

6 - L'AZIONE AMMINISTRATIVA

3. G. LA FALCE - I. VARDA (15.9.1988)

Leasing: primo approccio al problema.

LEASING:PRIMO APPROCCIO AL PROBLEMA

ASPETTI GENERALI .

Leasing e' ormai un termine di uso comune, ma la conoscenza e lo sviluppo di questo strumento finanziario hanno origini molto vicine nel tempo e non superano i trent'anni. Infatti, a livello internazionale, si ricorda che la creazione moderna del leasing puo' essere fatta risalire all'americano Boothe, che nel 1952 ha costituito la United States Leasing, la prima societa' del settore. Non vanno, pero' dimenticate precedenti esperienze della Bell Telephon e dell'IBM, che, in particolare, aveva gia' iniziato a cedere in locazione gli elaboratori prodotti.

Lo sviluppo del leasing e' dunque iniziato prima negli Stati Uniti e successivamente in Europa e specialmente in Gran Bretagna, Francia e Svizzera.

La prima apparizione italiana risale al 1963 con la costituzione della Locatrice Italiana. Ma il grande sviluppo del settore nel nostro paese e' avvenuto a partire dagli anni '70. E nella crescita del leasing hanno certamente influito alcuni avvenimenti che hanno caratterizzato l'economia internazionale italiana. Un particolare ruolo ha giocato in Italia la riforma tributaria: l'introduzione dell'IVA, in sostituzione dell'IGE, ha reso piu' favorevole l'utilizzo del nuovo strumento finanziario. L'IGE infatti aveva frenato la locazione finanziaria, in quanto

rappresentava un costo duplicato per l'utilizzatore, senza possibilità di detrazione. Con l'IVA invece l'imposta viene di fatto finanziata. La società di leasing paga tutta l'IVA nel momento dell'acquisto del bene e poi l'addebita 'canone per canone all'utilizzatore. L'IVA è dunque neutra nell'operazione di leasing. (È questo attualmente uno dei punti all'attenzione dei progetti di manovra fiscale "anti elusione" del Governo, orientato ad eliminarne la "neutralità").

Un altro vantaggio è costituito dall'intera deducibilità dei canoni di leasing dal reddito tassabile, purché si tratti di un bene strumentale all'attività svolta e purché siano rispettate certe regole nella durata del contratto relative al periodo di ammortamento del bene.

Accanto agli incentivi di natura fiscale, il contratto di leasing presenta dei vantaggi anche dal punto di vista finanziario, rispetto agli interventi creditizi ordinari a medio e lungo termine. Questi difficilmente coprono più del 50-75% del costo del progetto. Il leasing, invece, può coprire per intero l'investimento, permettendo all'azienda di mantenere integro il capitale d'esercizio, che rimane disponibile per altri usi. Si tratta inoltre di un contratto assai flessibile che permette di ragguagliare la periodicità e l'ammontare dei canoni alle possibilità finanziarie dell'azienda e al ritmo dei suoi profitti. Non vanno dimenticati i tempi assai brevi necessari alla formalizzazione del contratto di leasing.

INQUADRAMENTO GIURIDICO DEL LEASING

Il sempre piu' diffuso interesse ,che in ogni campo dell'attivita' economica ,sta suscitando l'istituto del leasing, pone l'esigenza di un maggiore approfondimento delle problematiche ad esso connesse. E' noto che la disciplina giuridica del contratto di leasing e' stata introdotta nel diritto italiano sulla base di una prassi negoziale importata da ordinamenti stranieri. Manca, infatti, nel corpo delle nostre leggi codificate una previsione generale di tale forma contrattuale. Il termine leasing o locazione finanziaria e' stato recepito in alcune leggi speciali ,soprattutto in quelle con finalita' di incentivazione economica ed in quelle tributarie.

Di massima, sono indicati come contratti di leasing tutti quelli che prevedono (durante la vita del contratto e specialmente alla sua scadenza) la possibilita' da parte del locatario di acquistare un bene preso in affitto e di divenirne proprietario con la corresponsione di un prezzo stabilito. Pertanto il leasing presuppone:

- un'azienda che voglia potenziare i propri mezzi strumentali di produzione, accettando di averne solo l'uso e non la proprieta';
- uno o piu' fornitori;
- una societa' di leasing disposta ad acquistare tali beni e a metterli a disposizione dell'azienda, nel quadro di un contratto sui generis.

Si puo', quindi, definire il leasing come "una operazione di finanziamento a medio o lungo termine, mediante la quale un operatore finanziario (societa' di leasing) loca ad un conduttore un bene produttivo (mobile od immobile) che la societa' di leasing acquista per l'occasione da un fornitore su indicazione del conduttore".

Nel contratto di leasing, quindi, intervengono tre parti i cui rapporti possono strutturarsi in maniera diversa contemperando elementi propri di diversi contratti. Di qui il tentativo di inquadrare il leasing in vari contratti tipici tradizionali.

