



L'IMPUTAZIONE DEI CANONI NEL PROCEDIMENTO E NELLA QUALIFICAZIONE DEL RENT TO BUY.*

GIORGIO BISCONTINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Finalità del contratto di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 – 2. Incidenza dell'operazione economica o del collegamento negoziale sul *rent to buy* – 3. Prime conclusioni: Il *rent to buy* quale fattispecie complessa frutto di un collegamento contrattuale tra una locazione ed un preliminare unilaterale – 4. Il *rent to buy* quale ipotesi di procedimento per il trasferimento del diritto di proprietà: sua utilità per l'emersione degli interessi sottesi all'operazione economica – 5. Necessaria determinazione delle quote di cui ai commi 1 ed 1 *bis*, art. 23 d.l. n. 133 del 2014 e loro autonoma funzione – 6. Il *rent to buy* quale contratto ad effetti essenzialmente obbligatori. Il conduttore: obbligo di restituzione dell'immobile quale obbligazione facoltativa – 7. Segue. Il concedente: sussistenza di un deposito irregolare per somme ricevute in vista della futura vendita *ex* comma 1, art. 23, d.l. n. 133 del 2014; le quote di cui all'art. 23, comma 1 *bis*: mancanza dell'atto traslativo e diritto all'indennizzo da atto lecito dannoso – 8. Conclusioni. Il concedente ed il conduttore sono reciproci debitori e creditori. Sussistenza dei requisiti per la compensazione legale. Circolare dell'Agenzia delle entrate n. 4/E del 19 febbraio 2015: cenni – 9. Essenzialità della proporzionale ed equilibrata suddivisione del canone di cui al comma 1 dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 – 10. L'ammontare delle attribuzioni patrimoniali di cui ai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 23, d.l. n. 133 del 2014: possibile incidenza della legge sulle locazioni. I limiti della buona fede e dell'ordine pubblico. 11.- Influenza del criterio di ragionevolezza ed equità sulle clausole negoziali nel *rent to buy*. 12.- *Rent to buy* e controllo da parte del notaio *ex* art. 28 l. not.

1. Negli ultimi anni si è riscontrata una forte contrazione del mercato immobiliare: ciò ha spinto il legislatore¹ ad intervenire predisponendo all'art. 23 d.l. 12

* Contributo destinato ad essere pubblicato in AA.VV., *Rent to buy. Tra fattispecie e procedimento di formazione del contratto* di prossima edizione.

¹ La dottrina (G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, p. 1030) ha affermato che il *rent to buy* appartiene a pieno titolo al "diritto civile della crisi economica". Sull'argomento cfr., più di recente, i contributi presenti in AA.VV., *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto* a cura di Grisi, Napoli, 2014, *passim*; AA.VV., *Crisi finanziaria e categorie civilistiche* a cura



settembre 2014, n. 133 una disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili prendendo spunto pure dalla prassi², atteso che nel mercato da tempo venivano utilizzate figure contrattuali³ atipiche note con i nomi di *rent to buy*, di *buy to rent* e di *help to buy* già conosciute nell'esperienza straniera. È bene quindi premettere che nel presente contributo si utilizzerà l'espressione *rent to buy* per fare esclusivo riferimento alla figura prevista in detta normativa atteso anche l'uso invalso per richiamarla. Con tale fattispecie contrattuale, di cui forse si è eccessivamente accentuata l'innovatività⁴, si voluto favorire l'incremento delle transazioni immobiliari, superando anche le difficoltà di accesso al credito bancario⁵ che non agevolano un settore compromesso dalla sfiducia generalizzata del mercato⁶.

di Alpa, Milano, 2015, *passim*. Analogamente S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 952.

² In proposito è da ricordare il contributo reso dal Consiglio Nazionale del Notariato nel corso dei lavori parlamentari: il documento è pubblicato in http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/001/285/Consiglio_Nazionale_Notariato.pdf.

³ Per un'analisi delle ipotesi già note nella prassi cfr. A. FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 419 ss.; M. VAIRA, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, in *Riv. not.*, 2015, p. 225 s.; cfr., altresì, V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare (spunti critici e riflessioni di carattere giuridico-economico intorno all'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164)*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 966 s.

⁴ La figura disciplinata dal legislatore probabilmente non è pienamente rispondente alle attese: in proposito v. le considerazioni di S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 953 secondo il quale l'intervento del legislatore ha tipizzato la figura senza, tuttavia, risolvere tutti i possibili problemi. Cfr., altresì, V. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corriere giuridico*, 2015, p. 8 s., il quale definisce «frettolosa» l'introduzione del comma 1-bis, vedendo in essa un «fattore di opacità per la messa a fuoco dello schema negoziale» anche perché «sembra contraddire la possibilità di leggere il contratto vincolante per entrambi i contraenti in ordine al trasferimento dell'immobile». Invero, pare che l'art. 23 d.l. 13 settembre 2014 abbia proprio voluto garantire la libertà di scelta in capo al conduttore considerando il successivo acquisto della proprietà del bene una facoltà e non un obbligo. Probabilmente se vi fosse un obbligo a concludere in futuro l'atto di compravendita si verserebbe in ipotesi diversa da quella legislativamente prevista (così anche E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili, profili ricostruttivi*, in *Corriere giuridico*, 2015, p. 799 s.).

⁵ Per tutti v. A. CIRLA, *Il rent to buy: una grande occasione che però ancora non riesce a decollare*, in *Immobili e proprietà*, 2013, p. 721; V. RUGGIERO, *o.c.*, p. 965, sottolinea come l'intervento legislativo sia intervenuto per sopperire alla carenza di capitale iniziale dell'aspirante acquirente.

⁶ G. FINO, *Aspetti civilistici delle operazioni di rent to buy*, p. 1, in <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/2014-03-03/aspetti-civilistici-operazioni-rent-172155.php>.



A tal fine è stato riconosciuto un certo spazio all'autonomia privata⁷ visto che le parti potranno determinare, tenendo conto delle proprie esigenze, tutti gli aspetti che non sono stati interessati dall'intervento normativo. Si pensi, ad esempio, alla durata del godimento⁸, o alla determinazione della quota di canone imputabile a corrispettivo della successiva vendita.

La definitiva formulazione dell'art. 23 stabilisce, al comma 1, che nei 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, può essere imputato al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto; al comma 1-bis prescrive che le parti sono tenute a definire in sede contrattuale la quota dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito. Le due previsioni vanno lette sistematicamente e sono qualificanti l'operazione economica che le parti intendono porre in essere. Il primo comma offre una descrizione della fattispecie, mentre il comma 1-bis disciplina le conseguenze qualora il conduttore decida di non acquistare l'immobile goduto. Da detta disciplina risulta che quest'ultimo è titolare di un diritto – e non di un obbligo – all'acquisto della proprietà⁹, obbligo che invece grava sul concedente visto che si impegna a vendere il bene immobile locato.

Nel concludere il *rent to buy*, le parti perseguono interessi diversi¹⁰: da un lato il venditore, anche non imprenditore, si prefigge di alienare il bene di cui ha la disponibilità; dall'altro il compratore è mosso dall'interesse ad avere la possibilità di godere del bene ed a stipulare un contratto in cui fissa i termini economici dell'affare, anche in vista di un futuro, eventuale acquisto, qualora non abbia ancora la capacità

⁷ D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 44, secondo la quale l'autonomia privata è chiamata a determinare molteplici aspetti del regolamento di interessi quali, tra gli altri, la durata del godimento, la parte del canone imputabile al prezzo di acquisto, la possibile conclusione anticipata dell'operazione e la cessione a terzi.

⁸ P. CASTELLANO, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, in *Riv. not.*, 2015, p. 49 precisa che il termine, tuttavia non dovrebbe essere superiore al decennio stante il termine massimo dell'efficacia prenotativa della trascrizione ex comma 3 dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 che ha imposto una lettura correttiva dell'art. 2645bis cod. civ. Sulla rilevanza di tale innovazione cfr. F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 822 ss.; M. VAIRA, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, cit., p. 231 s.

⁹ Sul punto, per tutti, v. A. CIRLA, *Rent to buy, contratto blindato. Accordi anticipati sulle somme da restituire in caso di mancato acquisto*, in *Il Sole 24 Ore del 2 marzo 2015*, p. 40; L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 2015, p. 190 ss.; V. RUGGIERO, *o.c.*, p. 974.

¹⁰ V., ad esempio, le considerazioni di D. POLETTI, *o.c.*, p. 34.



economica per porre in essere la compravendita o qualora non sia ancora determinato alla definitiva stipulazione. Fissando le relative condizioni economiche, l'aspirante venditore colloca l'immobile determinandone il prezzo sì da evitare oscillazioni negative del mercato; il conduttore, dal canto suo, riesce a diluire nel tempo l'impegno finanziario per l'acquisto, realizzando subito il suo interesse a conseguire il bene senza necessariamente ricorrere ad un finanziamento bancario. Il conduttore, inoltre, potrebbe avrebbe un ulteriore vantaggio qualora dovesse decidere per l'acquisto; in tal caso, infatti, dovrà corrispondere l'importo residuo del prezzo dell'immobile con conseguente agevolazione ad accedere al credito, potendo contare su un *rating* più elevato rispetto a quello iniziale; ciò perché, al momento di richiedere un mutuo per l'acquisto dell'immobile, dovrà domandare una somma inferiore al valore del bene e potrà dimostrare di non avere difficoltà nel saldarne le relative rate atteso che, per tutta la durata del rapporto locatizio, ha pagato puntualmente i relativi canoni¹¹.

L'introduzione di uno iato¹² tra il momento della conclusione del contratto, con il quale si concede il godimento dietro corrispettivo, e quello del compimento dell'atto traslativo è funzionale alla composizione dei reciproci interessi dei contraenti. L'art. 23 d.l. n. 133 del 2014, nel suo insieme, evidenzia la complessità dell'operazione negoziale e le funzioni svolte dalle varie articolazioni di cui si compone il canone. Di qui l'essenzialità¹³ della previsione della quota destinata a remunerare il godimento, della quota da imputare a corrispettivo qualora il conduttore opti per l'acquisto e, infine, della suddivisione di quest'ultima a norma del comma 1 *bis* per determinare quanto dovrà essere restituito qualora il conduttore decida di non acquistare la proprietà dell'immobile¹⁴.

L'art. 23, commi 1 e 1 *bis*, d.l. 2014/133, operando le suddivisioni del canone così come sopra richiamate, pur contribuendo a definire la funzione del contratto¹⁵, non descrive, tuttavia, compiutamente gli istituti utilizzati per perseguire le complesse

¹¹ Per analoghe considerazioni cfr. G. FINO, *o.l.u.c*

¹² C. CICERO, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi (provocazioni e spunti)*, in *Contratti*, 2015, p. 1041.

¹³ Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 957 il quale osserva che la sua mancanza comporterebbe la fuoriuscita dal tipo negoziale introdotto dal legislatore; G. RIZZI, *Il rent to buy: aspetti redazionali*, in *Riv. not.*, 2015, p. 891; F. DELFINI, *o.c.*, p. 819.

¹⁴ Tale ultima previsione pare necessaria anche per consentire al conduttore una scelta pienamente consapevole anche in ordine al sacrificio che dovrà sopportare qualora decida di non acquistare l'immobile goduto. Per analogia considerazione cfr. L. IBERATI, *o.c.*, p. 190 s., secondo il quale le parti sono tenute a concordare quale sarà il prezzo del futuro acquisto e quale sarà il "prezzo" del diritto riconosciuto al conduttore affinché possa decidere se acquistare o no l'immobile.

¹⁵ D. POLETTI, *o.c.*, p. 41 s. la quale attribuisce alla quota non locativa del canone la natura di "rateo di prezzo" sin dall'inizio; M. IEVA, *Casi e problemi di interesse notarile - documenti - attualità*, in *Riv. not.*, 2015, p. 678 s.



finalità programmate dalle parti. Nel tentativo di fornire una lettura della disciplina della nuova figura negoziale e delle prestazioni che la caratterizzano, parte della dottrina, attenta all'operazione economica di cui è espressione¹⁶, ne ha evidenziato la "struttura bifasica" alla quale corrisponderebbe una gradualità¹⁷ dell'acquisto della proprietà. Secondo tale ricostruzione, ad un primo segmento caratterizzato dal diritto di godimento seguirebbe - e la tensione dell'intera operazione sarebbe in tal senso - un secondo segmento avente ad oggetto il trasferimento della proprietà del bene. In questa prospettiva la concessione in godimento assurgerebbe a tassello fondamentale per la realizzazione dell'intero programma operativo, quale necessario segmento «strumentale»¹⁸ utile alla trasformazione del godimento a titolo di detenzione in possesso espressione del diritto reale di proprietà.

Tuttavia, in questa prospettiva, soltanto con riferimento alla complessiva operazione economica, si può discorrere di un "primo segmento"¹⁹ di una operazione più complessa visto che il "secondo segmento" sembra non rientrare nella funzione giuridica caratterizzante il contratto denominato *rent to buy*. Sebbene l'operazione economica possa essere vista in modo unitario, pare opportuno premettere sin da ora che l'utilizzo della locuzione "to" potrebbe non risultare utile ad una compiuta qualificazione del contratto in esame, finendo per evidenziare soltanto che lo stesso è finalizzato a consentire a condizioni maggiormente accessibili o con un consenso maggiormente determinato l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale²⁰ relativo

¹⁶ E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 800 la quale aderisce alla tesi di E. GABRIELLI, "Operazione economica" nella teoria del contratto. *Studi*, Milano, 2013, pp. 74 e 86; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 95 ss.

¹⁷ D. POLETTI, *o.c.*, p. 41, discorre di acquisto graduale non già per ipotizzare una diluizione dell'effetto reale, ma per evidenziare l'accesso agevolato all'acquisto della proprietà grazie al successivo scomputo sul corrispettivo di frazioni del canone del godimento versato al concedente nel corso dell'utilizzazione del bene. L'a., discorre anche di procedimentalizzazione dello scambio (p. 63), posizione ribadita in ID., *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, in *Contratti*, 2015, p. 1056, sulla scia della ricostruzione offerta da G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, in *Rent to buy e locazione di scopo* a cura di Rescigno e Cuffaro, in *Giur. it.*, 2015, p. 494. Sulla possibilità di un acquisto graduale della proprietà legata al decorso del tempo ed al conseguente pagamento dei ratei cfr. A. NERVI, *La vendita con riserva di proprietà; riflessioni su un istituto "eccentrico"*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 683.

¹⁸ Così anche D. POLETTI, *o.c.*, p. 32 ss.

¹⁹ E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 807 s.

²⁰ Sul punto cfr. D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare*, cit., p. 33 s., la quale evidenzia come, sebbene nei numerosi contratti di locazione finalizzati al successivo acquisto del bene sintetizzati nell'espressione "*rent to buy*" sia possibile rinvenire anche l'acquisto degli altri diritti reali, dal tenore letterale dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 e, segnatamente, da quello del comma 1 *bis* si evince che, incomprensibilmente, il contratto da esso regolato riguardi esclusivamente le ipotesi di acquisto della proprietà (p. 41).



all'immobile di cui si è avuto il godimento, effetto che si realizzerà soltanto con un altro ed autonomo contratto.

La prospettiva di una funzionalizzazione del *rent to buy* al trasferimento della proprietà ha indotto parte della dottrina²¹ a distinguerlo, nonostante l'uso dei termini "conduttore" e "canoni", dalla locazione²². In proposito si afferma che nella locazione immobiliare, il godimento del bene è un godimento "di ritorno" per il locatore, conseguenza dell'obbligo di restituzione alla scadenza del rapporto locativo mentre nello scenario disegnato dall'art. 23 d.l. 2014 n. 133 il godimento è un godimento di potenziale "non ritorno" per il concedente. Di qui la conseguenza dell'allontanamento del contratto previsto da detta disposizione dalla locazione, con l'effetto che qualora il conduttore non eserciti il diritto all'acquisto, la finalità del contratto è tale da non consentire di accogliere istanze come quelle che possono sopravvenire alla scadenza del rapporto, se l'alloggio è di tipo abitativo, poste al centro di misure normative di emergenza dirette, con il blocco degli sfratti, a posticiparne la riconsegna²³.

Invero, pare che la qualificazione di una fattispecie discenda dagli effetti che produce nella loro sintesi sicché saranno qualificanti²⁴ soltanto gli effetti che si

²¹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 958; V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, cit., p. 983; G. PALERMO, *o.c.*, p. 494; D. POLETTI, *o.n.c.*, p. 43; V. CUFFARO, *La locazione di scopo*, in *Rent to buy e locazione di scopo* a cura di Rescigno e Cuffaro, in *Giur. it.*, 2015, p. 503 s.; F. PADOVINI, *Rent to buy e condominio*, in *Rent to buy e locazione di scopo* a cura di Rescigno e Cuffaro, in *Giur. it.*, 2015, p. 499 ss.

²² In tal senso v., pure, Trib. Verona, 12 dicembre 2014, in *Dir. fall.*, 2015, p. 591, secondo il quale il contratto di *rent to buy*, così come disciplinato dall'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 (c.d. Decreto sblocca Italia), rappresenta una nuova tipologia contrattuale, non assimilabile al contratto di locazione, sicché allo stesso non è applicabile la relativa disciplina, con particolare riferimento alla durata minima.

²³ Per una soluzione a tale problema pare opportuno tenere presente le decisioni della Consulta secondo le quali il riconoscimento del diritto sociale fondamentale all'abitazione che connota la vigente forma di Stato (Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Dir. fam.*, 1988, p. 1559; Corte cost., 20 dicembre 1989, n. 559, in *De jure on line*) ha portata generale sicché il giudice è tenuto ad accordare preminenza alle situazioni soggettive ad esso riconducibili (Corte Cost., 19 novembre 1991, n. 419, in *De jure on line*). Ne discende che nel *rent to buy*, ove si considerasse la successiva compravendita un evento eventuale, si riproporrebbe il problema dell'applicazione dei principi che informano la legge speciale.

²⁴ Il problema della qualificazione del contratto è troppo ampio per potere essere affrontato, seppur sommariamente, in questa sede. Pare comunque opportuno ricordare che secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale il momento della qualificazione consiste nell'attribuzione alla fattispecie del *nomen iuris* che le compete. In dottrina le opinioni sono assai diversificate. Da un lato v'è chi (C. GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici «inter vivos» (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1968, p. 904), accedendo ad una nozione lata di interpretazione, finisce con il ricondurre ad essa anche l'attività di identificazione del tipo negoziale e chi (E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1955, p. 810), pur ammettendo che le due operazioni sono tra loro connesse, ammonisce a non «confonderle insieme»; pure L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Il codice civile, Commentario*



verificheranno necessariamente, sia pure in forma differita. In tale prospettiva, pare che *ab initio* il diritto di godere dell'immobile trovi giustificazione nel titolo locativo rispetto al quale l'acquisto del diritto di proprietà sul medesimo è puramente ipotetico, con la conseguenza che la restituzione non risulta essere un effetto "eventuale" ponendosi, invece, quale effetto essenziale della fattispecie, effetto che può essere eliminato soltanto qualora il conduttore decida di comprarlo. Sebbene alla scadenza del rapporto locativo, senza che vi sia stata tale ultima scelta, il proprietario abbia diritto alla restituzione, tuttavia non pare altrettanto scontato che tale diritto non possa trovare un limite nel diritto all'abitazione che potrebbe essere vantato dal conduttore²⁵.

L'utilizzo della locuzione "to" incide sicuramente sulla funzione di parte delle somme corrisposte dal conduttore, tuttavia essa pare, da un lato, non essere in grado di snaturare la funzione locativa presente nel contratto in esame e, dall'altro, non permette di giustificare causalmente il contratto in esame in vista della futura vendita, neppure nella forma del preliminare ad effetti anticipati²⁶. Invero, con il c.d. *rent to buy* il godimento del bene da parte del conduttore non rappresenta un "effetto anticipato" della futura vendita visto che la conclusione di questa resta nella piena disponibilità del conduttore; analogamente, le quote diverse dal canone locativo non possono di

fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, *Aggiornamento* a cura di V. Calderai, Milano, 2013, p. 23 considera non ontologicamente distinte l'interpretazione e la qualificazione; dall'altro, invece, v'è chi (ad esempio, G. SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano, 1962, p. 99 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXI, 2, Milano, 1987, p. 507 s.) scinde il momento della qualificazione da quello dell'interpretazione. In questa prospettiva è stato anche ritenuto (M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pp. 318 ss. e 349 ss.) che la qualificazione rappresenta un'operazione diretta ad accertare, con il tipo contrattuale, anche il piano di ripartizione dei rischi che ad esso corrisponde. Per una prospettiva innovativa cfr. P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 286 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 237 ss.; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Camerino-Napoli, 1985, p. 132 ss. e *passim*. Sul problema della qualificazione cfr., inoltre, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 103 ss.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 33 ss.

²⁵ In senso opposto D. POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, in *Contratti*, 2015, p. 1056. Cfr., altresì, V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, cit., p. 974, secondo il quale, non essendo il *rent to buy* una locazione, non è possibile una sua prosecuzione oltre il termine convenuto. Ne consegue che qualora il conduttore volesse continuare a godere dell'immobile dovrebbe concludere un nuovo ed autonomo contratto di locazione.

²⁶ Richiamano tale figura G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., p. 495; E. GUARDIGLI, *I contratti godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 807. Su tale tema cfr. anche G. ADILARDI, *Il contratto preliminare*, Padova, 2008, p. 73 ss.; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991, *passim*.



per sé rappresentare acconto di un prezzo la cui esistenza è subordinata alla volontà del conduttore di acquistare la proprietà del bene locato, inducendo a ritenere assente nel contratto in esame una sorta di acquisto “graduale”, qualora se ne ammetta l'esistenza.

2. La valutazione dell'assetto economico del *rent to buy* è strettamente connesso al problema della sua qualificazione dalla quale non si può prescindere per rinvenire i limiti che incontra l'autonomia privata nell'utilizzo di tale fattispecie, in particolare nella determinazione del suo contenuto economico nonché per definire la natura giuridica delle rispettive attribuzioni patrimoniali. L'analisi del tipizzato contratto di *rent to buy* appare necessaria per ricercare gli effetti essenziali prodotti ed idonei a qualificarlo quale nuova ed autonoma fattispecie piuttosto che collegamento negoziale tra più fattispecie perfette o, ancora, quale operazione economica, categoria alla quale taluno riconosce il ruolo di fattispecie oppure, infine, quale ipotesi procedimentale dell'atto di autonomia privata. Ne discende un doveroso tentativo volto all'analisi di tale figura negoziale al fine di stabilirne gli effetti qualificanti verificando, altresì, se ed in quale misura l'asserita struttura bifasica incida sulla sua qualificazione.

A tal fine, pare non si possa prescindere dalla nozione di causa del contratto: essa può essere intesa come funzione economico-sociale²⁷ o come sintesi degli effetti essenziali²⁸ o come «minima unità effettuale»²⁹, prendendo le mosse dalla descrizione della fattispecie astratta, oppure può essere intesa nell'accezione di funzione economico-individuale³⁰ ponendo in risalto³¹ le finalità che l'autore o gli autori del

²⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da Vassalli, XV, 2, Torino, 1950, p. 171 ss.; ID., *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 32 ss.

²⁸ S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa di negozio giuridico*, in ID., *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 119.

²⁹ R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione novativa del credito ed estensione dell'obbligazione nella teoria generale del negozio*, Napoli, 1968, pp. 48 ss. e 64 ss.

³⁰ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, p. 254; ID., *L'“invisibile” presenza della causa del contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 897 ss.; ID., *Tradizione e novità nella disciplina del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 127 ss.; ID., *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 2008, p. 76 ss. e, da ultimo, ID., *Equivoci e verità sul negozio giuridico e la sua causa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2008, p. 171 ss., prospetta la teoria della causa come funzione economico-individuale, ovvero come causa “in concreto”.

³¹ Contro la configurazione della nozione di causa astratta da contrapporre alla causa concreta cfr. G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. FERRI e C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 99, il quale precisa (p. 101) che «la causa astratta non esiste; esiste soltanto la causa del concreto negozio».



negozio intendono perseguire sì da divenire il punto di collegamento tra l'operazione economica ed i soggetti che ne sono autori. In entrambi i casi, il riferimento all'operazione economica assume rilievo anche perché, secondo parte della dottrina, essa riveste un valore concettualmente ordinante e non soltanto descrittivo³² in quanto, sulla base degli interessi coinvolti, permette³³ la diretta applicazione delle disposizioni con essa maggiormente compatibili³⁴.

³² E. GABRIELLI, "Operazione economica" nella teoria del contratto, cit., p. 98.

³³ Spetta all'interprete, superando una ricostruzione ingegneristica del sistema giuridico, ricercare la *ratio* delle singole norme verificandone l'effettivo ambito operativo. L'attività ermeneutica, attraverso un procedimento di diritto positivo, determina la portata giuridica del contratto (G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, pp. 17 e 48; sul punto, cfr. pure V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, cit., p. 148 ss.) da individuare con una metodologia attenta a non frantumare la specifica realtà unitaria della quale il fatto e la norma sono aspetti. Nella ricerca della disciplina compatibile rientra pure la fase dell'integrazione che non può non tenere conto dei valori espressi dall'atto di autonomia privata e dall'ordinamento giuridico: M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, artt. 1374-1381, in *Il codice civile, Commentario* fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2013, p. 51, il quale tuttavia (p. 46) distingue la fase dell'integrazione da quella dell'interpretazione. Reputa che tra interpretazione ed integrazione corra un nesso di consequenzialità necessaria L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, cit., p. 25 ss.

³⁴ Soltanto raccordando l'operazione economica alla disciplina giuridica del contratto l'interprete è in grado di colorarla di giuridicità nella consapevolezza del reale ed articolato assetto di interessi posto in essere dai privati: C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 428. Tale operazione è necessaria anche per i contratti atipici per i quali è necessario fissare i limiti di movimento all'interno di figure già note: cfr. C. BEDUSCHI, *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, pp. 368 e 373. In questa prospettiva anche per i contratti previsti dal legislatore è necessario ricercare la disciplina compatibile con la particolare fattispecie messa in atto dai contraenti. Poiché nessun contratto, tipico o atipico che sia, è fornito di una regolamentazione completa predisposta o dal legislatore o dai parti, pare da condividere l'esortazione di chi (U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 491) ha suggerito di tentare una ricostruzione sistematica degli effetti dei negozi, prescindendo dalle definizioni contenute nel codice, applicando direttamente al singolo contratto anche altre norme previste per regolare gli effetti di negozi tipici. L'individuazione della funzione concreta del contratto impone la continua dialettica tra fatto e rapporto (in argomento v. le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dell'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, IV, *Delle obbligazioni*, artt. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975, p. 16 ss. e, più recentemente L. BARCHIESI, *Il contenuto del contratto tra atto e rapporto*, Torino, 2005, p. 49 ss.) consentendo all'interprete di individuare, al di fuori di tecniche precostituite, la concreta disciplina per regolare la singola fattispecie. Ciò è ancor più vero allorché si tratta di determinare le regole giuridiche in fattispecie complesse ove i molteplici interessi possono essere colti e ridotti ad unità grazie alla valutazione dell'operazione economica capace di riunire più negozi collegati per raggiungere un determinato fine (così F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, 2, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, Padova, 2010, p. 217). La



Pare opportuno, tuttavia, sottolineare che, sebbene non sia sufficiente indagare il solo profilo statico della fattispecie³⁵, non si dovrebbe giungere ad attribuire alla c.d. causa in concreto³⁶ una funzione qualificante poiché il requisito causale non può variare in ragione dello scopo pratico perseguito dalle parti³⁷. La causa in concreto, sebbene razionalizzi gli effetti complessivamente prodotti, non può essere utile per identificare una categoria che, invece, è frutto di una necessaria astrazione. Per individuare la rilevanza giuridica del vincolo alla luce dell'intero ordinamento³⁸, è

complessità dell'attività ermeneutica sensibile alla relazione corrente tra contratto e operazione economica potrebbe consentire di superare l'opinione di chi reputa che talvolta la nozione di contratto non risulta capace di descrivere compiutamente la realtà sottesa ad operazioni negoziali che derivano dalla combinazione e/o dalla fusione di più fattispecie negoziali per il conseguimento di finalità che superano gli effetti propri dei singoli contratti. Per una valutazione della concreta operazione economica nella sua unità formale cfr. G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 136; ID., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 2; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 724; S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006, p. 73.

