

Studio n. 2-2011/E

Vincoli opponibili nelle procedure esecutive: la locazione di immobili Rassegna di casi e questioni

Approvato dal Gruppo di Studio sulle Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate l'11 marzo 2011

Sommario: 1. *Emptio non tollit locatum*: differenze tra alienazione volontaria e vendita forzata; 2. Locazioni anteriori e successive al pignoramento; 3. Le singole condizioni di opponibilità della locazione anteriore. Data certa; 4. (Segue). Locazioni ultra-novennali; 5. (Segue). Detenzione anteriore dell'immobile locato: fattispecie e prova; 6. La detenzione anteriore dell'abitazione al vaglio della legge n. 431. Onere di forma scritta, locazione di fatto e azione di riconduzione ex art. 13 co. 5; 7. (Segue). Ricadute degli artt. 1 e 13 legge n. 431 sull'applicazione dell'art. 2923 co. 4; 8. (Segue). Durata della locazione assistita da detenzione anteriore; 9. La rinnovazione della locazione in corso di esecuzione; 10. (Segue). L'azione di rilascio nei confronti dell'ex conduttore; 11. La redditività dell'immobile pignorato. Inopponibilità della locazione "a canone vile"; 12. (Segue). Anticipazioni di pagamento sui canoni a scadere.

1. *Emptio non tollit locatum*: differenze tra alienazione volontaria e vendita forzata.

L'art. 2923 c.c. ribadisce la generale applicabilità alla vendita forzata del classico principio *emptio non tollit locatum* (cfr. artt. 1599 e 1600 c.c.): l'avente causa dal locatore è tenuto a rispettare, entro i limiti segnati dalla legge, le locazioni precedentemente stipulate dal precedente proprietario (*id est* l'esecutato o un suo dante causa).

1.1. Salvo il fatto che il tempo rilevante è quello del pignoramento (*infra* § 2) e non dell'atto dispositivo, i criteri di opponibilità della locazione all'aggiudicatario rispecchiano quelli previsti dagli artt. 1599 e 1600 c.c. per la vendita di diritto comune: 1) data certa anteriore; 2) trascrizione anteriore della locazione di durata ultra-novennale; 3) in ultimo, detenzione anteriore dell'immobile qualora la scrittura non esista o sia sfornita di data certa anteriore.

1.2. Il regime della locazione anteriore nella vendita forzata si discosta però da quello previsto per il caso di alienazione volontaria sotto due profili salienti.

Primo, non è prevista (perché non richiamata dall'art. 2923 c.c.) "la possibilità che l'acquirente assuma, nei confronti dell'alienante, l'obbligo di rispettare la locazione" (art. 1599 ult. comma c.c.), visto che un tale patto è "del tutto inconciliabile con lo scopo della procedura

esecutiva, che è quello di realizzare il prezzo più alto nell'interesse tanto del debitore quanto dei creditori procedenti" ⁽¹⁾.

È quindi non influente il rinvio, contenuto nell'avviso di vendita o nel decreto di trasferimento allo "stato di fatto e di diritto dell'immobile". Neppure ha rilievo l'espressa menzione della locazione, nell'avviso di vendita o in perizia, che ha la funzione di rendere espliciti possibili oneri e limitazioni al godimento – evidentemente per fornire una miglior informativa al pubblico degli interessati ed evitare l'esperimento di una *quanti minoris* ex art. 1489 c.c. – ma "nulla aggiunge alla portata dei vincoli, che è quella prevista dalla legge" (in motivazione).

Secondo, l'aggiudicatario può disconoscere, come a lui inopponibile, la locazione (bensì anteriore al pignoramento ma) conclusa a canone vile, ossia inferiore di un terzo al "*giusto prezzo o a quello risultante da precedenti locazioni*" (*amplius*, § 11).

2. Locazioni anteriori e successive al pignoramento.

Per giudicare se la locazione è anteriore o successiva, agli effetti dell'opponibilità all'acquirente, non è rilevante il momento in cui la vendita forzata si compie ma, *more solito*, il tempo del pignoramento.

Così come è al pignoramento e non alla pronuncia del decreto di trasferimento che deve farsi riferimento per giudicare dell'opponibilità all'aggiudicatario degli atti di alienazione compiuti da colui che subisce l'espropriazione (art. 2913, 2914 c.c.) e delle domande giudiziali trascritte contro l'esecutato o degli atti che importano vincoli di indisponibilità (art. 2915 c.c.): ciò in quanto "*non sono opponibili all'acquirente i diritti acquistati da terzi sulla cosa, se i diritti stessi non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione*" (art. 2919 c.c.).

2.1. Occorre però registrare che gli artt. 2913 ss. c.c. (sez. I, "*Degli effetti del pignoramento*") si disinteressano di regolare l'inefficacia "*in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenuti nell'esecuzione*" della locazione stipulata dall'esecutato, trattandone esclusivamente, sotto il profilo (per vero marginale) dell'efficacia (o inefficacia) del patto di cessione o liberazione anticipata dei canoni non scaduti (art. 2918 c.c.).

Su questa scelta hanno pesato a mio modo di vedere due considerazioni. Primo, diversamente da atti dispositivi, domande giudiziali etc. il diritto del conduttore a insistere nel *godimento* dell'immobile locato non entra direttamente in conflitto con il potere espropriativo dei creditori, perché non toglie che la vendita forzata possa pur sempre compiersi e che essa abbia ad

oggetto la *proprietà*, ma implica soltanto che all'attribuzione all'acquirente dello *jus possidendi* non s'accompagni la *possessio materialis*, per tutta la durata in cui la locazione resta opponibile. Secondo, benché l'art. 560 c.p.c. (anche nel testo originario) prevedesse l'autorizzazione del G.E. affinché il debitore potesse continuare ad occupare l'immobile, è lecito dire che il codice di rito fino all'affermarsi delle *best practices* e poi alla riforma del 2005-2006, ha sottovalutato largamente la custodia dell'immobile pignorato e lo specifico profilo attinente alla liberazione anticipata dell'immobile come "ingranaggio del meccanismo della vendita forzata" ⁽²⁾ affinché la liquidazione dell'attivo pignorato si compia alle condizioni migliori. Tanto è vero che, quando i tribunali virtuosi iniziarono a ordinare la liberazione dell'immobile prima della vendita, al fine di presentarlo libero non a parole ma anche nei fatti, per dare un fondamento normativo alla loro iniziativa dovettero riscoprire un remoto precedente della Cassazione (del 1949) che attribuiva efficacia esecutiva all'ordinanza di surroga del custode (*amplius* § 10.3.) nel pignoramento mobiliare. Soltanto dopo la vendita, seguendo il c.c., esiste perciò materia di conflitto tra le due pretese antagoniste, del conduttore e dell'acquirente, entrambe aventi a oggetto il *godimento* dell'immobile: ed è probabilmente soltanto per questo motivo che al solo aggiudicatario si riferisce l'art. 2923 c.c.

Per contro, già prima della vendita, rientra nel diritto dei creditori l'acquisizione alla massa attiva dei frutti dell'immobile pignorato (art. 2912 c.c.) e ben si spiega dunque che quest'aspetto abbia ricevuto una distinta considerazione dal codice, non soltanto nella sez. II ("*Degli effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*", art. 2924 c.c.), ma anche nella sez. I.

2.2. Quali che fossero i pensieri riposti dei compilatori del 1942, questa lacuna è più apparente che di sostanza. Primo, giacché la locazione è inopponibile all'acquirente il G.E. può mettere legittimamente in vendita l'immobile come libero da diritti di godimento e per un prezzo corrispondente al valore della piena proprietà (salvi eventuali coefficienti correttivi di stimolo alla partecipazione), visto che l'aggiudicatario è munito del mezzo di eccezione per confutare la pretesa del conduttore a mantenere la detenzione del bene. Il che equivale a dire che l'art. 2923 c.c., pur se scritto nell'ottica di un futuro contenzioso tra acquirente e conduttore, ridonda però a vantaggio anche dei creditori: ossia che questi ultimi *non sono estranei* alla sfera di interessi tutelata dalla norma. Secondo, perché la ragione dell'inefficacia "in pregiudizio" della locazione successiva al pignoramento si rinviene *de plano* nell'art. 560 cpv. c.p.c.

Il pignoramento costituisce *ex lege* il debitore nell'ufficio (di diritto pubblico) di custode dell'immobile e dei suoi accessori, con conseguente interversione del potere di fatto *uti dominus*

esercitato dal debitore in possesso *juris publici*, nella veste di ausiliario del giudice e quindi nell'interesse della procedura⁽³⁾.

Il custode, chiunque egli sia, non può concedere in locazione l'immobile senza autorizzazione del giudice: *ergo* la locazione non autorizzata stipulata dal debitore dopo il pignoramento è inefficace⁽⁴⁾ nei confronti della procedura.

Le due norme, quella sostanziale dell'art. 2923 c.c. (condizioni di opponibilità all'acquirente della locazione anteriore) e quella processuale (inefficacia della locazione successiva non autorizzata), quindi si compenetrano – almeno ai fini che ne occupano – restituendo una *regula juris* tendenzialmente omogenea a quella stabilita dall'art. 2919 c.c..

2.3. Occorre fare un passo avanti e chiarire cosa intendiamo per "tempo del pignoramento", visto che l'art. 555 c.p.c. delinea una fattispecie a formazione progressiva: ingiunzione notificata e successiva trascrizione.

È questione annosa⁽⁵⁾ se a perfezionare il pignoramento basti la notifica dell'ingiunzione⁽⁶⁾, di modo che alla trascrizione è riservato il ruolo di mero elemento integrativo dell'efficacia, soprattutto ai fini dell'opponibilità ai terzi aventi causa (secondo il modello di risoluzione dei conflitti ex art. 2644 c.c.), o se al contrario sia proprio la trascrizione a perfezionare il vincolo esecutivo.

Di questo tema non voglio qui interessarmi, se non per segnalare che la questione non può ricevere una soluzione unitaria, perché:

- la tesi che incentra il nucleo del pignoramento sull'ingiunzione non può negare che taluni effetti sono imprescindibili dalla trascrizione (ad es. la verifica della prevenzione tra pignoramenti ex art. 561 c.p.c. e gli effetti sostanziali verso i terzi trascriventi di cui agli artt. 2913 e 2915 c.c.);

- quella che individua l'elemento essenziale del pignoramento nella trascrizione concede, nondimeno, che già la sola ingiunzione comporta la realizzazione di alcuni effetti preliminari immediati e segnatamente dei doveri di custodia⁽⁷⁾.

2.4. Nello specifico, interessa dunque verificare se ai fini dell'opponibilità della locazione ex art. 2923 c.c. sia rilevante il momento dell'ingiunzione notificata o quello della trascrizione.

Quest'ultima è la posizione accolta da buona parte della dottrina che peraltro, nel silenzio del codice civile sull'efficacia della locazione nei confronti dei creditori (§ 2.1.), tratta la locazione come fosse un'alienazione e quindi assume applicabile – si direbbe, in mancanza di meglio – l'art. 2914 n. 1 c.c. che proprio alla trascrizione fa riferimento⁽⁸⁾.

Premesse e conclusione⁽⁹⁾ sono tuttavia opinabili.

2.4.1. La concessione del godimento non è un atto *dispositivo* della proprietà, ma di *amministrazione* del compendio pignorato. Se si conviene: - che il debitore è costituito custode per effetto della sola ingiunzione⁽¹⁰⁾, - e che la locazione stipulata dal custode senza autorizzazione è inefficace, è allora logicamente sostenibile, proprio sulla base dell'art. 560 c.p.c., che la data discriminante tra locazione anteriore e successiva debba individuarsi nella *notifica* del pignoramento, anche agli effetti dell'art. 2923 c.c..

È superfluo osservare che tale conclusione, oltre a poggiare su considerazioni di diritto, si lascia preferire anche per una stringente logica pratica, visto che posticipare alla trascrizione il momento rilevante ai fini dell'art. 2923 c.c. consente al debitore, già avvertito del pignoramento, intuitive manovre "dell'ultima ora" in frode ai creditori.

2.4.2. L'art. 2914 n. 1 richiede la trascrizione perché applica al pignoramento la regola dettata dall'art. 2644 c.c. per la risoluzione dei conflitti tra più aventi causa dal comune autore (di diritti reciprocamente incompatibili): ossia tratta il procedente come fosse un avente causa dal debitore esecutato.

Ma il conduttore non risolve i propri conflitti con gli aventi causa dal locatore sulla base della trascrizione anteriore, giacché lo stesso art. 1599 comma 1 c.c. prevede il ben diverso criterio dell'*atto anteriore*, assistito da certezza di data (o dal fatto materiale della detenzione): la locazione non ha efficacia nei confronti dell'avente causa se, pur anteriore alla trascrizione dell'atto di alienazione, è tuttavia ad esso successiva.

Il criterio *prior in tempore potior in jure* esclude quindi implicitamente che il conduttore possa far valere la circostanza che la vicenda traslativa della proprietà non fosse ancora pubblicata nei RR. II. e fosse quindi inopponibile ai terzi aventi causa che risolvono i propri conflitti in base alla trascrizione anteriore (art. 2644 c.c.): a rendere inopponibile la locazione basta qui la considerazione legislativa che, spogliandosi della proprietà, l'alienante ha perduto il potere di amministrare il bene.

Mutatis mutandis, queste conclusioni possono estendersi al diverso ambiente dell'esecuzione – non v'è ragione infatti di trattare diversamente due situazioni omogenee – ove l'atto che priva il debitore del potere di amministrare *uti dominus* è, come s'è detto, l'ingiunzione notificata, senza che assuma dunque rilievo, per giudicare dell'antiorità al pignoramento, il momento di esecuzione della formalità pubblicitaria.

Anche qui, dunque, art. 2923 c.c. e 560 c.p.c. finiscono per restituire soluzioni omogenee. Ciò che è successivo al pignoramento e inefficace in pregiudizio dei creditori è altresì inopponibile all'aggiudicatario.

2.5. Non tutte le locazioni inopponibili all'aggiudicatario sono però successive al pignoramento, perché a questa regola fa eccezione il caso della locazione "a canone vile": anteriore, e quindi non coperta dal divieto dell'art. 560 cpv., e nondimeno inopponibile ex art. 2923 co. 3.

Il novellato art. 560 comma 3 c.p.c. propone dunque un attento riesame di quella lacuna codicistica, principalmente per fornire risposta al quesito, recentemente riproposti anche sul forum, se il G.E. possa ordinare la liberazione anticipata dell'immobile locato a canone vile e se, ancora, tale ordine possa impartirsi in ogni tempo o soltanto a seguito dell'aggiudicazione.

3. Le singole condizioni di opponibilità della locazione anteriore. Data certa.

Tra i criteri di opponibilità, il requisito della data certa anteriore (comma 1) è quello, mi pare, che desta minori perplessità. Sul piano effettuale, essa conserva efficacia alla locazione fino a naturale scadenza, pertanto rende opponibile all'aggiudicatario il patto di durata ultra-legale, purché contenuto nei limiti del novennio.

3.1. Normalmente la data certa è assicurata alla locazione dalla registrazione del contratto (art. 18 D.P.R. 26.4.1986 n. 131: T.U. imposta di registro). Visto che le locazioni non abitative, e fino all'entrata in vigore della legge 9.12.1998 n. 431 anche quelle abitative, possono farsi verbalmente, la legge di registro (art. 3 lett. "a" T.U.) prevede la possibilità di denunciare ai fini della registrazione i contratti verbali di locazione o affitto di immobili e quindi è lecito pensare che anche il contratto verbale possa, per tale via, assumere data certa agli effetti dell'art. 2923 c.c. a condizione che la denuncia sia anch'essa sottoscritta da entrambi i contraenti⁽¹¹⁾.

3.2. Come verificare la data certa. È incumbente che normalmente viene affidato al perito e che in genere il perito è in grado di assolvere facendosi dare copia del contratto dal conduttore oppure dallo stesso debitore esecutato e verificando gli estremi di registrazione. Accade però, talora, che nell'immobile non si rinvenga alcun occupante (che di per sé non è necessariamente sintomo che non esistano locazioni in corso) o che l'occupante, pur vantando di detenere

l'immobile in locazione, non collabori rifiutando al perito l'esibizione del contratto. O infine che l'occupante esibisca un fotomontaggio con estremi di registrazione falsi.

A tal fine è pertanto opportuno che il quesito autorizzi il perito a verificare presso l'Agenzia delle Entrate – ai cui dati autorizza l'accesso – per il tramite del codice fiscale dell'esecutato, l'esistenza di eventuali contratti di locazione registrati e ne acquisisca copia⁽¹²⁾.

3.3. Sono infine equivalenti alla registrazione – ma decisamente rari nel mercato delle locazioni infra-novennali – l'atto pubblico o l'autentica notarile. Né può escludersi che altri fatti siano egualmente idonei a stabilire in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento (ad es. timbro postale, morte o sopravvenuta impossibilità fisica di uno degli originari contraenti etc.) anche agli effetti dell'art. 2923 c.c..

3.4. Un limite alla rilevanza di fatti (idonei a fornire data certa al contratto ma) diversi dalla registrazione potrebbe oggi, per vero, ravvisarsi nel disposto dell'art. unico, comma 346 della legge finanziaria per il 2005 (legge 30.12.2004 n. 311), secondo cui "i contratti di locazione ... di unità immobiliari o di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati"⁽¹³⁾. E infatti, se il contratto di locazione non è stato registrato nel termine di legge di 30 gg. dalla stipula e deve pertanto ritenersi affetto da nullità tra le parti contraenti, *a fortiori* non potrà essere opposto a un terzo.

Benché la norma sia apparentemente perentoria, e chiara nel qualificare la violazione dell'obbligo di registrazione del contratto come causa di nullità, deve tuttavia registrarsi che un orientamento – ad oggi diffuso tra i giudici di merito – riformula, in un'ottica interpretativa costituzionalmente orientata, l'obbligo di registrazione come una *condicio juris* estrinseca agli elementi costitutivi del rapporto, e quindi incidente sulla sola sua efficacia. A tale premessa si fa seguire la conclusione che la tardiva registrazione varrebbe a soddisfare la condizione, consentendo che il contratto dispieghi i propri effetti *ex tunc* ai sensi dell'art. 1360 co. 1 c.c.⁽¹⁴⁾: di modo che, in definitiva, il comma 346 non varrebbe a restringere l'ambito di applicazione dell'art. 2923 co. 1.

Per vero, la tesi prova troppo: sembra infatti egualmente plausibile una diversa lettura che, pur facendo salva la qualificazione della registrazione quale condizione di efficacia (e non di validità) del contratto, ammetta tuttavia – per il caso di registrazione tardiva (oltre i 30 gg.) – la decorrenza *ex nunc* degli effetti contrattuali.

Sciogliere quest'alternativa è estraneo alla portata del presente studio. È sufficiente osservare che, ad ammettere l'efficacia retroattiva della condizione, in presenza di una locazione (pur non registrata alla data del pignoramento ma) di data certa anteriore, il G.E. non è di per sé tenuto ad astenersi dall'ordinare la liberazione, visto che la detenzione è allo stato *sine titulo* ed è pur sempre possibile che il conduttore non provveda a registrare il contratto. Ma chi sceglie di liberare deve sapere che è altamente probabile che il conduttore, dopo aver ricevuto il precetto o la monitoria di sgombero, corra a registrare il contratto e poi a proporre opposizione (a quel punto) fondata.

4. (Segue). Locazioni ultra-novennali.

La locazione ultra-novennale costituisce atto eccedente l'ordinaria amministrazione (artt. 1108 co. 3 e 1572 c.c.), deve farsi per iscritto a pena di nullità (art. 1350 n. 8 c.c.) e trascriversi nei registri immobiliari (art. 2643 n. 8 c.c.). Il senso della trascrizione si precisa nell'art. 1599 co. 3 c.c. che prevede 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"* e in termini non diversi si esprime l'art. 2923 co. 2.

