contrario, l'amministrazione per rientrare in possesso di un proprio bene deve avvalersi degli ordinari mezzi a tutela della proprietà e del possesso"*.

Addirittura è possibile espropriare anche beni che fanno parte del demanio e del patrimonio indisponibile. Secondo TAR Molise, 21 marzo 1978, n. 31, così come quelli demaniali,<sup>32</sup> *"i beni patrimoniali indisponibili appartenenti ad un ente pubblico possono formare oggetto di un atto di espropriazione per il conseguimento di un fine di interesse generale, previo accertamento, da parte dell'autorità procedente, della maggiore utilità pubblica da conseguire, rispetto a quella derivante dall'uso dei beni, non disgiunto, in ogni caso, da un'esauriente motivazione dell'atto che sottrae i beni alla loro pubblica destinazione"*.

Un'altra interessante pronuncia statuisce che il procedimento di espropriazione può essere legittimamente esperito a favore dell'ente già proprietario *"anche al fine di consentire all'ente stesso di pervenire ad una sollecita realizzazione di un'opera pubblica, senza che si debba necessariamente attendere l'esito del giudizio civile eventualmente instaurato per la rivendica o comunque per ottenere la rimozione di un diritto reale o personale del privato che di fatto si frapponga alla concreta realizzazione dell'opera stessa"*.<sup>33</sup>

Questa sentenza è di particolare importanza per la fattispecie che ci occupa perché, sulla scorta di un simile orientamento, l'ente pubblico potrebbe addirittura intraprendere una procedura espropriativa nel corso del procedimento giudiziale intentato dal concedente per ottenere la riconsegna del bene.

31 - **ROSSI**, *La procedura espropriativa per l'esercizio di opere di pubblico interesse*, cit., pag. 25-26.

32 - Per l'espropriabilità dei beni demaniali si veda TAR Molise, 16- 02- 1989, n. 82; TAR Sicilia, Palermo, sez I, 17-11-1987, n 663; Cons Stato sez IV 15-12-1978, 1224.

33 - TAR Lazio, sez. Latina, 4-04-95, n 342.



D'altro canto, è stato anche affermato, con formula estremamente ampia, che sono addirittura suscettibili di esproprio gli immobili di un Ente destinati a pubblico servizio *"per il conseguimento di un interesse generale"*.<sup>34</sup>

Se, dunque, l'espropriazione è ammessa con una certa larghezza di presupposti dalla giurisprudenza, sino a divenire possibile ogniqualevolta ricorra un interesse generale ed anche con riguardo a beni già appartenenti ad altri enti pubblici, dal punto di vista del concedente può essere molto importante avere la consapevolezza che l'ordinamento potrebbe non consentire l'abuso di tali facoltà in capo alle pubbliche amministrazioni. Così, secondo una giurisprudenza oramai risalente, è ammessa l'espropriazione per pubblica utilità *"di un bene dato in locazione a terzi da parte dell'amministrazione proprietaria dello stesso, a meno che il provvedimento ablatorio non sia utilizzato al solo scopo di eludere le obbligazioni nascenti dal contratto"*.<sup>35</sup>

Dunque, nel caso che qui interessa e stando a questa significativa sentenza, l'ente pubblico inadempiente non potrebbe ricorrere all'espropriazione del bene originariamente oggetto del contratto se con questo provvedimento si mirasse sostanzialmente a porre nel nulla gli effetti negativi dell'inadempimento e, con essi, le garanzie e le tutele prestate dall'ordinamento al concedente, nella sua qualità di parte adempiente.

Giova ribadire, in ogni caso, che la tematica affrontata, per sua natura, mal si presta a soluzioni teoriche, dovendo essere approcciata con metodo necessariamente casistico.

34 - TAR Lazio, sez. Latina 17 - 02 - 87, n. 112.

35 - Cons Stato, adun. Plenaria, 19 luglio 1983, n. 21.



### **3. CONCLUSIONI**

Il contratto di locazione finanziaria che veda in qualità di utilizzatore un ente pubblico (non economico) si differenzia sensibilmente da una comune operazione di leasing.

Nelle pagine che precedono si è tentato di delineare i contorni di queste differenze, mettendo in luce le ragioni alla base delle peculiarità che caratterizzano questa fattispecie di locazione finanziaria. Ne è emerso un quadro piuttosto complesso, nel quale risaltano due elementi, uno oggettivo ed uno soggettivo, i quali, tuttavia, non mancano di intersecarsi.

#### **3.1. SPECIFICITÀ DELLA LOCAZIONE FINANZIARIA AGLI ENTI PUBBLICI IN RELAZIONE AD ELEMENTI OGGETTIVI**

Per quanto riguarda il primo aspetto, si è visto come la natura e le caratteristiche dei beni oggetto del contratto ne possano condizionare non solo il contenuto, ma anche la stessa configurabilità giuridica.