³⁵ U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 197, secondo il quale sarebbe insufficiente valutare la causa soltanto quale suo requisito (art. 1325, n. 2, cod. civ.).

³⁶ Cfr. G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, cit., p. 97 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 425 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 808. La causa in concreto, a differenza della causa intesa nella sua astrattezza, rappresenta la funzione individuale della singola e specifica negoziazione al di là del modello astratto utilizzato.

³⁷ L'operazione economica non incide sulla causa, ma sulla concreta disciplina negoziale valutata nel suo complesso: il profilo del contratto-concetto giuridico va distinto dal contratto-operazione economica (per tale puntualizzazione, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 10 s.) perché il contratto-concetto giuridico è il titolo che rende giuridicamente rilevante l'affare.

³⁸ A tal fine non si può non tenere conto del fatto che il nuovo diritto dei contratti risulta arricchito dall'esperienza comunitaria che ha evidenziato altri profili idonei a ricondurre a sintesi unitaria la complessità degli interessi sottesi all'atto di autonomia privata rilevante sul piano dogmatico-sistematico oltre che applicativo (sul punto cfr. A. ASTONE, *Contratto. Negozio. Rapporto*, Milano, 2008, p. 50 ss.) anche al fine di regolare il mercato: così E. GABRIELLI, "Operazione economica" nella teoria del contratto, cit., p. 97. Si deve, tuttavia, evitare di elevare il "mercato" a feticcio ideologico (così U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, p. 291) perché esso trova un proprio limite nel rispetto del valore espresso dalla persona: cfr. N. LIPARI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 24; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, *ibidem*, p. 84 s.; F.D. BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, p. 43 ss. Invero, le linee evolutive dell'autonomia privata evidenziano la necessità di operare controlli (sull'argomento, si rinvia, per tutti, a P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 95 ss.; F. GALGANO, *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Bologna, 1978, p. 126; N. IRTI, *L'ordine giuridico del*



necessario evitare un'indagine condotta per schemi e per tipi³⁹ sì da valutare tutti i profili dell'atto⁴⁰, compresi quelli della causa in astratto⁴¹.

Tutti gli atti di autonomia privata devono essere interpretati sostituendo alla metafora della “comune intenzione” il paradigma della ricostruzione della regola⁴² che

mercato, Bari, 1998, p. 72; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, p. 608; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 26; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 s.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 5 ss.; S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366 ss.; R. TOMMASINI (a cura di), *Autonomia privata e strumenti di controllo, nel sistema dei contratti*, Torino, 2007, p. XVII; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 432; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi e equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 423 ss.; F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 92; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano, 1971, p. 67 ss.; U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, cit., p. 494; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 229 ss.; A. DI MAIO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 9 ss.; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 2000, p. 517 ss.) che impongono di rivedere il principio della tradizionale intangibilità della *lex contractus*, incline a considerare la pattuizione come una questione rimessa alla assoluta discrezionalità dei soli contraenti.

³⁹ Reputa, invece, che ad un contratto tipico non possano essere applicate in via diretta le norme specificamente dettate per altri contratti A. FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, in *Rent to buy e locazione di scopo* a cura di Rescigno e Cuffaro, in *Giur. it.*, 2015, p. 497, al quale si rinvia per la puntuale individuazione dei profili del *rent to buy* su cui è dato riscontrare una convergenza o una divergenza di opinioni. Analogamente già G. PETRELLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (rent to buy)*, in <http://www.gaetanopetrelli.it>, p. 2 e S. SIDERI, *Tecniche contrattuali*, relazione presentata al Convegno, *La disciplina del rent to buy: tutele sostanziali e questioni tributarie*, organizzato dalla Fondazione italiana per il Notariato, in collaborazione con il Consiglio Notarile di Milano, a Milano il 23 gennaio 2015.

⁴⁰ E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, reperibile al link http://www.judicium.it/old_site/news/ins_04_06_03/gabrielli.HTM, secondo il quale l'atto di autonomia deve essere considerato, sia sotto il profilo della sua struttura formale – vale a dire se dia luogo a contratti misti o ad ipotesi di collegamento fra contratti, ovvero fra gruppi di contratti, o ad ipotesi di contratti dipendenti – sia in termini di qualità degli interessi perseguiti (e protetti), sia in termini di controllo del rispetto dei limiti quantitativi imposti dall'ordinamento all'assetto di interessi fissato dalle parti nel contratto.

⁴¹ Sulla possibilità di una doppia valutazione dell'elemento causale v., già, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 249, secondo il quale si potrebbe discorrere di una causa in senso astratto, utile allo scopo di identificare la oggettiva funzione del negozio e di una causa in senso concreto, intesa come sindacato operato, caso per caso, sull'effettivo intento dei contraenti. Invero, pare che, a prescindere dalla nozione di causa che si preferisca accettare, sia necessario valutare i profili statico e dinamico della fattispecie, cogliendo la reale finalità perseguita sì da individuare la regola maggiormente compatibile per individuare il regolamento nonché per disciplinare la fase patologica dell'intera vicenda.



dia effettivo rilievo alle ragioni pratiche del vincolo e, più in generale, dell'effetto giuridico⁴³. Il regolamento giuridicamente rilevante discende, oltre che dall'autonomia delle parti⁴⁴, dalla sintesi delle regole proprie della fattispecie astratta e dalle altre norme presenti nel sistema giuridico che meglio si adattano agli interessi regolati e meritevoli di tutela che hanno trovato composizione nella fattispecie concreta.

L'attività interpretativa⁴⁵ è complessa⁴⁶ dovendo tenere conto sia dell'elemento logico-sistematico sia di quello teleologico⁴⁷ sicché è l'interprete, ricorrendo anche a criteri c.dd. «correttivi»⁴⁸, a risultare il responsabile della coerenza del sistema⁴⁹. Ciò

⁴² Un'interpretazione della legge assiologicamente orientata deve rifuggire da una visione statica del procedimento ermeneutico, ponendo in risalto la necessaria dialettica tra interpretazione della legge (art. 12 disp. prel.) e interpretazione del contratto (art. 1362 cod. civ.) affinché, in un procedimento unitario, confluiscono l'interpretazione, la qualificazione e l'individuazione della normativa più adeguata: P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, cit., p. 826 ss. e, sulla sua scia, V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, cit., p. 132 ss. Sull'argomento cfr. pure M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 725 ss.

⁴³ U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, XIII, Torino, 1999, p. 25 il quale richiama la necessità di utilizzare anche il criterio della buona fede.

⁴⁴ Il contratto, sia pure in una moderna accezione tendente a smitizzare il dogma dell'autonomia privata, resta autoregolamento da integrare a norma dell'art. 1374 cod. civ. e da valutare in termini di meritevolezza: per una specifica applicazione cfr., F. BILANCIA, *Statuto del consumatore e evoluzione della società politica*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore* a cura di Cocco, Milano, 2010, p. 166. Reputano che il singolo negozio non sia l'autoregolamento poiché esso non contiene e non esaurisce tutto l'affare pure G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969, p. 215 e V. SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, cit., p. 93.

⁴⁵ S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, cit., p. 54, evidenzia l'importanza dell'attività interpretativa chiamata, in presenza del collegamento negoziale, a tenere conto di tutti i contratti collegati costituenti l'operazione economica complessa.

⁴⁶ Accentua il ruolo del giurista pure L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 156 s. Tale sensibilità risulta essenziale se si considera che il diritto ha una funzione eminentemente pratica: S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 49 ss.; P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 457 ss.

⁴⁷ Accentua la rilevanza di tale profilo nell'interpretazione della legge E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pp. 174 e 182 ss.

⁴⁸ A. BELVEDERE, *Analisi dei testi legislativi e art. 12 delle preleggi*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo* a cura di A. Palazzo, Napoli, 2001, p. 158. Sull'origine dell'espressione «interpretazione correttiva» v. L. MENGONI, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio*, in *Il contratto, Silloge in onore di G. Oppo*, I, Padova, 1992, pp. 317 e 320.

⁴⁹ T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 71 ss.; S. RODOTÀ, *Conclusioni*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo* a cura di A. Palazzo, Napoli,



accade anche nel contratto di *rent to buy* la cui disciplina deve essere ricercata sulla base delle specifiche prescrizioni legislative, integrate da altre norme e principi⁵⁰ al fine di renderlo coerente con il sistema giuridico nel suo complesso⁵¹.

Stante l'importanza che è venuta ad assumere la nozione di operazione economica nell'ambito della teoria del contratto, pare opportuno soffermarsi ulteriormente su tale tematica visto che proprio la complessità della fattispecie negoziale di cui si discorre potrebbe indurre a rinvenirvi una concreta manifestazione nel tipizzato *rent to buy*.

2001, p. 210 il quale rileva che il legislatore non è più in grado di costruire un sistema giuridico coerente.

⁵⁰ In questa prospettiva è stato proposto (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 244 s.) il superamento della rigida contrapposizione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta auspicando una teoria dell'interpretazione che punti alla massima valorizzazione delle particolarità del singolo fatto la cui disciplina sia rispettosa degli interessi e dei valori in gioco (P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 249 s.). Si viene, in tal modo, a mettere in dubbio la possibilità di distinguere le norme interpretative da quelle suppletive (in tal senso, cfr. V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, cit., p. 530. Tra i più autorevoli fautori della distinzione tra norme interpretative e norme chiamate ad operare sul piano dell'efficacia, cfr., per tutti, C. GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici "inter vivos"*, cit., p. 907; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 354) nonché a negare l'esistenza di criteri discretivi tra interpretazione ed integrazione: in tal senso, cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 277 e 291; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 212 s. Sul problema dell'interpretazione integrativa cfr., altresì, G. ALPA (a cura di), *L'interpretazione del contratto*, I, *Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milano, 1983, p. 104 s.).

⁵¹ Per il superamento di un'interpretazione letterale della legge a favore di un'interpretazione logico-sistematica e teleologico-assiologica nonché per il superamento del brocardo *in claris non fit interpretatio* v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 181 ss.; ID., *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Diritto. Metodo. Ermeneutica, Scritti scelti* a cura di G. Grifò, Milano, 1991, p. 523; P. PERLINGIERI, *Appunti di "teoria dell'interpretazione"*, Camerino, 1970, p. 28 ss., spec. p. 31; ID., *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 207 ss.; G. TEDESCHI, *L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete (riflessioni sul pensiero di Tullio Ascarelli)*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 536, il quale, con espressione incisiva, afferma che le parole rappresentano l'esempio più tipico di tutto ciò che è variabile ed incerto; G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965, *passim*; M. ROTONDI, *Interpretazione della legge*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1968, p. 895; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, *Disposizioni sulla legge in generale*, I, artt. 1-8, Bologna-Roma, 1977, p. 119 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1987, p. 101; G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990, p. 26 ss.; G. ALPA, *o.u.c.*, p. 164; F. SANGERMANO, *L'interpretazione del contratto. Profili dottrinali e giurisprudenziali*, Milano, 2007, p. 79 ss.; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, p. 413 ss.



All'uopo, pare opportuno ricordare come per taluno⁵² la nozione di operazione economica divenga una categoria ordinante sicché, a prescindere dalla unicità o pluralità degli strumenti utilizzati, se le parti hanno inteso realizzare un assetto unitario e non scindibile, si avrebbe un'unica funzione alla quale dovrebbe corrispondere un unico contratto. In tale prospettiva la causa non conserverebbe una propria autonomia⁵³ venendo ad essere desunta dall'operazione economica negoziale⁵⁴, vale a dire dall'affare nella cui totalità l'atto o gli atti restano assorbiti⁵⁵. Con ciò l'operazione economica verrebbe ad assurgere a dignità di fattispecie⁵⁶.

⁵² A. CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, Torino, 2014, p. 222 s.; in linea con tale pensiero v., pure, L. BARCHIESI, *Il contenuto del contratto tra atto e rapporto*, cit., p. 52; in tale prospettiva sarebbe frutto di una forzatura dogmatica distinguere, all'interno della vicenda negoziale presa in considerazione, il requisito causale dall'interesse perseguito dalle parti.

⁵³ M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 564 ss., e V. SCALISI, *Negoziato astratto*, cit., p. 93. Reputano che la valutazione causale investa l'operazione negoziale nella sua totalità, sicché la causa da requisito della fattispecie diviene titolo giustificativo dello spostamento patrimoniale, anche G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 386 ss.; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 217 ss. e 232 s.; A. LENER, «Expressio causae» e astrazione processuale, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 776 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni e contratti*, Roma, 1978, p. 175 ss.

⁵⁴ Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 249.

⁵⁵ Cfr. V. SCALISI, *Negoziato astratto*, cit., p. 93, il quale ritiene, che in tal modo si dia un senso al giudizio di meritevolezza richiesto dall'art. 1322, comma 2, cod. civ., non circoscrivibile ai soli contratti atipici. Sul punto cfr. pure G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 13. Reputa che il giudizio di meritevolezza possa consentire di stabilire i limiti di tutela che l'ordinamento può accordare ad un'operazione economica, M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 423 ss., spec. p. 435; in tal senso, v. pure F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, p. 172. V., altresì, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 1; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., p. 2 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 5 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 134 ss.; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 54.

⁵⁶ La nozione di fattispecie per parte della dottrina è l'insieme di tutti gli elementi necessari e sufficienti affinché si produca un determinato effetto giuridico (per tale definizione cfr., tra gli altri, P.G. MONATERI, *Fattispecie*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 2008, p. 224): tale definizione ha suscitato talune perplessità (A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 927 ss.) anche in considerazione del fatto che la fattispecie astratta non è in grado di dare vita ad alcuna vicenda. La fattispecie, nella sua astrattezza, non è né causa né concausa degli effetti negoziali; essa costituisce uno dei termini, unitamente al soggetto che effettua la valutazione, dell'atto di valutazione: la fattispecie è l'oggetto della valutazione: A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, cit., p. 935.



Invero, il contratto è nozione giuridica che non si identifica con l'operazione economica⁵⁷ perché di questa rappresenta “l'involucro o la veste esteriore”⁵⁸: il contratto è entità giuridica⁵⁹ volta a regolare interessi economici⁶⁰ e non un'entità giuridico-economica⁶¹. Non pare, dunque, si possa affermare che il contratto “è” operazione economica⁶². L'operazione economica⁶³ o, se si preferisce, l'operazione negoziale⁶⁴, quale categoria logico-concettuale, si affianca a quella di atto di autonomia privata che resta caratterizzato da una propria causa⁶⁵, evidenziando, di volta in volta, le relative peculiarità giustificate da un articolato assetto di interessi: di qui la necessità, con riferimento agli interessi concreti perseguiti dalle parti, di verificare se sia stato stipulato un singolo contratto la cui disciplina risulterà arricchita rispetto a quella legale o un contratto atipico o, ancora, una combinazione di contratti tipici o atipici

⁵⁷ Negano che l'operazione economica possa essere utilizzata quale categoria giuridica cfr. A. BARBA, *Profili civilistici del leveraged buyout*, Milano, 2003, p. 24 s. e A. TULLIO, in AA.VV., *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi* a cura di Demuro, Torino, 2010, p. 212.

⁵⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 11.

⁵⁹ Non è la disciplina giuridica ad essere determinata dall'economia dell'affare ma, nel primato che spetta alla legge, deve essere ricercata la normativa compatibile.

⁶⁰ La patrimonialità del rapporto appare connotato qualificante del contratto: per tutti v. P. RESCIGNO, *Premessa*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, I, in *Tratt. dei contratti* diretto da Rescigno, 1, Torino, 1999, p. XXX. Per la persistente attualità del contratto quale mezzo di definizione di interessi cfr. G. ALPA, *Introduzione alla nuova giurisprudenza*, in *I contratti in generale* diretto da Alpa e Bessone, I, *I fenomeni negoziali*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 123 s.

⁶¹ A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, in *I contratti in generale, aggiornamento 1991-1998*, diretto da Alpa e Bessone, I, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1999, p. 268.

⁶² A. ASTONE, *Contratto*, cit., p. 60.

⁶³ E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 81; ID., *“Operazione economica” e teoria del contratto*, cit., p. 29, il quale evidenzia come tale nozione incida sull'attività ermeneutica dell'atto di autonomia privata che non può non tenere conto dell'unitarietà dell'operazione. Sul punto pure G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., p. 133 e C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., p. 41 e p. 461.

⁶⁴ A. DI BIASE, *Onerosità e gratuità delle operazioni negoziali complesse*, Napoli, 2010, p. 30 ss.

⁶⁵ In tal senso v. R. NICOLÒ, *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1959, p. 283 s., secondo il quale la causa deve essere riferita al negozio quale elemento «intrinseco e ineliminabile»; così pure, S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in ID., *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 78; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 178 ss.; V. PANUCCIO, *Per una teoria della causa del negozio (con particolare riguardo alla cessione del credito)*, in *Studi in onore di Asquini*, III, Padova, 1965, pp. 1330 e 1353; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, p. 98, nota 43.



che siano⁶⁶. L'unicità dell'operazione economica resta compatibile con l'esistenza di più contratti collegati in chiave teleologica. Si pensi al contratto di *leasing*, sicuramente unitario nell'operazione economica, caratterizzato, tuttavia, dall'esistenza di un collegamento negoziale in cui le varie figure "conservano l'individualità propria di ciascun tipo negoziale"⁶⁷. In altre parole, la nozione di operazione economica, incidendo sulla fase interpretativa⁶⁸ e non su quella della qualificazione⁶⁹, atteso anche la non univocità del suo significato⁷⁰, consente di giungere all'analisi di una realtà più complessa sì da individuare la disciplina di un rapporto derivante anche dalla combinazione di più negozi collegati⁷¹. Nonostante il nesso tra operazione economica e contratto, le due nozioni restano distinte sicché il secondo non può essere ricondotto alla prima⁷².

Conseguentemente, non si dovrebbe considerare la nozione di contratto «non pienamente adeguata a consentire di cogliere l'esatto volere e il significato di una serie di operazioni commerciali complesse»⁷³. È, infatti, necessario individuare gli strumenti

⁶⁶ Secondo l'opinione di E. GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, Padova, 1990, p. 132, è necessario incentrare l'attenzione sul fatto, sull'affare, sul complessivo assetto di interessi per coglierne il significato ed individuarne la disciplina. Analogamente, A. DI BIASE, *o.c.*, p. 27.

⁶⁷ Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785, in *De jure on line*.

⁶⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., p. 425 ss.

⁶⁹ Riconosce potere qualificante all'operazione economica anche S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, cit., p. 70.

⁷⁰ Si consideri, ad esempio, che S. CARBONE e A. D'ANGELO, *Contratti di cooperazione e responsabilità delle imprese, la pratica del commercio internazionale e l'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 404, prospettano una nozione di operazione economica quale entità unitaria oggetto di analisi sia della scienza economica sia di quella giuridica dalla quale restano esclusi i contratti con i quali si regolano, modificano o estinguono un preesistente rapporto; diversamente V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 12 ss., indica con tale nozione lo spostamento, anche potenziale, della ricchezza da un soggetto ad un altro. V., inoltre E. GABRIELLI, *"Operazione economica" nella teoria del contratto*, cit., p. 74 secondo il quale «la nozione di operazione economica, quale categoria concettuale, identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata». Su tale problematica cfr., pure, A. ASTONE, *Contratto. Negozio. Rapporto*, cit., p. 50 ss.

⁷¹ Opportunamente, E. GABRIELLI, *o.u.c.*, p. 65, rileva come attualmente sia la stessa concezione del contratto, nella sua veste tradizionale di mero strumento di circolazione della ricchezza e di fonte dell'obbligazione, ad essere stata da tempo interessata da una crisi visto che il contratto, soprattutto nella contrattazione che opera sul mercato, risulta essere caratterizzato dalla commistione tra modelli tradizionali e nuove forme contrattuali introdotte dalla prassi internazionale. Per un'applicazione di tale nozione cfr., A. DI BIASE, *Onerosità e gratuità delle operazioni negoziali complesse*, cit., *passim*.

⁷² C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, 3, cit., p. 27.

⁷³ A. DI BIASE, *o.c.*, p. 27 s.



formali che sono in grado di trasporre l'operazione medesima sul piano dell'ordinamento giuridico e nei termini che le sono propri⁷⁴. Contratto e operazione economica hanno un differente valore sul piano dei concetti giuridicamente rilevanti⁷⁵. Entrambi riguardano il medesimo fenomeno – l'atto di autonomia privata – ma lo osservano da due differenti prospettive: più semplice quella vista sotto il profilo del contratto, più complessa ed articolata quella esaminata dall'ottica dell'operazione economica⁷⁶. Le due prospettive non sono alternative, ma nella loro sintesi, consentono di cogliere la meritevolezza⁷⁷ degli interessi programmati⁷⁸, la possibile frode alla legge⁷⁹, la presenza di un approfittamento nei confronti della parte contrattualmente debole⁸⁰ e così via⁸¹.

⁷⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. del contratto* a cura di Roppo, II, *Regolamento*, Milano, 2006, p. 177 ss.

⁷⁵ Per una distinzione concettuale dell'operazione economica dalla veste giuridica in cui si cala cfr. G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti* diretto da Rescigno, 1, Torino, 1999, p. 513.

⁷⁶ Così, quasi testualmente, E. GABRIELLI, *“Operazione economica” nella teoria del contratto*, cit., p. 84.

⁷⁷ Tutto ciò accentua la delicatezza e la necessità del giudizio di meritevolezza, *ex art.* 1322, comma 2, cod. civ., per evitare il contrasto fra ordinamento e interesse privato (in argomento, v. G.B. FERRI, *Meritevolezza di interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss.; ID., *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 339; G. DI GIANDOMENICO, *La categoria dei contratti aleatori*, in G. DI GIANDOMENICO e D. RICCIO, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, XIV, Torino, 2005, p. 80) al fine di verificare la sintonia del concreto, particolare regolamento negoziale con i valori espressi dall'ordinamento giuridico: soltanto in tal modo si eviterà che figure atipiche, o tali soltanto in apparenza, vengano utilizzate per violare e ribaltare l'assetto degli interessi astrattamente previsto come equo dal legislatore. Siffatto giudizio deve essere particolarmente rigoroso in presenza di contratti atipici per evitare che siano utilizzati per eludere norme imperative dettate per i contratti tipici affini.

⁷⁸ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 256; E. GABRIELLI, *o.u.c.*, p. 69.

⁷⁹ Sul punto v. S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, cit., p. 71.

⁸⁰ È in questa prospettiva che è stata proposta anche la possibile rescissione del contratto di donazione: cfr. GU. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione del contratto*, cit., p. 214 ss.

⁸¹ La nozione di operazione economica è stata impiegata dalla giurisprudenza, ad esempio, per valutare la gravità dell'inadempimento (Cass., 28 luglio 2014, n. 17066, in *De jure on line*), per la determinazione di sanzioni amministrative (Cass., 21 marzo 2014, n. 6792, in *De jure on line*), per sanzionare l'elusione fiscale quando l'atto assuma i caratteri della condotta abusiva (Cass., 19 febbraio 2014, n. 3938, in *De jure on line*) o, infine, per applicare la dovuta imposta di registro (Cass., sez. trib., 24 luglio 2013, n. 17965, in *De jure on line*); in materia più strettamente privatistica, l'operazione economica è stata utilizzata anche per verificare l'illiceità della causa (Cass., 18 settembre 2013, n. 21398, in *De jure on line*) e l'esistenza di una interposizione fittizia (Cass., 10 aprile 2013, n. 8682, in *De jure on line*). Anche laddove si è manifestata la possibilità di identificare il contratto con l'operazione economica, la giurisprudenza ha tenuto distinti i due dati di riferimento, cioè l'operazione economica ed il contratto: in



Grazie ad una valutazione complessiva del fenomeno negoziale trovano giusto rilievo i motivi⁸² individuali che hanno spinto ad accettare un determinato assetto di interessi⁸³, facendo emergere le ragioni della causa concreta⁸⁴ che una valutazione attenta alla sola fattispecie astratta non pone nel dovuto risalto⁸⁵. Ciò accade non soltanto in presenza di contratti c.dd. misti, atipici, collegati o complessi⁸⁶, ma anche laddove le parti abbiano concluso un contratto tipico o nominato perché pure in questa ipotesi gli elementi essenziali ed accidentali della fattispecie devono essere letti con attenzione alla reale operazione economica perseguita, consentendo di attribuire il giusto valore all'atto di autonomia privata che è "fatto" la cui rilevanza è giuridica, economica e sociale⁸⁷. L'unità dell'operazione economica non è contraddetta dalla

tal senso cfr. Trib. Torino, 21 febbraio 2011, in *De jure on line*, il quale ha deciso che il contratto autonomo di garanzia sottende un'operazione economica sostanzialmente unitaria in termini di tempo e di modalità attuative dei contratti ai quali si riferisce quando vi è, tra queste pattuizioni, un collegamento negoziale tale per cui, al di là della funzione dei singoli negozi, le vicende giuridiche di ciascuno di essi incidono l'uno sull'altro.

⁸² Anche GU. BISCONTINI, *o.c.*, p. 45, osserva che i motivi, reputati generalmente estranei al contratto, possono risultare determinanti per la tutela di un dato rapporto giuridico.

⁸³ Opportunamente E. GABRIELLI, *o.n.c.*, p. 70, sottolinea che l'interesse dei contraenti, superata la rigida contrapposizione tra causa e motivi, assurge ad elemento oggetto di controllo da parte dell'ordinamento sia sul piano causale del contratto sia in merito alla realizzazione degli effetti, di volta in volta programmati.

⁸⁴ In tal modo si spiega la possibilità che un contratto possa avere una causa illecita, circostanza, questa, non comprensibile nella rigida ottica della fattispecie: sul punto v. G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., p. 216. Sui possibili limiti di tale nozione cfr. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 957 ss. Evidenziano la centralità della causa concreta C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 251 ss. e, più di recente, G. PONGELLI, *Patrimoni destinati e meritevolezza degli interessi*, in AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato* a cura di M. Nuzzo, II, *Coordinamento tra imprese. Responsabilità patrimoniale del debitore. Soluzione negoziale delle crisi d'impresa*, Torino, 2014, p. 291.

⁸⁵ P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 232, opportunamente sottolinea l'utilità di «approfondire non tanto l'atto (singolo) quanto la complessiva operazione, l'attività. In tale direzione tuttavia la dottrina si deve ancora molto impegnare».

⁸⁶ Si pensi alle ipotesi, del credito al consumo, al *leasing*, al *forfeiting*, al *project financing*: sul punto anche per ampi riferimenti bibliografici cfr. A. DI BIASE, *Onerosità e gratuità delle operazioni negoziali complesse*, cit., p. 20 ss.

⁸⁷ Secondo parte della dottrina (F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, p. 232 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 265) perde rilievo la nozione di causa come funzione economico sociale perché il contratto è funzionale alla realizzazione di interessi privati.



pluralità dei contratti che la realizzano⁸⁸. Quanto più sarà complesso il regolamento frutto di una combinazione tra negozi tanto maggiore sarà l'esigenza di ricercare e comprendere l'operazione economica sottostante⁸⁹. Tuttavia, le due nozioni non potranno mai coincidere⁹⁰.

Le considerazioni che precedono potrebbero mettere in discussione le conclusioni della dottrina sopra riferita che, proprio enfatizzando l'unitarietà dell'operazione economica caratterizzata da un godimento concesso in funzione di un futuro contratto traslativo, nega che l'assetto di interessi prefigurato dall'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 possa trovare adeguata composizione in un collegamento contrattuale.

Tuttavia, anche la giurisprudenza, sebbene come accennato abbia da tempo utilizzato la nozione di operazione economica, non è giunta ad attribuirle un carattere assimilabile a quello della fattispecie negoziale. Ciò pare sia avvenuto anche in quelle decisioni che la dottrina⁹¹ ha considerato favorevoli all'identificazione del contratto con l'operazione economica. Infatti, in una sentenza⁹² è stato disposto che per potersi configurare un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorrano requisiti oggettivi e soggettivi. I primi sono costituiti dal nesso teleologico tra i negozi volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario. I secondi sono rappresentati dal comune intento pratico di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore che ne trascenda gli effetti tipici e che assuma una propria autonomia anche dal punto

⁸⁸ Con riguardo all'art. 125 testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, M. NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti* a cura di Vettori, Padova, 1999, p. 838, evidenzia che sul piano del diritto positivo l'unità dell'operazione è composta dai contratti di fornitura e di finanziamento.