Ancora oggi, tuttavia, molto incerta appare la sua natura giuridica attraverso l'elaborazione fattane dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tuttora divise tra l'interrogativo preliminare se il contratto di leasing sia da considerare tipico o atipico o misto.

Ora, date le complesse clausole che normalmente caratterizzano i contratti di leasing, le teorie che sono state formulate sono molteplici, e sottolineano volta a volta questo o quell'aspetto, esaltandolo fino a farlo divenire prevalente ai fini della costruzione della natura giuridica dello stesso.

Molteplici sono le correnti dottrinali che riconducono il leasing rispettivamente a:

- a) locazione (art. 1571 c.c.),
- b) locazione-vendita (art. 1526 c.c.);
- c) vendita con patto di riservato dominio (art. 1523 c.c.);

d) mutuo (art.1813-1822);

e) negozio misto;

f) negozio atipico.

a) leasing - locazione

Questa teoria sottolinea prevalentemente l'aspetto di affitto del bene oggetto del contratto, bene che è di proprietà dell'azienda locatrice e che è concesso in uso alla azienda locataria a titolo oneroso. Di conseguenza il conduttore è tenuto a mantenere il bene in stato di efficienza, eseguendo le operazioni di manutenzione.

b) leasing e locazione-vendita

La locazione-vendita è prevista, in forma indiretta, dall'art. 1526 c.c., 3 comma, che, in tema di risoluzione del contratto di vendita con riserva della proprietà, accenna alla possibilità che un bene sia formalmente ceduto con un contratto di locazione, ma sia convenuto che al termine di essa la proprietà della cosa sia acquisita al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti. Tale fattispecie potrebbe essere avvicinata al leasing per l'affinità relativa al pagamento dei canoni legati ad una successiva acquisizione della proprietà del bene: i canoni, in altri termini, vengono ad essere calcolati "in conto capitale" pur se formalmente sono calcolati "in conto affitto".

c) leasing e vendita con patto di riservato dominio

Questa teoria sottolinea prevalentemente l'aspetto del trasferimento della proprietà del bene oggetto del contratto. A sostegno di questa tesi si afferma che i

canoni versati dall'azienda locatrice sono assimilabili a vere rate di acquisto. E' ben vero che manca l'automaticita' del trasferimento della proprieta' all'atto del pagamento dell'ultimo canone previsto dal contratto, ma l'assenza di tale elemento non e', per i sostenitori di tale tesi, elemento di rilevanza tale da impedire di far rientrare il leasing nella normativa prevista dagli artt. 1523 e segg. del c.c.. Cio' in quanto il valore residuo, allo scadere del contratto, e' di entita' trascurabile rispetto al totale dei canoni pagati, per cui essi hanno una sostanza di ratei di prezzi d'acquisto. Inoltre l'esercizio del diritto opzionale (di acquisto del bene) non comporta per chi l'esercita nuovi obblighi (quale il suo pagamento) perche', in realta', il bene e' stato gia' pagato e quel residuo ancora da versare a seguito dell'esercizio dell'opzione non ha funzione economica di prezzo, ma sembra avere il solo scopo di mantenere sino in fondo il carattere oneroso dell'operazione.

d) leasing e mutuo

In questa assimilazione, si sottolinea, in particolare, la funzione economica del leasing inteso come una forma speciale di finanziamento di piccole e medie aziende, in alternativa, o complementarieta', con altre forme di finanziamento. A sostegno di tale tesi viene fatto rilevare, da un lato, il fatto che il bene sostituisce il danaro, dall'altro, che la locazione finanziaria e' un contratto di finanziamento che, in sostanza riproduce

quella dell'art.1818 c.c. in materia di mutuo. Infatti, rispetto ad una normale operazione di mutuo, garantita da ipoteca sul bene acquistato con la somma avuta in prestito, la locazione finanziaria elimina il rapporto tra venditore e mutuatario, mentre permane esclusivamente quello tra mutuante e mutuatario, consentendo di realizzare lo stesso risultato del mutuo garantito, perche' il bene rimane di proprieta' del locatore a garanzia del finanziamento.

e) leasing e negozio misto

Gli autori che annoverano il leasing nella categoria del negozio misto considerano la sua struttura giuridica come la composizione di elementi della locazione, del mutuo e della compravendita. Infatti, nel rapporto locatore-locatario del bene strumentale oggetto del leasing i soggetti pongono in essere in sostanza, una serie di negozi giuridici tipici la cui sintesi si realizza in un atto unitario, ossia il leasing.

f) leasing e negozio atipico

Molti sono gli autori che ritengono il leasing un contratto atipico, in quanto ha una causa, un suo oggetto e caratteristiche, sia oggettive che soggettive, sue proprie, nel quale vengono a confluire pero' elementi specifici di diversi schemi giuridici tradizionali, quali il mutuo, la vendita e la locazione. La causa del contratto e' ritenuta atipica in quanto non e' direttamente riconducibile ad alcuna di quelle inerenti i contratti

tipicamente disciplinati nel codice civile. Ne e' sufficiente che il legislatore lo menzioni o lo disciplini in alcuni suoi aspetti, perche', e' necessaria una disciplina organica, affinche' un contratto possa considerarsi nominato, o legislativamente tipico.

