

Preliminare di vendita

CASSAZIONE CIVILE, sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930 - Pres. Carbone - Rel. Settimj - P.M. Iannelli (parz. conf.) - Ice-Snei s.p.a. (avv. Palmeri) c. O. (avv. Palma)

Contratto preliminare - Preliminare di vendita - Consegna della cosa prima del contratto definitivo - Anticipazione dell'effetto traslativo - Esclusione - Contratto di comodato collegato al preliminare - Configurabilità - Conseguenze - Posizione del promissario acquirente - Possessore ad usucapionem - Esclusione - Detentore qualificato - Sussistenza.

(c.c. artt. 1141 comma 2, 1158, 1351)

Nella promessa di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori. Pertanto la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile *ad usucapionem*, salvo la dimostrazione di un'intervento *interversio possessionis* nei modi previsti dall'art. 1141 c.c.

...*Omissis*...

Motivi della decisione

...*Omissis*...

II - Ricorso incidentale

L'O. - denunciando con il primo motivo del ricorso n. 10431/03 la violazione dell'art. 1158 c.c. e art. 116 c.p.c., nonché omessa o insufficiente e contraddittoria motivazione - oltre a dolersi dell'inadeguatezza delle argomentazioni svolte dalla corte territoriale, laddove ha escluso l'interversione della sua detenzione sull'immobile *de quo* in un possesso utile all'usucapione, contesta, anzi tutto, la stessa qualificazione come detenzione, anziché come possesso, data da quel giudice alla materiale disponibilità del bene quale da lui conseguita in esecuzione di specifica clausola del contratto preliminare; assume, al riguardo, che, tale pattuizione avendo avuto la funzione di anticipare gli effetti del trasferimento del diritto di proprietà, oggetto del contratto cui era intesa la volontà delle parti, e, quindi, anche l'effetto dell'immissione nel possesso e non nella detenzione dell'immobile, non fosse conseguentemente necessario alcun atto d'interversione perché ne avesse luogo l'usucapione con il decorso del termine ventennale di prescrizione acquisitiva dall'immissione nel godimento dello stesso. In tal senso svolgendo le proprie tesi, l'O. contrappone alla soluzione adottata dal giudice *a quo* - che, come ricordato nell'ordinanza di rimessione, si è conformato alla giurisprudenza di legittimità prevalente - la difforme soluzione adottata da un indirizzo giurisprudenziale minoritario e, tuttavia, a tratti riemergente in alcune pronunzie, anche relativamente recenti, di questa Corte.

La motivazione della maggior parte delle quali si traduce in affermazioni apodittiche, riproduttive di massime tralaticie, mentre, nelle poche obiettivamente argo-

mentate, l'iter logico dell'adottata soluzione prende le mosse dalla considerazione per cui il possesso non è escluso dalla conoscenza del diritto altrui, né è subordinato all'esistenza della correlativa situazione giuridica, dacché esso è ricollegato, sia sotto il profilo materiale (*corpus*) sia sotto quello psicologico (*animus*), ad una situazione di fatto, che si concretizza nell'esercizio di un potere oggettivo sulla cosa manifestantesi in un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o di altro diritto reale e distinguendosi dalla detenzione solo per l'atteggiamento psicologico del soggetto che lo esercita, caratterizzato, nel possesso, dal cd. *animus rem sibi habendi* (ossia, l'intenzione o il volere di esercitare la signoria che è propria del proprietario o del titolare del diritto reale) e, nella detenzione, dal cd. *animus detinendi* (che implica il riconoscimento della signoria altrui). Soggiungendosi, poi, che tale principio di carattere generale non soffre deroga nei casi in cui il soggetto che assume d'essere possessore abbia ricevuto il godimento dell'immobile per effetto d'una convenzione negoziale, con la precisazione che, se la convenzione ha effetti obbligatori, perché diretta ad assicurare il mero godimento della cosa, senza alcun trasferimento immediato o differito del bene, colui che, avendo ricevuto la consegna per questo solo scopo, si è immesso, nomine alieno, nel godimento del bene, necessariamente stabilisce con la cosa un rapporto di mera detenzione che gli consente di mutare il titolo originario di questo rapporto con la cosa solo attraverso un atto di interversione del possesso, ai sensi dell'art. 1141 comma 2 c.c.

Vi si evidenzia, quindi, che ciò spiega la ragione del principio, ripetutamente affermato da questa Corte, secondo il quale «per stabilire se in conseguenza di una convenzione con la quale un soggetto riceve da un altro il godimento di un immobile si abbia un possesso idoneo alla usucapione o una mera detenzione,

occorre fare riferimento all'elemento psicologico del soggetto stesso ed a tal fine stabilire se la convenzione sia un contratto ad effetti reali o un contratto ad effetti obbligatori, dato che solo nel primo caso il contratto è idoneo a determinare nel predetto soggetto l'*animus possidendi* (sent. n. 4819 del 1981; sent. n. 4698 del 1987; sent. n. 741 del 1983)»; che, tuttavia, proprio la ragione del principio di diritto ora enunciato ne fissa anche il limite, escludendone l'applicazione alle convenzioni con le quali, per quanto con effetti solo obbligatori, le parti tendano a realizzare il trasferimento della proprietà del bene o di un diritto reale su di esso quando ad esse si aggiunga un patto accessorio d'immediato effetto traslativo del possesso, sostanzialmente anticipatore degli effetti traslativi del diritto che, con la convenzione, le parti stesse si sono ripromesse di realizzare.

Vi si perviene, così, alla conclusione per cui nelle ipotesi predette, tra le quali rientra quella più diffusa del contratto preliminare di compravendita, la convenzione non tende solo ad attribuire il godimento del bene (che si realizza, appunto, attraverso il trasferimento della mera detenzione, caratterizzando coerentemente la consegna della cosa) ma è in funzione di un comune proposito di trasferimento della proprietà o di un diritto reale, alla quale è coerente il passaggio immediato del possesso, che costituisce solo un'anticipazione dell'effetto giuridico finale perseguito; onde il patto di immediato trasferimento del possesso che eventualmente acceda a queste convenzioni, con le quali è perfettamente compatibile, caratterizza, dunque, anche la consegna che ad esso faccia seguito, conferendole effetti attributivi della disponibilità possessoria e non della mera detenzione, anche in mancanza dell'immediato effetto reale del contratto cui il patto accede, tenuto anche conto che la consegna, essendo il possesso un fenomeno che prescinde dal fondamento giustificativo, è atto neutro, o negozio astratto, per il quale non si richiede affatto il requisito del fondamento causale.

Tali essendo le ragioni giustificative delle esaminate decisioni, deve considerarsi che, sfrondate dei superflui richiami ai principi generali, che si dichiarano condivisi, esse si riducono, in buona sostanza, alla sola affermazione per cui, nonostante la natura esclusivamente obbligatoria del preliminare, con il prevedervi anche l'immediata consegna del bene verso la contestuale corresponsione, in tutto od in parte, del prezzo, i contraenti intendono anticipare "l'effetto traslativo del diritto" proprio del definitivo.

Tesi siffatta non può trovare adesione, sia che della fattispecie in esame si consideri l'aspetto possessorio, in quanto il possesso non è suscettibile di trasferimento disgiuntamente dal diritto reale del quale costituisce l'esercizio, sia che se ne consideri quello contrattuale, in quanto la disponibilità della *res* conseguita dal promissario acquirente deriva da un contratto di comodato collegato al preliminare per il quale al comodatario è

attribuita la detenzione e non il possesso; ciò per le ragioni che di seguito si espongono.

In primis, è lo stesso invocato intento delle parti ad esservi erroneamente individuato e/o travisato, in quanto, con lo stipulare un preliminare, sono per l'appunto gli effetti reali traslativi, propri del definitivo, che le parti non vogliono si verifichino per effetto immediato e diretto della conclusa convenzione.

La situazione giuridica in esame, come evidenziato anche in dottrina, è, in vero, il portato d'una prassi contrattuale sviluppatasi, essenzialmente nel settore immobiliare, in ragione della sua attitudine a fornire uno strumento idoneo a soddisfare sollecitamente determinate esigenze delle parti, principalmente la disponibilità del bene per l'una e del denaro per l'altra ma ulteriori se ne possono agevolmente ipotizzare, pur contestualmente garantendone i rispettivi diritti sui beni oggetto delle reciproche attribuzioni, indipendentemente dalla sorte della convenzione, per il tempo necessario a che si realizzino quelle condizioni oggettive e/o soggettive, agevolmente ipotizzabili anch'esse nella loro molteplicità, in ragione delle quali - tanto che siano rimaste del tutto estranee alla convenzione, eppertanto giuridicamente irrilevanti anche a solo livello di presupposizione, quanto che, invece, sianvi espressamente previste come condizioni sospensive o risolutive - le parti stesse non hanno voluto o potuto addivenire ad un contratto definitivo.

Sono usuali, al riguardo, particolarmente nella materia delle compravendite immobiliari - che è quella più interessata dal fenomeno - le ipotesi in cui il promittente venditore debba portare a termine procedimenti amministrativi di regolarizzazione dell'edificio od opere di completamento dell'edificio stesso o delle infrastrutture accessorie od estinguere ipoteche o mutui, in difetto di che non sussiste l'interesse e conseguentemente la volontà di perfezionare l'acquisto da parte del promissario acquirente; o quelle in cui quest'ultimo debba, a sua volta, procurarsi, anche in più riprese, le disponibilità necessarie alla corresponsione integrale del prezzo, il conseguimento del quale condiziona parimenti interesse e volontà del promittente venditore alla realizzazione della vendita.

Dottrina e giurisprudenza, quando - sulla considerazione per cui la terminologia "promette di vendere o di acquistare" non è automaticamente indicativa d'una semplice promessa e la cosiddetta anticipazione degli effetti della vendita può essere indice dell'intento di porre in essere un contratto definitivo se il differimento della manifestazione di volontà non risulti chiaramente dal contratto - affermano che, al fine di attribuire ad una stipulazione il contenuto del contratto di compravendita o piuttosto quello del preliminare di compravendita, è determinante l'identificazione del comune intento delle parti - diretto, nel primo caso, al trasferimento della proprietà della *res* verso la corresponsione di un certo prezzo, conformemente alla causa negoziale del-

l'art. 1470 c.c., e, nel secondo caso, all'insorgenza di un particolare rapporto obbligatorio che impegni ad un'ulteriore manifestazione di volontà, alla quale sono rimessi il trasferimento del diritto dominicale sulla *res* e l'adempimento dell'obbligazione del pagamento del prezzo - onde il giudice del merito deve esaminare la stipulazione nel suo complesso al fine di accertare la comune volontà delle parti nell'un senso piuttosto che nell'altro, compiono, in verità, solo un primo approccio alla questione in esame, che, evidentemente, più non si porrebbe ove l'accertamento demandato al giudice si risolvesse nel senso del contratto ad effetti reali, dacché, in tal caso, non vi sarebbe, evidentemente, luogo a parlare di preliminare, dacché le prestazioni rese avrebbero già realizzato gli effetti del definitivo.