La durata infra o ultra-novennale deve naturalmente commisurarsi a quella originaria, senza che abbiano rilevanza i limiti legali alla facoltà del locatore di negare il rinnovo alla prima scadenza (artt. 29 legge 27.7.1978 n. 392 e 3 legge 9.12.1998 n. 431)⁽¹⁵⁾, mentre s'è ritenuta rilevante ai fini del computo la rinuncia preventiva del locatore a disdire il contratto alla prima scadenza⁽¹⁶⁾.

4.1. Sul piano dell'opponibilità, l'omissione della formalità di trascrizione, o la sua esecuzione successiva, non consente al conduttore di opporre la locazione fino alla scadenza pattuita, ma ne riduce l'efficacia al novennio, soglia al di sotto della quale non sussiste onere di trascrizione.

Perché si abbia tale pur ridotta durata è pur sempre necessario che ricorra la condizione di opponibilità prevista dal co. 1 ossia che il contratto di locazione (non trascritto) abbia data certa anteriore al pignoramento⁽¹⁷⁾. Ove poi la locazione ultra-novennale, non trascritta e sfornita di data certa, sia però assistita dalla detenzione anteriore, non sembra ragionevolmente possibile altra conclusione che ammetterne l'efficacia (non nei limiti del novennio ma) per la durata prevista dalla legge per le locazioni a tempo indeterminato (art. 1600 e 2923 co. 4)⁽¹⁸⁾. Opinare il contrario, e cioè supporre che la locazione ultra-novennale sia in ogni caso efficace nei limiti di un novennio anche se il contratto è privo di data certa, è manifestamente irrazionale, perché finisce per trattare diversamente due situazioni omogenee.

4.2. Altra questione pone il caso della locazione ultra-novennale sfornita di data certa anteriore alla notifica del pignoramento, ma trascritta per prima. La questione ha ovviamente ragione di porsi soltanto accettando la premessa (§ 2.4.) che l'atto rilevante agli effetti degli artt. 2923 c.c. e 560 cpv. c.p.c. consista nell'ingiunzione notificata al debitore.

Se applicassimo qui l'art. 2644 c.c. dovremmo concludere che la locazione, trascritta per prima, è efficace fino a naturale scadenza ancorché successiva alla notifica del pignoramento, sulla falsariga dei criteri di risoluzione tra più acquirenti della proprietà o di diritti reali frazionari ⁽¹⁹⁾. E tale conclusione sarebbe ulteriormente avallata per il fatto che la trascrizione della locazione ultra-novennale è prevista dall'art. 2643 c.c. e che gli effetti dell'art. 2644 c.c. riguardano testualmente "*gli atti enunciati nell'articolo precedente*", compresa dunque la locazione ultra-novennale (n. 8).

Senonché l'applicazione dell'art. 2644 c.c. trova testuale smentita proprio nell'art. 1599 c.c. poiché la locazione ultra-novennale trascritta dopo non cessa di essere opponibile nei limiti del novennio, se di data certa anteriore, laddove la stessa ai sensi dell'art. 2644 cpv. c.c. dovrebbe essere *tout court* inefficace.

Dunque l'art. 1599 co. 3 non prevede la trascrizione come autonomo criterio di opponibilità del contratto, ma del solo patto relativo alla durata eccedente i nove anni ⁽²⁰⁾. È dunque un onere che *non sostituisce* il requisito della data certa anteriore (scolpito in termini affatto generali dal comma 1 degli artt. 1599 e 2923), ma vi *si aggiunge* per modulare l'efficacia nel tempo della locazione già altrimenti opponibile ⁽²¹⁾.

La locazione ultra-novennale fatta dopo la notifica del pignoramento, ma trascritta prima, rientra dunque a tutti gli effetti nelle locazioni successive ed è pertanto inefficace nei confronti della procedura (art. 560 cpv.) e inopponibile all'aggiudicatario (art. 2923 c.c.).

5. (Segue). Detenzione anteriore dell'immobile locato: fattispecie e prova.

Veniamo infine al più travagliato dei criteri di opponibilità della locazione all'acquirente: la detenzione del conduttore anteriore rispetto alla vendita (o al pignoramento). Travagliato non soltanto perché, diversamente dai primi due, è un po' più difficile per il G.E. verificare se ne ricorrano i presupposti, ma anche (e forse soprattutto) perché la norma dà la stura a numerose questioni di diritto, rinfocolate dalla riforma delle locazioni abitative (legge n. 431) ⁽²²⁾.

5.1. L'art. 2923 co. 4 c.c. consente al conduttore di dimostrare che deteneva l'immobile già prima del pignoramento. Non deve però trattarsi di detenzione *sine titulo* o a titolo diverso dalla

locazione (ad es. comodato, precario oneroso con fini di custodia etc.)⁽²³⁾ poiché tali titoli non sono opponibili all'aggiudicatario, né potrebbe un contratto sopravvenuto dopo il pignoramento sanare l'antecedente situazione di fatto, giacché si tratterebbe di locazione inefficace nei confronti dei creditori (art. 560 cpv. c.p.c.) e inopponibile all'aggiudicatario⁽²⁴⁾.

5.2. Come si prova o verifica la detenzione anteriore. In giudizio, la prova può essere data con qualsiasi mezzo, e anche in via presuntiva se gli indizi sono gravi, precisi e concordanti. Il contratto fatto per iscritto e le quietanze di pagamento dei canoni – pur sfornite di data certa e quindi non opponibili in quanto tali – possono però valere, in concorso con altri riscontri documentali e/o prove testimoniali, come indizi della detenzione anteriore a titolo di locazione⁽²⁵⁾.

Sono altresì certamente rilevanti per stabilire la risalenza nel tempo della detenzione un certificato di residenza storico, l'intestazione delle utenze a nome del conduttore o bollettini di pagamento delle stesse: con l'unica avvertenza che, da soli, tali documenti non provano di per sé una locazione perché egualmente compatibili ad es. con un rapporto di comodato.

5.3. Più difficile, soprattutto in ragione dei limitati strumenti conoscitivi di cui dispone, è invece il compito per il G.E. di delibare l'esistenza di una detenzione anteriore al pignoramento, al fine di esercitare i poteri che gli competono in merito alla liberazione dell'immobile e alla segnalazione del peso nell'avviso di vendita e negli altri atti della procedura (perizia, decreto di trasferimento).

L'accesso all'immobile del perito e la verifica che lo stesso è occupato da un terzo è, evidentemente, circostanza di per sé non decisiva, perché ugualmente compatibile con un'occupazione iniziata dopo il pignoramento e quindi senz'altro inefficace ex art. 560 cpv. c.p.c., sia essa basata su una locazione o su altro titolo.

Più utile, in una situazione ideale, è che il perito (o il custode, se il perito non vi provvede) acquisisca copia di quegli stessi riscontri documentali che potrebbero eventualmente essere spesi dall'occupante per far valere in giudizio il diritto di insistenza nell'immobile ex art. 2923 co. 4 e soprattutto⁽²⁶⁾:

- a) bollettini di pagamento delle utenze, intestati all'occupante,
- b) certificato di residenza storico,
- c) informative dell'amministratore del condominio,

mentre sono di minor significato, se privi di data certa, perché provengono dagli stessi interessati,

- d) un eventuale contratto scritto ma non registrato,
- e) le quietanze di pagamento dei canoni.

Il giudizio che questo materiale consente al G.E. è peraltro di tipo soltanto *probabilistico*: il certificato anagrafico può essere smentito da prove contrarie e non assicura che la detenzione sia a titolo di locazione, e lo stesso deve dirsi per i bollettini di pagamento delle utenze. Ed è anche, soprattutto, un giudizio incompleto perché sovente gli interessati, detentore ed esecutato, non collaborano, non forniscono i riscontri richiesti dal perito etc. Nella peggiore delle ipotesi, al G.E. è noto soltanto il fatto che l'immobile è attualmente occupato da terzi e che il titolo in base al quale essi hanno la detenzione è ignoto e/o non è stato esibito e non consta neppure dalle verifiche compiute all'Agenzia delle Entrate (§ 3.2.).

6. La detenzione anteriore dell'abitazione al vaglio della legge n. 431. Onere di forma scritta, locazione di fatto e azione di riconduzione ex art. 13 co. 5.

In negativo, la fattispecie dell'art. 2923 co. 4 si qualifica per *l'assenza* di un contratto con data certa anteriore. Fino alla riforma del 1998, rientravano indifferentemente, e senza alcuna difficoltà, nell'ambito di applicazione della norma: 1) il contratto verbale; 2) il contratto scritto ma non registrato.

Dopo la legge 9.12.1998 n. 431 nulla è cambiato per le locazioni non abitative⁽²⁷⁾, mentre la riforma propone oggi la questione dell'opponibilità della locazione abitativa conclusa verbalmente, pur se assistita dal *factum possessionis*.

I termini della questione sono noti. Gli artt. 1600 e 2923 rendono opponibile all'acquirente una locazione valida ed efficace nei confronti del precedente proprietario. L'art. 1, co. 4 della legge n. 431 prevede però che *"a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, per la stipula di validi contratti di locazione [ad uso abitativo] è richiesta la forma scritta"*. Questa previsione trova un temperamento nell'art. 13 co. 5 secondo cui *"il conduttore può altresì richiedere ... che la locazione venga ricondotta a condizioni conformi ... nei casi in cui il locatore ha preteso l'instaurazione di un rapporto di locazione di fatto, in violazione di quanto previsto dall'articolo 1, comma 4, e nel giudizio che accerta l'esistenza del contratto di locazione il pretore determina il canone dovuto, che non può eccedere quello definito ai sensi del comma 3 dell'articolo 2 etc."*

L'onere di forma scritta e la c.d. locazione di fatto hanno ricevuto, come è noto, varia accoglienza e interpretazione. Non ho la pretesa, in questa sede, di sciogliere tutti i nodi

interpretativi, quanto piuttosto di evidenziare i profili rilevanti per la procedura esecutiva e l'aggiudicatario, secondo che si accolga l'uno o l'altro indirizzo.

6.1. Secondo un'interpretazione corrente – direi decisamente maggioritaria nella giurisprudenza di merito edita⁽²⁸⁾ e anche in dottrina⁽²⁹⁾ – l'onere di forma scritta è richiesto per la stipula di "*validi contratti di locazione*" e quindi *ad substantiam* e a pena di nullità del contratto, così come l'art. 1352 c.c. nel disciplinare le c.d. forme convenzionali introduce la presunzione che "*la forma sia stata voluta per la validità*".

Dunque all'inosservanza seguono tutte le conseguenze giuridiche tipiche della nullità del codice civile, tra cui legittimazione assoluta all'azione⁽³⁰⁾ e rilevabilità d'ufficio, ad es. all'effetto di negare ingresso alla pretesa del locatore alla convalida di sfratto e all'applicazione del relativo rito⁽³¹⁾.

Prima ancora la scrittura, se essenziale alla validità del contratto, diventa indispensabile anche per la sua prova, quando del contratto vogliono farsi valere gli effetti negoziali, in conformità al limite di prova di cui all'art. 2725 cpv. c.c.⁽³²⁾.

6.2. Per vero, l'applicazione alla locazione degli schemi propri della nullità codicistica è stata autorevolmente contestata⁽³³⁾, argomentando che la forma scritta presidia il diritto del (solo) conduttore alla piena trasparenza delle condizioni contrattuali, riconoscendolo come parte debole del rapporto, e traendone l'implicazione che a lui soltanto sarebbe riservata la legittimazione a far valere la carenza di forma, secondo il modello della nullità c.d. di protezione.

Per fornire base normativa a tale diversa ricostruzione s'è tratto argomento proprio dall'azione di riconduzione accordata al (solo) conduttore dall'art. 13 co. 5, ma la norma *prima facie* non autorizza quest'interpretazione, visto che l'azione ha una fattispecie *più ampia* della sola conclusione *verbis* e consta di almeno tre elementi, *id est*: - sussiste il nucleo essenziale della determinazione negoziale, la concessione del godimento dell'immobile contro l'impegno a corrispondere il canone; - il contratto ha avuto un principio di esecuzione di fatto, con la consegna dell'immobile al conduttore; - e soprattutto "*il locatore ha preteso l'instaurazione di un rapporto di locazione di fatto*".

E a ciò segue che "se la forma orale sia stata pretesa dal conduttore (in ragione di peculiari esigenze di riservatezza, più o meno legittime), ovvero scelta di comune accordo tra le parti"⁽³⁴⁾, e quindi difetta uno degli elementi di fattispecie, l'azione di riconduzione non può essere esperita e il contratto orale resta definitivamente nullo⁽³⁵⁾.

6.2.1. Che la fattispecie ex art. 13 co. 5 richieda elementi ulteriori rispetto alla mera stipulazione orale sembra un dato su cui la giurisprudenza (per ora soltanto di merito) tende a convenire, affermando che:

- "l'inosservanza della forma scritta nella stipula di un contratto di locazione ad uso abitativo non costituisce di per sé mezzo di indebita compressione della posizione giuridica garantita dall'ordinamento al conduttore, dovendosi ad essa accompagnare un *quid pluris*, ovvero la pretesa di parte locatrice ad un accordo verbale, la quale rappresenta la spia che nel caso di specie l'esclusione della forma scritta reca vantaggi al suo locatore"⁽³⁶⁾;

- deve essere "il conduttore a fornire la prova degli elementi costitutivi della fattispecie, e quindi, anche della pretesa di instaurazione di un rapporto di fatto attribuibile al locatore"⁽³⁷⁾, di modo che tale prova può non riuscire o non essere offerta;

- per far valere la locazione di fatto, il conduttore ha onere di proporre domanda; se convenuto in giudizio, ad es. per accertamento dell'occupazione *sine titulo* e la condanna al rilascio, tale domanda

(o eccezione) riconvenzionale "va proposta, a pena di decadenza, con la forma e nel termine di cui all'art. 416 c.p.c."⁽³⁸⁾, cosicché riesce evidente che la domanda/eccezione può non essere proposta o riuscire tardiva.

In questi casi, la sola prova della detenzione in qualità di conduttore, svestita del titolo scritto, non basta a far salvo il diritto di insistenza del conduttore nell'alloggio, ossia implica la persistenza della nullità ex art. 1 co. 4.

6.2.2. Prima di trarre conclusioni affrettate, occorre tuttavia riflettere su due temi. Primo, cosa intendiamo per "pretesa del locatore" ? È stato sostenuto che "dovrebbe trattarsi, quanto meno, di una violenza morale o di una minaccia"⁽³⁹⁾, ma è tesi ingiustamente restrittiva, visto che "pretende" anche il locatore che, senza ricorrere a indebite ed esplicite pressioni psicologiche, pone la stipula verbale del contratto come *condicio sine qua non* per concedere il godimento dell'abitazione⁽⁴⁰⁾. Che poi il conduttore aderisca a tale pretesa "prendere o lasciare" ci sembra *in re ipsa* nel fatto che la locazione ha avuto esecuzione con la consegna dell'immobile. E tuttavia, la sola adesione non basta ad affermare che "la forma orale è stata scelta di comune accordo tra le parti", se l'informalità del rapporto non arreca un qualche vantaggio anche al conduttore, in ragione di sue particolari ed effettive esigenze (ad es. riservatezza), diverse dal puro e semplice interesse a ottenere il godimento dell'abitazione. Così come – per spostarci su tutt'altro terreno –

l'adesione a un contratto *standard* ex art. 1341 c.c. non è sintomatica di un'effettiva negoziazione delle clausole di quel contratto, né che le clausole rispondano a un genuino interesse dell'aderente.

Concludendo sul punto, tra i due estremi (coartazione, scelta consapevole del conduttore per proprie esigenze) esiste un'ampia zona grigia che ancora merita approfondimento⁽⁴¹⁾.

6.2.3. Il secondo punto "caldo" riguarda l'onere probatorio. Se è vero che esiste un generale consenso sull'onere del conduttore di provare la "pretesa del locatore"⁽⁴²⁾, ciò non toglie che il conduttore possa avvalersi di testimoni e presunzioni⁽⁴³⁾, visto che non fa valere gli effetti negoziali di un contratto per il quale è prescritta la forma *ad substantiam* (art. 2725 cpv. c.c.) ma precisamente la sua assenza.

Un autore, poi seguito da una pronuncia, ha spinto ancora più in là la prova presuntiva, affermando che "in presenza di una locazione di fatto che di regola avvantaggia il solo locatore, pare allora ragionevole presumere (in via semplice) la sussistenza della pretesa ricordata tutte le volte che il locatore, con *onere a suo carico*, non dimostri la sussistenza di un concorrente o convergente interesse del conduttore alla instaurazione di un rapporto di tal fatta"⁽⁴⁴⁾. L'orientamento implica dunque una vera e propria inversione dell'onere probatorio sulla base dell'*id quod plerumque accidit*: il che è quanto dire una c.d. presunzione giurisprudenziale⁽⁴⁵⁾.

6.2.4. Ci si avvede dunque, in conclusione, che la distanza tra la detenzione dell'abitazione in base a locazione orale (irrimediabilmente nulla) e la locazione di fatto riconducibile a diritto ex art. 13 co. 5 può essere praticamente minore di quanto appaia a prima vista: almeno se si aderisce all'ultimo indirizzo esaminato, la detenzione a titolo di locazione è sufficiente alla riconduzione a diritto, salvo prova a carico del locatore di un concorrente o prevalente interesse del conduttore a mantenere il rapporto sul piano verbale.

E sull'esiguità di questa distanza occorre riflettere attentamente, soprattutto in considerazione del fatto che il quadro giurisprudenziale è ancora fluido (le pronunce minoritarie sono anche, infatti, tra le più recenti).

6.3. Sul piano effettuale, non è dubbio che l'azione ex art. 13 co. 5 implichi: - la riconduzione a diritto del rapporto di fatto, per il tramite della "integrazione, con la pronuncia giudiziale, del requisito formale mancante"⁽⁴⁶⁾; - la determinazione del canone dovuto in misura non eccedente quello previsto per i contratti-tipo, e quindi anche in difformità (e in misura verosimilmente

inferiore) rispetto a quello pattuito a voce; - il conseguente diritto del conduttore a ripetere, a domanda, l'eventuale differenza indebitamente già versata.

È lecito discutere se tale pronuncia abbia carattere di mero accertamento dell'esistenza di un rapporto *ab origine* valido ⁽⁴⁷⁾ oppure natura costitutiva (ex art. 2908 c.c.) del rapporto stesso ⁽⁴⁸⁾, ma è profilo che non tocca la piena efficacia retroattiva della sentenza: la quale è implicita nello stesso diritto del conduttore a ripetere i canoni in eccesso già versati e deve naturalmente affermarsi anche per quanto concerne "l'imputazione del periodo già trascorso alla durata di tale contratto" ⁽⁴⁹⁾.

6.4. L'art. 13 co. 5 non prevede però altro intervento giudiziale determinativo e/o sostitutivo dei patti intercorsi oralmente, all'infuori di quello concernente la misura del canone. La lacuna è evidente: in qualche misura, orienta anche la complessiva ricostruzione dell'istituto.

6.4.1. Chi ritiene che *lex minus dixit quam voluit* interpreta la norma nel senso che il giudice "dovrà infine stabilire il regime applicabile al contratto ricondotto a legalità, dichiarando applicabile, quale fonte integrativa del contenuto contrattuale, il contratto tipo ordinario ovvero quello transitorio per studenti" ⁽⁵⁰⁾, con conseguente durata, d'ordinario, triennale prorogabile per un ulteriore biennio (art. 2 co. 3).

La tesi ha il pregio della chiarezza e di assicurare certezza ai rapporti futuri tra le parti. Il rinvio al canone vincolato è spia di un più generale rinvio all'intera disciplina del contratto-tipo, la quale si sostituisce – come fonte eteronoma di integrazione del nucleo essenziale dello scambio – alle promesse che le parti invalidamente si sono scambiate a voce, nell'esercizio (frustraneo) della loro autonomia negoziale, e assicura di per sé al conduttore la trasparenza delle condizioni contrattuali in luogo dell'opacità del contratto orale. Che il giudice debba determinare (soltanto) il canone ben si spiega considerando che le fonti di normazione secondaria e inferiore (d.m., convenzione nazionale, accordi territoriali) si limitano a fissare i parametri di oscillazione, di modo che il contratto orale non potrebbe ricondursi a diritto senza la previsione di quest'elemento essenziale.

