



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

DIRITTO DEI CONTRATTI

Ciclo XXIII

TITOLO TESI

**IL CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI
ANTICIPATI**

Settore/i scientifico disciplinari di afferenza

IUS/01 DIRITTO PRIVATO

Presentata da:	Dott.ssa Silvana Siddi
Coordinatore Dottorato	Prof.ssa Valeria Caredda
Relatore	Prof. Bruno Troisi

Esame finale anno accademico 2009 - 2010

a mamma e papà

INDICE

INTRODUZIONE.....pag 1

**CAP. 1) IL CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI
ANTICIPATI.....pag 5**

Par.1) Nozione e considerazioni generali.....pag 5

Par.2) Evoluzione storica.....pag 9

**CAP. 2) NATURA DEL CONTRATTO PRELIMINARE AD
EFFETTI ANTICIPATI.....pag 13**

Par.1) Natura del contratto preliminare ad effetti anticipati.

Considerazioni generali.....pag 13

Par. 1.1) Contratto preliminare.....pag 15

Par. 1.2) Vendita definitiva.....pag 17

*Par. sub. 1.3) Contratto definitivo ad efficacia parzialmente
differita.....pag 18*

Par. 1.4) Negozio di configurazione.....pag 19

Par. 1.5) Vendita obbligatoria.....pag 21

Par.1.6) Contratto atipico.....pag 24

Par.1.7) Contratto collegato a un mutuo gratuito e comodato...pag 27

*Par.2) Rapporto tra contratto preliminare e contratto
definitivo..... pag 30*

**CAP. 3) PROMISSARIO ACQUIRENTE: POSSESSO O
DETENZIONE?.....pag 32**

Par.1) Considerazioni generali.....pag 32

Par.2) Promissario acquirente: possessore o detentore?.....pag 34

*Par.3) Compatibilità della consegna del bene e pagamento del
prezzo con il contratto preliminare di vendita.....pag 41*

Par.4) Possesso e detenzione.....pag 44

Par.5) Interversione del possesso.....pag 47

Par.6) Vendita del possesso.....pag 48

**CAP. 4) TUTELA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE E
TRASCRIZIONEpag 58**

Par. 1) Considerazioni generali.....pag 58

*Par. 2.1) Tutela del promissario acquirente: tutela
contrattuale.....pag 61*

*Par. 2.2) Tutela del promissario acquirente: tutela
possessoria.....pag 67*

Par 3) Trascrizione: considerazioni generali.....pag 69

*Par.4) Trascrizione del contratto preliminare ad effetti
Anticipati.....pag 73*

CONCLUSIONI.....pag 79

BIBLIOGRAFIA.....pag 84

INTRODUZIONE

La Cassazione a Sezioni Unite con sentenza del 27 marzo 2008 n. 7238 affronta il problema della qualificazione del potere del promissario acquirente sul bene oggetto del stipulato contratto preliminare ad effetti anticipati, prendendo posizione in una problematica da tempo dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza. La questione non è solo puramente teorica ma da luogo a gravi conseguenze pratiche, infatti, ad esempio solo il possessore e non anche il detentore può godere delle azioni di manutenzione e nunciazione, il rimborso delle spese ordinarie e straordinarie e di quelle fatte per miglioramenti nonché, ultimo ma non per la sua minore rilevanza, l'acquisto mediante usucapione. La Suprema Corte, difatti, sposa la tesi della detenzione ritenendo non configurabile in capo al promissario acquirente *l'animus possidenti*.

Sommariamente è accaduto che nel 1968 le parti in lite stipulavano un contratto preliminare ad effetti anticipati di compravendita immobiliare e, in esecuzione degli accordi, il promittente venditore consegnava il bene al promissario acquirente e quest'ultimo, a titolo di acconto, corrispondeva al primo una parte del prezzo.

Passati ventisette anni, senza che si sia addivenuto alla stipulazione del contratto definitivo, il promissario acquirente agiva in giudizio nei confronti del promittente venditore dichiarando l'acquisto del bene, oggetto del preliminare, per intervenuta usucapione.

In primo grado la sentenza venne accolta mentre in secondo grado riformata.

La Cassazione interviene quindi con una decisione che, seppure sostenuta già da qualche autore, ha posto in “tormento” parte autorevole della dottrina e della giurisprudenza. La Corte, infatti, ha definito il contratto preliminare ad effetti anticipati come un contratto collegato e, precisamente, caratterizzato dalla presenza di tre contratti funzionalmente collegati: il preliminare di vendita dove le parti stabiliscono le condizioni del loro acquisto; il comodato che giustifica il godimento anticipato del bene ed, infine, il mutuo gratuito che motiva le somme ricevute corrispondenti al prezzo.

Partendo da questa affermazione la Corte arriva a definire la materiale disponibilità della *res* del promissario acquirente come detenzione, in quanto in esecuzione di un comodato. Il promissario acquirente potrà quindi opporre al promittente venditore una situazione possessoria solo nei modi e nei casi previsti dall'articolo 1141 del codice civile, ovvero la cosiddetta interversione del possesso. La suddetta decisione della Cassazione non si è limitata a definire la posizione del promissario acquirente in termini di detenzione o di possesso ma ha posto in luce, seppure indirettamente, lo spinoso problema della vendita del possesso risolvendolo in senso negativo.

Viene da porsi a questo punto la domanda se le motivazioni che escludono l'ammissibilità della vendita del possesso siano estendibili a quella del contratto preliminare ad effetti anticipati. A questa domanda se ne ricollega un'altra: posto che nel nostro ordinamento non esiste una norma che nega o vieti la suddetta vendita del possesso e posto che il trasferimento del mero possesso è previsto e disciplinato

nel nostro codice in materia di trasferimenti *mortis causa* a titolo particolare e universale, è ammesso il trasferimento del mero possesso nei trasferimenti *inter vivos*?

Nella tesi, partendo dalla nozione e da una piccola evoluzione storica dell'istituto in esame, ho trattato delle teorie più sostenute relativamente alla natura del contratto preliminare in quanto da me ritenute rilevanti ai fini della delicata questione della qualificazione della posizione del promissario acquirente. In corollario di ciò ho dedicato qualche pagina alla cosiddetta vendita del possesso, argomento da non dimenticare e sottovalutare in considerazione della sentenza in esame e all'ampio dibattito che investe la sua ammissibilità nel nostro ordinamento. Infine, la mia ricerca si esaurisce nell'ambito della trascrizione del contratto preliminare ad effetti anticipati e gli strumenti di tutela riconosciuti al promissario acquirente.

Descriviamo brevemente di seguito il contenuto della tesi capitolo per capitolo allo scopo di fornire al lettore una rapida introduzione al testo descrivendo ciò che si troverà davanti qualora fosse interessato a continuare la lettura.

Nel primo capitolo partendo dalla definizione e dalla funzione del contratto preliminare ad effetti anticipati procederò a riportare una piccola evoluzione storica dell'istituto in esame soffermandomi in particolare sulla diatriba relativa alla questione del rapporto tra il preliminare e il definitivo.

Nel secondo capitolo procederò ad un'analisi della natura del contratto preliminare ad effetti anticipati tenendo conto delle teorie da

me ritenute più rilevanti per poi ricollegarmi alla decisione della Cassazione, sopra citata, punto di partenza di questa ricerca.

Nel terzo capitolo mi soffermerò sulla qualificazione della posizione giuridica del promissario acquirente: possessore o detentore? Approfondirò brevemente la nozione del possesso e della detenzione e le teorie che hanno provveduto a spiegare la loro natura e struttura. Ho ritenuto poi importante, ai fini della trattazione del tema, dedicare spazio anche alla vendita del possesso ricollegandomi alla decisione della Corte che non ammette la trasferibilità del possesso separatamente dal diritto di proprietà.

Nel quarto e ultimo capitolo tratterò il tema della tutela del promissario acquirente, quale parte debole del contratto, soffermandomi poi alla trascrizione in generale e in seguito della trascrizione del contratto preliminare ad effetti anticipati nello specifico.

CAP 1) IL CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI

Sommario: Par. 1) Nozione e considerazioni generali; Par. 2) Evoluzione storica;

Par. 1) Nozione e considerazioni generali

Il contratto preliminare ad effetti anticipati¹ è un contratto di creazione giurisprudenziale che sposta su di sé alcune obbligazioni comunemente nascenti dalla vendita: la consegna della *res* e il pagamento del prezzo parziale o totale.²

¹ Denominato anche preliminare *ad esecuzione anticipata* o preliminare *complesso* (perché la nozione deve intendersi adottata impropriamente in quanto non anticipa gli effetti del definitivo il quale deve ancora stipularsi) in CAVICCHI D. “*La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*” in *I Contratti*, 2008, n.11, pag. 1003;

² PIROTTA R. “*Preliminare di compravendita immobiliare ad <<esecuzione anticipata>> o <<ad effetti anticipati>>*” in *Contratti*, 2000, I, n. 11, pag. 987; ALESSI R. “*Il preliminare di vendita ad effetti anticipati*” in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1972, II, pag. 439 <<il contratto preliminare, o *pactum de contraendo*, ... è quel contratto col quale le parti si obbligano a prestare un futuro consenso per concludere un altro contratto, detto definitivo, di cui predeterminano già gli elementi essenziali>>; GAZZONI F. M. “*Dev’essere autorizzato il preliminare di vendita di un minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*” in *Riv. Not.*, I, 200 pag 731; CAVICCHI D. “*La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*” in op. cit. <<Essa ricorre allorché le parti stipulino un contratto preliminare con cui, non soltanto si obbligano alla stipulazione del (futuro) contratto definitivo, ma prevedono, altresì, che tutte, o parte, delle prestazioni che il contratto *definitivo* porrebbe a loro carico, vengano eseguite in un momento antecedente la stipula del definitivo stesso, e cioè al momento del perfezionamento del preliminare ovvero in un momento intermedio tra la stipula di quest’ultimo e la stipula del definitivo>> pag. 1103; <<... una particolare fattispecie di contratto preliminare, la cui peculiarità risiede nella circostanza che esso, oltre i normali effetti obbligatori propri del preliminare