Viceversa, se l'accertamento compiuto dal giudice dovesse approdare al preliminare, è da escludere *in re ipsa*, come si è già sottolineato, che le parti intendessero realizzare qualsiasi effetto del definitivo, eppertanto, ai fini della soluzione della questione in esame, si rende necessaria un'indagine ulteriore e diversa in ordine alla volontà delle parti, onde identificare quali effetti, differenti da quelli propri del definitivo ma aggiuntivi rispetto a quelli ordinari del preliminare, le parti stesse avessero inteso far derivare dalla convenzione, in attuazione della quale ed in particolare delle pattuizioni aggiuntive hanno, di seguito, operato alcune prestazioni corrispondenti a quelle proprie del definitivo.

Al fine della qual ulteriore indagine, devesi preliminarmente considerare come la previsione e l'esecuzione della *traditio* della *res* e/o del pagamento, anche totale, del prezzo non siano affatto, di per se stessi, incompatibili con l'intento di stipulare un contratto solo preliminare di compravendita, dacché, in tal guisa operando, le parti manifestano e concretamente realizzano esclusivamente l'intento d'anticipare non gli effetti del contratto di compravendita - l'impegno alla cui futura stipulazione costituisce l'oggetto delle obbligazioni assunte con la convenzione stipulata nella prescelta forma del preliminare, mentre tali effetti rappresentano, per contro, proprio quel risultato cui le parti stesse non hanno inteso, al momento, pervenire - ma solo quelle prestazioni che delle obbligazioni nascenti dalla compravendita costituiscono l'oggetto, *id est* la consegna della *res* ed il pagamento del prezzo, quali, ex artt. 1476 e 1498 c.c., sono poste a carico, rispettivamente, del venditore e del compratore (nel tempo, Cass. 19 aprile 2000, n. 5132, 7 aprile 1990, n. 2916, 3 novembre 1988 n. 5962, ma già 1 dicembre 1962 n. 3250).

Escluso che con la stipulazione del preliminare, sia pure con previsione, ed esecuzione, della consegna della *res* e/o del pagamento del prezzo, le parti debbano avere necessariamente inteso che si verificassero gli effetti della compravendita - nel qual caso, d'altronde, come si è già evidenziato, si sarebbe in presenza d'un definitivo e non d'un preliminare - devesi anche escludere che, in virtù di tale esecuzione, possa essersi trasmesso dal pro-

mittente venditore al promissario acquirente il possesso della *res*.

In vero, come questa Corte ha già avuto occasione d'evidenziare - richiamando anche accreditata dottrina, per la quale "ciò che si trasferisce è solo l'oggetto del possesso, il quale, invece, non si compra e non si vende, non si cede e non si riceve per l'effetto di un negozio", e, perciò, "l'acquisto a titolo derivativo del possesso è un'espressione da usarsi solo in senso empirico e traslato" - dalla stessa nozione del possesso, definito dall'art. 1140 c.c. come "il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale", si evince ch'esso non può essere trasferito per contratto separatamente dal diritto del quale esso costituisca l'esercizio, considerato che un'attività non è mai trasmissibile, ma può solo essere intrapresa, e l'intrasmissibilità è maggiormente evidente in ordine al possesso, in quanto l'attività che lo contraddistingue deve essere accompagnata dall'*animus possidendi* (volontà di esercitare sulla cosa una signoria corrispondente alla proprietà o ad altro diritto reale), cioè da un elemento che, per la sua soggettività, può essere proprio soltanto di colui che attualmente possiede e non di chi ha posseduto in precedenza. (Cass. 27 settembre 1996 n. 8528).

Quindi esattamente si è affermato in dottrina che, essendo il possesso uno stato di fatto, l'acquisto ne è in ogni caso originario, sì che anche chi propende per la tesi contraria riconosce che di acquisto derivativo possa parlarsi "soltanto per sottolineare che l'acquisto del possesso ha luogo con l'assenso e la partecipazione del precedente possessore e non con il solo contegno di colui che acquista il possesso, come accade nell'apprensione". L'unica eccezione a questa regola si ha nella successione universale, ma è un'eccezione espressamente prevista e regolata dal legislatore che, in forza dell'elaborata *fictionis legis*, ha consentito la continuazione nell'erede del possesso esercitato dal *de cuius*, con effetto dall'apertura della successione, indipendentemente dalla verifica dei suoi presupposti di fatto, ma, appunto perché di diritto singolare ed eccezionale, l'istituto non può essere utilizzato onde pervenire ad una soluzione diversa da quella indicata con la richiamata regola generale.

Né, a sostegno della tesi della possibilità d'una trasmissione contrattuale del possesso, può richiamarsi l'art. 1146 comma 2 c.c., perché per tale norma l'*accessio possessionis*, da essa prevista, ha, per presupposto indispensabile, l'esistenza di un titolo, anche viziato, idoneo in astratto, alla cessione del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) del bene formante oggetto del possesso (Cass. 6552/81, 3876/76, 3369/72, 936/70, 1378/64, 1044/62); inoltre, la norma non prevede affatto la trasmissione del possesso da un soggetto all'altro, ma soltanto la possibilità per il successore a titolo particolare (acquirente o legatario) di unire al proprio possesso quello distinto e diverso del dante causa per goderne gli effetti sostanziali e processuali.

Per altro verso, deve considerarsi che il preliminare di compravendita con il quale siano contestualmente pattuite anche la consegna anticipata della *res* e la corresponsione del pari anticipata del prezzo in una o più soluzioni non è un contratto atipico, almeno se con tale termine s'intende definire un contratto caratterizzato da una funzione economico-sociale non riconducibile agli schemi normativamente predeterminati e tuttavia suscettibile di riconoscimento e di tutela, sul presupposto dell'autonomia contrattuale che l'ordinamento riconosce ai privati, in ragione della sua liceità e della sua meritevolezza.

Nella fattispecie in esame va ravvisata, infatti, la convergenza, in un'unica convenzione, degli elementi costitutivi di più contratti tipici, nel qual caso resta escluso che la convenzione stessa possa essere qualificata come atipica, dal momento che, sia pure considerata nelle sue plurime articolazioni, non è intesa a realizzare una funzione economico-sociale nuova e diversa rispetto a quelle dei singoli contratti tipici che in essa sono confluiti.

Pertanto, considerato che le parti, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in un unico contesto, dar vita a più negozi tra loro del tutto distinti ed indipendenti, come pure a più negozi variamente interconnessi, la qualificazione della fattispecie va, piuttosto, effettuata con riguardo alla sua riconducibilità nell'ambito d'una delle categorie, elaborate da dottrina e giurisprudenza nell'esame delle fattispecie congeneri, dei contratti misti o complessi, o dei contratti collegati.

I contratti misti o complessi sono quelli maggiormente assimilabili al contratto atipico, se pur se ne differenziano per non essere intesi alla realizzazione d'una funzione economico-sociale nuova e diversa rispetto a quelle dei contratti tipici che vi confluiscono, dacché in essi la pluralità degli schemi contrattuali tipici utilizzati si combina in guisa che, per la fusione delle cause, gli elementi costitutivi di ciascun negozio vengono assunti quali elementi costitutivi di un negozio rispetto a ciascun d'essi autonomo e distinto caratterizzato dall'unicità della causa; con la precisazione, evidenziata da alcuna parte della dottrina, per cui, nei contratti misti, si ha un solo schema negoziale, al quale vengono apportate alcune variazioni mediante l'inserimento di clausole assunte da uno o più diversi schemi, mentre, in quelli complessi, si ha la convergenza di tutti gli elementi costitutivi tratti da più schemi negoziali tipici nella regolamentazione dell'unico negozio risultante.

Nell'una ipotesi come nell'altra, la disciplina del contratto è unitaria, come unitaria ne è la causa, e va ravvisata in quella del negozio di maggior rilievo, questo da individuarsi, quanto al contratto misto, nell'unico contratto cui sono stati aggiunti singoli elementi tratti da altri e che in esso si fondono (teoria dell'assorbimento), e, quanto al contratto complesso, in quello,

tra i più contratti integralmente confluiti nell'unica convenzione, cui, all'esame della volontà quale in concreto manifestata dalle parti, risulti essere stato conferito rispetto agli altri il maggior rilievo in considerazione della finalità perseguita (teoria della prevalenza).

Minor seguito ha, in dottrina, la tesi per cui, nell'ipotesi del contratto complesso, i vari profili della convenzione andrebbero singolarmente disciplinati con riferimento allo schema contrattuale corrispondente (teoria della combinazione); ed, in effetti, tesi siffatta non consente, poi, a differenza dalla teoria della prevalenza, un'adeguata differenziazione di disciplina tra la fattispecie del contratto complesso e quella dei contratti collegati.

La quale ricorre ove più contratti autonomi, ciascuno caratterizzato dalla propria causa, formino oggetto di stipulazioni coordinate, nell'intenzione delle parti, alla realizzazione di uno scopo pratico unitario, costituito, di norma, dall'agevolare la realizzazione della funzione economico-sociale dell'un d'essi.

Il collegamento contrattuale, come è stato ripetutamente evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, nei suoi aspetti generali non dà luogo ad un autonomo e nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto, bensì attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi.

Ond'è che il criterio distintivo fra contratto unico, se pur misto o complesso, e contratto collegato non va ravvisato in elementi formali - quali l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali (un contratto può essere unico anche se ricavabile da più testi, mentre un unico testo può riunire più contratti) o la mera contestualità delle stipulazioni (i contratti possono essere stipulati anche in momenti diversi in relazione ad esigenze sopravvenute) - ma nell'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti, dacché il "contratto collegato" non è un tipo particolare di contratto, ma uno strumento di regolamentazione degli interessi economici delle parti caratterizzato dal fatto che le vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione, ecc.) possono ripercuotersi sull'altro, seppure non in funzione di condizionamento reciproco (ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro, e non anche viceversa) e non necessariamente in rapporto di principale ad accessorio.

Pertanto, affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorrano sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unita-

rio, sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale.

Tanto considerato, risulta evidente come la fattispecie in discussione debba essere ricondotta alla categoria dei contratti collegati.

In essa, infatti, le parti, onde agevolare, per le plurime ragioni quali in precedenza accennate, la realizzazione delle finalità perseguite con la stipulazione del preliminare di compravendita, stipulano altresì - e, come del pari si è già evidenziato, ciò può aver luogo contemporaneamente e contestualmente al preliminare ma anche in tempi e con atti diversi, a seconda che le circostanze lo richiedano - dei contratti accessori, al preliminare necessariamente perché funzionalmente connessi e, tuttavia, autonomi rispetto ad esso, rispondendo ciascuno ad una precisa tipica funzione economico - sociale eppertanto disciplinati ciascuno dalla pertinente normativa sostanziale.

Contratti con i quali le parti pervengono ad una regolamentazione, se pur provvisoria tuttavia ben definita, dei rapporti accessori funzionalmente collegati al principale e nei quali, secondo un'autorevole opinione dottrina meritevole d'esser condivisa, vanno ravvisati, quanto alla concessione dell'utilizzazione della *res* da parte del promittente venditore al promissario acquirente, un comodato e, quanto alla corresponsione di somme da parte del promissario acquirente al promittente venditore, un mutuo gratuito.

