



INDICE

1. La funzione della pubblicità	pag. 1
2. L'oggetto della trascrizione	pag. 3
3. La tassatività degli atti soggetti a trascrizione	pag. 6
4. La trascrizione della locazione ultranovennale	pag. 9
5. La trascrizione del preliminare: l'art. 2645-bis c.c.	pag. 12
6. La locazione finanziaria immobiliare	pag. 14
6.1. Trascrivibilità del preliminare di vendita dell'immobile da concedere in locazione finanziaria	pag. 15
6.2. Trascrivibilità della locazione finanziaria immobiliare di durata ultranovennale	pag. 17
6.3. Trascrivibilità dell'opzione finale di acquisto dell'immobile oggetto della locazione finanziaria	pag. 20
6.4. Trascrivibilità del preliminare di locazione finanziaria immobiliare	pag. 21
6.5. Trascrivibilità del lease-back immobiliare	pag. 22

1. LA FUNZIONE DELLA PUBBLICITA'

L'istituto della trascrizione (artt. 2643-2696 c.c.) e, quindi, della pubblicità dei trasferimenti aventi ad oggetto i beni immobili ed i mobili registrati assolve ad una funzione di certezza del diritto, riferita essenzialmente alla *"certezza dei rapporti umani"* e, pertanto, di tutela dei terzi.

Infatti, l'esigenza di una pubblicità relativa ai trasferimenti di beni immobili nasce dal *problema della tutela del credito* e della *sicurezza dei traffici*.

Si suole parlare anche di *tutela dell'affidamento* sul potere economico di un soggetto in ordine a beni immobili, cioè sulla sua titolarità di diritti reali immobiliari (cfr. L. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in Comm. Scialoja e Branca, Roma - Bologna, 1977, p. 1; sulla tutela dei terzi cfr. sempre FERRI, cit, p.10).

Secondo altra autorevole dottrina, *"l'istituto della pubblicità ... ha una finalità che ... può essere definita come lo scopo di rendere nota una determinata situazione giuridica a persone diverse da quelle che hanno posto in essere o che sono i destinatari immediati del fatto che ha costituito quella situazione"* (NICOLO', *La trascrizione*, vol. 1°, Milano, 1973, p.4).

Secondo questa dottrina, che ha, tra l'altro, elaborato *"una teoria unitaria della pubblicità"*, nell'ambi-

L'istituto della pubblicità ... ha una finalità che ... può essere definita come lo scopo di rendere nota una determinata situazione giuridica a persone diverse da quelle che hanno posto in essere o che sono i destinatari immediati del fatto che ha costituito quella situazione.

to dell'infinità di situazioni giuridiche che possono riscontrarsi nel coacervo dei rapporti umani solo per una parte di esse l'ordinamento giuridico prevede che vengano portate a conoscenza dei terzi. *"La scelta di tali situazioni, per le quali per una finalità di ordine eminentemente pratico si dispone un mezzo di pubblicità, non è fatta dal legislatore sulla base di rigorosi principi logici, ma piuttosto secondo criteri empirici, e quindi mutevoli e contingenti. Non vi è infatti alcuna situazione giuridica che, per sua intrinseca natura, richieda come una necessità di ordine razionale, di*



essere nota o per lo meno conoscibile ai terzi; è solo un criterio di opportunità pratica, fondato su un giudizio di probabilità, che permette di distinguere tra le innumerevoli situazioni giuridiche che possono far capo ad un soggetto, quali abbiano per gli altri consociati o per determinate categorie di essi, tale rilievo, da richiedere l'adozione di uno strumento che renda loro possibile una agevole conoscenza delle medesime" (NICOLO', op. cit, p. 4).

Questa constatazione ha trovato una definitiva conferma nella recente decisione del legislatore che per motivi pratici di tutela degli acquirenti ha espressamente previsto, mediante l'introduzione dell'art. 2645-bis c.c., la trascrizione anche del preliminare di vendita di beni immobili o di atti che costituiscono o trasferiscono diritti reali sugli stessi, che prima di tale intervento normativo veniva considerata inammissibile sia da parte della dottrina che della giurisprudenza.

La pubblicità assolve, quindi, ad una funzione di tutela preventiva, in quanto la conoscenza dell'esistenza di una determinata situazione giuridica può fare acquistare un vantaggio o far evitare un danno ai terzi. Pertanto, sorge in questi casi un interesse alla creazione di uno strumento che sia potenzialmente idoneo

ad assicurare quella conoscenza (cfr. NICOLO', op. cit, p.6), che nell'ordinamento giuridico avviene essenzialmente attraverso l'istituto della trascrizione.

La trascrizione assume una mera funzione dichiarativa in quanto non costituisce un elemento integrante della fattispecie essenziale alla creazione del titolo giuridico, ma attua solo una pubblicità dell'atto, per cui essa non ha efficacia sanante dei vizi di cui eventualmente questo dovesse essere affetto (cfr.: Cass, sez. II civ., 1 agosto 1995, n. 8441, in *Mass.* 1995).

Pertanto, la pubblicazione del fatto giuridicamente rilevante deve essere intesa non come fine a se stessa, ma come uno strumento per realizzare la pubblicità dell'effetto giuridico, al fine di renderlo riconoscibile ai terzi, e tale finalità si può realizzare solo quando l'effetto giuridico si sia veramente prodotto in virtù di un atto valido (cfr. NICOLO', op. cit, p. 9).

La pubblicità assolve, quindi, ad una funzione di tutela preventiva, in quanto la conoscenza dell'esistenza di una determinata situazione giuridica può fare acquistare un vantaggio o far evitare un danno ai terzi.

2. L'OGGETTO DELLA TRASCRIZIONE

A proposito della pubblicità, la dottrina distingue un *oggetto immediato*, rappresentato dall'atto, da un *oggetto mediato*, rappresentato dall'effetto che l'atto produce ed in vista del quale la pubblicità è disposta (NICOLO', op. cit., p. 67).