Esso affonda le proprie radici nella prassi contrattuale, soprattutto nel settore immobiliare, nella quale ha trovato *humus* a causa della sua attitudine a porsi quale risposta pronta ed efficace alle molteplici esigenze manifestatesi a livello operativo.³

La sua funzione originaria è quella di garanzia.⁴ La disponibilità anticipata del bene, infatti, consente al promissario acquirente di accertare la conformità alle pattuizioni contrattuali prima del trasferimento, legittimando l'eventuale rifiuto alla stipulazione del contratto finale o il ricorso all'azione ex articolo 2932 cod. civ. con contestuale pretesa all'eliminazione dei vizi o alla riduzione del prezzo. Il pagamento anticipato del corrispettivo mette invece al riparo

tradizionalmente inteso, realizza pure una sorta di <<anticipazione>> di parte o di tutti gli effetti del definitivo, ossia da un lato, la consegna dell'immobile anticipata rispetto al rogito notarile e, dall'altro, il contestuale pagamento di tutto il prezzo o comunque una parte consistente di esso>> in TOSCHI VESPASIANI F. "La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>" in *Contratti*, 2, 2008 pag. 189;

³ CENNI D. "Il contratto preliminare ad effetti anticipati" in *Contratto e Impresa*, 1994, pag. 1109; GABRIELLI E. "Il <<preliminare ad effetti anticipati>> e la tutela del promissario acquirente" in *Riv. Dir. comm.* 1986, II, <<nella pratica delle contrattazioni del mercato immobiliare uno degli strumenti più frequentemente usati è il preliminare di vendita accompagnato dal versamento, quale acconto, di una parte del prezzo e dalla previsione di una serie di anticipi successivi durante l'avanzamento dei lavori fino al saldo alla conclusione del contratto definitivo, che può coincidere con la consegna dell'immobile ultimato o con il successivo ottenimento della licenza di abilità>> pag. 313; TOSCHI VESPASIANI F. "La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>" in op. cit. pag. 189;

⁴ Funzione di garanzia che permette di preferire tale tipo di contratto rispetto a figure che realizzano una scissione simile alla sua come ad es. la vendita con riserva della proprietà, disciplinata nel codice nell'ambito della vendita di cose mobili ma ritenuta estendibile dalla dottrina anche alla vendita di immobili <<Nella vendita con patto di riservato dominio l'effetto traslativo viene semplicemente differito al momento del pagamento dell'ultima rata di prezzo, ed è pur sempre riconducibile all'atto, da cui deriva sia l'obbligo del pagamento del prezzo che quello della consegna del bene; diversamente da quanto accade nella sequenza-preliminare, con pagamento del prezzo e consegna del bene, e definitivo di vendita – laddove è proprio il differimento dell'effetto traslativo ad un atto contrattuale destinato a svolgere una funzione di controllo sulle varie fasi di esecuzione dell'assetto predisposto con il preliminare, a costituire la ragione della scelta normalmente operata per questa forma di contrattazione>> in DE MATTEIS R. "La contrattazione preliminare ad effetti anticipati", Cedam, Padova, 1991 pag. 53 e nota 2 pag. 52 s;

il promissario dai rischi dell'inflazione e il promittente venditore dal pericolo dell'inadempimento dello scambio.⁵

Le parti vengono così a realizzare, sostanzialmente, una scissione della globale vicenda traslativa in due fasi: un primo momento, obbligatorio, accompagnato da una progressiva attuazione dell'assetto di interessi convenuto e un secondo momento, rappresentato dal definitivo, ridotto funzionalmente a mero veicolo formale - negoziale del trasferimento del diritto sul bene, essendosi tutti gli altri effetti economico - sostanziali prodotti prima.⁶ In particolare, nelle vendite di appartamenti <<sulla carta>> (facenti parte di edifici da costruire o in fase di costruzione) tramite la stipulazione del contratto preliminare ad effetti anticipati è possibile scandire il rapporto in base allo stato di avanzamento dei lavori, instaurando così una stretta correlazione tra gli adempimenti relativi alla consegna del bene, al pagamento del prezzo e all'attività di edificazione svolta sul bene. E' possibile includere, inoltre, nella cosiddetta fase <<obbligatoria>>, delle obbligazioni a carico del promittente venditore costruttore del bene consistenti in quel *facere* necessario per rendere il bene conforme alle esigenze del promissario acquirente.⁷

⁵ SCALITI G. "Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni" in *Nuova Giur. Civ. e Comm.*, 2008, I, pag. 1048;

⁶ TOSCHI VESPASIANI F. "La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>" in; in op. cit. pag. 189; vedi anche DE MATTEIS R. "La contrattazione preliminare ad effetti anticipati", in op. cit. <<Vi è alla base della scelta operata dai contraenti, l'interesse a realizzare la vicenda traslativa concernente l'immobile tramite la scissione fra una fase meramente <<obbligatoria>> ed un'altra solo attributiva del diritto reale, preordinando la prima ad una attuazione progressiva dell'assetto di interessi convenuto con l'accordo iniziale, tramite l'esecuzione (integrale o solo parziale) delle obbligazioni di pagamento del prezzo e/o di consegna del bene in un momento antecedente il verificarsi dell'effetto traslativo sul bene.>> pag. 51 s.;

⁷ DE MATTEIS R. "La contrattazione preliminare ad effetti anticipati", op. cit., pag.53 s.; <<In luogo di stipulare una normale compravendita di cosa futura (art. 1472 c.c.) molto spesso si preferisce, infatti ricorrere ad un preliminare di vendita in cui a fronte

E' facile constatare quindi come esso sia fonte di vantaggi ben più concreti di quelli assicurati dalla conclusione di un preliminare privo della clausola di anticipata esecuzione. Se il contratto preliminare, nei contenuti che gli sono propri, fornisce ai contraenti la possibilità di <<bloccare l'affare>> al fine di effettuare i controlli necessari per accertare l'effettiva utilità, dall'esecuzione anticipata delle prestazioni, oggetto del definitivo, discende un ben più concreto ed immediato vantaggio: esso consente, infatti, al promittente venditore di realizzare il corrispettivo pattuito conservando al contempo la proprietà dei beni; d'altro canto, nell'immettere nel diritto di godimento del bene il promissario acquirente gli permette di verificare l'effettiva conformità alle pattuizioni contrattuali.⁸

dell'obbligazione del promissario acquirente di corrispondere prima del definitivo, in un'unica soluzione o in più adempimenti rateali, l'intero prezzo pattuito, vi è l'impegno del costruttore promittente la vendita di realizzare una costruzione con le caratteristiche previamente concordate e di consegnarla alla controparte alla data stabilita, data che è normalmente precedente quella convenuta per la stipulazione del definitivo. E' netto, sotto il profilo giuridico, il divario che separa le due figure negoziali: in caso di compravendita di cosa futura, l'acquirente consegue la proprietà del bene al momento della sua venuta ad esistenza senza che occorra il compimento di alcuna ulteriore attività negoziale, promanando tale effetto reale direttamente dal contratto originario; diversamente, nell'ipotesi in cui sia stato stipulato un preliminare di compravendita ad effetti anticipati, al perfezionamento della fattispecie acquisitiva è indispensabile la conclusione di un successivo contratto (oltre che, naturalmente il venir ad esistenza dell'immobile)>> in CENNI D. "*Il contratto preliminare ad effetti anticipati*" in *Contratto e Impresa*, 1994, pag. 1109; GABRIELLI E. "*Il <<preliminare ad effetti anticipati>> e la tutela del promissario acquirente*" in op. cit. pag. 1114;

⁸ TOSCHI VESPASIANI "*La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>*" in op. cit.<<... essa riveste una nutrita serie di funzioni e soddisfa vari interessi, che, alternativamente (o più spesso cumulativamente) ricorrono nella pratica e che sono sostanzialmente i seguenti: permettere alle parti di verificare, durante gli adempimenti graduati temporalmente in vista del definitivo, l'esattezza dei medesimi e quindi delle prestazioni da eseguire (si pensi a tutto quanto - a livello economico e giuridico - concerne il bene, in particolare se si tratta di un bene immobile, ed alla maggiore facilità di effettuare i dovuti controlli nel mentre che lo si occupa); svolgere più facilmente alcuni adempimenti risparmiando tempo (si pensi alla presentazione *ante* definitivo di dichiarazioni di inizio attività per eventuali lavori di ristrutturazione che il promittente l'acquisto intende eseguire o comunque di altra documentazione tecnica); svolgere lavori di ristrutturazione/frazionamento in attesa del definitivo e nell'ottica,

Par.2) Evoluzione storica

La contrattazione preliminare ad effetti anticipati è una fattispecie di origine relativamente antica nella giurisprudenza mentre è stata per lungo tempo ignorata dalla dottrina.

Già nel 1929⁹ la Cassazione si pose il problema della consegna anticipata dell'immobile al futuro compratore risolvendolo ricorrendo alla figura della *concessione precaria*.¹⁰

La giurisprudenza del periodo immediatamente successivo al 1929 si è posta il primo fondamentale dubbio dell'inquadramento del suddetto contratto nell'alternativa tra preliminare di vendita e vendita definitiva. Per alcuni anni l'accennata alternativa è stata risolta nel senso di considerare il contratto preliminare come contratto definitivo in quanto <<mira a produrre senz'altro il passaggio di proprietà>> nonostante le parti lo avessero chiamato <<compromesso>>.¹¹ Si è arguita la volontà delle parti di concludere un vero e proprio contratto di compravendita basandosi sul fatto che erano state adempiute <<le reciproche prestazioni che formano oggetto del contratto di compravendita>>.¹²

eventualmente, di <<rivendere la posizione contrattuale>> lucrando l'eventuale differenza di prezzo; fungere da strumento di finanziamento per il costruttore in vista dell'ultimazione del bene da vendere; accompagnare allo stato di avanzamento della costruzione del bene (si pensi all'esecuzione di determinate attività materiali od anche negoziali da parte del costruttore); di eludere i divieti legali di contrarre in via di scadenza, senza perdere l'affare nell'attesa del loro esaurimento>> pag. 190;

⁹ Cass. 10 .07.1929, n. 2681, in *Rep. Foro It.*, 1929, Voce *Vendita*, n. 69;

¹⁰ ALESSI R. "Il preliminare di vendita ad effetti anticipati", op. cit., pag. 442;

¹¹ ALESSI R. "Il preliminare di vendita ad effetti anticipati", op. cit., pag. 443;

¹² ALESSI R. "Il preliminare di vendita ad effetti anticipati", op. cit., pag. 444;

Successivamente la percezione dell'effettivo regolamento di interessi voluto dalle parti porta a chiarire i criteri interpretativi che devono guidare nella qualificazione di un contratto come preliminare o definitivo. Si finisce quindi con l'ammettere, almeno in astratto, la compatibilità di tali forme di accordi con la figura del preliminare di vendita.