Ne consegue, con riferimento al primo dei considerati contratti, che la materiale disponibilità della *res* nella quale il promissario acquirente viene immesso, in esecuzione del contratto di comodato, ha natura di detenzione qualificata esercitata nel proprio interesse ma alieno nomine e non di possesso.

Possesso che il promissario acquirente può, dunque, opporre al promittente venditore solo nei modi previsti dall'art. 1141 c.c., in particolare assumendo e dimostrando un'intervenuta *interversio possessionis*.

Questa, come ha correttamente ricordato il giudice *a quo*, non può aver luogo mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore, dalla quale sia consentito desumere che il detentore ha cessato d'esercitare il potere di fatto sulla cosa nomine alieno ed ha iniziato ad esercitarlo esclusivamente nomine proprio ed, inoltre, manifestazione siffatta dev'essere non solo tale da palesare inequivocabilmente l'intenzione del soggetto di sostituire al precedente *animus detinendi* un nuovo *animus rem sibi habendi*, ma anche essere specificamente rivolta contro il possessore, in guisa che questi sia posto in condizione di rendersi conto dell'avvenuto mutamento, quindi tradursi in atti ai quali possa riconoscersi il ca-

rattere della concreta opposizione all'esercizio del possesso da parte del possessore stesso; tra tali atti, ove non accompagnati da altra manifestazione dotata degli indicati connotati dell'opposizione, non possono ricomprendersi né quelli che si traducano in una inottemperanza alle pattuizioni in forza delle quali la detenzione era stata costituita, verificandosi in tal caso un'ordinaria ipotesi d'inadempimento contrattuale, né quelli che si traducano in ordinari atti d'esercizio del possesso, verificandosi in tal caso una mera ipotesi di abuso della situazione di vantaggio determinata dalla materiale disponibilità del bene.

...*Omissis*...

IMMISSIONE DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE NELLA DISPONIBILITÀ DEL BENE: POSSESSO O DETENZIONE?

di Rocco Paolo Puce

Le sezioni unite della Cassazione si sono pronunciate qualificando in termini di detenzione e non di possesso l'anticipata disponibilità dell'immobile in capo al promissario acquirente, avvenuta in esecuzione di un preliminare di compravendita immobiliare c.d. "complesso" ovvero ad effetti anticipati. Per motivare l'assunto, la Corte ha affrontato il tema della natura di tale negozio giuridico concludendo che, nell'ipotesi di anticipata esecuzione delle obbligazioni tipiche della vendita (versamento del prezzo e tradito del bene), affiancate alla causa tipica del preliminare vi siano, altresì, quelle ulteriori e, a suo dire collegate, di un comodato e di un mutuo gratuito, escludendo la qualificazione della fattispecie in termini di vendita con effetti obbligatori ovvero di contratto atipico. Con questa ricostruzione, il Supremo Collegio si discosta da quel percorso da tempo avviato da dottrina e giurisprudenza e volto a configurare il contratto preliminare come regolamentazione delle obbligazioni scaturenti dal definitivo e quest'ultimo quale atto traslativo solvendi causa.

Il caso al vaglio della Corte

La fattispecie devoluta all'esame del Supremo Collegio atteneva al riconoscimento dell'intervenuta usucapione della proprietà di un immobile da parte del promissario acquirente del bene oggetto di consegna anticipata, sulla premessa del possesso, esclusivo ed ininterrotto per il tempo necessario al compiersi della prescrizione acquisitiva (1).

La II sezione della Corte, rilevato come la *querelle* relativa alla qualificazione, in termini di possesso piuttosto che di detenzione, della disponibilità del bene conseguita dal promissario acquirente, avesse avuto soluzioni difformi anche all'interno della stessa sezione ne devolveva la trattazione alle Sezioni Unite.

Queste ultime, sconfessando la tesi del possesso, giungevano a confermare la correttezza dell'interpretazione della fattispecie in termini di detenzione qualificata, sul presupposto del riconoscimento della natura di contratto ad effetti obbligatori del negozio preliminare, pur sempre confermando il possibile verificarsi di un mutamento del titolo del possesso nell'ipotesi di *interversio possessionis*.

Proprio l'affondo sull'annosa problematica della natura della fattispecie negoziale con cui le parti di un contratto preliminare di vendita immobiliare vogliono anticipare la consegna del bene - eventualmente in corrispettivo della dazione di somme da imputare a pa-

gamento - rispetto al momento della conclusione del definitivo, rappresenta il cuore della pronuncia in commento e appare il nodo nevralgico da sciogliere onde poter qualificare tale disponibilità in termini di possesso ovvero di detenzione.

I problemi dogmatici al vaglio del Supremo Collegio sono scaturiti dalla prassi commerciale, in specie immobiliare, che ha progressivamente eroso la centralità del contratto di compravendita a favore di un sempre più intenso ricorso negli affari alla stipula di preliminari tendenti a dare preventiva e compiuta regolamentazione ai rapporti negoziali.

Per soddisfare svariati interessi (2) dei contraenti si è giunti ad arricchire lo schema tipico del contratto preliminare di vendita, introducendo clausole che obbligano reciprocamente le parti ad ulteriori adempimenti, i quali esulano dalle obbligazioni proprie del tipo negoziale. Il contenuto tipico del negozio preparatorio, inteso tradizionalmente e per lungo tempo come *pactum de contraendo*, avente ad oggetto un *facere* - la prestazione del consenso alla stipula del contratto definitivo con cui si consegue il trasferimento della proprietà - è stato ampliato fino a ricomprendere l'obbligazione di un "sia pur futuro *dare*: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico voluto dalle parti" (3).

In particolare, assume centralità l'obiettivo dei contraenti di realizzare la vicenda traslativa concernente l'immobile tramite la previsione di una fase meramente obbligatoria, in cui trova compiuta disciplina l'assetto negoziale voluto dalle parti, seguita da una fase solutoria (4) con il solo trasferimento del diritto reale,

Note:

(1) Sulla sentenza in commento v., criticamente, G. Travaglino in *Osservatorio*, in questa *Rivista*, 2008, 5, 614.

(2) Per una concreta disamina, sotto il profilo funzionale, delle molteplici esigenze ed interessi che con il ricorso allo schema del preliminare le parti possono soddisfare, F. Toschi Vespasiani, *La situazione soggettiva del promissario acquirente nel "preliminare ad effetti anticipati"*, in *I contratti*, 2, 2008, 190 che richiama R. De Matteis, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991, 50 ss. L'elencazione redatta, espressamente non esaustiva, è illuminante circa la duttilità dello schema del preliminare che permette nella prassi di "combinare serie anche composite di istituti giuridici": caso tipico, stipula del preliminare, con immissione del promittente l'acquisto nel godimento del bene e pagamento solo di una parte del prezzo, con dilazione della restante in modo da fare coincidere il saldo con il definitivo; ma anche, a titolo esemplificativo, preliminare di permuta di terreno edificabile con appartamento da costruire sulla medesima e consegna anticipata del primo; ovvero, preliminare di vendita di cosa futura, con pagamento del prezzo rateizzato a fare data da un certo stadio di avanzamento dei lavori e contemporanea stipula da parte del costruttore di un mutuo per finanziare i lavori.

(3) Cass. S.U., 18 maggio 2006, n. 11624, in questa *Rivista*, 2006, 1394 ss., con nota di E. Bolondi.

(4) Sulla struttura bifasica da ultimo: F. Toschi Vespasiani, *op.cit.*, p. 189.

preordinando la prima all'attuazione progressiva, parziale o integrale, dell'assetto di interessi voluto (5).

Dottrina e giurisprudenza si sono ripetutamente pronunciate quanto alla natura di tale tipologia di contratto, affrontando preliminarmente il rapporto tra i due negozi nella sequenza preliminare-definitivo; ciò proprio per poter qualificare il preliminare ad effetti anticipati in termini di negozio definitivo di vendita con effetti obbligatori o di contratto atipico o di preliminare in cui si innestino ulteriori negozi, ovvero che preveda l'anticipata esecuzione delle obbligazioni del definitivo.

Contributi dottrinali nell'individuazione del negozio prevalente nella sequenza preliminare-definitivo del contratto di vendita. La natura del preliminare

Proprio la sopra accennata *querelle* circa il rilievo da attribuire al contratto preliminare, seguito dal definitivo, rappresentò il fertile terreno in cui si radicarono le elaborazioni degli interpreti sulla natura del contratto preliminare in generale, e, conseguentemente, di quello che specificamente ci interessa, di vendita, anche ad effetti anticipati.

Si è affermata con prevalenza la tesi che propugna il carattere negoziale del definitivo (6) e gli interpreti hanno approfondito l'indagine sulla sua causa, per giungere a stabilire quale dei due negozi della sequenza rivesta ruolo preminente. In questa sede si tratteggiano i profili ed il portato di tali contributi, pur senza alcun intento di completezza espositiva.

Seppur spaziando tra latitudini fra loro molto diversificate, sostanzialmente tali tesi sono riconducibili a due opposti filoni: l'uno, vede nel definitivo un contratto che va a sostituire integralmente il preliminare, divenendo l'unica fonte del rapporto giuridico (7), l'altro ha, invece, progressivamente affermato la centralità del preliminare, elevato a fonte negoziale dell'unico regolamento contrattuale (8) ed ha individuato nel definitivo un atto adempitivo vincolato (9).

Il definitivo è stato interpretato da un'autorevole dottrina come negozio solutorio con causa esterna (10), riproponendo l'inquadramento della sequenza preliminare-definitivo nello schema del *titulus-modus acquirendi*, proprio del diritto germanico: il preliminare viene, pertanto, configurato come vera e propria vendita obbligatoria, cosicché al definitivo non residuerebbe altro profilo funzionale se non quello solutorio.

Secondo altri tale contratto assolverebbe ad una funzione novativa, volendo le parti con esso estinguere il regolamento d'interessi predisposto con il preliminare, mediante la sostituzione con quello del definitivo.

Si sono, altresì, sostenute altre due tesi che ricostruiscono il definitivo come negozio con doppia causa - causa propria del tipo negoziale impiegato e *causa solutionis* -, o, infine, negozio con causa interna variabile, a seconda del fine perseguito di volta in volta dalle parti (11).

Queste premesse hanno prodotto riflessi anche sull'interpretazione della fattispecie del contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati, che ci riguarda, ove le parti contraenti non si limitano ad assumere reciprocamente l'obbligo di contrarre ma, altresì, anticipano le prestazioni che solitamente discendono dal contratto definitivo, quali, ad esempio, la consegna del bene.

Numerosi sono i dubbi in merito alla natura giuridica di tale fattispecie, delle cui diverse teorie, brevemente e senza alcun intento di analiticità, si tratteggia il cuore dogmatico. I problemi di inquadramento discendono proprio dall'apparente antinomia che oppone la funzione classica del preliminare alla concreta produzione di effetti ed all'esecuzione di prestazioni che solo il contratto di vendita dovrebbe essere abilitato a sorreggere.

