

Riforme

Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi (provocazioni e spunti)

di Cristiano Cicero (*)

Il contributo analizza il contratto di *rent to buy*, evidenziando la sua distinzione rispetto agli istituti domestici, e domandandosi della situazione possessoria del conduttore e della qualificazione del tipo contrattuale.

Il *rent to buy* quale contratto del diritto civile della crisi economica

Il contratto di *rent to buy*, permettendo una particolare modulazione dell'accesso per via contrattuale al diritto proprietà, si iscrive credo necessariamente a quella fase di legislazione del diritto civile contemporaneo, caratterizzato dalla crisi economica (1). Per riferire alcuni dati statistici, tratti dall'osservatorio del mercato immobiliare e dalle rilevazioni trimestrali Istat, e già pubblicati di recente in un saggio di sicuro interesse riferibile al nostro argomento, nell'intera annualità 2013 le convenzioni per trasferimenti di proprietà immobiliare hanno registrato una diminuzione del 47,4% se confrontate con l'anno 2006 (2). Tra gli interventi volti a rilanciare i settori dell'edilizia e immobiliare spicca così, per certo, l'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina dei "contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili", prevista nell'art. 23, D.L. n. 133/2014, convertito nella L. n. 164/2014 con una modificazione sostanziale, rappresentata dall'aggiunta del comma 1 *bis*.

La proprietà è fenomeno centrale in virtù del suo stretto collegamento con gli istituti del diritto civile, in particolare, tra gli altri, coi contratti (3). La Costituzione repubblicana affianca alla necessaria produttività del rapporto proprietario anche interessi non patrimoniali, facendo riferimento emblematicamente sia alla sua accessibilità a tutti sia alla sua funzione sociale (4). Se partiamo dalla considerazione, oggi pacificamente condivisa, che la proprietà privata è primariamente funzione sociale, il discorso non può che innestarsi - credo - sopra quello sottolineato e ribadito in tempi abbastanza recenti anche da Stefano Rodotà, teso a sottolineare come la distinzione tra proprietà e accesso sia ormai un tratto che caratterizza la discussione pubblica (5). E così, la proprietà non ha bisogno di essere confinata secondo un'accezione esclusivamente liberale nel diritto di escludere gli altri dall'uso o dal godimento dei beni, ma può consistere in un diritto individuale a non essere escluso a opera di altri dall'uso o dal godimento di alcuni beni (6). Se la carta dei diritti fondamentali dell'unione europea pone il diritto di proprietà nel capo delle liber-

(*) Testo riveduto, con l'aggiunta di note essenziali, dell'intervento svolto il 26 giugno 2015 presso l'Università di Cagliari in occasione del seminario di studio "*Rent to buy*", per il XXV incontro del coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca in diritto privato.

(1) In argomento, di recente v. ad es. il volume collettaneo di G. Grisi (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica*, Napoli, 2014.

(2) D. Poletti, *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 32 ss.

(3) Osservazione comunemente accolta. *Ex plurimis*, basti il

rimando a P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, VII ed., Napoli, 2014, 221.

(4) U. Mattei, *La proprietà*, II ed., in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2015, 109; L. Nivarra, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 503.

(5) S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma - Bari, 2012, 108.

(6) C.B. Macpherson, in Id. (a cura di), *Liberal-Democracy and Property*, in *Property. Mainstream and Critical Positions*, Oxford, 1978, 201.

Argomenti

Rent to buy

tà, all'art. 17, si può osservare che la sua formulazione propone non tanto un diritto "di" proprietà, quanto un diritto "alla" proprietà, sì che il suo oggetto atterrebbe alla tutela dell'individuo il quale voglia accedere alla proprietà di beni.

La contrazione del mercato immobiliare avvenuta in questi anni (e della quale soltanto in temi recentissimi si intravede quantomeno un ammorbidimento), dovuta soprattutto alla limitazione dell'accesso al credito e al tasso di disoccupazione, ha sollecitato l'autonomia privata alla ricerca di schemi contrattuali atti a favorire l'acquisto della proprietà immobiliare con tempistiche diverse da quelle del subentro in un solo istante logico dall'antico al nuovo titolare (7). Il *rent to buy* si appalesa come una via contrattuale alternativa all'acquisizione della proprietà, alternativa rispetto a quella c.d. ortodossa costituita dalla compravendita pura. Si tratta, allora, in termini tecnici, perlomeno *prima facie*, di innestare sopra un contratto di locazione un contratto di vendita (8). La prima riflessione dovrebbe essere attinente, riflessione che inevitabilmente suscita nell'interprete sentimenti opposti, di approvazione e dissenso, sulla sua utilità. In altri termini, a cosa serve oggi il *rent to buy*? Il nostro codice civile porta infatti dentro di sé istituti ben noti alla nostra tradizione che potrebbero rendere di scarsa utilità pratica il *rent to buy*, e ancora di più potrebbe fare, al di là dei tipi codicistici, la nostra autonomia privata: basti ora il riferimento alla vendita con patto di riservato dominio, alla locazione con opzione di acquisto, alla locazione con preliminare di acquisto, alla vendita in forma di locazione di cui al comma 3 dell'art. 1526, al *leasing*, ecc. E così, la nostra autonomia privata conosce bene le prassi contrattuali ove le parti scelgono di rimettere la volontà di comprare ad una successiva decisione del conduttore, il quale dovrà decidere di avvalersene in un arco temporale stabilito, nel caso dell'opzione di acquisto; oppure ove le parti possono scegliere di obbligarsi a procedere alla futura operazione di scambio della proprietà contro un prezzo; oppure, ove possono stabilire che al termine del pagamento dei canoni la proprietà passi sicuramente, oltretutto si produca l'effetto reale, ecc. (9).

