

CAPITOLO XXI

I CONTRATTI DI GODIMENTO

SOMMARIO: 1. La locazione. - 2. Il comodato. - 3. Il *rent to buy* e la locazione finanziaria immobiliare.

1. La locazione

La **locazione** è il contratto col quale una parte, il locatore, si obbliga a far godere all'altra, conduttore o locatario, una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo. Nel codice civile si ritrova una scarsa disciplina del contratto di locazione, essenzialmente riducibile alla sua definizione. Al contrario, tradizionalmente, un'articolata regolamentazione del rapporto di locazione si rinviene nella legislazione speciale. La storia più recente dell'istituto è racchiusa in due importanti interventi legislativi che, con una certa approssimazione, possono ricondursi alle due fasi del capitalismo, quella del *welfare state* e quella c.d. neoliberalista, seguite all'emanazione del codice borghese del 1942 nel contesto del corporativismo fascista e dell'interventismo statale.

La locazione, come definita dal codice civile, è un contratto consensuale e ad effetti obbligatori: il locatore si obbliga a concedere in godimento al conduttore un bene, mentre quest'ultimo si obbliga a pagare in corrispettivo un canone. Il conduttore o locatario - o inquilino se l'immobile viene locato per uso abitativo - non ha il possesso ma la mera **detenzione** del bene e, in ragione dell'obbligazione del locatore, può dirsi titolare di un **diritto personale di godimento** sulla cosa. Ebbene, il codice menziona i due elementi caratterizzanti il rapporto di locazione, che nella prassi riguarda per lo più beni immobili: il corrispettivo e la durata. Tuttavia, come si diceva, nulla aggiunge in merito agli stessi, sicché la regolamentazione di tali due essenziali aspetti del rapporto si rinviene nella legislazione speciale, in particolare nei due interventi del legislatore, ancora oggi disciplinanti la locazione immobiliare ad uso abitativo (l. 431/1998) e la locazione di immobili ad uso non abitativo (l. 392/1978).

Si colloca negli anni '70 del secolo scorso la prima importante riforma volta in origine a disciplinare entrambi i tipi di locazione, quella di immobili ad uso abitativo e quella di immobili ad uso non abitativo (in cui il conduttore è un imprenditore o un lavoratore autonomo), ma destinata a rimanere vigente soltanto per i rapporti di locazione di immobili ad uso non abitativo. La normativa codicistica, caratterizzata per lo più da norme dispositive, rimane così l'unica disciplina comune ai due tipi di locazione. La legislazione speciale del tempo invece detta una regolamentazione per norme imperati-

ve e ben distinta per le due diverse locazioni. Per quella ad uso abitativo, oggi regolamentata dalla l. 431/1998, si prevede in origine una forte compressione delle ragioni della proprietà e dell'autonomia privata, a vantaggio della persona del conduttore o inquilino, ritenuto contraente debole: vengono cioè fissate con norma cogente sia la durata minima del contratto, sia il corrispettivo determinato dalla legge secondo criteri di equità (c.d. equo canone). Al contempo, con disciplina a tutt'oggi vigente, si prevede per la locazione di immobili ad uso non abitativo, ancora una volta attingendo alla tecnica legislativa della norma imperativa, la durata minima del rapporto e la tutela dell'avviamento con un'indennità da corrispondere al locatario al momento della cessazione del contratto: anche per le locazioni commerciali o professionali, si assiste dunque ad una limitazione dell'autonomia privata dei contraenti, ancorché a tutela della stabilità del rapporto locatizio strumentale ad un'attività professionale o imprenditoriale. In questo caso, tuttavia, la determinazione del canone rimane libera, così come sarebbe stato anche per le locazioni ad uso abitativo soltanto a seguito dell'intervento del legislatore del 1998: nel ventennio di sperimentazione della legislazione sull'equo canone si ottenne infatti l'effetto indesiderato di uno spostamento dell'offerta degli immobili dal poco appetibile mercato abitativo a quello professionale o commerciale o, in altri casi, a efficaci tentativi elusivi della normativa imperativa.