Parte della dottrina (12), basandosi su giurispru-

Note:

(5) In questo senso: R. De Matteis, *ult. cit.*, p. 50 ss.

(6) *Contra* un orientamento minoritario ha sostenuto che solo il preliminare sarebbe un negozio giuridico in senso stretto, mentre la stipula del definitivo sarebbe un mero atto dovuto, attesa la sua funzione meramente riproduttiva e l'assenza di una manifestazione spontanea di volontà: L. Montesano, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, 84 ss. e G. Palermo, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991. Tale tesi comporta la conseguenza che il definitivo debba essere fedele al preliminare.

(7) La c.d. teoria negoziale del contratto definitivo. Vedasi, seppur nella diversità di impostazione metodologica e di approdi: L. Coviello, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, 3, 2, Milano, 1902, 69; C. M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 181; R. Sacco, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993; Palermo, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991; E. Gabrielli-V. Franceschelli, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 1 ss.; inoltre, *Contratto preliminare*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 7; V. Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e G. Gabrielli, I, Torino, 305 ss.

(8) Vedasi: P. Forchielli, *Contratto preliminare*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, IV, 1959, 683 ss.; F. Messineo, *Il contratto in generale*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, I, Milano, 1973, 528; L. Montesano, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur.*, XXIX, Milano, 1979, 508 ss.; R. De Matteis, *op. cit.*; A. Chianale, voce *Contratto preliminare*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1989; P. Rescigno, voce *Contratto (diritto privato: teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Roma, 1988; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 862. Tale tesi verrebbe ulteriormente rafforzata dalla analisi sistematica con la tutela approntata dall'art. 2932 c.c. e la trascrivibilità del contratto preliminare introdotta con il decreto legge n. 669 del 1996 e convertito con la legge n. 30 del 1997.

(9) Cass., sez. un., 7 luglio 2004, n. 12505, in questa *Rivista*, 2004, 11, 1451, con nota di F. Rocchio, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, ove per i giudici di legittimità le obbligazioni di pagamento del prezzo e di consegna del bene trovano titolo nel contratto preliminare, e non già nel contratto definitivo.

(10) F. Gazzoni, *op. cit.*

(11) Vedasi per una compiuta disamina: R. Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 2004, 292; F. Caringella, *Studi di diritto civile*, II, Milano, 2005, 1151 ss.; G. Bozzi, *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita*, a cura di D. Valentino, I, *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino 2007.

(12) Vedi per tutti: L. Montesano, voce *Obbligo a contrarre* in *Enc. dir.*, Milano, 1979, vol. XXIX, 511; G. Amoroso, *Contratto preliminare di vendita e termine essenziale* in nota a sentenza Corte d'appello di Napoli, 24 gennaio 1963, in *Dir. e giur.*, 1964, 421.

denza alquanto risalente, ritiene che in questi casi non si possa parlare di contratto preliminare di vendita in quanto già vengono in essere i trasferimenti tipici del contratto definitivo. Le argomentazioni poste a fondamento di tale tesi sono incentrate sulla impossibilità di un'esecuzione che derivi da un contratto che non sia definitivo; in altri termini, risulta scorretto interpretarli quale anticipazione di effetti di un contratto che non è ancora stato posto in essere. L'anticipazione degli effetti tipici del contratto di compravendita apparirebbe compatibile solo con un vero e proprio contratto definitivo, tutt'al più condizionato, ovvero ad efficacia differita (13).

Si è diffusa, altresì, una corrente diametralmente contraria che ha definito questa tipologia contrattuale una sorta di contratto "innominato o atipico" ovvero un "contratto misto".

Coloro i quali sostengono la tesi del contratto atipico (14) considerano la figura contrattuale di cui trattasi come una sorta di procedimento suddiviso in varie fasi, la prima delle quali costituita, per l'appunto, dal contratto preliminare di vendita (ad effetti anticipati), destinato ad essere sostituito *in toto* dal contratto definitivo che costituirà l'atto "conclusivo" (15). In base a tale interpretazione, il contratto preliminare si porrebbe quale mero titolo provvisorio che integra un segmento di una sequenza procedimentale i cui effetti finali si raggiungono solo con la stipula del definitivo (16).

Come già detto, il contratto *de quo* è stato, altresì, configurato come "contratto misto" (17) la cui causa sarebbe costituita in parte da quella del preliminare stesso ed in parte da quella del definitivo: scopo del preliminare sarebbe la conclusione delle prestazioni, considerata dalla dottrina come causa del definitivo.

Infine, dottrina e giurisprudenza, forti del principio di autonomia contrattuale riconosciuto dal nostro ordinamento, hanno sostenuto la compatibilità tra un contratto preliminare di vendita e la previsione di un'esecuzione anticipata, sia della consegna del bene, sia del pagamento del prezzo. Nulla osterebbe a che il contratto preliminare costituisca un "titolo provvisorio" delle prestazioni che saranno oggetto del definitivo. Da ciò sorge la distinzione tra il preliminare c.d. "puro" e il preliminare c.d. "complesso", il base alla quale il secondo differisce dal primo per il fatto di prevedere, oltre al tipico obbligo di contrarre, anche una pluralità di obbligazioni accessorie, senza che tale previsione snaturi

cificamente, veniva considerato fonte di un'obbligazione civile, che ha per contenuto la "conclusione di un contratto definitivo" ovvero, la redazione dell'atto produttivo dell'effetto negoziale proprio del "tipo" di contratto già configurato dalle parti con lo stesso preliminare. Pur nella consapevolezza delle differenze tipologiche che discriminano la figura del preliminare da quella del definitivo, non veniva esclusa la possibilità di un'esecuzione specifica del preliminare proprio in ragione della completezza della regolamentazione dell'assetto di interessi da recepirsi nel definitivo ma già compiutamente pattuita in sede di preliminare (forma, accordo, causa ed oggetto): «il negozio in esame sarebbe definitivo per la valutazione che, in sé, riceve dall'ordinamento, se le parti non lo avessero privato di tale essenza e funzione per realizzare interessi meritevoli di tutela, secondo lo stesso ordinamento».

Tale illustre interprete giunge alla conclusione che l'inquadramento dogmatico della fattispecie del preliminare sia da ricondurre ai contratti atipici, in termini di necessarietà. Ciò in quanto, pur nella legittima autonomia contrattuale riconosciuta alle parti, la libertà del ricorso a schemi negoziali *ad hoc*, «non ha, in sé, una causa normativamente tipizzata».

Portando alle conseguenze le premesse delineate che individuano nel definitivo la regola normativa e nel preliminare l'eccezione legittimata dalla privata autonomia (cosicché l'interprete nel dubbio deve ricondurre la fattispecie oggetto di analisi al definitivo) e che il preliminare ha effetti solo obbligatori, risultando del tutto impotente a realizzare nell'ordinamento quell'assetto di interessi proprio del definitivo, l'Autore giungeva ad escludere l'applicabilità del regime giuridico proprio e specifico del definitivo al preliminare, interpretando le previsioni di anticipazione degli effetti del definitivo come volontà di concludere un negozio di tal tipo.

Parla del preliminare come di una categoria essenzialmente mentitoria, in quanto dissimulerebbe nel suo seno una vendita ad efficacia obbligatoria, R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, II, 43. Conforme: A. Chianale, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giurisp. it.*, 1987, 684 ss.; A. Di Majo, *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 362 ss; ma anche più recentemente, A. Di Majo, *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. civ.*, 1985, 1638 ss.

(14) G.B. Portale, *Principio consensualistico e conferimento dei beni in proprietà*, in *Riv. società*, 1970, 913 ss.. Ivi l'Autore qualifica, arditamente ed in controtendenza rispetto alla logica giuridica dell'epoca, come contratto atipico le c.d. promesse di vendita con cui una parte, contro il pagamento del valore di scambio di un bene, ne trasmette all'altra il possesso, impegnandosi al tempo stesso a trasferirgliene la proprietà con un successivo contratto (anch'esso atipico). Tale ricostruzione dogmatica si fonda sulla critica sollevata avverso la più parte della dottrina che escludeva la qualifica dei due negozi come contratti innominati e, muovendo dall'assunto che la trasmissione del possesso della cosa ed il pagamento del prezzo siano semplice anticipazione consensuale degli effetti del futuro contratto, sostengono che il primo dei contratti della sequenza descritta sia contratto preliminare di vendita ed il secondo un contratto definitivo di vendita. Infatti questa impostazione non spiegherebbe come "si eviti di ricadere nell'istituto del pagamento dell'indebito in presenza di prestazioni (trasferimento del possesso e pagamento del prezzo) che dovrebbero trovare la loro giusta causa in un contratto da stipulare in un futuro anche molto remoto. Il vero è che sia l'obbligo di immettere la controparte nel possesso, sia quello di pagare il valore di scambio del bene, trovano la loro fonte nella c.d. promessa di vendita, la quale proprio per questo è da configurare come un negozio atipico e non come un contratto preliminare, dal momento che il contratto preliminare non può produrre un effetto diverso e maggiore dell'obbligo formale di concludere il futuro contratto". Così F. Messineo, *op. cit.*, 577, anch'egli in posizione critica rispetto a quegli orientamenti tendenti a svilire la tradizionale rilevanza del preliminare.

(15) Così: Cass. 23 aprile 1980, n. 2679.

(16) A. Lener, in commento a Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, 669.

(17) Così: Cass. 3 settembre 1947, n. 1561, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 640, 433. In dottrina: R. Alessi, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1972, 450.

Note:

(13) L. Montesano, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953; Id., *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1173 ss.. L'Autore, nella ricostruzione fornita, scaturita dal raffronto tra la fattispecie del preliminare e quella del definitivo, giunge alle conclusioni rassegnate partendo dalla definizione, *iure receptum*, del preliminare come fonte della sola obbligazione di concludere un contratto. Premessa tale considerazione, al preliminare venivano correlati solo effetti puramente obbligatori; più spe-

la qualificazione del negozio in termini di preliminare in senso tecnico (18).

Le pronunce giurisprudenziali sulla natura del preliminare di vendita ad effetti anticipati: a) breve *excursus* storico

Seguendo l'evoluzione giurisprudenziale della tutela apprestata a favore del promissorio acquirente si delinea la tendenza seguita dalla giurisprudenza in ordine al contenuto della fattispecie all'esame, nell'ambito del più generale contratto preliminare.

Il nodo gordiano che ha condotto alla devoluzione alle Sezioni Unite della questione è stato rappresentato dalla qualificazione giuridica del fatto rappresentato dalla anticipata consegna materiale del bene.

Inizialmente la giurisprudenza di legittimità si era pronunciata in termini di "concessione precaria" (19), soluzione neutra, scelta presumibilmente in ragione, da un lato, della difficoltà di inquadramento dogmatico di tale situazione di fatto all'interno di una fattispecie negoziale tipicamente ed esclusivamente concepita come *pactum de contrahendo*, dall'altro, dalla remora di procedere alla riqualificazione formale del negozio in termini di definitivo.