Il problema dell'individuazione dell'oggetto della trascrizione è di fondamentale importanza, in quanto da esso dipende la portata che si vuole attribuire all'art. 2643 e, soprattutto, all'art. 2645 c.c.

Secondo la tesi alla quale si intende aderire, risalente a NICOLO' ed a L. FERRI, l'oggetto della trascrizione è rappresentato dall'effetto ovvero dal mutamento giuridico che scaturisce dal fatto o dall'atto giuridico relativi alla proprietà degli immobili o alla costituzione o modifica dei diritti reali di godimento sui medesimi (L. FERRI, op. cit., p. 28).

La trascrizione è, infatti, un istituto recente, sconosciuto al diritto romano ed al diritto intermedio, in quanto collegata al principio del "*consenso traslativo*" introdotto dal Codice civile napoleonico francese del 1805. Nell'ordinamento giuridico italiano essa si fonda sul principio del trasferimento consensuale del diritto di proprietà e degli *iura in re aliena* contenuto nell'art. 1376 c.c., in base al quale nei c.d. "*contratti ad effetti reali*", ossia "*Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono o si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*", l'istituto della trascrizione interviene per rendere pubblico il trasferimento così verificatosi che altrimenti non sarebbe conoscibile da nessun'altro oltre alle parti del contratto (cfr. FERRI, op. cit., p. 5).

Secondo autorevole dottrina (GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*,

L'oggetto della trascrizione è rappresentato dall'effetto ovvero dal mutamento giuridico che scaturisce dal fatto o dall'atto giuridico relativi alla proprietà degli immobili o alla costituzione o modifica dei diritti reali di godimento sui medesimi.



tomo I, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, p. 7) *"nel nostro ordinamento la regola del consenso traslativo sembra avere un vigore relativo e non assoluto essendo certamente valida sul piano dei rapporti inter partes, mentre appare entrare in crisi se si sposta l'attenzione ai rapporti con i terzi"*, in quanto ad un tipico strumento quale il contratto (art. 1321 c.c.), che produce effetti soltanto tra le parti che vi hanno partecipato (art. 1372 c.c.), si viene ad attribuire un'efficacia *erga omnes*, ossia valida verso tutti, a seguito del trasferimento o della costituzione del diritto reale. Sorge, quindi, in questi casi una esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi e, sopra tutto, di certezza del diritto e di sicurezza dei traffici, che, con riguardo ai beni mobili, trova la sua soluzione nel principio del *"possessione vale titolo"* codificato nell'art. 1153 c.c., che tutela l'acquisto *a non domino*; mentre per i beni immobili ed i mobili registrati, questa esigenza è soddisfatta dall'istituto della trascrizione di cui agli artt. 2643 ss. c.c.. Infatti, l'opponibilità *"non è un automatico portato dell'assolutezza dei diritti reali, ma è variamente regolata e graduata nel nostro ordinamento in relazione all'istituto della trascrizione, per gli immobili ed i mobili registrati, e del possesso, per i beni mobili"* (l'affermazione è di SANTORO PASSARELLI ed è riportata da GAZZONI, op. cit. p. 8).

Da quanto precede, emerge che funzione primaria ed essenziale della trascrizione non è quella di rendere pubblici determinati atti (tesi questa sostenuta da PUGLIATTI), ma di prevenire e risolvere le controversie che possono sorgere in sede di circolazione dei beni immobili e dei mobili registrati (tesi quest'ultima sostenuta da NICOLO' ed ora da GAZZONI, in op. cit.).

Infatti, se si considerano gli *"effetti della trascrizione"* sanciti dall'art. 2644 c.c., si può condividere l'opinione di chi sostiene che *"la trascrizione ha la funzione di far prevalere un titolo su di un altro, con esso incompatibile, ma non è fonte di un diritto autonomo, diverso da quello dell'autore dell'atto di disposizione; risolve cioè ... un conflitto fra titoli, ma non fra diritti, come avviene invece in applicazione della regola possesso vale titolo"*

Funzione primaria ed essenziale della trascrizione non è quella di rendere pubblici determinati atti ma di prevenire e risolvere le controversie che possono sorgere in sede di circolazione dei beni immobili e dei mobili registrati.

lo, che fa acquistare all'acquirente di un bene mobile un diritto nuovo ed indipendente che estingue quello dell'attuale titolare, chiunque esso sia" (NICOLO', op. cit, p. 119; tesi sostenuta anche da GAZZONI, cit, p. 104, il quale parla di "congegno legale di risoluzione del primo acquisto").

Questo assunto è stato accolto dalla S. C. (Cass., Sez. 2° Civ., 25 agosto 1994, n. 7512, in *Giust Civ*, 1995, I, p. 3113, con nota di MONTECHIARI) la quale ha stabilito che: *"La omessa trascrizione del titolo di acquisto della proprietà di un bene in capo all'acquirente non influisce sul diritto di questo e sui poteri di disposizione che da tale diritto a lui conseguono e non pregiudica, quindi, la validità ed efficacia del contratto preliminare di compravendita di detto bene dallo stesso stipulato nè impedisce l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto proposta nei suoi confronti dal promittente compratore ai sensi dell'art. 2932 c.c., ancorché il bene risulti alienato, con atto anteriormente trascritto, da un terzo che non ne sia proprietario all'atto di trasferimento, atteso che nella suddetta ipotesi di conflitto tra un acquisto "a domino" e un acquisto "a non domino" dello stesso bene, non opera l'istituto della trascrizione, la cui funzione non è quella di sanare i vizi dell'atto negoziale trascritto, ma quello di risolvere il conflitto tra diversi acquirenti del bene dal medesimo titolare"*.