La giurisprudenza piu' attuale, pur considerando che il rapporto contrattuale recepisce elementi da alcuni tipici contratti, ritiene che l'elemento caratterizzante questo negozio giuridico - la cui causa richiama i contratti con causa di finanziamento - sia costituito dal motivo che il leasing e' diretto a procurare non tanto la proprieta' del bene, mobile o immobile, quanto la disponibilita' di esso, per un periodo determinato, salvo l'interesse dell'utilizzatore del bene a preconstituirsì, con il patto di opzione, anche il diritto ad ottenere la proprieta' del bene stesso alla scadenza della locazione, con il pagamento di una somma residua, previamente calcolata in relazione al prevedibile valore di scambio del bene a tale data.

Basti citare come esempio la sentenza n. 6390 del 28 ottobre 1983 della Corte Suprema di Cassazione, con la quale e' stato affrontato il tema della qualificazione giuridica e dell'ammisibilita' come contratto atipico del leasing. Tale sentenza accoglie le tesi della atipicita' e della causa mista del contratto, giungendo a confermare la liceita' dello stesso nonche' la meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dalle parti in riferimento al principio di carattere generale dell'autonomia contrattuale delle parti contenuto nell'art. 1322 c.c.. Il contratto

sarebbe dunque caratterizzato dalla convivenza di piu' elementi tipici di piu' contratti tradizionali, senza che sia riconducibile ad uno di essi in particolare; la disciplina contrattuale elaborata dalla prassi, infatti, si discosta notevolmente dalle norme dettate dal codice civile per quei tipi di contratti. Pertanto la Suprema Corte statuisce la inopportunita' che il contratto di leasing "sia costretto entro margini di norme che non siano quelli generali dettate in materia di contratti".

Sotto il profilo economico e' invece opinione comune che il contratto di leasing soddisfi principalmente ad esigenze di finanziamento ,favorendo la tempestivita' degli interventi, anche se cio' avviene attraverso l'utilizzo di un bene e non attraverso il trasferimento dei fondi occorrenti per l'acquisto dello stesso.

Al di la' delle interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali, la situazione oggi appare piu' chiara, in quanto i requisiti del leasing appaiono individuati nell'unica definizione legislativa di locazione finanziaria presente nel nostro ordinamento giuridico. Infatti, l'art.17,II comma della legge 2 marzo 1976 n.183 (Disciplina dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976-1980)cosi' recita : "per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili ed immobili acquistati o fatti costruire dal locatore su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi ,e con facolta' di quest'ultimo di divenire proprietario dei

beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito. "

Questa norma fa riferimento pero' alla specifica categoria del leasing agevolato o promozionale nell'ambito del leasing pubblico, dove la Pubblica Amministrazione e' in veste di promotrice incentivante dell'operazione finanziaria, eroga cioe' contributi a favore delle aziende utilizzatrici per orientare e sostenere l'economia nel Mezzogiorno. Mentre la figura del leasing agevolato e' ormai prassi consolidata, sia a livello di legislazione statale che regionale, ancora molti problemi sono aperti per l'utilizzazione del leasing pubblico diretto, dove la Pubblica Amministrazione, come sara' successivamente illustrato, partecipa in qualita' di utilizzatrice del bene.

TIPOLOGIA

-LEASING OPERATIVO .

E' la forma piu' antica di leasing e anche la piu' comune.

Intercorre tra due parti delle quali l'una, che di regola e' un'impresa produttrice di beni strumentali standardizzati, cede all'altra attraverso un corrispettivo il godimento del bene stesso per un tempo determinato. La durata e' di regola breve e consente al soggetto locatario la possibilita' di recedere dalla locazione con un preavviso di limitato anticipo. Ne deriva di conseguenza che il costo del bene viene ripartito non sulla base della durata del primo contratto, ma viene suddiviso su ipotetici diversi clienti, tenuto conto della peculiarita' tecnologica del bene e della sua durata effettiva a livello operativo. Tale contratto e' particolarmente conveniente per i beni soggetti ad una rapida obsolescenza. Suo obiettivo principale e' quello di consentire una immediata disponibilita' del bene strumentale, senza incorrere nei rischi derivanti dalla proprieta' del bene stesso. Esso soddisfa inoltre un'altra importante esigenza dell'azienda: quella di poter disporre di un determinato numero di servizi collaterali.

Puo' essere infatti praticato solo da imprese industriali o da societa' finanziarie strutturate ed organizzate, anche dal punto di vista finanziario, in modo

funzionale piu' o meno indipendente dall' impresa produttrice dei beni stessi.

Il leasing operativo e' molto diffuso nel settore dei calcolatori elettronici, automezzi, mezzi di trasporto, beni strumentali per l'edilizia, macchine utensili ampiamente diffuse e standardizzate.

Al termine del contratto, l'impresa utilizzatrice puo' o rinnovare lo stesso (ovviamente ad un canone inferiore che tiene conto del grado di usura del bene) o sostituire il bene locato con altro piu' avanzato tecnologicamente o riscattare il bene dietro pagamento di una somma prefissata.