In tempi immediatamente successivi, l'attenzione del Supremo Collegio si andò a concentrare sull'analisi della fattispecie in termini di preliminare di vendita ovvero di vendita definitiva, con un'iniziale rigida propensione alla riqualificazione dei negozi preliminari con clausole atipiche, in termini di definitivi; ciò in ragione del rigido formalismo interpretativo, volto a ricondurre le fattispecie concrete agli schemi normativi allora vigenti (20). Fondando le proprie decisioni su di un affrancamento dal nominalismo negoziale, così da poter liberamente procedere ad una effettiva qualificazione del rapporto svincolata dal *nomen iuris* scelto dai contraenti (21), ma soprattutto sulla considerazione della tipicità di tali prestazioni nello schema della vendita, logica conseguenza a cui la Corte giunse fu la ricomprensione di tali negozi nei contratti definitivi. Da qui l'inevitabile qualifica della disponibilità del bene in termini di possesso.

La fallacia di tale approdo giurisprudenziale, lungi dal poter trovare seguito, venne da subito rilevata da quelle pronunce che, precorrendo i tempi (l'incontrovertibile affermazione dell'autonomia contrattuale verrà sancita con il varo del Codice del 1942), evidenziarono la rilevanza, nell'attività interpretativa del giudicante, da attribuire alla volontà espressa dai contraenti che, scegliendo l'opzione del preliminare, volontariamente ed espressamente escludevano dal negozio ogni intento traslativo del diritto (22).

La conseguenza cui si giunse fu l'affermazione della piena compatibilità e, quindi, la legittima coesistenza, nel modello del preliminare, di accordi miranti ad ottenere ulteriori ed anticipate utilità.

Ma quale l'inquadramento dogmatico da dare alla fattispecie concreta?

La giurisprudenza successiva non approdò ad una pacifica ed universale interpretazione nel senso del possesso ovvero della detenzione. Tale qualificazione non è del resto mera speculazione filosofica, comportando, a seconda dell'orientamento seguito, una determinata disciplina applicabile oltre che il ricorso a specifiche forme di tutela.

Se alcune pronunce qualificavano il promissario acquirente in termini di possessore (23), tale orientamento, lungi dall'essere condiviso, risultò disatteso, anche prima dell'autorevole pronuncia in commento, in un passato non remoto.

Con riferimento al primo orientamento, nelle pronunce rese non si rinvenivano smentite del principio generale, sempre considerato valido, secondo cui "per stabilire se, in conseguenza di una convenzione con la

Note:

(18) R. De Matteis, *op.cit.*, 37; G. Capozzi, *Dei singoli contratti*, Milano, 2002, 10 ss.; G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 415 ss.; G. Rebecca-M. Simoni, *Preliminare di compravendita immobiliare*, Milano, 2002, 17 ss.; C.M. Bianca, *op. cit.*, 186; D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Milano 1962, 32.

(19) Cass. 10 luglio 1929, in *Rep. Foro it.*, 1929, voce *Vendita*, n. 69.

(20) Cass. 3 agosto 1933, in *Mon. trib.*, 1933, 819, richiamata da R. Alessi, *op. cit.* ove proprio prendendo in esame una scrittura privata, poi registrata, in cui le parti non solo si erano accordate sulla cosa e sul prezzo, ma avevano anche convenuto ed attuato il trasferimento del possesso del terreno venduto ed il pagamento del prezzo prima della traduzione in atto pubblico, rimessa ad un momento successivo, ritiene che siffatto accordo "miri senz'altro a produrre il passaggio di proprietà" e lo qualifica come contratto definitivo, nonostante le parti lo avessero chiamato "compromesso". In senso conforme: App. Milano, 15 dicembre 1933, in *Foro lomb.*, 1933, 366.

(21) Su tale principio ormai pacifico in dottrina e giurisprudenza: F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, in *Trattato dir. priv.* diretto da Bessone, XIII, Torino, 2002, 55 ss. E con particolare riferimento alla questione in esame: A. Onano, *Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di beni immobili*, in *Riv. notariato*, 2004, 1197 ss.. In giurisprudenza il principio è consolidato: vedasi per tutte da ultimo, Cass. 21 giugno 2002, n. 9079, *Riv. notariato*, 2003, 1263 ss. con nota di Ferri in cui si afferma che «è necessario ricercare l'effettiva volontà delle parti anche al di là della qualificazione (*nomen iuris*) da esse data».

(22) App. Catanzaro, 11 maggio 1936, in *Riv. dir. comm.*, 1936, 247, che, del resto, ritorna ad attribuire natura di concessione precaria alle concessioni ulteriori che le parti reciprocamente si riconoscono.

(23) Trib. Cagliari, 11 maggio 1985, in *Riv. giur. sarda*, 1986, 830 ss. con nota di Siddi; Cass. 6 luglio 1990, n. 7139; Cass. 13 luglio 1993, n. 7690; Cass. 3 novembre 2000, n. 14358, in *Riv. notariato*, 2001, 718 ss., ove si legge "l'anticipata consegna dell'immobile era destinata a consentire al promittente acquirente di esercitare nei confronti della cosa i poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà, cosicché l'intento - nel quale si risolve l'*animus* - di comportarsi ed essere considerato come titolare del diritto di proprietà sul bene, non può trovare ostacolo nella consapevolezza che del bene è titolare il promittente venditore, poiché tale differenza tra situazione legale ed situazione di fatto, corrisponde alle intenzioni delle parti, in funzione anticipatoria del trasferimento al promittente acquirente, oltre che della situazione di fatto, anche di quella di diritto. La consapevolezza della divergenza tra situazione proprietaria e situazione di fatto non costituisce criterio per negare che il titolare della situazione di fatto sia possessore", con richiamo *ex multis* a Cass. 9478/1991; 7690/1993; 10752/1993; 10708/1994; 3575/1995; 12538/1995; 718/1996; 2655/1997; 9560/1997; 4747/1999.

quale un soggetto riceve da un altro il godimento di un immobile si abbia possesso idoneo all'usucapione o mera detenzione, occorre fare riferimento all'elemento psicologico del soggetto stesso ed a tal fine stabilire se la convenzione sia un contratto ad effetti reali ovvero un contratto ad effetti obbligatori, dato che solo nel primo caso il contratto è idoneo a determinare nel predetto soggetto l'*animus possidendi*" (24), ma l'operatività del principio veniva esclusa proprio con riferimento a quelle "convenzioni che, per quanto con effetti soltanto obbligatori, tendono a realizzare il trasferimento della proprietà del bene o di altro diritto reale su di esso quando ad essi acceda un patto accessorio di immediato effetto traslativo del possesso sostanzialmente anticipatore degli effetti traslativi del diritto che, con la convenzione, le parti si sono ripromessi di realizzare. Nelle ipotesi predette, tra le quali rientra quella più diffusa del contratto preliminare di compravendita, la convenzione non tende solo ad attribuire il godimento del bene (omissis) ma è in funzione di un comune proposito di trasferimento della proprietà (omissis) alla quale è coerente il passaggio immediato del possesso, che costituisce solo un'anticipazione dell'effetto giuridico finale perseguito" (25).

Contrariamente, si sostenne che "il protrarsi della disponibilità della cosa da parte del promissario acquirente, che ne sia stato subito immesso in godimento, giammai può valere come esplicazione di un possesso *ad usucapionem*. Questo, infatti, richiede l'*animus rem sibi habendi*, cioè l'inequivocabile volontà di esercitare sulla cosa un potere corrispondente a quello del proprietario, che non può sussistere nel caso in cui il godimento dell'immobile sia stato disposto in favore del promissario acquirente con apposita clausola del contratto preliminare - ovvero con un atto negoziale a tale contratto intimamente connesso - che per definizione è un contratto ad effetti obbligatori e non reali" (26).

Le pronunce giurisprudenziali sulla natura del preliminare di vendita ad effetti anticipati: b) in particolare, le Sezioni Unite 1720/1985 e n. 11624/2006

All'interno di questo continuo flusso di pronunce spiccano le sentenze a Sezioni Unite del 27 febbraio 1985, n. 1720 (27) e del 18 maggio 2006, n. 11624 (28). Grazie al portato interpretativo delle statuizioni ivi rese, si assistette ad un progressivo arricchimento operato dalla giurisprudenza del contenuto tipico del contratto preliminare: il tipico schema di *pactum de contrahendo*, che veniva interpretato come comportante per entrambi i contraenti l'obbligo di giungere alla stipula del contratto definitivo, solutorio di quell'assetto negoziale di interessi compiutamente pattuito, quanto meno negli elementi essenziali, nel preliminare, venne progressivamente demolito dalla opera creatrice del diritto vivente - che a buon conto ha ragione di esplicarsi sul terreno dei preliminari di vendita di immobili -

in un ottica garantista della parte ritenuta più debole del sinallagma negoziale: proprio il promissario acquirente.

A questi per lungo tempo la giurisprudenza sistematicamente negò (29) il ricorso a quelle forme di tutela che sono legislativamente dettate per rendere l'acquirente immune dalla presenza vizi nel bene oggetto della vendita; tale assunto veniva ancorato alla consi-

Note:

(24) Cass. 13 luglio 1993, n. 7690, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 626 ss.

(25) Cass. 13 luglio 1993, n. 7690, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 626 ss. Conforme: Cass., 7 luglio 2000, n. 9106, in *Foro it.*, 2001, I, 522 ss., secondo cui il principio di diritto affermato sempre come valido, viene considerato non applicabile alle "convenzioni che, per quanto con effetti solamente obbligatori, tendono a realizzare il trasferimento della proprietà del bene o di altro diritto reale su di esso quando ad essi acceda un immediato effetto traslativo del possesso anticipatore degli effetti traslativi". Da ultimo Cass. 22 luglio 2003, n. 11415, in *Notariato*, 2005, 169 ss. in cui il Supremo Collegio, pur tenendo fermo il principio secondo cui la natura del rapporto di fatto conseguente alla consegna del bene in virtù di una convenzione, dipende dagli effetti - reali o obbligatori - del contratto, afferma la sua inapplicabilità «nel caso in cui nel detto contratto, che tende al trasferimento successivo della proprietà della cosa, come nel contratto preliminare di compravendita, sia pattuito l'immediato trasferimento del possesso, assumendo tale patto accessorio, senza contraddire gli effetti meramente obbligatori del contratto cui accede, una funzione anticipatoria degli effetti del trasferimento del diritto che, con la convenzione, le parti si sono ripromesse di realizzare, con la conseguenza che la consegna ad esso faccia seguito comporta l'attribuzione della disponibilità possessoria del bene, e non della mera detenzione» con nota critica di C. Sereni, *Contratto preliminare e consegna anticipata del bene: possesso o detenzione?*, 170.

In dottrina, vedasi per tutti, C. Tenella Sillani, *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1996, 31: «Possessore deve essere altresì considerato il promissario compratore al quale sia stata consegnata la cosa in esecuzione di un preliminare di vendita cosiddetto ad effetti anticipati (omissis). Nel contratto di compravendita il possesso si trasferisce all'acquirente solo quando l'alienante esegue l'obbligazione di cui all'art. 1476, n. 1 c.c. (omissis) - ergo - la consegna della cosa nella disponibilità del promissario acquirente realizzando un'anticipazione degli effetti obbligatori del contratto traslativo della proprietà, è idonea ad attribuire a tale soggetto la qualifica di possessore (anche ai fini dell'usucapione): il suo potere di fatto non può invero che corrispondere all'esercizio del diritto reale, di cui è destinato a divenire titolare per effetto del definitivo o eventualmente, nei limiti in cui ciò sia possibile, della sentenza definitiva ai sensi dell'art. 2932 c.c.».