6.4.2. Secondo altra e diffusa interpretazione, però, il senso della determinazione giudiziale del canone consisterebbe invece non tanto nell'applicazione di una disciplina suppletiva, quanto nella sanzione al locatore per aver illecitamente preteso di imporre "all'altra la costituzione di un

rapporto viziato *ab origine* nella fonte e quindi, in astratto, insuscettibile di produrre gli effetti tipici del negozio pur univocamente voluto da entrambe" ⁽⁵¹⁾.

E a tale illecito l'ordinamento reagirebbe non solo privando il locatore dei vantaggi attesi dall'informalità del contratto, ma anche assoggettandolo "a subire tutti gli svantaggi del canale agevolato senza, però, goderne i vantaggi: egli deve contenere il canone entro il limite massimo stabilito per i contratti agevolati, ma non gode né di una riduzione della durata del contratto, né delle agevolazioni tributarie" ⁽⁵²⁾.

7. (Segue). Ricadute degli artt. 1 e 13 legge n. 431 sull'applicazione dell'art. 2923 co. 4.

Lasciando ad altri il compito di fare definitiva chiarezza sugli artt. 1 e 13 della legge n. 431, passo a svolgere alcune riflessioni, che offro al dibattito, in merito alle possibili ricadute pratiche di queste norme sull'applicazione dell'art. 2923 co. 4 (fuori dalle procedure esecutive, considerazioni non dissimili possono valere per l'art. 1600 c.c.).

7.1. Se il contratto verbale è di per sé affetto da nullità ex art. 1421 c.c. (§ 6.1.), a tal segno da ritenere legittimato all'azione di accertamento della nullità lo stesso locatore, mi pare anzitutto evidente che quel contratto non è neppure opponibile all'acquirente ai sensi degli artt. 1600 e 2923. Presupposto (non scritto, ma del tutto evidente) di queste norme è infatti che sussista una locazione valida ed efficace *inter partes* affinché il terzo subacquirente sia tenuto a subentrarvi. In modo probabilmente inconsapevole, la riforma del 1998 ha dunque finito per restringere l'area di tutela del conduttore anche agli effetti dell'art. 2923 co. 4 ⁽⁵³⁾.

7.2. Analoga congettura – forse anche più dirompente – può formularsi con riguardo al contratto scritto, ma sfornito di data certa anteriore. Gli artt. 1600 e 2923 co. 4 risalgono a un'epoca in cui il contratto di locazione ad uso abitativo poteva farsi anche verbalmente ed è per questo motivo che l'assenza di data certa non nuoce alla possibilità del conduttore di provare altrimenti, anche per testi e indizi (§ 5.2.), la risalenza nel tempo della detenzione dell'immobile pignorato.

Questa conclusione deve oggi essere rivista, se si conviene che l'art. 1 co. 4 prevede un vero e proprio onere di forma *ad substantiam*. E infatti, se il contratto scritto di locazione è sfornito di data certa anteriore al pignoramento, deve perciò stesso ritenersi successivo e ricade quindi nell'ambito di inefficacia ex art. 560 cpv. c.p.c.. Né è possibile qualificare lo scritto come una riproduzione meramente ricognitiva di un rapporto già esistente, perché l'onere di forma oggi

previsto dall'art. 1 co. 4 legge n. 431 nega al mero *factum possessionis* anteriore al pignoramento, non assistito dal titolo, gli effetti propri della locazione.

Beninteso, è sempre possibile provare per testi uno dei fatti (extracartolari) che stabiliscono in modo egualmente certo l'antiorità del documento (morte, impossibilità fisica sopravvenuta etc.), ma tale caso evidentemente rientra nell'ambito dell'art. 2923 co. 1. Non è per contro possibile provare per testi e presunzioni che il contratto scritto è stato fatto nella data ivi indicata, poiché la prova testimoniale e presuntiva agli effetti dell'art. 2704 c.c. non può vertere proprio sulla data del documento in quanto tale ⁽⁵⁴⁾.

7.3. Su queste premesse, non desterebbe scandalo affermare che l'onere della forma scritta *ad substantiam* ha implicitamente abrogato l'art. 2923 co. 4 nel campo delle locazioni abitative, se non vi fosse l'azione di riconduzione, che condivide con la norma in esame l'elemento della detenzione (anteriore) a titolo di locazione (§ 6.2.), al quale si aggiunge la "pretesa del locatore". Lo snodo cruciale su cui si gioca oggi la sopravvivenza dell'art. 2923 co. 4 consiste dunque nella possibilità o meno di esperire l'azione nei confronti di un terzo avente causa dal locatore – come l'aggiudicatario o l'acquirente in un'alienazione negoziale – che non ha concorso a imporre al conduttore la locazione di fatto.

Il testo normativo è ben lontano dal fornire spunti risolutivi. Ancora una volta la questione dipende dalla scelta di fondo in merito alla funzione dell'azione di riconduzione.

7.3.1. Se l'aspetto essenziale dell'azione viene colto – come a me parrebbe equilibrato fare ⁽⁵⁵⁾, prescindendo per un momento dalla considerazione che "la locazione è strumento privilegiato di frode ai creditori" ⁽⁵⁶⁾ – nella formazione giudiziale del titolo scritto che il conduttore è stato nell'impossibilità di procurarsi dal locatore e nell'integrazione del regolamento contrattuale mediante rinvio alla fonte eteronoma del contratto-tipo (§ 6.4.1.) sussistono buoni argomenti, anche in ragione della sicura retroattività della sentenza di riconduzione (§ 6.3.), per ammetterne l'esperimento anche nei confronti del terzo avente causa che, pur non avendo "preteso" alcunché, si trova nella veste giuridica per subentrare nel rapporto ai sensi degli artt. 1600 e 2923 co. 4, una volta che lo stesso sia stato *ex tunc* ricondotto a diritto.

Su tali premesse, l'azione potrà essere utilmente proposta dal conduttore nei confronti non soltanto del custode in pendenza dell'esecuzione, ma anche dell'aggiudicatario: o in via autonoma oppure (e praticamente potrà essere questo il caso più frequente) mediante opposizione al rilascio.

A *fortiori*, non ha difficoltà a ritenere tuttora applicabile, come per il passato, l'art. 2923 co. 4 chi ritiene che la locazione di fatto "imposta" sia un contratto valido *ab origine* ⁽⁵⁷⁾ o, addirittura, nega la legittimazione a far valere la nullità ex art. 1 co. 4 c.p.c. ad altri che il conduttore.

7.3.2. Se invece, si individua il *proprium* dell'azione nella sanzione civile irrogata al locatore per aver imposto la locazione di fatto (§ 6.4.2.), ossia l'applicazione del canone vincolato (in luogo di quello di libero mercato) senza la contemporanea riduzione della durata e gli sgravi fiscali previsti dal capo IV della legge 9.12.1998 n. 431, riesce gioco forza assai più difficile ammettere che tale azione possa dirigersi nei confronti di altri che l'autore dell'illecito e che la retroattività della sentenza possa avere efficacia assoluta anziché relativa, e perciò solo *inter partes*.

Chi condivide queste considerazioni, coerentemente esclude che, una volta venduto l'immobile, il conduttore possa assoggettare l'acquirente alla costituzione in via giudiziale del rapporto ex art. 13 co. 5 ⁽⁵⁸⁾. Alla tesi segue perciò che il conduttore di fatto non potrà mai opporsi al rilascio – senz'altro a quello intimato dall'acquirente o dal custode "nell'interesse dell'aggiudicatario" – vantando il diritto alla riconduzione, salvo evidentemente il diritto a ripetere dall'originario locatore l'indebito per il tratto di tempo pregresso, oltre all'eventuale risarcimento del danno.

7.4. In conclusione. Il quadro dottrinale dell'azione di riconduzione è meno che certo e la giurisprudenza è ancora fluida. E non si tratta, il punto vorrei che fosse colto, di profili accessori ma proprio del cuore stesso del nuovo istituto: in cosa consiste e come si prova la pretesa, contro chi può dirigersi l'azione e – aggiungiamo pure – quale è la disciplina del rapporto in punto durata (*infra* § 8.).

7.4.1. Lo spettro di ipotesi che restituisce oggi quest'incertezza applicativa è amplissimo e incalcolabile in termini di costi. A un estremo, il contratto verbale è nullo (§ 7.1.) e la locazione non può essere ricondotta a diritto nei confronti dell'avente causa dell'originario locatore (§ 7.3.2.), di modo che il G.E. può legittimamente ordinare la liberazione immediata, pronosticare la fattibilità giuridica del rilascio e mettere in vendita l'immobile come libero. All'estremo opposto, nella peggiore delle ipotesi, l'ordine di liberazione immediato potrebbe essere fondatamente contrastato dall'occupante mediante azione di riconduzione a diritto della locazione di fatto iniziata prima del pignoramento e, in caso di accoglimento, l'immobile verrebbe gravato di una

locazione di durata ordinaria (4+4) con canone tuttavia vincolato (§ 6.4.2.) oppure con canone bensì vincolato, ma durata commisurata a quella dei contratti-tipo (§ 6.4.1.).

7.4.2. A me pare che quest'incertezza dovrebbe generare in un acquirente informato grosse remore all'acquisto all'asta di un immobile pignorato, quante volte dalla perizia risulti uno stato di occupazione a titolo di locazione sfornito di titolo scritto (o con titolo scritto non esibito e non altrimenti verificabile). E sono anche molto convinto che il G.E. deve, per quanto è possibile, rimuovere sacche di incertezza che nuocciono all'efficienza della vendita forzata, assai più che una situazione in cui oneri e pesi sono certi e calcolabili⁽⁵⁹⁾.

Per rimuovere quest'incertezza non basta tuttavia che il G.E. si dia un criterio di politica del diritto, di reprimere "le locazioni come strumento privilegiato di frode ai creditori" (affermazione che, peraltro, contiene una buona dose di verità), né che fornisca di queste norme la propria interpretazione, magari argomentando un po' più del solito l'ordine di liberazione, poiché è evidente che:

- quell'interpretazione potrà forse riuscire persuasiva, ma non è risolutiva della *quaestio juris* visto che non sarà poi (quasi certamente) lo stesso magistrato a decidere l'opposizione al rilascio proposta dal conduttore;

- nulla assicura che quella politica interpretativa sia poi condivisa dal collega che pronuncerà sulla sospensiva ex artt. 615 co. 1 e 624 c.p.c. o sul merito dell'opposizione al rilascio.

E allora il punto è che il G.E. – in ciò distinguendosi dal giudice della cognizione che accerta – deve imparare a *governare l'incertezza* e a convivervi, elaborando una prassi che metta l'acquirente (e prima il custode) al riparo da fondate opposizioni al rilascio e disinneschi, per come è possibile, le criticità del nuovo testo normativo.

7.5. Il quadro fattuale che ha presente il G.E. nei casi di detenzione anteriore può grosso modo ricostruirsi in questi termini. Sono acquisiti agli atti della procedura (§ 5.3.) elementi di fatto che comprovano una detenzione anteriore al pignoramento (ad es. certificato anagrafico storico, bollette di pagamento delle utenze etc.) e v'è traccia del pagamento di canoni (ricevute). La locazione è però sfornita di titolo scritto (o il titolo viene esibito ma è registrato dopo, comunque non ha data certa anteriore).

7.5.1. Il primo punto è quando ordinare la liberazione. Diversi argomenti mi inducono a preferire un ordine di liberazione immediato, prima dell'aggiudicazione. L'intimazione di rilascio

serve, se non altro, a provocare il detentore ad opporsi al rilascio e a saggiare i suoi argomenti difensivi: ciò consente in prospettiva di risolvere l'incertezza per il tramite del *giudicato e medio tempore* di adeguare le determinazioni in punto di vendita alla consistenza delle difese del detentore.

Prima di ordinare la liberazione, può essere tuttavia opportuno che il custode notifichi al detentore il provvedimento di nomina, ingiungendogli di corrispondere alla procedura un'indennità di occupazione commisurata ai canoni di cui è traccia negli atti della procedura poiché, se il detentore non provvede (accampando il pretesto di aver già pagato anticipatamente all'esecutato o di non avere i mezzi per farlo), la posizione del custode si rafforza sensibilmente: nel senso che, se anche il conduttore proponesse opposizione al rilascio facendo valere il diritto alla riconduzione *ex tunc* del rapporto, il custode potrebbe fondatamente chiedere in via riconvenzionale la risoluzione per morosità⁽⁶⁰⁾.

7.5.2. Se il detentore dichiara la disponibilità a corrispondere *medio tempore* alla procedura i frutti dell'immobile e a sloggiare all'esito dell'aggiudicazione, può essere valutata l'opportunità di autorizzare il custode a pattuire il rinvio dell'esecuzione dell'ordine di liberazione (per un certo tempo o fino all'aggiudicazione), contro rinuncia del conduttore ad avvalersi dei diritti che possano eventualmente competergli sulla base della detenzione *verbis* anteriore al pignoramento e, ovviamente, l'impegno a corrispondere l'indennità e a non ostacolare le visite all'immobile secondo un piano concordato.

Il che equivale, in buona sostanza, a dirimere l'incertezza sull'applicazione degli artt. 1 co. 4 e 13 co. 5 per il tramite dell'effetto preclusivo di una *transazione*, visto che il custode rinuncia a intimare e/o eseguire immediatamente la liberazione dell'immobile e il conduttore a far valere un diritto di insistenza di durata più ampia rispetto al momento dell'aggiudicazione.

Di passaggio, vale la pena di osservare che:

- alla transazione deve attribuirsi, meglio se espressamente, portata novativa, nel senso che la rinuncia del conduttore estingue il precedente (eventuale) rapporto di locazione di fatto sostituendovi un *pactum de non petendo ad tempus* contro corrispettivo;

- onde evitare che, dopo la firma, il detentore si renda inadempiente al pagamento dell'indennità o (peggio) disattenda il piano di visite – e ha tutto l'interesse a farlo visto che dal buon esito della vendita dipende la perdita del suo godimento precario – occorre prevedere una clausola risolutiva espressa che consenta al custode di iniziare nuovamente l'esecuzione per rilascio per occupazione *sine titulo* a seguito di inadempimento.

Che il G.E. abbia il potere di autorizzare siffatta transazione mi sembra indubbio, visto che l'art. 560 cpv. prevede l'autorizzazione a stipulare per iscritto un nuovo contratto di locazione e *a fortiori* dunque un precario oneroso che rispetto alla locazione rappresenta un *quid minoris*.

Anche sul piano della durata del rapporto, contenuto nei limiti dell'aggiudicazione del bene, non vedo ostacoli poiché, secondo un indirizzo giurisprudenziale stabile, la locazione ex art. 560 cpv. è "un contratto la cui durata risulta *naturaliter* contenuta nei limiti della procedura concorsuale, in quanto attuativa di una mera amministrazione processuale del bene, con la conseguenza che – non essendo assimilabile al contratto locativo di data certa anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento disciplinato dall'art. 2923 c.c. – non sopravvive alla vendita fallimentare e non è opponibile all'acquirente *in executivis*; pertanto la clausola con la quale il curatore ed il conduttore espressamente pattuiscono la risoluzione della locazione per effetto della vendita forzata del bene è pienamente valida, in quanto esplicita un limite di durata connaturato al contratto ed alle sue peculiari finalità" ⁽⁶¹⁾.

7.5.3. Il secondo punto è come presentare l'immobile ai fini della vendita. Con l'occhio all'incertezza, l'avviso dovrebbe essere, a mio modo di vedere, formulato in termini anodini, senza suscitare affidamenti, né allarmi e in funzione di evitare una possibile *quanti minoris* ex art. 1489 c.c. dell'aggiudicatario deluso ⁽⁶²⁾. Ad es. si può scrivere: "alloggio occupato da terzi, dichiaratamente a titolo di locazione, ma non consta un contratto scritto e registrato prima del pignoramento. È in corso la liberazione dell'immobile a cura del custode (variante: a seguito dell'aggiudicazione il G.E. ordinerà la liberazione)".

7.5.4. Se poi infine dagli atti della procedura risulta bensì una detenzione anteriore al pignoramento, ma non vi è traccia di contratto, né del pagamento di canoni, di modo che è perfino da dubitare che si tratti di una locazione piuttosto che di altro rapporto (variante: non v'è neppure traccia di una detenzione anteriore), va da sé che la liberazione immediata è assolutamente opportuna perché, se non altro, provoca il detentore a "scoprire le carte", cioè a esibire – se ne ha – gli elementi di fatto in suo possesso idonei a comprovare la locazione opponibile e in un momento possibilmente anteriore all'aggiudicazione.

8. (Segue). Durata della locazione assistita da detenzione anteriore.

Il *dies a quo* di opponibilità della locazione assistita da detenzione decorre dall'epoca in cui risulta provato il *factum possessionis* ⁽⁶³⁾. È viceversa dibattuta la durata dell'opponibilità, che l'art.

2923 co. 4 commisura a quella delle *"locazioni senza determinazione di durata"* pari, nell'impianto originario del codice, a un anno se alloggio senza arredamento o immobile destinato all'esercizio di professione, industria o commercio e all'unità di tempo (settimana, mese etc.) di pagamento del canone, se ammobiliato (art. 1574 c.c.).

8.1. Il parametro dell'art. 1574 c.c. ha cessato di essere applicabile a seguito dell'entrata in vigore della legge sull'equo canone, visto che la durata minima legale delle locazioni ad uso abitativo (salve comprovate esigenze transitorie e le altre poche tipologie escluse ex art. 26 legge n. 392) non poteva essere inferiore a 4 anni (art. 1) e quella delle locazioni non abitative a 6 o 9 anni, secondo la destinazione (art. 27)⁽⁶⁴⁾.

In altri termini, provata una valida detenzione a titolo di locazione e inopponibile perché privo di data certa – o non provato – il patto sulla durata del rapporto, la durata deve intendersi stabilita sulla base della norma suppletiva (art. 1574) e poi imperativa (artt. 1 e 27) applicabile.

E poiché raramente nella pratica le parti convengono una durata contrattuale diversa da quella minima di legge, la legge n. 392 ha finito per riavvicinare gli effetti pratici della locazione assistita da detenzione anteriore a quella della locazione di data certa che, nell'impianto originario del codice, erano sensibilmente diversi⁽⁶⁵⁾.

8.2. Nel vigore della legge n. 392, quest'orientamento è stato però vivacemente attaccato, osservando che "sono numerose, infatti, le ipotesi locative che, in virtù di particolari caratteristiche o destinazioni d'uso dell'immobile locato o del centro urbano ove lo stesso è sito, ovvero per effetto dei c.d. patti in deroga, sono disciplinate da un diverso regime normativo" e che l'art. 2923 co. 4 "regola delle situazioni particolari, la cui nota precipua è proprio rappresentata dall'incertezza che regna intorno alla fonte contrattuale. Orbene, se ad essere dubbia è la stessa fonte del rapporto, non si comprende in base a quali criteri possa essere considerata, invece, certa la disciplina legislativa nella specie applicabile e, del pari, come possano essere determinati senza equivoco gli effetti che da tale rapporto scaturiscono. È evidente che se il conduttore ... non è in grado di documentare il contratto di locazione in maniera opponibile ai terzi, è preclusa la possibilità di inquadrare attendibilmente anche la stessa tipologia negoziale e la disciplina ad essa relativa"⁽⁶⁶⁾.

In estrema sintesi, secondo questa scrittrice, non essendo sicura l'applicabilità al contratto degli artt. 1 e 27 della legge n. 392, tutte le locazioni anteriori sfornite di data certa dovrebbero gioco forza ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 1574 c.c., nonostante la sua portata del

tutto marginale nella materia. E poiché ipotizzare che tra pignoramento e aggiudicazione intercorra un lasso di tempo inferiore all'anno era impresa disperata nel 1997, la tesi si traduceva – e continua a tradursi tutt'oggi – in un'operazione di politica del diritto sostanzialmente abrogatrice dell'art. 2923 co. 4.

