

AUTONOMIA CONTRATTUALE E FINANZIAMENTO PRIVATO.
PRELIMINARE TRASCritto, VENDITA CON RISERVA DELLA PROPRIETÀ, VENDITA
CON PATTO DI RISCATTO, PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO*

di ALESSANDRO TORRONI

* Relazione svolta al Convegno “Le vicende del patrimonio immobiliare in tempo di crisi” organizzato dalla Scuola di Notariato di Bologna “Rolandino Passaggeri” il 18 giugno 2015 a Bologna, Convento di San Domenico.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il preliminare di vendita con la consegna anticipata del bene. – 3. La garanzia per vizi occulti. – 4. La trascrizione del contratto preliminare. – 4.1. Durata massima degli effetti della trascrizione del contratto preliminare... – 4.2. Segue: e del *rent to buy*. – 5. La sentenza sostitutiva del mancato consenso del venditore. – 5.1. Menzioni edilizie e sentenza traslativa. – 6. Il privilegio speciale immobiliare. – 7. Il divieto di cui all’art. 8 del decreto legislativo n. 122/2005. – 7.1. Segue: nel *rent to buy*. – 7.2. Formalità pregiudizievoli ed esecuzione in forma specifica del contratto preliminare. – 8. Il fallimento del promittente venditore nel contratto preliminare trascritto... – 8.1. Segue: e del concedente nel *rent to buy*. – 9. La vendita con riserva della proprietà. – 9.1. La natura giudica del contratto e le posizioni soggettive delle due parti. – 9.2. Le norme a protezione del compratore inadempiente nella vendita con riserva di proprietà... – 9.3. Segue: e nel *rent to buy*. – 10. La condizione sospensiva di adempimento: differenze rispetto alla vendita con riserva di proprietà. – 11. La vendita con patto di riscatto. – 12. Il meccanismo del riscatto. – 12.1. La condizione risolutiva potestativa. – 12.2. Il riscatto come potere di risolvere la precedente vendita. – 12.3. Il riscatto come contro-trasferimento. – 13. La cedibilità del patto di riscatto. – 14. Il divieto di patto commissorio. – 14.1. Il patto marciano. – 15. Il prestito vitalizio ipotecario. – 16. Conclusione.

1. Premessa.

La crisi economico-finanziaria che - partita dagli USA nel settembre 2008 con il fallimento della banca d'affari *Lehman Brothers*, ha contagiato come un virus molto aggressivo anche l’Europa ed in particolare l’Italia, il cui sistema economico è particolarmente vulnerabile a causa del forte indebitamento pubblico - ha portato ad una stretta del sistema bancario-creditizio e ad una paralisi del mercato immobiliare.

Storicamente le crisi economiche sono spesso l’occasione per ideare nuove figure contrattuali¹ e, anche in questa difficile congiuntura, gli operatori del diritto hanno tentato di rispolverare e adattare ai tempi attuali istituti giuridici studiati in teoria ma poco utilizzati dalla prassi. Si tratta di istituti diversi tra loro ma accomunati dalla possibilità di *realizzare una forma di finanziamento privato*, in maniera da *bypassare* oppure rinviare il finanziamento bancario che tarda ad arrivare.

Mi riferisco a) al contratto preliminare trascritto nei registri immobiliari con anticipata immissione del promissario acquirente nel godimento dell’immobile; b) al contratto di vendita con riserva della proprietà; c) al contratto di vendita con patto di riscatto.

Le prime due figure considerate possono essere utilizzate per il caso, non infrequente, in cui il potenziale acquirente di un’abitazione non disponga della somma sufficiente per pagare il prezzo della vendita, non essendo riuscito ad ottenere un finanziamento bancario pari all’intero valore dell’immobile, ma sia in grado di corrispondere una somma periodica al proprietario dell’immobile.

¹ Cfr. A Fusaro, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislative e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. e impr.*, 2014, 2.

Il proprietario è mosso dall'esigenza di concludere velocemente un accordo finalizzato alla vendita a credito dell'immobile, assistito dalla garanzia della proprietà dell'immobile che verrà trasferita all'acquirente solamente quando il prezzo sarà stato interamente pagato.

Il potenziale acquirente desidera disporre da subito dell'abitazione a fronte del pagamento di un canone periodico che può essere qualificato, a seconda della volontà delle parti, in varia misura, come corrispettivo del godimento o come corrispettivo dell'acquisto dell'immobile.

Costituiscono elementi essenziali dell'accordo: la consegna immediata del godimento dell'immobile e l'obbligo di corrispondere al proprietario un canone periodico da imputare, in tutto o in parte, al prezzo della vendita.

Partendo da questi elementi centrali comuni alle due fattispecie del preliminare trascritto con anticipata immissione del promissario acquirente nel godimento dell'immobile e della vendita con riserva della proprietà, lo schema contrattuale ed il meccanismo acquisitivo si differenzia nelle diverse figure contrattuali.

Il contratto preliminare trascritto non è autosufficiente rispetto al trasferimento della proprietà dell'immobile, in quanto determina solamente l'obbligo per le parti di prestare il consenso alla successiva stipula del contratto definitivo di compravendita, però garantisce alle parti la tranquillità di prenotare, fin dalla trascrizione del contratto preliminare, gli effetti del futuro trasferimento immobiliare evitando che eventuali trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli contro il promittente venditore siano opponibili al promissario acquirente. Il promittente venditore rimane proprietario dell'immobile e presterà il consenso al trasferimento dello stesso contestualmente all'integrale saldo del prezzo. Da questo punto di vista, il contratto definitivo realizza plasticamente la funzione definita in dottrina di *controllo delle sopravvenienze*².

La vendita con patto di riservato dominio è autosufficiente rispetto al trasferimento dell'immobile in quanto non richiede alcuna ulteriore successiva manifestazione di volontà negoziale delle parti rispetto al primo consenso prestato, e consente al proprietario di mantenere la proprietà dell'immobile finché non è stato pagato integralmente il prezzo. L'eventuale atto di quietanza con cui il venditore riconosca l'avvenuto integrale pagamento del prezzo e l'acquisto della proprietà da parte dell'acquirente ha natura di negozio di accertamento del trasferimento della proprietà, già avvenuto in forza dell'accordo originario e del successivo avveramento della condizione sospensiva costituita dal saldo del prezzo.

La vendita con riserva della proprietà comporta *il trasferimento sull'acquirente, fin dal momento della consegna del bene, dei rischi connessi alla proprietà della cosa* (art. 1523 c.c.). L'acquirente, pur non essendo proprietario della cosa, ma titolare di un diritto reale di godimento atipico, ne risponde a tutti gli effetti come se ne fosse proprietario.

La vendita con patto di riscatto può essere impiegata come forma di finanziamento privato dal proprietario dell'immobile che, spinto dalla necessità di reperire risorse economiche, vende l'immobile e contestualmente si riserva la facoltà di "riavere la proprietà della cosa venduta", entro il termine massimo di cinque anni, dietro il rimborso del prezzo, delle spese e imposte pagate dall'acquirente in occasione della vendita, delle spese per le riparazioni necessarie e per quelle che hanno aumentato il valore della cosa (art. 1502 c.c.).

Entrambe le figure considerate, vendita con riserva di proprietà e vendita con patto di riscatto, sono accomunate da due elementi costitutivi:

i) *la funzione di finanziamento*, nel primo caso del compratore che acquista il bene a credito con la dilazione nel pagamento del prezzo e nel secondo caso del venditore che realizza il valore di

² Chi stipula il definitivo non riproduce la stessa volontà del preliminare ma una nuova volontà basata sul controllo dei fatti sopravvenuti, vale a dire di quei fatti che avrebbero inciso sul regolamento negoziale qualora questo fosse stato introdotto in via definitiva (G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 152 ss.). Una riprova testuale della funzione del consenso definitivo quale controllo delle sopravvenienze si ritrova nell'art. 1822 c.c. in base al quale «Chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie».

scambio del suo bene, con l'intenzione di ritornare proprietario dello stesso, entro un breve termine, restituendo al compratore il prezzo pagato e gli accessori;

ii) *la funzione di garanzia del bene* a favore nel primo caso del venditore-creditore del prezzo della vendita e nel secondo caso dell'acquirente che ha erogato il finanziamento privato tramite l'acquisto del bene e la soggezione al riscatto del venditore.

In entrambe le figure contrattuali la parte che potremmo definire "finanziata" si trova in una posizione di debolezza contrattuale che potrebbe portare ad abusi da parte del soggetto più forte; la disciplina codicistica è ispirata dall'esigenza di garantire una tutela alla parte "debole" del rapporto ed evitare odiosi approfittamenti dell'altra parte a suo danno.

Nel corso del presente lavoro procederò nell'esame delle citate figure contrattuali tradizionali in una doppia prospettiva: da una parte, tenendo sullo sfondo la nuova disciplina dei *contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*³ e, dall'altra parte, cercando di individuare le opportunità offerte dalle più recenti interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali in tema di *par condicio creditorum*.

2. Il preliminare di vendita con la consegna anticipata del bene.

Lo strumento tradizionalmente utilizzato per realizzare la vendita a credito è il contratto preliminare trascritto nei registri immobiliari con diretta immissione del promissario acquirente nel godimento dell'immobile e previsione dell'obbligo per lo stesso di effettuare il pagamento di acconti sul prezzo della compravendita.

Esaminiamo gli aspetti di disciplina che rendono interessante tale figura contrattuale.

3. La garanzia per vizi occulti.

Un problema ampiamente dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza ha riguardato la possibilità per il promissario acquirente immesso anticipatamente nella detenzione del bene di far valere, già in sede di giudizio di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, *la garanzia stabilita dagli articoli 1489 e 1490, per limitazioni al godimento del bene o per eventuali vizi occulti, scoperti dopo la conclusione del contratto preliminare*.

Secondo un risalente orientamento giurisprudenziale, il promissario acquirente, destinatario della consegna anticipata del bene, non poteva, in sede di esecuzione *ex art. 2932 c.c.*, ottenere il trasferimento a prezzo ridotto del bene promesso viziato né pretendere l'esatto adempimento con l'eliminazione del vizio o difetto⁴. La ragione principale di tale orientamento era il principio c.d. di *intangibilità del preliminare* che imponeva al giudice, adito *ex art. 2932 c.c.*, di non modificare l'assetto di interessi programmato dalle parti al momento della stipula dell'accordo preliminare. Si affermava, in altri termini, che la sentenza *ex art. 2932 c.c.* aveva la sola funzione di "sostituire" il consenso della parte obbligata che si rifiutasse di stipulare il contratto definitivo e non poteva modificare i termini dell'accordo consacrato nel preliminare, in particolare non poteva modificare il sinallagma contrattuale tra le diverse prestazioni. In sostanza, a fronte di un bene promesso in vendita che, successivamente, risultava essere viziato, il promissario acquirente aveva una sola scelta che lo lasciava comunque insoddisfatto: poteva stipulare il contratto definitivo allo stesso prezzo pattuito, pur in presenza di vizi che ne riducevano il valore, oppure chiedere la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c. e la conseguente tutela risarcitoria⁵. E' evidente che tale orientamento giurisprudenziale accordava un indubbio vantaggio al promittente venditore consentendo allo stesso di lucrare un valore superiore a quello effettivo del bene, in presenza di vizi

³ Disciplina approvata dall'art. 23 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164.

⁴ Cfr. Cass., 30 dicembre 1968, n. 4081, in *Foro it.*, 1969, I, 1203.

⁵ Cfr. F. Caringella, *Studi di diritto civile*, tomo II, Milano, 2005, 1165.

dello stesso, specialmente se il promissario acquirente avesse comunque la necessità di proseguire nell'operazione.

La giurisprudenza più recente ha messo in evidenza come, nel contratto preliminare con la consegna anticipata del bene, vi sia un'obbligazione aggiuntiva del promittente venditore: quella di consegnare la cosa con le caratteristiche pattuite. Il promittente venditore deve essere in grado di realizzare l'effetto traslativo finale perfettamente conforme a quello pattuito nel preliminare anche dal punto di vista qualitativo. Inoltre è stato messo in discussione il dogma dell'intangibilità del preliminare: si è affermato che il rigoroso rispetto della volontà espressa dalle parti in sede di preliminare esige che la sentenza costitutiva si faccia carico anche di risolvere i problemi di equilibrio tra le prestazioni eventualmente sopravvenuti nelle more. Quando la situazione di squilibrio tra le prestazioni è determinata dalla presenza di vizi nel bene, non vi sono ostacoli all'ammissibilità di una pronuncia, accessoria a quella sostitutiva del consenso, che ristabilisca l'equilibrio contrattuale, ad esempio attraverso la riduzione del prezzo. Si è così affermato un orientamento giurisprudenziale favorevole alla possibilità per il promissario acquirente, interessato all'adempimento, pur in presenza di vizi o di pesi sull'immobile, scoperti successivamente al contratto preliminare, di ottenere con la sentenza di esecuzione in forma specifica la riduzione del prezzo⁶.

Se è oramai consolidata, in giurisprudenza, la tesi che ammette possibilità di chiedere la riduzione del prezzo, nell'ambito della domanda di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, più problematica appare la possibilità di chiedere l'eliminazione dei vizi della cosa venduta, trattandosi di un rimedio estraneo alla garanzia per vizi della vendita⁷.