Poiché nella locazione finanziaria la proprietà dei beni rimane in capo al concedente, almeno sino all'eventuale esercizio dell'opzione di acquisto da parte dell'utilizzatore, il contratto stipulato per il finanziamento di beni che non sono suscettibili di appropriazione privata sarà irrimediabilmente affetto da nullità per impossibilità (giuridica) dell'oggetto. Di conseguenza, non potranno essere stipulati contratti aventi ad oggetto beni demaniali e (secondo la dottrina dominante) beni facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato e degli enti pubblici territoriali (Regioni, Province, Comuni). Sarà, invece, possibile finanziare il godimento da parte dell'ente pubblico di beni destinati allo svolgimento di pubbliche funzioni, o adibiti all'erogazione di pubblici servizi, ma con le limitazioni e le cautele derivanti dal particolare vincolo di destinazione impresso a tali beni da parte dell'ente pubblico stesso.

#### **3.2. SPECIFICITÀ DELLA LOCAZIONE FINANZIARIA AGLI ENTI PUBBLICI IN RELAZIONE AD ELEMENTI SOGGETTIVI**

In relazione agli elementi soggettivi del contratto, la circostanza che l'utilizzatore sia un ente pubblico comporta quattro rilevanti ordini di con-



sequenze, soprattutto in relazione:

- a) alla possibilità stessa per l'ente pubblico di ricorrere allo strumento della locazione finanziaria;
- b) all'osservanza di particolari procedure di negoziazione con i soggetti privati;
- c) all'elaborazione del contenuto contrattuale;
- d) alla stessa struttura organizzativa dell'intermediario finanziario.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è stato rilevato che, sebbene siano ormai superate le perplessità in ordine alla legittimazione dell'ente pubblico ad essere parte in un rapporto contrattuale qualificato come fattispecie atipica (ma socialmente tipizzata), rimane la necessità per l'ente pubblico di motivare rigorosamente il perché abbia preferito lo strumento contrattuale della locazione finanziaria, rispetto alle altre tecniche disponibili e maggiormente collaudate, quali, ad esempio, la compravendita, la locazione, ecc.

Con riguardo al secondo punto, l'offerta contrattuale può essere formulata mediante la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, le cui regole varieranno a seconda che l'oggetto dell'appalto siano solamente i servizi finanziari forniti dal concedente, oppure forniture di beni, oppure ancora fattispecie miste di fornitura di beni e prestazioni di servizi o, da ultimo, bandi che prevedano la prestazione di servizi e l'effettuazione di lavori.

In particolare, con riguardo a quest'ultima fattispecie, è stato notato che, nel momento in cui l'appalto rientri nella sfera di applicabilità della legge Merloni (il che accade quando il valore dei lavori eccede il 50% del valore dell'appalto), diverrà impossibile finanziare l'operazione mediante lo strumento della locazione finanziaria. Per gli stessi motivi, rimangono del tutto preclusi all'intermediario finanziario gli appalti di lavori, in relazione, ad esempio, alla possibilità di finanziare la costruzione di edifici destinati a divenire pubblici o anche la loro ristrutturazione. Per la verità, autorevole dottrina ha proposto una interpretazione differente della normativa contenuta nella legge Merloni, ma la recente pronuncia dell'autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici (n. 337 del 4 dicembre 2002, depositata l'11 dicembre) ha optato per la soluzione maggiormente restrittiva. Peraltro, la pronuncia richiamata ha lasciato aperta la possibilità di finanziare la realizzazione di lavori pubblici attraverso lo strumento del project financing. Tuttavia, la circostanza che l'intermediario finanziario non possa accollarsi l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera

(come è nella natura del project financing) sembra creare non poche difficoltà alla partecipazione dell'intermediario stesso ad una siffatta operazione.

Per altro verso, sarà possibile finanziare il godimento in capo all'ente pubblico di beni immobili già costruiti in tutti i casi in cui non vi siano da effettuare lavori (ad es. adattamenti o ristrutturazioni) di entità tale da ricondurre l'intera operazione nella sfera di applicabilità della legge Merloni.

Per quanto riguarda, invece, il contenuto contrattuale la vastità e la complessità del tema impongono un necessario rinvio al corpo della trattazione, ma sembra utile evidenziare, comunque, che il concedente, ai fini di ottemperare al vincolo di esclusività di attività finanziaria di cui all'art. 106, comma 2 del T.U.I.b., dovrà avere cura di precisare il proprio ruolo di mero operatore finanziario, ad esempio, indicando nel contratto i propri specifici compiti e facendo sottoscrivere ai propri partner apposite clausole di manleva da eventuali responsabilità verso l'ente pubblico.