Com'è noto, l'interprete e l'operatore potrebbero dar vita a fattispecie ulteriori, in astratto quasi infinite. Il contratto previsto dall'art. 23, D.L. n. 133/2014 - correntemente denominato *rent to buy* - esige, tuttavia, già stando ad una lettura del testo di legge, di essere distinto dal *leasing* finanziario, dalla vendita con riserva di proprietà, dalla locazione con patto di vendita consecutiva alla cessazione della locazione.

Il discorso, al lettore più esigente, forse rischierebbe di prendere il colore pallido della strenua difesa argomentativa degli istituti domestici, propri del nostro legislatore storico, in confronto agli istituti di nuova introduzione, sempre di matrice anglosassone. Senza allargare il discorso, sarebbe facile ricordare ad es. le annose polemiche sulla preferibilità tra il *trust* e gli istituti di diritto italiano che permetterebbero di soddisfare i medesimi interessi (10). Oppure si pensi, in senso un poco diverso, alla *ratio* normativa del patto di famiglia. Di sicuro, probabilmente, l'operatore italiano, oltretutto il notaio, il quale fino a ieri *de facto* stipulava nelle forme contrattuali domestiche richiamate il *rent to buy*, oggi con la nuova legge si trova perplesso, sì che per conseguenza ciò che si stipulava ieri, pur senza tipizzazione, oggi in presenza della tipizzazione magari non si stipula più. Vero è che la legge crea all'interprete non pochi problemi. Non si tratta, beninteso, assolutamente - come suol dirsi - di "scaricare" sulla tecnica del legislatore, com'è oggi troppo di frequente di moda, e d'altronde il compito del giurista è di sistemare, collocare, interpretare, dare razionalità e misura al sistema. Tutto ciò, in attesa della discesa in campo del vero protagonista della vicenda giuridica degli ultimi decenni, il riferimento va ovviamente alla giurisprudenza, oggi formante, anzi di sicuro fonte del diritto. In pochi anni hanno adeguatamente riflettuto che il nostro ordinamento è dominato da una regola fondamentale, da noi non scritta ma vigente, e diversamente scritta ad es. in svizzera, ove in quel codice civile si legge, all'art. 1, che il giudice nel risolvere una determinata controversia deve comportarsi come se fosse il legislatore (11).

(7) In argomento, di recente P. Castellano, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, in *Riv. not.*, 2015, 45; F. Delfini, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim.*, 2015, 817; M. Leva, *Il rent to buy nella prospettiva della valutazione di efficienza del modello*, in *Riv. not.*, 2015, 675.

(8) P. Zanelli, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque empio tollit locatum?*, in *Contr. impr.*, 2015, 12.

(9) F. Tassinari, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in questa *Rivista*, 2014, 823.

(10) Sia concesso il riferimento a C. Cicero, *Riflessioni su trust e categorie civilistiche*, in *Giur. comm.*, 2010, 899.

(11) P. Rescigno, *Il giudice come legislatore nel codice civile svizzero*, in *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma - Bari, 2013, 156.

Godimento dietro corrispettivo e compimento dell'atto traslativo

L'art. 23, comma 1, L. n. 164/2014, recita che i contratti, diversi dalla locazione finanziaria, che prevedono l'immediata concessione del godimento di un immobile, con diritto per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto, sono trascritti ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. La trascrizione, prosegue il testo normativo, produce anche i medesimi effetti di quella di cui all'art. 2643, comma 1, n. 8), c.c. (in tema di locazione ultranovennale) (12).