In questa massima, si riscontra altresì il corollario secondo il quale *"la trascrizione dà all'acquirente una tutela meramente relativa, non assoluta, in quanto gli consente di prevalere nei confronti di ogni altro acquirente dallo stesso autore, ma non nei confronti degli acquirenti da chi si dimostri di essere il vero titolare del diritto acquistato"* (cfr. NICOLO', op. cit, p. 120).

Tutto ciò è coerente con quanto già enunciato, secondo cui la trascrizione è essenzialmente pubblicità - notizia, che nulla aggiunge alla situazione giuridica posta in essere, ma si limita a divulgarla (cfr. GAZZONI, op. cit, p. 74).

La trascrizione è essenzialmente pubblicità-notizia, che nulla aggiunge alla situazione giuridica posta in essere, ma si limita a divulgarla.



3. LA TASSATIVITA' DEGLI ATTI SOGGETTI A TRASCRIZIONE

L'art. 2643 c.c. contiene l'elenco tassativo degli atti soggetti a trascrizione.

E' facile rilevare una certa coincidenza tra gli atti contemplati dall'art. 2643 c.c. e quelli dell'art. 1350 c.c. per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*. Attesa la differente funzione svolta dalle due norme, laddove la forma intende tutelare le parti, mentre la trascrizione è posta a tutela dei terzi, va evidenziato che, da un lato, gli atti per i quali la forma scritta è richiesta *ad substantiam* non sono solo quelli dell'art. 1350 c.c. ma anche, ai sensi dell'art. 117 tu. leggi bancarie (d. lgs. n. 385/93), i contratti bancari e finanziari, che non sono compresi nell'art. 2643; e, dall'altro, che se vi è una coincidenza con riguardo al contenuto degli atti che devono farsi per iscritto, ai sensi dell'art. 1350, con quelli che devono essere trascritti, ai sensi dell'art. 2643, vi è una completa difformità per quanto riguarda il titolo richiesto per la trascrizione, che deve necessariamente essere contenuto, ai sensi dell'art. 2657 c.c., in una sentenza, in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente.

Il problema della tassatività o meno degli atti soggetti a trascrizione era molto sentito sotto la vigenza del vecchio codice del 1865 e partiva essenzialmente dall'erronea convinzione che oggetto della trascrizione fosse l'atto giuridico.

Il codice attuale, pur mantenendo un "sistema chiuso" degli atti soggetti a trascrizione con efficacia tipica ha previsto, mediante l'inserimento dell'art. 2645 c.c., considerata norma di chiusura del sistema, la possibilità di trascrivere anche atti non espressamente menzionati dalla legge, a condizione però che producano gli stessi effetti degli atti elencati nell'art. 2643 c.c..

Ciò non ha cambiato la natura della trascrizione, che resta sempre un istituto di *ius singulare* insuscettibile di applicazione analogica, ma ne ha mutato l'oggetto, posto che la tassatività non deve essere riferita agli atti

da trascrivere, bensì all'ambito delle "modificazioni giuridiche" da rendere pubbliche (cfr. L. FERRI, op. cit., p. 63), ovvero degli effetti che gli atti producono, "nel senso che il criterio, per stabilire quali atti vadano trascritti e quali no, si è spostato dalla considerazione della natura e dallo schema causale dell'atto alla considerazione degli effetti che produce, sostituendosi in definitiva al principio della tassatività degli atti quello della tassatività degli effetti" (NICOLO', op. cit., p. 122).

Il minimo comune denominatore che caratterizza gli atti elencati nell'art. 2643 c.c. è rappresentato dal trasferimento o dalla costituzione di diritti reali immobiliari e tale elencazione è fondamentale per la individuazione degli effetti che tali atti producono.

Pertanto, ai sensi dell'art. 2645 c.c., quando ci si trova in presenza di effetti identici a quelli prodotti dagli atti elencati nell'art. 2643, si può procedere alla trascrizione dell'atto che gli ha dato origine qualunque sia la sua natura, sempre che siano rispettati i requisiti formali posti dall'art. 2657 c.c. (cfr.: NICOLO', cit., p. 145; L. FERRI, cit., p. 171).

La norma dell'art. 2645 c.c. parla espressamente di "ogni altro atto o provvedimento", per cui vi è la fondata tendenza ad escludervi i contratti. Infatti, secondo GAZZONI (op. cit., p. 596) "l'art. 2645 avrebbe potuto non essere dettato solo che, a fianco del contratto, l'art. 2643 avesse previsto ai nn. 1-2-3-4-8-10-12 anche gli atti e provvedimenti, i quali non a caso figurano nell'elenco con riferimento alla produzione di altri effetti".

Questo Autore, discostandosi in parte dalla precedente dottrina, ritiene che la clausola generale o norma di chiusura contenuta nell'art. 2645 non riguarda gli effetti, ma la natura e la struttura degli atti: "poiché tali atti hanno riguardo, sul piano dell'efficacia, ai contratti di cui all'art. 2643, se ne

Il codice attuale, pur mantenendo un "sistema chiuso" degli atti soggetti a trascrizione con efficacia tipica ha previsto, mediante l'inserimento dell'art. 2645 c.c., considerata norma di chiusura del sistema, la possibilità di trascrivere anche atti non espressamente menzionati dalla legge, a condizione però che producano gli stessi effetti degli atti elencati nell'art. 2643 c.c.



deve dedurre che essi non possono, a loro volta, identificarsi in fattispecie contrattuali” (GAZZONI, op. cit., p. 597).

Se così non fosse la norma sarebbe contraddittoria, in quanto non ci sarebbe stato bisogno di inserire l'art. 2645 c.c., poiché sarebbe stato sufficiente attribuire una portata generale, e dunque suscettibile di applicazione analogica, alla elencazione dell'art. 2643.