Alla fine degli anni '90 del secolo scorso, il legislatore realizza un nuovo intervento dedicato alle locazioni ad uso abitativo (l. 431/1998): tali contratti, dunque, trovano ora disciplina nella nuova legge e non più in quella del 1978. In particolare, si prevede la possibilità per l'inquilino di stipulare alternativamente due tipologie di contratto. Un contratto in cui il canone è libero e invece sussiste un limite soltanto per la durata minima del contratto. Ed un contratto, invece, stipulato secondo un modello predisposto dalle associazioni di categoria: questa tipologia alternativa alla prima, c.d. convenzionale, risulta vincolata anche nella determinazione del canone. Al contempo, però, il locatore viene compensato con notevoli vantaggi fiscali, mentre l'inquilino perde la tutela della durata minima così come fissata per il c.d. contratto "libero" (quattro anni con possibilità di rinnovo per altri quattro): permane la previsione di una durata minima del contratto, ma la stessa è stabilita in una misura inferiore (tre anni con possibilità di proroga per altri due). Per contenere il diffuso fenomeno del ricorso a contratti "in nero", la legge prescrive poi la forma scritta *ad substantiam* per tutti i contratti ad uso abitativo e la nullità della pattuizione con cui si prevede un canone più elevato da quello risultante dal contratto scritto e registrato (art. 13, co. 1, l. 431/1998): in questo caso, precisa la più recente giurisprudenza, il contratto resta valido per il canone apparente, mentre l'accordo simulatorio relativo al maggior canone è affetto da nullità, non sanabile con eventuale registrazione tardiva. Se il contratto viene stipulato in forma orale e risulta che tale forma è stata imposta dal locatore, secondo la giurisprudenza la nullità del contratto deve intendersi come relativa: essa, cioè, può essere fatta valere soltanto dal conduttore e non anche dal locatore (art. 13, co. 5, l. 431/1998). In tal caso, peraltro, il canone diviene vincolato con efficacia retroattiva, nel senso che sarà dovuto nella misura massima prevista per la tipologia di contratto c.d. alternativa o convenzionale,

mentre deve essere restituita l'eccedenza (la differenza cioè tra quanto pagato e quanto si sarebbe dovuto pagare con un canone vincolato).

Si consideri che il codice civile disciplina anche il contratto di **affitto** che è in sostanza una locazione avente ad oggetto un bene produttivo (fondo, cave, miniere, azienda) i cui frutti o altre utilità spettano all'affittuario (artt. 1615-1654 c.c.). Una disciplina particolare è destinata all'affitto di fondi rustici (artt. 1628-1646 c.c.) e, qualora l'affitto abbia ad oggetto un fondo che l'affittuario coltiva col lavoro prevalentemente proprio o di persone della sua famiglia, all'affitto a coltivatore diretto (artt. 1647-1654 c.c.). Con riferimento all'**affitto d'azienda** (art. 2652 c.c.) la giurisprudenza ha avuto occasione di precisare che il criterio discretivo tra locazione di immobile ad uso non abitativo e affitto d'azienda è fondato, rispettivamente, sulla valenza assorbente ed esclusiva dell'immobile nel primo caso e, viceversa, sulla sua considerazione funzionalmente paritaria e complementare con gli altri beni organizzati per l'azienda, nel secondo caso. E così, ad esempio, la concessione del godimento di un locale adibito ad esercizio commerciale può integrare affitto di azienda, ovvero locazione di immobile munito di pertinenze, a seconda che, sulla scorta della effettiva e comune intenzione delle parti, in relazione alla consistenza del bene ed a ogni altra circostanza del caso concreto, risulti che l'oggetto del contratto sia un'entità organica e capace di vita economica propria, della quale l'immobile configura una mera componente, in rapporto di complementarità ed interdipendenza con gli altri elementi aziendali, ovvero sia in via principale l'immobile medesimo, ancorché dotato di accessori, come entità non produttiva.