In una decisione del 1936¹³ la Corte di Appello di Catanzaro affermava che se non si vuole il trasferimento della proprietà si è in presenza di una promessa di vendita aggiungendo che se è vero che dal preliminare non nasce obbligo né consegna della cosa né di pagamento del prezzo, qualora si abbia un'anticipata consegna dell'immobile e il pagamento immediato del prezzo, ciò non può interpretarsi come volontà di concludere una compravendita ma da luogo ad una *concessione precaria*.¹⁴ Con tale sentenza ha inizio quindi una serie di decisioni pressoché costanti che hanno quasi sempre riaffermato la natura di promessa di vendita. Talvolta i giudici avevano negato che l'anticipata esecuzione delle prestazioni tipiche del definitivo fosse compatibile con il preliminare ricorrendo ad altre figure contrattuali quali ad es. comodato precario,¹⁵ locazione¹⁶ o anche un contratto misto formato da elementi del preliminare e dalla vendita.¹⁷

¹³ App. Catanzaro 11.05.1936, in *Riv. dir. Comm.* 1936 pag. 247; ALESSI R. "Il preliminare di vendita ad effetti anticipati", op. cit., pag. 444 nota n. 22;

¹⁴ ALESSI R. "Il preliminare di vendita ad effetti anticipati", op. cit., pag. 444;

¹⁵ App. Catanzaro 11.05.1936 in *Riv. dir. Comm.*, 1936, 247;

¹⁶ Vedi riferimenti giurisprudenziali in TOSCHI VESPASIANI F. "La situazione del promissario acquirente nel preliminare ad effetti anticipati al vaglio delle Sezioni Unite" in *Studium Iuris*, 10, 2009, nota 8, pag. 1195;

¹⁷ Vedi riferimenti giurisprudenziali in TOSCHI VESPASIANI F. "La situazione del promissario acquirente nel preliminare ad effetti anticipati al vaglio delle Sezioni Unite"

La giurisprudenza cominciò poi a correggere il proprio orientamento verso una contrapposizione tra le figure del contratto “preliminare puro” (caratterizzato dalla mera assunzione dell’obbligo a prestare il successivo consenso alla conclusione del definitivo) e del “preliminare complesso” (nel quale a tale obbligo si affianca una pluralità di obbligazioni e prestazioni accessorie, ma aventi un titolo diverso dalla stipulando vendita) fondata sull’idea che il preliminare ad effetti anticipati è pur sempre un preliminare seppure dotato di clausole “atipiche” ma inidonee ad alterarne la struttura.¹⁸

Dopo il 1942 i giudici sono stati chiamati ad operare una qualificazione preventiva dell’accordo intervenuto tra le parti e per riconnettervi particolari conseguenze, specie per quanto riguarda i vizi della cosa venduta o per giudicare sull’inadempimento delle obbligazioni del contratto definitivo o di quelle proprie del contratto preliminare. Le clausole di anticipazione degli effetti della vendita sono stati considerati invece in funzione della loro incidenza sulla qualificazione della fattispecie, cioè sul <<tipo contrattuale>>.¹⁹

Di recente la Cassazione aveva inquadrato il preliminare come una struttura negoziale autonoma, diretta a realizzare un assetto di interessi autonomo rispetto a quello attuato nel definitivo, avente ad

in *Studium Iuris*, 10, 2009, nota 9, pag. 1195; ALESSI R. “*Il preliminare di vendita ad effetti anticipati*”, op. cit., pag. 451;

¹⁸ F. TOSCHI VESPASIANI “*La situazione del promissario acquirente nel preliminare ad effetti anticipati al vaglio delle Sezioni Unite*” in *Studium Iuris*, 10, 2009, pag. 1197;

¹⁹ La Suprema Corte nel 1965, ad esempio, ritiene che la trasmissione della cosa e il pagamento del prezzo siano compatibili con la promessa di vendita, se voluti in contemplazione di un trasferimento futuro. Il problema si poneva qui per accertare la responsabilità o meno del venditore per un infortunio subito dall’acquirente immesso del possesso dell’appartamento oggetto di vendita. Proprio per stabilire se il venditore era o meno ancora proprietario dell’immobile al momento dell’evento dannoso occorre risalire alla natura dell’accordo intervenuto tra le parti. ALESSI R. “*Il preliminare di vendita ad effetti anticipati*”, op. cit., nota n. 34, pag. 447;

oggetto non solo la successiva manifestazione del consenso ma anche un *dare*, costituito dalla trasmissione del diritto. L'affermarsi del contratto preliminare poteva essere letto quindi come la progressiva "riemersione" dell'antica dicotomia tra *modus* e *titulus acquirendi*: il preliminare complesso eliminerebbe, sostanzialmente, l'antica separazione tra preliminare e definitivo (per come vista dalla dottrina classica) servendo quest'ultimo solo al trasferimento formale del diritto reale essendosi già attuato prima ciò che era voluto dalle parti.²⁰

Da ultimo la sentenza della Cassazione, a Sezioni Unite, n. 7930 del 2008 che ha preso posizione autorevole nell'ambito del dibattito aperto sia in dottrina che in giurisprudenza, come esposto sommariamente sopra e come specificato meglio nel proseguo della tesi. La Corte, infatti, è giunta alla conclusione di definire il contratto preliminare ad effetti anticipati come un contratto collegato tra un mutuo gratuito, giustificativo dell'anticipazione del pagamento del prezzo, un comodato, giustificativo dell'attribuzione in detenzione del godimento del bene e il contratto preliminare. Soluzione che, invece di appianare le varie discussioni in merito, non ha fatto altro che sollevare diverse obiezioni alla decisione della Corte.

²⁰ La dottrina classica considera il contratto preliminare come un contratto con cui le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto. Vedi nello specifico TOSCHI VESPASIANI F. "La situazione del promissario acquirente nel preliminare ad effetti anticipati al vaglio delle Sezioni Unite" in op. cit. pag 1197 e nello specifico la nota n. 20;

CAP. 2) NATURA DEL CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI

Sommario: Par. 1) Natura del contratto preliminare ad effetti anticipati. Considerazioni generali; Par. sub. 1.1) Contratto definitivo ad efficacia parzialmente differita; Par. sub. 1.2) Contratto definitivo ad efficacia parzialmente differita; Par. sub.1.3) Negozio di configurazione; Par. sub 1.4) Vendita obbligatoria; Par. sub 1.5) Vendita definitiva; Par. sub 1.6) Contratto atipico; Par. sub 1.7) Contratto collegato a un mutuo gratuito e comodato; Par. 2) Rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo;

*Par. 1) Natura del contratto preliminare ad effetti anticipati.
Considerazioni generali*

L'anticipazione¹ degli effetti del contratto definitivo ha posto il problema della qualificazione del cosiddetto contratto preliminare ad effetti anticipati.²

¹ GAZZONI F. M. "Dev'essere autorizzato il preliminare di vendita di un minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?" in *Riv. Not.*, I, 2001, ritiene che si tratta solo di un'anticipazione in termini economici e non 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, nel senso che essi si impegnano per un verso a non ripetere la somma e per l'altro verso a non pretendere la restituzione della cosa, in entrambi i casi fino a quando e se il definitivo sarà concluso.>> pag. 731;

² LUMINOSO A.- BUONOCORE V. "Codice della vendita", Milano, Giuffrè, 2001, pag. 64 ss; Vedi DI MAJO A. "La tutela del promissario - acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico" in *Giust. Civ.* 1985, I, il quale lo riconduce a una mezza strada tra un comune contratto obbligatorio ad esecuzione graduale e un preliminare <<puro>>, pag. 1640;

Per la qualificazione di questa tipologia di preliminare si è ritenuto fondamentale la ricerca del “comune intento” delle parti,³ come chiarisce la sentenza della Cassazione 27. marzo 2008 n. 7938, facendo ricorso quindi ad ogni elemento utile nell’ambito dell’interpretazione soggettiva e, se del caso, agli strumenti di interpretazione oggettiva di cui all’articolo 1363 del Codice Civile.⁴

In dottrina e in giurisprudenza sono state elaborate diverse teorie che hanno ricondotto la fattispecie in esame a diverse figure, contrattuali e non, finché la Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza sopra citata, è giunta alla qualificazione di più contratti casualmente autonomi ma funzionalmente collegati:⁵ contratto preliminare di vendita, comodato e mutuo gratuito⁶ definendo così la posizione del promissario acquirente come detentore e non possessore.