Si può, dunque, concludere che nel contratto preliminare con consegna anticipata del bene il venditore assume, oltre all'obbligazione principale di prestare il consenso per la conclusione del futuro contratto definitivo, un'obbligazione accessoria consistente nel garantire la conformità giuridica e materiale del bene consegnato rispetto all'accordo consacrato nel contratto preliminare, obbligazione il cui inadempimento può essere fatto valere dal promissario acquirente nell'ambito della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo di compravendita.

4. La trascrizione del contratto preliminare.

La trascrizione del contratto preliminare ha una *efficacia prenotativa*, cioè si limita a far retroagire gli effetti della trascrizione del contratto definitivo al momento in cui è stata effettuata la trascrizione del preliminare. Si noti che la formulazione letterale del secondo comma dell'art. 2645-bis "*la trascrizione del contratto definitivo [...] prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare*" ricalca quella dell'art. 2652, n. 2 c.c. relativo alla trascrizione delle domande dirette a ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre che stabilisce "*la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda*".

È stato chiaramente affermato in dottrina che «l'effetto della trascrizione del contratto preliminare ben può dirsi di prenotazione. Prima d'ora, nel sistema pubblicitario del c.c., un'efficacia prenotativa si riconosceva soltanto alla trascrizione di domande giudiziali, e non già a quella di atti di diritto sostanziale: proprio della trascrizione della domanda, in quanto atto iniziale di un procedimento, è infatti di non esplicare effetti di per sé, ma di importare piuttosto retroazione degli effetti dell'atto finale del procedimento stesso o, secondo i casi, della trascrizione di tale atto

⁶ Cfr. Cass. 4478/1976; Cass. n. 3560/1977; Cass., 11 maggio 1983, n. 3263, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1366 ss.; Cass., sezioni unite, 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, 1985, I, 1697, con nota di F. Macario; Cass. 16 luglio 2001, n. 9636; Cass., 23 febbraio 1994, n. 1781, in *Mass. giur. it.*, 1994, in *Riv. not.* 1994, in *Foro it.*, 1994.

⁷ Cfr. Cass., 24 novembre 1994, n. 9991; in dottrina, A. Luminoso, *La vendita*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, 506 s. ed autori citati alla nota 524.

[...] La nuova disciplina [...] ha esteso la funzione prenotativa alla trascrizione del contratto preliminare: eseguita quest'ultima, al promissario dell'alienazione sono inopponibili tutte le trascrizioni o iscrizioni successive contro il promittente, retroagendo fino ad essa la trascrizione del contratto definitivo o della sentenza che ne tiene luogo»⁸.

Si può, quindi, affermare che la trascrizione del contratto preliminare non ha effetti di per sé, non risolve immediatamente un conflitto tra portatori di posizioni incompatibili ma ha, unicamente, il compito di precostituire il grado della trascrizione del contratto definitivo: più precisamente, essa anticipa l'efficacia della trascrizione del contratto definitivo riportandola al momento della trascrizione del preliminare⁹.

Ci si è chiesti in dottrina quale sia la portata dell'effetto prenotativo: se cioè l'effetto valga solamente per gli atti, menzionati negli articoli 2643 e 2645 c.c., che siano esplicitazione dell'autonomia negoziale del disponente, esercitata in direzione incompatibile con l'impegno traslativo contenuto nel preliminare, oppure se la portata dell'effetto sia generale, restando travolte, in forza di esso, anche formalità pubblicitarie fondate su titoli subiti, e non già voluti, dal promittente alienante, come la trascrizione di pignoramenti o sequestri o l'iscrizione di ipoteche giudiziali¹⁰. Qualche dubbio sulla efficacia dell'effetto prenotativo nei confronti del pignoramento trascritto sull'immobile prima della trascrizione del contratto definitivo o della sentenza emessa *ex art. 2932 c.c.* può trarsi dalla mancata modifica dell'art. 2914, n. 1 c.c. in base al quale non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione, sebbene anteriori al pignoramento, le alienazioni di beni immobili che siano state trascritte successivamente al pignoramento. Da un'interpretazione letterale della norma potrebbe affermarsi che il promissario acquirente per rendere opponibile il suo diritto al creditore pignorante ed ai creditori che intervengono nell'esecuzione debba trascrivere anche il contratto definitivo o la sentenza emessa *ex art. 2932 c.c.* prima della trascrizione del pignoramento. La tesi non può essere accolta. In primo luogo, l'art. 2645-bis, nel sancire la prevalenza della trascrizione del contratto definitivo o della sentenza che lo sostituisce sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante, dopo la trascrizione del contratto preliminare, *non fa alcun tipo di distinzione nel novero delle trascrizioni che sono destinate a soccombere dopo la trascrizione del preliminare*. Inoltre, *la funzione della trascrizione del contratto preliminare è proprio quello di far retroagire gli effetti del trasferimento definitivo al momento della trascrizione dell'impegno a trasferire*, per cui tale retroattività opera anche nei confronti della trascrizione del pignoramento¹¹. Si aggiunga inoltre che, come sopra chiarito, la funzione prenotativa della trascrizione del preliminare è modellata sulla trascrizione della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre e non vi possono essere dubbi che l'efficacia della sentenza retroagisca al momento della domanda travolgendo anche la posizione di creditori che abbiano trascritto il loro titolo successivamente alla trascrizione della domanda¹².

4.1. Durata massima degli effetti della trascrizione del contratto preliminare...

⁸ G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 534; cfr., in giurisprudenza, Cass., 14 novembre 2003, n. 17197, in *Notariato*, 2004, 131 ss.

⁹ Cfr. A. Luminoso, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in Luminoso A. e Palermo G., *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, 40.

¹⁰ Gabrielli, *op. cit.*, 535.

¹¹ Cfr. sul punto G. Gabrielli, *op. cit.*, 535 s.

¹² Cfr. A. Luminoso, *Contratto preliminare*, cit., 45 s; *contra* G. Cian, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 384 il quale distingue, ai fini dell'efficacia dell'effetto prenotativo nei confronti delle procedure esecutive individuali, tra domanda di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, che sarebbe destinata a prevalere sul pignoramento trascritto prima del trasferimento definitivo e trascrizione del preliminare che, viceversa, sarebbe destinata a soccombere rispetto al pignoramento trascritto prima del trasferimento definitivo.

La durata massima dell'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare è stabilita in tre anni: entro tale termine deve essere eseguita la trascrizione del contratto di trasferimento dell'immobile oppure della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. Poiché la trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2652, numero 2) c.c.* "prenota" gli effetti della eventuale sentenza che accoglie la domanda, una volta trascritta la domanda stessa, l'efficacia di prenotazione perdura per tutta la durata del processo.

La *ratio* del termine massimo di efficacia della trascrizione consiste nell'evitare che il concedente, tramite un contratto "di comodo", possa sottrarre a tempo indeterminato un suo immobile alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. Si tratta di un termine finale della trascrizione che non incide sul rapporto sottostante, per cui rimangono invariate le obbligazioni delle parti, con l'unica rilevante differenza che il promissario acquirente non godrà più dell'effetto di prenotazione della trascrizione.

Il termine non è disponibile dalle parti, per cui scaduto il termine massimo di efficacia della trascrizione, il conduttore potrà limitarsi a trascrivere nuovamente il contratto con una nuova trascrizione che prenderà un nuovo grado dal momento della sua esecuzione. Si tratterà di una nuova trascrizione e non di una rinnovazione, che consentirebbe di prolungare gli effetti della precedente trascrizione.

Decorso il termine finale di trascrizione del contratto si avrà l'automatica caducazione degli effetti della trascrizione senza che sia necessaria la cancellazione della stessa. Quindi, chi ispeziona i registri immobiliari avrà l'onere di verificare se siano stati trascritti il contratto di trasferimento dell'immobile o la domanda di esecuzione in forma specifica per mantenere l'effetto di prenotazione tipico della trascrizione del preliminare.

Sulla base dell'art. 2668, comma 4, c.c., richiamato dall'art. 23, comma 3 del decreto 133/2014, è possibile, però, la cancellazione della trascrizione del contratto preliminare "quando la cancellazione è debitamente consentita dalle parti interessate".

4.2. Segue: e del *rent to buy*.

La durata massima degli effetti della trascrizione di cui all'art. 2645-*bis* c.c. è stata estesa per i contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili dall'art. 23, comma 3 del decreto legge n. 133/2014 ad *un periodo massimo di dieci anni*.

In considerazione della *ratio* del termine massimo di durata dell'efficacia della trascrizione, si ritiene che *l'estensione di tale durata a dieci anni, prevista dall'art. 23, comma 3 del decreto legge n. 133/2014, non sia applicabile a contratti che non corrispondono esattamente al paradigma normativo stabilito dal legislatore con la nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, ad esempio perché le parti non hanno distinto la quota di canone imputata a godimento da quella imputata a corrispettivo oppure hanno stabilito che il conduttore sia obbligato ad acquistare l'immobile al termine del periodo di godimento, qualificando il diritto del conduttore come obbligo anziché come facoltà¹³.

La trascrizione dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione assolve, inoltre, alla funzione di cui all'art. 2643, n. 8, c.c. in base al quale «*Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione ... 8) i contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni*». La trascrizione dei contratti di locazione ultranovennali serve a rendere opponibili tali contratti ad eventuali aventi causa dal proprietario/locatore, i quali, per effetto della trascrizione, sono tenuti a rispettare il contratto di locazione per tutta la durata convenuta. Per la nuova fattispecie contrattuale, in mancanza di espressa previsione normativa, la trascrizione è necessaria anche se la durata convenuta per il contratto di godimento è inferiore a nove anni.

¹³ Cfr. G. Rizzi, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione*, 1.4, in www.federnotizie.it/tag/rent-to-buy.

La trascrizione dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione assolve, quindi, ad una duplice funzione: da una parte, serve a rendere opponibile il godimento del conduttore ad eventuali aventi causa dal concedente; dall'altra parte, garantisce il conduttore, nella sua veste di titolare del diritto di acquistare l'immobile, contro possibili trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli contro il concedente per il lasso di tempo tra la trascrizione del contratto di godimento in funzione della successiva alienazione e la trascrizione dell'eventuale futuro acquisto del conduttore/acquirente.

5. La sentenza sostitutiva del mancato consenso del venditore.

Dispone l'art. 2932 c.c.: «*Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.*

Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile».

La sentenza di cui all'art. 2932 ha natura costitutiva in quanto “produce gli effetti del contratto non concluso” e rappresenta un caso di applicazione del principio generale, sancito dall'art. 2908 c.c., in base al quale “nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”.

L'art. 23, comma 3, ultimo periodo del decreto legge n. 133/2014 estende ai contratti di godimento in funzione della successiva alienazione il rimedio della sentenza sostitutiva *ex art. 2932 c.c.* Può prospettarsi la seguente ipotesi: il conduttore esercita per iscritto, con lettera raccomandata a.r. inviata al concedente, il diritto di acquistare l'immobile allo stesso concesso in godimento; il proprietario si rifiuta di stipulare il contratto di compravendita alle condizioni pattuite tra le parti; a quel punto il conduttore propone la domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.*, chiedendo al giudice di emettere la sentenza traslativa dell'immobile a favore del conduttore che ha esercitato l'opzione il quale deve, in corso di causa, offrire, nei modi di legge, di eseguire la sua prestazione consistente nel saldo del prezzo convenuto per la vendita. La trascrizione della sentenza di trasferimento dell'immobile si va a saldare con la trascrizione del contratto di concessione in godimento, costituendo esecuzione dello stesso, e quindi prevale sulle trascrizione ed iscrizione eseguite contro il concedente dopo la trascrizione del contratto di concessione in godimento. Nella fattispecie considerata si verifica un “allungamento”, consentito dalla legge, degli effetti della trascrizione del preliminare, pari alla durata del procedimento giudiziale sulla domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

5.1. Menzioni edilizie e sentenza traslativa.

La sentenza traslativa *ex art. 2932 c.c.* sostituisce il mancato consenso delle parti alla stipula del contratto definitivo. Bisogna chiedersi se, rispetto ad eventuali vizi edilizi del fabbricato, vi siano differenze tra la sentenza traslativa ed il consenso negoziale delle parti per il trasferimento dell'immobile.

In dottrina è pacifica la tesi che le disposizioni degli articoli 46 e 30 del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, approvato con D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 - che impongono alla parte alienante l'obbligo, sanzionato con la nullità, di dichiarare nell'atto gli estremi dei titoli edilizi in base ai quali è stata realizzata la costruzione dell'edificio e di allegare all'atto avente ad oggetto terreni il certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal Comune - *non si applichino al contratto preliminare di compravendita in quanto il preliminare produce solamente effetti obbligatori* (obbligo di concludere il contratto definitivo). Infatti l'obbligo di indicare in atto i titoli edilizi che legittimano la costruzione o di allegare il certificato di

destinazione urbanistica agli atti di alienazione dei terreni, sono imposti con esclusivo riferimento ad atti con effetti reali¹⁴.

Più dubbia è l'ammissibilità dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto un diritto reale su un fabbricato ove nello stesso non siano indicati i titoli edilizi che legittimano la costruzione oppure allo stesso non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica che indica lo strumento urbanistico del terreno promesso in vendita.