Parrebbe di essere davanti in termini generici a un contratto di locazione, il quale di sicuro oggi mantiene la propria centralità nel sistema economico (13), finalizzato tuttavia al successivo acquisto della proprietà del bene. Un accordo che dunque consente l'immediata fruizione dell'immobile, e che differisce nel tempo gli effetti finali di un'operazione di trasferimento della proprietà. La norma introduce, secondo un'osservazione condivisibile e già largamente presente nella pur recentissima letteratura, uno iato tra il momento della conclusione del contratto con il quale si concede il godimento (onde consentire un accesso progressivo alla proprietà immobiliare, determinando così una sorta di acquisto graduale, non già perché riferito ad una progressiva diluizione dell'effetto reale, quasi che il diritto si acquisti poco alla volta con la decorrenza del periodo di tempo, ma perché esso è agevolato dal successivo scomputo sul corrispettivo di frazioni del canone del godimento versato al concedente durante il periodo di utilizzo del bene, dietro corrispettivo), e quello del compimento dell'atto traslativo (14). Così, questo stacco tra godimento e effetto reale sembrerebbe strettamente funzionale alla composizione dei reciproci interessi dei contraenti, ovvero sia da un lato coniugare il minimo soddisfacimento delle ragioni del venditore (di frequente imprenditore o società costruttrice che ha immobili invenduti gravati da ipoteca iscritta a garanzia di un mutuo bancario ancora non frazionato), che intende vendere e non "svendere" il bene, con il massimo sforzo esigibile dal compratore, in-

teressato a soddisfare subito la sua esigenza di disponibilità di un bene pur essendo privo della capacità economica (15).

Si tratterebbe, proseguendo nell'osservazione, di un'operazione definita "bifasica" (godimento a titolo oneroso + produzione, eventuale, dell'effetto reale) (16). La terminologia tuttavia merita una precisazione. Il *rent to buy* si caratterizza infatti per la sequenza di due momenti contrattuali, senza che ciò debba necessariamente condurre alla conclusione che siamo nati a due distinti contratti. Sul punto, forse il più probante, credo che dovranno concentrarsi in futuro le riflessioni della dottrina.

Ad ogni buon conto, l'osservazione elementare non può esimersi da evidenziare una prima fase, o "momento" che dir si voglia, di concessione del godimento, necessariamente a titolo oneroso, con la necessità ineludibile della consegna (forse utile anche per individuare la decorrenza del termine di cui all'art. 1495, comma 3, c.c. (17)). Il fatto della consegna evidenzia l'esigenza di un passaggio effettivo dell'oggetto dal *tradens* all'*accipiens*; in questo senso, la consegna è concepita nella nostra tradizione come trasmissione (anche spiritualizzata) della disponibilità materiale sopra un determinato bene, e dunque è indicativa di una mutazione dei poteri delle parti. Perspicuamente, si è scritto che per la sua configurabilità non è sufficiente l'allontanamento fisico della cosa, ma è necessario un atto di destinazione. Nel rilascio della cosa, che vale a distinguere la consegna dall'abbandono, è sempre riscontrabile un elemento volitivo di carattere recettizio; *ex parte accipientis*, inoltre, l'atto del ricevere richiede un atto di volontà, sì che l'*accipiens* non si limita a prendere la cosa, ma aderisce a riceverla (18). Tendenzialmente, nell'atto notarile si leggerà che gli immobili vengono consegnati, con effetto dalla data odierna, alla parte conduttrice, che quindi, a decorrere dalla data odierna, ne acquista il materiale godimento, e ne assume i rischi, compresi i rischi per eventuali vizi sopravvenuti e per il perimento dei beni, sempreché non dovuti a cause imputabili alla parte concedente. Al primo "momento", di concessione del godimento, ne potrà seguire un secondo, eventuale, che realizza l'effetto

(12) Una pagina di sintesi assai lucida sul *rent to buy* compare nella XXII ed. di A. Torrente - P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, 769.

(13) Lo osservano V. Cuffaro - R. Calvo - A. Ciatti, *Della locazione*, in *Cod. civ. comm.*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2014, 3 ss.

(14) D. Poletti, *L'accesso "graduato" alla proprietà immobiliare*, cit., 34.

(15) D. Poletti, *op. loc. ult. cit.*

(16) D. Poletti, *op. cit.*, 35.

(17) Lo osserva D. Poletti, *op. cit.*, 44, nt. 37.

(18) B. Troisi, in B. Troisi - C. Cicero, *I possessi*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2005, 228; A. Dalmartello, *La consegna della cosa*, Milano, 1950, 134; C.A. Funaioli, *La tradizione*, Padova, 1942, 227.

Argomenti

Rent to buy

del trasferimento. Sotto questo aspetto, si tratteggia uno schema contrattuale volto a favorire l'utilizzatore, che non ha alcun obbligo di acquisto, ma un diritto allo stesso e che assume pertanto il ruolo di esclusivo arbitro del completamento dell'affare (19). La facoltà del concessionario d'acquistarne a titolo oneroso la proprietà a termine è dunque il "nucleo funzionale" della figura (20). Questa "doppiezza" si proietta sulla suddivisione del canone, una parte del quale è il corrispettivo della concessione in godimento, mentre l'altra parte si giustifica in funzione di un'obbligazione solo futura e incerta, che si avvererà se ed in quanto il conduttore eserciterà il diritto all'acquisto (21). Interrogativi gravi, attengono tuttavia, in ipotesi, a una ripartizione convenzionale e non proporzionata tra - in ipotesi - pigione alta e acconto basso, finalizzata a sollecitare al conduttore l'esercizio della facoltà di acquisto per non perdere la pigione corrisposta. All'opposto, ci si dovrebbe domandare se sia compatibile con la figura la previsione di un acconto alto e una pigione modesta, e ulteriormente, che parte dell'acconto sia qualificata nell'accezione di caparra confirmatoria, infine se possa stabilirsi una clausola penale, a carico di entrambe le parti o di una sola di esse (forse il concedente?) (22).