³ PIROTTA R. “*Preliminare di compravendita immobiliare ad <<esecuzione anticipata>> o <<ad effetti anticipati>>*” op. cit., pag. 987;

⁴ Cass 7.05.1986 n. 3058 in Riv. dir. Comm. 1987, II, 247. Vedi anche riferimenti giurisprudenziali in PIROTTA R. “*Preliminare di compravendita immobiliare ad <<esecuzione anticipata>> o <<ad effetti anticipati>>*” op. cit., pag. 987 nota 3;

⁵ <<I contratti collegati sono dei diversi e distinti contratti, contestuali e non, caratterizzati ciascuno in funzione della propria causa e dell’individualità del tipo negoziale i quali sono voluti e concepiti come funzionalmente e teleologicamente collegati tra loro e posti in rapporto di reciproca interdipendenza così che le vicende dell’uno devono ripercuotersi su quelle dell’altro condizionandone le validità e l’efficacia>> in PROTO M. “*Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*” in Giust.Civ. 1997, I, pag. 1897;

⁶ Cass. 27.03.2008, n. 7930 in GIULIANO G. “*Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*” in Not. 2008, 4, <<... nel preliminare ad “effetti anticipati” va ravvisata “la convergenza, in un’unica convenzione degli elementi costitutivi di più contratti tipici” tale da configurare un collegamento negoziale con cui le parti “onde agevolare la realizzazione delle finalità perseguite con la stipulazione del preliminare di compravendita, stipulano altresì dei contratti accessori al preliminare” ad esso collegati, nei quali 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”. Da questa affermazione la Corte fa discendere l’ulteriore conseguenza per cui la materiale disponibilità della *res*, nella quale il promissario acquirente viene immesso in esecuzione del contratto di comodato, ha natura non già di possesso quanto, invece, di detenzione qualificata, esercitata *nomine alieno*.>> pag. 391 s.;

Par. sub. 1.1) Contratto preliminare

Autorevoli posizioni dottrinarie e giurisprudenziali,⁷ svalutando il ruolo del definitivo, hanno ritenuto che la vera fonte delle attribuzioni patrimoniali è il contratto preliminare. Il definitivo non avrebbe quindi una natura negoziale ma sarebbe un mero atto esecutivo in quanto comportamento dovuto il cui contenuto è già predeterminato e che è sostituibile da una sentenza che tiene luogo al consenso non prestato.⁸

Un orientamento, poi, non rilevando significative differenze tra il preliminare cosiddetto “puro” e quello ad esecuzione anticipata, ha ritenuto che entrambe le fattispecie siano appartenenti al medesimo tipo negoziale.⁹ L’adempimento dell’obbligo del versamento del denaro o il trasferimento del bene, non essendo elementi idonei ad incidere sulla causa del negozio (che è quella di concludere il contratto definitivo), sarebbe un’anticipata esecuzione di prestazioni finali già assunte con l’obbligo di contrarre. L’unica distinzione tra contratto preliminare complesso e puro risiede nel fatto che, nel primo caso, si ha immediatamente l’esecuzione delle prestazioni oggetto del definitivo e, nel secondo caso, l’esecuzione è rinviata alla stipulazione

⁷ per un’elencazione della dottrina e giurisprudenza vedi TIMPANO E. “*Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*” in *Riv. Not.*, 2008, pag. 1091;

⁸ TIMPANO E. “*Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*” in op. cit. pag. 1091;

⁹ vedi nota n. 12 in GIULIANO G. “*Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*” in op. cit. pag. 393;

del definitivo.^{10 11} A tale tesi si è obiettato non solo la profonda differenza di struttura e di funzione esistente tra il contratto preliminare puro e quello complesso ma anche dal fatto che la disciplina del contratto preliminare si ricava non solo dall'articolo 1351 del codice civile ma anche dall'articolo 2932 del codice civile che regola esclusivamente l'ipotesi della mancata prestazione del consenso.¹²

Si distinguono poi voci dottrinarie che affermano che l'effetto traslativo si produce in forza del preliminare senza necessità di alcuna esecuzione e altre che riducono il contratto definitivo a una ripetizione a carattere confessorio del contratto preliminare.¹³

¹⁰ GIULIANO G. “*Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*” in op. cit. <<... l'unica distinzione tra contratto preliminare ad effetti anticipati ed uno puro risiede nel fatto che nel primo caso si ha immediatamente l'esecuzione delle prestazioni oggetto del definitivo e, nel secondo caso, l'esecuzione è rinviata ad un momento successivo alla costituzione del titolo negoziale definitivo.>> pag. 393;

¹¹ GAZZONI F. M. “*Dev'essere autorizzato il preliminare di vendita di un minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*” op. cit. <<... il contratto preliminare ad effetti anticipati non è un tipo contrattuale a sé stante, diverso dal preliminare, una sorta di preliminare atipico o complesso ma un ordinario preliminare, cui accede la fase intermedia con attribuzioni provvisorie.>> pag. 732;

¹² vedi per una migliore trattazione dell'argomento e per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali GIULIANO G. “*Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*” in op. cit. pag. 393;

¹³ per una più esaustiva spiegazione vedi TIMPANO E. “*Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*” in op. cit., <<... il preliminare è la fonte esclusiva degli effetti finali, condizionati al verificarsi di un fatto successivo, il definitivo che, in base a tale ricostruzione, sarebbe un evento dedotto in condizione sospensiva e quale termine iniziale>>pag. 1091;

Par. sub 1.2) Vendita definitiva

Parte della giurisprudenza, ritenendo irrilevante che le parti abbiano assunto l'obbligo di stipulare successivamente l'atto pubblico, ha ricondotto il contratto preliminare ad effetti anticipati nell'ambito del contratto definitivo. L'immediato trasferimento della cosa e l'assunzione istantanea degli oneri da parte del compratore non comportano quindi la sua qualificazione come promessa¹⁴ ma come contratto definitivo facendo sempre riferimento ai principi sanciti dal codice civile sull'interpretazione della volontà delle parti nel contratto.¹⁵

Alcuni autori, invece, hanno valutato la qualificazione del contratto preliminare ad effetti anticipati in funzione dell'esecuzione parziale o integrale dell'anticipata esecuzione del definitivo: mentre la pattuizione di un'anticipata esecuzione soltanto parziale¹⁶ è compatibile con lo schema casuale del contratto preliminare, l'attuazione integrale del previsto assetto definitivo di interessi fa intendere che le parti hanno in realtà voluto un contratto definitivo, rinviando all'atto conclusivo della sequenza solo effetti particolari.¹⁷

¹⁴ ALESSI R. "*Il preliminare di vendita ad effetti anticipati*", op. cit., <<... indipendentemente dal rinvio della stipula dell'atto notarile, se le parti trasferiscono il possesso e il godimento dell'immobile e il compratore oltre a pagare il prezzo si assume anche l'onere delle imposte, si tratta di contratto definitivo>> pag. 445;

¹⁵ ALESSI R. "*Il preliminare di vendita ad effetti anticipati*", op. cit., pag. 446;

¹⁶ GABRIELLI G. "*Contratto preliminare*" in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1987, <<ed in particolare, nei preliminari di contratti traslativi, l'anticipata consegna del bene>> pag. 439;

¹⁷ GABRIELLI G. "*Contratto preliminare*", op. cit., pag.439;

Par. sub. 1.3) Contratto definitivo ad efficacia parzialmente differita

Parte della dottrina e della giurisprudenza qualifica il contratto preliminare ad effetti anticipati come un contratto definitivo ad efficacia parzialmente differita.¹⁸ Si sostiene che gli effetti che si producono immediatamente (consegna della cosa e pagamento del prezzo) trovano la loro fonte in una fattispecie contrattuale già perfezionata; gli ulteriori effetti si producono al verificarsi dell'ulteriore fattore casuale indispensabile per la loro produzione. Trattandosi, inoltre, di effetti <<parzialmente differiti>> gli effetti che vengono in essere contestualmente al perfezionarsi della fattispecie contrattuale sono, non soltanto quelli negoziali ma, anche in parte, quelli finali. L'ulteriore fattore casuale oltre la fattispecie contrattuale affinché si producano gli effetti ulteriori è la ripetizione del contratto: tra le parti interviene un accordo di ripetizione del contratto definitivo che obbliga ad iterare il negozio non mutandone il contenuto originario.¹⁹

Si sostiene che l'articolo 2645 bis del codice civile, che prevede la trascrivibilità del contratto preliminare non ha fatto venir meno l'identità tra contratto preliminare ad effetti anticipati e il contratto definitivo ad efficacia parzialmente differita.

¹⁸ PROTO M. “*Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*” in op. cit. pag 1900 s.; vedi riferimenti in PIROTTA R. “*Preliminare di compravendita immobiliare ad <<esecuzione anticipata>> o <<ad effetti anticipati>>*” op. cit., <<il pagamento traslativo rinvia la propria causa in un atto pregresso>> pag 987;

¹⁹ PROTO M. “*Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*” in op. cit. pag 1900;

Gli articoli 1351 e 2932 del codice civile, infine, stabiliscono rispettivamente che il contratto preliminare è un contratto distinto dal contratto definitivo e che gli effetti dell'esecuzione specifica sono quelli del <<contratto non concluso>>. In considerazione di ciò si afferma che nessuno degli effetti contrattuali è producibile prima della stipulazione del definitivo e che la sentenza costitutiva, che si pone in luogo del contratto non concluso, non può retroagire per dare quelle tutele che si avrebbe potuto ottenere solo con il definitivo.²⁰

Par. sub. 1.4) Negozio di configurazione

Un indirizzo dottrinale ha proposto una suggestiva ricostruzione teorica del contratto preliminare ad effetti anticipati:²¹ quella del *negozio di configurazione* nel quale le parti modellerebbero le fasi di un successivo procedimento la cui attuazione rimarrebbe libera.

In base a tale ricostruzione la proprietà passerebbe nei rapporti interni dei contraenti prima della stipulazione del contratto definitivo e

²⁰ Vedi per una migliore trattazione del tema e per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali PROTO M. “*Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*” in op. cit.<<Pertanto, nessuno degli effetti contrattuali cui le parti siano vincolate preliminarmente è producibile prima del tempo della stipulazione contrattuale definitiva; né la sentenza costitutiva che si pone in luogo del negozio non concluso dalle parti, può “retroagire fino a dare alla parte vittoriosa tutele che essa non avrebbe potuto tenere prima della detta redazione definitiva”>> pag 1900 s.; GIULIANO G. “*Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*” in op. cit. pag. 393;

²¹ CORTUCCI D. “*Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*” in *Rass. Dir. Civ* 1994, 3, pag. 633;

quindi al verificarsi dell'evento voluto dalle parti. Il definitivo non sarebbe altro che mero titolo formale per rendere opponibile *erga omnes* il passaggio di proprietà.²²

L'assunto di partenza si basa sulla constatazione che l'assetto di interessi che i privati mirano a realizzare in regime di autonomia può essere perseguito con un vasta gamma di procedimenti differenziati ed alternativi. Pertanto anche se al contratto è tipicamente riconosciuto peculiare carattere programmatico formalmente espressivo del <<dover essere>>, che l'art. 1372 comma 2 del codice civile assimila alla forza della stessa norma, ciò non significa che identico carattere debba rivestire ogni atto di autonomia privata che dia vita ad un'operazione economica.