Secondo autorevole dottrina¹⁵, il contratto preliminare privo degli estremi dei titoli edilizi oppure al quale non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal Comune sarebbe valido ma non sarebbe suscettibile di dare luogo all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo, inadempito, di prestare il consenso alla conclusione del contratto definitivo di compravendita.

Sembra preferibile la tesi che dà alla normativa edilizia di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in relazione alla contrattazione preliminare, un'interpretazione sostanziale e non formalistica.

Se il contratto preliminare ha per oggetto un fabbricato urbanisticamente regolare, è possibile emettere la sentenza sostitutiva del contratto purché gli estremi della concessione edilizia siano prodotti in giudizio eventualmente anche dalla parte promissoria acquirente; se ha per oggetto un edificio abusivo, non sarà possibile emettere la sentenza costitutiva¹⁶.

Si può affermare che, in sede di giudizio teso ad ottenere la sentenza sostitutiva del contratto definitivo non concluso, la necessità del rispetto di dichiarazioni formali imposta nell'atto tra vivi espressione dell'autonomia negoziale, è sostituita da un controllo di tipo sostanziale del giudice il quale deve essere messo in condizione di verificare che l'immobile trasferito sia urbanisticamente regolare, indipendentemente da una dichiarazione formale della parte alienante.

Non necessariamente, però, i titoli edilizi debbono risultare testualmente dal contratto preliminare in quanto il promissario acquirente, è ammesso a fornire in giudizio la documentazione urbanistica dell'immobile, desunta anche *aliunde* rispetto al testo del contratto preliminare, come è confermato dall'art. 47 della legge 28 febbraio 1985, n. 47¹⁷ che riconosce al promissario acquirente di un preliminare con sottoscrizioni autenticate di prendere visione presso gli uffici comunali di qualsiasi documento relativo all'immobile stesso e di ottenere ogni certificazione relativa.

Questa impostazione è stata accolta anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha affermato essere sufficiente, per l'emissione della sentenza di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre avente ad oggetto un edificio, un atto prodotto in giudizio contenente gli estremi della concessione edilizia oppure l'allegazione della domanda di concessione in sanatoria, con gli estremi del versamento delle prime due rate della relativa oblazione¹⁸. La Cassazione a sezioni unite¹⁹ ha ulteriormente precisato che la dichiarazione dell'alienante, prescritta dalla normativa edilizia circa la data della costruzione dell'immobile, può essere resa in giudizio anche dalla parte acquirente. Ciò deriva, secondo la Cassazione, dalla doppia funzione delle dichiarazioni in parola: informativa dell'acquirente e finalizzata a contenere il fenomeno dell'abusivismo edilizio. È coerente con le citate finalità della normativa edilizia consentire all'acquirente, ove sussista di fatto la regolarità edilizia dell'immobile, la possibilità di ottenere una sentenza che tenga luogo del

¹⁴ Cfr. G. Santarcangelo, *Condono edilizio, Formalità e nullità degli atti tra vivi*, Milano, 1991, 352 s.; C.N.N., *La legge 28 febbraio 1984, n. 47. Criteri applicativi*, in *Condono edilizio, Circolari, studi e riflessioni del Notariato*, Milano, 1999, 5 ss.

¹⁵ Cfr. G. Rizzi, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione*, 11, cit.

¹⁶ In senso conforme, G. Santarcangelo, *op. cit.*, 353, C.N.N., *La legge 28 febbraio 1984, n. 47*, cit., 7 s.; A. Zana, *La sentenza ex art. 2932 c.c. tra irregolarità urbanistiche ed esigibilità della controprestazione*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, 44.

¹⁷ Abrogato dall'art. 136 del d.lgs. n. 378/2001 e dall'art. 136 d.lgs. n. 380/2001.

¹⁸ Cass., 22 maggio 2008, n. 13225; Cass., 20 marzo 2006, n. 6162; Cass., 4 gennaio 2002, n. 59; Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199.

¹⁹ Cass., sezioni unite, 11 novembre 2009, n. 23825, con nota di V. Terracina, *Esecuzione in forma specifica di preliminare privo di menzioni urbanistico-edilizie*, in *Immobili e proprietà*, 2010, 211.

contratto non concluso fornendo in giudizio la prova della regolarità edilizia nell'ipotesi in cui il promittente alienante, resosi inadempiente, si rifiuti di produrre i documenti e di rendere la dichiarazione di cui all'art. 40 della legge n. 47/1985 o di cui all'art. 46 del d.p.r. 380/2001. Questa conclusione è avvalorata dalla possibilità, riconosciuta alla parte acquirente dall'art. 40 della legge n. 47/1985, di convalidare l'atto di trasferimento nullo, per mancanza delle menzioni edilizie o dell'allegazione del certificato di destinazione urbanistica, con un successivo atto di conferma posto in essere dalla sola parte acquirente e contenente le menzioni o le allegazioni omesse nel primo atto viziato. Questa ricostruzione evita che il promittente venditore sia lasciato arbitro della possibilità di concludere il contratto definitivo o di emettere la sentenza *ex art. 2932 c.c.*

Per quanto riguarda l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre avente ad oggetto un terreno, si è affermato in giurisprudenza che il certificato di destinazione urbanistica deve essere allegato non già alla promessa di vendita ma al contratto definitivo; in caso di trasferimento della proprietà dell'immobile a mezzo di sentenza che tenga luogo del contratto definitivo, il certificato di destinazione urbanistica deve essere presente al momento in cui venga pronunciata la sentenza²⁰.

Ci si chiede se sia necessaria la dichiarazione di vigenza del certificato prescritta come onere per l'alienante negli atti tra vivi. Qualora l'esecuzione in forma specifica sia promossa dal promissario acquirente, difficilmente il promittente alienante presterà la sua collaborazione e renderà tale dichiarazione. A ben vedere gli effetti della sentenza di trasferimento dell'immobile retroagiscono al momento della domanda (art. 2652, n. 2 c.c.), pertanto sarà sufficiente che il certificato di destinazione urbanistica sia stato rilasciato dopo la notifica dell'atto di citazione perché gli strumenti urbanistici indicati nel certificato siano aggiornati rispetto al trasferimento dell'immobile. Inoltre, rientra nei poteri istruttori del giudice il controllo del contenuto del certificato di destinazione urbanistica e ciò è sufficiente a garantire la "genuinità del certificato", senza la necessità di un'improbabile dichiarazione di vigenza del promittente venditore inadempiente.

6. Il privilegio speciale immobiliare.

Stabilisce l'art. 2775-bis c.c. che *«Nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis, i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.*

Il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'articolo 2825-bis».

Si è visto che la trascrizione del contratto preliminare ha la funzione di garantire al promissario acquirente la possibilità di acquistare l'immobile libero da formalità pregiudizievoli, stante l'efficacia prenotativa della trascrizione e l'inopponibilità all'acquirente di formalità iscritte o trascritte nei registri immobiliari dopo la trascrizione del preliminare. Il privilegio immobiliare opera su un piano diverso: consente al promissario acquirente di soddisfarsi con preferenza sul ricavato della espropriazione dell'immobile, per il caso di inadempimento del promittente venditore e di mancata esecuzione del contratto preliminare. Si può quindi affermare che, *mentre la trascrizione del preliminare si pone in un'ottica di adempimento e corretta esecuzione dello stesso,*

²⁰ Cass., 6 giugno 2006, n. 13221, in *Obbl e Contr.*, 2006, 11, 936, con nota di G. Gennari; cfr. Cass., 9 luglio 1994, n. 6493, in *Vita not.*, 1995, I, 280; Cass., 28 settembre 1994, n. 7893, in *Vita not.*, 1995, I, 837; Cass., 6 agosto 2001, n. 20831, in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, 2, 1079.

il privilegio speciale immobiliare agevola il risarcimento dei danni del promissario acquirente in un'ottica di inadempimento del promittente venditore e di mancata esecuzione del contratto preliminare.

La costituzione del privilegio è subordinata i) all'avvenuta trascrizione del contratto preliminare ed ii) al persistere dell'efficacia della trascrizione nel momento in cui si determina la patologia del contratto preliminare con risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa oppure con la domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento oppure con la trascrizione del pignoramento o con l'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.

Si noti che il termine di durata dell'efficacia prenotativa può subire un consistente "allungamento" in caso di proposizione entro il termine di legge della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di stipulare il contratto definitivo di compravendita, che è equiparata, ai fini della conservazione degli effetti della trascrizione, alla conclusione del contratto definitivo (art. 2645-bis, comma 3, c.c.).

Il privilegio speciale immobiliare a favore del promissario acquirente presenta delle significative differenze rispetto ai privilegi classici previsti dagli articoli 2770-2775 c.c.: mentre gli altri privilegi sono tutti relativi ad interessi pubblici²¹, il privilegio in esame è posto a presidio di un *interesse, pur socialmente rilevante, tuttavia di natura squisitamente privatistica*; inoltre, è l'unico privilegio c.d. *iscrizionale o trascrizionale* previsto dal codice civile, essendo la sua nascita subordinata alla trascrizione del contratto preliminare ineseguito ed alla persistenza degli effetti della trascrizione nel momento della nascita del diritto al risarcimento del danno.

Secondo una ricostruzione dottrinale, la trascrizione del contratto preliminare prenota in capo al promissario acquirente due situazioni sostanziali alternative tra loro: quella disciplinata dall'art. 2643-bis, comma 2 e quella prevista dall'art. 2775-bis in caso di mancata esecuzione del contratto²².

Si è posto il problema del rapporto tra il privilegio speciale immobiliare e le ipoteche precedentemente iscritte contro il promittente venditore. L'art. 2748, comma 2, c.c. dispone che «*I creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente*».

Secondo un primo orientamento interpretativo²³, in mancanza di un'espressa deroga legislativa, il privilegio speciale immobiliare del promissario acquirente sarebbe destinato a prevalere anche sulle ipoteche precedentemente iscritte contro il promittente venditore. È evidente come questa interpretazione porterebbe ad un risultato paradossale: il creditore ipotecario sarebbe pienamente tutelato ove il contratto preliminare abbia esecuzione, essendo opponibile l'ipoteca iscritta a suo favore nei confronti dell'acquirente dell'immobile ipotecato; al contrario, il creditore ipotecario sarebbe destinato a soccombere nel confronto con il promissario acquirente, nel caso di inadempimento del preliminare, poiché il privilegio del promissario acquirente prevarrebbe sull'ipoteca precedentemente iscritta, con il rischio di frustrare la garanzia ipotecaria nella distribuzione della somma ricavata dall'espropriazione immobiliare. Questa ricostruzione favorirebbe, in qualche modo, facili abusi a danno dell'istituto bancario mediante la trascrizione di contratti preliminari "di comodo", successivi al mutuo ipotecario, finalizzati a vanificare l'efficacia dell'ipoteca nell'esecuzione immobiliare, proprio sfruttando la prevalenza del privilegio del promissario acquirente in sede di riparto.

²¹ Ad esempio, crediti per le spese di giustizia fatte per atti conservativi o di espropriazione (art. 2770); crediti per imposte sui redditi immobiliari (art. 2771); crediti per tributi indiretti (art. 2772); crediti per i contributi di bonifica o di miglioramento (art. 2775).

²² Miccolis, *Profili processuali della trascrizione del preliminare*, in Carrabba (a cura di), *La trascrizione del contratto preliminare*, Napoli, 1998, 96, 126.

²³ Cass., 14 novembre 2003, n. 17197, in *Riv. not.*, 2004, 534; in *Riv. dir. civ.*, 2004, 793; Trib. Genova 25 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2001, 656; in *Banca borsa*, 2001, II, 191; in *Fall.*, 2001, 1354; Trib. Reggio Emilia, 18 novembre 2002, in *Fall.*, 2003, 1321; Trib. Lucca, 23 novembre 2002, in *Arch. Civ.*, 2003, 416.

Sulla questione si sono pronunciate le sezioni unite della Corte di Cassazione²⁴ le quali hanno evidenziato come, ai sensi dell'art. 2748 c.c., i creditori muniti di privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari "se la legge non dispone diversamente". La deroga non deve essere necessariamente contenuta in un esplicito precetto ma può o deve essere individuata attraverso la lettura e l'interpretazione normativa che tenda all'armonioso coordinamento dello specifico istituto con l'intero sistema. Espresse norme derogatrici alla regola dell'art. 2748 c.c., comma 2 sono rinvenibili negli articoli 2772, comma 4 e 2774, comma 2: il privilegio che assiste i crediti dello Stato per tributi indiretti o per canoni di concessione di acque non si può esercitare in pregiudizio di diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili. Tale deroga è ispirata alla regola della prevalenza in base alla data di trascrizione o iscrizione. Nel caso in esame manca una deroga espressa al precetto stabilito dall'art. 2748, comma 2, prima parte ma il quadro normativo di riferimento, secondo le sezioni unite della Cassazione, consente di individuare nel sistema una deroga implicita che determinerebbe la prevalenza delle ipoteche anteriormente iscritte sul privilegio immobiliare derivante dalla mancata esecuzione di un contratto preliminare trascritto successivamente²⁵.