Senonché la paventata "incertezza che regna intorno alla fonte contrattuale" è più confusamente enunciata che dimostrata e si rivela poca cosa a un esame attento della casistica proposta. Parafrasando Hegel, si potrebbe dire che se è vero che "nella notte tutte le vacche sono grigie", alla luce del sole esse riacquistano però il colore loro proprio.

Il regime dei patti in deroga ex art. 11 d.l. 11.7.1992 n. 333 (convertito in legge 8.8.1992 n. 359), ormai superato dal tempo, non implicava una durata della locazione diversa dalla quadriennale ex art. 1 legge n. 392, ma soltanto l'obbligatoria rinnovazione alla prima scadenza (salvo disdetta motivata ex art. 29).

Quanto al "centro urbano ove l'immobile è sito", l'art. 26 legge n. 392 dichiarava bensì inapplicabili nei Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti le norme sull'equo canone (artt. 12-25 legge n. 392) ma del pari non derogava alla durata minima legale.

La tesi tocca infine il ridicolo citando a sostegno le tipologie di locazione sottratte all'applicazione della legge speciale "in virtù delle particolari caratteristiche dell'immobile" poiché chiunque è in grado di distinguere una villa o castello (art. 26 lett. "d" legge n. 392; art. 1 co. 2 lett. "a" legge n. 431) dagli alloggi che sono viceversa sforniti di quei requisiti, ad es. un bilocale in una casa popolare. In ogni caso, la categoria catastale e l'esistenza del decreto di vincolo a bene culturale (art. 1 co. 2 lett. "a") sono sufficienti a individuare il regime loro applicabile, e inapplicabile agli altri, senza che di nuovo sia necessario riferirsi alla fonte del rapporto. Come questa certezza sulla tipologia locativa possa dunque tradursi in assoluta incertezza in ordine alla disciplina applicabile resta avvolto nel mistero.

Più seria questione si dà invece con riguardo alle tipologie connotate da una destinazione particolare dell'immobile abitativo (ad es. finalità esclusivamente turistiche, foresteria) oppure contratte per esigenze transitorie delle parti (art. 5 co. 1 legge n. 431) o per lo svolgimento transitorio di attività (art. 27 legge n. 392). Senonché pare davvero arbitrario presumere che tale incertezza, sempre che sussista, debba tradursi in una generale disapplicazione *a priori* di norme imperative, anche quando nessuna incertezza possa ragionevolmente nutrirsi: ad es. perché l'immobile è nel godimento personale del conduttore (e quindi non può essere stata pattuita una locazione uso foresteria) il quale ha la residenza, anagrafica o di fatto, nello stesso Comune (e pertanto non sta facendo il turista). Ove pur residui un margine di dubbio, il criterio di risoluzione

della controversia non può che consistere dunque nell'applicazione delle ordinarie regole sull'onere della prova⁽⁶⁷⁾.

In conclusione, mi pare che la tesi qui criticata fallisca l'obiettivo e che la durata prevista dall'art. 1574 c.c. debba trovare applicazione alle sole, marginali fattispecie tuttora assoggettate alle norme del codice civile.

8.3. Nonostante un'autorevole voce in senso contrario⁽⁶⁸⁾, l'art. 1574 c.c. mi sembra tutt'oggi non applicabile (all'infuori delle tipologie regolate dal c.c.), visto che entrambi i modelli alternativi previsti dalla legge n. 431 – quello libero ex art. 2 co. 1 e quello agevolato ex art. 2 co. 3 – prevedono in via chiaramente imperativa la durata minima legale (*"di durata non inferiore a quattro anni"*, *"non possono avere durata inferiore a tre anni"*) in misura superiore a quella fissata dall'art. 1574 c.c..

La compresenza dei due modelli ha riaperto la questione del termine delle locazioni a tempo indeterminato. Ma è un falso problema quando si ragioni del contratto assistito da data certa anteriore (co. 1), la cui durata non può che essere quella pattuita e in difetto quella minima prevista in ragione del modello di contrattazione prescelto dalle parti⁽⁶⁹⁾ mentre, con riguardo alla locazione di fatto "imposta" e ricondotta a diritto ex art. 13 co. 5 – sempre che se ne ammetta l'applicabilità nei rapporti con il terzo avente causa (§ 7.3.) – è un problema da risolvere con riguardo alla portata determinativa che si ritenga di riconoscere alla sentenza di riconduzione: se estesa all'intero regolamento del contratto-tipo e quindi anche al profilo della durata (§ 6.4.1.), o circoscritta alla sola determinazione del canone vincolato (§ 6.4.2.).

9. La rinnovazione della locazione in corso di esecuzione.

Il quadro della disciplina applicabile alla locazione bensì opponibile al creditore procedente (e poi all'aggiudicatario) ma scaduta in corso di esecuzione è sostanzialmente pacifico e si articola nelle due categorie della rinnovazione tacita e del rinnovo automatico in ragione dei limiti del locatore all'esercizio del potere di disdetta alla prima scadenza negoziale.

9.1. Rinnovazione tacita. L'art. 560 c.p.c. vieta al custode (debitore o di nomina giudiziale) di concludere nuovi contratti di locazione senza autorizzazione del G.E. e nella nozione di "nuovo contratto" è compresa la rinnovazione tacita del contratto scaduto.

E infatti, il rinnovo tacito è l'effetto di una nuova manifestazione negoziale di ambo le parti che, non avvalendosi della facoltà di dare disdetta nel termine assegnato, perfezionano per tale via (mediante un silenzio dotato di valore legale tipico) un nuovo contratto⁽⁷⁰⁾.

Pertanto, se il pignoramento sopravviene prima che scada il termine per dare disdetta – rispettivamente di sei, dodici e diciotto mesi, secondo che s'abbia riguardo a locazioni abitative (art. 2 co. 1 e 5 legge n. 431), non abitative e alberghiere (art. 28 legge n. 392) – e il G.E. non autorizza il custode a rinnovare la locazione, la posizione del conduttore cessa *ipso jure* di essere assistita da un titolo giuridico efficace.

All'effetto di impedire il rinnovo *non è dunque necessario* che il custode dia tempestiva disdetta al conduttore, poiché la fattispecie terminativa del rapporto è qui indipendente dalla determinazione negoziale del locatore/custode e si riallaccia alla funzione pubblicistica dell'amministrazione dei beni pignorati. Il punto, già motivo di perplessità⁽⁷¹⁾, è stato recentemente affrontato dalla Cassazione che, investita dello specifico motivo, ha ribadito la propria stabile giurisprudenza che nega automaticamente il rinnovo tacito del contratto per effetto della mera pendenza del procedimento espropriativo e della mancata autorizzazione da parte del G.E. e dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal ricorrente, osservando che "la peculiare funzione del pignoramento nell'ambito del processo di esecuzione ben giustifica la particolarità della sua disciplina; particolarità nella quale si inquadra in modo del tutto armonico e coerente l'art. 560 c.p.c., citato comma 2"⁽⁷²⁾.

L'ambito di applicazione di questa regola di giudizio s'è, peraltro, ristretto dopo che la legge n. 431 ha esteso anche alle locazioni abitative il limite legale alla facoltà di disdetta alla prima scadenza (§ 9.2.). Va da sé che per la seconda (e ogni successiva) scadenza negoziale la regola torna applicabile a tutte le locazioni, abitative e non.

9.2. Rinnovazione e/o proroga automatica. Nelle locazioni non abitative (art. 29 legge n. 392) e in quelle abitative concluse secondo il modello ordinario (artt. 2 co. 1 e 3 legge n. 431) o agevolato (art. 2 co. 3 e 5, art. 3 legge n. 431) alla prima scadenza negoziale il locatore ha facoltà di dare disdetta soltanto per uno dei motivi tipizzati dalla legge stessa, in difetto della quale – e sempre che il conduttore a sua volta non disdica – il contratto si rinnova per un identico periodo (artt. 29 e 2 co. 1) o è prorogato di un biennio (art. 2 co. 3).

Il limite all'autonomia negoziale del locatore non può che riverberarsi sulla posizione del custode dell'immobile pignorato, poiché è chiaro che il conduttore non deve ricevere pregiudizio

nel suo diritto al rinnovo per il solo fatto che i poteri di amministrazione del bene sono trapassati dal debitore al custode (o al terzo aggiudicatario).

Dunque "la rinnovazione tacita del contratto alla prima scadenza contrattuale, per il mancato esercizio da parte del locatore, della facoltà di diniego della rinnovazione stessa (art. 28 e 29 l. 27 luglio 1978 n. 392) costituisce un effetto automatico scaturente direttamente dalla legge e non da una manifestazione di volontà negoziale. Ne consegue che, in caso di pignoramento dell'immobile ... siffatta rinnovazione non necessita dell'autorizzazione del giudice dell'esecuzione, prevista dal comma 2 dell'art. 560 c.p.c." ⁽⁷³⁾.

9.3. Con riguardo agli immobili a uso non abitativo, l'art. 29 legge n. 392 non contempla la necessità di vendere come giustificato motivo per disdire la locazione alla prima scadenza e pertanto il contratto fisiologicamente prosegue per un ulteriore sessennio o novennio. Viceversa, l'art. 3 lett. g) legge n. 431 prevede tra i motivi idonei *"quando il locatore intenda vendere l'immobile a terzi e non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione. In tal caso al conduttore è riconosciuto il diritto di prelazione, da esercitare con le modalità di cui agli articoli 38 e 39 della legge 27 luglio 1978, n. 392"*.

Con uno sforzo creativo, s'è osservato che la norma "consente di affermare che la vendita forzata dell'immobile locato, in quanto esso è per definizione l'unico del debitore, esclude il rinnovo automatico della locazione « compensando » il conduttore con il diritto di prelazione da esercitarsi con le modalità di cui agli artt. 38 e 39 della legge sull'equo canone; sicché l'ufficio esecutivo, nel disporre la vendita forzata dell'immobile locato, ha certamente il potere ... di negare il rinnovo automatico alla locazione" ⁽⁷⁴⁾.

In disparte l'evidente interesse di questa soluzione, per la sua possibilità di vendere l'immobile come libero, e quindi con prospettive di realizzo tendenzialmente migliori, frustrando in radice eventuali frodi in danno dell'aggiudicatario, nutro gravi perplessità sul fondamento giuridico della tesi. E non sembra un caso che l'unico precedente ad oggi noto, ancorché inedito, abbia respinto l'azione promossa dal custode per far accertare la legittimità della disdetta ex art. 3 lett. g) ⁽⁷⁵⁾.

9.3.1. In primo luogo, il punto di equilibrio disegnato dall'art. 3 lett. g) consiste nella perdita del diritto di insistenza, come effetto della disdetta, contro l'attribuzione della prelazione nell'acquisto dell'immobile. Non è possibile disdire il contratto senza che al contempo all'ex

conduttore compete la facoltà legale di acquistare l'immobile nella vendita forzata, esercitando la prelazione e quindi senza partecipare all'asta e alla gara dei rilanci, ma a prezzo di aggiudicazione ormai fissato. E non può (ovviamente) trattarsi di una prelazione purchessia, magari discrezionalmente concessa dall'ufficio esecutivo, poiché un tale potere non compete al G.E. se già non trova fondamento in una conforme previsione di legge.

In tal senso anche il Trib. Reggio Emilia 12.5.2008: "la *ratio* della disciplina è chiara: si tratta di una finalità di equo contemperamento dei contrapposti interessi (da un lato, quello del locatore ad alienare l'immobile vuoto di persone per conseguire un prezzo certamente maggiore e, dall'altro, quello del conduttore alla protrazione del rapporto); il diniego di rinnovo alla prima scadenza per essere necessaria la vendita dell'immobile comporta un sicuro sacrificio per il conduttore che, pur avendo fatto affidamento su di una durata legale di anni 4+4, si vede costretto a liberare anzi tempo la casa che aveva destinato ad abitazione; tale sacrificio tuttavia viene compensato dal legislatore con il riconoscimento di un diritto di prelazione nell'acquisto di quello stesso immobile".

9.3.2. Può allora il diritto di prelazione ex art. 38 legge n. 392 esercitarsi nella vendita forzata ?

Se si risponde affermativamente a questa domanda, la prelazione deve allora essere coerentemente ⁽⁷⁶⁾ riconosciuta anche al conduttore di immobile ad uso non abitativo (salvi i casi di esenzione ex art. 35 e 41), poiché l'art. 3 lett. g) non prevede una prelazione differente da quella già prevista dalla legge sull'equo canone, ma soltanto una specificazione della "intenzione di vendere". È superfluo osservare che in tal caso l'ufficio esecutivo non ha il potere di disdire la locazione e che pertanto la prelazione si risolve in un secco vantaggio per il conduttore, che può acquistare e può comunque restare nel godimento dell'immobile, e in una secca perdita per la procedura, visto che la prelazione allontana dalla partecipazione all'asta e alla gara dei rilanci un potenziale interessato.

Se invece si nega l'applicabilità dell'art. 38 alla vendita forzata, allora neppure la disdetta è possibile per le ragioni che perspicuamente ha evidenziato il Trib. Reggio Emilia: "il conduttore di immobile successivamente pignorato, e quindi destinato alla vendita - laddove si consentisse l'applicazione dell'art. 3 lett. g) l. 431/98 - si troverebbe nella pregiudizievole condizione di dover lasciare l'immobile senza ottenere alcun compenso [*id est* la prelazione] e ciò al solo scopo di avvantaggiare i creditori del locatore che potrebbero realizzare un ricavato più alto dalla vendita dell' immobile non più locato".

A mio modo di vedere, la risposta deve essere negativa. L'art. 38 non dichiara *expressis verbis* la sua inapplicabilità alla vendita forzata (diversamente ad es. dall'art. 8 legge 26.5.1965 n. 590 in materia di prelazione agraria⁽⁷⁷⁾), sennonché:

- la formulazione del testo normativo non lascia adito a grossi dubbi, visto che la prelazione sorge quando "il locatore *intenda* trasferire a titolo oneroso l'immobile locato", ed è previsto il versamento del prezzo "contestualmente alla stipulazione del *contratto* di compravendita o del contratto preliminare";

- l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 38 è stabilmente orientata nel senso che "il diritto di prelazione che l'art. 38 della legge sull'equo canone riconosce al conduttore di immobili adibiti ad uso non abitativo, presuppone la volontarietà ... dell'alienazione. Pertanto la norma non trova applicazione nel caso di vendita forzata dell'immobile locato"⁽⁷⁸⁾.

Quest'interpretazione corrente è – si intende – sempre revocabile in dubbio, ma allo stato di questa resipiscenza non vedo grosse tracce nella giurisprudenza edita e non mi pare argomento sufficiente addurre l'inconveniente⁽⁷⁹⁾ che in tal modo si consentirebbe al locatore di far cessare la locazione vendendo privatamente per soddisfare i suoi creditori, mentre altrettanto non sarebbe consentito di fare ai creditori che espropriano l'immobile, visto che quest'incoerenza è immanente al sistema ogni qual volta si discuta di limiti all'esercizio della prelazione, anche di origine legale⁽⁸⁰⁾.

10. (Segue). L'azione di rilascio nei confronti dell'ex conduttore.

L'inapplicabilità del tacito rinnovo in corso di esecuzione apre un'interessante questione, quando si passa a esaminare gli strumenti di cui la procedura (ossia il custode) prima e l'aggiudicatario poi dispongono per far cessare la detenzione dell'ex conduttore, ormai soltanto di fatto perché non più assistita da un titolo giuridico al godimento. La questione non è peraltro esclusiva della locazione scaduta: vale (tendenzialmente) ogni qual volta si discuta della liberazione dell'immobile nei confronti di un terzo privo di titolo opponibile, ma la cui detenzione è iniziata *prima* del pignoramento.

10.1. Nei rapporti con l'aggiudicatario, la posizione dell'ex conduttore può assimilarsi senza difficoltà a quella dell'occupante *sine titulo*.

E infatti, nel risolvere il conflitto col conduttore, l'aggiudicatario prende grado dalla data del pignoramento (art. 2923). La locazione anteriore al pignoramento dunque non gli è (più) opponibile perché ha cessato i suoi effetti prima della vendita. Per il tratto successivo alla

scadenza, nessun contratto nuovo può essergli opposto a causa dell'inefficacia del meccanismo di rinnovo tacito, così come gli è certamente inopponibile una locazione *ab origine* stipulata dopo il pignoramento.

L'aggiudicatario in definitiva non assume la veste di locatore, né subentra nel relativo rapporto: ai fini della liberazione dell'immobile non è dunque necessario avvalersi delle azioni ordinarie, ma è titolo esecutivo sufficiente il decreto di trasferimento, oggi anticipato negli effetti dall'ordine di liberazione successivo all'aggiudicazione, che il custode è tenuto a eseguire "nell'interesse dell'aggiudicatario".

Su quest'ultimo punto mi permetto di non indugiare, perché esiste al riguardo un generale consenso ⁽⁸¹⁾ sul fatto che i due titoli esecutivi – l'ordine di liberazione ex art. 560 co. 3 e l'ingiunzione di rilascio contenuta nel decreto ex art. 586 c.p.c. – hanno pari efficacia esecutiva, e cioè "non solo nei riguardi del debitore esecutato ma anche nei confronti di chi si trovi nel possesso o nella detenzione dell'immobile medesimo, senza che vi corrisponda una situazione di diritto soggettivo (reale o personale) già opponibile al creditore pignorante e ai creditori intervenuti e in quanto tale opponibile anche all'aggiudicatario" ⁽⁸²⁾.

10.2. Assai più dubbia è la posizione del custode nei confronti della locazione anteriore, quando il termine viene a scadere in corso di esecuzione e il tacito rinnovo non può operare.

Fino alla scadenza del termine, è evidente che il custode – sostituendosi al debitore nell'interesse della procedura – ha assunto la veste di locatore, esercitandone i relativi poteri, riscotendo i frutti etc. È dunque lecito chiedersi se il subentro del custode (non nella titolarità ma) nella gestione del rapporto locativo sia idoneo a proiettare i propri effetti oltre la scadenza del termine, onerandolo di esperire le azioni ordinarie (convalida di sfratto per finita locazione) tipiche del locatore, senza potersi avvalere dello strumento dell'ordine di liberazione emesso dal G.E. ai sensi dell'art. 560 co. 3 c.p.c. prima dell'aggiudicazione (ossia quando nega al debitore l'autorizzazione a continuare a occupare l'immobile o revoca quella già concessa).

10.3. Prima della riforma del rito esecutivo del 2005-2006 l'esperimento della convalida di sfratto per finita locazione era pressoché inevitabile al fine di anticipare i tempi della liberazione dell'immobile a un momento anteriore al trasferimento ⁽⁸³⁾.

Ciò per due concorrenti ordini di motivi:

- l'ordinamento non attribuiva al G.E. alcun potere di ingiungere il rilascio prima e all'infuori della pronuncia del decreto di trasferimento;

- l'espedito elaborato dalle prassi virtuose, consistente nel riconoscere efficacia esecutiva all'ordinanza di sostituzione del debitore nella custodia ⁽⁸⁴⁾ non aveva di per sé a oggetto la liberazione dell'immobile, ma soltanto il trapasso dal debitore-custode al custode giudiziale degli stessi poteri di fatto spettanti al sostituto al momento del pignoramento; *ergo* poteva *accidentalmente* implicare la liberazione dei soli beni di cui il debitore aveva mantenuto la materiale disponibilità o di cui aveva trasmesso la detenzione a terzi *dopo* il pignoramento, ma non serviva a far cessare una detenzione di terzi iniziata prima di tale momento, ancorché poi inopponibile all'aggiudicatario ⁽⁸⁵⁾.

10.4. Subito dopo la riforma del 2005-2006, molti – me compreso – hanno continuato a ragionare del nuovo testo normativo utilizzando i vecchi occhiali dell'ordinanza di surroga del custode. Nel primo commento alla riforma osservai dunque, trattando dell'efficacia nei confronti dei terzi dell'ordine di liberazione anteriore all'aggiudicazione, che "se il debitore ha il solo possesso mediato dell'immobile, il quale si trova nella disponibilità di terzi in base a un titolo anteriore al pignoramento, il custode giudiziale non può acquisire per effetto della nomina un potere di fatto maggiore ed è quindi egli pure tenuto a rispettare il possesso o la detenzione del terzo.