4. LA TRASCRIZIONE DELLA LOCAZIONE ULTRANOVENNALE

Tra gli atti soggetti a trascrizione il legislatore ha incluso anche i contratti che hanno ad oggetto diritti personali di godimento, quali, ad esempio, la locazione immobiliare (art. 1571 e seg. c.c.) e l'anticresi (l'art. 1960 c.c. definisce l'anticresi come *"il contratto col quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché il creditore ne percepisca i frutti, imputandoli agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale"*).

La *ratio* di questa scelta deve essere cercata nel fatto che pur non trattandosi di contratti che trasferiscono o modificano diritti reali, anche se parte della dottrina sembra orientata a riconoscere ad alcuni di questi una certa realtà (GIORGIANNI), si tratta comunque di contratti che trasferiscono diritti che in determinati casi costituiscono una forte limitazione del diritto di proprietà, diminuendo il valore economico del bene, per cui il legislatore ha ritenuto che devono essere portati a conoscenza dei terzi mediante la loro trascrizione.

Pertanto, il n. 8 dell'art. 2643 c.c. prevede la trascrizione dei contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni.

E' opportuno analizzare brevemente tale disposizione, in quanto in base alla erronea convinzione di una sua estensione analogica alla fattispecie della locazione finanziaria immobiliare, si ritiene di poter procedere alla trascrizione anche di questi ultimi contratti quando hanno una durata superiore ai nove anni.

All'interno della disciplina della trascrizione, che si è visto avere natura di *ius singulare*, il n. 8 dell'art. 2643 presenta caratteristiche ancora più particolari rispetto alle altre previsioni nel medesimo contenute, presentando notevoli differenze che emergono essenzialmente sul piano degli effetti che la trascrizione dovrebbe produrre ai sensi dell'art. 2644 c.c..

Quest'ultima norma dispone che gli atti enunciati nell'art. 2643 c.c. non sono opponibili ai terzi se non sono stati trascritti anteriormente agli atti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti che i terzi vantano sul medesimo immobile; ed al 2° comma sancisce il principio inverso,



stabilendo che la trascrizione è opponibile anche al primo acquirente dal medesimo dante causa che non abbia trascritto il proprio titolo o l'abbia trascritto successivamente.

Con riguardo alla locazione, in aggiunta alla previsione del n. 8, il codice civile appresta, nell'art. 1599, norma di diritto sostanziale, un *regime speciale di opponibilità*, stabilendo che il contratto di locazione è opponibile al terzo acquirente se ha data certa anteriore all'alienazione della cosa locata.

Il 3° comma di tale articolo contempera il principio contenuto nel 1° comma sancendo che: *"Le locazioni di beni immobili non trascritte non sono opponibili al terzo acquirente, se non nei limiti di un novennio dall'inizio della locazione"*.

Dal combinato disposto, quindi, dell'art. 1599 c.c. con il n. 8 dell'art. 2643 c.c. emerge che la trascrizione della locazione ultranovennale serve soltanto per opporre ai terzi una durata superiore al novennio, in quanto al di sotto di tale termine è sufficiente il solo requisito della data certa.

Va però sottolineato che in questi casi la trascrizione non si sostituisce al requisito della data certa, ma si aggiunge ad esso in virtù del disposto contenuto nel 1° comma dell'art. 1599, in quanto la data certa della locazione deve necessariamente precedere la data dell'alienazione dell'immobile ai fini della sua opponibilità. Pertanto, la trascrizione della locazione ultranovennale trascritta prima dell'acquisto del terzo ma stipulata successivamente al medesimo acquisto non è opponibile al terzo acquirente (cfr. GAZZONI, op. cit, p. 249).

Da quanto precede si evince che in questi casi la trascrizione non produce tutti gli effetti di cui all'art. 2644, sopra tutto di quelli previsti al 2° comma; non solo, ma il difetto di trascrizione, come si è visto, non elimina l'opponibilità infranovennale del contratto di fronte ai terzi, ma comporta soltanto la c.d. riduzione della locazione entro il novennio. Infatti, il legislatore, nel sancire il principio *emptio non tollit locatum*, ossia il principio secondo cui il successivo trasferimento dell'immobile non rende inefficace la locazione dello stesso, ha voluto tutelare le ragioni del proprietario terzo acquirente al quale, se da un lato è opponibile la locazione, dall'altro gli spetta, ai sensi dell'art. 1602, il diritto a percepirne i frutti fin dal giorno dell'acquisto.

Questo diverso regime di opponibilità che distingue i diritti reali dalla

locazione e dagli altri diritti relativi (v. in via generale l'art. 1380 c.c. che disciplina il conflitto tra più diritti personali di godimento) denota un "regime promiscuo" di opponibilità (l'espressione è di GAZZONI, cit., p. 247), nel quale, secondo tale dottrina, la trascrizione svolge un importante ruolo, ma non sempre in via esclusiva.

Da quanto precede è facile, oltre che pacifico, trarre la conclusione sulla portata eccezionale delle disposizioni in materia di trascrizione e soprattutto, all'interno di queste, del n. 8 dell'art. 2643 c.c. sulla trascrizione della locazione ultranovennale, con la conseguenza di ritenere inapplicabile tale disposizione alle fattispecie diverse da quella espressamente considerata. Pertanto, la locazione finanziaria immobiliare ultranovennale essendo una fattispecie diversa dalla locazione ordinaria non è soggetta all'onere della trascrizione.

Pertanto, la locazione finanziaria immobiliare ultranovennale essendo una fattispecie diversa dalla locazione ordinaria non è soggetta all'onere della trascrizione.