Le sezioni unite della Cassazione hanno emesso il seguente principio: «*il privilegio speciale sul bene immobile che assiste (ai sensi dell'art. 2775 bis c.c.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 c.c.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dall'art. 2748 c.c., comma 2, e soggiace agli ordinari principi in tema i pubblicità degli atti*».

L'art. 23, comma 3 del decreto 133/2014 rinvia all'art. 2775-bis c.c. al fine di recepire, nella disciplina dei nuovi contratti di godimento in funzione della successiva alienazione, *il privilegio speciale sull'immobile* previsto a favore del promissario acquirente per il caso di inadempimento del contratto preliminare trascritto.

7. Il divieto di cui all'art. 8 del decreto legislativo n. 122/2005.

L'art. 8 del decreto legislativo n. 122/2005 *fa divieto al notaio di ricevere un atto di trasferimento di un immobile da costruire, o comunque non ancora ultimato*, posto in essere da un'impresa di costruzione oppure da un'impresa che ha eseguito un intervento edilizio sullo stesso, se prima dell'atto di trasferimento, oppure contestualmente allo stesso, non è stato ottenuto il consenso necessario per la cancellazione delle ipoteche e dei pignoramenti gravanti l'immobile

²⁴ Cass., sezioni unite, 1° ottobre 2009, n. 21045; in senso conforme, Cass., 27 novembre 2012, n. 20974; Cass. 9 gennaio 2013, n. 341, in *Fall*, 2013, 4, 412, con nota di V. Cederle, *Fallimento del promittente venditore e conflitto del privilegio ex art. 2775 bis c.c. con l'ipoteca anteriormente iscritta*.

²⁵ Il privilegio in esame non si ricollega alla causa del credito, come prescrive la prima parte dell'art. 2745 c.c., ma la sua costituzione necessariamente presuppone la trascrizione del contratto preliminare, rientrando, dunque, nella categoria dei privilegi la cui costituzione è subordinata ad una particolare forma di pubblicità, come consentito dall'art. 2745, seconda parte. Inoltre, assiste il credito a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati nel momento della patologia del contratto preliminare. Per questo tipo di privilegi non vige la regola della prevalenza dei privilegi sulle ipoteche bensì quella del *prior tempore potior in jure* che pervade di sé l'intero sistema della pubblicità, per cui l'ipoteca iscritta prima della costituzione del privilegio deve prevalere su questo.

Inoltre, la prevalenza del privilegio sulle ipoteche anteriormente iscritte determinerebbe un circolo vizioso nell'ordine delle cause di prelazione, stabilito dall'art. 2780 c.c., in base al quale il privilegio del promissario acquirente è collocato al n. 5-bis) dopo i crediti dello Stato per le concessioni di acque, indicati dall'art. 2774, posti al n. 3) ed i crediti per i tributi indiretti, indicati dall'art. 2772, posti al n. 4). Ora, si è visto in precedenza che il privilegio che assiste i crediti dello Stato per tributi indiretti o per canoni di concessione di acque non si può esercitare in pregiudizio di diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili. Se il privilegio del promissario, ultimo nell'ordine di graduazione dei privilegi di cui all'art. 2780, prevalesse sulle ipoteche anteriori, sarebbe impossibile stabilire l'ordine delle cause di prelazione in caso di concorso dei privilegi di cui agli art. 2772 e 2774 con quello di cui all'art. 2775-bis, e con ipoteche anteriori.

oppure se non si è formato un titolo per il frazionamento dell'ipoteca in quote, nel caso l'acquirente intenda accollarsi una quota del mutuo garantito dall'immobile. La norma fa riferimento esclusivamente alle ipoteche ed ai pignoramenti ma sembra doversi estendere, per *eadem ratio*, anche a formalità potenzialmente in grado di provocare l'evizione del bene a carico dell'acquirente come il sequestro conservativo ed il sequestro giudiziario. Al contrario, per le formalità meno invasive, come ad esempio, le domande giudiziali, non si applicherà il divieto di stipula per il notaio ma solamente l'obbligo per l'alienante di attivarsi per ottenere la cancellazione della formalità pregiudizievole (cfr. art. 6, lett. h), d.lgs. n. 122/2005)²⁶.

Il divieto sancito dall'art. 8 del decreto legislativo n. 122/2005, secondo l'interpretazione più coerente con l'intero impianto normativo del citato decreto, va applicato solamente a quelle fattispecie concrete che presentano i requisiti soggettivi ed oggettivi delle vendite di immobili da costruire stabiliti dall'art. 1 del citato decreto. Quindi deve trattarsi: i) di vendita posta in essere dall'*impresa che ha costruito l'immobile oppure ha realizzato sullo stesso un intervento edilizio rilevante* (ristrutturazione edilizia, restauro o risanamento conservativo); ii) di *immobile dedotto in contratto in corso di costruzione* per il quale non è possibile presentare in Comune la dichiarazione di fine lavori e la richiesta di rilascio del certificato di agibilità.

Se è evidente che la normativa di cui al citato decreto si applica nel caso vendita differita avente ad oggetto un immobile in costruzione, più dubbia è l'ipotesi del contratto di trasferimento, con effetto immediato, posto in essere da un'impresa di costruzioni avente ad oggetto un immobile terminato, per il quale è già stata richiesta in Comune l'agibilità, quando il consenso delle parti si è formato, eventualmente anche con la sottoscrizione di un contratto preliminare, durante la fase di costruzione dell'immobile.

Secondo una tesi «una volta che l'immobile sia ultimato, e si addivenga alla conclusione del contratto definitivo, la precedente contrattazione preliminare perde ogni rilevanza, ivi compresa la preesistente, e non più attuale, posizione di debolezza contrattuale dell'acquirente... Fermi restando, quindi, gli inevitabili dubbi nascenti dall'imperfetta formulazione della legge, sembra che l'art. 8 in esame possa ragionevolmente riguardare solo i contratti con effetti reali differiti, aventi ad oggetto "immobili da costruire", stipulati tra "costruttore" ed "acquirente", come definiti dalla legge n. 210/2004, essendo questa l'unica interpretazione idonea ad evitare la censura di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, coerente nel contempo con le altre interpretazioni del decreto legislativo»²⁷.

Un'altra impostazione estende il divieto dell'art. 8 anche alle ipotesi di vendita da parte dell'impresa costruttrice di immobile ultimato. Si è affermato che «sembra che sia ragionevole dare la tutela dell'art. 8 all'acquirente, immediato, di costruzione ultimata o non che corre il pericolo, diversamente, di farsi garantire una futura cancellazione di ipoteca che magari non vi sarà, per l'indebitamento del costruttore, ed escluderla invece nella cessione fra privati; ciò perché i pericoli di indebitamento sono sostenuti solo se vi è attività d'impresa»²⁸.

Sembra preferibile, in quanto più coerente con i presupposti applicativi del decreto stabiliti all'art. 1 dello stesso, una terza tesi, intermedia, secondo la quale il divieto trova applicazione anche nell'ipotesi di alienazione dell'immobile ultimato da parte del costruttore tutte le volte in cui l'accordo delle parti si sia formato quando l'immobile era ancora in costruzione, ad esempio con la conclusione di un contratto preliminare di compravendita²⁹. Nella prassi è abbastanza evidente se

²⁶ Cfr. Carrabba, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e tutela dei consumatori: il "divieto" di cui all'art. 8 d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Notariato*, 2006, 473 s.; G. Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Ipsoa, 2005, 318.

²⁷ G. Petrelli, *Gli acquisti di immobili*, cit., 313 s.

²⁸ G. Baralis, *L'art. 8 D.lgs 122/2005: obblighi e responsabilità notarili*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs. 122/2005 e prospettive*, I quaderni della Fondazione italiana per il Notariato, 2006, 88 ss.

²⁹ G. Rizzi, *Decreto legislativo 122/2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e altre novità legislative*, Studio n. 5813/C del Consiglio Nazionale del Notariato approvato approvato

l'accordo delle parti si è formato quando l'immobile era in corso di costruzione, essendo sufficiente verificare la data del primo acconto corrisposto dall'acquirente con la data di presentazione in Comune della richiesta di agibilità del fabbricato³⁰.

7.1. Segue: nel *rent to buy*.

La disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione, mediante il rinvio all'art. 8 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, effettuato dall'art. 23, comma 4 del decreto 133/2014, *anticipa la tutela stabilita dalla citata norma fin dalla concessione del godimento*.

L'aver anticipato il divieto di cui all'art. 8 del decreto legislativo n. 122/2005 fin dal momento della conclusione del contratto di concessione in godimento, se, da una parte, garantisce una maggiore tutela al conduttore/potenziale acquirente, dall'altra parte, limita molto le potenzialità operative di questo nuovo contratto, visto che difficilmente l'impresa di costruzioni sarà in grado di cancellare l'ipoteca dalla porzione immobiliare concessa in godimento, non ricevendo dal conduttore acconti prezzo consistenti che possano essere idonei a ridurre la sua esposizione debitoria.

È stata proposta la soluzione di prevedere fin dalla concessione in godimento dell'immobile l'accollo, da parte del conduttore, di una quota del mutuo precedentemente frazionato con la relativa quota di ipoteca gravante solamente l'immobile concesso in godimento³¹. Il precedente frazionamento in quote del mutuo e dell'ipoteca, con l'accollo della quota di mutuo frazionata, escluderebbero l'applicazione del divieto di cui all'art. 8. La tesi, per quanto plausibile sotto l'aspetto teorico, appare difficilmente attuabile nella pratica. Si è visto che il conduttore si obbliga a corrispondere un canone imputato in parte al godimento dell'immobile ed in parte a corrispettivo dell'eventuale trasferimento. Quest'ultima parte di canone deve essere restituita dal concedente in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito (art. 23, comma 1-bis). Riterrei che la norma non sia derogabile dall'autonomia delle parti. In altri termini, stabilita la quota di canoni imputata al corrispettivo del trasferimento, quei canoni vanno restituiti al conduttore, nei casi di mancato esercizio del diritto di acquisto. Ciò significa che il conduttore, accollandosi una quota del mutuo frazionato, ha già provveduto, all'atto della concessione in godimento dell'immobile, al pagamento di una parte consistente del prezzo del futuro acquisto, dipendente dall'esercizio eventuale dell'opzione di acquisto e, in caso di mancato esercizio del diritto di acquisto, avrebbe un diritto di credito, nei confronti dell'impresa costruttrice, alla restituzione della parte di corrispettivo già anticipata con l'accollo del mutuo.

7.2. Formalità pregiudizievoli ed esecuzione in forma specifica del contratto preliminare.

Per le cose dette, mentre nel caso del contratto di godimento in funzione della successiva alienazione l'aver anticipato il divieto di cui all'art. 8 d.lgs. n. 122/2005 fin dalla concessione del godimento esclude per legge l'eventualità di una formalità pregiudizievole che impedisca la stipula del contratto definitivo di trasferimento, nel caso del contratto preliminare trascritto può accadere che, all'atto della stipula del contratto definitivo di compravendita, l'immobile risulti gravato da una formalità pregiudizievole che il promittente venditore si sia impegnato a far cancellare a sua cura e

dalla Commissione studi civilistici in data 23 luglio 2005; Id, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione*, 4.1, cit.

³⁰ È noto che, per effetto dell'art. 35, comma 22 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, le parti sono obbligate ad dichiarare nell'atto di trasferimento dell'immobile, con dichiarazione sostitutiva di atto notorio, le modalità di pagamento del corrispettivo, e quindi i numeri degli assegni bancari o circolari o gli estremi dei bonifici con cui è stato effettuato il pagamento.

³¹ G. Rizzi, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione*, 4.2, cit.

spese prima dell'atto di trasferimento dell'immobile ma che lo stesso non collabori per ottenere la cancellazione della formalità pregiudizievole.

In questo caso, stante il divieto di stipula del contratto di trasferimento di cui all'art. 8 d.lgs. n. 122/2005, l'unica forma di tutela per il promissario acquirente consiste nella domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, ai sensi dell'art. 2932 c.c.. Il promissario acquirente, può, proporre domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di prestare il consenso alla conclusione del contratto definitivo di trasferimento, sospendere il pagamento del prezzo e/o non effettuare la formale offerta del prezzo e chiedere al giudice che con la sentenza sostitutiva del contratto non concluso siano fissate condizioni e modalità di versamento idonee ad assicurare l'acquisto del bene libero da vincoli e tali da garantirlo da eventuale evizione³².

8. Il fallimento del promittente venditore nel contratto preliminare trascritto...

La trascrizione del contratto preliminare assicura al promissario acquirente una doppia tutela per il caso di fallimento del promittente venditore.

Una prima forma di tutela riguarda *la continuazione del rapporto contrattuale nonostante il fallimento del promittente venditore*.

Secondo i principi generali, in caso di fallimento di una parte di un contratto non ancora compiutamente eseguito da entrambe le parti, il curatore fallimentare con l'autorizzazione del comitato dei creditori, ha il potere di decidere se subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo (art. 72, comma 1, regio decreto 16 marzo 1942, n. 267). Tale potere del curatore fallimentare di sciogliersi dal contratto non si applica al contratto preliminare di vendita trascritto, ai sensi dell'art. 2645-bis c.c., avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente (art. 72, comma 8, regio decreto n. 267/1942).

Una seconda forma di tutela contrattuale riguarda *l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare*.

Ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lettera c), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, non sono soggetti all'azione revocatoria «c) *le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio*».

L'esenzione dalla revocatoria fallimentare richiede dei requisiti specifici: i) che per la vendita sia stato pattuito un *giusto prezzo*; ii) che il contratto abbia ad oggetto *un immobile ad uso abitativo ovvero un immobile non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente*; iii) che l'immobile sia *adibito ad abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado* oppure che *l'attività d'impresa sia effettivamente esercitata nell'immobile ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio*.

Quanto al requisito del giusto prezzo, lo stesso è stato inserito per la prima volta nel nostro ordinamento dal decreto legislativo n. 122/2010 il cui art. 10 ha stabilito che la giustezza del prezzo debba essere valutata alla data della stipula del preliminare. La soluzione risponde ad evidenti criteri di ragionevolezza, perché in quel momento si perfeziona l'accordo sul prezzo e si effettua la valutazione della convenienza dell'affare, con la conseguenza che la disposizione dell'art. 10

³² Cass., 23 settembre 2004, n. 19135; Cass., 24 novembre 1997, n. 11709.

dovrebbe essere utilizzata come criterio interpretativo per chiarire la portata dell'art. 67 legge fallimentare³³.

La destinazione ad abitazione principale costituisce una circostanza di fatto consistente nella destinazione dell'immobile a dimora abituale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado. Il concetto di abitazione principale coincide, sostanzialmente, con quello di residenza che si ricava dall'art. 43, comma 2 c.c.: *“la residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale”*. Trattandosi di una circostanza di fatto, può essere provata non solo con un certificato anagrafico rilasciato dal Comune ma anche con altri elementi di prova idonei, quali le denunce ai fini della fornitura di gas, trasporto di rifiuti solidi urbani o l'esibizione di uno stato di famiglia, come recentemente riconosciuto dalla giurisprudenza tributaria e dalla stessa prassi ministeriale³⁴.

8.1. Segue: e del concedente nel *rent to buy*.

L'art. 23, comma 6 del decreto 133/2014 prevede una tutela del conduttore anche per il caso di fallimento del concedente. In base a tale norma *«In caso di fallimento del concedente il contratto prosegue, fatta salva l'applicazione dell'art. 67, terzo comma, lettera c), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni»*.

In primo luogo, l'art. 23, comma 6 afferma a chiare lettere che il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione prosegue anche in caso di fallimento del concedente, escludendo il potere del curatore fallimentare di sciogliersi dal contratto, senza prevedere ulteriori condizioni per l'operare della prosecuzione *ex lege* del contratto preliminare.

In secondo luogo, l'art. 23, comma 6 fa salvo quanto disposto dall'art. 67, terzo comma, lettera c), del regio decreto n. 267/1942. In tal modo, la disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione recepisce *in toto* la tutela stabilita per il contratto preliminare trascritto sopra esaminata.

9. La vendita con riserva della proprietà

Elementi essenziali della disciplina della vendita con riserva della proprietà sono *la consegna immediata della cosa al compratore*, che ne acquisterà la proprietà con il pagamento dell'ultima rata, e *l'assunzione da parte dello stesso dei rischi per il perimento ed il deterioramento della cosa fin dal momento della consegna* (art. 1523 c.c.). Si tratta di una deroga ad un principio fondamentale del nostro ordinamento, espresso dal noto brocardo latino *res perit domino* e ricavabile dalla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione di cui all'art. 1465 c.c. Questo principio generale, che comporta *un abbinamento dell'effetto reale con il passaggio del rischio*, soffre due rilevanti eccezioni: i) nella vendita sottoposta a termine iniziale l'acquirente assume il rischio del perimento del bene anche se l'acquisto della proprietà non si è ancora realizzato; ii) nella vendita con riserva di proprietà l'acquirente, pur non essendo ancora proprietario, assume i rischi fin dalla consegna del bene³⁵.

Va valutato, inoltre, il problema *della responsabilità del proprietario dell'edificio per danni causati a terzi* (art. 2053 c.c.), soprattutto nei casi in cui l'acquirente intenda effettuare lavori di ristrutturazione dell'immobile.

³³ Panzani, *i Fallimenti immobiliari*, in *Fallimento online*, citato in S. Paratore, *La nuova revocatoria fallimentare*, G. Giappichelli, Torino, 2006, 161.

³⁴ Commissione Tributaria Provinciale di Treviso, Sentenza n. 136 del 30 dicembre 2005, in *CNN Notizie* del 10 novembre 2006; Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 218/E del 30 maggio 2008.

³⁵ In diritto tedesco i rischi vengono sopportati dal compratore da quando viene effettuata la consegna della cosa. Il collegamento è con la trasmissione del possesso, non con il trasferimento della proprietà: i rischi infatti passano anche se l'effetto traslativo è differito nel tempo o soggetto ad una clausola di riservato dominio. Non è però sufficiente per attribuire il rischio al compratore il trasferimento della sola detenzione. (S. Falchero, in *La vendita*, opera diretta da Callegari e Desana, Bologna, 2014, 102 s.).

La responsabilità del proprietario di edificio o di altra costruzione per i danni cagionati dalla loro rovina è qualificata come un'ipotesi di responsabilità oggettiva in quanto «sono considerati imputabili a chi abbia disponibilità del bene e ne tragga utilità, i rischi connessi al suo intrinseco e connaturato dinamismo o all'insorgenza al suo interno di agenti dannosi, anche provocati da fattori esterni... La responsabilità del proprietario, beninteso, non esclude una concorrente responsabilità *ex art. 2043* dell'impresa di costruzione o di manutenzione: impresa nei confronti della quale, inoltre, il proprietario, se chiamato a risarcire il danno, potrà rivalersi per l'intero provandone la colpa esclusiva. La responsabilità del proprietario resta, comunque, ferma, assumendo la fisionomia di un obbligo legale di garanzia»³⁶.

L'art. 2054, comma 3, c.c., in tema di responsabilità per la circolazione di veicoli, trasferisce sull'acquirente con patto di riservato dominio la responsabilità, in solido con il conducente, per la circolazione del veicolo, in vece del proprietario. Sulla base di questa norma, la dottrina ritiene che nella vendita con riserva della proprietà il venditore sia liberato *ex lege*, fin dalla consegna all'acquirente, della responsabilità conseguente alla proprietà della cosa poiché la facoltà di godimento della cosa esercitabile dal compratore spiega il trapasso dei rischi al medesimo nonché la sua responsabilità civile a norma dell'art. 2054, comma 3, c.c.³⁷.

In caso di fallimento del venditore, i creditori concorsuali non hanno diritto di soddisfarsi sulla cosa, ancorché ancora di proprietà del venditore, poiché, per espressa disposizione normativa, il fallimento del venditore non è causa di scioglimento della vendita a rate con riserva della proprietà (art. 73, comma 2, regio decreto 16 marzo 1942, n. 267).

Se si considerano le esigenze del venditore: individuare con certezza un acquirente dell'immobile, realizzare la vendita a credito, essere garantito al massimo per l'obbligazione di pagamento del prezzo, non continuare a subire i rischi del perimento o deterioramento del bene e la responsabilità civile connessa alla proprietà dell'immobile, la vendita con riserva della proprietà presenta notevoli vantaggi e appare, sotto questi aspetti, più competitiva del contratto preliminare trascritto.

Il venditore è garantito al massimo del buon esito dell'operazione poiché mantiene la proprietà della cosa fino al pagamento del prezzo. L'acquirente non ha più bisogno di alcuna collaborazione del venditore per l'acquisto della proprietà che dipende esclusivamente dall'adempimento della sua obbligazione di integrale pagamento del prezzo.

9.1. La natura giudica del contratto e le posizioni soggettive delle due parti.

Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza la vendita con riserva di proprietà sarebbe soggetta ad una *condizione sospensiva costituita dal pagamento integrale del prezzo* al cui avveramento sarebbe subordinata l'efficacia dell'intero contratto³⁸.

La ricostruzione presta il fianco a diverse critiche: l'acquisto del compratore non ha effetto retroattivo che è caratteristica tipica della condizione; l'effetto sospensivo riguarda solamente il trasferimento della proprietà. Inoltre, il compratore non è titolare di una mera aspettativa di acquisto ma di *un diritto di godimento sul bene con efficacia erga omnes* e di *un'aspettativa reale di acquisto della proprietà, che si converte automaticamente in acquisto al momento del pagamento dell'ultima rata di prezzo*³⁹. Che si tratti di posizione opponibile *erga omnes* è confermato dal trapasso dei rischi della cosa, fin dalla consegna, al compratore *ex art. 1523 c.c.*, della responsabilità civile del compratore, in vece del proprietario, stabilita dall'art. 2054, comma 3, c.c. e dalla

³⁶ F. Caringella, *Studi di diritto civile*, tomo I, Milano, 2005, 293; cfr. Cass., 20 agosto 2003, n. 12219, in *Danno e resp.*, n. 5/2004.

³⁷ A. Luminoso, *La vendita*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, 699.

³⁸ Cass., 12 novembre 1998, n. 11433; Cass., 9 aprile 1999, n. 3415, in *Riv. not.*, 2000, 377.

³⁹ Cfr. A. Luminoso, *La vendita*, cit., 694 ss.; Alcaro, *Vendita con riserva della proprietà*, in *I contratti di vendita* a cura di Valentino, II, Torino, 2007, 752 s.

circostanza che il fallimento del venditore non è causa di scioglimento del contratto, ai sensi dell'art. 73, comma 2, regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

La posizione del venditore è conformata come *diritto di proprietà cui inerisce un vincolo di destinazione a favore del compratore e un conseguente limite di indisponibilità a tutela dell'aspettativa di acquisto di quest'ultimo*⁴⁰. Ne consegue che il venditore, dopo la consegna, esercita un possesso mediato sulla cosa e conserva una proprietà non gravata dai rischi di perimento e deterioramento del bene e dalla responsabilità civile tipica del proprietario della cosa. Deve astenersi da comportamenti che mettano in pericolo la realizzazione dell'effetto traslativo a favore del compratore, in conformità al principio generale in materia di pendenza della condizione in base al quale chi ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte (art. 1358 c.c.).

9.2. Le norme a protezione del compratore inadempiente nella vendita con riserva di proprietà...

La disciplina della vendita con riserva di proprietà stabilisce alcune norme di protezione del compratore per metterlo al riparo da possibili abusi del venditore, stante la situazione di inferiorità economica in cui si trova il compratore.

L'art. 1525 c.c. esclude la risoluzione del contratto, nonostante patto contrario, per il mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo ed esclude la decadenza dal beneficio del termine per il pagamento delle rate successive.

La norma è ispirata dall'esigenza di evitare che una situazione di difficoltà temporanea dell'acquirente possa pregiudicare definitivamente il suo acquisto.

È un'applicazione del principio generale stabilito dall'art. 1455 c.c. in base al quale *«Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra»*. Il legislatore, con una valutazione legale tipica, ha stabilito che il mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo costituisce *inadempimento di scarsa importanza*; al di sopra della soglia stabilita dall'art. 1525 c.c. riprende vigore il potere del giudice di valutare se l'inadempimento del compratore sia tale da rompere il sinallagma contrattuale e consentire, quindi, la risoluzione del contratto.

La disciplina dell'art. 1525 c.c. costituisce, inoltre, un'eccezione al principio fissato dall'art. 1186 c.c. in base al quale il debitore decade dal beneficio del termine di adempimento, anche se posto a suo favore, se sia divenuto insolvente oppure se abbia diminuito, per fatto proprio, le garanzie prestate oppure se non abbia dato le garanzie promesse. Nella vendita a rate, il mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo, non comporta la decadenza dal beneficio del termine per il pagamento delle rate successive.

In caso di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno (art. 1526, comma 1, c.c.). È frequente nella prassi la previsione che le rate pagate dal compratore, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dello stesso, restino acquisite al venditore a titolo di indennità. Al fine di evitare abusi del venditore, è prevista la possibilità di chiedere al giudice di ridurre l'indennità convenuta, valutando le circostanze del caso concreto (art. 1526, comma 2, c.c.). Si tratta di un'applicazione del principio generale in base al quale la clausola penale, che rappresenta una sorta di risarcimento del danno lasciato alla libera determinazione delle parti, può essere ricondotta ad equità dal giudice quando è manifestamente eccessiva, tenuto conto dell'interesse del creditore all'adempimento (art. 1384 c.c.).