Infine, si deve segnalare che la peculiare natura soggettiva dell'utilizzatore rischia di far incorrere l'intermediario finanziario nella responsabilità amministrativa prevista dal D.Lgs. n. 231/2001, a causa del fatto che i settori di attività in cui si andrebbe ad operare sono tra i più esposti alla commissione dei reati previsti dallo stesso D.Lgs. n. 231/2001, con particolare riferimento alle ipotesi di truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico, alla frode informatica ed alle fattispecie della corruzione e concussione.

In effetti, con il D.Lgs. n. 231/2001, il Legislatore ha introdotto una nuova fattispecie di controllo del mondo economico, tesa alla moralizzazione, o, più modestamente, alla prevenzione degli illeciti nel sistema dell'impresa e della pubblica amministrazione, in maniera da tutelare l'ordine, la trasparenza e la concorrenza del mercato. A tal fine la nuova normativa ha introdotto un sistema teso ad incentivare dall'interno le imprese alla prevenzione di reati assai diffusi nel sistema dei rapporti con gli enti pubblici e le pubbliche amministrazioni.

Pertanto, non sarà solo opportuno ma anche necessario che l'intermediario finanziario interessato ad operare sul fronte della locazione finanziaria agli enti pubblici si doti delle strutture organizzative in grado di metterlo ragionevolmente al riparo dai rischi delle sanzioni, soprattutto con riferimento a quelle interdittive, di carattere maggiormente afflitti-



vo in un'ottica di medio-lungo termine.

Infatti, potrebbe accadere che le imprese dotate dei modelli di organizzazione e gestione previsti dal D.Lgs. n. 231/2001 vengano considerate maggiormente affidabili di altre che ne sono sprovviste. Si pensi, inoltre, alla possibilità che i bandi di gara prevedano tra i requisiti di onorabilità dei partecipanti quello di non avere avuto condanne derivanti dall'applicazione del D.Lgs. n. 231/2001.

### 3.3. INTERSEZIONI

Le problematiche legate alla natura dei beni oggetto del contratto ed alla qualità soggettiva dell'utilizzatore-ente pubblico non mancano di combinarsi dando adito a delicati problemi di ordine sia giuridico, che pratico.

In particolare, ci si è interrogati sulle tutele che l'ordinamento appresta in favore del concedente, qualora l'utilizzatore-ente pubblico rimanga inadempiente alle obbligazioni contrattuali. Ripercorrendo solamente i passaggi fondamentali, si possono isolare le questioni derivanti dal recupero del credito residuo, da quelle inerenti il recupero dei beni concessi in godimento.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la circostanza che l'utilizzatore sia un ente pubblico comporta due ordini di conseguenze. La prima è che, normalmente, l'ente pubblico è un soggetto di sicura solvibilità: pertanto, una volta determinato l'ammontare del debito nei confronti dell'utilizzatore (con tutte le questioni in ordine alla vexata quaestio dell'applicabilità alla locazione finanziaria dell'art. 1526 Cod. Civ.) il concedente potrebbe addirittura giovarsi della natura pubblica dell'utilizzatore. Di converso, la seconda conseguenza è che proprio tale natura può portare a tempi di recupero del credito piuttosto dilatati.

Tuttavia, le questioni maggiormente delicate sorgono con riguardo alla restituzione dei beni di proprietà del concedente. In maniera molto schematica, infatti, si può osservare che, se da un lato, la scelta dello strumento di contrattazione privatistico della locazione finanziaria importa che la pubblica amministrazione soggiaccia alle regole del diritto comune, che prevedono la possibilità per il concedente-proprietario di riavere indietro i beni finanziati; dall'altro, poiché esistono significativi motivi ostativi di ordine pubblico alla restituzione (legati alla necessità



che i beni rimangano nella sfera di disponibilità dell'ente pubblico, al fine di mantenerne la destinazione allo svolgimento di una pubblica funzione o all'erogazione di un pubblico servizio), il concedente, non potrà sovente contare sulla restituzione dei beni, se non in tempi la cui quantificazione è difficilmente immaginabile. In aggiunta, sullo sfondo, vi è sempre la minaccia che l'ente pubblico intraprenda una procedura espropriativa per garantirsi la disponibilità dei beni oggetto del contratto inadempito.

In virtù di queste considerazioni, si è rilevato come, nella locazione finanziaria agli enti pubblici, il contenuto del diritto di proprietà che permane in capo al concedente si riveli ancora più affievolito rispetto a quel dominio utile cui era stato paragonato in tema di locazione finanziaria ordinaria: ciò in quanto risulta praticamente svuotato dell'azionabilità di quegli strumenti di tutela che, ordinariamente, il sistema mette a disposizione del proprietario, sia pure solo <<formale>>.