LEASING FINANZIARIO

Viene attuato da Societa' finanziarie specializzate nell'intermediazione finanziaria, le quali acquistano dalle aziende produttrici i beni mobili o immobili e li cedono in locazione per un periodo prefissato agli utilizzatori, dietro pagamento di un canone ed offrendo altresì la facoltà, al termine del contratto, di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prefissato.

Il leasing finanziario e' quindi ben piu' complesso di quello operativo, presupponendo, tra l'altro, l'intervento di tre soggetti: una azienda produttrice di beni strumentali, una azienda utilizzatrice di beni strumentali, una societa' finanziaria. Quest'ultima acquista a proprio nome dalla prima un determinato bene e lo concede in uso alla azienda utilizzatrice. Il contratto di leasing viene

stipulato fra la società finanziaria e l'azienda utilizzatrice, ma è sottoposto alla condizione della previa stipulazione di un contratto di compravendita tra l'azienda produttrice e la società finanziaria. La durata tipica del leasing finanziario è pari alla durata prevista di "vita" del bene locato, e comunque generalmente contenuta nell'arco dei tre-cinque anni per il leasing mobiliare, dei venticinque-trenta anni per il leasing immobiliare. Oggetto del leasing finanziario sono soprattutto beni specializzati e quindi, in linea di massima, scarsamente fungibili. Ciò significa che non esiste (o per lo meno è molto limitata) la possibilità (in caso di inadempienza del locatario o di restituzione del bene alla scadenza prevista per la locazione) di inserire il bene in un altro complesso produttivo. Questo fatto costituisce ovviamente un aggravio del rischio per le società operanti nel campo del leasing finanziario rispetto a quelle operanti nel campo del leasing operativo. Al termine della durata del contratto è prevista o la restituzione del bene alla società finanziaria o l'acquisto dello stesso ad un prezzo prefissato all'atto della stipulazione del contratto. Il leasing finanziario presenta molti vantaggi per le aziende che lo scelgono come forma di finanziamento degli impianti. Tra questi, la possibilità di finanziare per intero o quasi il valore degli investimenti da effettuare, evitando immobilizzi di capitale e mantenendo invariata la liquidità aziendale; la possibilità di avere un

finanziamento senza sottostare alla prestazione di garanzie reali, di fissare esattamente i costi finanziari , di detrarre per intero i canoni dal reddito lordo aziendale, il tutto assicurandosi un costante rinnovo tecnologico degli impianti produttivi. Il leasing finanziario, rispetto a quello operativo, puo' essere praticato da societa' aventi un'organizzazione meno complessa, specializzata unicamente nello sviluppo di una attivita' finanziaria.

Il leasing finanziario trova la sua applicazione in campo agricolo, industriale (legge n.675 del 12 agosto 1977) e immobiliare.

LEASING SALE BACK

Puo' essere definito come un contratto mediante il quale una impresa industriale o commerciale cede un bene ad una societa' di leasing, che si impegna a concedere in locazione lo stesso bene all'impresa venditrice e ad riconoscere a quest'ultima un diritto di riscatto, trascorso un determinato periodo di tempo. Al termine del contratto il venditore-locatario ha la facolta' di ritornare proprietario del bene dietro pagamento di un prezzo di solito molto basso, calcolato in base alla durata del contratto e all'importo parziale e/o totale dei canoni versati dal locatario.

Tale forma di contratto esalta al massimo l'aspetto finanziario del leasing, in quanto in questo caso si realizza una vera e propria immissione di denaro fresco nell'azienda che si spossa della proprieta' di alcuni

beni di produzione (senza perderne tuttavia l'uso), addivenendo quindi ad un puro e semplice miglioramento della situazione di liquidita'. La durata del contratto e' generalmente contenuta nei due-tre anni: Il lease-back ha prevalente applicazione nel campo immobiliare, in quanto assicura alle aziende che lo attuano un flusso di capitali "freschi" consentendo cosi' il riequilibrio della gestione finanziaria, mantenendo invariata la capacita' produttiva.

LEASING ADOSSE'

Si' realizza ogniqualvolta l'azienda produttrice dei beni vende i macchinari ad una societa' di leasing,ricevendoli quindi in locazione finanziaria ,non per farne uso diretto,ma per affittarli a terzi.Questi ultimi potranno godere del diritto di opzione di acquisto previsto nel contratto originario.

LEASING "NOT FULL PAY OUT"

E' caratterizzato dall'esistenza di un canone meramente finanziario,senza previsione di acquisto da parte dell'utilizzatore.

LEASE-PURCHASE

E' un particolare contratto per finanziare le imprese di trasporto ferroviario e aeroportuale.

L'operazione si concreta con l'intervento di una societa' finanziaria "trustee"(fiduciario di natura privata o pubblica),la quale ,per la raccolta dei fondi necessari

per l'investimento emette delle obbligazioni, che rimborsera' con gli incassi dei canoni.