(26) Così Cass. 30 maggio 2000, n. 7142. Conformi: Cass. 28 giugno 2000, n. 8796, che espressamente qualifica la situazione giuridica del promissario acquirente, immesso nella disponibilità dell'immobile, in termini di detenzione sul fondamento della consapevolezza in capo a questi dell'altruità della res; Cass. 28 giugno 2000, n. 8796 in cui si afferma che nel contratto preliminare ad effetti anticipati la disponibilità del bene da parte del promissario acquirente ha luogo nella piena consapevolezza dei contraenti che l'effetto traslativo non si è ancora verificato, risultando, piuttosto dal titolo l'altruità della cosa, ritenendo così nel caso *sub iudice* inesistente l'*animus possidendi*. Conforme anche Cass. 27 febbraio 1996, n. 1533; Cass. 7 luglio 2000, n. 9106.

(27) Pubblicata in questa *Rivista*, 1985, 6, 627 con nota di V. Carbone e in *Foro it.*, 1985, I, 1697 ss. con nota di F. Macario.

(28) Pubblicata in questa *Rivista*, 2006, 1394 ss. con note di E. Bolondi e G. Travaglino.

(29) Precludendo la scelta tra la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo: Cass. 11 agosto 1982, n. 4562, *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Vendita*, n. 15; Cass. 9 giugno 1981, n. 3722, in *Mass. Giur. It.*; Cass. 20 luglio 1979, n. 4338, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Vendita*, n. 27.

derazione che l'*actio redibitoria* e l'*actio quanti minoris* non risulterebbero espressamente applicabili al di fuori del contratto definitivo di vendita (30) ed al principio della c.d. intangibilità del contratto preliminare ad opera della sentenza ex art. 2932 c.c., che escluderebbe qualsiasi pronuncia diversa da quella che recepisca esclusivamente e tassativamente solo le pattuizioni contenute nel preliminare (31).

Al contraente promissario acquirente si presentò, per lungo tempo, la sola alternativa tra esecuzione in forma specifica ovvero risoluzione del contratto.

Solo con la metà degli anni '70 si cominciarono ad aprire breccie alla tutela di tale soggetto (32), tendenza ufficialmente inaugurata con gli anni '80 (33): con la sentenza del '85 sopra richiamata si sancì ufficialmente il diritto di cittadinanza nell'ordinamento della tutela allargata del promissario acquirente (34).

La compiuta teorizzazione del portato dogmatico del preliminare venne operata dallo stesso Supremo Collegio proprio con la richiamata pronuncia a Sezioni Unite del 2006 che espressamente fece scaturire dal preliminare due distinte, seppur correlate, obbligazioni: una di *facere* - vale a dire prestare reciprocamente il consenso al prodursi degli effetti reali che con il preliminare le parti, per definizione, hanno escluso - ed una di *dare* (35) e (36), seppur futuro.

L'approdo delle Sezioni Unite del 2008

Le Sezioni Unite, con la pronuncia del 2008 in commento, si sono ritrovate ad affrontare nuovamente la *quaestio iuris*, pervenendo ad un risultato sorprendente.

L'iter logico-giuridico seguito dalla Corte per suffragare le proprie deduzioni si snoda, innanzitutto, dalla compiuta indagine della volontà delle parti, parametro guida dell'attività interpretativa (art. 1362 c.c.).

Preciando da uno sterile nominalismo, l'attività di analisi della fattispecie, non vincolata dal *nomen iuris* a cui i contraenti ricorrono, dovrà certamente e preliminarmente condurre alla valutazione del comune intento delle parti, se diretto alla stipula di un contratto ad effetti reali - la compravendita - ovvero un contratto preliminare ad effetti solamente obbligatori.

Al ricorrere della seconda ipotesi, essendo escluso "*in re ipsa* che le parti abbiano inteso realizzare qualsiasi effetto del definitivo", seguirà una precisa indagine circa quali "effetti, differenti da quelli propri del definitivo ma aggiuntivi rispetto a quelli ordinari del preliminare, le parti stesse abbiano inteso far derivare dalla convenzione, in attuazione della quale ed in particolare delle

e, solo limitatamente all'art. 1482 c.c. in tema di cosa gravata da garanzie reali: Cass. 9 agosto 1982, n. 4450, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Vendita*, n. 10; Cass. 12 febbraio 1982, n. 854, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Vendita*, n. 21.

(31) *Ex multis* e tra le più recenti: Cass. 9 dicembre 1982, n. 6730, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 136, ove si afferma che la sentenza sostitutiva del consenso delle parti deve rispecchiare una situazione del tutto identica a quella a suo tempo prevista nel contratto preliminare; sicché è inammissibile la domanda ex art. 2932 c.c., volta al trasferimento della proprietà di solo una parte dell'oggetto, surrogando la residua parte con una richiesta di risarcimento del danno.

(32) Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, 669, con nota di A. Lener; Cass. 5 agosto 1977, n. 3560, *ivi* 1977, I, 2462 con nota di A. Lener.

(33) Cass. 23 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, I, 178, con nota di P. Lonero. Con tale sentenza viene definitivamente confermata la legittimità del collegamento tra la domanda ex art. 2932 c.c. a cui si cumuli una pronuncia accessoria che riconosca al promissario un indennizzo per le eventuali difformità della cosa, ovvero, addirittura, una pronuncia ex art. 2932 c.c. che, non riproducendo l'esatto contenuto della pattuizione preliminare, ne riequilibri il valore economico delle rispettive pattuizioni.

La dottrina subito ha espresso un plauso alla scelta operata con tale pronuncia, sulla base di due considerazioni assorbenti ogni contraria obiezione: *in primis*, la tutela che verrebbe ad essere estesa al promissario acquirente non risponderebbe ad un obbligo di garanzia ma in funzione dell'esatto adempimento della prestazione (ciò in quanto il promittente venditore è obbligato a fare ottenere proprio quel bene con le caratteristiche promesse); in secondo luogo, se questi fosse "arbitro della propria prestazione reale" il contratto definitivo avrebbe contenuto diverso rispetto a quanto pattuito con l'obbligazione preliminare.

(34) Per il commento: F. Macario, *op. cit.*, in cui viene ravvisato nella sentenza ex art. 2932 c.c. l'unico mezzo correttivo del rapporto non attuabile alle condizioni originariamente stabilite in quanto si sia verificato un sbilanciamento nel sinallagma negoziale pattuito tra i contraenti. In tema G. Gabrielli, *op. cit.*, 152, parla, con riferimento alla sequenza preliminare-definitiva, dell'utilità del preliminare in quanto permette "il controllo delle sopravvenienze".

(35) La pronuncia richiamata risolve l'annosa questione afferente alla legittimità del trasferimento da parte del promittente venditore di bene altrui dell'immobile anche procurando direttamente l'acquisto dal proprietario terzo. La Corte, affermando che il promittente di bene altrui è onerato di far procurare l'acquisto in capo al promissario, statuisce che l'adempimento dell'obbligazione può legittimamente essere attuato sia acquistando preventivamente il bene e successivamente ritrasferendolo, sia procurando l'acquisto direttamente dal terzo proprietario. Ciò in quanto non è applicabile la disciplina dettata dall'art. 1479 c.c. perché il contratto preliminare è un negozio con effetti puramente obbligatori, non comportando, a differenza della vendita, l'immediato effetto traslativo del bene che si dovrà verificare con il definitivo. Fino a tale momento al promittente venditore non potrà esser mosso alcun addebito per inadempimento dell'obbligazione assunta di procurare il trasferimento.

Il pregio della pronuncia - per quanto attiene la questione all'esame - è rinvenibile nell'"essenza e funzione del contratto preliminare di vendita". Tale contratto non viene più visto come *pactum de contraendo*, ma come negozio destinato già a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo, sicché il suo oggetto è non solo e non tanto un *facere*, consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminate quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un *sia pur futuro dare*: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico avuto in mira dai contraenti.

(36) Il nodo nevralgico rappresentato dal preliminare nella pratica delle compravendite immobiliari è già stato oggetto di analisi da parte di quella dottrina che aveva ravvisato nel contratto definitivo un negozio *solvendi causa*, senza che ciò comportasse lo svilimento della causa in quest'ultimo: M. Giorgianni, voce *Causa*, in *Enc.dir.*, IV, Milano, 1960, 564; V. Mariconda, *Il pagamento traslativo*, in *Contr.impr.*, 1988, 735.

Note:

(30) Deve darsi atto che è stata affermata l'applicabilità al preliminare dell'art. 1489 c.c., in tema di bene gravato da oneri o da diritti di godimento di terzi, in via analogica: App. Firenze, 17 luglio 1963, in *Foro pad.*, 1964, I, 1303; App. Milano, 15 marzo 1963, *ivi*, 1964, I, 1478. La giurisprudenza di legittimità più raramente si è pronunciata in tal senso

pattuizioni aggiuntive hanno, di seguito, operato alcune prestazioni corrispondenti a quelle proprie del definitivo”.

Riconfermata l'interpretazione, oramai consolidata, circa la compatibilità della stipula di un preliminare di compravendita con pattuizione di esecuzione anticipata della *traditio* ovvero del pagamento anche integrale del prezzo, nel caso *sub iudice* l'intento dei contraenti, con la stipula di un preliminare, viene ravvisato proprio nell'esclusione dell'effetto traslativo reale tipico del definitivo (37), seppur con previsione di esecuzione delle “sole prestazioni che delle obbligazioni nascenti dalla compravendita costituiscono l'oggetto”. Escluso che il possesso, in quanto attività, possa essere trasferito per contratto disgiuntamente dal diritto del quale esso costituisce l'esercizio, la conseguenza inevitabile che ne viene tratta consiste nella negazione che, in virtù di tale esecuzione, si possa trasmettere dal promittente venditore al promissario acquirente il possesso della *res*, che conseguirebbe come effetto normale della compravendita (38). Il promissario acquirente è solo detentore, seppur qualificato, salvo che ponga in essere idonee attività che siano manifestazione esteriore della volontà di mutare il titolo originario. La disponibilità del bene in termini di detenzione è altresì avvalorata, anzi, affonda le radici proprio nel negozio di cui è effetto: un contratto ad effetti obbligatori che motiverà nell'*accipiens* solo l'*animus detinendi*.

La sentenza in commento sembra, così, aderire alla tesi c.d. oggettiva (39) del possesso.

L'insegnamento dottrinale tradizionale compone il possesso di due elementi (40): il *corpus possessionis*, che si identifica con la relazione materiale che il soggetto instaura con il bene, esercitando un'attività corrispondente a quella del proprietario o del titolare di un diritto reale (il c.d. elemento oggettivo), e l'*animus possidendi*, ossia l'intendimento del possessore di esercitare sul bene i poteri del proprietario o del titolare di altro diritto reale (il c.d. elemento soggettivo).