9.3. Segue: e nel *rent to buy*.

⁴⁰ Cfr. A. Luminoso, *op e loc. ult. cit.*

L'art. 23, comma 2 del decreto 133/2014, che disciplina i contratti di godimento in funzione della successiva alienazione, stabilisce che non comporta la risoluzione del contratto il mancato pagamento di un numero di canoni inferiore ad un ventesimo del loro importo complessivo. La formulazione della norma presuppone che i canoni siano di uguale importo e stabilisce la soglia di rilevanza dell'inadempimento al mancato pagamento di un ventesimo dei canoni. *Qualora le parti abbiano previsto canoni diversificati, ad esempio di importi crescenti di anno in anno, riterrei che il riferimento ad un ventesimo dei canoni debba intendersi come riferito alla corrispondente frazione dell'importo complessivo dei canoni pattuiti.*

In caso di risoluzione del contratto per *inadempimento del conduttore*, il concedente ha diritto alla restituzione dell'immobile ed acquisisce interamente i canoni a titolo di indennità, se non è stato diversamente convenuto nel contratto (art. 23, comma 5, secondo periodo). La regola, per espressa previsione normativa, è derogabile dall'autonomia privata. La disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore è diversa dalla corrispondente disciplina dettata in tema di vendita con riserva della proprietà⁴¹ dove la regola è la restituzione delle rate riscosse dal venditore, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno, mentre l'acquisizione delle rate riscosse a titolo di indennità è l'eccezione che deriva da una pattuizione dell'autonomia privata. In altri termini, la disciplina dell'art. 23, comma 5, secondo periodo prevede come regola generale una sorta di clausola penale a favore del concedente per il caso d'inadempimento del conduttore, clausola penale che è stata valutata favorevolmente dal legislatore, non essendo prevista la riduzione giudiziale dell'indennità.

10. La condizione sospensiva di adempimento: differenze rispetto alla vendita con riserva di proprietà.

Una soluzione alternativa alla vendita con riserva di proprietà è costituita dalla *vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'adempimento, da parte dell'acquirente, dell'obbligazione di pagamento rateale del prezzo della vendita*. L'acquirente acquisterà la proprietà della cosa nel momento in cui avrà pagato l'intero prezzo, con la conseguenza che il venditore gode di una garanzia reale rispetto al pagamento del prezzo, rimanendo proprietario della cosa finché non si realizzerà la condizione sospensiva dell'adempimento.

Com'è noto, parte della dottrina ha posto in dubbio la validità di tale fattispecie contrattuale sulla base dell'osservazione che il pagamento del prezzo è un elemento fondamentale del contratto e non può essere dedotto in condizione poiché ciò renderebbe l'adempimento dell'obbligazione libero e non coercibile, per cui difetterebbe il vincolo contrattuale e, di conseguenza, la causa stessa del contratto⁴². Inoltre, il venditore sarebbe privato della possibilità di chiedere giudizialmente l'adempimento dell'obbligazione ed il risarcimento del danno conseguente all'inadempimento della controparte.

La dottrina⁴³ e la giurisprudenza⁴⁴ prevalenti ritengono ammissibile la condizione di adempimento. In particolare, è *stato evidenziata la distinzione tra momento programmatico e*

⁴¹ L'art. 1526 c.c. stabilisce «*Se la risoluzione del contratto ha luogo per l'inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno.*

Qualora sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta.

La stessa disposizione si applica nel caso in cui il contratto sia configurato come locazione, e sia convenuto che, al termine di esso, la proprietà della cosa sia acquisita al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti».

⁴² Fusco, *L'adempimento come condizione del contratto*, in *Vita not.*, 1983, II, 304 ss.; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 1973, 199; C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, 544 s.

⁴³ Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 235; Di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 177 ss.; Petrelli, *La condizione elemento essenziale del contratto*, Milano, 2000, 431 ss.;

momento esecutivo del contratto: ciò che verrebbe dedotto in condizione non è l'assunzione dell'obbligazione, che attiene al momento programmatico del contratto ed opera fin dalla conclusione dello stesso, ma il fatto storico dell'adempimento dell'obbligazione da parte del compratore, che attiene al momento esecutivo del contratto, ed ha le caratteristiche di evento futuro ed incerto, proprie della condizione. La conseguenza che il venditore, in caso di inadempimento, non possa agire per ottenere coattivamente il pagamento del prezzo ed il risarcimento del danno, rimanendo il contratto definitivamente inefficace, non significa che il venditore rinunci alla sua tutela ma consegue alla sua scelta di una tutela alternativa, consistente nel mantenimento della proprietà del bene.

La vendita sottoposta alla condizione sospensiva del pagamento del prezzo presenta due differenze fondamentali rispetto alla vendita con riserva della proprietà.

Non opera la traslazione *ex lege* sull'acquirente, per effetto della consegna della cosa, dei rischi di perimento e deterioramento del bene (art. 1523 c.c.) e della responsabilità civile per l'uso della cosa (art. 2054, comma 3, c.c.) ma trovano applicazione i principi generali in materia di rischio (*res perit domino*) e di responsabilità civile. Dispone l'art. 1465, comma 4, c.c. che l'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima che si verifichi la condizione.

Sotto il profilo tributario, essendo il trasferimento soggetto alla condizione sospensiva dell'adempimento dell'acquirente, che non può considerarsi un condizione meramente potestativa, l'atto di compravendita dovrebbe essere soggetto a tassazione in misura fissa, salvo il pagamento dell'imposta proporzionale di registro nel momento in cui si verificherà la condizione, previa denuncia all'agenzia delle entrate dell'avveramento della condizione *ex art. 19 d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131*. Diversamente, la vendita con riserva di proprietà, per espressa disposizione normativa, non si considera sottoposta a condizione sospensiva e sconta fin da subito l'imposta proporzionale di registro (art. 27 d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131)⁴⁵.

Sulla base delle evidenziate differenze di disciplina delle due fattispecie, si è ritenuto in dottrina che le stesse possano essere applicate alternativamente tenendo presenti le reali esigenze delle parti. Quando l'acquirente abbia di mira esclusivamente il conseguimento della proprietà del bene – effetto che si realizza solo al pagamento dell'ultima rata – si è di fronte ad un atto negoziale inquadrabile nello schema della vendita sottoposta a condizione sospensiva, mentre quando l'interesse primario dell'acquirente comprenda anche il conseguimento dell'immediata disponibilità materiale del bene – effetto che si realizza sin dall'inizio – e a fronte di ciò sia tenuto a sopportare il rischio da perimento sin dalla consegna, si tratta di vendita con riserva della proprietà⁴⁶.

In definitiva, sembra che la differenza fondamentale tra le due fattispecie sia l'interesse dell'acquirente a conseguire immediatamente la disponibilità della cosa e l'assunzione dei rischi

Amadio, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, 124 ss.; Bortoluzzi, *Il punto sulla condizione di adempimento*, in *Riv. not.*, 2012, 987 ss.

⁴⁴ Cfr. Cass., 12 luglio 2013, n. 17287; Cass., 13 novembre 2006, n. 24299; Cass., 3 marzo 1997, n. 1842; Cass., 12 ottobre 1993, n. 10074; Cass., 8 agosto 1990, n. 8051.

⁴⁵ Dispone l'art. 27, commi 1, 2, 3 e 4 del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 «1. *Gli atti sottoposti a condizione sospensiva sono registrati con il pagamento dell'imposta in misura fissa.*

2. *Quando la condizione si verifica, o l'atto produce i suoi effetti prima dell'avverarsi di essa, si riscuote la differenza tra l'imposta dovuta secondo le norme vigenti al momento della formazione dell'atto e quella pagata in sede di registrazione.*

3. *Non sono considerati sottoposti a condizione sospensiva le vendite con riserva di proprietà e gli atti sottoposti a condizione che ne fanno dipendere gli effetti dalla mera volontà dell'acquirente o del creditore.*

4. *Gli atti sottoposti a condizione sospensiva che ne fa dipendere gli effetti dalla mera volontà del venditore o dell'obbligato sono soggetti all'imposta in misura fissa.*

⁴⁶ S. Cannizzaro, *Condizione sospensiva di adempimento – applicabilità imposta fissa ex art. 27, comma 1 d.p.r. 131/1986*, quesito tributario n. 763/2014/T, in *CNN Notizie* del 17 marzo 2015; Zecchino, *Vendita condizionata al pagamento del prezzo e vendita con riserva della proprietà*, in *Notariato*, 2001, 477 s.; Rescio, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989, 61.

conseguenti che colora in maniera del tutto peculiare la vendita con riserva di proprietà e la differenza della vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'adempimento del compratore.

11. La vendita con patto di riscatto.

La vendita con patto di riscatto oltre a realizzare la causa tipica della vendita, scambio di cosa con prezzo, mira a realizzare l'interesse del venditore a beneficiare di una sorta di finanziamento tramite l'incasso del prezzo (e dunque per mezzo della commutazione in moneta del valore di scambio dell'oggetto trasferito), ferma restando la possibilità, una volta superata la transitoria situazione di difficoltà economica, di riottenere la cosa restituendo il corrispettivo. È stato osservato che nella esposta situazione il proprietario vende "malvolentieri", giacché il suo interesse prevalente è mirato al finanziamento nella prospettiva del riscatto⁴⁷.

Con questa figura contrattuale il venditore, contestualmente alla vendita, può riservarsi il diritto di "riavere la proprietà della cosa venduta" mediante una sua dichiarazione unilaterale comunicata al compratore e la restituzione al compratore del prezzo, delle spese e imposte pagate dall'acquirente in occasione della vendita, delle spese per le riparazioni necessarie e per quelle che hanno aumentato il valore della cosa (art. 1502 c.c.). Mentre la restituzione del prezzo, delle spese e delle imposte pagate dal compratore per la vendita è una condizione di efficacia della dichiarazione di riscatto, il rimborso delle spese sostenute per le riparazioni non condiziona l'efficacia del riscatto ma consente al compratore il diritto di ritenzione della cosa fino all'avvenuto pagamento da parte del riscattante.

Al fine di garantire il venditore, che è il contraente più debole, ed evitare odiose operazioni usuarie, l'art. 1500, comma 2, c.c. stabilisce che il patto di restituire un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita è nullo per l'eccedenza.

Il patto di riscatto è pienamente opponibile ai terzi: un volta esercitato legittimamente il riscatto, il venditore può ottenere il rilascio della cosa anche dai successivi acquirenti (art. 1504 c.c.) e riprende la cosa esente dai pesi e dalle ipoteche da cui sia stata gravata (art. 1505 c.c.). Unica eccezione all'opponibilità ai terzi è costituita dall'obbligo di rispettare le locazioni fatte senza frode, con atto avente data certa e di durata non superiore a tre anni (art. 1505 c.c.).

Poiché il diritto di riscatto riservatosi dal venditore condiziona pesantemente il valore della proprietà del compratore, stante l'opponibilità *erga omnes* del diritto di riscatto, la legge ha stabilito un termine breve per l'esercizio del riscatto fissato in due anni nella vendita di beni mobili e di cinque nella vendita di beni immobili; il termine è prorogabile e un eventuale termine convenzionale superiore è ridotto *ex lege* al termine legale.

Per conseguire la piena opponibilità ai terzi del riscatto sono necessarie due condizioni.

Nella nota di trascrizione della vendita deve essere menzionato il patto di riscatto, applicandosi per analogia la disciplina della condizione risolutiva dalla quale dipende la successiva inefficacia del contratto (cfr. art. 2659, comma 2, c.c.)⁴⁸.

Per rendere opponibile ai terzi l'avvenuto esercizio del riscatto, la disciplina normativa diverge nettamente rispetto a quella della condizione risolutiva, che va annotata a margine della trascrizione dell'atto con la limitata funzione di garantire la continuità delle trascrizioni. Infatti, il riscattante, per conservare l'opponibilità *erga omnes* dell'esercizio del potere di riscatto, ha l'onere di trascrivere la domanda o dichiarazione di riscatto entro sessanta giorni dalla scadenza del termine convenuto per il riscatto e reso pubblico con la menzione nella nota di trascrizione della vendita con patto di riscatto. La domanda o la dichiarazione di riscatto debbono essere trascritte entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per l'esercizio del riscatto; in mancanza restano salvi i diritti

⁴⁷ P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2007, 406.

⁴⁸ Cfr. G. Capozzi, *Dei singoli contratti*, Milano, 1988, 154; Pugliatti, *La trascrizione immobiliare*, II, Messina, 1946, 7-8.

acquistati dai terzi dopo la scadenza del termine per il riscatto in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda o della dichiarazione (art. 2653, n. 3, c.c.).

Anche sotto il profilo pubblicitario emerge nettamente la differenza tra la condizione risolutiva, che è un evento futuro dal quale dipende l'inefficacia del contratto con pieno effetto retroattivo, rispetto al patto di riscatto in cui il ripristino della situazione giuridica precedente, di cui era titolare il riscattante, deriva da una nuova manifestazione di volontà unilaterale del riscattante stesso, unita ai rimborsi stabiliti dalla legge.

Il patto di riscatto deve essere concluso contestualmente rispetto alla vendita, deve cioè essere l'espressione di un'unica volontà negoziale maturata fin dal momento della stipula della vendita⁴⁹.

12. Il meccanismo del riscatto.

12.1. La condizione risolutiva potestativa.

Secondo la tesi tradizionale, tuttora seguita dalla giurisprudenza, il riscatto avrebbe natura di condizione risolutiva potestativa della vendita⁵⁰. Non si tratterebbe di una condizione meramente potestativa poiché il riscatto è condizionato non solo dalla manifestazione di volontà del riscattante ma anche dall'onere di effettuare le restituzioni previste dalla legge. Per effetto dell'avveramento della condizione risolutiva, la vendita con patto di riscatto diventa inefficace, il venditore ritorna proprietario del bene in forza del suo titolo di acquisto originario e lo riprende libero da pesi ed ipoteche costituiti dal compratore in virtù dell'opponibilità ai terzi del patto di riscatto. Si tratterebbe di un'applicazione del noto brocardo latino *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis* in base al quale la risoluzione del diritto del dante causa travolge anche i diritti acquistati dai suoi aventi causa.