Caratteristica di questo contratto e' che la proprieta' del bene e' del "trustee" che si impegna a cedere detto bene all'azienda locataria, che al termine del pagamento dei canoni periodici diventa automaticamente proprietaria del bene, a titolo non oneroso. La mancanza di opzione al termine del contratto e' l'elemento differenziatore rispetto agli altri tipi di leasing finanziario.

DUMMY CORPORATION (O SOCIETA' DI COMODO)

Questa societa' agisce da intermediaria tra l'azienda locataria e gli investitori. La societa' di comodo e' creata allo scopo di acquistare determinati beni e di cederli in locazione ad un'azienda determinata. Al fine di ottenere i fondi necessari per acquistare il bene da locare la societa' di comodo emette obbligazioni che vende ad un gruppo di investitori. A garanzia di tali obbligazioni i canoni di locazione sono ceduti ad un "trustee" (fiduciario), autorizzato a rappresentare gli investitori, che incassa i canoni.

LEASING PUBBLICO

Per leasing pubblico si intende una particolare applicazione del leasing finanziario che ha come contraente la Pubblica Amministrazione. Generalmente si distingue tra

il leasing agevolato o promozionale ed il leasing diretto o di utilizzazione, a seconda del ruolo assunto dall'operatore pubblico e dei fini che questo si propone di conseguire.

Leasing pubblico agevolato o promozionale

Si ha il leasing agevolato quando un ente pubblico nell'ambito di una politica di incentivazione agli investimenti, interviene con propri fondi per ridurre il costo delle operazioni di leasing effettuate da determinate categorie di operatori economici. Esistono due tipi di leasing agevolato: il primo e' quello in cui l'ente pubblico costituisce una propria societa' di leasing per esercitare il leasing agevolato (ad esempio la regione Friuli-Venezia Giulia ha costituito la Friulia-Lis, in cui l'azionista di maggioranza e' la finanziaria regionale). Il secondo tipo e' quello in cui intervengono societa' di leasing che stipulano particolari convenzioni con gli enti pubblici che hanno approvato normative o regolamenti per l'erogazione di contributi in conto canoni, relativamente ad operazioni di leasing.

Il primo riferimento alla locazione finanziaria e' stato fatto con l'art.10 della legge 6 ottobre 1971, n.853, che non ha avuto poi concreta applicazione a causa della mancata emanazione da parte del CIPE delle necessarie direttive di attuazione. Successivamente con l'art. 17 della legge 183/76, gia' richiamato e con la connessa delibera del CIPE del 31 maggio 1977 e' stata prevista una

autonoma forma agevolativa (contributi in conto canoni) per operazioni di locazione finanziaria dirette alla realizzazione di impianti industriali effettuati dalla FIME Leasing appositamente costituiti a tal fine. L'attuale disciplina dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno - che all'art.6 della legge 1 marzo 1986 n.64 ha previsto il riordinamento degli Enti di promozione per lo sviluppo del Mezzogiorno (D.P.R. 28 febbraio 1987 n.58) e tra questi anche della FIME Leasing-ha stabilito, inoltre, che la locazione finanziaria non sia piu' esclusivo appannaggio della FIME Leasing, ma anche di altre societa', -iscritte nello speciale albo del Ministero dell'industria (decreto del Ministro per il Mezzogiorno 12 novembre 1986). L'Agenzia per il Mezzogiorno ha recentemente approvato il nuovo schema di convenzione per la concessione del contributo in conto canoni alle iniziative industriali mediante societa' di leasing e il CIPI con la deliberazione del 5 maggio 1988 ha portato il limite di investimento massimo da 30 a 60 miliardi. La nuova convenzione tipo e' relativa al leasing di "impianti" cioe' ai contratti di locazione finanziaria per le iniziative di importo superiore al miliardo di lire e per quelle inferiori a questo importo ma che riguardino comunque una linea produttiva completa oppure comprendano le opere murarie nel programma di investimento.

Altre leggi fondamentali che hanno segnato il cammino del leasing agevolato sono la n. 517 del 10 ottobre 1975 che ha previsto l'erogazione di contributi su operazioni di

leasing equivalenti ai contributi già esistenti sui finanziamenti a medio termine; la n. 675 del 12 agosto 1977 sulla ristrutturazione e riconversione industriale, che all'art. 8, non solo ha previsto che la realizzazione delle finalità sue proprie passasse attraverso operazioni di leasing agevolato, ma ha autorizzato anche la ISVEIMER, l'IRFIS, e il CIS ed altri istituti di credito regionali a medio termine a partecipare alla costituzione di s.p.a. per l'esercizio della locazione finanziaria di impianti industriali; la n.240 del 21 maggio 1981 che ha disciplinato interventi per il settore artigiano ed ha ammesso al leasing macchine ed attrezzature; la legge n.416 del 5 agosto 1981 di disciplina delle imprese e provvidenze per l'editoria, che ha ammesso a contributo l'acquisto e il potenziamento delle attrezzature tecniche e dei vari impianti oltre ai sistemi di gestione e di produzione basati sull'impiego di elaboratori; la n.696 del 19 dicembre 1983 che ha disposto agevolazioni sugli acquisti di macchinari oppure sulle operazioni di leasing che riguardino beni ad alta tecnologia.