Il requisito dell'*animus*, che è svincolato dallo stato soggettivo di buona fede da parte del possessore e si concreta non nella convinzione di esercitare un diritto proprio o nell'ignoranza di ledere un diritto altrui, ma nella volontà di disporre del bene come se fosse proprio, non potrà sussistere - venendo, pertanto, meno la qualifica in termini di possesso - qualora il godimento del bene derivi da una convenzione negoziale cui non accedono effetti reali.

L'elemento discrezionale tra possesso e detenzione non risulterebbe, quindi, solo l'*animus possidendi*, ma si ravviserebbe anche e soprattutto nel titolo in forza del quale si è iniziato ad esercitare il potere sulla cosa (41). Pertanto, qualora il godimento del bene sia attribuito per effetto di una convenzione, è dagli effetti reali o obbligatori del contratto che deve essere fatta discendere la natura del rapporto di fatto che, con la consegna del bene, si stabilisce tra il soggetto e la cosa, e che sarà da

qualificarsi in termini di possesso nel primo caso ovvero di detenzione nel secondo caso.

Se pur questa premessa appare condivisibile, si apre, come corollario, lo scenario delle considerazioni circa la natura del preliminare cui accedano le contestuali pattuizioni della consegna anticipata della *res* e la corresponsione del pari anticipata del prezzo, in misura integrale o parziale, quale titolo attributivo della disponibilità del bene. Considerazioni che giungono a conclusioni nettamente in controtendenza rispetto ai risultati raggiunti con gli immediatamente precedenti approdi giurisprudenziali.

Premettendo una considerazione che può apparire ovvia, con riferimento all'anticipata esecuzione della prestazione di pagamento del prezzo, il problema si profila solo con riguardo a quelle somme che vengano corrisposte non a titolo di caparra ma ad esclusivo titolo di acconto sul prezzo della futura vendita.

Qualora, infatti, venga pattuita una caparra confirmatoria, verrebbero in rilievo aspetti giuridici che allontanano dalla problematica in questione. Ciò in quanto tale istituto, lungi nella sua essenza dall'essere adempimento parziale preventivo (42), svolge una fun-

Note:

(37) Sembra, dunque, che venga smentita l'interpretazione ricostruita da autorevole dottrina (L. Montesano, *Obbligo a contrarre*, op. cit., 511) del preliminare ad effetti anticipati in termini di definitivo, seppur condizionato o ad efficacia parzialmente differita, ciò in ragione dell'applicazione rigida del criterio indicato dal legislatore in tema di interpretazione del contratto ed in particolare l'art. 1362 c.c. il quale, al primo comma, prevede che nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la volontà delle parti, senza limitarsi alla qualificazione formale data dalle stesse.

(38) Segue, quindi, una attenta digressione che si addentra nell'analisi della natura del possesso. La Corte riconferma la condivisione dell'orientamento di quella dottrina che esclude la trasferibilità del possesso; ciò in quanto il possesso si concreta in una situazione di fatto intercorrente tra un soggetto e un bene a prescindere dalla sussistenza in capo al soggetto stesso della titolarità del diritto di proprietà o di altro diritto reale. Oggetto quindi del trasferimento potrà essere solo l'oggetto del possesso, essendo quest'ultimo non trasferibile di per sé solo, ma solo unitamente al diritto del quale costituisca l'esercizio, considerato che un'attività non è mai trasmissibile, ma può essere solo intrapresa, e l'intrasmissibilità è maggiormente evidente in ordine al possesso, in quanto l'attività che lo contraddistingue deve essere accompagnata dall'*animus possidendi*.

(39) Tra gli autorevoli sostenitori: G. Branca, nota a Cass. 11 marzo 1960, n. 474, in *Foro it.*, 1961, I, 116 ss.; F.S. Gentile, *Il possesso*, in *Giur. sist. civ. comm.* diretta da W. Bigiavi, Torino, 1965, 11 ss.; P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1975, 563 ss.

(40) L. Bigliuzzi Geri, *Diritto civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 1998, 352 ss.; R. Sacco, *Il possesso. La denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, III, Milano, 1961, 41 ss.

(41) P. Trimarchi, op. cit. riassume, nelle linee essenziali, la teoria oggettiva nell'assunto secondo cui si è di fronte ad una detenzione ove il potere di fatto sulla cosa sia iniziato richiamandosi ad un titolo attributivo di un diritto di credito; si è, invece, in presenza di un possesso laddove il potere sulla cosa sia iniziato in forza di un titolo attributivo di un diritto reale o comunque pretendendo di utilizzare la cosa come se si fosse titolari di un diritto reale.

(42) F. Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* ora diretto da P. Schlesinger, 257.

zione di garanzia, sanzionatoria e risarcitoria (43), per l'ipotesi di mancato adempimento delle obbligazioni scaturenti dal negozio stipulato.

Proprio partendo da questa premessa il Supremo Collegio ha proceduto alla ricostruzione dogmatica della fattispecie all'esame.

La Cassazione si orienta verso una scelta ben decisa.

Dopo aver escluso la qualificazione del contratto preliminare *sub iudice* come contratto atipico (44), rinvia nella fattispecie "la convergenza in un'unica convenzione, degli elementi costitutivi di più contratti tipici", stante che l'assetto degli interessi perseguiti dai contraenti non risulterebbe realizzare una funzione economico-sociale differente rispetto a quella soddisfatta dai contratti ivi confluiti.

Da qui, la necessità di scriminare se contratti misti, complessi ovvero collegati.

È tale ultima categoria che viene privilegiata dall'interprete; ciò in quanto "le parti, onde agevolare (*omissis*) la realizzazione delle finalità perseguite con la stipulazione del preliminare di compravendita, stipulano altresì - e (*omissis*) ciò può aver luogo contemporaneamente e contestualmente al preliminare ma anche in tempi e con atti diversi, a seconda che le circostanze lo richiedano - dei contratti accessori, al preliminare necessariamente perché funzionalmente connessi e, tuttavia, autonomi rispetto ad esso (*omissis*)". Tali negozi collegati vengono individuati - si legge - abbracciando "un'autorevole opinione dottrina meritevole di essere condivisa" (45), nel comodato, per quanto attiene la consegna anticipata del bene, e nel mutuo gratuito, con riferimento alla corresponsione di somme da parte del promissario acquirente al promittente venditore.

La fattispecie esce dall'analisi condotta dalla Suprema Corte plasmata come un mitologico cerbero, un negozio costituito dal collegamento negoziale tra un comodato ed un mutuo gratuito, entrambi che afferiscono ad un principale contratto preliminare. Una pattuizione che collegherebbe tre distinti rapporti negoziali, tutti potenzialmente autonomi, tutti dotati di causa propria, ognuno portante effetti suoi propri, e, solo per opportunità, collegati volontariamente dai contraenti in vista del soddisfacimento contestuale di molteplici interessi.

Orbene, la ricostruzione fornita dalla Suprema Corte, mira a dare compiuta spiegazione sotto il profilo dogmatico di clausole "atipiche" che i contraenti introducono e che secondo l'interprete integrerebbero vere e proprie convenzioni negoziali autonome ed accessorie.

Le conseguenze tratte dall'interprete non appaiono pienamente condivisibili, seppur nel pregio dell'attività di semplificazione e riconduzione della fattispecie concreta al novero degli istituti tipici dell'ordinamento.

Analizzando partitamente le singole fattispecie ravvisate dal giudicante, non può non rilevarsi, innanzi-

tutto, come tale pronuncia segni una battuta d'arresto (46) sulla linea evolutiva della figura del preliminare, anche nello schema "complesso" (47), operata proprio dalla giurisprudenza con successive pronunce di cui rappresentano pietre miliari proprio le sentenze a sezioni unite più sopra richiamate: Cassazione, S.U., 27 febbraio 1985, n. 1720 e Cassazione S.U., 18 maggio 2006, n. 11624. Se il *dictum*, contenuto nella giurisprudenza testè richiamata, segnava un irrobustimento del contenuto tipico del preliminare, con conseguente ampliamento degli strumenti di tutela a disposizione del promissario acquirente, con la pronuncia in commento la Suprema Corte vanifica i risultati cui precedentemente era giunta, attraverso uno sforzo interpretativo condiviso dalla dottrina.

La figura del preliminare di vendita ne scaturirebbe di nuovo in termini di puro e semplice *pactum de contrahendo*, privato di quel *quid pluris* che ha progressivamente legittimato l'estensione di una serie di garanzie anche al promissario acquirente.

L'interpretazione di quelle pattuizioni autonome ed accessorie, che nella libertà contrattuale le parti eventualmente potrebbero prevedere, in termini di negozi collegati al preliminare, rappresenterebbe un disconoscimento del portato stesso della figura del preliminare c.d. "complesso" perché in quanto tale non verrebbe mai a configurarsi, dovendosi, in via interpretativa e seguendo il criterio adottato dall'Illustre giudicante, scindere in autonomi negozi, quelle pattuizioni aggiuntive che le parti vogliono, qualora ciò sia possibile, così venendo a porre tali pattuizioni al di fuori dello schema del negozio preparatorio.

Ci si domanda se ancorare ancora, dunque, al preliminare e all'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti tutte quelle forme di tutela che sono state

Note:

(43) F. Roselli, *Tratt.dir. priv.* diretto da Bessone, XIII, 5, 464.

(44) «Almeno se con tale termine si intende definire un contratto caratterizzato da una funzione economico-sociale non riconducibile agli schemi normativamente predeterminati e tuttavia suscettibile di riconoscimento e di tutela».

(45) Il richiamo appare fatto ad un'espressione utilizzata da un illustre Autore (FM. Gazzoni, *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Riv.notariato*, 2001, 723 ss, a commento critico di Cass. 3 novembre 2000, n. 14358 e Cass. 28 giugno 2000, n. 8796) che ritiene condivisibile la qualifica del promittente acquirente in termini di detentore della cosa consegnatagli anticipatamente. Dice l'Autore che «in sostanza è come se i promittenti ponessero in essere, da un lato, un mutuo gratuito, e, dall'altro, un comodato, al fine di permettere, alla controparte, di disporre di una somma e di lucrare sugli interessi o di godere gratuitamente della cosa, salvo, in entrambi i casi, restituzione, in caso di mancata esecuzione del preliminare».

(46) Così anche uno dei primi contributi dottrinali: G. Travaglino, *cit.* 614, che critica il recente approdo in controtendenza rispetto all'evoluzione in corso.

(47) Sul punto vedasi le puntuali analisi condotte dalla dottrina: D. Cenni, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contr.impr.*, 1994, 1108; R. De Matteis, *op. ult. cit.*, 81.

progressivamente estese al promissario, proprio sulla scorta di un progressivo ripensamento ed una rivisitazione dell'essenza e degli effetti tipici del preliminare di vendita.