Vale *a fortiori* tale conclusione nel caso in cui il debitore-custode sia privo di qualsivoglia relazione di fatto con l'immobile, per esserne stato spogliato da un occupatore abusivo in data anteriore al pignoramento, e non possa quindi trasmettere al custode giudiziale alcun potere inerente all'ufficio di custodia.

Gli anzidetti limiti della surroga nella custodia non valgono necessariamente quali limiti all'efficacia traslativa della vendita forzata, poiché esistono titoli di detenzione o possesso che, pur anteriori al pignoramento, non hanno efficacia in pregiudizio dei creditori e/o dell'aggiudicatario: senza pretesa di completezza, possono citarsi il contratto di locazione a canone vile ex art. 2923, quarto comma c.c., oppure scaduto in corso di esecuzione e non rinnovato, il comodato, i diritti di usufrutto abitazione ed uso pregiudicati ex art. 2812 c.c. dalla vendita forzata promossa dal creditore ipotecario anteriore. Egualmente è a dirsi per il possessore *sine titulo*, con l'ovvia eccezione che egli riesca a maturare il termine di possesso *ad usucapionem*.

Il che non significa che il custode non possa agire per la liberazione dell'immobile anche nei confronti di costoro – anzi è, in particolare, opportuno che assuma una siffatta iniziativa contro il possessore *sine titulo* al fine di evitare il maturarsi dell'usucapione – ma tale azione non può che

assumere le forme di un giudizio di cognizione (ordinario, cautelare ex art. 700 c.p.c., possessorio) in contraddittorio col terzo" ⁽⁸⁶⁾.

10.5. *Re melius perpensa*, inclino oggi a pensare che questa necessità – di avvalersi della convalida di sfratto per finita locazione nei confronti del terzo ex conduttore (e *amplius* delle azioni ordinarie nei confronti dei terzi detentori anteriori al pignoramento, ma privi di titolo opponibile) – sia venuta meno come conseguenza dell'espressa attribuzione al G.E. del potere di ordinare la liberazione.

Esaminiamo gli argomenti.

10.5.1. Oggetto del provvedimento giudiziale ex art. 560 co. 3 non è il trapasso dei poteri di custodia (come la vecchia ordinanza di surroga, elevata in via pretoria a titolo esecutivo), ma proprio il rilascio dell'immobile.

Di fronte a un titolo esecutivo per rilascio e al consolidato orientamento (vedilo alla nt. 82) che assegna (non al solo decreto di trasferimento ma) in generale ai titoli di tal fatta efficacia *ultra partes*, il criterio per decidere dell'estensione soggettiva non può dunque essere – come per il passato – il potere di fatto esercitato dal debitore al tempo del pignoramento, ma l'esistenza in capo al terzo intimato di un diritto (reale o personale) opponibile.

10.5.2. Destinatario del provvedimento è, nella lettera del codice, il solo debitore, visto che antecedente logico dell'ordine di liberazione *ante vendita* è il diniego o revoca dell'autorizzazione ad abitare. Ma quest'elemento ben difficilmente può essere sopravvalutato per negare all'ordine efficacia nei confronti dei terzi. E infatti la condanna al rilascio non può che essere pronunciata (fisiologicamente) nei confronti della parte processuale ⁽⁸⁷⁾. Nondimeno, una volta emessa, non soffre limiti nell'estensione soggettiva, potendo essere legittimamente portata a esecuzione anche nei confronti di terzi che non hanno preso parte al procedimento.

Già in base a questi criteri, la mera detenzione pur consentita dal debitore oppure l'occupazione *sine titulo* iniziata *invito domino* in data anteriore al pignoramento non attribuiscono al terzo un diritto (reale o personale) purchessia e quindi non danno titolo a resistere fondatamente al rilascio, né possono essere motivo perché il G.E. desista dal pronunciare l'ordine di liberazione ⁽⁸⁸⁾.

10.5.3. Il diritto opponibile osta certamente al rilascio, *rectius* legittima l'intimato non espropriato a proporre fondatamente opposizione. Ma diritto opponibile a chi ?

Se la posizione giuridica su cui si ritiene di misurare l'opponibilità del titolo del terzo è quella del debitore – nel senso che il custode non può far cessare gli stati di possesso o detenzione che lo stesso esecutato è tenuto a rispettare (si pensi a un comodato a termine o per scopo determinato, alla locazione scaduta non rinnovata, ai diritti di usufrutto, uso e abitazione pregiudicati ex art. 2812 c.c. dall'ipoteca anteriore) – le conclusioni non dovrebbero discostarsi di molto dall'orientamento formatosi prima della riforma.

Sta però il fatto – ed è questo il passaggio che mi sembra essenziale – che il custode giudiziale, pur sostituendosi al debitore nell'amministrazione del bene, agisce quale ausiliario del G.E. nell'interesse del creditore procedente e degli altri creditori intervenuti e in funzione della (più rapida e proficua) liquidazione dell'immobile.

Il che è quanto dire che la sua posizione, nei confronti dei terzi occupanti, deriva da quella del creditore procedente e pertanto è almeno in parte *autonoma e indipendente* rispetto a quella del debitore.

Rispetto al procedente, i titoli di possesso o detenzione vantati da terzi, ancorché consentiti dal debitore, non pregiudicano l'efficacia del pignoramento, né riducono l'estensione della proprietà e/o del godimento trasferibile all'aggiudicatario alle condizioni di cui agli artt. 2913, 2914, 2915 e 2923 c.c.. Questa stessa inefficacia nei confronti del potere espropriativo può essere ragionevolmente mutuata per giudicare dell'eseguibilità da parte del custode dell'ordine di rilascio nei confronti dei terzi ⁽⁸⁹⁾, poiché la previsione normativa dell'ordine di liberazione ha *anticipato quel conflitto* tra due pretese antagoniste aventi a oggetto la disponibilità materiale dell'immobile (qui del custode e del terzo occupante) che nell'impianto originario dei due codici era riservato a un momento successivo alla vendita forzata (§ 2.1.).

In conclusione il custode, agendo per il rilascio, può legittimamente ignorare i titoli di possesso o detenzione vantati da terzi che, per essere inefficaci nei confronti del procedente (nel senso dianzi precisato), non pregiudicano la trasmissione all'aggiudicatario, oltre che della proprietà, anche della relazione materiale con l'immobile.

Pertanto quella pari efficacia esecutiva tra decreto di trasferimento e ordine di liberazione – già ampiamente riconosciuta al provvedimento emesso o eseguito dopo l'aggiudicazione (§ 10.1.) – può ritenersi estesa anche all'ordine emesso prima che l'aggiudicazione si compia, anche perché è stato acutamente osservato che "la natura del provvedimento ex art. 560 c.p.c. non muta a seconda delle diverse fasi processuali in cui è emesso o viene portato ad esecuzione (anzi, l'inciso

«anche successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento» manifesta che gli effetti dell'ordine restano identici, indipendentemente dal momento in cui è stato emesso o attuato)"⁽⁹⁰⁾.

10.6. Tornando al tema di partenza – di quali strumenti dispone il custode per ottenere il rilascio dell'immobile dal conduttore a seguito del mancato rinnovo della locazione anteriore – credo che queste conclusioni, se condivise, rendano oggi superfluo l'esercizio dell'azione di convalida di sfratto per finita locazione.

L'azione non ha carattere costitutivo, diversamente dallo sfratto per morosità, e presuppone che il contratto sia già scaduto: come conseguenza di precedente disdetta, perché il rinnovo tacito è stato escluso per accordo tra le parti o infine in ragione del divieto ex art. 560 cpv.. Funzione della citazione per convalida è dunque principalmente "ottenere il titolo per il rilascio forzato dell'immobile"⁽⁹¹⁾: ciò di cui il custode non necessita, visto che l'ordine del G.E. è titolo egualmente idoneo a liberare l'immobile.

L'emissione dell'ordine di rilascio, in luogo della convalida di sfratto per finita locazione, non riduce la garanzia della giurisdizione, vista la possibilità per l'intimato di opporsi al rilascio mediante opposizione ex art. 615 e far valere in quella sede le stesse difese ed eccezioni che avrebbe potuto proporre nel giudizio di convalida. E quindi il ricorso all'azione di convalida non è neppure necessario per salvaguardare il diritto del conduttore alla tutela giurisdizionale⁽⁹²⁾.

11. La redditività dell'immobile pignorato. Inopponibilità della locazione "a canone vile".

Cosa fa il cattivo pagatore per rendere poco interessante e poco appetibile il suo immobile? Ne svilisce il valore di mercato concludendo una locazione, meglio se per una lunga durata, per un canone decisamente inferiore a quello di mercato.

Il sintomo di fraudolenza dell'operazione è qui tanto evidente, che l'art. 687 cpv. c.p.c. 1865 prevedeva che "la locazione non è mantenuta se sia stata fatta in frode. La frode si presume se il fitto sia inferiore di un terzo a quello risultante da perizia o da locazioni precedenti".

L'art. 2923 co. 3 c.c. riformula la norma del 1865 dichiarando *ipso jure* inopponibile all'acquirente la locazione a canone obiettivamente "inferiore di un terzo al giusto prezzo o a quello risultante da precedenti locazioni" e, abbandonando ogni riferimento alla presunzione di frode, tronca ogni questione sull'ammissibilità della prova contraria (assenza di frode)⁽⁹³⁾, né esige che la locazione sia stata posta in essere proprio dal debitore pignorato⁽⁹⁴⁾, anziché da un suo dante causa o dall'usufruttuario deceduto (cfr. art. 999 c.c.), né infine che il contratto sia stato stipulato in periodo "sospetto", ossia in prossimità del pignoramento.

Ora, quest'istituto ha dato luogo ad eleganti dispute (sul tempo di valutazione di iniquità del prezzo, sul concorso dei due criteri alternativi dimostrativi dell'iniquità etc.) che tuttavia non sono di immediato interesse per un'applicazione efficiente che valga a neutralizzare la frode implicita nell'esiguità del canone. A questi effetti, mi pare più interessante provare ad esaminare altre due questioni: in quale contesto processuale opera l'eccezione di inopponibilità e a chi spetta la legittimazione a eccepire.

11.1. Quanto al contesto processuale, deve trattarsi evidentemente di una causa di cognizione. Secondo un autore l'aggiudicatario è onerato di esperire "una domanda di condanna alla consegna o rilascio" ⁽⁹⁵⁾, ma l'aggiudicatario non ha ragione di agire preventivamente in cognizione, perché già dispone del titolo esecutivo per rilascio rappresentato dal decreto di trasferimento ⁽⁹⁶⁾, e non v'è motivo di credere che l'inefficacia della locazione "a canone vile" sottenda la necessità di una pronuncia di tipo costitutivo con efficacia *ex nunc*.

Almeno di regola, dunque, la dialettica processuale si svolgerà secondo lo schema *precetto (o monitoria) di sgombero – opposizione all'esecuzione per rilascio – eccezione di inopponibilità per esiguità del canone* e all'accoglimento dell'eccezione ex art. 2923 co. 3 seguirà anche il rigetto dell'opposizione e la possibilità di proseguire le operazioni di rilascio.

Anche così, tuttavia, la pronuncia di condanna al rilascio conserva una qualche utilità, se l'efficacia esecutiva del titolo e/o l'esecuzione è stata sospesa, visto che consente all'acquirente di intimare immediatamente al conduttore un nuovo precetto per rilascio (basato sul nuovo titolo), senza dover eventualmente attendere il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado o il rigetto dell'opposizione in appello ex art. 627 c.p.c. per riassumere il processo esecutivo già iniziato.

11.2. Questione più delicata si dà con riguardo alla legittimazione a far valere l'inopponibilità. L'art. 2923 c.c. l'attribuisce al solo aggiudicatario e non anche al precedente o agli altri che partecipano all'espropriazione e l'art. 560 c.p.c. – che in qualche modo stempera gli effetti della lacuna normativa – non può operare qui per colpire la locazione a canone vile di autonoma inefficacia nei confronti della procedura, visto che la stessa è anteriore, benché inopponibile, e quindi non ricade nel campo di applicazione della norma processuale.

Chi ha analizzato la questione sotto il vigente codice inclina a ritenere che la norma debba interpretarsi restrittivamente e che pertanto ai creditori, non essendo dato di far valere l'eccezione ex art. 2923 co. 3, non possa competere altro mezzo di tutela che l'azione revocatoria

ordinaria⁽⁹⁷⁾. Ma la questione, a mio modo di vedere, è mal posta. Primo, come già ho osservato (§ 2.2.), se la locazione è inopponibile all'acquirente, ciò significa che il G.E. può ignorare nella determinazione del prezzo base il (notevole) deprezzamento altrimenti indotto dall'esiguità del canone e perciò dalla scarsa redditività del capitale investito dall'acquirente: la tutela dell'acquirente protegge dunque gli interessi degli stessi creditori. Secondo, affermare che l'eccezione compete all'aggiudicatario equivale a dire che di quest'inopponibilità l'acquirente può avvalersi ancorché il punto dell'esiguità del canone non abbia formato oggetto di una pronuncia di cognizione (tra creditori e conduttore) prima della vendita forzata. Ergo la norma neutralizza il pregiudizio giuridico che può derivare ai creditori dalla locazione in frode, senza al contempo onerarli di esperire la revocatoria ordinaria sulla locazione (che è quindi inutile)⁽⁹⁸⁾ e per il tramite di uno strumento processuale certamente più agile.

11.2.1. Operativamente dunque il G.E. (in generale o quando si convince che il canone è vile) conferisce al perito incarico di indicare il giusto canone di mercato (o il canone pattuito in precedenti locazioni, se ve ne sono). Chiaramente questa perizia non può "fare stato" nei confronti del conduttore ma fornisce comunque un elemento di valutazione che può essere messo a disposizione del delegato (per predisporre l'avviso di vendita), del custode e dell'aggiudicatario (per rispondere a un'eventuale opposizione al rilascio dell'immobile).

Nella predisposizione dell'avviso di vendita, il dato di perizia ("canone vile") esige di essere adeguatamente chiarito al profano nelle sue implicazioni pratiche: ad es. *"Immobile locato con contratto registrato prima del pignoramento, ma verosimilmente non opponibile all'aggiudicatario perché stipulato a canone inferiore a quello di mercato. A seguito dell'aggiudicazione il G.E. ordinerà la liberazione dell'immobile"* (variante: *"è in corso la liberazione dell'immobile"*).

11.2.2. Le determinazioni dell'ufficio esecutivo in punto vendita non esauriscono però il discorso sulla legittimazione. Non basta presentare a parole l'immobile come "libero da vincoli" se poi nei fatti è ancora occupato dal conduttore "a canone vile". E le stesse parole della perizia (e poi dell'avviso di vendita) esprimono valutazioni unilaterali che ancora non sono state offerte al contraddittorio del conduttore contro-interessato e potrebbero riuscire smentite in un eventuale giudizio di cognizione, successivo all'aggiudicazione, frustrando l'aspettativa dell'acquirente ad essere immesso nel godimento dell'immobile nello stesso arco di tempo in cui perfeziona l'acquisto della proprietà.

In definitiva, l'interpretazione che riserva al solo aggiudicatario (seguendo il tenore letterale della norma) l'eccezione di inopponibilità della locazione ex art. 2923 co. 3, se basta ad eliminare il pregiudizio giuridico arrecato da quella frode, non elide però, se non in minima parte, il pregiudizio "di fatto" arrecato dalla relativa incertezza – nel momento in cui la vendita si compie – intorno all'esiguità del canone e all'effettiva possibilità di liberare il bene dal gravoso peso della locazione a canone lieve: incertezza già di per sé idonea ad allontanare il pubblico degli interessati e a spingere al ribasso la dinamica dei prezzi.

11.2.3. Il punto dunque su cui occorre riflettere è l'estensione al custode del potere di eccepire l'esiguità del canone al fine di ottenere la liberazione dell'immobile nell'intervallo tra l'autorizzazione alla vendita e il momento in cui la vendita si compie.

Prima della riforma del 2005-2006, aveva osservato Roberto Fontana che "non pare invece comunque possibile la pronuncia di un'ordinanza di liberazione [in allora di surroga del custode] con riferimento all'ipotesi in cui il custode intenda far valere la non opponibilità della locazione ai sensi dell'art. 2923, 3° co. c.c. (canone vile). Ammesso che il custode possa invocare questa fattispecie di inopponibilità, in ogni caso si sarebbe in presenza di un atto preesistente al pignoramento e quindi la posizione del terzo non potrebbe essere equiparata a quella del debitore esecutato: il custode, se legittimato, deve esercitare una normale azione salvo, se ne ricorrono i presupposti, richiedere l'emissione di un provvedimento d'urgenza"⁽⁹⁹⁾.

La riforma suggerisce però, anche in tal caso, quel mutamento di prospettiva che ho già evidenziato trattando dell'efficacia dell'ordine di rilascio nei confronti di titoli di detenzione e possesso non opponibili (§ 10.5.3): se si conviene cioè che l'ordine di rilascio anticipa quel conflitto che l'art. 2923 c.c. riservava a dopo la vendita e che il potere del custode consiste oggi nell'acquisire (non quello stesso potere di fatto esercitato dal debitore al momento del pignoramento ma) un potere di fatto commisurato all'estensione del futuro trasferimento, esistono buoni elementi per ammettere la pronuncia dell'ordine di liberazione anche in caso di locazione "a canone vile"⁽¹⁰⁰⁾, salva facoltà di opposizione. *A fortiori*, trova oggi più consistente base la tesi che riconosce al custode la possibilità di agire per l'accertamento dell'esiguità del canone, eventualmente cumulando tale domanda con quella di simulazione assoluta della locazione⁽¹⁰¹⁾.

11.3. Il primo parametro offerto dall'art. 2923 consiste nel "giusto prezzo": sotto la legge n. 392 per le locazioni abitative era, e non poteva che essere, evidentemente quello fissato in base

alle norme sull'equo canone⁽¹⁰²⁾. Dopo la riforma del 1998, un autore – peraltro in genere attento – ha sostenuto che "il giusto prezzo ex art. 2923 3° co. c.c., che prima della riforma corrispondeva all'equo canone dell'immobile, va ora inteso come canone concordato ai sensi dell'art. 4 l. n. 431/1998"⁽¹⁰³⁾.

L'illazione sembra tuttavia il frutto di un'affrettata sovrapposizione. Il canone vincolato s'applica infatti, sotto pena di nullità (art. 13 co. 4), soltanto ai contratti-tipo conclusi dalle parti ai sensi dell'art. 2 co. 3, visto che la legge ha liberalizzato il mercato delle locazioni abitative. E alla libera scelta negoziale delle parti, di concludere un contratto-tipo a canone vincolato – anziché uno a canone libero – si accompagnano dei vantaggi compensativi per il locatore, consistenti nella riduzione della durata del contratto e nel godimento di benefici fiscali.

Risulta dunque arbitrario estrapolare un pezzo della disciplina del contratto-tipo (la misura del canone vincolato) per assumerlo come parametro di "giusto prezzo" agli effetti dell'art. 2923 co. 3, quando si discuta di un contratto ordinario 4+4 o di un contratto stipulato per una durata anche maggiore, poiché è evidente che la maggior durata del vincolo e l'assenza di benefici fiscali non possono che implicare, in un'onesta trattativa, un incremento del corrispettivo richiesto per la concessione del godimento dell'immobile.

In conclusione, per giudicare dell'inopponibilità della locazione, è consentito riferirsi al canone vincolato soltanto quando il contratto sia del tipo 3+2, mentre ogni altra fattispecie, proprio perché ricade nel campo della locazione libera, esige un apprezzamento del "giusto prezzo" ricavabile sul libero mercato.

11.4. Il concorso di due criteri, del "giusto prezzo" e del "prezzo ricavabile da precedenti locazioni", per valutare l'equità del canone pattuito può evidentemente restituire risultati difformi ai fini del giudizio di opponibilità⁽¹⁰⁴⁾. Quale criterio adoperare ?