5. LA TRASCRIZIONE DEL PRELIMINARE: L'ART. 2645-BIS C.C.

Stante la tassatività delle fattispecie e degli effetti della trascrizione, la dottrina ha sempre escluso la trascrivibilità del contratto preliminare in quanto non produce effetti traslativi (cfr. per tutti GAZZONI, cit., p. 350), facendo però salvo un preciso intervento legislativo che lo preveda espressamente. Intervento che è appunto avvenuto ad opera dell'art. 3 del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669 convertito, con modificazioni, con la legge 28 febbraio 1997, n. 30, che ha definitivamente introdotto l'art. 2645-bis nel codice civile, che prevede appunto la *"Trascrizione dei contratti preliminari"*.

Il 1° comma dell'art. 2645-bis c.c. dispone che devono essere trascritti, se risultano da atto pubblico o da scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente, i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri da 1) a 4) dell'art. 2643 c.c., anche se sottoposti a condizione o relativi ad edifici da costruire o in corso di costruzione.

La formulazione inizialmente introdotta dal d.l. n. 669/96 si limitava a stabilire che i contratti preliminari possono essere trascritti; in sede di conversione si è invece preferito uniformarsi al dettato codicistico, sostituendo al *"possono"* l'attuale *"devono"*.

In ogni caso la trascrizione del preliminare, così come la trascrizione di una delle fattispecie di cui agli artt. 2643 e 2645 c.c., nonostante l'uso del verbo *"dovere"*, non è obbligatoria per le parti, costituendo un semplice onere, nel senso che sono necessarie al solo fine di ottenere il risultato di produrre gli effetti indicati dall'art. 2644 c.c. relativi alla opponibilità degli atti trascritti ai terzi che vantano analoghi diritti sul medesimo

La trascrizione del preliminare, così come la trascrizione di una delle fattispecie di cui agli artt. 2643 e 2645 c.c., nonostante l'uso del verbo "dovere", non è obbligatoria per le parti, costituendo un semplice onere.

bene. E' fatto salvo il caso in cui l'atto soggetto a trascrizione assume la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, in quanto il notaio o il pubblico ufficiale che redige l'atto o interviene per l'autentica della scrittura privata è obbligato, ai sensi dell'art. 2671 c.c., a provvedere alla relativa trascrizione nel più breve tempo possibile, essendo tenuto al risarcimento dei danni in caso di ritardo.

La trascrizione del preliminare comporta la prevalenza della successiva trascrizione del contratto definitivo, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere la sua esecuzione in forma specifica, sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

Gli effetti della trascrizione del preliminare cessano *ex tunc*, se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione del predetto preliminare, non sia stata eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che comunque costituisce esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'art. 2652, 1° comma, n. 2), c.c. (esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre).

Nel caso di edifici da costruire o in corso di costruzione, i contratti preliminari, per essere trascritti, devono indicare la superficie utile della porzione di edificio e la quota di diritto spettante al promissario acquirente relativo all'intero edificio espressa in millesimi.

Non appena l'edificio viene ad esistenza, gli effetti della trascrizione si producono rispetto alle porzioni materiali corrispondenti alle quote di proprietà predeterminate, nonché alle relative parti comuni.

Si considera esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e sia stata completata la copertura.

6. LA LOCAZIONE FINANZIARIA IMMOBILIARE

Nella locazione finanziaria immobiliare il concedente si impegna ad acquistare o "a far costruire" un immobile su indicazione del locatario-conduttore (utilizzatore), per poi concederglielo in uso dietro pagamento di un canone e con la possibilità, al termine del contratto, di esercitare l'opzione finale di acquisto.

Pur avendo in comune col *leasing* mobiliare la funzione di finanziamento e la struttura trilaterale, la locazione finanziaria immobiliare presenta talune differenze. Prima fra tutte è l'importo dell'opzione finale di acquisto, che nel "mobiliare" è minimo (oscilla generalmente dall'1% al 5% del costo iniziale del bene a causa della sua rapida obsolescenza), mentre nel *leasing* immobiliare è più elevato, sia per la lenta obsolescenza a cui sono sottoposti i beni immobili, sia a causa della loro rivalutazione nel tempo.

Infatti, mentre la durata del *leasing* mobiliare è relativamente breve, essendo correlata alla vita economica del bene, la durata del *leasing* immobiliare è più lunga, ed è calcolata secondo criteri puramente finanziari, trattandosi di beni durevoli. Per motivi di deducibilità fiscale non è mai inferiore agli otto anni.

Se si tratta di immobili già esistenti, l'operazione si svolge come una normalissima operazione di locazione finanziaria, ove il proprietario dell'immobile è il fornitore del bene. I problemi, invece, sorgono quando l'immobile non esiste ma deve essere fatto costruire dalla società di *leasing*. In questo caso al contratto di compravendita fra società di *leasing* e fornitore, si sostituisce un contratto di appalto, e il fornitore del bene sarà l'appaltatore.

Riportando tali fattispecie nel contesto della disciplina della trascrizione, così come integrata dall'art. 3 del d.l. n. 669/96, convertito con modificazioni dalla Legge n. 30/97, che ha introdotto, tra l'altro, l'art. 2645-*bis* c.c., prevedendo la trascrivibilità del preliminare, si pongono le seguenti problematiche:

1. trascrivibilità del preliminare di vendita dell'immobile da concedere in locazione finanziaria;

2. trascrivibilità della locazione finanziaria immobiliare di durata ultrannuale;
3. trascrivibilità dell'opzione finale di acquisto dell'immobile oggetto della locazione finanziaria.
4. trascrivibilità del preliminare di locazione finanziaria immobiliare;
5. trascrivibilità del lease-back immobiliare.

6.1 Trascrivibilità del preliminare di vendita dell'immobile da concedere in locazione finanziaria

A seguito della stipula del contratto di locazione finanziaria sorge per la società concedente l'obbligo di acquistare il bene indicatogli dall'utilizzatore. Se questo bene già esiste, l'intermediario finanziario può subito procedere al suo acquisto ed al momento della consegna all'utilizzatore far decorrere il rapporto di *leasing*.