Una delle maggiori criticità della nuova disciplina, cui sono probabilmente legate le sorti stesse del nuovo istituto, attiene alla restituzione dell'immobile in ipotesi di inadempimento del conduttore. Il legislatore ha previsto che a fronte dell'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; e che il contratto si risolve in caso di mancato pagamento, anche non consecutivo, di un numero minimo di canoni, determinato dalle parti, non inferiore ad un ventesimo del loro numero complessivo (art. 23, comma 2). Ancora, che per il fatto dell'inadempimento del concedente, quest'ultimo deve restituire la parte dei canoni imputata al corrispettivo, maggiorata degli interessi legali (comma 5). È certamente difficile immaginare che qualsivoglia proprietario di un immobile si determini a stipulare un contratto di questo tipo se non ha il fondato motivo di ritenere che, in ipotesi di inadempimen-

to del conduttore, dispone di una via giurisdizionale che gli consente di ottenere in tempi accettabilmente rapidi la restituzione dell'immobile. Più interessante si rivela, sotto il profilo della effettività della tutela giurisdizionale, la prospettiva legata alla possibilità di ritenere che il contratto di *rent to buy* redatto nella forma dell'atto pubblico possa costituire titolo esecutivo (non solo per l'espropriazione forzata ma anche) per l'esecuzione specifica per consegna o rilascio in quanto in tal caso, evidentemente, verrebbero completamente azzerati i tempi della cognizione (sia essa piena o sommaria) in quanto, esistendo già un titolo esecutivo, l'avente diritto potrebbe attivare immediatamente il processo esecutivo (senza passare necessariamente per il preventivo accertamento dello stesso in sede giurisdizionale) (23).

La qualificazione del godimento del conduttore

Il godimento deve prospettarsi come attuale. La sua concessione, che non può che conseguire alla consegna dell'immobile, deve essere ragionevolmente immediata, sì che parrebbe potersi desumere l'impossibilità di apporre al contratto termini o condizioni sospensive che possano differire il momento dell'inizio della relazione materiale con il bene. Sembra ammissibile la stipulazione, in via alternativa, di un contratto preliminare di contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili, che dovrà prevedere la stipulazione del definitivo all'atto della consegna del bene e che potrebbe riguardare pure gli immobili in costruzione (24).

Tendenzialmente, se non mi inganno, leggendo alcuni studi finora editi sul tema, va prendendo piede la convinzione che la situazione giuridica del conduttore, nel *rent to buy*, sia per certo una detenzione. E ciò sebbene l'art. 23 precisi che ai contratti in esame si applichino alcune disposizioni in tema di usufrutto, e segnatamente gli artt. da 1002 a 1007 c.c., nonché gli artt. 1012 e 1013 c.c. Ma, si legge negli interpreti, il richiamo a questa disciplina, applicabile si badi in quanto compatibile, non varrebbe ad assegnare al godimento del conduttore una coloritura possessoria corrispondente ad una situazione reale (25). Similmente, in tal senso, alla

(19) D. Poletti, *op. cit.*, 42; G. Baralis, *Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici*, in *Riv. dir. priv.*, 2015 (in corso di pubblicazione), 8 (del dattiloscritto, visionato per concessione dell'A.).

(20) G. Baralis, *op. cit.*, 7.

(21) Lo rileva D. Poletti, *op. loc. ult. cit.*

(22) G. Baralis, *op. cit.*, 17.

(23) Studio n. 283-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato; nello stesso senso, P. Zanelli, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014*, cit., 24.

(24) D. Poletti, *op. cit.*, 51.