A livello regionale numerosissime sono, oggi, le leggi che prevedono tale sistema di incentivazione e che si rivolgono a tutti i settori dell'attività produttiva.

Leasing pubblico diretto o di utilizzazione

E' il caso in cui la Pubblica Amministrazione assume la veste di soggetto utilizzatore del leasing, vale a dire che, alla stregua di un qualsiasi operatore privato, stipula

un contratto con una società di leasing, procurandosi l'uso di determinati beni necessari per lo svolgimento di determinate funzioni.

Con il leasing diretto si può accelerare la realizzazione di strutture sociali, che, pur necessarie, non vengono realizzate per mancanza di fondi, di difficoltà nel reperimento di investimenti e per difficoltà procedurali. Uno dei vantaggi è rappresentato dallo snellimento dei tempi burocratici, in quanto il contratto di leasing richiede minori adempimenti ed è notevolmente più rapido, nei tempi di realizzazione, di un contratto di appalto. Il che permette di contenere i costi di realizzazione, soprattutto evitando il contenzioso connesso alla revisione dei prezzi. A ciò si deve aggiungere una più agevole imputazione della spesa che porta ad una semplificazione della contabilità pubblica. Attingere, infatti, alle entrate correnti per finanziare un'operazione di leasing può significare, inoltre, riqualificare la spesa pubblica e privilegiare gli investimenti rispetto ai consumi.

A questi vantaggi, comunemente riconosciuti, al leasing diretto, corrispondono una serie di problemi sia dal punto di vista giuridico-amministrativo, che da quello giuscontabilistico.

Il primo problema che si pone è quello della definizione stessa di "leasing pubblico": in realtà come non esiste un contratto di diritto pubblico, ma un contratto al quale può accedere la P.A., così non esiste

un leasing pubblico accanto ad un leasing privato, caratterizzato da connotazioni sue proprie differenziate, per la sola circostanza che una delle parti del rapporto che con esso si instaura sia un soggetto appartenente all'area della soggettività pubblica. (Barettoni Arleri e Varrone).

Il problema si lega all'individuazione dell'ambito di estensione della capacità di diritto privato della P.A. che è presupposto per la successiva analisi degli altri elementi di tale figura contrattuale perché possa essere ritenuta idonea, poi, a realizzare una funzione economico-sociale diversa da quella che ne ha determinato la fortuna nel campo privato. In proposito va ricordato che ci sono due orientamenti dottrinari, che divergono soprattutto a causa della diversa ricostruzione sistematica che viene offerta della capacità di diritto privato della P.A.: argomento questo che costituisce la pregiudiziale per la utilizzazione del leasing finanziario per la realizzazione di opere pubbliche. Parte della dottrina è favorevole (De Lise, Barettoni Arleri, Caianiello) in quanto ammette che l'autonomia privata della P.A. non soffrirebbe limitazioni di sorta e che quindi il suo agire "iure privatorum" in nulla differirebbe dall'agire dei privati. Un'altra parte della dottrina (Torregrossa, Pericu, Varrone) ritiene che agli enti pubblici può essere riconosciuta solo quella speciale capacità di diritto privato che le norme che ne regolano l'attività riconoscono ora in modo esplicito, ora implicitamente. Sicuramente a qualsiasi soluzione del

problema si pervenga, un punto fermo rimane quello che la persona giuridica in genere, e quella pubblica in particolare, a differenza della persona fisica, ha finalita' definite, nel senso che l'agire dell'ente pubblico e' circoscritto alla realizzazione delle finalita' che ne giustificano la presenza sul piano giuridico formale e tale conclusione e' valida anche per gli enti pubblici economici.

In quest'ottica, il secondo problema che si pone e' quello di studiare l'adattabilita' alle regole proprie della disciplina dei contratti ad evidenza pubblica delle vicende contrattuali complesse e peculiari delle operazioni di leasing pubblico., in cui si giustappongono alla P.A. due parti contraenti (Caianiello, Barettoni Arleri).

Come e' noto, infatti, le amministrazioni pubbliche sono tenute dall'articolo 3 della legge di contabilita' (R.D. 18 novembre 1923 n.2440 che si estende ai comuni ed alle province in virtu' dell'articolo 87 del T.U. legge con. e prov. n.383/1934) a procedere alla aggiudicazione di tutti i contratti dai quali derivi una spesa, mediante pubblico incanto o licitazione privata, salvo le ipotesi di appalto-concorso e di trattativa privata rispettivamente previste dai successivi articoli 5 e 6. E per quel che riguarda le forniture l'esperimento di procedure concorsuali per l'aggiudicazione dei relativi contratti e' anche imposto dalla legge 30 marzo 1981 n.113 e successive modifiche di adeguamento alle direttive CEE.