In questi casi è rarissimo il ricorso alla stipula di un preliminare, stante la contestualità tra la stipula della locazione finanziaria e l'acquisto dell'immobile dal venditore. Comunque, se si dovesse procedere alla sottoscrizione di un preliminare di acquisto e questo dovesse avere i requisiti di forma richiesti dall'art. 2657 c.c., ossia la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, nulla osta alla sua trascrivibilità nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c., stante la prodromicità alla stipula di un contratto definitivo che trasferisce la proprietà di un immobile ai sensi del n. 1 dell'art. 2643.

Può invece accadere che l'immobile sia già stato promesso in vendita all'utilizzatore. In questo caso, la società concedente, se è ancora lontano il termine per la stipula del contratto definitivo, può avere interesse a subentrare nel preliminare in luogo dell'utilizzatore, mediante una cessione del preliminare di acquisto in cui è parte pure il promittente venditore, e quindi provvedere ad una nuova trascrizione a proprio nome.

Se l'immobile non esiste o ha bisogno di essere ristrutturato, la loca-



zione finanziaria resta sospesa fino a quando l'opera non sarà edificata o la ristrutturazione non sarà terminata. Anche in questi casi il ricorso al preliminare di vendita è raro e potrà aversi solo nei casi in cui:

- la società concedente rinunci a stipulare il contratto di appalto e faccia costruire o ristrutturare l'immobile direttamente ad un'impresa costruttrice o dal venditore con cui stipula un preliminare avente ad oggetto la vendita di cosa futura; ovvero
- quando l'acquisto riguarda un immobile che l'impresa costruttrice sta edificando in proprio e non in forza di un accordo concluso con la società di leasing.

Fatti salvi i requisiti di forma, anche in questi casi si può procedere alla trascrizione del preliminare ai sensi dell'art. 2645-*bis* che, come è noto, prevede anche la fattispecie dei fabbricati da costruire o in corso di costruzione.

In entrambe le ipotesi si deve accertare se l'intermediario finanziario ha interesse a trascrivere il preliminare, in quanto secondo lo schema contrattuale generalmente adottato l'utilizzatore partecipa anche alle pattuizioni delle quali non è parte sostanziale, come la compravendita, e quindi anche al preliminare; non solo, ma avendo scelto il tipo di bene ed indicato il relativo fornitore-venditore, l'utilizzatore, ai sensi dell'art. 1381 c.c., promette il fatto del terzo, per cui è responsabile nei confronti della società di leasing dell'eventuale inadempimento del fornitore.

Il coinvolgimento dell'utilizzatore nell'adempimento del fornitore può far ritenere alla società di leasing superflua l'eventuale trascrizione del preliminare di vendita, in quanto in caso di alienazione dell'immobile a terzi da parte del promissario venditore la responsabilità, ai sensi dell'art. 1381 c.c., ricadrebbe sull'utilizzatore, al quale, in funzione del legame di dipendenza tra la compravendita ed il leasing, spetterebbe l'azione di cui all'art. 2932 c.c.

Ferma restando la completa legalità ed efficacia della ripartizione di responsabilità sopra vista, si deve però ritenere che l'introduzione nell'ordinamento giuridico della previsione della trascrivibilità del preliminare, in combinato disposto con gli artt. 1175 e 1375 c.c., possa, in un certo senso, aver aggravato l'obbligazione principale del concedente di acquistare il bene dal fornitore, imponendogli di porre in essere tutti gli accorgimenti legali possibili consentiti dall'ordinamento affinché si addiunga alla definitiva acquisizione del bene da concedere in locazione

finanziaria, inclusa la trascrizione dell'eventuale preliminare di vendita.

Pertanto, qualora il promissario venditore abbia fraudolentemente alienato l'immobile a terzi, l'omessa trascrizione del preliminare di vendita nei casi previsti dall'art. 2645-bis c.c., può costituire una violazione delle regole sulla correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, che devono in ogni momento ispirare l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto. In questi casi, l'eventuale responsabilità contrattuale del concedente andrà temperata con quella dell'utilizzatore che aveva promesso il fatto del terzo.

In conclusione, nei casi in cui si stipula un preliminare per l'acquisto dell'immobile che formerà oggetto della locazione finanziaria, si ritiene opportuno procedere alla sua trascrizione ai sensi dell'art. 2645-bis c.c., a meno di non avere in precedenza pattuito con il futuro utilizzatore un espresso esonero della concedente dall'onere della trascrizione del predetto preliminare.

Nei casi in cui si stipula un preliminare per l'acquisto dell'immobile che formerà oggetto della locazione finanziaria, si ritiene opportuno procedere alla sua trascrizione ai sensi dell'art. 2645-bis c.c., a meno di non avere in precedenza pattuito con il futuro utilizzatore un espresso esonero della concedente dall'onere della trascrizione del predetto preliminare.

6.2 Trascrivibilità della locazione finanziaria immobiliare di durata ultranovennale

Stante la tassatività delle previsioni contenute nell'art. 2643 c.c., non si ritiene possibile un'estensione analogica del n. 8 alla locazione finanziaria di durata ultranovennale; né tanto meno si può ritenere trascrivibile la locazione finanziaria immobiliare di durata ultranovennale in base all'art. 2645 c.c., in quanto produttrice di "taluno degli effetti dei contratti



menzionati nell'art. 2643", in quanto ciò è escluso per una serie di ragioni che di seguito si espongono.