Le parti possono limitarsi ad affidare l'instaurazione del corrispondente assetto di interessi a comportamenti non vincolati aventi carattere realizzativo dell'intento e, qualora abbiano effettivamente a prodursi secondo un criterio di oggettiva rispondenza alle originarie previsioni delle parti, potrà senz'altro dirsi giuridicamente realizzato, stante la concreta operatività dell'accordo puramente enunciativo tra loro intercorso.²³

Il negozio di configurazione non vincola i suoi autori agli specifici comportamenti in esso previsti; ciascun soggetto, infatti, resta libero di adeguarsi a quanto stabilito e conserva la facoltà di deviare dalla originaria intesa astenendosi dal porre in essere la propria prestazione e, di conseguenza, in capo al soggetto verrà a

²² TIMPANO E. “*Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*” in *Riv. Not.*, 2008, pag. 1091;

²³ CORTUCCI D. “*Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*” in *Rass. Dir. Civ* 1994, 3, pag. 633 s.;

nascere una situazione di responsabilità che resta, in ogni caso, quella disciplinata dall'articolo 1337 del codice civile.²⁴ Qualora i pascenti prima dell'interruzione dell'iter procedimentale abbiano, sia pure parzialmente, già instaurato il previsto assetto di interessi attraverso comportamenti spontanei e conformi all'accordo, deve comunque negarsi, alla luce del diritto positivo, che si costituisca in capo a ciascuno di essi la pretesa giuridicamente azionabile al compimento delle prestazioni residue poiché nessun soggetto può far sorgere vincoli in capo ad un altro soggetto con il proprio unilaterale comportamento, sia pure in presenza di una preesistente intesa determinativa tra le parti dei concreti caratteri dell'operazione a eseguire.²⁵

Par. sub 1.5) Vendita obbligatoria

Parte della dottrina ha assimilato il contratto preliminare ad effetti anticipati alla cosiddetta vendita obbligatoria conosciuta nell'ordinamento tedesco, austriaco, inglese e nel nostro diritto romano.

²⁴ L'art. 1337 del codice civile recita così: <<Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede>>;

²⁵ CORTUCCI D. "Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione" op. cit., <<Nell'ipotesi di spontanea attuazione sia pure parziale di un accordo meramente configurativo, la necessità dell'ulteriore comportamento si tradurrebbe in una vera e propria doverosità dello stesso restando il singolo contraente, per via della richiesta di adempimento, tenuto ad un comportamento positivo, in quanto giuridicamente obbligato>> pag. 633 s.;

La stipulazione del contratto preliminare e l'obbligo in capo alle parti di eseguire immediatamente tutte le prestazioni oggetto del definitivo non vengono ridotti a una sequenza preliminare-definitivo, ma alla vendita obbligatoria il primo accordo ed a mero atto traslativo *solvendi causa* il secondo.²⁶

Nel primo contratto dovrebbe individuarsi una sorta di compravendita dal quale ne scaturiscono tutte le sue obbligazioni tipiche ma che si differenzia dalla comune vendita per il fatto che il trasferimento della proprietà non è contestuale al perfezionamento della vendita – come impone il principio consensualistico – bensì costituisce l'oggetto di un'ulteriore obbligazione di *dare* in senso stretto assunta dalle parti (fare acquisire la proprietà della cosa).²⁷ Quello che si è soliti designare come definitivo sarebbe, invece, un negozio traslativo la cui causa risiede esclusivamente nell'adempimento dell'impegno in precedenza assunto. Si ammetterebbe, così, la possibilità nel nostro ordinamento della contrapposizione tra *titulus* e *modus acquirendi*.²⁸

La tesi si pone però in contrasto con alcune convinzioni tipiche

²⁶ Vedi per ulteriori riferimenti e spiegazione PLAIA A. “*Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*”, op. cit. <<Tale dottrina ricorda come la vendita tedesca e quella francese producono entrambe un'obbligazione di “dare” (§ 433 BGB e art. 1582 code Nap., interpretato all'art. 1136 code Nap.), ma la prima attribuisce un diritto di credito, mentre la seconda trasferisce la proprietà ... le posizioni giuridiche del compratore tedesco e di quello francese non divergono notevolmente>> pag. 37 s.;

²⁷ <<Il promissario acquirente non acquisterebbe un *ius in persona* ma un *ius in rem*>> Vedi anche per ulteriori riferimenti TIMPANO E. “*Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*” in op. cit. pag. 1091;

²⁸ CENNI D. “*Il contratto preliminare ad effetti anticipati*” op. cit., pag. 1123; per ulteriori riferimenti dottrinali vedi TOSCHI VESPASIANI F. “*La situazione del promissario acquirente nel preliminare ad effetti anticipati al vaglio delle Sezioni Unite (parte prima)*” in op. cit. nota 22 pag. 1197;

del giurista italiano, innanzitutto, l'ammissibilità di una deroga convenzionale al principio consensualistico. Sebbene gli effetti obbligatori da esso scaturenti siano del tutto simili a quelli derivanti dalla vendita, la circostanza che gli effetti traslativi siano subordinati alla conclusione di un successivo contratto, impedisce una reale assimilazione delle due figure negoziali, ostandovi proprio le caratteristiche tipiche della vendita regolata dal nostro codice.²⁹

L'articolo 1376 del codice civile ammette soltanto la possibilità di differire l'effetto reale³⁰ ed è considerata come norma imperativa perché posta a tutela anche dei confronti dei terzi che devono poter identificare chi sia il proprietario del bene in un determinato momento storico.³¹

Un'altra obiezione è l'idea stessa che il preliminare possa essere assunto quale fonte dell'obbligazione di dare. Nelle ipotesi in cui è dato riscontrare l'emersione di un'obbligazione di dare, come il mandato ad acquistare beni immobili senza rappresentanza ed al legato di cosa altrui si rileva immediatamente come l'adempimento dell'obbligazione predetta configuri per il soggetto come un atto

²⁹ CENNI D. "Il contratto preliminare ad effetti anticipati" op. cit., <<... tra le principali note caratteriali di questo contratto vi è l'attuarsi di un immediato trasferimento della proprietà anche quando tale effetto non è contestuale al perfezionarsi del contratto>> pag. 1124 s.;

³⁰ <<Senza considerare l'inammissibilità di un negozio astratto, in cui consisterebbe la seconda manifestazione di volontà. Tale obiezione sposta il centro del dibattito sul principio consensualistico, posto che l'argomento dell'inderogabilità dell'art. 1376 c.c. sembra fondarsi su di esso>> in PLAIA A. "Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente", op. cit. pag 38;

³¹ PLAIA A. "Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente", op. cit. pag. 43;

dovuto al quale non gli è lasciato alcun margine di discrezionalità e viene definito come <<pagamento traslativo>>.³²

Ricondurre il contratto preliminare ad effetti anticipati alla vendita obbligatoria altera irrimediabilmente la funzione fondamentale del contratto preliminare che è quella di consentire ai contraenti una compiuta verifica delle reciproche prestazioni e di tenere conto delle eventuali sopravvenienze.³³

Par. sub 1.6) Contratto atipico

Secondo un'altra impostazione, l'indagine sulla natura del contratto preliminare ad effetti anticipati non può prescindere dalla constatazione che l'accordo in esame assolve in maniera integrale sia la funzione del contratto preliminare sia gli effetti propri della vendita. In considerazione di ciò il contratto preliminare ad effetti anticipati non sarebbe altro che un contratto atipico.³⁴

Partendo dalla considerazione che il nostro legislatore ha attribuito un contenuto reale, con carattere di essenzialità, perfino ai

³² CENNI D. *“Il contratto preliminare ad effetti anticipati”* op. cit., pag. 1124 s.; vedi pure la nota n.41 dove individua la natura giuridica del pagamento traslativo (alcuni propendono per la configurazione di atto unilaterale altri di atto plurilaterale); PIROTTA, *“Preliminare di compravendita immobiliare ad <<esecuzione anticipata>> o <<ad effetti anticipati>>”* op. cit., <<il pagamento traslativo rinviene la propria causa in un atto pregresso>> pag. 989;

³³ CENNI D. *“Il contratto preliminare ad effetti anticipati”* op. cit., pag.1126;

³⁴ GIULIANO G. *“Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica”* in op. cit. pag. 394; PORTALE G.B. *“Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà”* in Riv. Soc., 1970, pag. 938;

sottotipi di vendita con effetti obbligatori, ha sostenuto che <<se le parti escludono il trasferimento della proprietà per riconnetterlo ad un atto separato>> non si ha una vendita ma un contratto atipico, essendo il trasferimento un *essenziale negotii*.^{35 36}

Recenti meditazioni hanno di fatto confermato che in tale ipotesi, pur essendo previsto un comportamento obbligatorio del venditore (ex art. 1476 n. 2), questi dispone direttamente della proprietà della cosa senza la mediazione di un obbligo di dare, sicché la fonte negoziale del trasferimento resta sempre il contratto di vendita. L'alienante non si obbliga a produrre l'effetto reale ma a compiere una prestazione che rappresenta il mero antecedente materiale dello stesso.

Le cosiddette <<promesse di vendita>> con cui una parte, contro il pagamento del valore di scambio di un bene, ne trasmette all'altra il possesso impegnandosi a trasferire la proprietà con un successivo contratto, sarebbero dei contratti innominati altrimenti non si potrebbe spiegare come si può evitare di ricadere nell'ambito dell'istituto del pagamento dell'indebitato 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.