(25) D. Poletti, *op. loc. ult. cit.*

situazione di detenzione originata dalla locazione, propria anche del contratto preliminare ad effetti anticipati (26). Il discorso è a mio avviso appena più complesso. Oggigiorno la frontiera fra possesso e detenzione si fa labile (27). Particolarmente nel caso della vendita, qualora il venditore mantenga la disponibilità della cosa, ovvero nell'ipotesi - che ci riguarda particolarmente - in cui sia effettuata la consegna ma non si sia prodotto l'effetto reale (ad es. nella vendita con patto di riservato dominio), sorgono dubbi sulla sussistenza della situazione possessoria in capo all'acquirente. La dottrina più autorevole (28) ha sempre sostenuto l'ipotesi di detenzione del venditore. Il possesso, si argomenta, passerebbe al compratore per effetto di un *constitutum ex lege*. La consegna è necessaria al trasferimento del possesso nel contratto con efficacia obbligatoria (arg. ex art. 1476 c.c.) e non in quello ad effetti reali; nel quale, pertanto, non si vede perché il possesso dovrebbe rimanere "scompagnato" dalla proprietà. Il trasferimento del diritto implicherebbe dunque il trasferimento del possesso. Conseguentemente, nel contratto ad effetti reali l'alienante-detentore deve, per riacquistare il possesso, compiere un atto di mutazione della detenzione in possesso. Diversamente, deve riferire che la giurisprudenza di legittimità più recente nega che il trasferimento del diritto accompagni necessariamente il trasferimento del possesso. In questo senso, si argomenta che la lettera dell'art. 1476 c.c. distingue gli effetti della vendita relativi all'acquisto della proprietà, da una parte, e gli effetti relativi alla consegna, dall'altra (29). La trasmissione del possesso, dunque, è specifica obbligazione del venditore e non può essere assorbita dall'effetto traslativo immediato conseguente alla stipula del contratto. Secondo quest'ottica, la Suprema Corte ha affermato che nei contratti con effetti reali l'incontro delle volontà dei contraenti comporta il trasferimento automatico del solo *ius possidendi* e non anche del

concreto esercizio del possesso (*ius possessionis*), occorrendo a quest'ultimo fine un'immissione materiale. Conseguentemente, l'acquirente di un immobile che voglia avvalersi delle azioni possessorie, è tenuto, per il caso di contestazione da parte del convenuto, a fornire la prova del concreto esercizio del possesso. Quanto ora riferito in tema di vendita appare estendibile ad altre fattispecie di acquisto della proprietà a titolo derivativo (ad es. in caso di donazione), e di concessione del godimento. In realtà, nel codice civile vi sono formule normative che sembrerebbero ipotizzare la circolazione del possesso per contratto, anche a prescindere dall'acquisto del diritto reale. Mi riferisco, ad es., alla formula normativa rinvenibile nell'art. 1964 c.c. in tema di anticresi, che permette al debitore - testualmente - "di rientrare nel possesso dell'immobile", la quale apparentemente sembra legislativamente proporre un creditore-possessore e che diversamente, a mio modesto avviso, enfatizza la disponibilità materiale dell'immobile da parte dell'anticresista ma non induce necessariamente a configurare quella stessa disponibilità nei termini tecnici del possesso (30). Va rilevato, piuttosto, l'inconciliabilità di un "diritto al possesso". È inconciliabile infatti il "diritto al possesso" con il carattere di autoreferenzialità dello stesso; e così, ci si deve domandare se l'anticresista, presuntivamente titolare del diritto al possesso, qualora lo sottragga ad altri sia soggetto alle azioni possessorie. Se si accoglie, sul punto, l'opinione oggi maggioritaria, che sostiene l'esperibilità comunque della tutela possessoria con l'argomentazione che il possesso di altri "paralizza" il diritto al possesso (l'opinione è pacifica con riferimento ad es. all'usufruttuario), si può comprendere che il "diritto al possesso" sia una formula vuota (31). Problema particolare si pone per il preliminare c.d. ad effetti anticipati, allorché - com'è ben noto - le parti anticipando gli effetti obbligatori della vendita si impegnano già in

(26) Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 284, con nota di S. Patti, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*; Cass. 9 giugno 2011, n. 12634, in *Giur. it.*, 2011, 552, con nota di F. Longobucco, *Contratto preliminare "a effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione*. In dottrina, v. G. Gabrielli, *La locazione ed i contratti aventi ad oggetto la concessione di beni in godimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 335.

(27) Osservazione, che mi pare difficilmente non condivisibile, di R. Sacco, *Circolazione del possesso*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., V, Torino, 2010, 240; v. anche R. Omodei Salè, *La detenzione e le detenzioni*, Padova, 2012, 73; da ultimo, C. Cicero, *Legitimatio spoli del convivente more uxorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 940.

(28) L. Coviello, *Natura del possesso dell'alienante prima della consegna*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, I, Milano, 1905, 315; G. Dejana, *Il possesso dell'alienante*, in *Foro it.*, 1947, I, 711; D. Rubino, *La compravendita*, II ed., in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu - Messineo, Milano, 1971, 470; F. Santoro-Passarelli, *Il trasferimento del possesso nel contratto con efficacia reale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 700.

(29) G. D'Amico, *La compravendita*, I, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2013, 305 ss.; A. Luminoso, *La compravendita*, *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu - Messineo, Milano, 2014, 323.

(30) C. Cicero, *Anticresi*, in *Cod. civ. comm.*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 107.