Innanzitutto, perché la locazione finanziaria è un contratto, mentre l'art. 2645 c.c., come si è visto, si riferisce ad ogni "altro atto o provvedimento che produce ... taluno degli effetti dei contratti ..."; in secondo luogo perché dalla locazione finanziaria non scaturiscono effetti reali, ma solo obbligatori; infine, perché avendo una causa di finanziamento non è possibile ravvisare nella locazione finanziaria quella realtà che caratterizza invece la locazione ultranovennale, nella quale il godimento del bene da parte del locatario attenua il diritto del proprietario locatore (cfr. in tal senso GAZZONI, cit, p. 675 ss.; a conferma di questo assunto, si fa rilevare che il prof. Schlesinger nel d.d.l. sulla locazione finanziaria, elaborato nel 1980 per conto dell'A.B.I., aveva espressamente previsto l'aggiunta del n. 8-bis all'art. 2643 c.c. al fine di poter trascrivere i contratti di *leasing* immobiliare di durata ultranovennale; ritiene invece trascrivibile l'operazione di locazione finanziaria immobiliare ultranovennale: R. CLARIZIA, *La locazione finanziaria*, Torino, 1996, p. 281).

A questo riguardo si fa notare che il conservatore dei registri immobiliari può anche ricevere e trascrivere un contratto non espressamente previsto nell'elenco di cui all'art. 2643 c.c., né che rientri tra gli atti altri soggetti a trascrizione ai sensi dell'art. 2645 c.c., solo che in questi casi, nonostante l'avvenuta trascrizione questa non produce nessun effetto, né tanto meno gli effetti previsti dall'art. 2644 c.c., per cui è del tutto inutile. Da quanto precede, però, non si deve trarre l'erronea convinzione che, in assenza di un regime di pubblicità legale, dalla locazione finanziaria o da altri rapporti di natura obbligatoria possano sorgere continui conflitti tra più utilizzatori dello stesso bene, poiché per dare certezza ai diritti personali di godimento, il legislatore ha introdotto il principio generale, codificato nell'art. 1380 c.c., in base al quale il conflitto viene risolto a favore del contraente che per primo ha conseguito il godimento (1° comma), ovvero, se nessuno l'ha conseguito, è preferito quello che ha il titolo di data certa anteriore.

Non essendo applicabile l'art. 1599 c.c., che è norma eccezionale, né tanto meno l'art. 2643 n. 8 c.c., l'opponibilità del diritto personale di godimento ai sensi dell'art. 1380 non ha limiti di durata, pertanto anche la locazione finanziaria ultra o infranovennale avente data certa può essere opponibile dall'utilizzatore ai terzi che vantano un analogo diritto per-

sonale di godimento.

Al riguardo, sorge un'importante questione, se l'opponibilità riguarda l'intero contenuto contrattuale e, quindi, anche la proposta irrevocabile contenuta nell'opzione finale di acquisto e se questa sia opponibile anche al terzo acquirente che, nel corso della locazione finanziaria, abbia trascritto il proprio acquisto.

Anche con riguardo a quest'ultime ipotesi la risposta deve essere affermativa in entrambi i casi prospettati.

Infatti, in merito all'opponibilità dell'opzione nella locazione finanziaria, si può invocare l'ulteriore principio contenuto nell'art. 1602 c.c., che a ragione può trovare applicazione anche nel caso di specie, per cui: *"Il terzo acquirente tenuto a rispettare la locazione subentra, dal giorno del suo acquisto, nei diritti e nelle obbligazioni derivanti dal contratto di locazione"*.

Da ciò emerge che è un preciso onere di chi acquista un immobile interessarsi non solo alla legittima titolarità del venditore, ma anche sullo stato di fatto e di diritto in cui il bene si trova e, dunque, sul perché il bene eventualmente non si trovi nelle disponibilità del venditore ed a quale titolo sia detenuto o posseduto dal terzo.

Si è già detto che è una precisa scelta del legislatore assicurare la certezza del diritto non solo attraverso la trascrizione ma anche attraverso la richiesta della diligenza del buon padre di famiglia. Infatti, può aversi in questi casi un conflitto tra la facoltà dell'opzionario e la buona fede del terzo acquirente. Si ritiene che tale conflitto debba risolversi sempre in favore del primo, in quanto se la buona fede del terzo dipende da sua negligenza, ravvisandovi una colpa, questa non trova tutela nella legge; se invece dipende da errore, e questo è essenziale (art. 1429 c.c.) e riconoscibile (art. 1431 c.c.), il terzo può ottenere l'annullamento della compravendita, ferma in ogni caso la responsabilità della società concedente la quale, in forza della promessa unilaterale contenuta nell'opzione finale di acquisto, ha l'obbligo di non disporre del bene fino a quando l'utilizzatore adempiente non abbia manifestato la volontà di acquistarlo o meno.

Se invece il trasferimento dell'immobile concesso in locazione finanziaria deriva da una cessione del contratto, il problema del conflitto non si dovrebbe porre stante la disposizione dell'art. 1409 c.c., che disciplina i rapporti tra il contraente ceduto ed il cessionario.



Una previsione analoga a quella dell'art. 1380 c.c., ma tendente a tutelare interessi diametralmente opposti nell'ambito della circolazione dei beni mobili, anziché dei diritti personali di godimento, è contenuta nel 1° comma dell'art. 1524 c.c., che rende opponibile ai creditori del compratore la riserva di proprietà del venditore contenuta in un atto scritto avente data certa anteriore a quella del pignoramento.

6.3 Trascrivibilità dell'opzione finale di acquisto dell'immobile oggetto della locazione finanziaria

Si sarebbe potuto supportare la tesi della trascrivibilità della locazione finanziaria immobiliare sostenendo che tale rapporto è produttivo di effetti reali a seguito della presenza dell'opzione finale di acquisto; ma anche sotto questo profilo la conclusione deve essere negativa, perché è infondata la premessa.

"L'opzione è il contratto preparatorio che attribuisce ad una parte (opzionario) il diritto di costituire il rapporto contrattuale finale mediante una propria dichiarazione di volontà" (BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1991, p. 267).