³⁵ PORTALE G. B. "*Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*" in *Riv. Soc.*, 1970, pag. 938; <<l'accordo in esame assolve in maniera integrale sia la funzione propria del preliminare (contenendo l'obbligo di concludere il definitivo), sia gli effetti propri della vendita. In considerazione di ciò si è ritenuto che il contratto preliminare ad effetti anticipati sia una ipotesi di contratto atipico>> GIULIANO G. "*Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*" in op. cit. pag. 394;

³⁶ Ritiene che si tratti di una sequenza di contratti atipici FERCIA R. "*Quia vendidit, dare promisit*", Cagliari, Edizioni A.V., 2009, <<... non siamo di fronte ad una vendita, ma ad una sequenza di contratti atipici, che non consente di ricorrere nemmeno per analogia, al meccanismo delineato dall'art. 1465 c.c.>>, nota 36, pag. 129;

Sia l'obbligo di immettere la controparte nel possesso sia quello di pagare il valore di scambio del bene trovano la loro fonte nella cosiddetta 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 un contratto futuro>>.³⁷

Nella specie si tratterebbe di un negozio complesso e, quindi, di uno schema unico formato dalla combinazione di singole parti di figure tipiche che vengono individuate sia in quella propria del preliminare che in quella di vendita e della locazione.³⁸

E' stata avanzata anche la tesi che il contratto preliminare sarebbe un contratto a clausola atipica nel quale, a differenza del contratto atipico, la causa rimarrebbe immutata risultando modificato solo il suo contenuto provocando una deviazione marginale degli effetti del contratto.³⁹

³⁷ PORTALE G. B. "Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà" in *Riv. Soc.*, 1970, pag. 938;

³⁸ GIULIANO G. "Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica" in op. cit. pag. 394;

³⁹ TAMPANO E. "Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore" in op. cit. pag. 1092 s;

Par. sub 1.7) Contratto collegato a un mutuo gratuito e comodato

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 7930/2008, si è interrogata sulla natura del contratto preliminare ad effetti anticipati e, precisamente, se la fattispecie dev'essere ricostruita in termini di collegamento negoziale piuttosto che di contratto atipico ovvero misto o complesso.

I giudici, escludendo la natura di contratto atipico non rinvenendosi uno schema casualmente nuovo, hanno spostato l'indagine sulla configurabilità in termini di contratto misto o complesso. Questi contratti si caratterizzano per l'unitarietà della causa e la disciplina applicabile è quella del negozio di maggior rilievo secondo la teoria della prevalenza o dell'assorbimento.⁴⁰ Tale unitarietà della causa ha portato la Corte alla ricostruzione del contratto in termini di collegamento negoziale piuttosto che in termini di contratto misto o complesso. Nel collegamento negoziale, infatti, i vari contratti mantengono la propria autonoma causa e la relativa disciplina ed essendo funzionalmente connessi possono realizzare una determinata operazione economica.⁴¹

⁴⁰ GIULIANO G. “*Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*” in op. cit. <<il contratto misto viene distinto da quello complesso in quanto il primo si caratterizzerebbe per l'inserimento di più elementi provenienti da schemi casuali diversi, dando luogo ad una causa unica. In quelli complessi, invece, più che di alcuni elementi, si ha l'integrale convergenza delle cause proprie di schemi negoziali tipici>> pag. 396;

⁴¹ GIULIANO G. “*Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*” in op. cit. pag. 397;

La Suprema Corte ha rilevato quindi la presenza di tre negozi oggettivamente e soggettivamente collegati:⁴² il preliminare di vendita, volto a realizzare l'intento delle parti di costituire il reciproco impegno a contrarre, senza immediata produzione dell'effetto reale; il comodato, con l'obiettivo di realizzare l'intento delle parti di far conseguire al promissario acquirente il godimento immediato del bene; il mutuo gratuito, diretto a far acquisire al promittente la somma di denaro corrispondente al prezzo di vendita.⁴³

Alla stessa conclusione era giunto un autore⁴⁴ qualche anno fa partendo dalla considerazione che di anticipazione degli effetti si può parlare solo in termini economici e non giuridici perché mancando il titolo traslativo le attribuzioni dei contraenti sarebbero provvisorie e giustificabili solo in termini obbligatori. Stipulato il definitivo la somma concessa a titolo di mutuo gratuito si compenserà col credito al pagamento sul prezzo e per la cosa concessa in comodato

⁴² CAVICCHI D. "La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna" in op. cit. pag. 101 individua due requisiti necessari per la ricorrenza del collegamento negoziale: << 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 e unitario"; il requisito soggettivo, "costituito dal comune intento 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">>. I contratti collegati conservano una loro causa autonoma anche se ciascuno di essi è finalizzato ad un unico interesse mentre nei contratti misti o complessi la causa va ravvisata in quella del negozio di maggior rilievo, al quale dovrà farsi riferimento per l'applicazione della disciplina applicabile.

⁴³ CAVICCHI D. "La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna" in op. cit. pag. 101;

⁴⁴ GAZZONI F. M. "Dev'essere autorizzato il preliminare di vendita di un minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?" in op. cit. pag 731 ss (si tratta di Gazzoni jr e non di Gazzoni sr);

opererebbe la *traditio brevi manu* e l'acquirente, già detentore, ne diverrebbe possessore.⁴⁵

Tale qualificazione desta però delle perplessità. In primo luogo, la consegna del denaro dal promissario acquirente al promittente venditore avviene, normalmente, più che per scopo di finanziamento, a serietà dell'impegno assunto a seguito della consegna del bene promesso in vendita. In secondo luogo, la previsione della consegna del bene e/o il pagamento del prezzo, già contenuta nel contratto preliminare, ha influito sulla determinazione delle condizioni economiche e, quindi, dovrebbe escludersi, per coerenza, la gratuità della concessione in godimento del bene e della corresponsione delle somme corrispondenti al prezzo, con conseguente impossibilità di individuare la causa dei contratti di comodato e di mutuo gratuito. Sembra più congeniale parlare di ricorrenza di un unico contratto (il preliminare) con causa onerosa.⁴⁶

L'equiparazione del promissario acquirente ad un comodatario renderebbe, inoltre, la sua posizione peggiore anche rispetto a quella di un inquilino, che ha azione diretta per le molestie di fatto provenienti da terzi in forza dell'articolo 1585 del codice civile. Il possesso dovrebbe essere la situazione ordinaria in quanto consegue alla consegna e sussiste per via della programmatica definitività del godimento attribuito sul piano patrimoniale dell'obbligazione e della sua anticipata attuazione.⁴⁷

⁴⁵ TIMPANO E. "Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore" in op. cit. pag. 1093;

⁴⁶ CAVICCHI D. "La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna" in op. cit. pag. 1012;

⁴⁷ FERCIA R. "Quia vendidit, dare promisit", op. cit. nota 36 pag 131;

La soluzione della Corte potrebbe creare, infine, non pochi problemi in relazione al divieto di patto commissorio di cui all'articolo 2744 del codice civile.⁴⁸ In dottrina e in giurisprudenza si osserva, infatti, come la contrattazione preliminare si presti naturalmente ad essere impiegata per aggirare il divieto di patto commissorio visto che, il diritto riconosciuto al promissario acquirente (creditore) di ottenere, ai sensi dell'articolo 2932 del codice civile, gli effetti del definitivo, rende attuali i rischi e pericoli che con l'articolo 2744 il legislatore ha cercato di prevenire.⁴⁹

Par. 2) Rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo;

Si può notare dai paragrafi che precedono il delicato rapporto tra il contratto preliminare e il contratto definitivo, questione di non poco conto dato che si riverbera sulla qualificazione della posizione del promissario acquirente immesso nel godimento della cosa.

⁴⁸ GIULIANO G. “*Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*” in op. cit. <<L' idoneità a fungere da strumento elusivo del divieto, appare indiscussa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza riconoscendo rilevanza anche al patto commissorio obbligatorio>> pag. 398;

⁴⁹ GIULIANO G. “*Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*” in op. cit. <<E' ricorrente sia nella giurisprudenza di legittimità che di merito, infatti, l'affermazione secondo cui il preliminare di compravendita è idoneo a dissimulare un mutuo con patto commissorio (ancorché non sia previsto il passaggio immediato del bene promesso in vendita), qualora la promessa di vendita garantisca la restituzione della somma mutuata dal promissario acquirente e sempre che risulti provato il nesso di strumentalità dei due negozi>> pag. 399;

Diversi sono stati gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che hanno provveduto a dare una propria ricostruzione di tale fenomeno fino a svuotare del tutto il ruolo del contratto definitivo assurgendolo a mero atto esecutivo.

La dottrina e la giurisprudenza prevalente ritengono invece che il contratto definitivo è un vero e proprio contratto, espressione di autonomia negoziale e causa dell'effetto traslativo reale (tesi contrattualistica)⁵⁰ al quale, quindi, devono riferirsi tutti gli effetti obbligatori e reali.

Seguendo la tesi contrattualistica si può affermare che il promissario acquirente è detentore, anche se non manca chi afferma il contrario, mentre seguendo la tesi che ritiene che il passaggio di proprietà avviene prima della stipula del contratto definitivo il godimento del promissario acquirente si qualifica come possesso.⁵¹

Relativamente alla vendita obbligatoria se è vero che dal contratto preliminare nasce un'obbligazione di dare in senso tecnico, che quindi non si esaurisce alla sola prestazione del consenso successiva, è pur vero che l'effetto reale si produce in conseguenza del *modus*.⁵²

⁵⁰ TIMPANO E. “*Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*” in op. cit. <<Sebbene le parti siano obbligate, dal preliminare, alla conclusione del definitivo, esse conservano un ambito di autonomia sufficiente a non privare il definitivo stesso della natura negoziale>> pag. 1090;

⁵¹ TIMPANO E. “*Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*” in op. cit. pag. 1092;

⁵² TIMPANO E. “*Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*” in op. cit. pag. 1092;

CAP. 3) PROMISSARIO ACQUIRENTE: POSSESSO O DETENZIONE?