(31) C. Cicero, in B. Troisi - C. Cicero, *I possessi*, cit., 61.

Argomenti

Rent to buy

sede di contrattazione preliminare a pagare il prezzo e a consegnare la cosa; ci si chiede se, praticamente, si è già fatto cenno, il promissario-acquirente sia detentore o possessore del bene oggetto del contratto e del quale è stata anticipata la consegna. La dottrina più autorevole, non essendo il preliminare un contratto traslativo, reputa che il godimento del promissario acquirente integri una detenzione (32). Dalla consegna anticipata del bene, atto in sé neutro, si argomenta, non può desumersi che l'*accipiens* possa divenire possessore; si aggiunge, poi, che il promissario acquirente è detentore perché riconosce nel promittente alienante il proprietario, e soltanto alla stipula del definitivo la detenzione si tramuta in possesso. Al contrario, la giurisprudenza è stata in passato orientata a giudicare quella situazione come possesso, con quel che ne consegue, ad es., ai fini dell'usucapione. Se appare forse preferibile sostenere che il promissario acquirente (titolare di un vero e proprio diritto al bene) è possessore del bene del quale è stata anticipata la consegna, giacché il suo potere di fatto non può che corrispondere all'esercizio del diritto reale di cui è destinato fatalmente ad acquisire la titolarità, v'è però da rilevare l'incongruenza dell'orientamento giurisprudenziale per ultimo riferito che, da un lato, nega l'ammissibilità della circolazione del possesso "sganciata" dalla circolazione del diritto reale, e dall'altro inquadra la situazione in oggetto quale situazione possessoria permettendo così l'acquisto del possesso a prescindere dalla produzione dell'effetto traslativo. E comunque, anche a voler seguire l'opinione che giudica il contratto preliminare strumento insufficiente al fine di sorreggere la situazione possessoria, c'è da considerare che se il contratto definitivo è un fatto idoneo a rendere "definitivi" gli effetti del preliminare, allora vi sarà un solo titolo idoneo a giustificare il possesso del promissario acquirente. Senza farla troppo lunga, ciò che interessa è di sicuro eliminare l'equivoco assai frequente ancora oggi per il quale circolazione contrattuale del mero possesso sia inconcepibile. Quale sarebbe allora la tutela possessoria del conduttore nel *rent to buy*? Chi accede alla natura personale del diritto non può che concepire la sua disponibilità dell'immobile a titolo di detenzione qualificata. La nozione di detentore, ai fini della sua tutela possessoria, è individuata in dottrina con

riferimento a colui che esplica sulla cosa un'ingerenza limitata. In questo senso il nostro conduttore sarebbe forse un detentore e la sua tutela sarebbe tutela della detenzione, sì da poter esperire la sola azione di reintegra e non quelle di manutenzione e di nunciazione. Ma nel *rent to buy* il conduttore è sicuramente detentore? Il creditore-conduttore vanta un vero e proprio diritto alla consegna dell'immobile oggetto del negozio. Il diritto alla consegna è da intendersi quale diritto al conseguimento della disponibilità dell'immobile. Disponibilità della detenzione o del possesso. Di più la produzione dell'effetto reale è demandata all'esercizio di un diritto (potestativo) proprio da parte del conduttore. Vero è che la valutazione circa la sussistenza di una situazione possessoria in capo al promissario acquirente, beneficiario dell'anticipata consegna del bene, deve effettuarsi in base ad un esame dell'assetto d'interessi che le parti hanno in concreto voluto regolare mediante la sottoscrizione della scrittura (33).

Rent to buy e istituti domestici. Nascita di un nuovo tipo contrattuale?

Prima facie il *rent to buy* sembrerebbe quasi un'opzione di istituti noti alla nostra tradizione. La difficoltà interpretativa è certamente cagionata dall'uso a dir poco promiscuo dei profili normativi impiegati (vengono richiamate norme che disciplinano il contratto preliminare, la locazione, l'usufrutto ecc.), e forse ancor di più dalla necessità di individuare i tratti di inderogabilità di una disposizione che rimanda ampiamente all'autonomia privata (34). Va da sé, inoltre, posto che il primo contraente è definito "concedente", termine che porta una forte assonanza per indicare una delle parti del contratto di *leasing* (dal quale, con riferimento alla qualificazione di *leasing* finanziario, la norma intende prendere le distanze), e che l'altro è invece qualificato col termine di "conduttore", mutuato dalla disciplina della locazione, che emergono in tutta la loro evidenza le difficoltà di distinzione tra *rent to buy* e contratti di godimento i quali per il tramite dell'autonomia privata possono condurre all'acquisto della proprietà (35). La nostra figura contrattuale potrebbe essere allora assimilata forse a una

(32) R. Sacco - R. Caterina, *Il possesso*, III ed., in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu - Messineo, Milano, 2014, 116.

(33) A. Onano, *Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di beni immobili*, in *Riv. not.*, 2004, 1197.