Secondo un'altra impostazione, prevalente in dottrina, il riscatto consiste in una manifestazione unilaterale di volontà del venditore che si è riservato il potere di riscatto, avente natura di diritto potestativo⁵¹.

12.2. Il riscatto come potere di risolvere la precedente vendita.

Nell'ambito della tesi che qualifica il riscatto come diritto potestativo si distinguono diverse opinioni sul meccanismo con cui il venditore "riacquista" il bene per effetto del riscatto.

Secondo una tesi, la dichiarazione di riscatto opera alla stregua di un recesso, eccezionalmente retroattivo, che non comporta una retrovendita, perché il venditore non è avente causa del compratore e il suo titolo di acquisto non è costituito né dal proprio atto di riscatto né dalla compravendita, posta nel nulla dall'esercizio del diritto, ma dal titolo in base al quale il riscattante era proprietario ed ha potuto trasferire il bene, con patto di riscatto⁵².

Un'altra tesi attribuisce al riscatto convenzionale una finalità riappropriativa (onerosa) del diritto venduto con diretta incidenza sul contratto di vendita che perde, con efficacia *ex nunc*, il suo valore giuridico formale di titolo di acquisto del compratore con conseguente ripristino della

⁴⁹ Barbero, *Contestualità del riscatto convenzionale*, in *Temi*, 1949, 241; Carpino, *La vendita, (la vendita con patto di riscatto. La vendita di cose mobili. La vendita di cose immobili. La vendita di eredità)*, in *Tratt di dir. priv. diretto da Rescigno*, 11, Torino, 1984, 264; in giurisprudenza Cass., 25 maggio 1973, n. 1564; Cass., 8 luglio 1980, n. 4254.

⁵⁰ Cass., 3 luglio 1980, n. 4254; Cass., 3 novembre 1979, n. 5705; Cass. 1895/1975.

⁵¹ A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Schlesinger, Milano, 1987, 177; Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1993, 640 ss.

⁵² F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1992, 1035 s.; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 640 ss.; G. Gabrielli, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 94.

posizione in cui il venditore si trovava al momento della conclusione della vendita e ritorno della proprietà nel patrimonio del medesimo in base al titolo di acquisto iniziale⁵³.

Può accadere che il riscatto sia esercitato nei confronti di un terzo che abbia acquistato la cosa dal compratore.

Anche in questa ipotesi l'esercizio del riscatto incide sulla vendita che contiene la relativa riserva, ripristinando nel riscattante l'originaria titolarità della proprietà; in virtù della opponibilità *erga omnes* del patto di riscatto, il diritto acquistato dal terzo si estingue *ex nunc*. Il riscatto non incide sul contratto stipulato tra compratore e terzo ma si verifica una semplice vicenda estintiva della proprietà in capo al terzo come ripercussione riflessa della c.d. realtà degli effetti del riscatto⁵⁴. Il terzo conserva tutte le azioni che derivano dal suo atto di acquisto ed in particolare la garanzia per evizione e le azioni risarcitorie.

La restituzione del prezzo ha doppia funzione, da una parte restitutoria e, dall'altra parte, di equivalente economico del valore della cosa a favore del soggetto che subisce l'evizione per effetto del riscatto.

Nei confronti dell'acquirente la restituzione del prezzo si giustifica con la sua funzione di corrispettivo del trasferimento del diritto, in quanto con l'esercizio del riscatto viene meno la vendita quale titolo di acquisto del diritto del compratore.

La restituzione del prezzo ha anche una diversa funzione di surrogato economico del valore della cosa che spetta al soggetto che effettivamente perde la proprietà per effetto dell'esercizio del riscatto. Questa funzione risulta evidente nei confronti del terzo acquirente, il cui diritto si estingue in via riflessa per effetto del riscatto. Il terzo acquirente ha diritto al valore della cosa anche se, in ipotesi, abbia ricevuto il bene dal compratore per donazione oppure, avendola acquistata a titolo oneroso, sia inadempiente nel pagamento del corrispettivo; inoltre il valore economico della cosa è determinato dal prezzo stabilito nella vendita con patto di riscatto e non dal corrispettivo effettivamente pagato dal terzo al compratore⁵⁵.

12.3. Il riscatto come contro-trasferimento.

Un'altra impostazione sostiene che il riscatto inciderebbe non sul contratto di vendita che contiene il patto di riscatto, con effetti eliminativi della stessa vendita, ma sul rapporto creato dalla vendita facendo retrocedere nella sfera giuridica dell'alienante il diritto trasferito per effetto dell'esercizio del riscatto opponibile ai terzi⁵⁶. Si realizzerebbe un contro-trasferimento la cui causa non è una nuova vendita ma la restaurazione del precedente dominio in capo al riscattante in forza del patto di riscatto aggiunto al contratto di vendita⁵⁷. Si avrebbe – secondo la tesi esposta – la retrocessione del diritto in forza di un nuovo negozio giuridico unilaterale che dà attuazione ad una potestà radicata nel patto accessorio alla compravendita, con la conseguenza che il riscatto darebbe luogo ad un nuovo trasferimento, uguale e contrario a quello originario, traente la propria (iniziale) ragione giustificatrice dallo scambio antecedente⁵⁸.

Sotto l'aspetto pratico, la ricostruzione del riscatto come atto incidente sulla vendita con effetti risolutivi oppure sul rapporto contrattuale come contro-trasferimento, uguale e contrario, comporta notevoli differenze di disciplina.

Se si segue la tesi dell'effetto risolutivo della vendita la dichiarazione negoziale di riscatto non ha effetti traslativi e non è soggetta ai requisiti prescritti dalla legge per gli atti che comportano trasferimenti di diritti reali: dichiarazioni e allegazioni ai sensi degli articoli 30 e 46 del d.p.r. n.

⁵³ A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, cit., 130 ss.; Id, *La vendita*, cit., 712 ss.

⁵⁴ A. Luminoso, *La vendita*, cit., 714.

⁵⁵ A. Luminoso, *La vendita*, cit., 714, nota 78.

⁵⁶ G. Gorla, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1937, 307.

⁵⁷ Per approfondimenti di questa tesi cfr. R. Calvo, *La potestà di riscatto del venditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, 11319.

⁵⁸ R. Calvo, *op e loc. cit.*

380/2001 (allegazione del certificato di destinazione urbanistica, menzione della parte alienante degli estremi dei provvedimenti edilizi); dell'art. 29, comma 1-bis della legge n. 52/1985 (dichiarazione della parte alienante di conformità dei dati catastali e delle planimetrie catastali allo stato di fatto dell'immobile); dell'art. 6, comma 3 del d.lgs. n. 192/2005 (allegazione dell'attestato di prestazione energetica e dichiarazioni richieste alla parte acquirente).

Al contrario, se si aderisce alla tesi per cui la dichiarazione di riscatto produce un nuovo ritrasferimento del diritto, la stessa deve rispettare i requisiti prescritti dalla legge per gli atti traslativi di diritti reali.

13. La cedibilità del patto di riscatto.

L'inquadramento sistematico del meccanismo del riscatto condiziona anche la soluzione del quesito circa la cedibilità del patto di riscatto separatamente dal contratto al quale accede.

Chi aderisce alla tesi secondo la quale il patto di riscatto incide non sul contratto di vendita, comportandone la risoluzione, ma sul rapporto contrattuale come contro-trasferimento, ammette la autonoma cedibilità del diritto potestativo di riscatto come un qualunque diritto di natura patrimoniale, considerando separate la posizione di venditore da quella di titolare del diritto potestativo⁵⁹.

Secondo la tesi prevalente, il potere di riscatto è inscindibilmente connesso alla posizione contrattuale del venditore che viene "ripristinata" per effetto dell'esercizio del riscatto. Per questa ragione è esclusa la possibilità di cedere il diritto di riscatto indipendentemente dal contratto nel quale è inserito ma è consentita solamente la cessione dell'intera posizione contrattuale, in virtù della quale il terzo subentrerà nella stessa situazione giuridica del titolare del riscatto. Si attuerà, in altri termini, un'autentica cessione di contratto che rende necessario anche il consenso del compratore in qualità di contraente ceduto⁶⁰.

Sembra ammissibile anche la previsione iniziale del potere di riscatto in favore di un terzo, in vece del venditore, alle stesse condizioni stabilite dall'art. 1502 c.c.⁶¹.

14. Il divieto di patto commissorio.

Uno degli aspetti più controversi della vendita con patto di riscatto è rappresentato dal rapporto con il divieto del patto commissorio. Ai sensi dell'art. 2744 c.c. «È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione del pegno o dell'ipoteca». Analoga disciplina è prevista in materia di anticresi dall'art. 1963 c.c.

La vendita con patto di riscatto, accanto alla causa tipica di scambio della cosa con il prezzo, presenta una funzione pratica di garanzia che, di regola, rimane a livello di motivazione soggettiva dei contraenti: il venditore è animato dal desiderio di ottenere liquidità dalla vendita del bene ed il compratore fa affidamento sulla garanzia reale, costituita dalla proprietà sul bene, per la restituzione del prezzo e degli accessori dovuti dal venditore in caso di riscatto.

Se la vendita con patto di riscatto, di regola, non si pone in contrasto con il divieto di patto commissorio, trattandosi di una figura contrattuale tipizzata dal legislatore la cui causa, di scambio tra la cosa ed il prezzo non viene alterata dal patto di riscatto⁶², la questione diventa più complessa tutte le volte in cui la funzione di garanzia penetra nella struttura del negozio in maniera tale da escludere che il contratto possa essere qualificato come vendita, cioè come contratto di scambio.

⁵⁹ R. Calvo, *op e loc. cit.*

⁶⁰ Cfr. G. Capozzi, *op. cit.*, 148 s.; C.M. Bianca, *La vendita*, cit., 667; in giurisprudenza Cass., 24 settembre 1979, n. 4921, in *Giust. civ.* 1980, I, 662, con nota di M. Costanza, *Sulla cessione del patto di riscatto*.

⁶¹ C.M. Bianca, *La vendita*, cit., 669.

⁶² Cfr. G. Capozzi, *op. cit.*, 163; cfr. Cass., 12 dicembre 1986, n. 7385, in *Mass. giur. it.*, 1986,

Si pensi al caso in cui una persona riceve a mutuo una somma di denaro e trasferisce al mutuante, contemporaneamente o in un momento successivo, la proprietà di un suo bene con l'intesa che se il mutuo verrà puntualmente restituito il mutuatario potrà riprendersi il bene concesso in garanzia. In questi casi, non essendo versata alcuna somma ulteriore rispetto a quella data a mutuo, non può configurarsi una vendita, poiché il trasferimento della proprietà non rappresenta il corrispettivo del pagamento di un prezzo ma viene eseguito esclusivamente per garantire il debito dell'alienante nei confronti dell'acquirente. Nell'alienazione in garanzia non vi è una vendita, nella sua accezione causale delineata dalla legge, intesa come scambio di cosa con il relativo prezzo, ma l'obbligazione del venditore-debitore di restituire la somma ricevuta a mutuo quale condizione per riottenere il bene temporaneamente trasferito in garanzia.

Secondo l'interpretazione assolutamente prevalente, fatta propria dalla Corte di Cassazione, la fattispecie prospettata – nonostante il trasferimento dell'immobile avvenga prima dell'inadempimento del debitore, mentre nel patto commissorio disciplinato dall'art. 2744 c.c., il trasferimento avviene dopo l'inadempimento – è nulla per illiceità della causa, in quanto costituisce il mezzo per eludere il divieto del patto commissorio, anche se l'operazione è configurata come vendita con patto di riscatto o di retrovendita ad effetti traslativi immediati. È irrilevante l'immediato trasferimento del bene, avendo le parti il reale intento di costituire una garanzia ed attribuire irrevocabilmente il bene al creditore soltanto in caso di inadempimento del mutuatario. Tra i negozi di mutuo e di compravendita infatti si stabilisce uno stretto vincolo di interdipendenza che realizza nella sostanza un patto commissorio nullo per legge⁶³.

È decisivo stabilire se, al momento dell'alienazione, il trasferente sia debitore dell'acquirente; questa circostanza, di massima, è di per sé sufficiente a determinare la nullità del negozio di alienazione. Infatti l'alienazione viene compiuta dal debitore in favore del proprio creditore, cioè da un soggetto, che trovandosi in una posizione di debolezza economica, è particolarmente esposto agli abusi della controparte⁶⁴. La causa del trasferimento non è lo scambio di cosa con prezzo ma principalmente la costituzione di una garanzia atipica della restituzione della somma data a mutuo⁶⁵. La prova dell'esistenza di un debito precedente che giustifica la vendita in garanzia può essere data anche a mezzo di presunzioni *ex art. 2729 c.c.*, utilizzando una serie di indizi sintomatici, elaborati dalla giurisprudenza, della presenza di uno scopo di garanzia nell'apparente vendita con patto di riscatto.