Sommario: Par. 1) Considerazioni generali; Par. 2) Promissario acquirente: possessore o detentore?; Par. 3) Compatibilità della consegna del bene e pagamento del prezzo con il contratto preliminare di vendita; Par. 4) Possesso e detenzione; Par. 5) Interversione del possesso; Par. 6) Vendita del possesso

Par. 1) Considerazioni generali

La natura giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati si presenta propedeutica all'individuazione della qualificazione giuridica del "godimento anticipato" del bene.^{1 2}

Tutto ciò non è di scarsa rilevanza dato che la qualificazione del godimento anticipato del bene nell'uno o nell'altro modo può comportare determinate conseguenze giuridiche quali, ad esempio, l'acquisto per usucapione, il trattamento di favore riservato al

¹ GIULIANO G. "Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica" in op. cit. <<Oltre agli indubbi profili di interesse teorico, la questione è particolarmente delicata anche dal punto di vista pratico, essendo diverse, nell'uno e nell'altro caso, le forme di tutela e le norme applicabili>> pag. 395;

² La natura giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati permette di determinare su chi grava l'obbligo di custodia di cui all'articolo 2051 del codice civile. <<La consegna della cosa promessa di vendita, infatti, può connotarsi "come anticipata esecuzione dell'obbligazione che consegnerà al definitivo di compravendita", ovvero come tesa a "soddisfare esigenze temporanee del promittente acquirente": nel primo caso, "custode" sarà il promittente acquirente; nel secondo caso, "custode" continuerà a essere il promittente alienante>> in PROTO M. "Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata" op. cit., pag. 1895;

possessore di buona fede dagli artt. 1148 ss cod. civ.; l'apparato rimediale offerto dall'azione di manutenzione (art. 1170 cod. civ.) e le azioni di nunciazione (artt. 1171, 1172 cod. civ.).³

Si è affermato che è dal titolo che si qualifica il godimento di un immobile attribuito attraverso una convenzione⁴ e che si ricava l'elemento psicologico sul quale comunemente si fonda la distinzione tra possesso e detenzione. Pertanto, si è ritenuto che se un contratto sarà destinato alla produzione di effetti reali corrisponderà *l'animus possidenti*, mentre ad un titolo soltanto ad effetti obbligatori potrà ricondursi *l'animus detinendi* e la disponibilità materiale del bene andrà qualificata nel primo caso come un possesso nel secondo caso come detenzione.⁵

Il problema della qualificazione del potere del promissario acquirente si collega all'ammissibilità della cosiddetta vendita del possesso. Se come ha deciso la Cassazione, con la più volte citata sentenza n. 7638 del 2008, il promissario acquirente è detentore perché il possesso non è suscettibile di autonoma cessione dal diritto di proprietà, si pone la domanda se, quindi, con la decisione in esame si vuole negare del tutto l'ammissibilità della vendita del possesso.

Ci si chiede poi quale ruolo sia da attribuire all'obbligazione di pagare il prezzo e, conseguentemente, se il parziale o integrale pagamento del corrispettivo della vendita potrebbe acconsentire la qualifica di possessore in capo al promissario acquirente. Ove si

³ SCALITI G. "Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni" op. cit., pag. 1047;

⁴ essendo la consegna di per sé atto neutro, che vale a trasmettere semplicemente la cosa e non anche il possesso in SCALITI G. "Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni" op. cit., pag. 1048;

⁵ SCALITI G. "Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni" op. cit., pag. 1048;

dovesse ritenere che l'immissione in godimento, svincolata dal pagamento del prezzo, non sia sufficiente all'acquisto del possesso potrebbe allora porsi il problema di individuare il momento in cui, eventualmente, l'esercizio del possesso possa ritenersi iniziato.⁶

Par. 2) Promissario acquirente: possessore o detentore?

Occorre ora accertare se la relazione tra il promissario acquirente con la cosa possa essere qualificata come mera detenzione o come possesso.

La Corte Suprema della Cassazione definisce il contratto preliminare ad effetti anticipati come un contratto collegato composto da tre distinti contratti quali contratto preliminare giustificativo dell'accordo di stipulare il successivo contratto definitivo, il comodato giustificativo del godimento anticipato del bene e il mutuo gratuito infine giustificativo del pagamento integrale o parziale del prezzo. Da questa considerazione la presenza di un comodato porta la Corte a definire il potere del promissario acquirente come detenzione in quanto il possesso non è un diritto ma una situazione di fatto non suscettibile di una cessione separata dal relativo diritto di proprietà.

⁶ LOCHE L. "Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso", in *Riv. Giur. Sarda*, 1986, <<La circostanza che il rapporto venga valutato in termini di procedimento non esclude la necessità dell'individuazione del momento a cui riferire l'acquisto del possesso>> pag. 841;

Premesso ciò non si può prescindere di alcune considerazioni. Innanzitutto la qualificazione in termini di possesso piuttosto che di detenzione comporta la ricorrenza di tutti i suoi elementi costitutivi quali il *corpus* e l'*animus* e per la valutazione della posizione del promissario acquirente bisogna fare riferimento al concreto assetto di interessi che le parti intendono realizzare con il contratto.⁷

Per anni si affermò che il compenso dato al mancato venditore da parte del mancato acquirente per il godimento del bene stesso, qualora non si fosse addivenuti alla stipulazione definitiva per il rifiuto di quest'ultimo, permettesse di qualificare il rapporto venutosi a creare come <<concessione precaria>> considerando il futuro acquirente <<detentore in nome del concedente>>.⁸

Successivamente si escluse la precarietà del godimento,⁹ lo si giustificò col ricorso al concetto di esecuzione anticipata della vendita

⁷ assumendo tra l'altro la circostanza per cui il godimento del promissario non potrebbe assimilarsi a quello scaturente da un qualsiasi contratto attributivo di un diritto personale di godimento in CAVICCHI D. "La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna" in op. cit. pag. 1007 s;

⁸ Qualche volta si è fatto riferimento ad un rapporto di locazione ritenendolo compatibile con la promessa di vendita a differenza di quanto avviene nel contratto definitivo in LOCHE L. "Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso" op. cit., nota 23 s. pag. 837;

⁹ LOCHE L. "Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso" op. cit., pag. 837, nota 25; Parte della giurisprudenza, sostenendo la perfetta compatibilità tra promessa di vendita e consegna anticipata della cosa, rileva che la detenzione della cosa si inserisce << come aspetto meramente accessorio >> voluto dalle parti nel contesto più ampio del contratto preliminare e lo stesso nesso col preliminare escluderebbe la precarietà della concessione del godimento tendente a consolidarsi con il trasferimento successivo del diritto in ALESSI R. "Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso" op. cit., pag. 447;

¹⁰e si parlò anche di <<trasferimento in godimento>> avente un <<titolo diverso dalla vendita>>.^{11 12}

Alcuni autori, sussumendo il preliminare puro e quello ad “effetti anticipati” in uno medesimo tipo negoziale, hanno ritenuto che il promissario acquirente sia detentore e non possessore;^{13 14} altri, distinguendo contratti ad effetti reali e contratti ad effetti obbligatori, hanno sostenuto che solo nel primo caso il contratto è idoneo a determinare nell’indicato soggetto l’ <<animus possidendi>>.¹⁵

¹⁰ LOCHE L. “Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso” op. cit., pag. 837, nota 26;

¹¹ LOCHE L. “Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso” op. cit., pag. 837, nota 27;

¹² <<Nel 1955 la Corte di Bari ritiene che, malgrado le espressioni usate dalle parti fino a quando non si sarà addivenuto al rogito notarile, il preteso acquirente avrà un uso precario non avendo né effetto traslativo né effetto costitutivo di un autonomo diritto di godimento su cosa altrui.>> in ALESSI R. “Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso” op. cit., pag. 447;

¹³ GIULIANO G. “Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica” in op. cit. <<... non è possibile parlare di possesso poiché, seppur la disponibilità del bene viene acquistata a titolo di anticipata esecuzione del definitivo, l’effetto traslativo non si è verificato e, conseguentemente, l’esistenza di un titolo che implica il riconoscimento dell’altruità del bene impedisce di ravvisare nel promissario acquirente l’*animus possidendi*>> pag. 395;

¹⁴ GAZZONI F. M. “Dev’essere autorizzato il preliminare di vendita di un minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?” op. cit. <<Fondamentale, per comprendere questa realtà, è la lettura della storica sentenza 1720/85, con la quale le Sezioni Unite hanno negato che il preliminare ad effetti anticipati abbia diritto ad una disciplina diversa rispetto a quella propria del preliminare, in punto di tutela del promissario acquirente, per vizi, difformità, oneri della cosa promessa in vendita. Questa tutela, infatti, è comune e discende non già da un’anticipata applicazione della disciplina della compravendita, ma da una rigorosa applicazione dell’articolo 1218 del codice civile, essendo a carico del promittente alienante l’obbligo di trasferire la proprietà esente da vizi, difformità ed oneri. Ecco perché è possibile agire con l’azione di condanna all’eliminazione dei vizi stessi. Conseguenza di questa corretta impostazione è che la disciplina del preliminare non può mai essere quella (anticipata) del definitivo, sicché quanto agli esiti della consegna, il promissario acquirente non potrà essere possessore al pari dell’acquirente.>> pag. 732;

¹⁵ TOSCHI VESPASIANI F. “La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>” in op. cit. <<L’assunzione dell’obbligo di stipulare un successivo atto traslativo del diritto reale fa presumere di per sé che vi sia la piena consapevolezza in capo al promissario acquirente dell’altruità del titolo>> pag.197;

Quest'ultimo orientamento verrebbe ad attuarsi anche nel contratto preliminare ad effetti anticipati ove in capo al promissario acquirente difetterebbe *l'animus possidendi* in quanto l'effetto traslativo non si è ancora verificato e risulta dal titolo piuttosto l'altruità della cosa.¹⁶ Nel contratto preliminare (quale contratto ad effetti obbligatori) mancherebbe, infatti, il presupposto logico per l'acquisto del possesso, vale a dire, un contratto traslativo di diritti reali: la disponibilità materiale del bene è stata conseguita mediante un atto di consegna¹⁷ operato in esecuzione di un contratto ad effetti meramente obbligatori.¹⁸