Secondo una risalente pronuncia, mai smentita nella (poca) giurisprudenza successiva, la norma codifica una *regola di giudizio* che lascia al giudice ampia discrezionalità di scelta tra i due criteri anche in funzione della *ratio legis* della norma che è "in definitiva, quella di richiedere che la locazione opponibile al terzo aggiudicatario non si presenti sospetta e, comunque, non eccessivamente dannosa per il terzo, a causa di un notevole squilibrio tra il valore effettivo del godimento della cosa ed il corrispettivo convenuto con il conduttore"⁽¹⁰⁵⁾.

Quest'indirizzo giurisprudenziale è stato accusato di arrogare ai giudici un eccesso di arbitrio in conflitto con l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e in reazione larga parte della dottrina⁽¹⁰⁶⁾ ha interpretato la norma come attributiva al soggetto tutelato di un potere di scelta

insindacabile tra i due criteri – quasi si trattasse di due autonomi e concorrenti fatti costitutivi dell'eccezione di inopponibilità – e ha ritenuto di scorgere un fondamento processuale della propria tesi nell'onere di allegare la *causa petendi*.

La questione sembra però mal posta. La *ratio legis* dell'art. 2923 co. 3 consiste nell'assicurare all'acquirente una rendita fondiaria approssimativamente adeguata all'effettivo valore d'uso del bene, *recte* al valore che dal bene è consentito ritrarre offrendolo in godimento a terzi. Diciamo "approssimativamente", perché nei limiti del terzo il sacrificio delle ragioni dell'acquirente è tollerato, nel senso che la locazione resta opponibile ancorché convenuta per un canone che non restituisce all'acquirente il pieno valore d'uso. La *causa petendi* consiste dunque nell'inadeguatezza della remunerazione, ossia nel "notevole squilibrio" tra valore d'uso e canone e tanto basta, mi pare, a soddisfare l'onere di allegazione.

Come provare il notevole squilibrio? È questa la prospettiva, squisitamente *probatoria*, in cui si colloca a mio modo di vedere l'art. 2923 co. 3, ossia i due criteri servono alla prova in giudizio dell'effettivo valore d'uso del bene. E poiché si tratta di mezzi di prova, non può destare scandalo che la giurisprudenza abbia ribadito anche in tal caso il principio del libero apprezzamento (art. 116 co. 1 c.p.c.).

"Giusto prezzo" è il canone astrattamente ricavabile sul mercato per un immobile di pari caratteristiche e condizioni ed è dunque sempre accertabile mediante perizia (come prevedeva l'art. 687 cpv. del codice abrogato), produzione di borsini di agenzie immobiliari e perfino, secondo la giurisprudenza, col ricorso al fatto notorio⁽¹⁰⁷⁾. Il significato di "giusto prezzo" nell'art. 2923 è dunque non lontano da quello che esso assume nell'art. 1474 c.c. per determinare in via suppletiva il prezzo di vendita.

Non v'è però necessità di disporre una perizia, acquisire borsini etc. quando esiste un altro e più affidabile indice del valore d'uso, ossia la misura dei canoni che in passato sono stati accettati e corrisposti per ottenere il godimento proprio di quel bene: ciò sulla base della massima d'esperienza che nessuno è disponibile a corrispondere un canone superiore all'utilità che è in grado di ritrarre dal godimento del bene.

Notiamo però che il criterio del "prezzo ricavabile da precedenti locazioni" è in generale meno affidabile del "giusto prezzo" stimato. La norma non pone limiti alla risalenza temporale delle precedenti locazioni, *ergo* non contempla dinamiche inflazionistiche. È possibile che tra l'uno e l'altro contratto l'immobile sia stato ad es. ristrutturato o gravemente danneggiato, o che sia mutato il contesto urbano, così da giustificare la differenza tra il prezzo in allora ricavato e quello ricavabile in seguito etc.⁽¹⁰⁸⁾.

In definitiva, le "precedenti locazioni" forniscono al giudice una prova precostituita, che non esige accertamenti peritali, di natura però soltanto indiziaria e dunque tanto meno convincente quanto più la situazione esistente al tempo della precedente locazione si discosta dall'attuale. Se però a breve distanza di tempo, *ceteris paribus*, la rendita fondiaria dell'immobile, ossia il canone, si riduce notevolmente (in misura pari o superiore al terzo), ecco che quella locazione risulta sospetta di frode ai creditori: ed è verosimilmente per questo motivo che l'art. 2923 co. 3 consente al giudice di ritenere provata l'iniquità del canone anche per il tramite delle sole "precedenti locazioni".

12. (Segue). Anticipazioni di pagamento sui canoni a scadere.

Restando sul tema della redditività dell'immobile pignorato condotto in locazione, merita molta attenzione da parte dei G.E. la prassi del locatore-cattivo pagatore, sovente in difficoltà finanziaria, di farsi anticipare il corrispettivo della locazione per tutta la durata del rapporto o per un consistente numero di annualità: per dare la misura del fenomeno di cui discutiamo, dirò che talora ho visto anticipazioni di 5, 8 e perfino 15 o 30 anni.

12.1. Lo scopo empirico dell'operazione è piuttosto evidente.

Col pagamento anticipato il locatore riceve per cassa, e sia pure con il c.d. sconto finanziario, il corrispettivo di un godimento ancora a venire. Poiché è evidente che, almeno *inter partes*, il conduttore non è tenuto ad adempiere nuovamente, il pagamento anticipato consuma oggi la redditività futura dell'immobile.

Finché la vicenda riguarda locatore e conduttore, *nulla quaestio*. Sta però il fatto che, ai sensi dell'art. 821 c.c., i frutti civili maturano *de die in diem* e pertanto, in caso di trapasso della proprietà (alienazione volontaria; vendita forzata) o di perdita del potere di amministrazione dell'immobile (pignoramento) i canoni per il periodo di godimento successivo sono rispettivamente di competenza dell'acquirente (art. 1602 c.c.) e della massa creditoria (art. 2912 c.c.).

L'anticipazione, oltre a soddisfare un eventuale bisogno immediato di liquidità, serve dunque anche (e soprattutto) a consentire al locatore di appropriarsi degli incassi che *a posteriori*, secondo un criterio di competenza, apparterranno non a lui ma a un terzo. Di più, la consumazione della redditività futura implica, specie se pluriennale, un notevole deprezzamento dell'immobile ai fini della formazione del giusto prezzo di vendita e ne riduce l'appetibilità, non diversamente dalla locazione a canone vile⁽¹⁰⁹⁾.

Non si è dunque lontani dal vero nel segnalare l'anticipazione dei canoni futuri come l'ennesimo esempio di utilizzo fraudolento della locazione nel tentativo di svilire l'immobile e protrarne indefinitamente la perdita per il tramite della vendita forzata. Non a caso, il codice civile vi dedica quattro norme (artt. 1605, 2812, 2918, 2924 c.c.), di cui le ultime tre regolano l'opponibilità rispettivamente al creditore ipotecario, al chirografario pignorante e all'aggiudicatario dei patti di cessione del credito o di liberazione anticipata.

12.2. Dato comune è unificante di queste norme è la previsione, perché il patto assuma efficacia *erga omnes*, di precise condizioni modulate in funzione della sua estensione temporale: data certa anteriore se la liberazione è pari o inferiore al triennio; trascrizione anteriore (art. 2643 n. 9 c.c.) se il patto ha un'estensione superiore ai tre anni.

Queste condizioni si traducono in altrettanti limiti al libero esercizio dell'autonomia negoziale, i quali trovano giustificazione nella ripercussione dell'anticipazione nella sfera giuridica di terzi che sono estranei al patto e hanno titolo a pretendere un'esecuzione della locazione bilateralmente periodica.

Sul piano effettuale, se il patto non è opponibile all'avente causa del locatore, neppure al pagamento potrà essere riconosciuta efficacia liberatoria. Il conduttore è quindi tenuto ad adempiere di nuovo a mani della procedura esecutiva e poi dell'aggiudicatario, salva ripetizione dell'indebito nei confronti del locatore *accipiens*. Implicitamente, comminando l'inefficacia dell'anticipazione, il codice scarta quindi l'altra possibile soluzione, consistente nell'obbligo del locatore di rimettere all'avente causa il pagamento anticipato di sua competenza. Non è difficile cogliere il pensiero riposto del codice: se si considera che il locatore è a sua volta debitore pignorato (se non addirittura fallito), obbligarlo a restituire l'incasso ha poco senso, perché non attribuisce al ceto creditorio un nuovo debitore ⁽¹¹⁰⁾ ed è comunque uno strumento verosimilmente inidoneo a consentire ai creditori di soddisfare il diritto alla percezione dei canoni maturati in corso di procedura.

12.3. La fattispecie presa in esame nelle norme in questione consiste nella "cessione o liberazione" dei canoni ancora non scaduti, dove per "liberazione" si intende qualsivoglia fattispecie di estinzione dell'obbligo: vi rientrano dunque la compensazione volontaria, la remissione del debito e anche, evidentemente, il pagamento anticipato.

Ma "anticipato" rispetto a che cosa? La dottrina, prevalentemente ragionando di un'alienazione negoziale ⁽¹¹¹⁾ e con scarsa attenzione ai profili di frode ai creditori insiti in questi

patti, tende a riferire la nozione di "canoni non scaduti" a quelli per i quali non è ancora decorso il termine contrattuale di esigibilità (anticipazione c.d. in senso giuridico) ed esclude perciò che le norme in questione, inclusi i limiti di efficacia previsti, si applichino ai canoni esigibili a termini di contratto, ma riferiti a un periodo di godimento futuro (anticipazione c.d. in senso economico).

Di modo che sarebbe anticipazione giuridica, fulminata di inefficacia dalla norma, il pagamento del canone prima della scadenza negoziale (ad es. pattuiti una durata 4+4 e il pagamento il 5 di ogni mese, il conduttore decide di pagare in unica soluzione il corrispettivo per l'intera durata), mentre sarebbe del tutto inattaccabile ai sensi degli artt. 2812, 2918 e 2924 c.c., perché anticipazione solo economica, il pagamento in unica soluzione per l'intera durata del rapporto se le parti così hanno previsto nel contratto⁽¹¹²⁾.

12.4. L'insostenibilità di quest'opinione mi sembra evidente.

Primo, gli artt. 1605 e 2924 c.c. (e, deve credersi, anche le altre norme che pure per mancanza di coordinamento non vi fanno riferimento) fanno salve "le anticipazioni fatte in conformità agli usi locali". Un autore ha osservato che questa clausola è assurda giacché "non esiste alcun uso locale che preveda un pagamento anticipato rispetto ai termini di scadenza convenuti dalle parti, o addirittura che prevalga su di essi"⁽¹¹³⁾ – onde è che l'anticipazione conforme agli usi locali dovrebbe gioco forza riferirsi (non al termine di esigibilità ma) al periodo di godimento futuro – ma non riuscendo a ricomporla convincentemente nel quadro, frutto di un preconcetto, della repressione delle sole anticipazioni giuridiche, ha preferito accantonarla nella ricostruzione della norma.

Certo l'espressione "canoni non scaduti" non è felicissima. Ma proprio la clausola di salvezza delle sole anticipazioni in "conformità agli usi locali" (e dunque inopponibilità *a contrario* di quelle difformi dagli usi e non assistite da data certa o trascrizione) rende evidente, mi pare, che il fenomeno che il codice intendeva colpire non riguarda tanto le anticipazioni rispetto al termine di esigibilità, ma proprio quelle c.d. economiche.

In quest'ottica, la conformità a consuetudine evita ingiustificatamente di esporre il conduttore a un secondo pagamento quando il canone è pagato per il mese intero, a bimestri o trimestri anticipati, o addirittura per l'intera annata agraria secondo gli usi invalsi negli affitti di fondo rustico. E il breve lasso di tempo in cui l'immobile è privato della sua redditività è tale da rendere sostanzialmente irrilevante quel pagamento anticipato nella complessiva economia della liquidazione forzata e quindi, altresì, tollerabile che il conduttore non si premunisca di una quietanza con data certa anteriore.

Al contrario, anticipazioni più ampie non assistite dagli usi e quindi – seguendo l'intuizione del codice – abnormi, frutto di improbabili idiosincrasie delle parti (o più spesso di collusioni in frode), non meritano tutela se non sono accompagnate dal rispetto delle condizioni per rendere il patto efficace nei confronti dei terzi.

Secondo, se la norma costituisce un limite all'autonomia negoziale nel disporre efficacemente la liberazione anticipata dai canoni in pregiudizio dei terzi, non vi è alcuna logica nel rimettere poi alle parti la determinazione del tempo di esigibilità della prestazione poiché ciò varrebbe a consentire una quanto mai agevole elusione della comminatoria di inefficacia, semplicemente anticipando oltre al pagamento anche il termine (come nell'esempio dianzi proposto sub § 12.3.).

Vero è dunque che, nei confronti dei terzi, l'unico criterio per giudicare dell'esigibilità del canone è quello di fonte legale (art. 821 c.c.) che correla la maturazione del diritto al corrispettivo al tempo del godimento. Sotto questo criterio anche il pagamento del godimento futuro rientra nel campo dell'anticipazione in senso giuridico, salvo soltanto il (modesto) sfrido autorizzato dalla conformità agli usi.

12.5. Sulle condizioni di efficacia poco deve dirsi. Le tre norme sono scarsamente coordinate e di faticosa lettura, ma il quadro dei requisiti di opponibilità e della relativa durata si può ridurre sostanzialmente a tre casi.

1) Data certa anteriore e durata non oltre l'anno dal pignoramento. Nell'espropriazione chirografaria, riguarda le liberazioni inferiori al triennio e quelle di estensione più ampia non trascritte. Nell'espropriazione ipotecaria, questo stesso limite di durata di un anno s'estende alle liberazioni trascritte prima del pignoramento ma dopo l'iscrizione di ipoteca⁽¹¹⁴⁾.

2) Trascrizione anteriore, rispettivamente al pignoramento (nell'esecuzione chirografaria) o all'ipoteca. Vale per le sole liberazioni di estensione superiore al triennio (art. 2643 n. 9), probabilmente perché il codice ha ritenuto di non appesantire la lettura dei RR. II..

Il patto ha qui piena efficacia, fino a naturale scadenza, salvo esperimento da parte dei creditori dell'azione revocatoria. L'ampiezza degli effetti non desta qui alcuno scandalo visto che egualmente opponibile e per pari durata sarebbe anche un diritto di usufrutto o abitazione trascritto prima del pignoramento o dell'ipoteca.

Va soltanto rimarcato che, ai fini dell'opponibilità, non è sufficiente la trascrizione della sola locazione, ma è necessario prendere un'autonoma formalità con riguardo al patto di liberazione anticipata. Né è sufficiente che il patto sia contenuto nel titolo depositato in Conservatoria ai fini

della trascrizione della locazione, poiché per giurisprudenza pacifica "per stabilire se e in quali limiti un determinato atto trascritto sia opponibile a terzi deve aversi riguardo esclusivamente al contenuto della nota di trascrizione, dovendo le indicazioni riportate nella nota stessa consentire di individuare, senza possibilità di equivoci e di incertezze, gli estremi essenziali del negozio ed i beni ai quali esso si riferisce, *senza necessità di esaminare anche il contenuto del titolo*"⁽¹¹⁵⁾.

3) La posizione dell'aggiudicatario infine si assimila al caso sub 2). È cioè tenuto a subire fino a scadenza le sole liberazioni ultratriennali trascritte prima del pignoramento o dell'ipoteca del creditore procedente (o intervenuto). Non è rilevante nei suoi confronti il criterio della data certa anteriore, ma è una lacuna del tutto innocua, visto che il processo esecutivo può pronosticarsi agevolmente di durata superiore all'anno di opponibilità nei confronti dei creditori (caso 1).

12.6. Chiarito il quadro normativo, passiamo a esaminare quale tecnica può utilizzare il G.E. per colpire le liberazioni anticipate; s'intende, quelle non opponibili alla procedura, visto che quelle anteriormente trascritte (sempre che esista un'autonoma nota) sono certamente efficaci e devono essere defalcate dal prezzo.

Una prassi possibile consiste nell'ordinare al custode di intimare al conduttore il pagamento dei canoni già versati, a decorrere dall'anno successivo al pignoramento, contestando l'inefficacia dell'anticipazione. Se il conduttore non adempie, come sovente accade, il G.E. può ordinare fondatamente al custode di intimare lo sfratto per morosità e quindi ripulire l'immobile dal peso della locazione (sempre che il conduttore non purghi la morosità all'udienza o nel termine di grazia). È anche da valutare l'adeguatezza del canone corrisposto anticipatamente che, nonostante l'applicazione della formula di sconto, può risultare sovente inferiore al terzo ex art. 2923 co. 3 e consente quindi, nuovamente, di colpire il contratto di locazione ottenendone la dichiarazione di inefficacia (sub § 11.).

Enrico Astuni

-
- 1) Cass. 9.1.2003 n. 111, in *Giust. civ.* 2004, I, 1831 (caso di vendita fallimentare). Secondo la pronuncia, unica possibile deroga al regime di opponibilità previsto dall'art. 2923 c.c. consiste nel fatto che gli organi della procedura manifestino espressamente la scelta di subentrare nel contratto.
 - 2) Riprendo qui l'icastica espressione di FONTANA, *Custodia e vendita nell'espropriazione immobiliare*, in AA.VV., *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, 125.
 - 3) VELLANI, voce *Custode*, in *Ns. D. I.*, V, Torino, 1960, 85; SALETTI, *La prassi di fronte alle norme e al sistema*, in *Riv. esec. forz.*, 2001, 487 ss., spec. 492; FONTANA, *La gestione attiva del compendio immobiliare pignorato*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, 571 ss., (spec. 593).