2. Il comodato

Il **comodato** è il contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta (art. 1803 c.c.). Il comodato è, dunque, un contratto reale ad effetti obbligatori: il comodante non trasferisce alcun diritto al comodatario, ma quest'ultimo, in ragione del rapporto obbligatorio conseguente alla stipula del negozio, sarà titolare di un **diritto personale di godimento** sul bene mobile o immobile che ha in **detenzione** (il comodatario, come il locatario, non è infatti possessore del bene, ma mero detentore). Il legislatore prevede l'essenziale gratuità del comodato: ove venga previsto un corrispettivo, si avrà un contratto di locazione. Ancora, a differenza del deposito [v. *infra* cap. XXII § 6], il comodato realizza un interesse patrimoniale del comodatario, ma viene al contempo soddisfatto un interesse non patrimoniale del comodante. Infine, il comodato è un **contratto con obbligazioni a carico del solo proponente** ed a **titolo gratuito**, non è cioè un contratto a prestazioni corrispettive: conseguentemente, nei confronti del comodatario non può essere proposta azione di risoluzione per inadempimento, senza che assuma rilievo la presenza di eventuali pattuizioni accessorie, anche di apprezzabile peso economico, a carico del comodatario, dovendo il comodante, in tale

evenienza, far ricorso al diverso rimedio della restituzione anticipata del bene ai sensi dell'art. 1804 c.c. ove l'inosservanza degli obblighi integri un abuso della cosa oggetto di comodato, ovvero una lesione della fiducia riposta dal comodante nel comodatario. Infatti, il comodatario è tenuto a custodire e a conservare la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia, ma soprattutto, non può servirsene che per l'uso determinato dal contratto o dalla natura della cosa. Se il comodatario non adempie gli obblighi suddetti, il comodante può chiedere l'immediata restituzione della cosa, oltre al risarcimento del danno.

Il comodatario che, al fine di utilizzare la cosa, debba affrontare spese di manutenzione, può liberamente scegliere se provvedervi o meno, ma, se decide di affrontarle, lo fa nel suo esclusivo interesse e non può, conseguentemente, pretendere il rimborso dal comodante. Si pensi all'ipotesi in cui un genitore concede un immobile in comodato alla figlia ed al genero per l'abitazione della costituenda famiglia: in caso di separazione, il comodante non è obbligato al rimborso delle spese, non necessarie né urgenti, sostenute dall'*ex* genero durante la convivenza familiare per la migliore sistemazione dell'abitazione coniugale.

Il comodatario è obbligato a restituire la cosa alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto (termine implicito). Se però, durante il periodo convenuto o prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, sopravviene un urgente e impreveduto bisogno al comodante, questi può esigerne la restituzione immediata. La questione della durata del contratto riveste particolare importanza. Si pensi ancora all'ipotesi in cui un bene immobile sia dato in comodato da uno dei genitori affinché funga da residenza dei futuri coniugi o delle parti di un'unione civile tra persone dello stesso sesso od ancora di una convivenza di fatto: in tal caso, malgrado non vi sia un termine esplicito, il vincolo di destinazione appare idoneo a conferire all'uso, cui la cosa deve essere destinata, il carattere di elemento idoneo ad individuare il termine implicito della durata del rapporto, sicché, una volta cessata la convivenza ed in mancanza di un provvedimento giudiziale di assegnazione del bene, questo deve essere restituito al comodante, dal momento che è venuto meno lo scopo cui il contratto era finalizzato. Viceversa, se è intervenuto un provvedimento di assegnazione della casa familiare, il comodante non potrà pretendere la restituzione dell'immobile, malgrado la cessazione del rapporto matrimoniale o dell'unione civile (tra l'altro, con riferimento ai terzi, il provvedimento di assegnazione della casa coniugale in favore del genitore affidatario della prole è trascrivibile). Per ciò che concerne la convivenza di fatto la recente l. 76/2016 stabilisce: a) all'art. 1, co. 42, che «in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza, il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni. Ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni»; b) all'art. 1, co. 43, che «Il diritto di cui al comma 42 viene meno nel caso in cui il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella ca-

sa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto». È il caso di rilevare che tale disciplina sembra applicabile *a fortiori* al comodato qualora il comodante non abbia previsto un diverso termine esplicito.

In sintesi, il comodato si dice “precario” quando non ha una durata determinata e cioè non è stato convenuto un termine esplicito, né questo risulta dall’uso a cui la cosa doveva essere destinata (termine implicito): in tal caso, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede (art. 1810 c.c.). Secondo la giurisprudenza, la concessione in comodato di un immobile “per tutta la vita del comodatario” deve considerarsi un contratto a termine e non “precario”, poiché è certo l’*an* mentre è incerto il *quando*: con l’inserimento di un elemento accidentale per l’individuazione della precisa durata, il comodante ha limitato la possibilità di recuperare, quando voglia, la disponibilità materiale dell’immobile, rafforzando, al contempo, la posizione del comodatario, a cui viene garantito il godimento per tutto il tempo individuato. La stessa giurisprudenza ha invece ritenuto che l’immobile concesso in comodato alla *ex* moglie per l’esercizio di un’attività professionale deve essere considerato “precario”, con conseguente obbligo di restituzione all’*ex* marito in seguito alla separazione dei coniugi.