Dubbi non possono non sorgere dall'interpretazione delle pattuizioni ulteriori, convenute dalle parti, in termini di comodato, per quanto attiene l'anticipata consegna del bene al promissario acquirente, e di mutuo gratuito, con riferimento al totale o parziale pagamento del corrispettivo rispetto al verificarsi dell'effetto traslativo del diritto.

Se è pur vero che astrattamente nulla osterebbe alla considerazione della fattispecie in termini di comodato - nel caso specifico da configurarsi come precario, in quanto difetterebbe di una esplicita previsione di termine che, a rigore, non sarebbe neppure ravvisabile nel tempo convenuto per la stipula del definitivo - tale ricostruzione risulterebbe non applicabile a tutte quelle fattispecie concrete in cui sia espressamente facoltizzata la parte promissaria acquirente a svolgere attività sul bene, che all'atto della restituzione non risulterebbe il medesimo oggetto della *traditio*.

Ma proprio non si comprende come la figura possa scientemente essere richiamata, stante che, per espressa previsione legislativa, presupposto di tale figura negoziale, sia pure nella configurazione del comodato c.d. precario, è rappresentato dall'obbligo di restituzione della medesima cosa ricevuta (art. 1803 c.c.).

Addirittura, è da ritenersi esclusa dalla volontà delle parti qualsiasi previsione di restituzione, avendo le stesse interesse ad ottenere anticipatamente quelle utilità che, con la conclusione dell'affare, si cristallizzeranno in capo proprio a quelle che ne divengono anticipatamente beneficiarie, provvisoriamente ed in termini puramente obbligatori (48).

Anche la previsione del richiamo al mutuo gratuito non appare soddisfacente, in parte per le medesime ragioni per cui non risulta conferente il comodato.

Il mutuo, seppur gratuito, non può prescindere, nell'intento delle parti, dalla restituzione del *tantundem* delle cose date a mutuo; previsione che la volontà delle parti non prende in considerazione, come avviene, del resto, per lo scopo di finanziamento che non emerge dall'intento dei contraenti, che, bene si può sostenere, sono tutt'al più animati da interesse solutorio per quelle prestazioni che scaturiranno dalla stipula del definitivo.

Ma quello che risulta maggiormente stridente è proprio il rinvenimento di un rapporto di collegamento negoziale tra le figure del contratto preliminare e dei contratti di mutuo e comodato, ipoteticamente ravvisati. Tale ricostruzione apparirebbe, infatti, contraddittoria nella misura in cui stabilisce un collegamento tra due negozi "autonomi", entrambi gratuiti, l'uno per la causa stessa che lo prevedrebbe - un contratto di godimento basato sulla gratuità dell'uso della cosa - l'altro per l'intento che si rinverirebbe nella volontà delle parti, come desunto dal giudicante; l'uno rispetto all'al-

tro reciprocamente "sinallagmatici", l'uno chiaramente, seppur in maniera inespressa, "corrispettivo" rispetto all'altro.

Seppur ostativamente tale indagine appare preclusa al giudice di legittimità, attenendo al fatto (49), l'impedimento al profilarsi del collegamento negoziale scaturirebbe proprio dalla constatazione che è assente qualsivoglia volontà delle parti di addivenire a concessioni gratuite; contrariamente, le reciproche prestazioni si fondono nel preliminare e vanno a rappresentare l'una rispetto all'altra il riequilibrio degli interessi, soprattutto patrimoniali, che le parti vogliono soddisfare (50).

Ipoteticamente, la soluzione del collegamento negoziale (51) accolta dal Supremo Collegio potrebbe profilarsi e condividersi, solo con riferimento a tutte quelle ipotesi, scarsamente rinvenibili nella prassi, in cui al negozio preparatorio si affianchi, a puro titolo di gratuità, la concessione di una qualche utilità ma da un'unica parte nell'interesse esclusivo dell'altra [o *traditio* del bene - preliminare con solo previsione di anticipata consegna del bene - o anticipato pagamento di tutto il prezzo - preliminare con clausola aggiuntiva del

Note:

(48) Lo stesso illustre autore, richiamato dalla Corte come ispiratore dell'orientamento seguito, seppur respingendo il profilarsi con il preliminare ad effetti anticipati di un negozio atipico, parla di tali prestazioni come di anticipazioni «solo in termini economici e non già giuridici, essendo evidente che, in assenza del titolo traslativo, costituito dal contratto definitivo, le attribuzioni poste in essere dai promittenti sono provvisorie e quindi giustificabili in termini obbligatori (*omissis*)».

(49) Il rilievo critico veniva già mosso da altro Autore (E. Bolondi, *op. cit.*, 1401) che, aderendo ad un'illustre dottrina (R. Sacco, in R. Sacco - G. De Nova, *op. cit.*, II, 296), ravvisava un vizio nella pronuncia della Suprema Corte, in considerazione del fatto che l'indagine relativa all'interpretazione di un negozio - così come quella afferente alla volontà delle parti -, attenendo al fatto, risulterebbe preclusa al giudice di legittimità che non potrebbe neppure censurarla se sorretta da adeguata motivazione.

(50) Tale deduzione si trae alla luce anche di quanto affermato da autorevole dottrina (C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, II, Milano, 2006) che ravvisa l'essenza del collegamento negoziale in un duplice elemento, oggettivo - costituito dal legame teleologico tra i vari negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, e soggettivo che si ravvisa nell'intento comune delle parti le quali, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, hanno voluto non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento e il coordinamento tra essi, per la realizzazione di un fine ulteriore che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale.

(51) Sul collegamento negoziale: M. Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 275; R. Scognamiglio, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960; F. Messineo, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, 1962; G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, XXI, Milano, 1968, 725; C. M. Bianca, *op. cit.*, III, Milano, 2000, 455; Liserre-Jarach, *La forma*, in *Contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, XIII, Torino, 1999, 432.

Non condivisa la linea interpretativa seguita dalla sentenza in commento nelle prime analisi: G. Travaglino, *cit.*, 614.

pagamento anticipato]; ciò, in quanto, l'unica prestazione accessoria gratuita sbilancerebbe a tal punto il sinalagma tipico del preliminare e determinerebbe un tale "squilibrio tra le prestazioni" (52) da giustificare l'enucleazione dell'ulteriore e separato negozio (53).

In tale fattispecie si potrebbero eventualmente ravvisare due autonomi negozi collegati, con due autonome cause che vanno a soddisfare differenti utilità ed interessi, secondo il portato dottrinale tradizionale che considera contratti "collegati", quelli per cui uno non sarebbe stato concluso se non fosse stato concluso l'altro, ma tali da conservare ognuno la propria individualità (54).

La scelta operata di rinvenire dei contratti collegati nelle pattuizioni accessorie è avvenuta escludendo espressamente il profilarsi di altre tipologie negoziali, in particolare contratti o schemi contrattuali atipici.

Viene escluso il profilarsi di un contratto atipico in quanto il contratto preliminare stipulato dalle parti non si caratterizzerebbe per una funzione economico-sociale non riconducibile a schemi normativamente predeterminati.

Parimenti viene esclusa anche la ricorrenza di un contratto misto o complesso, perché queste tipologie si caratterizzano, nell'un caso, nella variazione dello schema tipico mediante inserimento di clausole assunte da altri schemi, nell'altro, per la fusione delle cause degli schemi o contratti convergenti, i cui elementi costitutivi tipici vanno a confluire nella regolamentazione dell'unico negozio risultante. In entrambe le ipotesi, la disciplina del contratto - dice la Corte - «è unitaria, come ne è unitaria la causa, e va ravvisata in quella del negozio di maggior rilievo, questo da individuarsi, quanto al contratto misto, nell'unico contratto cui sono stati aggiunti singoli elementi tratti da altri e che in esso si fondono, e, quanto al contratto complesso, in quello, tra i più contratti integralmente confluiti nell'unica convenzione, cui (omissis) risulti essere stato conferito rispetto agli altri il maggior rilievo in considerazione della finalità perseguita».

Tali premesse argomentative indurrebbero l'interprete ad approdi differenti, rispetto alle conclusioni tratte dal Supremo Collegio: legittimerebbero la qualificazione della fattispecie in termini di contratto misto, proprio perché i contraenti, con la previsione di ulteriori pattuizioni rispetto allo schema tipico del preliminare, non vogliono stipulare autonomi accessori negozi con proprie cause. Solo qualora il giudice del merito accertasse la ricorrenza di tale volontà pattizia, si profilerebbe un eventuale collegamento negoziale. Circa la disciplina da applicare alla fattispecie, del resto, non sembrerebbero emergere motivi ostativi al riconoscimento di un contratto misto, proprio in quanto, pressoché unanimemente, giurisprudenza e dottrina (55) ritengono, nel caso, applicabile la regolamentazione del contratto la cui funzione, nella combinazione degli elementi, è in concreto prevalente, consentendo così, di appli-

care, nel modo più semplice e direttamente, oltre alla disciplina generale dei contratti, anche quella dell'istituto più vicino a quello legislativamente non previsto. Ciò avverrebbe senza comportare l'irrelevanza giuridica degli elementi secondari: essi in quanto voluti dalle parti devono essere tenuti presenti nella disciplina del contratto, sia pure in posizione subordinata e sempre che le norme che regolano tali elementi non siano incompatibili con quelle del contratto prevalente (56).

In conclusione, proprio l'importanza codicistica data alla volontà delle parti nell'interpretazione del negozio posto in essere, avrebbe potuto portare a risultati difformi, in termini di negozio atipico, misto, ovvero tipico (il preliminare) con clausole atipiche. Queste ultime opzioni, tuttavia, sembrano essere state sacrificate in nome della semplificazione e della "certezza" del diritto (57), nella preferenza, da parte del giudicante, per il ricorso a schemi tipici nell'affrontare sempre nuove e peculiari fattispecie create dalla prassi.

Note:

(52) La paternità dell'espressione lessicale è riconducibile a C. Castrovino, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, 29 ss., e viene utilizzata per evidenziare come le prestazioni accessorie rispetto al contratto preliminare c.d. "puro" sono un abuso del tipo contrattuale.

(53) Autorevole dottrina ha avanzato dubbi legittimi sulla profilabilità del collegamento negoziale tra contratti, l'uno oneroso e l'altro gratuito: R. Sacco, *op. cit.*, 88, secondo cui «il giudice accorto rifiuta costantemente di ravvisare un contratto gratuito collegato ad un contratto oneroso. La presenza dell'altro contratto distrugge infatti la gratuità», 88.

(54) R. Sacco, *op. cit.*, 85.

(55) In giurisprudenza: Cass. 22 marzo 1999, n. 2661, in *Contratti*, 1999, 992; Cass. 2 dicembre 1997, n. 12199, in *Giur.it.*, 1998, I, 1, col. 1808; Cass. 25 luglio 1984, n. 4346, in *Mass.giust.civ.*, 1984, 1445; Cass. 29 marzo 1982, n. 1951, in *Mass.giust.civ.*, 1982, 704. In dottrina: A. Torrente-P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1997, 200; R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1966, 794.

(56) In tale senso: Cass. 2 dicembre 1997, n. 12199, ult. cit.

(57) R. De Matteis, *op. cit.*, 9.