⁸⁹ In tali ipotesi lo studio della fattispecie si potrà anche ridurre ad una valutazione dell'atto quale momento genetico di un regolamento di interessi che rappresenti una genuina espressione dell'autonomia privata: A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, cit., p. 940, reputa che nel negozio giuridico la valutazione del procedimento che lo ha posto in essere viene preso in considerazione al limitato scopo di accertare che il regolamento è da considerare vero e proprio autoregolamento.

⁹⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 27, reputa che il contratto non è riducibile ad un'operazione economica: esso è fenomeno giuridico distinto ed è il titolo giuridico sul quale l'operazione si fonda. Pure V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 10 s. afferma che le situazioni, i rapporti, gli interessi rappresentano la sostanza di ogni contratto e concretizzano l'operazione economica sicché «con il termine 'contratto' non ci si riferisce tanto alle operazioni economiche concretamente realizzate nell'effettiva esperienza dei traffici, ma piuttosto a quella che potremmo chiamare la loro formalizzazione giuridica»: ne deriva che la disciplina dell'affare trova, nella struttura del contratto, il suo punto di diretta incidenza formale.

⁹¹ A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 223, nota 250.

⁹² Cass., 17 maggio 2010, n. 11974, in *De jure on line*.



di vista causale che ricorre laddove sia provata la volontà di tutte le parti di instaurare un collegamento tra contratti “in funzione di uno scopo pratico unitario”. In detta decisione si precisa che le parti, nell’esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in uno stesso contesto, dare vita a più negozi distinti ed indipendenti, ovvero a più negozi tra loro collegati, a contratti misti ed a contratti complessi.

Quanto appena riferito non deve essere fuorviante. Infatti, la decisione specifica che «Il collegamento negoziale non dà luogo ad un nuovo ed autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi. Pertanto, in ipotesi siffatte, il collegamento, pur potendo determinare un vincolo di reciproca dipendenza tra i contratti, non esclude che ciascuno di essi si caratterizzi in funzione di una propria causa e conservi una distinta individualità giuridica». Ne discende che il collegamento fra negozi⁹³, unilaterale o bilaterale che sia⁹⁴, può essere costituito dal legame teleologico volto a regolare i rispettivi interessi nell’ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario che assume una propria autonomia senza, tuttavia, assurgere ad averne anche una dal punto di vista causale. Il complessivo assetto di interessi consente di cogliere il concreto scopo perseguito dalle parti e di individuare la disciplina compatibile al di là dei singoli negozi utilizzati⁹⁵.

Orbene, pare che dalla citata giurisprudenza emerga che l’operazione economica non cancelli la causa tipica delle fattispecie utilizzate dando vita ad una

⁹³ Al fine di comprendere se una determinata fattispecie abbia una propria causa di per sé idonea a produrre gli effetti che la caratterizzano o se gli effetti che la individuano siano conseguenza di più contratti collegati fra loro, è necessario rifarsi ad un criterio distintivo utile a limitare la discrezionalità dell’interprete chiamato a decidere il caso concreto. In tale prospettiva si avrà un contratto unico a contenuto complesso qualora ciascuna delle prestazioni previste possa essere rapportata ad una unica causa, con la conseguenza che tutte le diverse prestazioni dedotte nel contratto sono interdipendenti e tendenti ad un risultato unitario inscindibile (Cass., 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Foro pad.*, 2000, I, c. 334). Viceversa, si avrà un collegamento negoziale quando le parti perseguono un risultato economico complesso realizzato grazie ad una pluralità di contratti i quali conservano una loro causa autonoma, anche se, nel loro insieme, sono finalizzati ad un risultato ulteriore rispetto a quello espresso nella causa dei singoli contratti. In tal caso, pur in presenza di una unità teleologica, i singoli contratti conservano una distinta individualità giuridica (Cass., 12 luglio 2005, n. 14611, in *De jure on line*, in dottrina cfr. G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 180 ss.).

⁹⁴ Sul punto v. D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, I, in *Tratt. dei contratti* diretto da Rescigno, 1, Torino, 1999, p. 580 ss.

⁹⁵ Per analogia conclusione, A. DI BIASE, *Onerosità e gratuità delle operazioni negoziali complesse*, cit., p. 25 s.



autonoma causa concreta, per la verità rinvenibile in ogni contratto che le parti concludono non per realizzarne l'astratta funzione, ma per appagare i propri bisogni. Tale conclusione pare in linea con la tradizionale accezione di collegamento negoziale con il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto, ma attraverso più contratti coordinati i quali conservano la loro causa sebbene finalizzati a regolare unitariamente i reciproci interessi⁹⁶.

3. Atteso che l'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 ha la finalità di disciplinare il contratto di *rent to buy*, sembra lecito domandarsi se tale circostanza sia sufficiente ad escludere la presenza di un collegamento negoziale.

Invero il legislatore non ha definito i contorni di tale fattispecie perché si è limitato a dettare una disciplina particolare per una categoria di contratti che abbiano un determinato contenuto. È la stessa rubrica a deporre in tal senso visto che essa discorre di "Disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili". L'uso del plurale, peraltro ripetuto all'inizio della stessa disposizione, lascia intendere che, all'interno delle varie tipologie invalse nella pratica (*rent to buy*, *buy to rent*, *help to buy*), il legislatore ha voluto dettare una parziale disciplina soltanto per una particolare tipologia⁹⁷. Essa è data dai "contratti" 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. Poiché nella categoria dei contratti di godimento sono compresi⁹⁸ la locazione, l'affitto, l'affitto di fondi rustici, il *leasing* ed il comodato, pare che la conclusione debba essere scontata perché la disciplina in esame, da un lato, per espressa previsione non riguarda il *leasing* e, dall'altro, non può interessare il comodato per la sua essenziale gratuità. Si ha, quindi, che la novella dovrebbe riferirsi ai contratti di locazione, di affitto (o altri⁹⁹ ancorché privi di denominazione, ma idonei a concedere il godimento a titolo oneroso)

⁹⁶ Per tale definizione cfr. Cass., 18 luglio 2003, n. 11240, in *Contratti*, 2004, p. 118 ss. e S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, cit., p. 49 s. ed ivi nota 151 per ulteriori riferimenti.

⁹⁷ C. CICERO, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi (provocazioni e spunti)*, cit., p. 1048 reputa che la formula *rent to buy* sia atecnica e faccia riferimento «alla regolamentazione non già di un contratto ma di pezzi di contratto».

⁹⁸ Per la manualistica cfr. P. PERLINGIERI e G. TATARANO, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, p. 522 ss.

⁹⁹ C. CICERO, *o.l.u.c.*, il quale, pur precisando che sicuramente il c.d. *rent to buy* è un contratto che rientra in una figura dotata di una particolare disciplina legale, avanza dubbi che ad essa possa corrispondere un unico tipo legale nominato.



accompagnati da un preliminare unilaterale sottoscritti in vista di un risultato ulteriore qual è l'acquisto della proprietà che, però, nella definizione legislativa non si pone quale effetto caratterizzante la categoria presa in esame. Ne discende che dall'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 si può ricavare soltanto che la disciplina della trascrizione, della risoluzione, di quella mutuata dall'usufrutto e così via può trovare applicazione legale soltanto ad un contratto con il quale il proprietario conceda l'immediato godimento di un immobile impegnandosi, altresì, unilateralmente a vendere il medesimo bene alla scadenza del contratto di godimento ad un prezzo già stabilito.

Ad ogni buon conto, pare comunque che il collegamento negoziale non debba essere escluso dal fatto che una determinata fattispecie sia stata prevista dal legislatore. Sulla scorta di tali premesse, sembra che il contratto di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 sia una fattispecie astratta¹⁰⁰ e complessa, frutto di un'articolata operazione economica; esso non costituisce una fattispecie a formazione progressiva dal momento che produce *ab initio* effetti tanto stabili quanto prestabiliti con la conseguenza che non vi si può scorgere un forma di acquisto graduale della proprietà, espressione di una bifasicità strutturale, aspetto quest'ultimo rinvenibile soltanto sotto il profilo di analisi della complessa operazione economica sottesa al contratto. Nel *rent to buy* è dato riscontrare un collegamento¹⁰¹ contrattuale tra la locazione¹⁰² ed un preliminare unilaterale¹⁰³ di compravendita¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Ad avviso di F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., p. 819, la figura negoziale di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 ha elementi tali da garantirle una propria autonomia.

¹⁰¹ G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, cit., p. 1031, evidenzia il collegamento tra locazione – visto che discorre di “canoni di locazione”- e il futuro, ma eventuale, contratto di compravendita; v., altresì, M. VAIRA, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, cit., p. 227.

¹⁰² In senso favorevole v. F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 823 ss.; E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 801; A. CIRLA, *Il rent to buy: una grande occasione che però ancora non riesce a decollare*, cit., p. 721; *contra* S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 958; V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, cit., p. 983; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., p. 494; D. POLETTI, *L'accesso «graduato» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, cit., p. 43; V. CUFFARO, *La locazione di scopo*, cit., p. 503 s.; F. PADOVINI, *Rent to buy e condominio*, cit., p. 499 ss.

¹⁰³ Secondo il disposto del comma 1 dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 la ricorrenza di un preliminare unilaterale è necessaria per la configurazione della fattispecie negoziale in esame, salvo quanto previsto al comma 7 del medesimo articolo che estende le disposizioni contenute nell'articolo 8 del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80, riguardanti i contratti «rent to buy» per l'edilizia sociale, anche ai contratti di locazione con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti e di vendita con riserva di proprietà (comma 7) ferma restando la necessaria autorizzazione della Commissione europea (comma 8). Sul



La presenza di un contratto di locazione neppure può essere negata osservando che non vengono espressamente richiamate le norme di cui all'art. 1571 ss. cod. civ. perché detta disciplina trova diretta applicazione una volta che sia stata riconosciuta la presenza di tale contratto. Medesimo risultato sembra debba essere raggiunto anche qualora si osservi che il legislatore, a particolari fini, da un lato, ha richiamato le norme sull'usufrutto (artt. da 1002 a 1013 c.c., esclusi gli artt. da 1008 a 1011) e, dall'altro, ha derogato la disciplina della locazione relativamente allo scioglimento del contratto, in particolare a causa dell'inadempimento del conduttore¹⁰⁵. Sotto il primo profilo non sembra che l'utilizzo della tecnica redazionale del rinvio ad altre disposizioni abbia avuto la finalità di derogare espressamente la disciplina propria del rapporto locativo, dal momento che tali regole non sono in realtà dissimili da quelle vigenti per quest'ultimo¹⁰⁶. Sotto il secondo profilo, pare opportuno ricordare che la disciplina delle locazione dettata dal codice civile si caratterizza per la sua natura dispositiva sicché l'enunciazione offerta dall'art. 1571 cod. civ. è idonea ad individuare la causa del contratto e «solleva l'interprete dall'esigenza di approfondire l'esame della funzione, spingendolo a considerare gli indici idonei a distinguere il contratto da altre situazioni idonee a realizzare analoghi effetti quanto al godimento del bene altrui conseguito dal conduttore»¹⁰⁷. Sebbene successivamente all'emanazione del codice

punto cfr. anche F. DELFINI, *o.c.*, p. 820; M. IEVA, *Casi e problemi di interesse notarile*, cit., p. 679. G. RIZZI, *Il rent to buy: aspetti redazionali*, cit., p. 892 s. reputa che la presenza di un contratto di locazione funzionalmente collegato a un contratto preliminare bilaterale non dia luogo ad un contratto affetto da nullità ma ad un contratto da riqualificare stante la sua autonomia rispetto alla fattispecie di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014. Più in generale cfr. ancora M. IEVA, *o.c.*, p. 679, il quale, dopo aver individuato i requisiti della fattispecie di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014, conclude che il contratto che avesse caratteri e requisiti differenti non potrebbe usufruire dei particolari vantaggi offerti dalla legislazione sul *rent to buy*: a tal fine l'a. reputa che siano al di fuori di tale disposizione i contratti che contengano un'opzione di acquisto o una concessione in godimento accompagnata da un patto di futuro trasferimento vincolante per entrambe le parti; l'a., inoltre, presso atto che per taluno (cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 954; nonché la *Relazione illustrativa all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014* reperibile in http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0024610.pdf) la nuova tipologia negoziale sarebbe a "maglie larghe", invita ad evitare che in tal modo si possa giungere a delinearne contorni poco definiti della figura negoziale in esame inducendo gli operatori a considerare applicabili le norme sul *rent to buy* anche a fattispecie simili ma che non ne hanno i requisiti dovuti.

¹⁰⁴ Suscita perplessità l'opinione di chi (A. CIRLA, *o.n.c.*, p. 722 s.) dopo avere affermato che l'acquisto programmato si basa principalmente sul contratto preliminare di compravendita conclude che il *rent to buy* è una vera e propria compravendita che prevede il versamento di un acconto iniziale e il versamento di una rata mensile che va in parte a scorporare il prezzo dell'immobile.

¹⁰⁵ Di differente opinione G. D'AMICO, *o.l.u.c.* Analogamente F. PADOVINI, *o.c.*, p. 500.

¹⁰⁶ In tal senso V. CUFFARO, *La locazione di scopo*, cit., p. 503.

¹⁰⁷ V. CUFFARO, in V. CUFFARO, R. CALVO, A. CIATTI, *Della locazione. Disposizioni generali*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, artt. 1571-1606, Milano, 2014, p. 13.



civile il legislatore sia intervenuto per disciplinare particolari tipi di locazione pare si possa condividere l'opinione di chi considera che sia comunque rimasto invariato lo schema generale della locazione delineato dal codice civile, giacché alcune regole risultano comuni ai contratti locativi¹⁰⁸: l'eterogeneità di disciplina presente nella variegata tipologia delle locazioni trova giustificazione in talune peculiarità proprie di ogni figura¹⁰⁹, ma non pare essere in grado di incidere sulla nozione di locazione così come descritta dall'art. 1571 cod. civ., nozione che pare compatibile pure con il *rent to buy*.

Infine, sebbene risulti prevalente l'opinione di chi evidenzia l'unicità causale del contratto di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 caratterizzato dalla presenza di una locazione di scopo¹¹⁰, vale a dire da un godimento funzionale al trasferimento della proprietà, pare che su tale conclusione si possa esprimere qualche perplessità se detta finalità viene utilizzata per qualificare la fattispecie. Infatti, in primo luogo, se lo scopo, sia esso legale o convenzionale, indirizzato alla vendita dovesse incidere sul profilo causale, entrando nella sua struttura, si dovrebbe avere nullità per mancanza di un requisito essenziale del contratto laddove quella destinazione non fosse rispettata¹¹¹. Tale situazione non sembra presente nel contratto in esame perché la mancata conclusione del successivo contratto di compravendita non incide sulla validità del *rent to buy* già concluso, determinando invece soltanto l'applicazione delle regole di cui al comma 1 *bis*. In secondo luogo, la locazione di scopo potrebbe ricorrere soltanto ove il godimento dell'immobile fosse stato concesso affinché il conduttore lo impieghi, non già liberamente per la soddisfazione di un proprio interesse, ma per la realizzazione di uno scopo predeterminato dalle parti; nel caso del *rent to buy*, tuttavia, tale scopo dovrebbe consistere nel futuro acquisto, finalità questa espressamente esclusa dalla stessa disciplina potendo il conduttore non decidere in tal senso¹¹². Da ultimo, contro l'unicità causale di una fattispecie funzionalizzata ad un determinato risultato, pare opportuno ricordare come non sia unanimemente condivisa l'opinione secondo la quale un contratto caratterizzato da uno scopo dia vita ad una autonoma e diversa fattispecie¹¹³.

La tensione verso l'effetto traslativo, essenziale alla configurazione dell'assetto unitario di interessi, pertanto, non pare essere qualificante sia perché meramente

¹⁰⁸ V. CUFFARO, *o.m.c.*, p. 28.

¹⁰⁹ Si potrebbe discorrere di sottotipi contrattuali rispetto alla figura descritta dal codice civile. Sulla nozione di sottotipo cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1972, p. 140 ss.; per una specifica applicazione del sottotipo cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, cit., p. 78 ss.

¹¹⁰ Cfr. V. CUFFARO, *La locazione di scopo*, cit., p. 503 ss.

¹¹¹ Per tale principio, espresso relativamente al mutuo di scopo, v. Cass., 22 dicembre 2015, n. 25793, in *De jure on line*.

¹¹² Sul punto specificamente v. Cass., 22 dicembre 2015, n. 25793, cit.

¹¹³ Cfr. A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, 1985, p. 116 ss.



eventuale sia perché trova giustificazione in un autonomo e successivo atto negoziale: con il contratto in esame le parti perseguono un programma realizzabile grazie ad un'operazione economica complessa resa possibile con un collegamento tra più contratti idoneo a dare conto di un unitario assetto di interessi¹¹⁴. Nel *rent to buy* v'è una unità teleologica che si riflette sulla sua disciplina con la quale vengono regolati dettagliatamente gli aspetti essenziali dell'operazione, ma che non incrina l'esistenza di tre distinti contratti pur se collegati.

Da quanto detto pare che l'art. 23 d.l. n. 133/2014 regoli una fattispecie astratta, più facile da descrivere che da qualificare¹¹⁵, in cui l'unità negoziale viene assunta in termini di assetto unitario¹¹⁶ di interessi¹¹⁷ piuttosto che di fusione di più cause tipiche ove il susseguirsi dei contratti consente di realizzare, nell'ambito di un'operazione economica unitaria, un programma complesso, sensibile all'esigenza di salvaguardare l'equilibrio contrattuale, la tutela del contraente debole, il rispetto del principio di buona fede¹¹⁸. Di qui la possibile conclusione di rinvenire nella formula *rent to buy* un'espressione omnicomprensiva di una categoria contrattuale caratterizzata dagli

¹¹⁴ Sul punto v. G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 163 ss. il quale evidenzia come, grazie all'attività ermeneutica sia possibile ricostruire la complessa realtà regolamentare che ha preso corpo in un unitario assetto di interessi attraverso la conclusione di più negozi distinti. E. GABRIELLI, "Operazione economica" e teoria del contratto. cit., p. 172 ss. reputa, invece, che l'operazione economica "penetra" all'interno «delle singole cause che compongono il collegamento negoziale, qualificandole in concreto, a prescindere dalla causa tipica dei singoli schemi negoziali», divenendo «categoria ordinante». Accentua il ruolo dell'operazione economica, M. SERRA, *Il contratto di leasing*, in *Dei singoli contratti. Leggi collegate* a cura di Valentino, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 498 s., il quale ritiene «maturo il recepimento, anche sul piano strettamente giuridico, del concetto di operazione, in termini di categoria, se non di fattispecie, sovraordinata rispetto al contratto». Dubbi sull'utilità della categoria del collegamento contrattuale sono espressi da altra dottrina (N. IRTI, *Note introduttive*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, p. 3 ss.; per l'inutilità della categoria cfr. pure G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *I contratti in generale* diretto da Alpa e Bessone, III, *I requisiti del contratto*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 604 ss.) visto che i problemi per la cui soluzione viene utilizzata possono essere definiti con strumenti presenti nella disciplina generale delle obbligazioni o del contratto.

¹¹⁵ A proposito del contatto di *leasing* giunge ad analogo conclusione O. CAGNASSO – G. COTTINO, *Contratti commerciali*, Padova, 2009, p. 131.

¹¹⁶ Sottolinea l'importanza dell'unitario assetto di interessi verso cui sono coordinati tutti i contratti collegati pure S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, cit., pp. 51, 73 e *passim*.

¹¹⁷ G. PALERMO, *Divergenza e incompatibilità tra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 648 e C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., p. 429, sottolineano che l'operazione economica esprime un concetto che, non riflettendo necessariamente schemi strutturalmente semplici, conduce ad una più completa valutazione degli interessi in gioco.

¹¹⁸ Per tale conclusione A. D'ANGELO, *Contatto e operazione economica*, Torino, 1992, p. 313 s.



elementi di cui ai commi 1 e 1 *bis* dell'art. art. 23 d.l. n. 133 del 2014 alla quale applicare la determinata disciplina dettata dal legislatore¹¹⁹.

4. La prospettiva del collegamento contrattuale accolta nel presente lavoro è stata di recente criticata¹²⁰ dalla dottrina che ha optato per la prospettiva della dinamica procedimentale¹²¹ rinvenendo nel *rent to buy* la predisposizione delle regole di formazione del negozio che si realizza “proceduralmente”. La prospettiva, non nuova in dottrina¹²², è stata proposta anche per le contrattazioni immobiliari ove, talvolta, sarebbe presente la dissoluzione e mimetizzazione della struttura giuridica unitaria del modello negoziale nella concretezza dello scambio di ricchezza¹²³. Invero, l'apparente superamento della fattispecie che si risolve in «una diversa impostazione che, nel prisma della dinamicità dell'esperienza, studi l'intero fenomeno dei fenomeni giuridici»¹²⁴, sembra non collidere con la tesi proposta del collegamento negoziale. Quest'ultimo, espressione di un'operazione economica complessa, ove ai singoli contratti viene applicata la disciplina propria di ciascuno schema tipico¹²⁵, non dovrebbe impedire di cogliere anche l'*iter* giuridico per raggiungere un determinato effetto ove ogni atto, oltre a svolgere la funzione sua propria, si pone quale tassello per giungere ad un effetto ulteriore realizzabile con successivi atti causalmente distinti. La soluzione non pare collidere neppure con il c.d. “effetto configurativo” presente

¹¹⁹ C. CICERO, o.*l.u.c.*

¹²⁰ Cfr. G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, pp. 85 ss. e 113 ss.; G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, 1030 ss.

¹²¹ Sul punto v., relativamente all'argomento che interessa, R. FRANCO, *Il legislatore della novella e la procedimentalizzazione dell'autonomia privata*, contributo di prossima pubblicazione nel volume AA.VV., *Rent to buy. Tra fattispecie e procedimento di formazione del contratto*, che si è avuto modo di consultare anticipatamente grazie alla cortesia dell'a.

¹²² SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, *passim*; ID., *Buona fede*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 677 ss.; N. DI PRISCO, *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 837 ss.

¹²³ C. MAZZÙ, *La compravendita immobiliare dall'atto al procedimento*, p. 1 ss., disponibile in www.consiglionazionaleforense.it.

¹²⁴ R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Padova, 2012, p. 63, tesi condivisa ed apprezzata da G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 21.

¹²⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 245 ed ivi nota 199; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1988, p. 93 ss. In argomento v. pure M. NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *Studi in onore di Benedetti*, II, Napoli, 2008, p. 1227 ss.



nell'atto¹²⁶ con cui si regolano e programmano i rispettivi interessi da realizzare «secondo determinati caratteri, sia procedurali che sostanziali»¹²⁷, atto che non è in grado di produrre autonomamente l'effetto finale. Conseguentemente, visto che gli effetti giuridici programmati avranno luogo grazie a successivi, singoli atti, l'effetto configurativo si limita ad avere la funzione di spiegare e mettere in luce l'unità dell'operazione complessa che le parti vogliono realizzare. Tale effetto presuppone che le parti abbiano già definito l'assetto di interessi da realizzare: laddove si voglia “procedimentalizzare” l'effetto traslativo alternativo al modello consensualistico non si dovrebbe sottovalutare che un effetto giuridico trova giustificazione in una fattispecie anche laddove l'interesse dei contraenti ne giustifichi il differimento.

Parte della dottrina ammette¹²⁸ che i privati si possano dare un ordinamento¹²⁹ la cui negoziabilità si esprima nella predisposizione di un accordo configurativo¹³⁰ idoneo a porre le regole necessarie per il procedimento al quale le parti dovranno attenersi per realizzare un determinato assetto di interessi ed esclude che tale figura si sovrapponga e/o coincida con la tradizionale efficacia obbligatoria e traslativa. Secondo tale opinione il contratto configurativo-procedimentale limita la libertà di determinazione dei segmenti del percorso all'azione privata: da esso sorgerebbero

¹²⁶ Pare opportuno ricordare che parte della dottrina (M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 380) nutre perplessità sull'ammissibilità del «contratto configurativo» per l'impossibilità di ampliare la portata dell'art. 1376 cod. civ.

¹²⁷ G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 28.

¹²⁸ Su tale posizione cfr. da ultimo R. FRANCO, *Il legislatore della novella e la procedimentalizzazione dell'autonomia privata*, l.u.c.

¹²⁹ R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., p. 476.

¹³⁰ Per la negoziabilità configurativa SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., 77 ss.; G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 108 ss.; ID., *L'autonomia negoziale*, cit., p. 26 s.; R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., p. 389 ss.



obblighi di natura contrattuale, ma non *obbligazioni*¹³¹ in merito alla conclusione del successivo contratto sicché non sarà invocabile¹³² l'art. 2932 cod. civ.

Tale ricostruzione ha il pregio di evidenziare la complessità del procedimento di formazione del contratto, proprio per la funzione attribuita al contratto configurativo, e presuppone che l'attuazione dell'assetto degli interessati programmato trovi la sua fonte nell'attuazione medesima e non nell'accordo che si limitava a prefigurarla¹³³. Così accade, ad esempio¹³⁴, nella vendita di cosa futura, nella vendita di cosa altrui oppure ove si giunga al definitivo a seguito di un'opzione, di un contratto preliminare o di un contratto preliminare di altro futuro contatto preliminare. Tale ultima figura testimonia, ove ve ne fosse la necessità, la ricchezza delle situazioni che posso condurre alla conclusione di contatti i cui regolamenti risultano espressione di interessi sempre più complessi. Sul punto la Corte di Cassazione, a sezioni Unite¹³⁵, ha specificato un precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità. Infatti, mentre dapprima la Cassazione¹³⁶ aveva dichiarato la nullità del cosiddetto

¹³¹ Per una distinzione dei termini di obbligo e di obbligazione si rinvia a R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., p. 409 ss.; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., p. 117 secondo il quale «il negozio di configurazione (...) resta di per sé inidoneo alla produzione degli specifici effetti sostanziali (es. nascita dell'obbligazione, costituzione di un *ius in re aliena*; trasferimento, in genere, del diritto soggettivo)» se è vero che «le sfere giuridiche dei paciscenti restano inalterate»; è «da escludere» che da negozio procedimentale «derivi (...) una qualsivoglia *obbligazione di carattere sostanziale*» (p. 126 ss) poiché esso «non vincola i suoi autori agli specifici comportamenti, costituenti oggetto della comune previsione: l'instaurarsi dell'assetto di interessi, in accordanza con le peculiari modalità di esercizio del potere di autonomia avviene spontaneamente (...) ciascun soggetto resta libero, in principio, di adeguarsi a quanto concordato e previsto» (p. 130 s.).

¹³² G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., pp. 90 s., 92 e 134, il quale sottolinea che «tutta l'inidoneità di un vincolo giuridico, assunto dal privato – in sede di procedimento formativo del contratto e sotto la specie puramente strumentale dell'obbligo – a far scattare, in carenza di un vero e proprio impegno sostanziale, il meccanismo, accentuatamente eteronomo, previsto e disciplinato dall'art. 2932 c.c.»; ID., *L'autonomia negoziale*, cit., p. 34. Il contratto di configurazione nella sua tradizionale accezione non è idoneo a produrre effetti sostanziali: per tutti, recentemente, A. ORESTANO, *Della simulazione*, in *Dei contratti in generale* a cura di Navarretta e Orestano, 3, artt. 1387-1424, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 384.

¹³³ Così V. CAREDDA, *Donazioni indirette*, in *I contratti gratuiti* a cura di Palazzo e Mazzarese, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, I, Torino, 2008, p. 223 ed ivi nota 115 ss. per ulteriori riferimenti.

¹³⁴ Per altre ipotesi cfr. A. ORESTANO, *o.c.*, p. 385.

¹³⁵ Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *De jure on line*.

¹³⁶ Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *De jure on line*. La giurisprudenza di legittimità con tale decisione ha affermato che «riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi (...) ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo



“preliminare di preliminare”, la medesima, ritornando sulla questione, ha concluso che «In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino 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. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale». Da tale recente decisione emerge che anche laddove sussista un interesse alla formazione progressiva del contratto le singole fasi conservano la loro autonomia anche in ordine alle conseguenze qualora vi sia inadempimento.