(34) D. Poletti, *op. cit.*, 40.

(35) D. Poletti, *op. loc. ult.* L'A. evidenzia tuttavia una forte delimitazione oggettiva circa il diritto che il godimento è finalizzato a trasferire, poiché col *rent to buy* sembrerebbe potersi acquistare la sola proprietà e non già i diritti reali minori.

locazione - contratto tipico con il quale si conferisce il godimento (36) - unita ad un patto di opzione di futura vendita, nella quale l'opzione è concessa dal locatore-alienante a favore del conduttore-compratore. La costruzione permetterebbe al conduttore, futuro acquirente, la disponibilità immediata del bene e la possibilità di decidere successivamente l'acquisto attraverso l'esercizio del diritto (potestativo) di cui è titolare. Va osservato che l'impossibilità di trascrivere l'opzione, perlomeno secondo l'opinione ortodossa sulla pubblicità immobiliare, non lo porrebbe al riparo dal rischio di trascrizioni pregiudizievoli riguardanti il bene (37). Altre fattispecie contrattuali, assimilabili al *rent to buy*, potrebbero essere prese in considerazione. Il riferimento va a quella figura contrattuale tipica, nominata dal legislatore, che prevede la combinazione tra locazione e vendita, ossia la locazione con clausola di trasferimento della proprietà al momento del pagamento dei canoni pattuiti (o locazione convertibile in vendita) (1526 c.c.). Ancora, ben più difficilmente e impropriamente, ci si potrebbe riferire all'affitto con riscatto. Particolarmente semplice parrebbe la distinzione rispetto alla vendita con riserva di proprietà, atteso che la riserva di proprietà non fa venir meno per certo l'appartenenza del tipo alla classe dei contratti con effetti reali (38). Soprattutto, mi pare che la mancanza di un automatismo per la realizzazione dell'effetto reale differenzia sicuramente i contratti di godimento in funzione della successiva alienazione della proprietà degli immobili dall'istituto della vendita con riserva della proprietà (39). In particolare, poi, il *rent to buy* si caratterizza sia per la necessaria distinzione nell'ambito del canone fra corrispettivo del godimento e corrispettivo del trasferimento, sia per la presenza del diritto potestativo di acquisto del conduttore (40).

Le maggiori difficoltà si incentrano io credo circa la distinzione rispetto al preliminare complesso.

Prima del *rent to buy*, si prospettava la possibilità di obbligare le parti a prevedere la stipulazione di altro contratto preliminare da trascrivere, con ulteriore differimento del termine per la stipulazione del contratto definitivo. Sotto questo profilo, è venuto anche meno allo stato il rischio di incorrere nella nullità del preliminare di preliminare, ormai decretato valido dalla Cassazione, che ha ritenuto produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare (ne segue che il pre-preliminare è valido ma non sopporta la tutela *ex art.* 2932 c.c. Il solo profilo risarcitorio viene giudicato compatibile con la natura dell'atto in questione. In altri termini, saremmo davanti a un preliminare con la tutela dell'esecuzione forzata disattivata per il caso di inadempimento) (41). La vicinanza al contratto preliminare non può essere negata sol che si pensi all'ipotesi di inadempimento di tale contratto. Il rimedio è l'art. 2932 c.c., che non va riferito al solo preliminare ma che è certamente proprio di esso. Non è specificata la riserva dell'azione *ex art.* 2932 c.c. al solo conduttore, ma l'opinione dei più sembrerebbe in tal senso, tenuto anche conto che l'obbligo di stipulare il contratto di compravendita grava esclusivamente sul concedente, giacché il primo è titolare di un diritto di acquistare la proprietà (42). La norma dunque opera sicuramente quando la facoltà d'acquisto è stata esercitata e il concedente non trasferisce, ma bisognerebbe interrogarsi se essa possa operare pure a carico del conduttore che ha esercitato la facoltà d'acquisto senza, in ipotesi, aver pagato l'ultima parte del prezzo (43). Con il

(36) D. Poletti, *op. cit.*, 45, osserva che nonostante l'impiego di termini quali conduttore e canoni, e a dispetto del rimando all'art. 2643, comma 1, n. 8, la separazione appare nitida: nella locazione immobiliare, il godimento del bene è un godimento di ritorno per il locatore, legato alla sua inevitabile scadenza e all'obbligo di restituzione del conduttore; nello scenario disegnato dall'art. 23 il godimento è un godimento di potenziale non ritorno per il concedente.

(37) D. Poletti, *op. cit.*, 44, che sottolinea come la sostituzione all'opzione di un patto di futura vendita, obbligatorio per entrambe le parti, eviterebbe il rischio di trascrizioni pregiudizievoli, ma impegnerebbe entrambi i contraenti, rendendo l'operazione meno appetibile per il compratore, con l'impossibilità di governare le sopravvenienze negative.