Il problema appare in tutta la sua evidenza, sia quando ci si avvale del contratto trilaterale (nel quale confluiscono il rapporto di acquisto del bene intercorrente tra impresa concedente e fornitore e quello di concessione del bene stesso, fra impresa ed ente pubblico) sia quando si fa ricorso a due distinti contratti, ancorche' tra loro collegati, l'uno di acquisto del bene, intercorrente tra impresa e fornitore, l'altro di leasing, intercorrente tra impresa concedente ed ente pubblico. In entrambi i casi, il fatto che uno dei soggetti dell'operazione sia un ente pubblico -effettivo utilizzatore del bene - pone l'interrogativo di fondo se debba essere osservata la procedura pubblica di aggiudicazione sia per la scelta del fornitore che, dell'impresa di leasing. La risposta deve essere in senso positivo, in quanto l'utilizzatore, quale ente pubblico (se non vuole incorrere nel sospetto di utilizzare la pratica del leasing per eludere la normativa vigente in materia di contratti ad evidenza pubblica) deve seguire ,sia per la scelta del fornitore che per la societa' di leasing, la disciplina pubblicistica prevista per le forniture tradizionali. Disciplina che trova la propria giustificazione non tanto nella questione della proprieta' o meno del bene da parte dell'ente pubblico, quanto piuttosto nei principi della trasparenza e della concorrenza attraverso il metodo della concorsualita' a salvaguardia dei pubblici interessi.

Il terzo problema che si pone e' quello della compatibilita' del contratto di leasing con le regole della

contabilita' pubblica, sotto il profilo giuscontabilistico. In particolare, e' necessario procedere ad una corretta imputazione al bilancio pubblico degli oneri conseguenti all'assunzione del contratto di leasing. Si tratta cioe' rispetto alla classificazione economico-funzionale delle spese (legge n. 468 del 5 agosto 1978) di chiarire se si tratta di spesa di parte corrente o in conto capitale. Poiche' non possono considerarsi appartenenti al patrimonio dello Stato beni che ancora non vi sono materialmente entrati, la imputazione al conto del bilancio non puo' che concernere i corrispettivi da erogare prima dell'eventuale riscatto, quali compensi per la prestazione del servizio di leasing: cio' anche se si ritiene utile la sommatoria in sede consuntiva delle varie operazioni effettuate per una globale rappresentazione degli impegni assunti. Pertanto, sembra doversi convenire sulla generalizzata ascrivibilita' del canone di leasing tra le spese correnti. La spesa relativa al riscatto sara' invece imputata tra le spese correnti o fra quelle di investimento sulla base della natura e destinazione del bene acquisito, secondo gli usuali criteri classificatori delle spese pubbliche. Il bene oggetto del leasing potra' percio' essere valutato nel conto del patrimonio della P.A. solo dopo l'avvenuto riscatto e per il prezzo erogato.

Un altro punto da chiarire ,che ha particolare riferimento agli Enti locali, e' quello di considerare se il leasing puo' costituire un mezzo per il superamento dei

limiti di indebitamento posti dalle norme di contabilità pubblica.

Nella relazione della Corte dei Conti sui risultati dell'esame della gestione finanziaria e dell'attività degli Enti locali per l'esercizio finanziario 1986 si legge che " fino a quando il leasing sarà considerata operazione di cassa corrente, la relativa spesa non concorrerà al raggiungimento dei limiti quantitativi imposti agli Enti locali territoriali per il ricorso all'indebitamento". Il leasing si presterebbe pertanto ad essere utilizzato come mezzo di acquisizione di finanziamenti aggiuntivi, la cui scelta deve essere però "economicamente" giustificata in un confronto di convenienza con il costo di operazioni di mutui con altri Istituti di credito privati, qualora non possano essere accesi mutui con la Cassa Depositi e Prestiti. Tuttavia, operativamente, sostiene la Corte, è difficile l'ipotizzazione di spazi sufficienti per addivenire ad operazioni di leasing, tenuto conto che la spesa corrente degli Enti locali è estremamente rigida.

I PIU' RECENTI ORIENTAMENTI DOTTRINARI.

La piu' recente dottrina ha espresso dubbi di legittimita' sul ricorso al contratto di leasing da parte della P.A. In particolare il Torregrossa ha sottolineato che il canone di locazione comprende non solo il godimento del bene ma anche una parte del valore dello stesso, che con l'obsolescenza si trasforma in ricchezza per l'impresa. Pertanto, nel caso in cui locataria finanziaria sia la P.A., alla quale non e' permesso gestire in chiave imprenditoriale le attivita' che sono connesse al perseguimento di fini pubblici, insorgono "profili di inconciliabilita' ontologica con il contratto di leasing, che, essendo rapportabile ad un meccanismo di produzione del profitto, fa perdere ogni carattere di imparzialita' all'attivita' della P.A."