Ne discende che il *rent to buy* non dovrebbe presentare i caratteri propri del contratto di configurazione funzionale a produrre per gradi l'effetto traslativo sia perché tale effetto si produrrà con la conclusione del contratto di compravendita sia ed ancor più perché dall'interpretazione di tale contratto risulta il contrario, vale a dire che con la sua conclusione le parti hanno configurato l'effetto traslativo quale effetto eventuale visto che il rimedio di cui all'art. 2932 cod. civ. potrà essere esperito soltanto quando il concedente rifiuti la vendita e non anche quando il conduttore rifiuti l'acquisto.

5. La previsione di un lasso temporale tra il momento della conclusione del *rent to buy* e dell'eventuale vendita, funzionale al perseguimento dei reciproci interessi presenti nell'operazione economica, permette di comprendere le funzioni che il corrispettivo, ai sensi dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014, è chiamato a svolgere. Di qui l'essenzialità¹³⁷ della determinazione, nell'ambito del canone dovuto, della quota

l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito».

¹³⁷ Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 957 il quale osserva che la sua mancanza comporterebbe la fuoriuscita dal tipo negoziale introdotto dal legislatore. V., inoltre, G.



destinata a remunerare il godimento, della quota da imputare a corrispettivo qualora il conduttore opti per l'acquisto e, infine, quanto della quota non imputata a corrispettivo del godimento del bene locato dovrà essere restituita qualora il conduttore decida di non acquistare la proprietà dell'immobile: tale ultima previsione pare necessaria anche per consentirgli una scelta pienamente consapevole¹³⁸. In particolare, proprio il comma 1 *bis* dell'art. 23, da considerarsi al pari del comma precedente norma imperativa¹³⁹, è di particolare importanza perché tende ad una sostanziale equità del rapporto negoziale visto che, in mancanza dell'acquisto, una parte di quanto versato tornerà al conduttore e, al contempo, il proprietario si vedrà comunque riconosciuta una somma già determinata.

Il rapporto corrente tra i primi due commi dell'art. 23 d.l. 133/2014 ha interessato la dottrina la quale ha tentato di chiarire la relazione esistente tra la «parte di canone» imputata a corrispettivo per l'acquisto del bene prevista nel primo comma e la «quota dei canoni imputata a corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto ad acquistare la proprietà dell'immobile» prevista al comma 1 *bis*.

Secondo taluno¹⁴⁰ il comma 1 *bis* avrebbe la sola funzione di specificare la sorte della quota di canone pagata in vista della futura vendita individuando la porzione di essa che, nel caso del mancato esercizio del diritto all'acquisto del bene, deve essere restituita al conduttore; l'inosservanza di tale disposizione non darebbe luogo alla nullità, neppure virtuale, del contratto. Tale interpretazione è stata criticata in quanto considererebbe il comma 1 *bis* una inutile¹⁴¹ ripetizione di quanto espresso nel comma precedente, ad eccezione della parte che disciplina la sorte della quota imputata a corrispettivo qualora non si realizzi il secondo segmento dell'operazione.

Altra opinione¹⁴², riconoscendo che il primo comma prevede la determinazione del canone versato dal conduttore nella sua duplice funzione, evidenzia lo scopo svolto dalla previsione di cui al comma 1 *bis* che introduce un'ulteriore suddivisione

RIZZI, *Il rent to buy: aspetti redazionali*, cit., p. 891; F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., p. 819.

¹³⁸ Così anche L. IBERATI, *o.c.*, p. 190 s., secondo il quale le parti sono tenute a concordare quale sarà il prezzo del futuro acquisto e quale sarà il "prezzo" del diritto riconosciuto al conduttore affinché possa decidere se acquistare o no l'immobile.

¹³⁹ F. DELFINI, *o.c.*, p. 821 s., secondo il quale l'art. 23, comma 1 *bis*, d.l. n. 133 del 2014, potrebbe essere inteso quale norma imperativa per impedire l'incameramento di importi, non giustificati dal godimento del bene, qualora il conduttore non lo acquisti.

¹⁴⁰ Cfr. A. TESTA, "Sblocca Italia": gli effetti sulla disciplina del rent to buy, in *Immobili e proprietà*, 2015, p. 34.

¹⁴¹ E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 806.

¹⁴² Cfr. L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, cit., p. 191.



che opererà soltanto qualora non si realizzi il secondo segmento dell'operazione economica inizialmente predisposta. In tal caso soltanto una parte predeterminata della somma imputata a corrispettivo per il trasferimento della proprietà ritornerà al conduttore, mentre l'altra potrà essere trattenuta dal concedente a titolo di "corrispettivo" per il riconoscimento alla controparte di un diritto all'acquisto. Pure tale tesi, già criticata¹⁴³, non pare condivisibile anche perché, se si dovesse considerare la somma versata quale corrispettivo del diritto all'acquisto concesso dal proprietario, il conduttore non avrebbe titolo alla sua parziale restituzione visto che tale diritto è stato attribuito fin dall'inizio.

Invero, i commi 1 e 1 *bis* hanno una autonoma funzione, pur se collegata. Il primo comma impone ai contraenti di suddividere i canoni in due "parti" di cui, una, quale corrispettivo del godimento e, l'altra, quale somma da imputare a parte del prezzo per l'eventuale trasferimento dell'immobile; il comma 1 *bis* realizza un'ulteriore suddivisione, efficace soltanto qualora non si dia vita alla vendita, in modo che una quota dei canoni imputata al corrispettivo rimarrà al concedente a titolo di ristoro per la mancata realizzazione dell'intera operazione¹⁴⁴, mentre la somma residua dovrà essere restituita al conduttore.

Fin da ora, appare opportuno evidenziare come la parte non remunerativa del godimento non possa qualificarsi quale acconto sul prezzo non soltanto perché l'acconto presuppone un adempimento parziale di un debito esistente, eventualità questa non presente nel *rent to buy*, ma anche e soprattutto perché, qualificare tale attribuzione patrimoniale quale acconto potrebbe condurre alla sostanziale violazione dell'art. 6, d.l. n. 427 del 1998 attuativo della Direttiva 94/97CE. Tale disposizione, infatti, pur dettata per altra materia, fa espresso divieto al venditore di esigere o ricevere dall'acquirente il versamento di somme di danaro a titolo di anticipo, di acconto o di caparra, fino alla scadenza dei termini concessi per l'esercizio del diritto di recesso. Ne deriva che, in linea generale, a tutela della libertà di determinazione dell'acquirente, non è consentito che questi versi una somma a titolo di anticipo sul prezzo fin tanto che non abbia manifestato inequivocabilmente la volontà di acquistare. Tale principio potrebbe trovare applicazione anche nel *rent to buy* dove il conduttore sarà chiamato ad esprimere una volontà di acquisto in un momento successivo alla stipulazione del medesimo contratto. Conseguentemente, le somme versate non a titolo locativo, dovendo essere restituite qualora il conduttore non opti per l'acquisto, potrebbero essere oggetto di un deposito irregolare la cui disciplina, in parte assimilabile a quella del mutuo, consente al concedente di averne l'immediata disponibilità.

¹⁴³ E. GUARDIGLI, *o.l.n.c.*

¹⁴⁴ E. GUARDIGLI, *o.c.*, p. 808.



Per quanto riguarda, invece, il comma 1 *bis* le ragioni equitative¹⁴⁵ che sembrano aver ispirato la scelta legislativa paiono in linea con l'art. 1526 cod. civ.¹⁴⁶ il quale, in tema di vendita con riserva della proprietà, sia pure con le peculiarità che le sono proprie, prevede che, qualora si verifichi la risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, siano restituiti i canoni già corrisposti salvo il riconoscimento ad un equo compenso in ragione dell'avvenuto utilizzo dei beni. Sebbene in tale ultima norma si faccia riferimento alla possibile risoluzione per inadempimento dovuta al mancato pagamento delle rate, anche in essa si tiene distinto quanto dovuto per remunerare il solo godimento e quanto dovuto per il trasferimento finale della proprietà¹⁴⁷.

A fronte di quanto sopra detto, stante la particolarità della figura negoziale di cui all'art. 23 d.l. 133 del 2014, pare che, al fine di non andare oltre la fattispecie espressamente contemplata, la disciplina che ne determina il contenuto debba essere considerata inderogabile. La divisione del canone in più entità, con diversa imputazione in ragione dei possibili sviluppi dell'operazione, è sicuramente uno degli elementi che connotano¹⁴⁸ la nuova fattispecie contrattuale, in assenza dei quali non ne sarebbe possibile neppure la trascrizione¹⁴⁹ qualora si dovesse ritenere¹⁵⁰ che, visto

¹⁴⁵ A. TESTA, "Sblocca Italia": gli effetti sulla disciplina del *rent to buy*, cit., p. 35, il quale qualifica la disposizione di cui al comma 1 *bis* quale "raccomandazione" volta ad evitare possibili, futuri contenziosi.

¹⁴⁶ In proposito, tuttavia, è da notare che, almeno da un punto di vista concettuale, il contratto previsto dall'art. 1526, comma 3, cod. civ. difficilmente può rientrare nell'alveo del nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Siffatta conclusione non potrebbe essere messa in discussione dall'espresso richiamo contenuto nell'art. 23, comma 7, d.l. 2014 n. 133 che fa riferimento anche ai contratti di locazione con clausola di trasferimento della proprietà vincolante per ambedue le parti e di vendita con riserva di proprietà. Tale comma, infatti, incide non sulla figura generale tipica del *rent to buy*, ma soltanto sulla normativa speciale costituita dal decreto legge 28 marzo 2014, n. 47 recante "Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015", vale a dire a fattispecie negoziali diverse, più ampie relative anche ai contratti di locazione con clausola di trasferimento della proprietà: per tale osservazione cfr. A. BULGARELLI, *Luci ed ombre del "rent to buy" italiano*, in <http://www.altalex.com/documents/news/2014/11/17/luci-ed-ombre-del-rent-to-buy-italiano>, *infra* § 1.

¹⁴⁷ In giurisprudenza v. Cass., 27 settembre 2011, n. 19732, in *De jure on line*, Trib. Roma, 29 novembre 2013, n. 24041, *ivi*.

¹⁴⁸ D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, cit., p. 42.

¹⁴⁹ E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 808 s. Per talune osservazioni sulla trascrivibilità del *rent to buy* cfr. P. ZANELLI, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque emptio tollit locatum?*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 17 s.

¹⁵⁰ La considerazione potrebbe essere superata qualora si reputi che gli atti trascrivibili elencati nell'art. 2643 cod. civ. non sono tassativi (per esauritivi ragguagli sull'argomento v. M. FRANCESCA, *Commento all'art. 2645 cod. civ.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di G. Perlingieri,



il principio della tassatività della pubblicità immobiliare, un contratto di godimento infranovennale non sarebbe trascrivibile. Infatti, relativamente al *rent to buy*, a prescindere dalla durata del rapporto locativo, è il comma 1 dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 a prevedere espressamente che i contratti, diversi dalla locazione finanziaria, che regolano 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 cod. civ. Conseguentemente, qualora il contratto posto in essere non avesse tutti gli elementi descritti dal citato art. 23 si porrebbe il problema della sua trascrivibilità.

La preventiva suddivisione del canone pone ulteriori "dilemmi"¹⁵¹: da un lato, quello della natura giuridica dell'atto che giustifica l'imputazione del pagamento del corrispettivo a titolo di canone di locazione o a titolo di prezzo della vendita e, dall'altro, quello della ragione giuridica che sostiene la restituzione parziale e la conservazione della parte residua della quota di canone non imputata a corrispettivo della locazione qualora il conduttore decida di non perfezionare il trasferimento della proprietà del bene.

Sotto il primo profilo, risulta che fin dall'origine la somma versata deve essere suddivisa sulla base dei rispettivi titoli giustificativi: l'unitarietà del canone corrisposto non trova giustificazione in un unico titolo sicché nel corso del rapporto non pare si dia luogo ad alcuna vicenda novativa¹⁵² tale da giustificare la differente imputazione delle somme versate. Ciò perché si è in presenza di una sequenza costituita da un precedente contratto di locazione e da un successivo e solamente eventuale contratto di vendita in attuazione di un preliminare unilaterale contenuto nel regolamento negoziale: tali contratti, pur collegati, sono autonomi, costituendo ciascuno di essi titolo giustificativo del pagamento di singole prestazioni pecuniarie sicché non v'è alcuna possibilità di imputare in conto vendita i pagamenti già eseguiti in conto locazione, pena la fuoriuscita del contratto siglato dallo schema previsto dal legislatore all'art. 23 d.l. 133 del 2014. In altre parole, la successione di due contratti non dà vita ad una vicenda estintivo-costitutiva che interessi il titolo che giustifica il versamento delle somme dovute dal conduttore: infatti, nella fattispecie tipizzata dal legislatore la

VI, Napoli, 2010, p. 1 ss.; *amplius* ID., *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003, *passim*) con la conseguenza che l'enumerazione verrebbe a rivestire una funzione meramente esemplificativa.

¹⁵¹ F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, cit., p. 824.

¹⁵² Prospetta tale ipotesi F. TASSINARI, *o.c.*, p. 824. *Contra* M. VAIRA, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, cit., p. 227. Perplesso sulla ipotizzabilità di una novazione M. MALTONI, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (Art. 23 d.l. 12 settembre 2014 n. 133)*, in *Riv. not.*, 2014, p. 1068.



successiva imputazione di parte di canoni al corrispettivo è prevista *ab initio* e non è convenuta successivamente dalle parti a titolo novativo.

Neppure pare utilizzabile l'elemento della condizione¹⁵³ per spiegare come mai i canoni, inizialmente versati a titolo locativo, possano successivamente mutare causa giustificativa, divenendo acconto del corrispettivo da pagare a titolo di compravendita sebbene, secondo taluno, ciò sarebbe possibile grazie alla sua efficacia retroattiva insita nella stessa struttura contrattuale¹⁵⁴. Nel tipico *rent to buy* l'efficacia della condizione conseguirebbe all'avveramento di un evento futuro ed incerto qual è l'esercizio del diritto all'acquisto: conseguentemente il pagamento, a suo tempo legittimamente trattato (anche ai fini fiscali) come canone del godimento, sarebbe riqualficato retroattivamente come acconto sul corrispettivo¹⁵⁵. Tale ricostruzione, tuttavia, parrebbe non tenere nel dovuto conto che la disciplina dell'art. 23 d.l. 2014/133 prevede fin dall'inizio una ripartizione del canone la cui somma viene a realizzare diverse finalità. Ciò vuol dire che, ai sensi del comma 1 dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014, la parte imputata a canone per il godimento non perde tale natura così come non la perde la parte versata in vista dell'eventuale futura vendita. Se di condizione si vuol discorrere, questa potrebbe essere ipotizzabile esclusivamente in ordine alla quota dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente dovrà restituire se non si dovesse avverare l'evento futuro ed incerto consistente nel non esercizio del diritto di acquistare la proprietà da parte del conduttore; è soltanto in quest'ultimo caso che sembra potersi configurare un'ipotesi condizionale, condizione potestativa, in ordine all'esigibilità del diritto alla restituzione della quota di canone che non remunera il godimento a titolo locativo.

Sotto il secondo profilo, la disciplina legislativa induce a verificare quale sia il titolo che giustifica l'esistenza in capo al concedente dell'obbligo di restituire al conduttore soltanto una parte dei canoni riscossi qualora questi decida di non acquistare il bene goduto. In proposito si può osservare che il comma 1-bis dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 denota, da un lato, che non tutto l'ammontare della somma determinata ha un'unica destinazione e, dall'altro, che il contratto non vincola il conduttore ad acquistare l'immobile. Viceversa, il proprietario ha assunto l'obbligo ad alienare e ciò, come detto, dovrebbe indurre a ritenere concluso, collegato al *rent to buy*, un preliminare unilaterale¹⁵⁶ e non un patto d'opzione¹⁵⁷ al quale risulta estraneo¹⁵⁸

¹⁵³ G. PETRELLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 8 s.

¹⁵⁴ R. LENZI, *Della condizione nel contratto*, in *Dei contratti in generale* a cura di Navarretta e Orestano, artt. 1350-1386, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 239. Richiama l'elemento della condizione pure D. POLETTI, *L'accesso «graduato» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, cit., p. 42.

¹⁵⁵ G. PETRELLI, *o.l.u.c.*

¹⁵⁶ La soluzione ricorre in dottrina: *ex multis* cfr. F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., p. 820; G. RIZZI, *Il rent to buy: aspetti redazionali*, cit., p. 895.



il rimedio di cui all'art. 2932 cod. civ. espressamente previsto da tale disposizione. L'assenza di un obbligo in capo al conduttore in ordine all'acquisto del bene non consente di giustificare né con l'istituto della caparra confirmatoria né con quello della penale il diritto del proprietario di poter trattenere una parte del canone di cui al comma 1 *bis*¹⁵⁹. Non può essere una caparra confirmatoria (art. 1385 cod. civ.) perché tale istituto consente "ad ogni parte" di recedere dal contratto¹⁶⁰ mentre tale possibilità non è riconosciuta al concedente; inoltre, la caparra confirmatoria ha la funzione di rafforzare il vincolo giuridico assunto da entrambe le parti, circostanza, questa, assente nel contratto in esame ove il conduttore non si obbliga al futuro acquisto¹⁶¹. Unico obbligato è il concedente che, se inadempiente, dovrà sottostare all'azione di cui all'art. 2932 cod. civ., oltre al risarcimento del danno. Nella specie neppure ricorre la figura della clausola penale (art. 1382 cod. civ.) perché con essa i contraenti stabiliscono l'ammontare del danno che dovrà essere pagato nel caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento¹⁶²: poiché il conduttore, come detto, non ha assunto l'obbligazione di acquistare, egli non può essere considerato in alcun modo inadempiente e quindi la penale non può essere il titolo che giustifica la perdita di parte di quanto egli ha versato con il canone in vista della futura ed eventuale vendita.

L'attribuzione di detta somma neppure potrebbe concretizzarsi in una multa penitenziale (art. 1373, comma 3, cod. civ.) perché essa, quale indennizzo¹⁶³,

¹⁵⁷ Per tutti v. F. DELFINI, *o.c.*, p. 819; M. MALTONI, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 1069. Discorrono invece di patto d'opzione R. BELOTTI e F. CAVALLI, *Rent to buy fra problematiche fiscali e dubbi vantaggi economici*, in *Fisco*, 2014, p. 4443. In generale, per un'accurata analisi della figura del patto di opzione, cfr. E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, I, *Strutture e funzioni*, Milano, 2007, *passim*; R. FAVALE, *Opzione*, in *Codice civile, Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2009, *passim*.

¹⁵⁸ D.P. TRIOLO, *La formazione del contratto*, Vicalvi, 2015, p. 50; R. FAVALE, *o.c.*, p. 91.

¹⁵⁹ Anche S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 958, esclude che nell'ipotesi possa ricorrere una penale; analogamente D. POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni* cit., p. 1053; A. BULGARELLI, *Luci ed ombre del rent to buy italiano*, cit., *infra* § 3.2.

¹⁶⁰ Ciò comporta che se è inadempiente la parte che ha concesso la caparra, l'altra parte può recedere dal contratto e trattenere la caparra; se, invece, è inadempiente la parte che ha ricevuto la caparra, l'altra parte può sempre recedere e richiedere il doppio di quanto versato.

¹⁶¹ Evidenzia tale circostanza pure G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, cit., p. 1031 il quale esclude che il conduttore possa essere considerato inadempiente qualora preferisca non acquistare l'immobile goduto.

¹⁶² Per la manualistica cfr., per tutti, P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, Torino, 2013, p. 631 s.

¹⁶³ L'istituto della c.d. "multa penitenziale" previsto dall'art. 1373, comma 3, cod. civ., assolve - non diversamente dalla caparra penitenziale di cui all'art. 1386 cod. civ., nella quale il versamento



presuppone che nel contratto sia stato previsto il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, convenzione, questa, non configurabile nel contratto in esame in capo al conduttore per quanto riguarda la seconda fase dell'operazione economica, atteso che, come già detto, questi non ha alcun obbligo ad acquistare. Invero, l'unico diritto di recesso rinvenibile in capo al conduttore, qualora si volesse accogliere la tesi proposta che riscontra nel contratto di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 un collegamento negoziale tra un contratto di locazione ed un contratto preliminare unilaterale, sarebbe quello di sciogliere anticipatamente il contratto di locazione e ciò per effetto della diretta applicazione della disciplina speciale al di là di una espressa previsione dei contraenti¹⁶⁴. Al contrario, qualora non si volesse rinvenire un contratto di locazione nella figura prevista dal legislatore, qualora le parti non avessero espressamente previsto un diritto di recesso, il conduttore si potrebbe trovare nella condizione di non potersi sottrarre agli obblighi contrattuali per tutta la durata stabilita.

6. Qualora non si volesse aderire alle ricostruzioni sopra esposte e volendo ricercare una diversa natura giuridica in ordine alle attribuzioni patrimoniali scaturenti dal contratto di cui si discorre, sembra opportuno ancora una volta ricordare come il contratto di *rent to buy* si concretizzi in un mero collegamento negoziale, in un'operazione economica costituita dalla relazione tra un contratto di locazione avente ad oggetto un bene immobile ed un contratto preliminare unilaterale avente il medesimo oggetto. Tale figura negoziale, pertanto, dà vita esclusivamente ad effetti obbligatori¹⁶⁵. Essa, infatti, non produce alcun effetto reale il quale, invece, vi sarà

avviene anticipatamente - alla sola finalità di indennizzare la controparte nell'ipotesi di esercizio del diritto di recesso da parte dell'altro contraente: Cass., 18 marzo 2010, n. 6558, in *De jure on line*.

¹⁶⁴ In proposito pare condivisibile l'opinione di chi (V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, cit., p. 998) sottolinea che non sarebbe possibile riconoscere al concedente il diritto di recesso perché tale potere si porrebbe in aperto contrasto con il diritto del concedente tutelato *ex art.* 2932 cod. civ.; diversamente è a dirsi per il conduttore al quale può essere riconosciuta, al momento della conclusione del *rent to buy*, la possibilità di recedere dal rapporto locativo alle condizioni stabilite dalle parti medesime.

¹⁶⁵ Lo rilevano pure S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 954 e G. RIZZI, *Il rent to buy: aspetti redazionali*, cit., p. 891. Se il *rent to buy* dà vita ad un rapporto caratterizzato soltanto da effetti obbligatori ne discende che il conduttore risulta essere detentore e non possessore: discorre, invece, di possesso V. RUGGIERO, *o.c.*, p. 985. Invero, pare insufficiente il richiamo alle norme sull'usufrutto per qualificare possessore il conduttore perché detto rinvio sembra essere soltanto una tecnica redazionale della norma basata su rinvii ad altre norme evitando di riportarne il contenuto. Di tale avviso pure V. CUFFARO, *La locazione di scopo*, cit., p. 503, il quale, sebbene concluda per rinvenire nel contratto di *rent to*



soltanto a seguito della stipulazione del contratto definitivo di vendita qualora il conduttore eserciti la facoltà di pretendere la stipulazione del contratto definitivo. Ne discende che le uniche obbligazioni qualificanti non possono che essere la concessione del godimento, il pagamento del canone, la restituzione del bene alla scadenza del rapporto locativo, qualora il conduttore non intenda stipulare il contratto definitivo di vendita e, al contrario, qualora quest'ultimo intenda acquistare il bene, l'obbligo del proprietario di trasferire il diritto di proprietà in ossequio alla promessa di vendita effettuata con il preliminare unilaterale e, conseguentemente, in capo al conduttore-acquirente l'obbligo di corrispondere l'intero prezzo pattuito in origine.

Volendo in primo luogo analizzare la posizione del conduttore, poiché l'unica obbligazione dedotta nel contratto è quella restitutoria¹⁶⁶, non pare possibile considerarlo titolare di un'obbligazione alternativa. Quest'ultima, infatti, ricorre allorché, per legge o per volontà delle parti, in presenza di un unico rapporto obbligatorio, il debitore è tenuto ad eseguire alternativamente una delle prestazioni assunte. Nel *rent to buy*, il futuro acquisto da parte del conduttore non è *in obligatione* perché il solo impegno assunto da quest'ultimo è quello della restituzione dell'immobile goduto, restituzione che può essere evitata soltanto decidendo per l'acquisto. Da quanto detto discende che il conduttore potrebbe essere considerato titolare di un'obbligazione facoltativa o, meglio, con facoltà alternativa¹⁶⁷, visto che gli è consentito estinguere l'unica obbligazione esistente prestando l'*aliud* consistente nella prestazione del consenso all'acquisto quale esercizio del diritto che gli deriva dal preliminare unilaterale presente nel *rent to buy*.

Nella specie, qualora venga siglato il contratto definitivo di vendita, pare si configuri un'ipotesi affine al negozio solutorio presente laddove, concludendo una fattispecie negoziale *solvendi causa*, si estingue una precedente obbligazione: in tale

buy una locazione di scopo e non una semplice locazione, non ritiene sufficiente per escludere la presenza di un mero rapporto locativo il rinvio alle norme sull'usufrutto le quali, peraltro, non sono nella sostanza dissimili da quelle proprie del rapporto di locazione.

¹⁶⁶ Il conduttore è, infatti, tenuto all'adempimento di ulteriori obbligazioni: analizzando il contratto predisposto dal Consiglio nazionale del Notariato, quale esempio di uno dei possibili schemi contrattuali utilizzabili per il *rent to buy*, figurano fra le clausole negoziali quella che prevede l'obbligazione di non mutare destinazione al bene immobile oggetto del contratto, quella di non sublocare, neppure parzialmente i beni concessi in godimento, né di concederli ad uso gratuito; in capo allo stesso viene inoltre posta l'obbligazione relativa alle spese e, in genere, agli oneri relativi alla custodia, all'amministrazione e manutenzione ordinaria degli immobili (e relative parti condominiali). Lo schema contrattuale è reperibile al sito internet

<http://www.notariato.it/sites/default/files/Schema%20contrattuale%20rent%20to%20buy.pdf>.

¹⁶⁷ Per tale affermazione, diffusa in dottrina, cfr. di recente E. BILOTTI, *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Trattato delle Obbligazioni* a cura di Moscati e Burdese, III, *I modi di estinzione*, Padova, 2008, p. 43, nota 66.



ipotesi il consenso all'estinzione dell'obbligazione mediante la conclusione del contratto di compravendita trova la propria fonte nella costituzione del *rent to buy* e, più in particolare, nel contratto preliminare unilaterale presente nella figura negoziale esaminata. Rinvenire in tale procedimento la presenza di un'obbligazione facoltativa non deve tuttavia indurre a configurarvi un'ipotesi di prestazione in luogo dell'adempimento, fattispecie ricondotta, per taluno, proprio in tale categoria di obbligazione: se così fosse, si dovrebbe concludere per la riconducibilità alla stessa di ogni obbligazione nata con facoltà alternativa.

La possibilità di utilizzare la *datio in solutum* per estinguere l'obbligazione restitutoria, inoltre, potrebbe essere messa in discussione anche tenendo conto della sua natura giuridica sulla quale è dato registrare una varietà di opinioni¹⁶⁸ visto che non v'è concordanza sulla sua funzione essenzialmente estintiva. Sebbene sia ancora prevalente l'opinione secondo la quale la prestazione in luogo dell'adempimento darebbe vita ad una fattispecie reale con funzione solutoria¹⁶⁹, è da rilevare che tale conclusione è messa in dubbio da chi ne sostiene la natura consensuale¹⁷⁰ caratterizzata da una funzione modificativa dell'obbligazione sulla quale incide. Ancorché alla fattispecie di cui all'art. 1197 s. cod. civ., generalmente¹⁷¹, a parte

¹⁶⁸ Per un'efficace sintesi cfr. S. NARDI, *Datio in solutum e legato*, in www.judicium.it.

¹⁶⁹ Da ultimo E. BILOTTI, *o.c.*, p. 22. Discorre di negozio solutorio G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Tratt. del contratto* a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 275; A. SACCOCCIO, *Alio pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, 2008, p. 67.

¹⁷⁰ C. GRASSETTI, *Datio in solutum (diritto civile)*, in *Novis. dig. it.*, V, Torino, 1970, p. 175.