- 4) Cass. 30.7.1980 n. 4899 in *Foro it.*, 1980, I, 2731, Cass. 14.7.1994 n. 6602 in *Dir. giur. agr.*, 1994, 552, nonché – in materia di sequestro giudiziario – Cass. 10.10.1994 n. 8267 in *Arch. giur. circol. e sinistri* 1995, 396 e Cass. 17.10.1994 n. 8462 in *Dir. giur. agr.* 1997, 42.
- 5) Sulla funzione e gli effetti specifici della trascrizione nel pignoramento immobiliare la letteratura è vastissima. Senza pretesa di completezza, vedi CALVOSA, *Struttura del pignoramento e del sequestro conservativo*, Milano, 1953, 110 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 255; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, 217; VERDE, *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli, 1964, 63 ss.; nonché, più di recente, ID., *Pignoramento in generale*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 764 ss; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1965, 343ss; TARZIA, *Sul termine di efficacia del pignoramento immobiliare*, in *Riv. dir. proc.*, 1966 poi ripubblicato in *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Padova, 1994, 147 ss.; MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1969, 36 ss.; CAPPONI, *Pignoramento immobiliare* in AA. Vv., *L'espropriazione forzata* in *Giur. sist. di dir. proc. civ.* diretta da A. Proto Pisani, Torino, 1988, 419 ss. ; BONSIGNORI, *Gli effetti del pignoramento. Artt. 2912-2918*, in *Comm. c.c.* diretto da Schlesinger, Milano, 2000, 6 ss. e 77-78. Da ultimo, fa il punto sullo stato della dottrina e della giurisprudenza FABIANI (E.), *L'inefficacia del pignoramento*, in www.judicium.it.
- 6) Cfr. VERDE, *Pignoramento in generale*, cit., 767 s. e 771 secondo cui l'ordine di giustizia in esso contenuto sarebbe "capace di creare in capo all'esecutato un obbligo (penalmente sanzionato) di non sottrarre il bene alla finalità esecutiva (la cosiddetta custodia)" e il pignoramento realizza la sua funzione "nel momento in cui il soggetto esecutato viene avvertito che la procedura è iniziata e che non può più liberamente disporre dei beni pignorati".
- 7) Cfr. CAPPONI, *Pignoramento*, cit., 422 s.: "gli effetti preliminari connessi alla notifica dell'atto non si identificano con gli effetti c.d. processuali, essendo essi relativi soltanto alla custodia dei beni pignorati (art. 559 c.p.c.) ed alla conseguente responsabilità penale cui si espone l'esecutato in caso di alienazione o distrazione di detti beni dalle finalità esecutive (artt. 334, 335 c.p.) ... dalla trascrizione discendono invece, oltre gli effetti c.d. sostanziali, tutti gli altri effetti processuali, come la prevenzione tra più pignoramenti successivi sullo stesso immobile (art. 561 c.p.c.); il decorso del termine di cui agli artt. 501 e 567 c.p.c. ...; nonché il decorso del termine di efficacia del pignoramento".
- 8) MICHELI, *op. cit.*, 139 poi seguito dubitativamente da BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione. Artt. 2919-2929*, in *Comm. c.c.* diretto da Schlesinger, Milano, 1988, 147 nonché da VANZ, *L'espropriazione dell'immobile locato*, Milano, 1997, 36 ss..
- 9) Espressamente GHEDINI e MAZZAGARDI, *Il custode e il delegato nella nuova esecuzione immobiliare*, Padova, 2007, 41 ragionando del contratto di locazione registrato nelle more tra notifica e trascrizione, concludono per la sua opponibilità al precedente e di riflesso all'aggiudicatario A questo indirizzo possono forse ascrivere anche BERTI ARNOALDI VELLI, *Prassi e giurisprudenza del Tribunale di Bologna nelle espropriazioni immobiliari: in particolare, il custode giudiziario e le azioni del legale della custodia finalizzate alla liberazione del compendio*, in *Riv. esec. forz.* 2003, 59 ss. (ivi 78) e FONTANA, *op. cit.*, 620 secondo i quali canoni spettano alla massa soltanto a decorrere dalla trascrizione.
- 10) Nel senso che la sola ingiunzione basta a costituire il debitore custode vedi ANDRIOLI, *op. cit.*, 225; REDENTI, *op. cit.*, 255; SATTA, *op. cit.*, 351; TARZIA, *Sul termine di efficacia*, cit., 149; VERDE, *Pignoramento in generale*, cit., 771; CAPPONI, *op. cit.*, 422 e 431.
- 11) Cass. 15.3.1972 n. 761. Aderiscono all'indirizzo GABRIELLI e PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2001, 164: "la denuncia di contratto di locazione verbale non vale a conferire alla locazione la certezza di data di cui all'art. 1599 c.c., perché tale denuncia può essere fatta e sottoscritta da una delle parti soltanto; mancherebbe quindi la scrittura privata di data certa, che deve ritenersi pretesa, sia pur per implicito, dalla norma dell'art. 1599 c.c.". Va da sé che denuncia di contratto verbale e detenzione dell'immobile, entrambi anteriori al pignoramento, consentono al conduttore di avvalersi della tutela dell'art. 2923 co. 4. La questione ha quindi perso gran parte della sua importanza, dopo che: - la legge n. 392 ha elevato a 6 e 9 anni la durata minima legale delle locazioni non abitative; - la legge n. 431 ha previsto l'onere di forma scritta a pena di nullità per le locazioni abitative.
- 12) Così anche FONTANA, *op. cit.*, 586.
- 13) Nel senso dunque che la data certa "dovrà essere necessariamente conferita tramite la registrazione del contratto", FANTICINI, *La custodia dell'immobile pignorato*, in DEMARCHI (cur.), *La nuova esecuzione forzata. Dopo la l. 18 giugno 2009, n. 69*, Bologna, 2009, 674 e 676. Per un'ampia disamina critica del comma 346 vedi però *ex multis* SCRIPPELLI, *Ganasce fiscali sulle locazioni non registrate: prime riflessioni su una nuova ipotesi di nullità*, in *Arch. loc.* 2005, 111; PETROLATI, *La riforma della locazione abitativa*, in *La locazione. Disciplina sostanziale e processuale* a cura di Cuffaro, Bologna, 2010, 195 ss.; CUFFARO, *La disciplina delle nullità*, ibidem, 430 ss.; SCARPA (e CARRATO), *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, Milano, 2010, 360 ss..

- 14) Trib. Modena 12.6.2006 in *Giur. merito* 2006, 1263 con nota di SCARPA, *L'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'onere di registrazione delle locazioni*; Trib. Arezzo 30.1.2007; Trib. Reggio Emilia 5.3.2009 in *Arch. loc.* 2009, 374.
- 15) Con riguardo all'onere di forma vedi Cass. 2.6.1993 n. 6130 in *Foro it.* 1994, I, 764; Cass. 14.5.1997 n. 4258 in *Foro it.* 1997, I, 1748; Cass. 16.2.1998 n. 1633, in *Arch. loc.* 1998, 709. L'onere di trascrizione per i contratti ad uso non abitativo (6+6) è stato escluso: da Cass. 30.12.1991 n. 14012, in *Foro it.* 1992, I, 2151 con nota di PIOMBO, *Durata legale della locazione non abitativa ex art. 27 legge 392/78, e opponibilità del contratto all'acquirente in caso di vendita dell'immobile*, ancorché nella fattispecie ricorresse un'ipotesi di rinuncia del locatore al diniego di rinnovo; e da App. Napoli, 14.7.1997, in *Arch. loc.* 1997, 831.
- 16) Cass. 29.10.1993 n. 10779 in *Foro it.* 1994, I, 764.
- 17) BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata*, cit., 149 s.
- 18) In senso contrario, ossia per la durata novennale, vedi invece MICHELI, *op. cit.*, 140 nt. 3.
- 19) GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, 174 ss..
- 20) Così acutamente e con dovizia di argomenti, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645bis*, in *Comm. c.c.* diretto da Schlesinger, Milano, 1998, 245 ss. (spec. 249).
- 21) Nel senso della duplicità di condizioni anche VANZ, *op. cit.*, 170.
- 22) Dopo la legge n. 431 si sono occupati dell'art. 2923 co. 4 c.c. TEDOLDI, *L'opponibilità delle locazioni ad uso abitativo all'acquirente di immobile sottoposto a vendita forzata, ai sensi dell'art. 2923 c.c. e alla luce della legge n. 431 del 9 dicembre 1998*, in *Riv. esec. forz.* 2000, 479; VACCARELLA, *Postilla (a proposito dei rapporti tra art. 2923 c.c. e legge n. 431 del 1998)*, *ibidem*, 488; CASTELLAZZI, *Opponibilità della locazione di immobile ad uso abitativo all'aggiudicatario di bene venduto ad asta giudiziaria alla luce della legge n. 431/1998*, in *Arch. loc.* 2001, 211.
- 23) In termini Cass. 30.7.2009 n. 17735: "l'occupazione di un immobile di proprietà del fallito da parte di un terzo, ancorché risalente ad epoca anteriore all'apertura della procedura concorsuale, è inopponibile al fallimento, in difetto della prova della sua riconducibilità ad un rapporto di locazione ... in quanto la certezza in ordine all'antiorità della detenzione ... non esclude la compatibilità della stessa con altri rapporti, ivi compreso quello di comodato".
- 24) TEDOLDI, *op. cit.*, 481, seguito da BERTI ARNOALDI VELI, *op. cit.*, 84.
- 25) Cfr. Trib. Monza 23.2.2000, in *Riv. esec. forz.* 2000, 478.
- 26) Cfr. per le verifiche del perito, e poi del custode, Fontana, *op. cit.*, 617 (nt. 72).
- 27) Nel senso dell'inapplicabilità dell'onere di forma scritta alle locazioni non abitative, sia pur evidenziando la complessiva disarmonia del sistema venutosi così a creare, CUFFARO, *op. cit.*, 414; SCARPA, *op. cit.*, 300.
- 28) Trib. Verona 21.6.2000 in *Arch. loc.* 2001, 131; Trib. Reggio Calabria 29.3.2001 in *Arch. loc.* 2001, 567; Trib. Verbania 5.4.2001, *ibidem*; Trib. Pisa 2.2.2002 in *Rass. loc. cond.* 2003, 234; Trib. Bari 4.11.2004; Trib. Savona 16.7.2005; Trib. Arezzo 8.11.2005; Trib. Trani 26.5.2007; Trib. Mondovì 14.7.2007; Trib. Salerno 14.12.2007; Trib. Trani 22.4.2008 in *Giur. merito* 2008, 2242; Trib. Salerno 9.1.2009 in *Arch. loc.* 2009, 171.
- 29) *Ex multis* PREDEN, *La locazione di fatto*, in *Rass. loc. cond.* 1999, 353 ss.; STELLA RICHTER, *Nullità del contratto per difetto di forma e locazione di fatto degli immobili ad uso abitativo*, in *Giust. civ.* 1999, II, 381; GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, 127; MIRENDA, *La locazione di fatto: brevi spunti sulla natura dell'azione di riconformazione e sulla legitimatio ad causam*, in *Rass. loc. cond.* 2001, 7 ss.; PETROLATI, *op. cit.*, 179 ss.; CUFFARO, *op. cit.*, 419 ss.; SCARPA, *op. cit.*, 296 ss..
- 30) Va da sé, anche del locatore che agisca per l'occupazione *sine titulo* per ottenere il rilascio dell'immobile: così i già cit. Trib. Savona 16.7.2005 e Trib. Mondovì 14.7.2007.
- 31) Trib. Varese 18.5.2000 in *Arch. loc.* 2000, 935 nonché i già citati Trib. Reggio Calabria 29.3.2001; Trib. Verbania 5.4.2001; Trib. Trani, 22.4.2008.
- 32) Così PETROLATI, *op. cit.*, 183 e SCARPA, *op. cit.*, 298. In senso contrario, TEDOLDI, *op. cit.*, 485 che, interpretando con larghezza l'art. 13 co. 5, conclude che "si tratta dunque di un requisito di forma scritta *sui generis*, perché non condiziona propriamente né la validità del contratto (ad onta di ciò che prevede l'art. 1, 4° co. I. cit.), né la prova del rapporto".
- 33) LAZZARO, *Limiti di forma e c.d. derogabilità nelle tipologie locative abitative*, in *Giust. civ.* 1999, II, 119. La tesi trova qualche riscontro nella giur. di merito più recente: Trib. Nuoro, 21.6.2007, in *Rass. giur. sarda* 2009, 143 e Trib. Catanzaro 27.5.2008 in *Arch. loc.* 2009, 282 con nota di FALABELLA, *Locazione abitativa conclusa verbalmente e nullità dedotta dal locatore*. Quest'ultima pronuncia si segnala per ammettere l'azione di nullità da parte del locatore nella sola ipotesi in cui "la mancata formalizzazione del rapporto sia stata conseguenza della volontà esclusiva (non prevalente) del conduttore".
- 34) PREDEN, *op. cit.*, 358.

- 35) Ciò vale, *a fortiori*, nelle tipologie di locazione abitativa (beni culturali, abitazioni signorili, ville e castelli; locazioni per finalità esclusivamente turistiche) alle quali continuano ad applicarsi le norme del codice civile e a cui l'intero art. 13 è dichiarato inapplicabile senza che, al contempo, sia previsto *expressis verbis* l'esonero dall'onere di forma scritta oggi prescritto per tutte le locazioni abitative. In tal senso PETROLATI, *op. cit.*, 181; SCARPA, *op. cit.*, 300. Rimarca però l'equivocità del dato normativo CUFFARO, *op. cit.*, 414.
- 36) Trib. Varese 18.5.2000, cit..
- 37) Trib. Reggio Calabria 2.12.2002 in *Giur. merito* 2003, 911. Conformi sull'onere della prova a carico del conduttore e sulla specificità del requisito della "pretesa del locatore" PETROLATI, *op. cit.*, 191, con ampia esemplificazione delle condotte idonee a dar luogo all'azione; SCARPA, *op. cit.*, 304; STELLA RICHTER, *op. cit.*, 385.
- 38) Trib. Reggio Calabria 2.12.2002, cit.; anche per Trib. Verona 21.6.2000, cit. la locazione di fatto forma oggetto di eccezione.
- 39) STELLA RICHTER, *op. cit.*, 386.
- 40) PETROLATI, *op. cit.*, 191.
- 41) In questo senso anche GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, 133 con ampia esemplificazione.
- 42) PETROLATI, *op. cit.*, 191; SCARPA, *op. cit.*, 304; STELLA RICHTER, *op. cit.*, 385.
- 43) CUFFARO, *op. cit.*, 417
- 44) MIRENDA, *op. cit.*, 7 nt. 2. Trib. Catanzaro 27.5.2008, cit. estremizza l'orientamento, richiedendo la prova della volontà esclusiva (non prevalente o concorrente) del conduttore, segnalando che "l'esigenza di tutelare la parte debole appare preminente specialmente quando la c.d. volontà *prevalente* del conduttore (ossia quando il locatore non ha subito passivamente il comportamento della controparte, ma lo ha in parte condiviso), possa celare una coazione indiretta esercitata dal locatore": il che è onestamente eccessivo presumere.
- 45) Sull'inversione giurisprudenziale dell'onere rinvio per tutti alle pagine di PATTI (Salv.), *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 1999, 109 anche per ulteriori riferimenti.
- 46) PETROLATI, *op. cit.*, 189; PREDEN, *op. cit.*, 357.
- 47) Secondo GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, 130, "si tratta allora di un'ipotesi che fa eccezione a quella generale, sicché il contratto di locazione abitativa concluso verbalmente, mentre di regola è nullo, risulta invece valido qualora la mancanza della forma sia stata pretesa dal locatore".
- 48) MIRENDA, *op. cit.*, 10; PETROLATI, *op. cit.*, 189.
- 49) PREDEN, *op. cit.*, 357.
- 50) PREDEN, *op. cit.*, 357. Nel senso che la riconduzione implica l'applicazione integrale del regime della locazione a canone vincolato, anche sotto il profilo della durata, MIRENDA, *op. cit.*, 10 nt. 23 (e ivi altra dottrina conforme); TEDOLDI, *op. cit.*, 485.
- 51) Così PETROLATI, *op. cit.*, 189. Nel senso della sanzione civile vedi anche CUFFARO, *op. cit.*, 419 ss.
- 52) GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, 134. Anche per PETROLATI, *op. cit.*, 189 una volta che il conduttore di fatto è divenuto conduttore di diritto, il rapporto prosegue "per la durata originariamente prevista".
- 53) Coglie esattamente queste implicazioni STELLA RICHTER, *op. cit.*, 382, di cui tuttavia avverte la portata dirimente perché "confligge apertamente con la *ratio* non solo della legge del 1998, ma altresì con quella di tutta la legislazione speciale in materia, ispirata ad un *favor conductoris*". Nel medesimo senso CASTELLAZZI, *op. cit.*, 212 e MAZZEO, *I rapporti contrattuali esclusi. Rapporti contrattuali relativi ad immobili ad uso abitativo*, in *La locazione. Disciplina sostanziale e processuale*, cit., 358.
- 54) Cfr. Cass. 4.6.1986 n. 3742, in *Giur. it.* 1987, I, 1, 1882; Cass. 8.11.2001 n. 13813; Cass. 25.7.2006 n. 16976; Trib. Padova 6.8.2003 in *Giur. merito* 2004, 1141.
- 55) Negare la legittimazione passiva al terzo acquirente significa consentire al locatore – frustrando il senso della norma – di ritrarre dall'informalità del contratto proprio uno dei vantaggi che ragionevolmente può attendersi, *id est* conservarsi le mani libere per vendere la proprietà alle migliori condizioni e senza il gravame della locazione. Viceversa, estendere la legittimazione all'avente causa non toglie che l'eventuale pregiudizio patito dall'acquirente per la perdita *medio tempore* del godimento diretto e la ridotta redditività dell'immobile possa trovare adeguata tutela nella possibilità di esperire la *quanti minoris* ex art. 1489 c.c. quante volte il venditore abbia taciuto la circostanza di aver imposto la locazione di fatto ex art. 13 co. 5 e la circostanza non sia altrimenti nota al compratore.
- 56) VACCARELLA, *op. cit.*, 489.
- 57) E infatti TEDOLDI, *op. cit.*, 485 conclude che "anche se la locazione non trovasse riscontro in un contratto scritto, il difetto di forma non priverebbe il rapporto di tutti i suoi effetti giuridici: il conduttore potrebbe comunque pretendere il riconoscimento della locazione a canone vincolato".

- 58) Nel senso che l'art. 13 co. 5 è norma eccezionale e può "operare soltanto negli stretti limiti soggettivi ed oggettivi da essa previsti, e pertanto rendendo validi – ad onta del difetto della prescritta forma – i contratti di locazione orali nei confronti del solo locatore e soltanto se costui ha preteso l'instaurazione della locazione di fatto" vedi VACCARELLA, *op. cit.*, 489, poi seguito da CASTELLAZZI, *op. cit.*, 212 e FANTICINI, *op. cit.*, 676.
- 59) Il caso eclatante è quello della domanda giudiziale trascritta che, pur essendo un *quid minoris* rispetto a un diritto o peso trascritto, genera maggiore insicurezza, per incertezza dell'esito della lite e dei tempi necessari ad arrivarvi.
- 60) *Mutatis mutandis* si rende qui applicabile l'indirizzo già espresso da Trib. Verona 21.6.2000, cit. secondo cui l'azione di riconduzione converte la locazione nulla in "un contratto valido, presupposto logico - giuridico per l'intimazione di sfratto per morosità".
- 61) Cass. sez. un. 20.1.1994 n. 459 (est. Borrè), in *Foro it.* 1994, I,2818 e *Dir. fall.* 1994, II,1098. In precedenza vedi, in materia di sequestro giudiziario, Cass. 21.1.1987 n. 523 in *Dir. e giur. agr.* 1989, 496; Cass. 15.3.1990 n. 2119 in *Arch. loc.* 1990, 616. Non constano massime contrarie.
- 62) Sull'applicabilità alla vendita forzata della *quanti minoris* ex art. 1489 c.c. per oneri non apparenti e non dichiarati negli atti della procedura vedi Cass. 13.5.2003 n. 7294 e Cass. 4.11.2005 n. 21384. Quest'ultima pronuncia, resa in materia di locazione opponibile (ma dichiarata insussistente dal perito), si segnala per aver negato l'esperimento dell'azione perché dalla perizia l'immobile risultava nella detenzione di un terzo. La pronuncia va peraltro, forse, al di là del segno quando statuisce, sulla base di un preteso *id quod plerumque accidit* (e con buona pace dell'art. 2923 c.c.), "anche la presunzione di legittimità della detenzione del terzo in forza di un valido titolo reale o personale, peraltro, nella fattispecie, positivamente confermata".
- 63) Nella giur. di merito vedi Trib. Torino 27.2.2006: "l'acquirente sarà tenuto al rispetto del termine minimo di durata con decorrenza dall'inizio della locazione, desumibile anche da atto non scritto. Il giudice pertanto individua la data per il rilascio dell'immobile, sulla base dell'esatto accertamento dell'epoca di inizio e della durata del rapporto di locazione". In senso conforme Trib. Monza 23.2.2000, *cit.*, ha computato la decorrenza dalla data risultante dal certificato anagrafico.
- 64) Così, *ex multis*, BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata*, cit., 148; TEDOLDI, *cit.*, 482. In giur. Trib. Napoli 30.1.1997, in *Arch. loc.* 1997, 454; Trib. Monza, 23.2.2000, *cit.*; Trib. Torino 27.2.2006. In materia di immobili commerciali, App. Napoli, 14.7.1997, *cit.*.
- 65) Osservano acutamente GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, 172 che "risulta così evidente che per la stragrande maggioranza delle locazioni di immobili urbani il requisito legale della data certa al fine dell'opponibilità della locazione al terzo acquirente ha perso gran parte del suo significato pratico, perché l'opponibilità a prescindere dalla data certa, e sulla base del semplice fatto dell'esistenza della detenzione al momento del trasferimento, non è più limitata, ma è praticamente piena, estesa cioè a tutto il periodo per il quale la locazione viene di fatto stipulata".
- 66) VANZ, *op. cit.*, 183 s.. Aderisce a questa tesi dopo la riforma del 1998 BERTI ARNOALDI VELI, *op. cit.*, 85.
- 67) Così giustamente TEDOLDI, *op. cit.*, 483.
- 68) VACCARELLA, *op. cit.*, 489: "l'unica soluzione rispettosa della lettera e della *ratio* della l. n. 431 sembra quella per cui la locazione scritta, ma priva di data certa anteriore al pignoramento deve essere rispettata dall'acquirente (e, prima di lui, dall'ufficio esecutivo) per la durata fissata dall'art. 1574 c.c. (e sempre che, ovviamente, il canone non sia inferiore di un terzo rispetto a quello giusto)". Conforme CASTELLAZZI, *op. cit.*, 212.
- 69) GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, 171.
- 70) Cass. 5.12.1970 n. 2576, in *Foro it.* 1971, I, 81; Cass. 25.2.1999 n. 1639 in *Giur. it.* 1999, 2019; Cass. 13.12.2007 n. 26238, in *Foro it.* 2009, I, 3022, nonché in materia di sequestro giudiziario Cass. 4.9.1998 n. 8800, in *Foro it.* 1998, I, 3159; Cass. 30.10.2002 n. 15297 in *Rass. loc. cond.* 2003, 255. Nel merito vedi Pretore Milano 21.9.1989 in *Foro it.* 1990, I, 3530; Trib. Napoli 30.1.1997 (confermata da Cass. 25.2.1999 n. 1639), in *Arch. loc.* 1997, 454; Trib. Napoli 12.1.2001 in *Arch. loc.* 2002, 66. Anche Trib. Vicenza 23.11.1995 in *Giur. merito* 1998, 459 applica l'art. 560 c.p.c. ma per negare efficacia al rinnovo alla prima scadenza di una locazione non abitativa.
- 71) Nel senso della necessità della disdetta per impedire il rinnovo tacito vedi TARZIA, *Il bene immobile nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.* 1989, 355, poi ripubblicato in *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Padova, 1994, 199 (ivi spec. 215) e VANZ, *op. cit.*, 116; in senso contrario BERTI ARNOALDI VELI, *op. cit.*, 80.
- 72) Cass. 13.12.2007 n. 26238.
- 73) Cass. 7.5.2009 n. 10498 e nel merito App. Napoli 14.7.1997 in *Arch. loc.* 1997, 831.
- 74) VACCARELLA, *op. cit.*, 488 seguito da CASTELLAZZI, *op. cit.*, 211; BERTI ARNOALDI VELI, *op. cit.*, 80 s. (ivi nt. 55); FONTANA, *op. cit.*, 608; GHEDINI e MAZZAGARDI, *op. cit.*, 43; FANTICINI, *op. cit.*, 620 ss..
- 75) Trib. Reggio Emilia 12.5.2008 n. 1100, inedita.