L'art. 1331 c.c. considera l'opzione una proposta irrevocabile, attribuendole di conseguenza gli effetti previsti dall'art. 1329 c.c.

La dottrina è solita ravvisare nell'opzione due diversi accordi: l'uno relativo all'attribuzione della facoltà di opzione, l'altro relativo all'affare principale, che è poi il contenuto della proposta irrevocabile (cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. al c.c.*, UTET, Torino, 1980, p. 82).

Anche a seguito dell'assimilazione tra contratto di opzione e contratto principale, in assenza di un'espressa previsione normativa, si deve escludere la trascrivibilità dell'opzione avente ad oggetto il trasferimento di un immobile, in quanto è chiaro che l'accordo che attribuisce la facoltà di opzione non opera alcun trasferimento, producendo soltanto effetti

obbligatori (cfr. MIRABELLI, op. cit., p. 85; NICOLO', cit. p. 125; GAZZONI, cit., p. 350 e seg. e p. 679).

Giusto corollario enunciato dalla giurisprudenza (cfr. Cass., sez. II civ., 13 dicembre 1994, n. 10649, in *Mass.*, 1994) è quello che per poter effettuare il trasferimento oggetto della proposta contenuta nel patto di opzione è necessario che questa abbia i requisiti di forma richiesti per legge, quali, ad esempio, la forma scritta se si tratta di immobili.

Ciò premesso, si può concludere che oltre alla intrascrivibilità del solo patto di opzione, non può nemmeno trascriversi il contratto di locazione finanziaria in quanto gli ipotizzati effetti reali sono inesistenti, posto che se *"in termini economici... l'esercizio dell'opzione potrà anche essere atto inevitabile, ma certo in termini giuridici esso non lo è"* (così GAZZONI, cit., p. 678).

6.4 Trascrivibilità del preliminare di locazione finanziaria immobiliare

Si tratta di un'ipotesi molto marginale, utilizzata da alcune società per le operazioni che hanno ad oggetto gli immobili da costruire; serve essenzialmente ad eliminare il c.d. periodo di prelocazione, che altrimenti decorrerebbe dalla stipula del contratto definitivo fino alla consegna del bene da parte dell'appaltatore, momento in cui ha inizio la locazione finanziaria vera e propria.

Ai sensi dell'art. 1351 c.c. *"Il contratto preliminare è nullo, se non è fatto nella stessa forma del contratto definitivo"*. Anche in questo caso bisogna rilevare che il contratto preliminare produce esclusivamente effetti obbligatori, in quanto da esso sorge soltanto un obbligo per le parti di porre in essere il contratto definitivo. L'inserimento dell'art. 2645-bis c.c. peraltro non ha innovato l'istituto della trascrizione così come è disciplinata nell'ordinamento. Di tanto se ne dà atto nella stessa relazione parlamentare che ha accompagnato la presentazione del decreto-legge n. 669/96, nella quale si legge che *"la trascrizione del preliminare non opera autonomamente rispetto al momento della pubblicità del definiti-*



vo, ma determina una sorta di prenotazione, che varrà ai fini della pubblicità soltanto nel momento in cui l'intera vicenda traslativa, nella completezza degli effetti reali, si sarà verificata".

La previsione della trascrivibilità del preliminare ha, quindi, soltanto una funzione di prenotazione in visione del trasferimento definitivo, al fine di concedere un'ulteriore tutela, oltre quella dell'art. 2932 c.c., al promissario acquirente nei confronti del promissario venditore che fraudolentemente alieni l'immobile a terzi. Pertanto, stante il disposto dell'art. 2645-bis, questa funzione di prenotazione può essere svolta soltanto per i preliminari dei contratti che hanno ad oggetto il trasferimento di immobili o la costituzione o modificazione di diritti reali ai sensi dei numeri da 1 a 4 dell'art. 2643 c.c.. Da ciò emerge che, stante la tassatività di tale disposizione, limitata oltretutto ad una parte soltanto dell'elencazione contenuta nell'art. 2643, il preliminare di un contratto di locazione finanziaria immobiliare non può essere trascritto, posto che tale contratto non è incluso tra quelli espressamente richiamati né tanto meno produce effetti traslativi.

6.5 Trascrivibilità del lease-back immobiliare

L'operazione di *sale and lease-back* o locazione finanziaria di ritorno è quella particolare operazione di locazione finanziaria nella quale il fornitore del bene assume anche la veste di utilizzatore. Anche in questo caso vi è una doppia pattuizione: la compravendita tra fornitore e società concedente ed il contratto di locazione finanziaria tra società concedente ed utilizzatore, che nel caso di specie è, appunto, lo stesso fornitore del bene. Posto che non si pongono dubbi sulla trascrivibilità della compravendita, se questa ha ad oggetto un immobile od un mobile registrato ed assume la forma di cui all'art. 2657 c.c., si deve, al contrario, escludere la trascrivibilità del sottostante contratto di lease-back, in quanto questo non è produttivo di effetti reali, trattandosi di un normalissimo contratto di locazione finanziaria con funzione di finanziamento, rappresentata dallo smobilizzo dei beni produttivi che però rimangono nella



sfera di utilizzo dell'imprenditore mediante il c.d. *leasing* di ritorno. Né si può ritenere di sussumere tale fattispecie nell'ambito della vendita con patto di riscatto, in quanto tale trascrivibile, posto che, come si è già detto, gli effetti prodotti da tale contratto sono di natura obbligatoria, rappresentando l'opzione finale di acquisto soltanto una promessa unilaterale insufficiente da sola a trasferire la proprietà dell'immobile. Non si ritiene, pertanto, di condividere la tesi di chi come GAZZONI (op. cit., p. 681), forse fuorviato da una costruzione unitaria dell'intera operazione di *"sale" and lease-back*, opta per la sua trascrivibilità.