¹⁷¹ Cfr. M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)*, in *Annali del seminario giuridico della R. Università di Palermo*, XIII, Palermo, 1927, p. 29 ss.; C. GRASSETTI, *o.u.c.*, p. 174 ss.; S. RODOTÀ, *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 734 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 4. *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 431 ss.; C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, cit., p. 72 ss.; A.M. MARCHIO, *Dazione in pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, p. 1 ss.; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, *passim*; Gu. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 613 ss.; ID., *Vicenda modificativa, «prestazione in luogo dell'adempimento» e novazione del rapporto obbligatorio*, *ivi*, 1989, p. 263 ss.; A. D. CANDIAN, *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 262; A. DI MAJO, *Dell'adempimento della obbligazione*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, IV, *Delle obbligazioni*, artt. 1177-1200, Bologna-Roma, 1994, p. 347; M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, I, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1992, p. 392; A. TAFURI, *La prestazione in luogo dell'adempimento con particolare riguardo al suo carattere reale*, in *Temi nap.*, 1968, III, p. 373 ss. Per un approfondimento storico dell'istituto cfr. G. ASTUTI, *Dazione in pagamento (storia)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 727 ss. Per ulteriori riferimenti, anche in ordine ad ipotesi particolari, v. C. CICCARELLI – G. DESIDERIO, *Datio in solutum: profili applicativi*, in *Liber amicorum per Biagio Grasso* a cura di Pollice, Napoli, 2015, p. 153 ss.



qualche eccezione¹⁷², sia stata riconosciuta natura contrattuale¹⁷³, maggiore diversità di opinioni è dato riscontrare intorno alla sua natura ed alla sua funzione.

Da un lato¹⁷⁴, si qualifica la *datio in solutum* come un contratto reale¹⁷⁵ a titolo oneroso¹⁷⁶ con funzione estintiva dell'obbligazione e, dall'altro¹⁷⁷, quale fattispecie consensuale con funzione modificativa dell'oggetto del rapporto obbligatorio, modificazione occorsa per effetto del consenso intervenuto tra creditore e debitore in

¹⁷² C.A. CANNATA, *o.c.*, p. 73, sembra dubitare del carattere contrattuale della *datio in solutum*, posto che la sola dichiarazione negoziale rilevante, ai fini della sua operatività, è quella del creditore che accetti di ricevere in adempimento una prestazione diversa da quella dovutagli. Dichiarazione, dunque, che dovrebbe intendersi non come uno dei termini dell'accordo, ma come un semplice atto unilaterale.

¹⁷³ La conclusione discende dalla necessità del consenso del creditore affinché la fattispecie si perfezioni: così GU. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, cit., p. 625 secondo il quale «la partecipazione delle parti alla conclusione della fattispecie non può essere degradata, per una di esse a requisito di efficacia». Il consenso sarebbe necessario anche qualora lo si intenda come un non rifiuto: così A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit. p. 43 s. In tal senso v. già P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, cit., p. 194 e Gu. Biscontini, *o.l.u.c.*

¹⁷⁴ È, questa l'opinione tradizionale: C. GRASSETTI, *Datio in solutum*, cit., p. 174; S. RODOTÀ, *Dazione in pagamento*, cit., p. 737; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 438; A. M. MARCHIO, *Dazione in pagamento*, cit., p. 3; L. MENGONI, *L'acquisto «a non domino»*, Milano, 1949, p. 193; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, p. 338. Per A. DI MAJO, *Dell'adempimento della obbligazione*, cit., p. 347 si tratterebbe di un negozio che, sulle orme della terminologia tedesca, si potrebbe chiamare «negozio di prestazione» (*Leistungsgeschäft*), visto che esso è in funzione della realizzazione di una causa ad esso esterna (*causa solvendi*).

¹⁷⁵ La natura reale della fattispecie si potrebbe dedurre, secondo la dottrina citata nella nota precedente, dallo stesso art. 1197 cod. civ. che, al primo comma, prevede che l'estinzione dell'obbligazione abbia luogo soltanto con l'esecuzione della diversa prestazione e, al secondo comma, precisa che – in caso di evizione o vizi della cosa prestata in luogo di quella originariamente dovuta – il creditore possa esigere la prestazione originaria salvo il risarcimento del danno: ciò lascerebbe intendere che, ai fini della realizzazione della fattispecie, oltre al consenso del creditore e del debitore, occorre l'effettiva consegna della cosa o l'esecuzione della prestazione: così A. TAFURI, *La prestazione in luogo dell'adempimento, con particolare riguardo al suo carattere reale*, cit., p. 376.

¹⁷⁶ L'onerosità è ravvisabile nel fatto che entrambe le parti sopportano un sacrificio: il debitore quello di eseguire una prestazione diversa; il creditore quello di rinunciare alla prestazione originaria: in tal senso cfr. S. RODOTÀ, *Dazione in pagamento*, cit., p. 737.

¹⁷⁷ In tal senso v. A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit., p. 52 ss.; GU. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, cit., p. 626 ss.; ID., *Vicenda modificativa, «prestazione in luogo dell'adempimento» e novazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 264, il quale discorre specificamente di negozio regolamentare. Della stessa opinione P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, cit., p. 30 e L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, VI, artt. 2643-2696, Bologna-Roma, 1977, p. 84, nonché A.D. CANDIAN, *Prestazione in luogo di adempimento*, cit., p. 264 e P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 106, nota 37.



ordine al trasferimento di un *aliud* in luogo di quanto originariamente dovuto. La consegna, secondo questa opinione, atterrebbe non alla formazione del contratto, che già sarebbe perfetto a seguito dell'avvenuto accordo¹⁷⁸, ma a quello della sua esecuzione¹⁷⁹. Il dibattito è tuttora aperto¹⁸⁰.

Orbene, da quando detto discende che l'opzione dell'acquisto con il conseguente atto traslativo non può essere un'ipotesi di *datio in solutum* qualora si ritenga, come si preferisce, che tale fattispecie abbia la funzione di modificare il precedente rapporto mutandolo, da semplice, in rapporto con facoltà alternativa: tale vicenda non sarebbe ipotizzabile nel *rent to buy* atteso che esso già nasce con una sola prestazione dovuta, la restituzione, che può essere sostituita *in limine solutionis* con il consenso all'acquisto.

7. A fronte dell'esistenza in capo al conduttore di un'obbligazione con facoltà alternativa, occorre individuare i diritti e gli obblighi di cui è titolare il concedente con riferimento al corrispettivo. Questi trattiene in via definitiva soltanto la parte di canone, via via corrisposto, quale corrispettivo per il godimento concesso: è questo l'unico effetto certo e stabile in quanto trova giustificazione nel rapporto locativo costituito con la conclusione del *rent to buy*. L'altra parte di canone da imputare, *ex art.* 23, comma 1, d.l. n. 133 del 2014, a corrispettivo del trasferimento dovrà essere restituita alla fine del rapporto locativo non essendo questo un titolo che ne giustifica la definitiva attribuzione patrimoniale. In questa prima fase che, peraltro, è destinata a protrarsi per tutta la durata del rapporto, il concedente potrà trattenere tale somma

¹⁷⁸ Così A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit., p. 63.

¹⁷⁹ In tal senso v. GU. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, «prestazione in luogo dell'adempimento» e novazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 266; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit., p. 67; A.D. CANDIAN, *Prestazione in luogo di adempimento*, cit., p. 264.

¹⁸⁰ Secondo taluno sarebbe da ammettere, come variante della *datio in solutum* c.d. «tipica», il c.d. *pactum de in solutum dando*, cioè l'accordo tra creditore e debitore con il quale il primo concede al secondo la facoltà di poter adempiere l'obbligazione eseguendo una prestazione diversa secondo lo schema proprio di una obbligazione con facoltà alternativa (A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo di adempimento*, cit., pp. 11 e 122). Per osservazioni critiche cfr. A. DI MAJO, *Dell'adempimento della obbligazione*, cit., p. 346, nota 7, secondo il quale la peculiarità della *datio in solutum* sta proprio nel fatto di realizzare una prestazione in luogo di adempimento laddove, ove si postulasse la necessità della modificazione, non vi più sarebbe la diversa prestazione ma esecuzione della prestazione dovuta. Per tale a. (p. 343), non appare appropriato assegnare la *datio in solutum* alla categoria dell'obbligazione con facoltà alternativa visto che in questa, la prestazione dell'*aliud* è pur sempre adempimento dell'obbligazione originaria, mentre nella *datio in solutum* la prestazione dell'*aliud* non è adempimento, ma prestazione in luogo di esso. Per una critica alla prima delle due opinioni riferite cfr. GU. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, «prestazione in luogo di adempimento» e novazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 267 e ss.



soltanto a titolo di deposito o di deposito irregolare qualora il concedente abbia la facoltà di servirsene (art. 1782 cod. civ.). Nel *rent to buy*, sulla base degli effetti che essenzialmente vengono prodotti, nessuna parte del canone, riscossa per essere imputata a prezzo della futura vendita, può essere definitivamente trattenuta dal proprietario. Tale conclusione non può essere smentita dal comma 1 *bis* dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 che disciplina proprio la fase della restituzione di detta somma, nella sola ipotesi in cui non si addivenga alla vendita, sicché la parte di quota che potrà essere trattenuta dal proprietario deve trovare giustificazione al di fuori delle tipiche obbligazioni assunte con tale contratto.

In proposito, tenendo conto della funzione socio-economica del *rent to buy* e degli interessi perseguiti dalle parti, si potrebbe utilizzare la categoria degli atti leciti dannosi¹⁸¹. La continua evoluzione¹⁸² della responsabilità civile ne rendono i confini instabili¹⁸³ tanto che essa non ha più una funzione essenzialmente sanzionatoria¹⁸⁴ – discorrendosi¹⁸⁵ anche di funzione compensativa, preventiva, di allocazione del danno¹⁸⁶ ed altre ancora¹⁸⁷ – e non può più essere circoscritta alla figura dell'illecito aquiliano: sfuma la distinzione concettuale tra risarcimento ed indennizzo restando

¹⁸¹ Non tutta la dottrina condivide la definizione, data alla figura giuridica in esame, di «atto lecito dannoso»: A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 25 ss. discorre di danno non antiggiuridico, identificando con tale espressione il danno che deriva da un atto lecito. Sul punto si vedano D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 205 ss.; G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, p. 67 ss. Per adeguati ragguagli cfr. M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, *passim*; C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012, *passim*.

¹⁸² G. ALPA, *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 1805 ss.; ID., *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, p. 155 ss.

¹⁸³ F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 1 ss.; ID., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 649 ss.; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 539 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile tra solidarietà ed efficienza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 195; ID., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Alpa, 4, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 83 ss.; P.G., MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, 3, XIX, Torino, 1998, p. 1 ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 1996, p. 343 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1998, p. 11 ss.

¹⁸⁴ Acquista importanza la funzione satisfattiva/riparatoria della responsabilità civile: R. BORDON, *Il nesso di causalità nella nuova responsabilità civile*, in R. BORDON – S. ROSSI – L. TRAMONTANO, *La nuova responsabilità civile. Causalità – Responsabilità oggettiva – Lavoro*, Torino, 2010, p. 332.

¹⁸⁵ Per la manualistica cfr. V. ROPPO, *Diritto privato. Linee essenziali*, Torino, 2014, p. 511 s.

¹⁸⁶ F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 82; V. FRANCESCHELLI, *Diritto privato*, Milano, 2011, p. 911.

¹⁸⁷ Cfr. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 2.



questa limitata al solo profilo quantitativo¹⁸⁸. In una moderna visione della responsabilità civile fondata sull'art. 2 cost., l'attenzione si è spostata dall'autore dell'atto al danneggiato¹⁸⁹. Non solo. È stato messo in discussione il requisito dell'ingiustizia del danno quale conseguenza della lesione di un diritto soggettivo¹⁹⁰ così come la sola funzione del fatto dannoso diviene quella di fungere da presupposto del giudizio di responsabilità sì da porre a carico di un determinato soggetto l'obbligo di risarcimento¹⁹¹. Tale evoluzione consente di rinvenire nell'atto lecito dannoso una figura giuridica che prescinde dalla natura colposa o dolosa del comportamento perché la risarcibilità del danno viene determinata sulla base di una valutazione che riguarda esclusivamente la sfera economica e patrimoniale dei soggetti del rapporto¹⁹². Ne consegue che la concezione dell'ingiustizia del danno quale momento centrale dell'obbligo risarcitorio-riparatorio, scissa dall'illiceità del fatto causativo, unitamente alla transizione dal principio dell'atto illecito a quella dell'atto dannoso, ha indotto a concludere che anche l'atto lecito dannoso, in quanto tale, esige sempre una riparazione¹⁹³.

In tale prospettiva, quest'ultimo costituisce una categoria generale con la conseguenza che esso non ha carattere eccezionale¹⁹⁴ rispetto al sistema della responsabilità civile: lo stesso, pertanto, non riguarderebbe solamente quelle fattispecie nelle quali ad un comportamento autorizzato dalla legge quest'ultima ricollega conseguenze di natura risarcitoria¹⁹⁵ o indennitaria. La categoria dell'atto lecito dannoso giunge a comprendere tutti quegli atti che, determinando la lesione

¹⁸⁸ G. TUCCI, *La responsabilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1967, p. 249 s.; analogamente P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1078 s.

¹⁸⁹ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 23.

¹⁹⁰ Cass, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Dir. e giur. agr.*, 2000, p. 323.

¹⁹¹ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 126.

¹⁹² M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, IV, *Delle obbligazioni*, artt. 2043-2059, Bologna-Roma, 1993, p. 115.

¹⁹³ P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., p. 1079.

¹⁹⁴ G. TUCCI, *o.u.c.*, p. 263. Reputa, invece, che l'indennizzo da atto lecito dannoso possa ricorrere soltanto laddove espressamente previsto S. MAZZAMUTO, *Il contatto di rent to buy*, cit., p. 958. L'a. conclude nel senso che nel silenzio del contratto e della legge, la parte del corrispettivo imputata al trasferimento futuro debba essere restituita al conduttore. Invero, pare, così come detto nel testo, che è proprio il comma 1 *bis* dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 a prevedere implicitamente e inderogabilmente che una quota del canone non dovuta a titolo locativo potrà essere trattenuta dal proprietario.

¹⁹⁵ Così G. DUNI, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968, p. 82 ss.; G. GIACOBBE, *Illecito e responsabilità civile*, I, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, X, Torino, 2005, p. 103 il quale discorre di interpretazione analogica. Cfr., tuttavia, A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 34, il quale afferma che «il danno, il quale non sia *contra ius*, solo eccezionalmente assume senso giuridico».



della sfera giuridica altrui, hanno una disciplina diversa¹⁹⁶ da quella dettata per la generalità degli atti illeciti¹⁹⁷ tanto da essere presente anche nell'ambito di rapporti negoziali¹⁹⁸. I casi di responsabilità da atto lecito, sebbene siano di regola contemplati dalla legge, al pari di quanto avvenuto per la responsabilità *ex art.* 2043 cod. civ., possono essere considerati espressione di una esigenza generale dalla quale discendono obbligazioni di natura sostanzialmente indennitaria in capo a colui che tali atti o comportamenti ha posto in essere¹⁹⁹, bilanciando i rispettivi interessi. L'attenzione si sposta, quindi, dalla qualificazione in termini di liceità od illiceità di un atto al problema della quantificazione del danno, a prescindere che sia ingiusto o no²⁰⁰.

Orbene, l'art. 23 d.l. n. 133 del 2014, nel prevedere che soltanto il concedente resti obbligato alla conclusione del futuro contratto, consentendo all'utilizzatore di esercitare o no il proprio diritto di credito²⁰¹, prende atto di una situazione di

¹⁹⁶ RE. ALESSI, *La responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 625 reputa che il fondamento teorico e positivo di tale responsabilità sia distinto da quella della normale responsabilità da fatto illecito. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 556, sottolinea l'intima contraddittorietà dell'idea di "responsabilità" nascente da fatto lecito perché da esso non dovrebbe discendere alcuna responsabilità.

¹⁹⁷ G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., p. 229 ss. Parla, in questo caso, di danno non antiggiuridico A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 25, il quale, qualificando l'antigiuridicità quale «espressione della prevalenza accordata dal diritto ad un interesse opposto», individua ipotesi di danno che mirano «non già a garantire la prevalenza di un interesse, ma, bensì, a compensare il soggetto dell'interesse da esso stesso sacrificato».

¹⁹⁸ Cfr., anche per i necessari riferimenti, C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., p. 263 ss.

¹⁹⁹ Per un'analisi delle singole fattispecie nelle quali è possibile individuare ipotesi di comportamenti leciti, dai quali deriva l'obbligo di riparare le conseguenze pregiudizievoli, si rinvia a G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., p. 235 ss. Osserva F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1991, p. 11, che non si possono qualificare ingiusti i danni che derivano da un comportamento dell'agente posto in essere nell'esercizio di un diritto che non risulti abusivo.

²⁰⁰ Ad avviso di F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, p. 77, non è possibile qualificare ingiusto, a norma dell'art. 2043 cod. civ., il danno prodotto da un comportamento posto in essere nell'ambito dell'esercizio di un diritto; di opposta opinione P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., p. 1078 s. secondo il quale, malgrado la loro liceità, taluni atti sono in grado di produrre un danno ingiusto.

²⁰¹ Nel preliminare unilaterale, qual è quello presente nel *rent to buy*, a fronte dell'obbligo della parte verso la quale, in caso di inadempimento, può essere esercitata l'azione di cui all'art. 2932 cod. civ., corrisponde un diritto di credito di cui è titolare il promissario: per tutti D. POLETTI, *Contratto preliminare*, in *Dei contratti in generale*, II, a cura di Navarretta e Orestano, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 149 s.



sbilanciamento dalla quale il proprietario potrebbe subire un danno. Questi, infatti, confidando nella futura vendita, ha tolto dal mercato il bene locato vedendoselo poi restituito usato ed usurato²⁰² e, quindi, deprezzato alla scadenza del rapporto. Si potrebbe spiegare così la previsione del comma 1 *bis* dell'art. 23, d.l. n. 133 del 2014, introdotta in sede di conversione²⁰³, secondo la quale le parti sono tenute a definire la quota dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile e, in via indiretta, la quota parte residua che può trattenere. In altre parole, il legislatore ha inteso necessario con tale disposizione contemperare e riequilibrare²⁰⁴ le posizioni contrattuali salvaguardando le ragioni del concedente ritenute meritevoli di tutela.

Da ultimo, tale somma potrà, allo stesso tempo e per le medesime finalità, essere legittimamente trattenuta dal concedente anche nel caso in cui il conduttore eserciti il diritto di recesso, attribuitogli dalla legge speciale qualora si volesse scorgere nel contratto di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 una locazione collegata ad un preliminare unilaterale, volto allo scioglimento anticipato del rapporto di godimento. Viceversa, qualora nel *rent to buy* non si voglia rinvenire la presenza di un rapporto locativo, il diritto di recesso per il conduttore potrebbe legittimamente essere esercitato soltanto qualora fosse stato previsto, a titolo tanto oneroso quanto gratuito. Diversamente, il conduttore rimarrebbe vincolato per tutta la durata con la conseguenza che qualunque comportamento che dovesse legittimare l'effetto risolutorio darebbe luogo all'applicazione del comma 5 dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 con conseguente perdita di quanto versato in vista del possibile futuro acquisto.

²⁰² M. IEVA, *Casi e problemi di interesse notarile*, cit., p. 677, secondo il quale il *rent to buy* potrebbe non realizzare compiutamente l'interesse del proprietario visto che deve consegnare il bene ad un soggetto che può deteriorarlo con l'uso, opporre resistenza alla sua restituzione e, comunque, può legittimamente decidere di non acquistarlo.

²⁰³ Auspicava che in sede di conversione del d.l. n. 133 del 2014 fossero apportate talune integrazioni M. VAIRA, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, cit., p. 230.

²⁰⁴ Mostra sensibilità a tale prospettiva G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., p. 496, il quale sottolinea come la novella abbia inteso configurare un rapporto caratterizzato in ogni sua fase dall'equilibrio delle rispettive posizioni soggettive, così come risulta in modo particolare dal comma 1 *bis* dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 opportunamente inserito nella legge di conversione. Sul punto v., altresì, D. POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, cit., p. 1055. Sulla funzione "riequilibratrice" svolta dalla suddivisione prevista dal comma 1 *bis* dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 v., pure, G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, cit., p. 1032 s. Sul riequilibrio delle posizioni contrattuali quale espressione del più generale principio di "giustizia contrattuale" che assume valenza generale si da permeare tutte le fasi della contrattazione: cfr. R. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: effettività della responsabilità disciplinare del notaio tra regole di comportamento e regole di validità*, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi* a cura di Pagliantini, Torino, 2011, p. 9.



8. Da quanto detto, nel rispetto del principio della causalità delle attribuzioni patrimoniali, il concedente avrà titolo per trattenere soltanto la quota di canone stabilita ai sensi del comma 1 di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 remunerativa del solo godimento concesso; di converso, dovrà restituire l'altra quota in quanto non avrebbe alcun titolo per trattenerla qualora non si addivenga alla stipulazione del contratto definitivo di vendita. Tuttavia, proprio la conclusione del contratto di *rent to buy* consente di rinvenire un titolo giustificativo per la sorte di una sola parte o della totalità della restante quota di canone determinata in vista della futura quanto eventuale vendita ai sensi del medesimo comma 1: tale sorte dipenderà esclusivamente dalle situazioni che si saranno verificate a seguito della scelta operata dal conduttore.

Potranno, pertanto, verificarsi due distinte ipotesi.

Nella prima, il conduttore, optando per l'acquisto, è tenuto a pagare l'intero prezzo al proprietario così come determinato nel preliminare unilaterale presente nel contratto di *rent to buy*; da parte sua, il proprietario, alla scadenza del rapporto locativo, sarà obbligato a restituire l'intero importo che ha ricevuto quale quota parte di canone versato in vista della futura alienazione e trattenuto, non in via definitiva, a titolo di deposito irregolare. In tale circostanza sussistono debiti e crediti reciproci tali da potere essere oggetto di compensazione. Alla stipula del contratto definitivo il conduttore-acquirente corrisponderà il prezzo, in parte, attraverso la compensazione della somma dovutagli dal proprietario in quanto trattenuta in via non definitiva (intera quota parte del canone versato in funzione della futura vendita *ex* comma 1) e, per la restante parte, con prestazione pecuniaria. È soltanto in questo momento che la somma accumulata nel corso del rapporto in vista del futuro acquisto può essere conteggiata, impropriamente²⁰⁵ imputata al prezzo di acquisto, sì da dare un effettivo contenuto alla disposizione di cui al comma 1 dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014.

Nella seconda ipotesi, qualora il conduttore non opti per l'acquisto, il proprietario è tenuto a restituire quanto ricevuto a titolo di deposito irregolare. Tuttavia, in attuazione di quanto contrattualmente stabilito nel rispetto della disciplina di cui al comma 1 *bis*, il conduttore, scegliendo di non acquistare, diverrà, a sua volta, debitore di una somma a titolo di indennizzo da atto lecito dannoso, somma questa già anticipatamente determinata. Conseguentemente, nel momento in cui il concedente restituirà l'intera quota di canone non remunerativa del godimento potrà eccipire in compensazione quanto a lui dovuto a titolo di indennizzo, pari alla quota indirettamente determinata ai sensi del comma 1 *bis*.

²⁰⁵ Per l'operatività dell'imputazione in tema di compensazione, l'art. 1249 cod. civ. presuppone, infatti, la pluralità di più debiti reciproci: per tutti C. CICERO, *Le obbligazioni*, II, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, VIII, Torino, 2013, p. 161.



In conclusione, il concedente risulterà sempre debitore della quota trattenuta in qualità di depositario ma, grazie al sopra riferito sistema compensativo, o non restituirà alcunché perché tale debito verrà compensato con quanto dovuto a titolo di prezzo dal conduttore-acquirente, oppure restituirà soltanto una quota parte di tale somma avvalendosi della compensazione con il proprio credito di natura indennitaria vantato nei confronti del conduttore-non acquirente.

La soluzione non pare possa essere messa in discussione dall'art. 1246, n. 2, cod. civ. a norma del quale la compensazione si verifica qualunque sia il titolo dell'uno o dell'altro debito, eccettuato, oltre ad altre ipotesi, il credito per la restituzione di cose depositate o date in comodato; tale disposizione non dovrebbe trovare applicazione al deposito irregolare: su tale questione, tuttavia, la dottrina è tutt'oggi divisa tra la soluzione positiva e quella negativa.

Invero, pare che l'art. 1246 cod. civ., prevedendo eccezioni ad un principio generale, deve essere interpretato ricercando una giustificazione che spieghi la deroga. La ragione giustificativa pare risiedere nel fatto che tanto il deposito quanto il comodato comportino la restituzione dell'*eadem res*, sicché il corrispettivo debito non potrebbe trovare compensazione legale vista la mancanza del requisito della fungibilità il quale esclude che la compensazione legale possa avere luogo quando il credito restitutorio ha ad oggetto cose determinate. Tale interpretazione trova peraltro giustificazione nel fatto che il n. 2 dell'art. 1246 cod. civ. riunisce in un'unica disposizione due distinte fattispecie: il deposito e il comodato, circostanza questa che induce a ritenere che l'impossibilità di dedurre in compensazione il credito per la restituzione di cose depositate o date in comodato dovrebbe trovare la medesima ragione giustificativa. L'infungibilità dell'oggetto che deve essere restituito è una caratteristica di tali contratti tanto che, qualora avessero ad oggetto cose fungibili, il comodato, caratterizzato dall'essenziale gratuità, sarebbe da qualificare mutuo gratuito mentre, per quanto riguarda il deposito, esso diverrebbe deposito irregolare qualora il depositario abbia la facoltà di servirsene, così come sembra accadere nel *rent to buy* ove il concedente è libero di utilizzare l'intero canone pattuito e corrisposto dal conduttore fino alla scadenza del rapporto negoziale. Con particolare riferimento a tale ultima ipotesi, occorre ricordare che, per espressa previsione dell'art. 1782, cod. civ., il deposito irregolare risente della disciplina del mutuo²⁰⁶. Sebbene non sia questa

²⁰⁶ Secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., 25 novembre 2003, n. 17945, in *De jure on line*) il deposito irregolare, assimilato al mutuo, matura interessi il cui decorso è legato non all'esigibilità del credito restitutorio, ma alla disponibilità della somma di cui gode il depositario. Ne discende che nel *rent to buy*, in considerazione del fatto che il concedente è nella disponibilità della somma da imputare a prezzo nel momento in cui verrà stipulato l'eventuale definitivo di vendita, si pone il problema se detta somma debba essere fruttifera. Seguendo l'orientamento giurisprudenziale sopra riferito, sembrerebbe doversi dare risposta affermativa. Da tale qualificazione, nel contatto di *rent to buy* di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014, discenderebbe che la somma da restituire a norma del comma 1 *bis* dovrà essere



la sede per esaminare il problema della natura del deposito irregolare, tuttavia non si può non osservare che, ricorrendo l'ipotesi contemplata nella disposizione predetta, questo verrebbe ad avere un'efficacia traslativa tale da renderlo più affine al mutuo che al deposito di cui all'art. 1766 cod. civ.

Pare, pertanto condivisibile la dottrina secondo la quale il divieto di cui all'art. 1246, n. 2, cod. civ. non riguarda l'ipotesi di deposito irregolare anche perché tale conclusione non contrasta la tipica funzione compensativa volta ad evitare il doppio adempimento senza pregiudicare le ragioni economiche di alcuna delle due parti; anzi, l'opposta soluzione potrebbe compromettere le ragioni di chi, pur avendo adempiuto la prestazione dovuta, non veda a sua volta adempiuta la prestazione cui ha diritto. Infine, qualora non si voglia aderire a tale interpretazione, pare che il *rent to buy* risulti estraneo all'ipotesi di non compensabilità di cui all'art. 1246, n. 2, cod. civ. che, avendo natura dispositiva, risulta pattiziamente derogato al fine di agevolare la realizzazione della complessa operazione economica che lo giustifica.

Da ultimo, la soluzione proposta in merito al *modus operandi* dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 dovrebbe avere conseguenze anche sul piano fiscale²⁰⁷. Sebbene tale tema meriterebbe una trattazione maggiormente approfondita, ai fini del presente lavoro pare sufficiente limitarsi ad affermare che il concedente dovrebbe essere soggetto ad imposizione fiscale soltanto per le somme riscosse in via definitiva a titolo di corrispettivo per la locazione; ovviamente, qualora si dovesse dare luogo successivamente alla compravendita del bene locato, l'atto sarà soggetto al normale regime fiscale.