(38) G. Baralis, *op. cit.*, 1.

(39) In argomento, v. diffusamente G. D'Amico, *op. cit.*,

275; A. Nervi, *La vendita con riserva di proprietà. Riflessioni su un istituto "eccentrico"*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 871. V. ora le considerazioni di M. Bianca, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 841.

(40) G. Baralis, *op. loc. ult. cit.*

(41) Cass., SS.UU., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 601, con nota di G. Buset, *Le sezioni unite sul preliminare di preliminare di vendita immobiliare*; in *Giur. it.*, 2015, 1064, con note di A. Di Majo, *Il preliminare torna alle origini*, e di G. Palermo, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*; in *Riv. not.*, 2015, 608, con nota di C. Cicero, *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto "a tutele crescenti"*.

(42) D. Poletti, *op. cit.*, 47.

(43) G. Baralis, *op. cit.*, 18.

Argomenti

Rent to buy

leasing finanziario, infine, non sembra sinceramente vi siano difficoltà di distinzione rispetto al *rent to buy*. Le somiglianze, che pur sembrerebbero notevoli, svaniscono ove si consideri che il *leasing* è - rispetto al *rent to buy* - funzionalmente preordinato al finanziamento dell'impresa (44).

La disciplina normativa del *rent to buy* propone una configurazione legale della categoria dei contratti di accesso graduale alla proprietà. Sarebbe sempre bene tenere presente l'insegnamento di due nostri Maestri, Michele Giorgianni (45) e Pietro Perlingieri (46), sull'esigenza di inquadrare il caso concreto nel "sistema" leggendo anche un frammento di disposizione normativa alla luce di quello. Orbene, consideriamo la concessione del godimento del bene, onerosa, che presenta dunque la struttura della locazione ed è il dato fisso e ineludibile del *rent to buy*, e successivamente l'eventuale esercizio del diritto ad acquistare. Allora, si direbbe, locazione e vendita (47)? Siamo davanti probabilmente a quel fenomeno legislativo, noto anche al legislatore storico, che fa riferimento alla regolamentazione non già di un contratto ma di pezzi di contratto. La formula *rent to buy* è atecnica, ma indica chiaramente un contratto a due fasi: di conseguimento del godimento, ancora a carattere obbligatorio ma con una specifica tensione al successivo acquisto; di trasferimento della proprietà, realizzatrice dell'effetto reale. La fase obbligatoria è certamente propedeutica a quella in cui si realizza l'effetto traslativo. La domanda fondamentale è, io credo: il *rent to buy* è un contratto complesso, ovvero sia è il risultato della unificazione degli effetti

di più contratti tipici presi nel loro contenuto globale (48)? La risposta è tutt'altro che facile. Si è sostenuto di recente, in senso contrario, che la tipicità sembra ineluttabile, perché è ragionevole assumere come criterio guida della tipicità l'assunto per cui quanto più dettagliata è la disciplina tanto più ha senso scrivere di negozio complesso (49). Facendo un passo indietro, il nostro sistema si ricordi che è molto influenzato dal sistema francese, ove il *Code* statuisce che le regole generali sul contratto sono applicabili anche ai contratti che non hanno una denominazione propria. Se è vero che tipi contrattuali dilagano ampiamente fuori dell'area legalmente loro riservata, e così i tipi assorbono l'universo dei contratti, va sempre rammentato, seguendo Rodolfo Sacco, che è sovente la pratica degli affari a creare una serie di tipi. L'individuazione di un (nuovo) contratto tipico implica il riconoscimento di una causa autonoma, che si ricostruisce in concreto dal tipo contrattuale e che vale a qualificare il regolamento dei privati. La nuova operazione contrattuale è dunque ascrivibile all'area dei tipi contrattuali caratterizzati dal godimento finalizzato all'acquisto, cui appartengono il contratto preliminare ad effetti anticipati, la locazione convertibile in vendita e la vendita con riserva della proprietà, ma anche il *leasing* traslativo (50). L'accesso "progressivo" alla proprietà immobiliare è così il tipo del *rent to buy*. Certamente il c.d. *rent to buy* è oggi contratto che rientra in una figura che ha una disciplina legale particolare, che ad essa corrisponda un univoco tipo legale nominato mi pare di dover dubitare.

(44) G. Baralis, *op. cit.*, 1.

(45) M. Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim.*, 1961, 392.

(46) P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli inter-preti*, Napoli, 1987, 117.

(47) V. le osservazioni di P. Castellano, *op. cit.*, 46.

(48) R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vas-

salli, Torino, 1975, 810.

(49) G. Baralis, *op. cit.*, 5; già nel medesimo senso, sebbene in sintesi, A. Fusaro, *Rent to buy e locazione di scopo - un catalogo di questioni aperte sul c.d. rent to buy*, in *Giur. it.*, 2015, 491.

(50) D. Poletti, *op. cit.*, 43.