L’azione, promossa dal comodante nei confronti del comodatario e diretta ad ottenere la **restituzione** della cosa concessa in comodato, ha natura di **azione personale** e prescinde, pertanto, dalla prova del diritto di proprietà: essa può essere cioè proposta da chiunque, avendo avuta la disponibilità materiale della cosa stessa, dimostri di averla consegnata ad altri a titolo gratuito affinché se ne servisse per un uso determinato, con l’obbligo di custodirla con la diligenza del buon padre di famiglia e di restituirla alla scadenza del contratto, ovvero a sua richiesta.

3. *Il rent to buy e la locazione finanziaria immobiliare*

La recente crisi economica ha reso meno agevole il ricorso al contratto di mutuo finalizzato alla compravendita di immobili e ciò ha stimolato la creazione di nuovi schemi negoziali. Ciò spiega perché si siano diffusi nella prassi contrattuale congegni negoziali idonei a postergare nel tempo l’effetto del trasferimento del diritto: in tale contesto, si colloca la nuova disciplina dei «contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili» (art. 23 d.l. 133/2014). Si tratta di una fattispecie contrattuale (c.d. **rent to buy**) – diversa, come si vedrà, dalla ancor più recente **locazione finanziaria immobiliare** (art. 1, co. 76, l. 208/2015) – che è volta a conferire al conduttore l’immediato godimento dell’immobile e che rinvia ad un momento successivo ed eventuale il trasferimento della proprietà del bene, con imputazione di una parte del canone a corrispettivo del trasferimento. Come si diceva, il risultato del differimento dell’effetto traslativo sarebbe stato già in parte perseguibile ricorrendo a schemi negoziali già diffusi nella prassi: si pensi in particolare al contratto di locazione con patto di opzione di vendita e alla locazione collegata ad un contratto preliminare unilaterale. La nuova fattispecie tipizzata dal legislatore presenta, tuttavia, almeno due importanti

elementi di novità che consentono di ritenere che la stessa possa candidarsi a sicura alternativa al tradizionale acquisto di un immobile finanziato con un mutuo.

In primo luogo, si prevede la trascrizione dei contratti in discorso, secondo le regole previste dall'art. 2645-bis c.c. per il contratto preliminare di compravendita, ma con termine di efficacia elevato a tutta la durata del contratto di godimento e comunque ad un periodo non superiore a dieci anni. Potrebbe ritenersi che l'operazione negoziale non debba protrarsi per più di dieci anni, ma in ogni caso la conseguenza è il venir meno dell'effetto di opponibilità del titolo ai terzi che *medio tempore* abbiano iscritto o trascritto altre formalità sullo stesso bene. La trascrizione del nuovo contratto, tuttavia, non ha mera efficacia prenotativa, poiché ai contratti di godimento in funzione della successiva alienazione vengono estesi anche gli effetti della pubblicità dichiarativa della trascrizione prevista per i contratti di locazione ultranovennale, con l'obiettivo di rendere tali operazioni opponibili ai terzi, a prescindere dalla successiva stipula del contratto di compravendita.

In secondo luogo, le parti contraenti definiscono la parte del canone da imputare al corrispettivo della vendita dell'immobile: la doppia imputazione del canone, a godimento e a corrispettivo, deve ritenersi elemento essenziale del contratto. La sua mancanza si ritiene determini la fuoriuscita dal tipo negoziale, così come avverrebbe in ogni ipotesi in cui difetti un elemento caratterizzante la fattispecie in esame: si pensi al caso di previsione dell'obbligo anche a carico del conduttore di acquistare al termine previsto, in cui avremmo non un *rent to buy* ma un contratto misto di locazione con preliminare bilaterale di vendita; o, ancora, al caso in cui l'intero corrispettivo venga imputato al prezzo, in cui invece avremmo un preliminare (unilaterale, se l'obbligazione di trasferimento faccia capo al solo concedente) ad effetti anticipati [v. *supra* cap. XVIII § 8].