Tale soluzione parrebbe contraddetta da una recente circolare dell'Agenzia delle entrate²⁰⁸ dettata proprio per disciplinare i profili fiscali del *rent to buy* laddove precisa che «Con riferimento ai canoni corrisposti dal conduttore, l'articolo 23, comma 1, chiarisce che le parti imputano al corrispettivo del trasferimento una quota di canone indicata nel contratto. Tale quota di canone che ha natura di anticipazione del corrispettivo del trasferimento deve essere assimilato, ai fini fiscali, agli acconti prezzo della successiva vendita dell'immobile».

maggiorata degli interessi legali, anche se non sarebbe da escludere la possibilità che le parti stabiliscano contrattualmente interessi di importo superiore: così pure P. CASTELLANO, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, cit., p. 59.

²⁰⁷ In merito cfr. N. SARTORI, *Profili fiscali del c.d. Rent to buy*, in *Rent to buy e locazione di scopo* a cura di Rescigno e Cuffaro, in *Giur. it.*, 2015, p. 504 ss.; F. STRADINI, *Profili fiscali del contratto di rent to buy*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, p. 1299 ss.; R. BELOTTI e F. CAVALLI, *Rent to buy fra problematiche fiscali e dubbi vantaggi economici*, cit., p. 4443; S. CARUNCHIO, *Rent to buy: ipotesi di eliminazione del "doppio binario" nella fase di godimento dell'immobile*, in *Fisco*, 2015, p. 4259 ss.; F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, cit., p. 827.

²⁰⁸ Agenzia delle entrate, circolare n. 4/E del 19 febbraio 2015, reperibile in <http://www.agenziaentrate.gov.it>.



Tuttavia, in primo luogo, pare evidente che tale documento dà per scontato il successivo trasferimento laddove descrive la nuova figura come una fattispecie contrattuale volta a conferire al conduttore l'immediato godimento dell'immobile, rinviando ad un momento futuro, ma certo, il trasferimento della proprietà del bene: ne è prova l'uso del termine "acconto" che, in una accezione tecnica, indica il parziale pagamento anticipato di una somma dovuta (per forniture, servizi, imposte ecc.), versato prima della consegna dei beni acquistati, o prima della scadenza stabilita per il pagamento finale a saldo²⁰⁹. Tale situazione è però smentita dalla stessa disposizione di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 dalla quale emerge che il trasferimento è rimesso alla sola volontà del conduttore ancora non espressa al momento della stipulazione del *rent to buy*.

In secondo luogo la circolare dell'Agenzia delle entrate utilizza in modo improprio, alla stregua del legislatore della novella, l'istituto dell'imputazione visto che l'art. 1193 cod. civ., disciplinando l'imputazione del pagamento, presuppone l'esistenza di più debiti scaduti. Tale circostanza è del tutto assente nel *rent to buy* perché il conduttore non è debitore del pagamento del prezzo fin tanto che non abbia deciso per l'acquisto con la conseguente assenza di più debiti a suo carico. Di ciò è prova il comma 1 dell'art. 23 d.l. n. 133 dal quale si evince che il legislatore, utilizzando una frase incidentale, individua il momento del conteggio di una parte dei canoni riscossi solamente a seguito dell'esercizio da parte del conduttore del diritto di acquistare l'immobile locato, lasciando implicitamente intendere la conseguente necessità da parte dei contraenti di effettuare un'operazione contabile di scomposizione dell'intero canone pattuito in due distinte quote volte, una, a remunerare il godimento e, l'altra, ad essere accantonata in vista della futura, ma eventuale vendita. Tale operazione contabile, soltanto programmata nel contratto, risulta utile unicamente al fine di consentire, se e quando il conduttore deciderà di acquistare l'immobile locato, di estinguere parzialmente l'obbligazione del pagamento dell'intero prezzo di vendita, debito, questo, fino a quel momento inesistente, attraverso la vicenda compensativa di cui si è detto. Pertanto, stante la discutibile ricostruzione dell'istituto offerta dall'Agenzia delle entrate che, probabilmente, ha inteso evitare a fini fiscali²¹⁰ un uso distorto di tale istituto, non pare che da essa si possa trarre utili indicazioni per la ricostruzione della fattispecie.

²⁰⁹ Discorre di acconto e di anticipazione sul prezzo V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, cit., p. 976.

²¹⁰ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 963, sottolinea che la *ratio* della normativa tributaria è diversa da quella civilistica.



9. Se è vero che il frazionamento del canone costituisce elemento essenziale²¹¹ del *rent to buy*, l'autonomia negoziale, da un lato, non potrà eliminare o ridurre a misura poco più che simbolica la "quota" del canone destinata al corrispettivo di acquisto²¹² e, dall'altro, non potrà consentire ai contraenti di prevedere una imputazione totale dei canoni a corrispettivo, eliminando da essi l'imputazione per la concessione del godimento²¹³: diversamente, in entrambi i casi, verrebbe violata la tipica configurazione del contratto perché, nel primo caso descritto, il conduttore vedrebbe sacrificato o totalmente eliminato il *favor* riconosciutogli dal legislatore all'acquisto della proprietà del bene locato dovendo corrispondere all'atto di vendita pressoché l'intero prezzo predefinito; nel secondo caso, al contrario, le somme versate durante il rapporto di godimento risulterebbero delle semplici somme accantonate per essere poi imputate al corrispettivo concordato in vista della futura vendita configurandosi, conseguentemente, un rapporto di godimento caratterizzato dalla gratuità sì da essere qualificato comodato anziché locazione²¹⁴.

È stata altresì ipotizzata la possibilità che i contraenti possano pattuire che l'intera somma dei canoni versati sia imputata in "acconto-prezzo" nel caso di esercizio da parte del conduttore del diritto di acquistare stabilendo altresì che tale intera somma vada invece ad essere imputata a corrispettivo dell'utilizzazione del

²¹¹ S. MAZZAMUTO, *o.u.c.*, p. 954 discorre di un'apposita disciplina dettata in tema di trascrizione per il contratto in esame; cfr., altresì, V. RUGGIERO, *o.c.*, p. 976, secondo il quale il *rent to buy* di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 si caratterizza, da un lato, per l'obbligazione gravante sul solo proprietario di concludere la futura vendita e, dall'altro, per la suddivisione del canone così come previsto dai commi 1 ed 1 *bis* del citato articolo; l'a., tuttavia, su questo ultimo punto limita l'essenzialità del comma 1 *bis* alla sola suddivisione contemplata dal primo comma dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014; G. RIZZI, *Il rent to buy: aspetti redazionali*, cit., p. 892, secondo il quale imputare interamente il canone o a corrispettivo del godimento o a prezzo significa disconoscere l'essenza del contratto *de quo*; in difetto si avrebbe un contratto soggetto a conversione qualora ricorrano i requisiti di cui all'art. 1424 cod. civ. Parrebbe, tuttavia, che il contratto che non preveda la suddivisione del canone così come previsto dall'art. 23, comma 1, d.l. n. 133 del 2014 non sia nullo, ma, più semplicemente, non abbia i requisiti per essere qualificato *rent to buy* così come descritto dal legislatore. In tal caso, si porrà un problema di adeguata qualificazione della fattispecie concreta, valida e efficace nei limiti in cui non sia affetta da illiceità: su tale questione cfr. B. MARUCCI, *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, Napoli, 2006, *passim*, spec. p. 123 ss.

²¹² D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, cit., p. 42; M. IEVA, *Casi e problemi di interesse notarile*, cit., p. 680 s., il quale con riferimento ad una determinazione simbolica delle quote di canone rinviene la possibilità di una nullità del contratto per frode alla legge.

²¹³ Sembra ammettere tale possibilità R. BELOTTI e F. CAVALLI, *Rent to buy fra problematiche fiscali e dubbi vantaggi economici*, cit., p. 4443.

²¹⁴ In tal senso anche G. PETRELLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 7 s.



bene, e quindi trattenuta dal concedente, nel caso di mancato esercizio da parte del conduttore del diritto di acquistare²¹⁵. Tale ricostruzione, secondo taluno²¹⁶, risulterebbe ammissibile, laddove si consenta la possibilità di pattuire l'obbligo per il conduttore di acquistare il bene. In tal caso, infatti, il potere del concedente di trattenere a titolo di indennità per intero i canoni riscossi discenderebbe direttamente dall'applicazione del successivo comma 5, art. 23 d.l. n. 133 del 2014.

Tuttavia, tale ipotesi non sembrerebbe prospettabile per varie ragioni. In primo luogo, un'interpretazione non formalistica²¹⁷ del comma 1 dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 impone ai contraenti di suddividere l'unica somma versata a titolo di canone nelle due quote sopra dette, sicché una pattuizione che imputasse l'intero canone prima quale acconto sul prezzo qualora si addivenisse alla vendita o, in caso contrario, a canone locativo, porrebbe il contratto che contenesse tale clausola assolutamente al di fuori dello schema del *rent to buy*. In secondo luogo, anche qualora si volesse ritenere coerente tale clausola con il contratto in esame, la stessa non darebbe certezza al rapporto negoziale: infatti, se la somma versata a titolo di prezzo fosse successivamente imputata totalmente a titolo di locazione, si porrebbe il problema della compatibilità di tale convenzione con il principio di carattere generale desumibile dall'art. 1526 cod. civ. che espressamente vieta al proprietario di trattenere tutto quanto riscosso a titolo di prezzo qualora il rapporto venga meno. Da ultimo, neppure parrebbe possibile giustificare tale clausola inserendola in un contratto che prevedesse l'obbligo a stipulare la futura vendita anche in capo al conduttore: ciò non soltanto perché pure in questo caso si verserebbe in una fattispecie diversa dal tipico *rent to buy*, ma anche perché giustificare l'attribuzione di tale somma al proprietario

²¹⁵ G. AMADIO, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: nuovo tipo contrattuale e suoi elementi caratterizzanti*, Relazione al Convegno su *La disciplina del rent to buy: tutele sostanziali e questioni tributarie*, organizzato dalla Fondazione italiana per il Notariato in collaborazione con il Consiglio notarile di Milano il 23 gennaio 2015. In senso contrario cfr. M. MALTONI, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 1070.

²¹⁶ J. BALOTTIN, *Contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, p. 6, reperibile in http://www.federnotizie.it/contratti-di-godimento-in-funzione-della-successiva-alienazione-di-immobili/#_ftnref20.

²¹⁷ J. BALLOTIN, *o.l.u.c.*, secondo il quale il legislatore non porrebbe limiti quantitativi dal momento che l'art. 23, comma 1, d.l. n. 133 del 2014 prevede essenzialmente la necessità che il canone sia almeno in parte destinato ad acconto del prezzo, mentre non stabilisce che una parte del canone debba necessariamente essere destinata a remunerare la concessione in godimento: l'a., pertanto, conclude che la clausola che imputi in acconto-prezzo una quota pari al 100% dei canoni e, conseguentemente, lo 0% quale corrispettivo dell'utilizzazione, sarebbe ammissibile; al contrario, una clausola in cui si imputi in acconto del prezzo una quota pari allo 0% dei canoni e, quindi, a corrispettivo dell'utilizzazione, una quota pari al 100%, non potrebbe essere considerata ammissibile.



anche a titolo di risarcimento del danno convenzionalmente stabilito porrebbe il problema della sua possibile riduzione ad equità a norma dell'art. 1384 cod. civ.

Le ragioni sopra dette consentono di mettere in dubbio anche le opinioni di chi²¹⁸ reputa che nella fase fisiologica del rapporto, al momento del trasferimento del bene al conduttore, si possa prevedere che una parte della componente destinata a remunerare il godimento possa essere utilizzata per decurtare il prezzo fissato per la cessione del diritto di proprietà, al pari della componente del canone da imputare al prezzo.

Sembra invece lecito domandarsi se il concedente possa, alla scadenza del termine entro cui il conduttore deve scegliere se acquistare, al solo fine di favorire tale opzione²¹⁹, consentire un parziale conteggio di quanto riscosso a titolo locativo per ridurre il prezzo residuo che il conduttore dovrebbe corrispondergli. Sebbene, in linea meramente teorica, potrebbe ammettersi tale possibilità, tuttavia sembra che non sia consentito imputare quanto già ricevuto dal conduttore quale corrispettivo del godimento a prezzo da pagare per l'immobile che si è voluto comprare. Infatti, occorre ricordare che l'art. 1193 cod. civ. prevede espressamente che l'imputazione debba essere fatta al momento del pagamento; tale disposizione presuppone una pluralità di rapporti obbligatori tra le stesse parti e ha lo scopo di eliminare l'incertezza circa la sorte degli stessi, evitando che a ciascun atto di pagamento non segua l'effetto solutorio di una ben determinata obbligazione; tale disposizione non è applicabile al contatto in esame dal momento che la questione dell'imputazione del pagamento non è proponibile quando tra le parti sussiste un unico debito²²⁰. In altre parole, nel contratto di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014, essendovi fin dall'origine un solo debito da pagare, il *solvens* dovrà necessariamente imputare a corrispettivo della locazione la quota di canone che non viene accantonata in vista del futuro, ma eventuale acquisto. L'indisponibilità degli effetti e della natura dell'atto di imputazione sarebbe altresì suffragata qualora gli si volesse riconoscere natura non negoziale²²¹. Conseguentemente, quanto riscosso in via definitiva a titolo locativo, essendo entrato nel patrimonio del concedente, non potrà essere successivamente destinato, tramite diversa imputazione, a parziale estinzione di altro debito, peraltro inesistente al momento del primitivo adempimento, salvo a ricondurre l'atto di imputazione nell'ambito della categoria degli atti negoziali su beni futuri. Il medesimo effetto voluto dal conduttore che voglia favorire il potenziale acquirente potrebbe, invece, essere più semplicemente raggiunto, in coerenza con l'art. 23 d.l. n. 133 del 2014, per

²¹⁸ G. RIZZI, *Il rent to buy: aspetti redazionali*, cit., p. 893.

²¹⁹ Così G. RIZZI, *o.c.*, p. 894.

²²⁰ Cass., 3 ottobre 2013, n. 22639, in *De jure on line*.

²²¹ Sulla natura dell'atto di imputazione è dato riscontrare una varietà di opinioni: per una adeguata sintesi cfr. E. DAMIANI, *Commento all'art. 1193*, in *Delle obbligazioni* a cura di Cuffaro, artt. 1173-1217, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 518 s.



mezzo di una parziale remissione del debito del prezzo di vendita pari ad una quota parte di quanto ricevuto a titolo locativo o, ancora più semplicemente, con l'accettazione di un adempimento parziale idoneo a soddisfare l'intera pretesa creditoria²²².

La preventiva suddivisione del canone con riferimento alle dovute destinazioni sembra poter superare anche la preoccupazione di chi²²³ ammonisce ad evitare che, convenzionalmente, si abbia un'articolazione delle diverse componenti del corrispettivo che finisca con l'imputare al prezzo di acquisto della proprietà una somma di molto inferiore al relativo valore di mercato. In tal caso si reputa che, oltre a gravi conseguenze fiscali, sul piano sostanziale si potrebbe avere un contratto rescindibile per lesione *ultra dimidium* o il possibile esercizio di diritti di prelazione da parte di terzi al prezzo dichiarato nel contratto di trasferimento o, ancora, la soggezione all'azione revocatoria anche fallimentare a causa dell'assenza di un "giusto prezzo". Tale legittima preoccupazione sembra proprio scongiurata dal rispetto sostanziale e non soltanto formale dell'art. 23 d.l. 2014/133 ove si prevede che la parte che ambisce ad acquistare un immobile ne ottiene immediatamente la disponibilità, riservandosi il diritto di acquistarne la proprietà ad un prezzo stabilito sin dall'inizio²²⁴ e imputando a tale corrispettivo soltanto una parte dei canoni periodicamente versati. È in questa fase che devono essere evitati i rischi di possibili invalidità e di azioni pregiudizievoli per la stabilità dei rapporti giuridico-economici.

10. Il problema dell'applicazione delle regole dettate per la locazione al *rent to buy* è particolarmente avvertito²²⁵ visto che è questo lo schema negoziale al quale il contratto sembrerebbe fare riferimento nella sua prima "fase".

Sicuramente l'unitarietà dell'operazione economica, in linea di principio, non impedisce di procedere ad una valutazione normativa della fattispecie tenendo anche conto delle discipline dei singoli contratti (tipici) che risultano collegati nell'unitaria figura negoziale nuova, ritenuta non atipica²²⁶. La *lex contractus* che le parti hanno

²²² Per parte della dottrina in tal caso ricorrerebbe un'ipotesi di *datio in solutum*. GU. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, cit., p. 613 ss.

²²³ G. PETRELLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 7 s.

²²⁴ Evidenza tale circostanza pure D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, cit., p. 42.

²²⁵ Sull'argomento v. G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, cit., p. 1036

²²⁶ Contrario a considerare atipica la fattispecie del *rent to buy* la quale sarebbe stata socialmente tipica già prima dell'emanazione dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 è A. TESTA, *Il rent to buy: la tipizzazione di un contratto atipico*, in *Immobili e proprietà*, 2014, p. 388. *Contra* F. STRADINI, *Profili fiscali del contratto di rent to buy*, cit., p. 1305, secondo la quale il *rent to buy* è un modello contrattuale atipico caratterizzato dalla



previsto non può sempre consentire la disapplicazione di norme inderogabili delle quali risente comunque anche il contratto, tipico o atipico che sia. L'autonomia negoziale incontra il limite del rispetto delle norme inderogabili e dell'ordine pubblico²²⁷.

Ne discende che talune norme, espressione di tali principi, potrebbero fare sentire il loro peso sicché una loro deroga, sempre che ciò sia possibile, dovrà trovare riscontro in altri valori di pari oppure di maggiore rilevanza o essere la conseguenza di un contenuto negoziale equilibrato o essere, ancora, la conseguenza di una contrattazione assistita. Si pensi, come già detto, all'ammontare delle attribuzioni patrimoniali di cui ai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014²²⁸ in cui le parti restano sempre portatori di interessi contrapposti.

causa prevalente della vendita. Siffatta costruzione, tuttavia, non appare condivisibile visto che il contratto con causa prevalente, nozione presente anche nella categoria del contratto misto, presuppone l'unicità della fattispecie, mentre nel *rent to buy* l'effetto della vendita dipende da un successivo, autonomo ed eventuale contratto.

²²⁷ Sulla nozione di ordine pubblico cfr., *ex multis*, G.B. FERRI, *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1053; A. GUARNERI, *Ordine pubblico*, in *Digesto, Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 154; F. DI MARZIO, *Ordine pubblico*, Torino, 2000, p. 181. Sulle difficoltà di individuare una definizione unitaria di ordine pubblico, cfr. L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Camerino-Napoli, 1993, p. 11 ss. In dottrina (L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 130) è stato osservato che la nozione di ordine pubblico non sarebbe dotata di un significato costante come dovrebbe essere per ogni espressione normativa. In una prospettiva attenta alla gerarchia delle fonti, la nozione di ordine pubblico rilevante nei rapporti civili non può prescindere dal dato costituzionale e comunitario: ciò lo rende un concetto elastico e «variabile a seconda della esperienza giuridico organizzativa cui partecipa» [G. PANZA, *Ordine pubblico*, 1) *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p. 1]. Tale principio trova giustificazione nelle norme fondamentali sicché i limiti all'autonomia negoziale non dovrebbero essere considerati eccezionali: così, invece, F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, p. 99. I concetti di ordine pubblico e di buon costume caratterizzano il vigente ordinamento giuridico. Ordine pubblico e buon costume pare siano concetti “di chiusura” dell'ordinamento giuridico destinati ad operare in assenza di norme imperative (M. NUZZO, *Negoziio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 3; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 169). Nell'ordine pubblico vengono ricondotti quel complesso di principi e di valori che caratterizzano l'organizzazione politica ed economica della società in un determinato periodo storico: essi sono immanenti l'ordinamento giuridico vigente. Il concetto di buon costume, invece, fa riferimento a norme etiche e a precetti extragiuridici deducibili dalla coscienza sociale e dall'opinione pubblica in un certo contesto storico e sociale (A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, p. 700). Recentemente, per l'autonomia dei concetti cfr., pure, M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, 2009, p. 54.

²²⁸ Il problema potrebbe non risultare riferibile solamente all'ammontare delle attribuzioni patrimoniali di cui ai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014, ma potrebbe anche riguardare il



In proposito la giurisprudenza, in più di un'occasione, ha deciso che le clausole concernenti la misura del canone, se contrarie al regime giuridico stabilito dalla legge nonché atte ad eludere il regime vincolistico, sono nulle²²⁹: conseguentemente nel momento della redazione del tipico contratto *rent to buy* si dovrà evidenziare pure che l'ammontare del canone non conforme a quello legale o di mercato trova giustificazione nella possibilità offerta al conduttore di acquistare l'immobile con modalità diverse da quelle tradizionali²³⁰.

In tale prospettiva, non deve indurre in errore una risalente giurisprudenza della Suprema Corte²³¹ la quale ha deciso che la disciplina dell'equo canone dettata dalla l. n. 392 del 1978 per le locazioni degli immobili urbani, adibiti o meno ad uso abitativo, non è applicabile ai rapporti negoziali ove il godimento dell'immobile sia concesso nell'ambito di complesse operazioni economiche, non riconducibili alla tipologia della locazione. Ad avviso di tale giurisprudenza ciò accade ove le parti abbiano considerato "la locazione non in modo indipendente ed autonomo", bensì strumentalmente collegata alla vendita per consentire al promissario acquirente "il temporaneo uso dell'immobile dietro versamento di un corrispettivo solo sino al termine previsto per il saldo del prezzo o per il perfezionamento della vendita"; secondo l'insegnamento della Cassazione, in tal caso si sarebbe dovuto ravvisare "un contratto atipico complesso, costituito dalla fusione delle cause di due contratti tipici (vendita-locazione), in cui la causa principale del negozio è quella del trasferimento della proprietà, con conseguente inapplicabilità delle norme sulle locazioni". Tale principio non sembra risultare applicabile al contratto di *rent to buy* perché, come più volte ricordato, in esso non v'è la certezza di un effetto traslativo, mentre nella

profilo della durata del periodo locativo, al termine del quale il conduttore sarà tenuto a decidere se acquistare o no l'immobile goduto, nonché del conseguente obbligo di restituzione. Sotto tale ultimo profilo, un limite potrebbe essere rivenuto nel valore sotteso al diritto all'abitazione, specialmente ove si tenga conto dell'orientamento della Corte costituzionale: cfr. *infra* nota 23. In senso negativo v. M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 847.

²²⁹ Tra le più recenti cfr. Cass., 25 febbraio 2009, n. 4495, in *De jure on line*; Cass., 5 giugno 2007, n. 13063, *ivi*.

²³⁰ La dottrina [D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, cit., p. 45 s.] reputa non applicabili le speciali disposizioni vincolistiche in tema di locazione, anche sulla scorta della giurisprudenza di legittimità (Cass., 23 marzo 1992, n. 3587, in *Riv. giur. edil.*, 1994, I, p. 509), perché esse non risultano applicabili ad operazioni contrattuali ove la locazione risulta collegata ad altri accordi orientati al successivo acquisto del bene: nella specie trattavasi di un patto obbligatorio di futura vendita ove si è riconosciuta la prevalenza del fine ultimo di trasferire la proprietà sì da degradare lo schema della locazione "a passaggio meramente strumentale/preparatorio", con conseguente esclusione delle regole dettate dalla legge sull'equo canone.

²³¹ Cass., 23 marzo 1992, n. 3587, cit.



decisione riferita l'assetto degli interessi esaminato era tale da vedere certo l'effetto reale.

Per quanto riguarda l'ammontare dei canoni locativi essi potrebbero essere sicuramente inferiori a quelli legali o di mercato ma, qualora fossero maggiori, non potrebbero essere eccessivamente dissimili da quelli dovuti per una normale locazione²³². Tale osservazione non dovrebbe, invece, riguardare l'ammontare complessivo dei canoni periodicamente versati anche perché in essi è ricompresa pure la quota che viene versata in funzione dell'eventuale futura vendita così come stabilito a norma del comma 1 dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014²³³.

Proprio la funzione economica e sociale svolta da tale nuovo contratto dovrebbe deporre in favore di una certa autonomia in capo ai contraenti. La volontà non definitiva²³⁴ all'effetto traslativo, la difficoltà di accesso al credito e la necessità di acquisire la proprietà dell'immobile, il discorso potrebbe valere per qualunque tipologia di immobile²³⁵ anche strumentale all'attività esercitata dal potenziale acquirente²³⁶, determinano, in capo al conduttore, l'esigenza di trovare una soluzione economica che faciliti l'adempimento dell'obbligo di pagare il prezzo, in alternativa al pagamento integrale immediato, qualora addivenga alla decisione di comprare. A fronte di tale esigenza, v'è l'interesse del venditore, imprenditore o privato che sia, ad ottenere, oltre alla remunerazione del godimento concesso per la durata del contratto, il risultato finale della vendita del bene, alla quale fa riscontro una forte limitazione del diritto di proprietà vista l'assunzione dell'obbligo di non vendere per lungo periodo. Tali esigenze vanno temperate ricercando un assetto negoziale che arrechi il minor nocumento possibile alle stesse parti contraenti qualora l'operazione finale non dovesse avere la conclusione sperata²³⁷. Ad esempio nella determinazione delle quote del corrispettivo pare che il proprietario dovrebbe ritenersi soddisfatto dalla percezione di un canone locativo modesto trattenendo provvisoriamente la somma maggiore di quanto pattuito *ex primo* comma di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 in vista dell'eventuale effetto traslativo da imputare al prezzo dovuto qualora si addivenisse alla futura vendita. In tal modo, alla fine del rapporto locativo, il conduttore potrebbe essere incentivato all'acquisto perché la quota di prezzo ancora da pagare sarebbe di molto inferiore al prezzo concordato. D'altro canto, per l'ipotesi

²³² M. BIANCA, *o.m.c.*, p. 856.

²³³ Di opposta opinione E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 798.

²³⁴ F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., p. 817.

²³⁵ P. ZANELLI, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014*, cit., p. 19; V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, cit., p. 985; M. VAIRA, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, cit., p. 231.

²³⁶ Su tale problematica si rinvia ad altro lavoro di prossima pubblicazione.

²³⁷ In tal senso pure A. TESTA, *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, cit., p. 385.



in cui il conduttore non decida per l'acquisto, troverebbe applicazione il comma 1 *bis*: in tal caso, la somma da restituire dovrebbe essere modesta perché la parte maggiore dovrebbe essere trattenuta dal proprietario sia per perequare il canone locativo, inizialmente esiguo per favorire la futura vendita, sia per tenerlo indenne dal pregiudizio sofferto per non avere potuto vendere per lungo tempo il bene immobile locato che gli verrà restituito quasi sicuramente deprezzato vista la sua condizione dovuta all'altrui godimento. A tal fine è necessario verificare i concreti interessi che hanno spinto i contraenti ad adottare determinate soluzioni piuttosto che altre.

Tuttavia, come già accennato, l'autonomia privata non potrà spingersi fino a consentire alle parti contraenti di ridurre il frazionamento del canone di cui al comma 1 dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 a valori puramente simbolici. In tal caso, è stato affermato²³⁸ che il contratto dovrebbe essere considerato nullo per frode alla legge potendo tendere, ad esempio, ad evitare l'applicazione della disciplina vincolistica in materia di locazione in ordine alla durata.

Al contrario, qualora l'assetto di interessi fosse espressione della volontà di consentire al proprietario di proteggere il bene immobile da possibili azioni volte a pregiudicare la posizione di terzi, concedendo il bene a fronte di una componente di corrispettivo del godimento bassissimo, si potrebbe configurare un'ipotesi di frode ai creditori. In tal caso l'atto negoziale non è di per sé illecito (né per illiceità della causa, né per frode alla legge, né per motivo illecito determinante comune), anche perché nessuna norma vieta - di per sé sola considerata - alle parti di compiere attività negoziali che possano comportare un pregiudizio economico o patrimoniale per i terzi la cui tutela si articola sulla sola inefficacia degli atti posti in essere in loro danno, qualora ne sussistano le condizioni²³⁹.