Sono stati ritenuti elementi indiziari dello scopo di garanzia perseguito dalle parti: la circostanza che l'entità del prezzo della vendita corrisponda (maggiorata degli eventuali interessi) all'entità del credito del compratore; la circostanza che in realtà nessun prezzo è stato pagato; l'esistenza di un patto di compensazione tra debito *ex mutuo* e debito di prezzo; il fatto che il bene alienato sia rimasto nel godimento dell'alienante o addirittura le parti abbiano concluso una locazione del bene in favore del venditore; la circostanza che siano stati pattuiti interessi a favore dell'acquirente, eventualmente garantiti da titoli cambiari; la circostanza che le spese e imposte dell'atto siano state sostenute dall'alienante⁶⁶.

⁶³ Cass., sezioni unite, 3 aprile 1989, n. 1611, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 104; cfr. anche Cass., sezioni unite, 21 aprile 1989, n. 1907; Cass., 27 settembre 1994, n. 7878; Cass., 15 marzo 2005, n. 5635; Cass. 5 marzo 2010, n. 5426; Cass., 12 ottobre 2011, n. 20956; Cass., 17 aprile 2014, n. 8957.

⁶⁴ A. Luminoso, *La vendita*, cit., 729 ss.; Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt di dir. priv.* diretto da Rescigno, Torino, 1997, 567.

⁶⁵ È esemplare la massima di Cass., 8 febbraio 2007, n. 2725 secondo la quale «una vendita stipulata con patto di riscatto o di retrovendita è nulla se il versamento del denaro da parte del compratore non costituisca il pagamento del prezzo, ma l'adempimento di un mutuo, ed il trasferimento del bene serve solo a porre in essere una transitoria situazione di garanzia, destinata a venir meno, con effetti diversi a seconda che il debitore adempia o non l'obbligo di restituire le somme ricevute, atteso che una siffatta vendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio, costituisce un mezzo per eludere il divieto posto dall'art. 2744 c.c., e la sua causa illecita ne determina l'invalidità ai sensi degli artt. 1343 e 1418 c.c.».

⁶⁶ Cass., 14 giugno 1996, n. 1544; Cass., 11 febbraio 1969, n. 465, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 582.

14.1. Il patto marciano.

Il patto marciano configura una clausola contrattuale, accessoria al trasferimento del bene in garanzia dal debitore in favore del creditore, con la quale si mira ad impedire che il creditore, in caso di inadempimento, si appropri di un valore superiore all'ammontare del suo credito, pattuendosi che, al termine del rapporto, si proceda alla stima del bene da parte di un terzo e il creditore sia tenuto al pagamento in favore del venditore dell'importo eccedente l'entità del suo credito. Tale meccanismo di "controllo" dell'operazione esclude l'illiceità della causa del negozio, pur in presenza di una garanzia che presuppone il trasferimento della proprietà, in quanto la clausola è idonea a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni⁶⁷. Si è affermato che il patto marciano è uno strumento che, da un lato, soddisfa perfettamente le intenzioni e gli obiettivi dei contraenti, dall'altro, ha il pregio di non ledere l'interesse del debitore, tutelato dal divieto del patto commissorio. Il patto marciano, infatti, è idoneo a garantire la soddisfazione del creditore con la stessa forza del patto commissorio; la previsione della stima del bene e dell'eventuale restituzione dell'esubero al debitore, peraltro, consente di soddisfare le istanze equitative, solidaristiche e proporzionali che guidano l'ordinamento⁶⁸.

La giurisprudenza più recente, recependo i risultati interpretativi raggiunti in dottrina⁶⁹, ha evidenziato come nel nostro sistema giuridico si riscontrino diverse fattispecie nelle quali, a fronte del diritto del creditore di soddisfarsi direttamente sui beni del debitore, sussista un obbligo per il creditore di restituire l'eccedenza rispetto all'ammontare del credito garantito.

Nel pegno irregolare (art. 1851) la banca che abbia disposto di denaro, merci o titoli del debitore deve restituire l'eccedenza rispetto ai crediti garantiti, determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti. Nella cessione dei beni ai creditori, i creditori, dopo avere ripartito tra loro le somme ricavate in proporzione dei rispettivi crediti, salve le cause di prelazione, debbono restituire il residuo al debitore (art. 1982 c.c.). Nel pegno il creditore può chiedere l'assegnazione in pagamento della cosa fino alla concorrenza del debito, secondo la stima da farsi con perizia (art. 2798 c.c.). Il creditore pignoratizio di crediti, se il credito è scaduto, può ritenere del denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente (art. 2803 c.c.). Nel pegno di crediti, il creditore pignoratizio non soddisfatto può chiedere che gli sia assegnato in pagamento il credito ricevuto in pegno, fino a concorrenza del suo credito (art. 2804 c.c.).

Da queste norme si è ricavato che «il sistema del processo esecutivo per espropriazione forzata e di quello fallimentare mira ad assicurare la tutela... del debitore – l'ordinamento permette la realizzazione coattiva dei diritti del creditore, purché sia tutelato pure il diritto del debitore a pagare al creditore quanto in effetti gli spetta»⁷⁰.

Sulla base di questo principio si è ritenuto che il contratto di *sale and lease back*⁷¹ non incorra nel divieto di patto commissorio quando siano previsti meccanismi oggettivi e

⁶⁷ Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Giust. civ.*, Mass., 2013; in *Vita not.*, 2013, 2, 719; Cass., 20 febbraio 2013, n. 4262; Cass., 6 novembre 2007, n. 13621; Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273.

⁶⁸ N. Cipriani, *Nuovi scenari in tema di patto commissorio autonomo?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 430 s.

⁶⁹ Per una ricostruzione delle ragioni del divieto e dei suoi confini nel rapporto con gli istituti affini, G. Tarantino, *Patto commissorio, alienazioni in garanzia ed autonomia privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Contratti*, 2012, 1023; M. Albanese, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e autonomia privata ovvero la fattispecie e i suoi confini*, in *Giur. it.*, 2012, 3; R. Genghini, *Patto commissorio e procura a vendere*, in *Contratto e impresa*, 1995, 282.

⁷⁰ Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625; in dottrina si è ritenuta superata la posizione di chi vedeva nel divieto del patto commissorio una tendenziale inderogabilità delle procedure esecutive giudiziali (De Murino, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignoratizia*, Milano, 2011).

⁷¹ Si può definire *lease back* o *sale and lease back* l'operazione, denominata anche leasing di ritorno, in virtù della quale un soggetto-imprenditore vende un bene di sua proprietà ad un'impresa esercente la locazione finanziaria, la quale, a sua volta, glielo concede in leasing con la possibilità per il primo di riacquistarne la proprietà alla scadenza del contratto stesso (V. Buonocore, *Il sale and lease back*, in *La locazione finanziaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2008, 291).

procedimentalizzati che, sulla falsariga delle disposizioni ora ricordate, permettano la verifica di congruenza tra il valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito; è necessario, in particolare, che la stima del bene sia effettuata al momento dell'inadempimento, ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria, e che la valutazione sia imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale farà riferimento a detti parametri (art. 1349 c.c.)⁷². Sull'utilizzo del patto marciano nelle transazioni commerciali si è osservato che «(i) consente al creditore di tutelare il proprio interesse nel momento in cui si appresta a concedere il credito...; (...); (ii) facilita l'accesso del debitore ad un più ampio mercato del credito (...); (iii) permette di destinare la somma pari all'eccedenza del valore del bene rispetto al credito vantato dall'alienatario al soddisfacimento degli eventuali creditori concorrenti; (iv) impedisce che la reazione non modulabile della nullità assoluta travolga tutta l'operazione di *sale and lease back*»⁷³.

15. Il prestito vitalizio ipotecario.

Un'interessante applicazione normativa del patto marciano si rinviene nella recente modifica legislativa della disciplina del *prestito vitalizio ipotecario* (articolo unico della legge 2 aprile 2015, n. 44 che ha modificato la disciplina introdotta dal comma 12 dell'art. 11-*quaterdecies* del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito con modificazioni dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, in vigore dal 6 maggio 2015)⁷⁴.

Il prestito vitalizio ipotecario ha per oggetto la concessione da parte di banche o di intermediari finanziari, di cui all'art. 106 del decreto legislativo n. 385/1993, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni, garantiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali. L'ipoteca di primo grado a garanzia del finanziamento non può essere iscritta contemporaneamente su più immobili di proprietà del finanziato.

Il rimborso integrale in un'unica soluzione del finanziamento può essere richiesto: i) al momento della morte del soggetto finanziato; ii) qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali di godimento sull'immobile dato in garanzia; iii) qualora si compiano atti che ne riducano sensibilmente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi, che vadano a gravare sull'immobile.

Qualora si verifichi uno degli eventi che determinano l'obbligo di restituzione del finanziamento e lo stesso non sia stato integralmente rimborsato entro dodici mesi, la legge attribuisce al finanziatore *un mandato a vendere l'immobile oggetto della garanzia ipotecaria* ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso. *In alternativa, l'erede può provvedere alla vendita dell'immobile, in accordo con il finanziatore, purché la compravendita si perfezioni entro dodici mesi dal conferimento dell'incarico. Le eventuali somme rimanenti, ricavate dalla vendita, dopo che si è provveduto all'integrale soddisfacimento del credito del finanziatore, sono riconosciute al soggetto finanziato o*

⁷² Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, cit; Trib. Monza 24 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, 1271 precisa che «non sarebbe, invece, possibile superare la presunzione legale di frode e di sproporzione fra le prestazioni, con clausole che prevedessero una stima immediata del bene (in occasione della stipula), poiché, come s'è detto, la legge prevede il divieto assoluto del patto commissorio, con presunzione incontrastabile che, all'atto della stipula, il contraente sottometta gli interessi della controparte»; in dottrina cfr. B. Salvatore, *Circolazione dei beni ed evoluzione del divieto del patto commissorio*, in *Notariato*, 2012, 726; M. Ebner, voce *Patto Marciano*, in *Enc. giur. Treccani*, 2007, 2; M. Lascialfari, *Un lontano passato nel futuro del lease back: la validità del contratto tra acquisizioni commissorie e cautela marciana*, in *Giur. it.*, 2007, 1962.

⁷³ M. Lascialfari, *Un lontano passato*, cit., 1962.

⁷⁴ Cfr. *La riforma del prestito vitalizio ipotecario (legge 2 aprile 2015, n. 44). Note a prima lettura*, in *CNN Notizie* del 22 aprile 2015.

ai suoi eredi. L'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute.

La disciplina normativa prevede dunque: a) una «deroga alle norme civilistiche in materia di esecuzione forzata immobiliare (regolata dagli articoli 555 e seguenti del codice di procedura civile)⁷⁵; b) un patto marciano con cui si stabilisce che il *surplus* del valore dell'immobile, ricavato dalla vendita, rispetto al credito garantito vada a favore del soggetto finanziato o dei suoi eredi⁷⁶; una stima del bene da parte di un perito indipendente finalizzata a stabilire il suo valore di mercato.

16. Conclusione.

Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale brevemente illustrato si può affermare che sembra ormai trovare riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico – accanto ad un'esigenza di tutela del debitore, quale soggetto debole del rapporto, da indebite pressioni psicologiche del creditore che possono tradursi in un ingiustificato arricchimento del creditore ai danni del debitore – un'esigenza, altrettanto meritevole di tutela, di facilitare la concessione del credito e di consentire una rapida ed efficiente soddisfazione del creditore, a condizione che vengano previsti accorgimenti giuridici che garantiscano un'equa soddisfazione del creditore e la restituzione al debitore dell'eccedenza di valore del bene che funge da garanzia dell'operazione di finanziamento. Ciò che il divieto di patto commissorio vuole evitare è che la situazione di temporanea difficoltà economica in cui si trova il debitore porti ad abusi del creditore che tenti di lucrare sulla differenza di valore tra il credito e la garanzia offerta dal debitore. La disciplina del patto commissorio ha alla base una presunzione di sproporzione tra il credito e il valore del bene che acquisirebbe il creditore in caso di inadempimento⁷⁷. L'autonomia privata, nella predisposizione del regolamento contrattuale, deve farsi carico di prevedere meccanismi tecnici che valgano a superare l'accennata presunzione di sproporzione tra il valore del credito e quello del bene dato in garanzia.

La prospettata impostazione è altresì conforme al canone di autoresponsabilità gravante sul soggetto che liberamente decide di immettersi nel traffico giuridico: non pare ragionevole né corretto attribuire al debitore, dopo avere concluso un contratto non squilibrato né viziato, *re melius perpensa*, invocare la nullità *ex art. 2744 c.c.* per liberarsi dalla garanzia convenzionale assunta, nonostante la sua inidoneità a tradursi in un sacrificio patrimoniale ingiusto, in contrasto con i principi della buona fede e della correttezza⁷⁸ che animano la materia delle obbligazioni e quella del contratto⁷⁹.

Alessandro Torroni

⁷⁵ Parere sul disegno di legge n. 1564, in materia di prestito vitalizio ipotecario, della 14^a Commissione permanente (Politiche dell'unione europea), Roma, 11 marzo 2015, est. R. Cociancich (consultabile in *senato.it*).

⁷⁶ Parere sul disegno di legge n. 1564, cit.

⁷⁷ M. Albanese, *Brevi note in tema di patto commissorio*, cit., e autori citati alla nota 13.

⁷⁸ Vedi gli articoli 1175, 1337, 1375 del codice civile.

⁷⁹ M. Albanese, *Brevi note in tema di patto commissorio*, cit.