Viene poi attribuita all'autonomia privata la possibilità di regolamentare la sorte della quota parte originariamente imputata a corrispettivo: la legge prevede infatti che «le parti definiscono 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». In sostanza, del canone corrisposto (per es. € 1000), una parte remunera il godimento del bene (per es. € 700), mentre la parte restante costituisce corrispettivo della futura eventuale vendita (per es. € 300): le parti dovrebbero tuttavia ulteriormente individuare una quota di tale ultima parte del canone che il concedente può trattenere nell'ipotesi in cui il conduttore decida di non acquistare il bene (per es. € 200). Ciò significa che l'interesse del concedente all'operazione economica è tutelato dalla regola per cui, ove il conduttore decida di non proseguire con l'acquisto, egli può trattenere non soltanto la parte di canone costituente corrispettivo del godimento (per es. € 700), ma anche una quota del canone originariamente imputata a corrispettivo (per es. € 200). Al contempo, se il conduttore decide di non acquistare, il concedente sarà tenuto a restituire una quota del canone originariamente destinato a fungere da corrispettivo (per es. € 100).

Il *rent to buy* è, insomma, un nuovo tipo contrattuale e ciò si desume non solo dalla circostanza che parte del canone periodicamente pagato viene imputato al prezzo della successiva vendita, ma anche dalla disciplina della trascrizione e, infine, dalla discipli-

na della risoluzione: un inedito schema contrattuale tipico, la cui giustificazione causale è l'attribuzione di un diritto personale di godimento in funzione del successivo acquisto della proprietà verso pagamento di un prezzo. Il nuovo contratto si distingue da altri istituti come la locazione con opzione di acquisto (il concedente è infatti obbligato a stipulare il contratto di vendita, come si desume dalla circostanza che il conduttore può agire *ex art. 2932 c.c.*) o la locazione collegata con un preliminare di vendita. Il distacco da tali schemi contrattuali lo si registra anche in punto di pagamento del canone: nel *rent to buy*, una parte è imputata al prezzo della futura vendita, mentre nella locazione rappresenta esclusivamente il corrispettivo del godimento.

La disciplina del 2014 dedica una particolare attenzione all'ipotesi patologica dell'inadempimento contrattuale da parte del conduttore, stabilendo che nel caso di mancato pagamento di un numero minimo di canoni fissato dalle parti, ma comunque in misura non inferiore ad un ventesimo del loro numero complessivo, il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione è risolto. Più esattamente, nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento del conduttore, il concedente ha diritto a chiedere la restituzione dell'immobile ed a trattenere i canoni ricevuti a titolo di acconto, ma solo se così è pattuito nel contratto; altrimenti dovrà restituirli ed eventualmente agire per il risarcimento del danno da inadempimento. Qualora l'inadempimento sia del concedente, questi dovrà restituire quella parte dei canoni imputata al corrispettivo, maggiorata degli interessi legali.

La persistente contrazione del mercato immobiliare ha condotto il legislatore ad introdurre e disciplinare un nuovo strumento contrattuale, la **locazione finanziaria immobiliare** (art. 1, co. 76, l. 208/2015). Con essa intanto – seppur limitatamente agli immobili da adibire ad abitazione principale – si disciplina il *leasing*, sin qui ancora da ritenersi contratto atipico. La fattispecie prevede due negozi collegati: a) un contratto di *leasing*, con cui il concedente si impegna ad acquisire o far realizzare un immobile su scelta e indicazioni dell'utilizzatore e con il quale vengono fissati taluni aspetti essenziali del rapporto (durata, canoni, prezzo di cessione); b) un contratto di vendita, poiché sul bene immobile oggetto del *leasing* esiste un diritto di riscatto o opzione di acquisto a favore dell'utilizzatore. Il canone tiene conto del prezzo di acquisto o del costo di costruzione dell'immobile e degli interessi passivi in ragione della durata del contratto. È verosimile che alla scadenza del termine fissato dalle parti, l'utilizzatore abbia già pagato buona parte del prezzo di acquisto dell'immobile, sicché allo stesso è concesso dalla legge il diritto potestativo di esercitare il riscatto dello stesso al prezzo concordato. Le parti possono comunque prevedere la possibilità di un riscatto anticipato dell'immobile.