11. L'assetto di interessi programmato non è insensibile ad un giudizio volto a verificare la sua meritevolezza e/o liceità. In questo senso, pertanto, nel determinare le quote di cui ai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 le parti sono tenute ad adottare un regolamento che si ispiri ai criteri di ragionevolezza, nel rispetto del «principio di proporzionalità», dell'«equilibrio contrattuale»²⁴⁰, del «contratto giusto»²⁴¹:

²³⁸ M. IEVA, *Casi e problemi di interesse notarile*, cit., p. 680 s., secondo il quale l'intento fraudolento del concedente di sottrarsi alle norme vincolistiche della locazione in materia di durata potrebbe essere desunto da un bassissima quota di canone versata in vista della futura vendita.

²³⁹ Cass., 31 ottobre 2014, n. 23158, in *Vita notar.*, 2015, p. 320. Per la manualistica sul punto v. per tutti C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, p. 504 s.

²⁴⁰ In proposito non si può non richiamare l'opinione di G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., p. 496, il quale sottolinea come con l'intervento di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 il legislatore abbia configurato un rapporto contrattuale caratterizzato in ogni sua fase dall'equilibrio



ciò anche al fine di evitare uno sbilanciamento irrazionale fra le situazioni giuridiche coinvolte²⁴² che potrebbe dare vita alla nullità di siffatte clausole. Tale problematica non dovrebbe interessare la libera determinazione del prezzo dell'eventuale acquisto che, salvo ipotesi del tutto particolari in cui si potrebbe configurare l'approfittamento dell'altrui stato di bisogno, non dovrebbe presentare questioni anche se è dato riscontrare la presenza di autorevole corrente di pensiero favorevole ad un controllo sull'equità dello scambio: emblematica è l'esperienza francofona ove è presente la valorizzazione della «violenza economica» quale nuovo vizio della volontà della parte debole²⁴³.

Non volendo considerare eccezionali le norme che prevedono la nullità dei patti che contravvengono a tali principi, si potrebbe concludere che la violazione di doveri di comportamento, riconducibili al più generale dovere di buona fede²⁴⁴ e di

delle posizioni soggettive, così come si manifesta in modo particolarmente evidente nel relativo comma 1 bis.

²⁴¹ Su tali tematiche cfr., per tutti P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 84 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 20 ss.; AA.VV., *Persona e mercato. Lezioni* a cura di Vettori, cit., *passim*; N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 1 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 35; B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo* a cura di Favale e Marucci, II, Napoli, 2003, p. 105 ss.

²⁴² P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 560 ss.

²⁴³ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Studi in onore di Lipari*, II, Milano, 2008, p. 3030. In argomento giova ricordare che la giurisprudenza, anche recentemente ha affermato che l'accertamento del notevole squilibrio tra le prestazioni delle parti non può giustificare di per sé la nullità del contratto: Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 503 s., con nota critica di M. BARCELLONA, «La causa del contratto e il "prezzo vile": giudizio causale e trasparenza negoziale».

²⁴⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 131 ss., il quale sottolinea che il rispetto del principio generale di buona fede orienta l'autonomia privata verso la solidarietà sociale. Grazie alla sensibilità mostrata dalla giurisprudenza (soltanto tra le più recenti, cfr. Cass., 24 aprile 2015, n. 8381, in *De jure on line*; Trib. Milano, 2 dicembre 2014, n. 14330, *inv*; Cass., 27 agosto 2014, n. 18304, *inv*; Cass., 14 ottobre 2013, n. 23232, *inv*) verso il principio di buona fede è stato deciso che con il suo rispetto si dà attuazione al dovere di solidarietà costituzionalizzato dall'art. 2 cost. che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto (art. 1374 cod. civ.), ne orienta l'interpretazione (art. 1366 cod. civ.) e l'esecuzione (art. 1375 cod. civ.), nel rispetto del principio per il quale ciascun contraente è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro se ciò non comporta un apprezzabile sacrificio di quello proprio. In particolare, la buona fede nell'interpretazione del contratto viene considerata di applicazione necessaria perché destinata a concorrere con qualsiasi altro criterio ermeneutico: A. GENTILI e F. ASTONE, *Commento all'art. 1371 c.c.*, in *Dei Contratti in generale*, II, a cura di Orestano e Navarretta, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 628, nota 17. La buona fede di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 cod. civ. rileva sia sul piano dell'individuazione degli obblighi



solidarietà di cui all'art. 2 cost., potrebbero dare luogo a nullità²⁴⁵ della singola clausola, se non addirittura dell'intero contratto.

Se così fosse, si potrebbe avere che le clausole del contratto *rent to buy* con le quali vengono determinati i contenuti patrimoniali previsti dall'art. 23, commi 1 ed 1 *bis*, potrebbero essere affette da nullità qualora non fossero rispettose dei suddetti principi: ciò a prescindere dal fatto che il vincolo contrattuale riguardi rapporti con il consumatore, rapporti tra professionisti o soltanto tra soggetti privati²⁴⁶. Il rimedio della nullità non può essere rinvenuto soltanto facendo riferimento alla disciplina

contrattuali sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo impone ai contraenti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo, consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto sicché una loro violazione, incidendo sul contenuto dell'atto negoziale, potrebbe essere causa di nullità. In argomento cfr. A. BARENGHI, *Commento all'art. 1469-bis*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile* a cura di Barengi, Napoli, 1996, p. 52 ss., il quale è favorevole ad utilizzare la clausola generale di buona fede per apprestare un controllo sul contenuto del contratto anche al di fuori dei contratti dei consumatori. Si vedano, altresì, F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 422; F.D. BUSNELLI e U. MORELLO, *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati tra consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, p. 369 ss, spec. p. 372. MICHAELA GIORGIANNI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2009, p. 97, precisa che il controllo non tutela dall'abuso di potere ma dall'abuso di «libertà contrattuale», anche se conclude - p. 270 ss. - per il rimedio del risarcimento del danno a fronte della violazione di norme di comportamento.

²⁴⁵ V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 397 ss. Il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, nonostante l'intervento della Cassazione (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Contratti*, 2008, p. 221 ss.) potrebbe non avere definitivamente risolto la questione «se le forme di tutela affermatesi nella legislazione consumeristica» possano o meno «essere 'generalizzate' estendendone l'applicazione anche al settore della contrattazione individuale» (G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Rimedi*, 2, V, a cura di Roppo, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, Milano, 2006, p. 993).

²⁴⁶ P. CASTELLANO, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, cit., p. 49, il quale rileva come la disciplina di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 non riguardi una determinata categoria di soggetti; l'a. sottolinea che la medesima disposizione non regola soltanto l'ipotesi in cui conduttore sia il consumatore che agisce al di fuori di attività professionali o di impresa visto che il relativo comma 6 prende in esame tanto il fallimento del concedente quanto quello del conduttore, con ciò lasciando intendere l'onnicompresività della nuova disciplina. In tal senso pure M. VAIRA, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, cit., p. 231.



codicistica²⁴⁷ il cui contenuto è stato arricchito da molteplici interventi legislativi anche di derivazione comunitaria. Questi, se, da un lato, possono avere ridimensionato il ruolo del codice civile²⁴⁸, dall'altro, non possono essere interpretati senza il dovuto riferimento alla disciplina di diritto comune²⁴⁹: essi danno vita a disposizioni complementari che, in una visione unitaria dell'ordinamento²⁵⁰, non tolgono al codice civile il ruolo che gli è proprio²⁵¹. Si impone un'armonizzazione²⁵²

²⁴⁷ N. IRTI, 'Codici di settore': *compimento della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 2005, p. 132 ss. e G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 354.

²⁴⁸ Discorre di residualità del codice civile N. IRTI, *o.u.c.*, p. 133.

²⁴⁹ Si pensi, ad esempio, alla disciplina dettata in favore del consumatore che potrebbe essere letta superando la categoria dei contratti fra professionista e consumatore: in tal caso le tutele potrebbero superare i ristretti limiti dello *status* perché la tutela dei diritti dei singoli necessita di continui adattamenti sistematici fra la regola particolare e quella generale: per tale considerazione v. G. VETTORI, *Contratto e rimedi effettivi*, in <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/05/Vettori.pdf>, p. 23, nota 69, il quale richiama l'attenzione sul fatto che il codice del consumo risulta in parte superato da norme che tutelano il cittadino in una serie di rapporti asimmetrici.

²⁵⁰ Le norme del codice e quelle di settore, prese singolarmente, spesso non danno risposte soddisfacenti per la completa determinazione del regolamento negoziale (in argomento si rinvia a V. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 143 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 200 ss.; P. GALLO, *Revisione del contratto*, in *Digesto, Sez. civ.*, VII, Torino, 1998, p. 431 ss.). È necessario un rinnovato impegno nella definizione di nuove tecniche di attuazione e concretizzazione dei principi, utilizzando nuovi saperi e azioni consapevoli dei limiti del passato e delle potenzialità di strumenti nuovi: per tale monito v. G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, p. 88. A tal fine un ruolo significativo assume la regola della buona fede che, oltre alla funzione integrativa della convenzione (in vario senso cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *passim*; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, IV, 2, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, Torino, 2004, *passim*; M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Milano, 2011, *passim*) consente pure interventi demolitori, perequativi, conformativi: sul fenomeno della conformazione del contratto dai notevoli punti di contatto con il tema delle nullità speciali, v. G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Atti del Convegno di studio tenutosi a Siena nei giorni 22-24 settembre 2004, a cura di Sirena, Milano, 2006, p. 451 e ss.

²⁵¹ G. ALPA, *o.u.c.*, p. 355, precisa che il codice civile si pone «al centro di un sistema stellare di cui ogni codice costituisce il satellite».

²⁵² Sebbene non sia consentita un'applicazione acritica delle regole proprie dei diritti speciali ai rapporti di diritto comune è pur vero che, di contro, non si può trascurare l'influenza che i diritti secondi possono avere sul diritto privato generale. Trattasi «dell'influsso che quelli possono esercitare su questo, a livello normativo in termini di sviluppo o, se si vuole, di nuova conformazione degli istituti generali adoperati, a livello metanormativo in termini di arricchimento della prospettiva degli istituti medesimi»: C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 380, tesi riproposta in ID.,



delle varie discipline di settore per una ricomposizione²⁵³ del sistema giuridico, superando la logica sottesa al procedimento analogico²⁵⁴.

Le norme dettate per il consumatore, divenuto nozione giuridica in senso tecnico²⁵⁵, e quelle dettate per l'impresa debole consentono di superare la prospettiva legata ad un'uguaglianza formale²⁵⁶ delle parti²⁵⁷ e, in un'interpretazione assiologicamente orientata, sensibile al valore della persona²⁵⁸, dovrebbero indurre a

Diritto privato generale e diritti secondari, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 397. Per una specifica applicazione di tale metodo cfr. F. MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignorantizia*, Milano, 2010, p. 9 ss.

²⁵³ Così, U. BRECCIA, *Autonomia contrattuale. Dei contratti in generale* a cura di Navarretta e Orestano, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 9 s.

²⁵⁴ Così, invece, G. VETTORI, *o.u.c.*, p. 86, il quale avverte la necessità di non ricercare nuove categorie costruite sulle qualità del contraente (consumatore, cliente, impresa debole) perché è necessario utilizzare un metodo nuovo per rinvenire la disciplina del singolo contratto regolato da un insieme di fonti dalle quali è possibile trarre elementi di conformità alla regola e nuove forme di tutela grazie ad un'attività di decostruzione e di innovazione che la giurisprudenza ha iniziato ad utilizzare.

²⁵⁵ Per tutti, v. L. GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore* a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999, p. 128.

²⁵⁶ Il collegamento operato dal legislatore tra professionista e consumatore consente all'interprete di tenere nel dovuto conto la posizione assunta da quest'ultimo nell'ambito di una determinata contrattazione: E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, I, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, 3, Torino, 2005, p. 9; V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, c. 72, secondo il quale parrebbe superato il principio dell'unificazione del soggetto nel diritto privato.

²⁵⁷ Invero, così come non è possibile unificare la nozione di soggetto nel diritto privato, del pari non è consentito ravvisare nei consumatori una «classe» o «categoria» (N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 49 ss., afferma che il consumatore è espressione di una figura essenzialmente «negativa» sicché su una negazione non è possibile costruire uno *status*.) composta da soggetti ugualmente deboli (E. GABRIELLI, *o.u.c.*, p. 11) ed appartenenti sempre ad un medesimo ruolo: la diversità di posizioni (P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 309; ID., *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in AA.VV., *Il diritto dei consumi* a cura di Perlingieri e Caterini, I, Napoli, p. 18) di volta in volta, egemoni o subalterni, rende impossibile che il singolo si schieri una volta per tutte, da una parte, consumatore o professionista che sia (G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 23).

²⁵⁸ Il mercato può essere governato anche grazie alla correzione delle dinamiche dello scambio e, quindi, del contratto: cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, *passim*, spec. p. 295 ss. Ne consegue che lo scambio va valutato in una prospettiva complessa che non mortifichi il rapporto interpretato proprio del contratto e non esalti il ruolo prevalente del mercato.



ritenere la giustizia contrattuale un principio generale²⁵⁹ applicabile²⁶⁰ ai contratti *tout court*²⁶¹ la cui disciplina va ricercata utilizzando le regole più appropriate a prescindere dalla loro collocazione.

Le regole di settore vanno lette quali espressione di un'esigenza più ampia perché un rapporto negoziale non si può conformare in ragione delle peculiarità dei

Invero, si richiede una maggiore attenzione verso la tutela della persona il cui primato si impone rispetto alle esigenze del mercato in cui avviene la circolazione dei beni e dei servizi. Le opposte esigenze sono mediate dalla norma e non dalla logica del mercato (v. L. ROSSI CARLEO, *Diritto del mercato, diritto per il mercato o diritto per i soggetti del mercato*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 762 s.) che, diversamente, potrebbe apparire luogo di conflitto permanente fra gli imprenditori per acquisirne il controllo. Già G. ALPA, *Introduzione alla nuova giurisprudenza*, cit., p. 296, sottolineava che la logica del mercato non appresta adeguata tutela agli interessi ad esso estranei.

²⁵⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *La tutela del "contrante debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 319 s., evidenzia come il contraente debole rappresenti una categoria generale che ricomprende i diversi destinatari di un insieme di tutele in favore di chi, consumatore o professionista, si trovi in una posizione di debolezza. Per l'a. si tratterebbe di una categoria generale priva di un proprio rilievo pratico, là dove le singole discipline concorressero alla frammentazione del relativo statuto in una pluralità di statuti. Pure G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, p. 8 ss., sia pure riferendosi alle categorie del consumatore e del professionista, evidenzia l'eterogeneità della dimensione dello squilibrio tra le parti, squilibrio non riconducibile ad unicità di presupposti.

²⁶⁰ Anche il principio è norma giuridica e, in quanto tale, concorre ad integrare il contenuto contrattuale (P. PERLINGIERI – P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali*, Napoli, 2004, p. 15 s.), in special modo se trova giustificazione in principi di rango costituzionale: in tal senso pure C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 37.

²⁶¹ La profonda evoluzione del diritto dei contratti ha ridimensionato il ruolo dell'autonomia negoziale tanto che l'esigenza di perseguire la giustizia contrattuale può essere considerata generale sì da assurgere a presupposto per un corretto funzionamento del mercato, assumendo rilievo non soltanto qualora i contraenti abbiano conoscenze e poteri differenti. In senso contrario v. G. STELLA-RICHTER, *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 199. L'esigenza di protezione delle parti contrattuali non dipende dalla qualificazione delle stesse [per una posizione critica verso «una nuova disciplina dei contratti basata su generalizzazioni audaci e molte volte prive di fondamento» v., di recente, E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona*, Atti del convegno del 7-8 ottobre 2008 tenutosi in S. Trada (Reggio Calabria), Napoli, 2010, p. 207 ss.] perché anche l'imprenditore (P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, cit., pp. 18 e 33 s.; G.P. CALABRÒ, *Tutela del contraente debole e mercato: la dialettica tra norme e valori*, *ivi*, p. 35.) allorché entra in contatto con altro imprenditore ha diritto ad un rapporto negoziale equo: in argomento v. G. GITTI e G. VILLA, *Il terzo contratto. Asimmetrie di potere contrattuale ed imprenditori deboli*, Bologna, 2008, *passim*.



suoi contraenti con un rinnovato, assai discutibile²⁶², interesse verso la rilevanza dello *status*²⁶³. Se così fosse si rischia di proporre un'immagine statica delle posizioni negoziali²⁶⁴ che mal si coniuga con quelle estremamente variegata presenti nelle moderne dinamiche contrattuali. Pare si debba superare una "rigida categorizzazione socio-economica delle parti contraenti" per rinvenire²⁶⁵ la necessaria presenza di un equilibrio normativo ed economico tale da riguardare un'area più ampia di quella del c.d. contraente debole²⁶⁶. Soltanto in tal modo sarà possibile evitare tutela ad assetti di interessi che, per le ragioni più diverse, siano sintomatici di comportamenti abusivi e di capacità conformative del regolamento di interessi²⁶⁷. La giustizia contrattuale è un valore acquisito all'esperienza giuridica contemporanea tanto che è stato teorizzato il principio di proporzionalità²⁶⁸ la cui valenza è tale da giustificare²⁶⁹ pure controlli²⁷⁰ ed

²⁶² P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, p. 71; F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810 ss.

²⁶³ Per talune considerazioni sull'importanza delle possibili categorie di appartenenza delle parti contrattuali, cfr. già A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. cons. not.* diretto da P. Perlingieri, IV, 37, Napoli, 2003, p. 17.

²⁶⁴ R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive di studio*, Padova, 2010, p. 36 ss.

²⁶⁵ Al fine di realizzare un intervento più incisivo a fronte dei fallimenti del mercato, anche sulla spinta del diritto contrattuale europeo, si assiste alla tendenza di ridimensionare il ruolo svolto dalla tutela del consumatore per promuovere la protezione di soggetti deboli *tout court* nei rapporti con le imprese più forti: S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, p. 155 s.; V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, 2009, p. 279 s.; C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 831 s.

²⁶⁶ Diffusamente sul punto v. G. ALPA, *Introduzione alla nuova giurisprudenza*, cit., p. 163 ss.; ID., *La protezione della parte debole nei principi dell'unidroit*, in *I contratti in generale, Aggiornamento 1991-1998*, diretto da Alpa e Bessone, I, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1999, p. 219 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino 2002, p. 53 ss., secondo il quale l'aumentare delle ipotesi in cui si ammette che il contratto sia soggetto a controllo giudiziale sull'equilibrio normativo ed economico inducono a credere che esse finiscano con il riguardare un'area più ampia, il cui tratto unificante sia rappresentato dalla presenza di una asimmetria di potere contrattuale tra le parti. Ciò non comprometterebbe il valore dell'autonomia privata che ne uscirebbe soltanto sottoposta a regole più rigorose: P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 420; G.B. FERRI, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 857.

²⁶⁷ R. FRANCO, *o.l.u.c.*

²⁶⁸ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 335 ss. ed in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 443 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 174 ss.; F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, *passim*; A. BORTOLUZZI, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 1431 ss.; ID.,



interventi correttivi ove nelle contrattazioni private si ravvisi un forte e significativo squilibrio tra le prestazioni: non sarebbero tollerabili gravi ed ingiustificate sproporzioni tra le prestazioni stesse²⁷¹ che potrebbero essere in contrasto con l'ordine pubblico²⁷² o, se si preferisce, con l'ordine pubblico economico²⁷³. Tale

Proporzionalità, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, III, Torino, 2007, p. 1089 ss.; F. CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziaria*, in *Riv. arbitrato*, 2006, p. 387 ss.; F. TALLARO, *La rescissione: riflessioni in materia alla luce anche dell'art. 644 c.p. e del principio, di derivazione comunitaria, di proporzionalità*, in *Studium iuris*, 2006, p. 409 ss.; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 686.

²⁶⁹ Appare superata l'intangibilità dell'atto di autonomia privata che è sempre più soggetta a controlli da parte dell'ordinamento giuridico che si ispira al principio di buona fede ed ancor più alla solidarietà costituzionale (art. 2 cost.) di cui è espressione. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 163, reputa che correttezza e buona fede rappresentino la specificazione concreta del principio di solidarietà in materia contrattuale e sono direttamente operanti. Una valutazione assiologia degli atti di autonomia privata (v., di recente, M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, cit., *passim*) consente di rinvenire nel contratto uno strumento volto pure alla realizzazione dei valori fondamentali di ordine solidaristico rendendolo coerente con la dignità della persona secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza. In argomento v. pure, G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., 1995, p. 35 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Atti del Convegno tenutosi a San Marino nei giorni 17 e 18 novembre 2000 a cura di Ferroni, Napoli, 2002, p. 49 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 33 ss.; P. LAGHI, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Padova, 2012, p. 151 s.

²⁷⁰ L'atto non è più nella piena ed esclusiva disponibilità dei privati tanto che si sviluppano tecniche di conformazione e controllo del regolamento contrattuale tali da segnare il definitivo abbandono della libertà contrattuale come regola e della sua assenza come eccezione: per tutti cfr. G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile, Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1993, p. 323 ss.

²⁷¹ SALV. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 169, già affermava che sussiste una regola generale «nel senso di un rifiuto di tutela da parte dell'ordinamento» ai poteri esercitati superando i limiti entro i quali tali poteri sono riconosciuti e protetti giuridicamente.

²⁷² Secondo parte della dottrina l'equilibrio fra le prestazioni contrattuali può assurgere a principio di ordine pubblico: cfr. P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 55 ss.; G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto* a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, p. 37 ss.; A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Torino, 2004, p. 135 ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 70, pur riferendosi alla *lex mercatoria*, osserva che la libertà contrattuale, pur restando un valore fondamentale, trova un limite in altri valori, quali la buona fede e la correttezza. Il controllo dell'atto di autonomia privata dovrebbe essere effettuato non soltanto nell'interesse dei contraenti "deboli", ma nell'interesse di qualsiasi contraente a vedere assicurata la proporzionalità dello scambio anche durante la fase dello svolgimento del rapporto contrattuale: cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, p. 219 s., il quale, tuttavia, pare trascurare l'equilibrio delle



esigenza è presente anche nel *rent to buy* ove il conduttore può avere come controparte sia un'impresa sia un privato. In entrambi i casi le tutele dovrebbero essere le stesse perché gli interventi legislativi di settore debbono avere una valenza più ampia rappresentando l'emersione di una più generale necessità di accogliere una nozione di giustizia contrattuale, espressione di un principio generale che superi le ipotesi legislativamente previste²⁷⁴.

La conclusione parrebbe non pregiudicata dalla giurisprudenza di legittimità²⁷⁵ che ha distinto le norme imperative sulla base del fatto che la loro violazione comporti responsabilità del contraente o invalidità del contratto, affermando che la contrarietà a norme imperative, considerata dall'art. 1418, comma 1, cod. civ., quale causa di nullità del contratto, postula che esse attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardino la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, comma 2, cod. civ.). La distinzione proposta potrebbe essere messa in discussione ove si aderisca all'opinione di chi osserva che il primo comma dell'art. 1418 cod. civ., pur non autorizzando l'interprete a desumere senz'altro la nullità quale conseguenza derivante dalla violazione della norma imperativa, lo obbliga a verificarne l'impatto sul regolamento contrattuale²⁷⁶. La nullità può discendere anche da un controllo sul

prestazioni nel momento della conclusione del contratto perché in questa fase l'assetto negoziale sarebbe nella disponibilità dei contraenti.

²⁷³ In argomento v. G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in S. PAGLIANTINI e G. D'AMICO, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 42.

²⁷⁴ A tal fine potrebbe essere utile la clausola generale dell'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, cost.: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 396. Evidenzia il ruolo dei principi generali quali substrato che, di volta in volta, si alimenta di nuovi *dicta*, adattandosi all'evoluzione dell'interpretazione G. ALPA, *Un inventario dei principi generali nel diritto dei contratti*, in *I contratti in generale, Aggiornamento 1991-1998*, diretto da Alpa e Bessone, I, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1999, p. 126; L'a. prosegue affermando che i principi generali sono utili all'interprete per orientarsi nell'applicazione della norma scritta e nell'apprezzamento della "fattispecie" in tutta la sua valenza normativa.

²⁷⁵ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.; Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 26 ss. con note di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, p. 29 ss. Sul punto v., inoltre, G. ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007, p. 75 ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 295 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1107 ss.; E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 897 ss.; G. GENOVESI, *Limiti della "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*, in *Corriere giuridico*, 2006, p. 902 ss.; F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, 3, *Obbligazioni e responsabilità*, Milano, 2007, p. 35 ss.

²⁷⁶ V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 397 ss., secondo il quale il fatto che regole imperative e regole di azione si situino fuori



contenuto²⁷⁷, non sempre riconducibile alle nullità strutturali qual è la mancanza di causa²⁷⁸. Anche a volere mantenere la vigenza del principio di non interferenza²⁷⁹ tra «regole di validità» e «regole di comportamento» dalla quale discende che la nullità non può derivare soltanto dalla violazione di una “mera”²⁸⁰ regola di comportamento, tuttavia pare opportuno evidenziare come qualora alla condotta *non iure* si accompagni l’ulteriore carattere dell’ingiustizia contrattuale si potrebbe riproporre il problema della nullità derivante anche dalla violazione di siffatte regole²⁸¹. Anche la violazione di norme imperative, pur riguardando il comportamento, possono incidere sul contenuto negoziale²⁸² e dare così luogo a nullità, quale strumento privilegiato per l’attuazione delle istanze di riequilibrio del rapporto in favore del contraente svantaggiato²⁸³. Non solo. Sebbene in una prospettiva volta a ridimensionare le conseguenze della violazione di norme di comportamento si affermi che la violazione delle regole di correttezza e buona fede, ai fini della patologia negoziale, assumono rilievo in connessione con altri presupposti, tra cui può essere annoverato l’equilibrio del regolamento contrattuale²⁸⁴, v’è stato pure chi si è chiesto se una clausola negoziale in contrasto con i principi di cui agli artt. 1175, 1337 e 1375 cod. civ. debba

dal contratto, prima della formazione o addirittura nella fase della esecuzione, non impedisce l’operatività dell’art. 1418 cod. civ.

²⁷⁷ A. DI AMATO, *Contratto e reato*, cit., p. 19.

²⁷⁸ A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, 1, Torino, 1999, p. 1262.

²⁷⁹ R. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 32, osserva che il principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità appare incrinato da molteplici interventi normativi.

²⁸⁰ G. D’AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Studi in onore di Giacobbe*, II, *Attività economiche fra autonomia e tutela*, Milano, 2010, p. 1007.

²⁸¹ Per un sostanziale ridimensionamento della distinzione cfr. E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, 2, *Regolamento* a cura di Vettori, Milano, 2014, p. 406.

²⁸² V. ROPPO, *La nullità virtuale dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e responsabilità*, 2008, p. 545, reputa che l’art. 1418, comma 1, cod. civ. farebbe riferimento soltanto al contratto «come regolamento contrattuale». Sul punto v. già G.B. FERRI, *Introduzione alla invalidità*, in *Il contratto in generale*, VII, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, Torino, 2002, p. 27; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 140 s.

²⁸³ S. POLIDORI, *Commento all’art. 1421 cod. civ.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2010, p. 1044; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012, p. 155 ss.

²⁸⁴ A. ALBANESE, *Buona fede e invalidità del contratto*, in http://dipartimenti.unicatt.it/scienze giuridiche-forense_100917_albanese.pdf, p. 2.



considerarsi invalida in quanto inidonea a realizzare un assetto di interessi meritevoli di tutela²⁸⁵.

Invero anche dopo le decisioni, a sezioni unite, prese dalla Corte di Cassazione²⁸⁶ si può concludere che i dubbi sopra avanzati non restino superati. Infatti anche a volere ammettere che, di massima, la violazione di regole di comportamento ingeneri soltanto responsabilità, resta il fatto che, pur in assenza di una espressa sanzione di nullità, la legge vieta un determinato risultato negoziale: in tal caso la clausola contraria al divieto può essere dichiarata nulla *ex art.* 1418, comma 1, cod. civ. confrontando la *ratio* della norma violata con il risultato programmato dalle parti²⁸⁷, o comunque non meritevole di tutela. La situazione si complica ancora laddove si volesse condividere l'opinione di chi, proprio commentando le riferite decisioni della Corte di Cassazione, osserva che la violazione del dovere di buona fede può incidere sulla validità della pattuizione per contrarietà all'ordine pubblico economico²⁸⁸. Anche le norme che impongono regole di comportamento sono norme imperative la cui violazione potrebbe essere causa di nullità²⁸⁹: tra esse rientrano il rispetto della buona fede²⁹⁰, della correttezza²⁹¹ e della solidarietà costituzionale. La

²⁸⁵ A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale?*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 24. Anche A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparazione e diritto civile*, p. 15, il quale osserva, pur con le dovute cautele, come stia "sbiadendo" la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento. Viceversa, ne riafferma la vigenza C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 599 e ss.