Cio' mette in evidenza un altro rilevante aspetto di inconciliabilita' del contratto stesso con l'attivita' della P.A.: quello della forma di copertura dell'onere finanziario scaturente dal contratto di leasing. Contrariamente a quanto ritiene la parte di dottrina favorevole alla sua applicazione nel campo pubblicistico, il Torregrossa fa osservare che se la P.A. e' in grado di coprire l'onere finanziario dell'opera pubblica, non vi e' motivo per cui dovrebbe fare ricorso a questo mezzo finanziario straordinario, potendo invece adottare gli strumenti tradizionali per la realizzazione dell'opera pubblica quali l'appalto, la concessione di

costruzione o l'acquisizione, anche mediante espropriazione, dell'opera già esistente. Se viceversa non ha disponibilità finanziaria non gli è consentito aggravare una situazione già debitoria.

Così per gli Enti Locali il contratto di leasing deve fare i conti con l'art.1 della legge n.43 del 27 febbraio 1978: non si può in ogni caso, secondo il Torregrossa, prendere in considerazione l'uso di uno strumento contrattuale in grado di far lievitare legittimamente la spesa pubblica. Invece per alcuni autorevoli esponenti dell'altra corrente dottrina, tra questi il Caianiello e il Falcone, il ricorso al leasing da parte degli Enti locali sarebbe giustificato proprio dalla opportunità di "spazzar via tutte le procedure per appalti, sorveglianza ecc.", venendo così a costituire lo strumento per l'acquisto di "un bene che le vigenti norme non consentono di acquisire con il ricorso all'indebitamento, oppure quando abbia esaurito le proprie capacità di indebitamento"...

Nel novero di quelli che propongono il leasing pubblico come strumento snello e privo dei controlli e procedure stabilite per l'esecuzione dell'opera pubblica, si colloca l'orientamento dottrinario che fa capo a Vettori, Barettoni Arleri, De Lise.

Infine, sempre a parere del Torregrossa, esistono sul versante del diritto pubblico altri interrogativi quali se sia definibile un'opera pubblica quella la cui appartenenza alla P.A. sia incerta. Infatti l'opzione di acquisto e

elemento essenziale alla struttura del contratto di leasing, per cui fino a tale momento l'opera pubblica appartiene alla società di leasing. "L'incertezza della titolarità del bene locato - aggiunge il Torregrossa - non permette neppure di inserire il leasing in quel noto filone evolutivo che propone di considerare opere pubbliche anche quelle opere che, pur non appartenendo allo Stato o ad un ente pubblico, tuttavia, tali devono considerarsi perché soddisfano esigenze di pubblica utilità".

In conclusione, il Torregrossa non ritiene applicabile alla P.A. il contratto di leasing, tranne che nella sola forma prevista dalla legge n.183/1976, quella cioè del leasing promozionale o agevolato.

In chiave ricostruttiva il Torregrossa propone di realizzare la collaborazione tra il settore finanziario e il settore delle costruzioni mediante l'istituto della "concessione", recentemente rilanciato dalla legge n.80 del 17 febbraio 1987.

Infatti, questa legge, concernente norme straordinarie per l'accelerazione dell'esecuzione di opere pubbliche, pone, a suo avviso, in una luce diversa tutte le problematiche del leasing. "La tipizzazione di questa forma di collaborazione non può non rivestire un significato preclusivo nei confronti di altre pur comparabili forme di collaborazione tra privato e P.A., e particolarmente nei confronti del leasing, in cui la posizione della P.A. appare contrapposta a quella che assume nella concessione, specie se comprende l'esercizio e

la manutenzione". In quest'ultima, infatti, pur rivestendo il privato il ruolo di supplente dei poteri pubblicistici della P.A., questa non perde il controllo e la vigilanza sulla esecuzione dell'opera di cui e' proprietaria sin dall'inizio. "La legge recentemente approvata, postulando una estensione dell'istituto della concessione di costruzione, consente di risolvere anche il problema dell'utilizzazione del risparmio per la costruzione di opere pubbliche" dando cosi' l'opportunita' di addivenire al pagamento differito, ex lege n.1137 del 1929, dell'importo della costruzione.

Su questa linea si inserisce anche il pensiero del Varrone che vede nella concessione di sola costruzione - unitamente a quella di esercizio e manutenzione - l'unica valida alternativa al contratto di appalto di opera pubblica. Il leasing non sarebbe quindi ammissibile per la realizzazione di opere pubbliche, in quanto "piu' l'opera pubblica e' complessa, tanto piu' i criteri per valutare l'idoneita' imprenditoriale di chi deve realizzarla presuppongono specifiche e puntuali scelte anzitutto in sede legislativa". Non si puo' quindi trapiantare il contratto di leasing nel corpus della normativa concernente le opere pubbliche, senza che siano stati preventivamente individuati e disciplinati gli istituti che garantiscano la trasparenza necessaria al soddisfacimento degli interessi della collettivita'. Un esempio, sempre secondo Varrone, puo' essere costituito dalla applicabilita' o meno della disciplina contenuta nell'articolo 1526 c.c., in

riferimento al quale, al rischio ridotto di insolvenza della P.A., corrisponderebbe un minore canone da pattuire. Di conseguenza l'interesse delle società finanziarie per questo tipo di investimento potrebbe notevolmente diminuire.