- 76)** Quest'incoerenza è palpabile in BERTI ARNOALDI VELI, *op. cit.*, 81 che dopo aver aderito alla tesi dell'applicabilità dell'art. 3 lett. g) osserva poi, contraddicendosi, che "al conduttore di un immobile oggetto di espropriazione forzata è sottratta la possibilità di invocare in proprio favore il diritto di prelazione in sede di vendita coattiva".
- 77)** Ove l'esclusione espressa "era imposta, del resto, dalla diversa formulazione dell'art. 8 c. 1, che la riconosce, più genericamente, «in caso di trasferimento a titolo oneroso» (o di concessione in enfiteusi)": così in motivazione Cass. 16.12.1996 n. 11225 in *Foro it.* 1997, I, 805.
- 78)** Cass. 16.12.1996 n. 11225, *cit.*, in materia di esecuzione individuale. Conformi in tema di vendita fallimentare Cass. 13.1.1981 n. 295, in *Foro it.* 1981, I, 689; Cass. 30.5.1984 n. 3298, in *Foro it.* 1984, I, 2993; Trib. Sanremo 3.4.1980 in *Giust. civ.* 1981, I, 1786; Trib. Chiavari 6.6.1980 in *Fall.* 1980, 313; Trib. Roma 23.11.1982 in *Temi romana* 1983, 81. *Contra* l'isolato precedente di Trib. Vigevano 13.7.1981, in *Foro it.* 1982, I, 1412. In tema di concordato preventivo con cessione di beni cfr. Cass. 6.4.1990 n. 2900 in *Giur. it.* 1992, I, 1, 371 e Cass. 14.1.1994 n. 339 in *Foro it.* 1994, I, 1420.
- 79)** FANTICINI, *op. cit.*, 622, criticando la sentenza del Tribunale Reggio Emilia citata.
- 80)** Vedi ad es. Cass. 7.7.1999 n. 7056, in *Fall.* 2000, 425: "la prelazione ereditaria - che, come ogni altro diritto di prelazione (urbana o agraria), non trova applicazione quando gli atti di alienazione non sono riconducibili ad una libera determinazione del proprietario - non si applica in sede di vendita fallimentare".
- 81)** Mi permetto di rinviare per l'argomentazione ad ASTUNI, *Il pignoramento e la custodia dell'immobile*, in DEMARCHI (cur.), *Il nuovo rito civile. Vol. III. Le esecuzioni*, Milano, 2006, 332 ss.. Nel medesimo senso vedi già prima della riforma FONTANA, *op. cit.*, 618 e in seguito, tra gli altri, CAMPESE, *L'espropriazione forzata immobiliare dopo la legge 14.5.2005 n. 80*, Milano, 2006, 308 s. FANTICINI, *op. cit.*, 645 ss., 659 ss. e OLIVIERI, *La liberazione dell'immobile pignorato. L'efficacia del nuovo titolo esecutivo nei confronti dei soggetti diversi dal debitore e i rimedi esperibili*, in *Riv. esec. forz.* 2009, 1 ss. (spec. 6 ss.). Ivi anche (pag. 5) la considerazione, che a me pare condivisibile, che riconduce l'azione del custode "nell'interesse dell'aggiudicatario" al paradigma della sostituzione processuale (art. 81 c.p.c.), a cui segue logicamente la facoltà del custode di avvalersi delle eccezioni spettanti al sostituito.
- 82)** La giurisprudenza è pacifica: *ex multis* Cass. 6.5.1986 n. 3024 in *Foro it.*, 1987, I, 876; Cass. 10.11.1993 n. 11090 in *Giust. civ.*, 1994, I, 1591; Cass. 29.5.1995 n. 6038; Cass. 2.4.1997 n. 2869, in *Foro it.*, 1997, I, 2122; Cass. 1.12.1998 n. 12174 in *Fall.*, 1999, 1004; Cass. 4.7.2006 n. 15268.
- 83)** Per la possibilità e l'onere del custode di esperire le azioni ordinarie nei confronti dei terzi con detenzione anteriore vedi FONTANA, *op. cit.*, 620. Per l'esperienza del Tribunale di Bologna vedi BERTI ARNOALDI VELI, *op. cit.*, 80 che peraltro si riferisce alla convalida per finita locazione e ne segnala l'opportunità al fine di fornire al pubblico degli interessati certezza circa la data di cessazione del rapporto.
- 84)** Sull'efficacia esecutiva dell'ordinanza di sostituzione del custode vedi il remoto precedente di legittimità – Cass. 31.3.1949 n. 744 in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, II, XXVIII – poi riscoperto e condiviso da Trib. Monza 7.10.2002 (est. Fontana), in *Giur. it.* 2003, 1609 con nota di DONVITO, *Contrasti giurisprudenziali sulla sostituzione del custode e sull'abitazione della casa pignorata*, nonché con ampiezza di argomentazioni da Trib. Salerno (decr.) 2 novembre 2004 (est. De Stefano) in *Riv. esec. forz.*, 2005, 378 con nota di LONGO, *La custodia dell'immobile pignorato: prassi e prospettive di riforma*. In dottrina vedi BERTI ARNOALDI VELI, *op. cit.*, 74; FONTANA, *op. cit.*, 613 ss.; ASTUNI, *op. cit.*, 329 ss.; FANTICINI, *op. cit.*, 638 ss.
- 85)** Cfr. *ex multis* FONTANA, *op. cit.*, 616 (a proposito della locazione a canone vile), 619 ss. (a proposito della locazione scaduta e dell'occupazione *sine titulo* iniziata prima del pignoramento).
- 86)** ASTUNI, *op. cit.*, 330 s. Anche GHEDINI e MAZZAGARDI, *op. cit.*, 39 ritengono che "la possibilità di ricorrere alla liberazione per ordine del G.E. ... sussiste solo se la occupazione del terzo sia dopo il pignoramento. In tutte le situazioni in cui invece il terzo detenga il bene fin da prima del pignoramento, sarà necessario che il custode ricorra alla azione ordinaria, se ne sussistono i presupposti". Conclusioni sostanzialmente simili in CAMPESE, *op. cit.*, 308.
- 87)** OLIVIERI, *op. cit.*, 4 giustamente annota al riguardo: " il rilascio dovrà sempre essere ordinato nei confronti del debitore pignorato, ancorché la relazione dell'esperto ... abbia evidenziato l'occupazione del bene da parte di un soggetto diverso, ma in virtù di locazione non opponibile alla procedura ai sensi dell'art. 2923 c.c. ovvero addirittura in conseguenza di un'occupazione senza titolo".
- 88)** OLIVIERI, *op. cit.*, 8. Ivi anche l'osservazione, che egualmente può condividersi, che "se invece il detentore accampi di aver occupato il bene in virtù di un titolo proveniente da un terzo, che abbia affermato di poterne disporre in quanto titolare di un diritto prevalente rispetto a quello del debitore, l'inopponibilità del titolo al creditore pignorante comporterà l'esecutività del titolo nei suoi confronti".
- 89)** Così oggi OLIVIERI, *op. cit.*, 7 ss. Prima della riforma, per l'estensione al custode della tutela prevista per l'acquirente dall'art. 2923 c.c. vedi VACCARELLA, *op. cit.*, 489 s.; BERTI ARNOALDI VELI, *op. cit.*, 83.

- 90) FANTICINI, *op. cit.*, 667. Ivi anche citato il precedente (inedito) di Trib. Napoli 30.10.2007 che ha confermato la legittimità dell'ordine di rilascio anteriore alla vendita nei confronti di un comodatario. Dal brano non s'evince peraltro se il comodato è iniziato prima o dopo il pignoramento.
- 91) Cass. 22.2.1985 n. 1590.
- 92) V'è però un argomento su cui è ancora opportuno riflettere e riguarda l'applicazione alla locazione abitativa scaduta e non rinnovata dell'art. 6 co. 4 legge n. 431 che legittima il conduttore, contro cui deve eseguirsi un "provvedimento esecutivo di rilascio per finita locazione", a fare istanza *una tantum* di fissazione di una nuova data di esecuzione: di regola non oltre sei mesi ed eccezionalmente, nelle fattispecie di cui al co. 5, fino a diciotto mesi. Su questo specifico punto la giurisprudenza credo non si sia mai pronunciata, con riguardo al titolo rappresentato dall'ordine di liberazione eseguito dal custode.
- 93) In tal senso *ex multis* TABET, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. dir. civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1972, 704; BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata*, cit., 150; VANZ, *op. cit.*, 56.
- 94) Esattamente VANZ, *op. cit.*, 178 (nt. 21).
- 95) BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata*, cit., 153.
- 96) Queste stesse considerazioni s'estendono *de plano* al custode che agisce per rilascio utilizzando l'ordine di liberazione ex art. 560 co. 3 c.p.c. dopo l'aggiudicazione e "nell'interesse dell'aggiudicatario", poiché alla sostituzione processuale del custode all'acquirente segue la possibilità di esercizio da parte del primo delle eccezioni spettanti al secondo.
- 97) Vedi VANZ, *op. cit.*, 55 ss. (spec. 60 s.): "per eliminare ogni elemento equivoco, il legislatore ha preferito sostituire alla presunzione di frode l'estremo oggettivo della irrisorietà del canone e, quindi, l'unico rilievo su cui era lecito fondare un'interpretazione estensiva [assimilando l'eccezione a una revocatoria *sui generis*] è stato radicalmente eliso. Alla luce di quanto enunciato pare trovi ulteriore conferma la soluzione che ravvisa nel solo aggiudicatario il beneficiario della disposizione dell'art. 2923 3° comma c.c.". Anche MICHELI, *op. cit.*, 139 concede ai creditori l'ordinaria azione pauliana anziché l'eccezione in esame.
- 98) Secondo BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata*, 151 "la disposizione in esame ridonda, sia pure in via indiretta, a vantaggio dei creditori, i quali, stante l'inopponibilità della locazione all'acquirente, non subiscono quella contrazione del ricavato dalla vendita del bene locato, che si avrebbe qualora invece l'acquirente fosse tenuto al rispetto della locazione stessa" e per questo motivo esclude la necessità di un'interpretazione estensiva della norma o di riconoscere ai creditori l'azione revocatoria ordinaria sulla locazione "a canone vile".
- 99) FONTANA, *op. cit.*, 619. Tra le pronunce che hanno ammesso il ricorso d'urgenza del custode per far valere l'esiguità del canone e ottenere l'ordine di rilascio, con ciò implicitamente estendendo al ceto creditorio, rappresentato dall'ausiliario, la tutela prevista dall'art. 2923 co. 3 c.c., vedi i precedenti di Trib. Reggio Emilia 15.6.2005 (ord.) e 21.8.2006 (decr.) entrambi inediti.
- 100) In tal senso, dubitativamente, OLIVIERI, *op. cit.*, 7: "nelle locazioni non opponibili ... sarei incline a inserire anche quelle in cui il canone convenuto sia inferiore di un terzo a quello giusto o a quello risultante da precedenti locazioni ...: se la relazione dell'esperto evidenzierà tale situazione, il giudice dell'esecuzione, in applicazione della norma indicata, dovrà ordinare la liberazione dell'immobile".
- 101) Così *ante* riforma BERTI ARNOALDI VELI, *op. cit.*, 88 il quale richiama il precedente di Cass. 27.1.1999 n. 721, in *Giust. civ.* 1999, I, 1365 che ha, peraltro senza difficoltà, ammesso il cumulo delle azioni ex artt. 1415 cpv. e 2923 co. 3 c.c. da parte dell'acquirente. In un caso, occorso avanti al Tribunale di Torino, in cui il custode aveva proposto gradatamente entrambe le azioni, il giudice ha potuto convincentemente motivare la simulazione assoluta della locazione anche traendo argomento dall'esiguità del canone che risultava dalla C.T.U. disposta nel giudizio neppure idoneo a coprire le spese condominiali e gli oneri accessori che restavano contrattualmente a carico della locatrice. Nel senso che "la viltà del canone può costituire uno degli indici di una simulazione della locazione" vedi anche NANNI, *Inopponibilità della locazione all'aggiudicatario per viltà del canone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 341 ss. (spec. 348).
- 102) Cass. 4.4.1989 n. 1615, in *Giust. civ.* 1989, I, 2105. La sentenza si segnala per aver escluso l'abrogazione tacita per incompatibilità dell'art. 2923 co. 3 ad opera della legge sull'equo canone, rifiutando "la considerazione che l'aggiudicatario non subirebbe più alcun pregiudizio potendo comunque pretendere l'equo canone", con l'argomento che "detta legge non trova applicazione con riguardo alle locazioni degli immobili espropriati": *recte*, la repressione della frode prevista dall'art. 2923 co. 3 non consiste nell'elevazione della misura del canone, ma nella privazione del godimento per il conduttore.
- 103) TEDOLDI, *op. cit.*, 484 seguito da BERTI ARNOALDI VELI, *op. cit.*, 87 e FONTANA, *op. cit.*, 610. Ritiene invece, come di seguito al testo, che fuori dal campo di applicazione dell'equo canone, il giusto prezzo debba essere ricercato nel canone usualmente praticato sul libero mercato, VANZ, *op. cit.*, 180.
- 104) La più ampia e approfondita analisi del concorso tra i criteri si deve a NANNI, *op. cit.*, 344 ss..

- 105)** Cass. 4.6.1962 n. 1332, in *Foro it.* 1962, I, 1962.
- 106)** TABET, *op. cit.*, 704; BONSIGNORI, *op. cit.*, 151 s.; VANZ, *op. cit.*, 177 ss.. Suggestisce invece l'applicazione preferenziale del "giusto prezzo", come criterio più idoneo a garantire l'equilibrio tra valore di uso del bene e redditività del capitale investito dall'acquirente NANNI, *op. cit.*, 346. In questa prospettiva la portata del criterio delle "precedenti locazioni" tende a restringersi al caso in cui esso risulti superiore al giusto prezzo e concorrano "circostanze tali da indurre il giudice a ritenere che il debitore avrebbe potuto anche per la locazione in corso ottenere un canone pari o addirittura superiore al prezzo delle locazioni precedenti in virtù del particolare valore d'uso che il godimento del bene procurasse al conduttore", ma abbia ridotto artatamente il canone per frodare i creditori (*op. cit.*, 349).
- 107)** Cass. 3.8.2005 n. 16243.
- 108)** Considerazioni simili in NANNI, *op. cit.*, 347.
- 109)** Segnalo inoltre, come dato di mia esperienza, che le anticipazioni di più lunga durata si registrano con maggiore frequenza dopo che sull'immobile è stata iscritta ipoteca e/o che il mutuo ipotecario è entrato in sofferenza. Va da sé che, se il debitore ipotecario costituisse a titolo oneroso e trascrivesse un usufrutto trentennale sull'immobile, il creditore ipotecario non riceverebbe pregiudizio di sorta, potendo espropriare la piena proprietà come libera (art. 2812 c.c.). Viceversa, il convincimento – come vedremo errato – di molti cattivi pagatori è che una locazione trascritta per la durata di trent'anni con canone interamente pagato al momento della stipula sia inattaccabile dall'ipotecario anteriore.
- 110)** Questa *ratio* non è strettamente applicabile alla fattispecie dell'art. 2812 c.c., che si applica anche al terzo proprietario non debitore, né all'art. 2924 c.c. visto che l'esecutato non è debitore dell'aggiudicatario. Su questa considerazione prevale tuttavia l'indicazione normativa che, anche in tali ipotesi, commina l'inefficacia del patto di cessione o liberazione anticipata e non l'obbligo di rimborso a carico del locatore.
- 111)** Il quadro è qui meno drammatico: le parti possono liberamente concordare uno sconto sul prezzo in misura pari all'entità dei canoni riscossi anticipatamente, ma di competenza del periodo successivo al trasferimento e comunque, se anche così non fosse, l'acquirente ha il diritto a chiedere ex art. 821 c.c. al locatore-alienante il rimborso dei canoni riscossi, senza onere di rivolgersi al conduttore e di rimettere in discussione l'efficacia del patto quante volte il locatore sia ancora *in bonis*. Questa considerazione di indole empirica ha portato, in genere, a sottovalutare le norme dedicate alla vendita *invito domino*, dando luogo a gravi disorientamenti.
- 112)** TABET, *op. cit.*, 712: "il corrispettivo non scaduto è quello per il quale il termine contrattuale non è ancora venuto a scadenza e presuppone quindi un pagamento effettuato in anticipo rispetto al termine di scadenza, secondo la previsione dell'art. 1185; non già la *solutio* eseguita con rispetto del termine, ancorché riferita a un periodo di godimento futuro".
- 113)** TABET, *op. cit.*, 711 s.
- 114)** Poiché la liberazione anticipata è qui inopponibile al solo creditore ipotecario, ciò significa che il conduttore, che ha pagato nuovamente alla procedura il canone già corrisposto, ha però diritto a intervenire e collocarsi sul ricavato con preferenza rispetto ai chirografari ai quali la liberazione trascritta prima era pienamente opponibile. Per consentirgli l'intervento sembra quindi necessaria la notifica dell'avviso di pendenza dell'espropriazione ex art. 498 c.p.c. secondo una soluzione affermatasi in dottrina anche con riguardo ai titolari dei diritti reali minori pregiudicati dall'espropriazione ipotecaria ex art. 2812 c.c..
- 115)** *Ex multis* Cass. 10.4.1986 n. 2051; Cass. 14.10.1991 n. 10774.

(Riproduzione riservata)