²⁸⁶ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 6724 e 6725, cit.

²⁸⁷ G. VETTORI, *Contratto e rimedi effettivi*, reperibile in <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2014/10/Contratto-e-rimedi-effettivi.pdf>, p. 237 s.

²⁸⁸ F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, Padova, 2010, p. 184.

²⁸⁹ Su tale problematica cfr. F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 429 ss., spec. p. 510 ss.

²⁹⁰ La valorizzazione del principio di buona fede assegna nuova valenza anche alla regola ermeneutica di cui all'art. 1366 cod. civ. e conduce, inevitabilmente, alla tematica del c.d. "contratto giusto", punto di equilibrio tra la tutela del mercato e la garanzia della persona M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione: Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2015, p. 86 ss. In argomento v. già le considerazioni di G. DE NOVA, *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 27 secondo il quale l'accresciuto ruolo della buona fede discende anche dal fatto che i nuovi giudici si sono formati ponendo la dovuta attenzione alle tematiche del contraente debole e della buona fede. Di recente, per analoghe considerazioni cfr., pure, M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, cit., p. 251.

²⁹¹ Per una sintesi del rapporto corrente tra tali principi cfr. F. FEDELI, *Correttezza e buona fede*, in AA.VV., *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale* a cura di Fava, I, *Caratteri generali, adempimento, inadempimento*, Milano, 2008, p. 389 ss.



soluzione parrebbe giustificata²⁹² anche dal rapporto corrente tra dovere di buona fede²⁹³ e divieto dell'abuso del diritto²⁹⁴.

²⁹² In un sistema qual è quello italiano ove difetta una norma che espressamente positivizzi il divieto di abuso del diritto poteva essere soltanto la giurisprudenza a definirne la fisionomia: lo rileva pure P. LAGHI, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Padova, 2012, p. 213.

²⁹³ La buona fede contrattuale, come d'altronde la correttezza di cui all'art. 1175 cod. civ., risulta idonea a colmare le inevitabili lacune legislative e funge quale norma di chiusura del sistema medesimo. Sull'integrazione cfr.: A. GIULIANI, *L'integrazione del contratto*, in *I contratti in generale* diretto da Alpa e Bessone, IV, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, II, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 117 ss.; F. GALGANO, in F. GALGANO-G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, IV, artt. 1372-1405, Bologna-Roma, 1993, p. 65 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 471 ss.; R. SACCO, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 417 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 253 ss.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., p. 389 ss., ed ivi riferimenti bibliografici; in una prospettiva europea, M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, in *Tratt. dir. priv. europeo* a cura di Lipari, III, Padova, 2003, p. 380 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 65 ss. e già ID., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 524 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti* diretto da Rescigno, 1, Torino, 2006, p. 1147 ss.; A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, p. 29 ss.; ID., *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 329 ss.; U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 394 ss.; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., pp. 1 ss. e 193 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 3 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, p. 406 ss.; A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»: regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato* a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 361 ss., spec. p. 380 ss.

²⁹⁴ L'abuso è configurabile anche quando «l'esercizio del diritto da parte del titolare si esplicita attraverso l'uso abnorme delle relative facoltà ed è indirizzato a un fine diverso da quello tutelato dalla norma»: LO. BALESTRA, *Proprietà e diritti reali*, 1, *Proprietà-Beni-Multiproprietà-Superficie-Enfiteusi*, Torino, 2011, p. 318. Sulla rilevanza dell'abuso del diritto nei rapporti negoziali, oltre agli autori già citati, cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, *passim*; AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, *passim*. In giurisprudenza cfr., tra le più recenti, Cass., 7 maggio 2013, n. 10568, in *De jure on line*; Cass., 15 ottobre 2012, n. 17642, *ivi*; Cass., 31 maggio 2010, n. 13208, *ivi*; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, *ivi*. Tale ultima decisione è stata fatta oggetto di numerosi commenti: F. MACARIO, *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*, in S. PAGLIANTINI, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 45 ss.; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 2016/2009, ivi*, p. 69 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106), ivi*, p. 99 ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa, ivi*, p. 115 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter, ivi*, p. 147 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva*



Da quanto detto, parrebbe legittimo ipotizzare il rimedio della nullità parziale laddove il contratto di cui all'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 presenti una quantificazione delle attribuzioni patrimoniali, *ex* commi 1 e 1 *bis*, determinate in spregio dei sopra riferiti principi generali e, pertanto, frutto di un assetto economico negoziale sproporzionato. È, infatti, presente una indiscussa centralità del profilo dell'equilibrio contrattuale e della giustizia sostanziale²⁹⁵ grazie al quale non sarebbero più tollerabili gravi ed ingiustificate sproporzioni tra le prestazioni perché espressione di un assetto di interessi contrario al principio di ordine pubblico (economico)²⁹⁶. La tendenziale proporzionalità dello scambio, tuttavia, non mira ad una perfetta equivalenza delle attribuzioni patrimoniali perché, diversamente, le parti verrebbero espropriate del potere di regolare i propri interessi; detto principio, invece, si dovrebbe risolvere in una congruità²⁹⁷ tra interessi privati e regolamento negoziale sì da coniugarlo con i principi dell'ordinamento²⁹⁸.

Merita, pertanto, attenzione il monito di chi sottolinea l'esigenza di prestare particolare prudenza nella stesura del contratto *c.d. rent to buy* perché nel regolare le conseguenze del mancato atto di compravendita emerge nuovamente il conflitto di interessi tra le parti²⁹⁹, conflitto che non si può risolvere in una non congruità dello scambio³⁰⁰.

dell'interpretazione del contratto?, *ivi*, p. 203 ss.; ID., *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, p. 5 ss.; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, *ivi*, 2010, p. 11.

²⁹⁵ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 353; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 332. Sull'argomento v., altresì, l'analisi di V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., pp. 337 ss. e 377 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 208 ss.; A. LA SPINA, *Destruzzione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, p. 215 ss.

²⁹⁶ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 356; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 39 ss..

²⁹⁷ Pur distinguendo il principio di proporzionalità da quello di equilibrio delle posizioni negoziali, reputa che tra i due concetti non vi siano differenze sostanziali A. SPANGARO, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014, p. 75.

²⁹⁸ In tal senso pure F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 229; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013, p. 82.

²⁹⁹ M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, cit., p. 357 s. ed *ivi* riferimenti. Sul punto cfr. altresì V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, cit., p. 1008, il quale reputa, invece, che sia rimessa alla libera determinazione delle parti la suddivisione delle quote previste dal comma 1 *bis* dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014.

³⁰⁰ Sull'argomento cfr. R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 333 ss.



Ne discende che il contenuto del *rent to buy*, al pari di ogni altro contratto, è necessariamente interessato dal controllo di meritevolezza³⁰¹, da esprimere sul singolo fatto concreto³⁰², al fine di renderlo coerente con il principio dell'utilità sociale³⁰³.

12. Le conclusioni raggiunte paiono riguardare gli atti di autonomia privata in genere e potrebbero trovare applicazione anche nel *rent to buy*, quanto meno qualora una delle parti fosse un professionista. Ciò pone un'ulteriore questione che in questa sede si vuole soltanto prospettare. Come visto, poiché, al fine di renderne possibile la trascrizione, è necessario che il contratto *rent to buy* avvenga per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, si potrebbe porre il problema della responsabilità del notaio dal momento che l'art. 28 delle legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89) vieta

³⁰¹ Non si può in questa sede dare conto della letteratura sul tema della valutazione dell'atto di autonomia privata in termini di meritevolezza di tutela. Pare sufficiente richiamare, tra gli altri, E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 217 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 57 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 255; ID., *Gli appuntamenti mancati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 313; V. SCALISI, *Negoziato astratto*, cit., p. 93; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 435; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 141; ID., *I mobili confini dell'autonomia privata*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 22; A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 186. Sostiene, invece, che i giudizi di liceità e meritevolezza sono coincidenti G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 334 s. Per una rivisitazione del problema v. M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 789 ss.

³⁰² I comportamenti e le circostanze di fatto assumono un rilievo totalmente nuovo: la determinazione delle parti, autonoma, libera e consapevole, riveste un significato diverso dal passato tanto che, recentemente è stato qualificato nullo per violazione della norma penale un contratto concluso con menomazione «del potere di critica» o con un «indebolimento della funzione volitiva o affettiva che agevolino la suggestionabilità e diminuiscano i poteri di difesa del soggetto»: [Cass., 23 maggio 2006, n. 12126](#), in *Società*, 2009, p. 1105 ss.; [Cass., 29 ottobre 1994, n. 8948](#), in *Corriere giuridico*, 1995, p. 217 ss.

³⁰³ Sul punto v. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 2; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., p. 35 ss. Sottolineano che in un ordinamento solidaristico, qual è quello vigente, la libertà negoziale si deve conformare ai valori cui si ispira l'ordinamento anche P. PERLINGIERI, *Relazione di sintesi*, in *Equilibrio delle prestazioni contrattuali e autonomia privata*, Atti del Convegno tenutosi a San Marino nei giorni 17 e 18 novembre 2000 a cura di Ferroni, Napoli, 2002, p. 167; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 335 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 126 ss.; P. LAGHI, *Moneta, equilibrio patrimoniale e tutela della persona*, Milano, 2011, p. 128 ss., spec. p. 56.



di ricevere o autenticare atti espressamente³⁰⁴ proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico. Detta norma, in passato, ha avuto un'interpretazione che l'ha resa applicabile a tutti gli atti contrari a disposizioni di legge e non solamente agli atti nulli.

Nel 1997³⁰⁵ la giurisprudenza di legittimità ha mutato orientamento ed ha deciso che l'art. 28 l. not. riguardi in generale le ipotesi di nullità. Tale decisione, infatti, ha affermato che: «L'atto nullo è l'atto contrario a norme imperative. Ciò ai sensi dell'art. 1418, primo comma, del codice civile. Ma ove anche la norma imperativa non contenesse una espressa comminatoria di nullità dell'atto, la stessa dovrebbe pur sempre ritenersi "espressa" per effetto del combinato disposto costituito da detta norma imperativa ed il primo comma dell'art.1418 c.c., che sanziona con la nullità ogni atto contrario a norma imperativa». Sebbene il citato art. 28 l. not. utilizzi avverbi quali "espressamente" proibiti dalla legge, o "manifestamente" contrari al buon costume o all'ordine pubblico, la sentenza sembra riproporre le conseguenze civilistiche derivanti dalla violazione di norme imperative nell'ampia accezione sopra condivisa.

Il problema potrebbe non trovare adeguata soluzione neppure nel più recente indirizzo giurisprudenziale³⁰⁶ secondo il quale il divieto per il notaio di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, a norma dell'art. 28 l. n. 89 del 1913, comprende solo atti la cui nullità, verificata per ciascuno di essi, sia inequivoca, con conseguente esclusione degli atti solo inefficaci. Sicuramente l'utilizzo dell'aggettivo "inequivoca"³⁰⁷ limita le ipotesi in cui si può ravvisare la responsabilità notarile, ma non offre adeguata garanzia ove si intenda tale espressione quale certezza derivante da

³⁰⁴ Sulla rilevanza del termine "espressamente", cfr. *Glossario notarile* a cura di L. Mambelli e J. Balottin, Milano, 2013, p. 7 ss.

³⁰⁵ Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not.*, 1998, p. 493 e ss.

³⁰⁶ Cass., 12 novembre 2013, n. 25408, in *De jure on line*.

³⁰⁷ Cass., 19 febbraio 1998, n. 1766, in *De jure on line*; Cass., 4 maggio 1998, n. 4441, *ivi*; Cass., 3 agosto 1998, n. 7602, *ivi*; Cass., 4 novembre 1998, n. 11071, *ivi*; Cass., 21 gennaio 2000, n. 675, *ivi*; Cass., 1 febbraio 2001, n. 1394, *ivi*; Cass., 14 febbraio 2008, n.3526, *ivi*. La nullità inequivoca distinta da quella testuale e virtuale è nozione mutevole sulla quale non pare opportuno fondare la responsabilità disciplinare del notaio: A. DI MAJO, *La nullità non equivoca*, in *Corriere giuridico*, 1999, p. 1164; T. GAETA, *Riassetto delle invalidità negoziali e controlli notarili*, in AA.VV., *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio*, Atti del 39° Congresso Nazionale del Notariato tenutosi in Milano nei giorni 10-13 ottobre 2002, Milano, 2002, p. 368 s.; S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca: a proposito di Cass. n. 24867/2010 e di Cass. 5913/2011 (con una postilla)*, in *Persona e mercato*, 2011, p. 111.



precedenti giurisprudenziali³⁰⁸, vista l'esistenza di altalenanti decisioni su un medesimo argomento.

Il fatto che il notaio sia tenuto a rifiutare di rogare atti nulli o contrari all'ordine pubblico o al buon costume, valutando responsabilmente³⁰⁹ se e come assolvere il proprio compito, spiega l'orientamento giurisprudenziale appena richiamato che, avallato anche da parte della dottrina³¹⁰, pone un'interpretazione dell'art. 28 l. not. ad opportuna salvaguardia dell'attività notarile non considerando responsabile il notaio laddove sussistano incertezze interpretative oggettive, non potendo essergli addossati compiti ermeneutici volti alla ricostruzione dell'ordinamento giuridico³¹¹: conseguentemente il notaio sarebbe responsabile soltanto quando il contratto risulti in contrasto "inequivocabilmente" con il sistema giuridico sulla base di un'interpretazione dominante e consolidata della norma³¹². In tale prospettiva, si colloca l'accreditata opinione secondo la quale l'art. 28 l. not. farebbe riferimento soltanto agli atti posti in essere in palese violazione di norme che hanno valore

³⁰⁸ «Sussiste la responsabilità disciplinare del notaio ai sensi dell'art. 28 comma 1 n. 1 l. not., per avere redatto un atto espressamente proibito dalla legge, allorché sia stato rogato, a decorrere dall'1 settembre 2011, un atto costitutivo di società con previsione di clausola compromissoria di arbitrato di diritto comune e, quindi, difforme dal disposto dell'art. 34 comma 2 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5. Infatti, solo dalla fine di agosto 2011, essendo decorso il tempo necessario alla diffusione delle due pronunzie di Cass. civ., 9 dicembre 2010, n. 24867, e Cass. civ., 20 luglio 2011, n. 15892 può ritenersi pacifica l'interpretazione dell'art. 34 comma 2 cit., come comportante la nullità della clausola arbitrale che attribuisca il potere di nomina degli arbitri ad un soggetto interno alla società: solo da tale data, pertanto, la nullità comminata dall'art. 34 comma 2 cit., può essere considerata inequivoca»: Cass., 13 ottobre 2011, n. 21202, in *De jure on line*. Per un commento alle decisioni richiamate da tale sentenza cfr. S. PAGLIANTINI, *o.u.c.*, 97 ss.

³⁰⁹ Sulle varie tesi proposte cfr. G.G. SALVATI, *La responsabilità del notaio (aggiornamento al 31 dicembre 2010)*, in <http://static.luiss.it/siti/media/1/20110302-SALVATIGG.%20RESP.NOTAIO.pdf>, p. 1 ss.

³¹⁰ F. ANGELONI, *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, Milano, 1999, p. 66, reputa che l'espressione "espressamente" non sia meramente casuale sicché si dovrebbe privilegiare un'interpretazione restrittiva delle ipotesi dalle quali potrebbe discendere una responsabilità del notaio. Analogamente GALLO ORSI-GIRINO, *Notariato e archivi notarili*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, p. 379.

³¹¹ In giurisprudenza cfr. Cass., 11 marzo 2011, n. 5913, in *De jure on line*, secondo la quale al notaio non si possono addossare compiti ermeneutici, con le connesse responsabilità, in presenza di incertezze interpretative oggettive, con la conseguenza che l'irricevibilità dell'atto si giustifica solamente quando il divieto possa desumersi in via del tutto pacifica ed incontrastata da un orientamento interpretativo ormai consolidato.

³¹² A. ZINGAROPOLI, *La responsabilità del notaio alla luce della legge di semplificazione 28 novembre 2005*, n. 246, Matelica, 2006, p. 54 s. al quale si rinvia (p. 50 ss.) per ulteriori riferimenti.



assoluto restando, pertanto, escluse le nullità relative³¹³, nonostante la più recente legislazione speciale abbia introdotto ipotesi di nullità che impongono un complessivo ripensamento dei risultati tradizionalmente acquisiti in questa materia³¹⁴.

Invero, ai limitati fini che qui interessano con riferimento al contratto di *rent to buy*, tale conclusione potrebbe essere decisiva soltanto all'apparenza perché l'art. 28, comma 1, l. not. prevede che il notaio non possa ricevere o autenticare non soltanto atti espressamente proibiti dalla legge, ma anche quelli manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico. Come si è visto, la giustizia contrattuale, il rispetto del dovere di buona fede, il principio di solidarietà di cui all'art. 2 cost. caratterizzano il vigente ordinamento e costituiscono attuazione di principi generali di rango costituzionale³¹⁵ e comunitario³¹⁶ sì da assurgere a principi di ordine pubblico. Ne discende che la nullità per violazione dell'ordine pubblico non deriva soltanto dalla violazione di enunciati che la prevedono in modo espresso, ma anche dalla

³¹³ M. NUZZO, *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione. Nullità speciali e responsabilità del notaio*, in <http://elibrary.fondazione-notariato.it/approfondimento.asp?app=43/studicnn/Studio271-2008-C&mn=3&tipo=3&qn=9>, p. 12. In giurisprudenza cfr. Cass., 9 dicembre 2010, n. 24867, in *De jure on line*, secondo la quale il divieto stabilito dall'art. 28, n. 1, l. not. di ricevere o autenticare atti "espressamente proibiti dalla legge" attiene ad ogni vizio che dia luogo a nullità assoluta dell'atto (ivi inclusa la nullità assoluta parziale), con esclusione dei vizi che diano luogo solo all'annullabilità o all'inefficacia dell'atto ovvero alla nullità relativa.

³¹⁴ M. NUZZO, *o.u.c.*, p. 1.

³¹⁵ C. DONISI, *Il notaio ed «il controllo di liceità»*, in *Riv. not.*, 1975, p. 1145. Per una diversa opinione e per i relativi riferimenti cfr. V. TENORE e G. CELESTE, *La responsabilità disciplinare del notaio ed il relativo procedimento*, Milano, 2008, p. 111 ss.

³¹⁶ L'ordinamento giuridico deve essere valutato nel suo complesso con attenzione anche alle normative di provenienza esterna: il fenomeno attiene al pluralismo delle fonti e «gli insiemi normativi esterni pur definiti complementari all'ordinamento e pur dotati di propria autonomia - anche assiologica - sono parte integrante del diritto positivo, complesso sì, ma unificato dai principi costituzionali di vertice, che costituiscono l'identità dell'ordinamento»: così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 199; ID., *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 934 ss. Ne deriva che anche le norme ed i principi di ispirazione comunitaria incidono sul sistema giuridico complessivamente considerato a maggiore e più adeguata tutela degli interessi emergenti: P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 277; ID., *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Annali Facoltà Economia di Benevento*, 2000, p. 127; N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e pubbl. econ.* diretto da Galgano, LXII, Padova, 2012, p. 168 ed ivi, nota 8, per riferimenti sulla dottrina che si è interessata dell'impatto del diritto comunitario europeo sui singoli sistemi. All'interprete si impone, pertanto, di ricercare i principi di ordine pubblico comunitario per integrarli con i principi fondamentali del diritto nazionale al fine di ricostruirne il vero significato: per una specifica applicazione cfr. F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., p. 193.



violazione di principi che si ricavano per lo più da norme o complessi di norme che, pur senza enunciarli, li presuppongono. La loro ricerca non può prescindere dal principio di legalità costituzionale e comunitaria e sembra non potere non riguardare l'attività notarile atteso il tenore dell'art. 28 l. not. In assenza di espressa previsione di legge che commini la nullità è, comunque, necessario controllare la natura della norma violata sicché si potrebbe concludere per la presenza di un'ipotesi di nullità per contrarietà all'ordine pubblico qualora la clausola negoziale violi valori fondamentali il cui rispetto è imposto inderogabilmente³¹⁷.

I principi di ordine pubblico rappresentano il limite che non può essere superato dai privati con le loro pattuizioni: essi sono inderogabili perché caratterizzano l'ordinamento giuridico³¹⁸ in un dato momento storico³¹⁹. La funzione notarile «concorre al corretto svolgimento di tutte le funzioni pubbliche fondamentali istituite a garanzia della legalità e della certezza del diritto» ed è indispensabile per un'efficace tutela (rilevante *ex art. 24 cost.*) dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini³²⁰, garantendo il più elevato grado di certezza ragionevolmente possibile³²¹. Il notaio è chiamato a svolgere una funzione "costituzionale" tale da imporgli di valutare in concreto³²² l'utilità sociale (art. 41, comma 2, *cost.*) dell'operazione da stipulare³²³.

³¹⁷ Cass., 11 novembre 1997, n. 1128, in *De jure on line*.

³¹⁸ Vi sono, peraltro, norme sicuramente inderogabili che non si possono definire imperative: A. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale* a cura di Di Majo - Ferri - Franzoni, Torino, 2002, p. 83; M. NUZZO, *Negoziio illecito*, cit., p. 6; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 87 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 127 s.

³¹⁹ G.B. FERRI, *Ordine pubblico (dir. priv.)*, cit., p. 1053.

³²⁰ A. BALDASSARE, *Funzione sociale e rilevanza costituzionale dell'attività notarile*, in *Notariato – Quaderni 24 – Notai e Costituzione*, 2010, p. 27 ss.

³²¹ Osservazioni al Disegno di legge annuale sulla concorrenza rese dal Consiglio Nazionale del Notariato sulle disposizioni in materia di notariato, in https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/003/314/2015_11_24_-_Consiglio_nazionale_del_notariato_Osservazioni_.pdf, p. 9.

Di tale avviso pure P. ZANELLI, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014, ora dunque emptio tollit locatum?*, cit., p. 24.

³²² R. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 1 ss., il quale richiama l'attenzione sulla delicatezza dell'attività notarile. Sul punto v., altresì, G. BEVIVINO, *Soft law e orientamenti interpretativi dei Consigli notarili: sul ruolo delle massime notarili nel quadro delle fonti del diritto*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali, Gli atti dei convegni*, in *I quaderni della fondazione italiana del notariato*, Milano, 2015, p. 198 ss., il quale sottolinea che la norma da applicare al caso concreto non è quella emanata, ma quella frutto di un'esperienza sedimentata per effetto delle stratificazioni culturali che, a seguito di un adeguato confronto tra le varie esperienze, si attesta su precise posizioni (p. 209). Tuttavia, proprio perché la prassi è frutto del diritto vivente si potrà avere una



In tale prospettiva clausole negoziali quali quelle dei commi 1 ed 1 *bis* dell'art. 23 d.l. n. 133 del 2014 che fossero espressione di abuso dell'autonomia contrattuale violerebbero l'inderogabile dovere di solidarietà di cui all'art. 2 cost., configurando una violazione del principio di ordine pubblico. Al notaio si richiede un compito complesso. In primo luogo deve, grazie ad una sua attività interpretativa, individuare entro il *genus* delle norme di diritto privato quali possano qualificarsi imperative, concetto, questo, non univoco³²⁴; inoltre, per rispettare integralmente il dettato dell'art. 28 l. not., dovrà individuare il contenuto dell'ordine pubblico che non può essere ricondotto a quello di norma imperativa: diversamente si dovrebbe concludere per una ridondanza della formulazione del primo comma dell'art. 1418 cod. civ.³²⁵. L'art. 28 l. not. rappresenta il "baricentro"³²⁶ della funzione notarile dal cui corretto esercizio dipende la tenuta del sistema ed il rispetto della legalità comunitaria e costituzionale³²⁷. Tale norma impone al notaio di superare il controllo di stretta legalità perché non è tenuto a valutare soltanto l'assenza di "espresa" collisione

sua evoluzione grazie al continuo e necessario dialogo tra le varie esperienze che consentono di passare da vecchi a nuovi paradigmi normativi (F.D. BUSNELLI, «ars notaria» e *diritto vivente*, in *Riv. not.*, 1991, p. 1 ss.) grazie all'apporto di una «comunità interpretante»: N. LIPARI, «La codificazione nella stagione della globalizzazione», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 317 ss. Ciò evidenzia l'importante ruolo svolto dagli operatori del diritto (G. ALPA, *La dialettica fa legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 646 s.) e dell'attività ermeneutica (ribadisce tale posizione V. SCALISI, «Per un'ermeneutica giuridica veritativa orientata a giustizia», in *Riv. dir. civ.*, I, 2014, p. 1250 s.).

³²³ G.A.M. TRIMARCHI, *Il ruolo del notaio tra "iniziativa" economica e principi*, in *Notariato – Quaderni 24 – Notai e Costituzione*, 2010, p. 122 s., secondo il quale l'atto pubblico diviene veicolo per l'attuazione dell'utilità sociale cui deve corrispondere l'atto di autonomia privata.

³²⁴ Si consideri che in proposito sono riscontrabili varie opinioni. Per taluno il carattere imperativo della norma inderogabile sarebbe posto a tutela di un interesse pubblico [*ex multis*, R. TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, p. 908 ss; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di Iudica e Zatti, cit., p. 382 ss. Diffusamente sull'argomento v. F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 435 ss.] ed avrebbe una sua specificazione nella necessaria presenza di un nesso di inscindibilità con l'ordine pubblico (E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma suppletiva, norma dispositiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 573 ss.).

³²⁵ Per un'esauriente trattazione di tale tema e per i dovuti riferimenti di dottrina e giurisprudenza cfr. G. MASTROPASQUA, *Art. 1418 c.1. c.c.: La norma imperativa come norma inderogabile*, in *Jus civile*, reperibile in <http://www.juscivile.it/contributi/38%20-%20mastropasqua.pdf>

³²⁶ C. DONISI, *L'art. 28 della legge notarile: baricentro della professione*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 85 ss; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 106.

³²⁷ G. PERLINGIERI, *o.c.*, p. 102 e già ID., *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 404 ss.



dell'atto con la legge³²⁸. Ne discende che il notaio, nel rispetto delle sue funzioni, volte a garantire la stabilità degli atti di autonomia privata, dovrebbe agire con molta cautela facendosi scrupolosamente carico dei propri doveri professionali.

Ad ogni buon conto, qualora non si volesse condividere tale interpretazione dell'art. 28 l. not. e si preferisse concludere che gli "atti proibiti dalla legge" sono soltanto quelli posti in essere in violazione di norme che hanno valore assoluto, al notaio si dovrebbe chiedere comunque una indagine sulla reale volontà delle parti secondo quanto previsto dall'art. 47 l. not.: ciò al fine di richiamare l'attenzione delle parti sui possibili squilibri presenti nel contenuto del contratto che si apprestano a sottoscrivere. A tal fine, nel rispetto di detta norma, il notaio, con la dovuta diligenza³²⁹, è tenuto ad accertare, stante la sua terzietà, l'effettiva volontà dei contraenti rendendole edotte³³⁰ dei loro diritti, compreso quello di fare valere l'eventuale nullità³³¹ di una o più clausole.

³²⁸ C. DONISI, *Intervento*, in *Il ruolo del notaio nella formazione del regolamento contrattuale*, Camerino, 1976, p. 41 il quale (p. 49 ss.) sottolinea la delicatezza del controllo dell'atto alla luce dei principi propri dell'ordine pubblico.

³²⁹ Richiama la diligenza del notaio affinché non incorra nella responsabilità di cui all'art. 28 l. not. pure G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit, p. 102.

³³⁰ Sul dovere di informazione cui è tenuto il notaio anche a norma degli artt. 1375 e 1176, comma 2, cod. civ. cfr. F. VOLPE, *Nuovi casi di diritto privato. Parte seconda*, Torino, 2014, p. 341 s.

³³¹ Sull'argomento cfr. R. LENZI, *Funzione e responsabilità del notaio nell'età dell'inquietudine*, in AA.VV., *Diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, p. 607 ss.; S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, in *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, 2010, p. 711 ss., spec. p. 724 ss.