¹⁶ <<Il dato iniziale del ragionamento, secondo parte della giurisprudenza, è rappresentato dal principio per il quale quando un soggetto consegue il godimento del bene in virtù di una convenzione negoziale, per stabilire se sia possessore o detentore, occorre avere riguardo alla presenza dell'*animus possidendi*, il quale (*animus*) può rinvenirsi solo in presenza di un contratto volto a trasferire la proprietà o altro diritto reale mentre nell'ipotesi di contratto ad effetti obbligatori l'*accipiens* consegue il godimento con la consapevolezza dell'altruità del bene, riconoscendo, quindi, l'altruità della cosa>> in CAVICCHI D. "La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna" in op. cit. <<... il titolo che abbia unicamente effetti obbligatori attribuisce un diritto di credito che non legittima il suo titolare ad esercitare, sul bene ricevuto in consegna, il diritto reale di cui all'articolo 1140 del c.c.; per cui è legittimo inferire che, in questa ipotesi, l'*accipiens* eserciti sul bene un'attività diversa da quella contenuto nel diritto di proprietà o di altro diritto reale, a meno che non si tratti di fattispecie di mutamento della detenzione in possesso prevista dall'art. 1141 c.c.>> pag. 1008;

¹⁷ GAZZONI F. M. "Dev'essere autorizzato il preliminare di vendita di un minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?" op. cit. <<La consegna ... è solo un atto reale non negoziale con il quale si mette a disposizione dell'*accipiens* la cosa, affinché costui possa iniziare l'attività di fatto corrispondente all'esercizio di un diritto reale e quindi a possederla, se la consegna stessa è l'esito di un contratto traslativo o costitutivo di un diritto reale stesso, laddove in caso di contratto ad effetti obbligatori (locazione, comodato e rapporto di lavoro) alla apprensione per consegna consegue la detenzione. Ecco perché il promissario acquirente, in presenza di un accordo sicuramente ad effetti obbligatori, non potrà essere che un detentore ...>> pag.733;

¹⁸ ONANO A. "Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di beni immobili" in Riv. Not., 2004, II, pag. 1201; SERENI C. "Contratto preliminare e consegna anticipata del bene: possesso o detenzione?" in Not., 2, 2005 <<Il contratto preliminare non ha effetti reali, ossia non trasferisce alcun diritto, ma produce solo effetti obbligatori.>> <<... l'attribuzione di un diritto di credito è inidoneo a determinare nel soggetto investito del relativo diritto *l'animus possidendi*: l'*accipiens* in questo caso riveste la qualifica di detentore, ossia di colui che, pure esercitando un potere di fatto

A diversa conclusione, invece, si dovrebbe giungere seguendo quell'impostazione dogmatica che considera il cosiddetto preliminare "ad effetti anticipati" un contratto definitivo seppure ad efficacia parzialmente differita: con la consegna dell'immobile verrebbe a realizzarsi immediatamente l'effetto traslativo e il possesso passerebbe in capo all'*accipiens*.¹⁹

La Cassazione con la sentenza n. 7930 del 2008, come già accennato all'inizio del paragrafo, partendo dal dettato dell'articolo 1140 del codice civile, lo ritiene insuscettibile di trasferimento disgiuntamente dal diritto reale di cui ne costituisce l'esercizio.²⁰ Anche in presenza della consegna, il possesso si acquista a titolo originario unilateralmente e per apprensione, ma con l'assenso e la

sulla cosa corrispondente all'esercizio della proprietà, riconosce l'altrui signoria in ordine al bene e soprattutto non intende comportarsi come proprietario dello stesso.>> pag. 174; Cass., 22 .07.2003, n. 11415, sez. II in *Not.*, 2, 2005, 169;

¹⁹ GIULIANO G. "Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica" in op. cit. <<Questa stessa dottrina, però, ritiene che possa giungersi ad una diversa conclusione qualora sia "univocamente deducibile dal testo contrattuale" che l'immissione nella disponibilità del bene è avvenuta in esecuzione di un negozio autonomo e collegato al preliminare, con cui le parti hanno inteso regolare il godimento del bene concesso al promissario acquirente prima della stipula del contratto definitivo. E' a tale momento, infatti che verrebbe differito il trasferimento della proprietà essendovi *medio tempore* una mera detenzione>> pag. 395; CORTUCCI D. "Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione" <<L'apposizione di una clausola accessoria che preveda, al momento della stipula del contratto preliminare, l'integrale versamento del prezzo a fronte della consegna del bene, rivela inequivocabilmente il comune proposito delle parti di anticipare gli effetti finali del trasferimento del diritto di proprietà (differito quest'ultimo al momento della stipula del contratto definitivo di compravendita), equivalendo nella sostanza a dire che la consegna del bene al promittente acquirente, che ne ha pagato il relativo prezzo, è qualificabile giuridicamente quale attribuzione del possesso del bene stesso con tutte le conseguenze che ne derivano, in primis la configurabilità di un possesso *ad usucapionem*>> op. cit., pag. 636;

²⁰ si ha un esplicito richiamo alla sentenza della Cassazione del 27 settembre 1996 n. 8528 che statuisce la nullità per impossibilità dell'oggetto, ai sensi degli artt. 1418 e 1325 c.c., del contratto preliminare avente ad oggetto l'alienazione e l'acquisizione del possesso in quanto attività non negozialmente trasferibile. Vedi GIULIANO G. "Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica" in op. cit. pag. 396 nota 20;

partecipazione del precedente possessore: la compravendita potrà avere ad oggetto solo il trasferimento di un diritto e non di una situazione di fatto.²¹

La Suprema Corte quindi, escludendo che le parti abbiano inteso che si verificano gli effetti della compravendita (perché altrimenti si sarebbe in presenza di un contratto definitivo), ha affermato che 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.²²

La disponibilità materiale del bene che caratterizza un comodatario e la disponibilità materiale del bene di cui gode il promissario acquirente sono però diverse. Il comodato è infatti un contratto reale ad effetti obbligatori con cui una parte consegna all'altra un certo bene affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato con l'obbligo di restituire il bene stesso.²³ Il comodatario può senz'altro definirsi detentore della cosa consegnatagli in quanto

²¹ TIMPANO E. “*Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*” <<L'unica eccezione all'intrasferibilità del possesso è contenuta nell'articolo 1146 comma 1 c.c. che dispone che la *successione mortis causa* a titolo universale dello stesso. L'art. 1146 comma 2 c.c., invece, non prevede la successione a titolo particolare del possesso, ma si limita a facultizzare l'avente causa sulla base di un titolo astrattamente idoneo – sia pur viziato – al trasferimento del diritto reale ad unire al proprio possesso quello del suo autore, per goderne gli effetti, così evidenziando che non vi è successione in un unico possesso, ma unione di due possessi ben distinti>> in op. cit. pag. 1094 s.;

²² L'esecuzione di un comodato rappresenta la ragione che giustifica la disponibilità della *res* e si tratterà di detenzione esercitata in *nomine alieno* e non possesso. Eventualità che la Corte non esclude in presenza dell'avvenuta interversione con i limiti e i modi tassativamente previsti dal legislatore nell'art. 1141 cod. civ. in SCALITI G. “*Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*” op. cit., pag. 1047 s.;

²³ <<L'effetto obbligatorio del contratto è fine a sé stesso, nel senso che non si inserisce nell'ambito di un iter procedimentale diretto a fare acquisire al comodatario la titolarità del bene di cui gode.>> in CORTUCCI D. “*Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*” op. cit., pag. 632;

essendosi obbligato a restituire la stessa è evidente che riconosce l'altrui signoria in ordine alla cosa e che quindi si atteggia come *possesso nomine alieno*.²⁴

Nel contratto preliminare ad effetti anticipati, invece, l'effetto obbligatorio, ossia l'obbligo di prestare il futuro consenso per la stipula del contratto definitivo, si atteggia quale strumento volto a far conseguire al promittente acquirente la titolarità del bene consegnatoli.²⁵ Il contratto preliminare ad effetti anticipati, infatti, diversamente dal cosiddetto preliminare puro, non si limita a far obbligare le parti alla conclusione del successivo contratto definitivo ma può costituire titolo provvisorio di prestazioni che saranno oggetto del definitivo, quali la tradizione del bene e il pagamento del prezzo. Così, precedentemente alla stipulazione del contratto definitivo, le prestazioni troverebbero un titolo provvisorio, titolo costituito dal contratto preliminare. Di contro posteriormente a tale stipulazione, le prestazioni avrebbero un titolo finale costituito dal contratto definitivo.²⁶

²⁴ CORTUCCI D. “*Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*” op. cit., pag. 632;

²⁵ SCALITI G. “*Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*” op. cit., pag. 1047 s.;

²⁶ PETRONE P. “*Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*” in Riv. Not., 5, 2001, pag 1087;

Par. 3) Compatibilità della consegna del bene e pagamento del prezzo con il contratto preliminare di vendita

La Cassazione, con la sentenza n. 7930 del 2008, critica la regola secondo cui il pagamento del prezzo e la consegna del bene anticiperebbero gli effetti della vendita (e, conseguentemente, che il promissario acquirente è possessore e non detentore) sotto due diversi profili: quella della qualificazione del potere di fatto del promissario acquirente e quello della fonte che lo giustifica.²⁷ Il secondo profilo rappresenta (a differenza del primo per il quale si scontrano ancora i sostenitori del possesso e della detenzione) uno degli elementi di novità della sentenza in commento che non ha precedenti nelle elaborazioni degli interpreti. Difatti la Suprema Corte sostiene l'incompatibilità *in re ipsa* tra contratto preliminare e qualsiasi effetto della vendita essendo inaccettabile, sul piano logico prima ancora che su quello giuridico, che la nascita e l'esecuzione di obblighi possono trovare fondamento in un titolo ancora inesistente. La previsione e l'esecuzione della *traditio* della *res* e/o del pagamento del prezzo possono essere indici della volontà di concludere una vendita ma possono essere compatibili con la stipulazione del contratto preliminare per agevolare la verifica dei presupposti e il controllo delle sopravvenienze. Ciò che si potrà anticipare non sono gli effetti

²⁷ SCALITI G. "Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni" op. cit., << sul primo versante verrebbe infatti imperdonabilmente trascurata la presenza di un contratto solo ad effetti obbligatori, il preliminare, appunto, che non essendo diretto, per sua natura, al trasferimento della proprietà, e tanto meno del possesso – a sua volta incapace di circolare separatamente dal diritto reale – non potrebbe che determinare una situazione di semplice detenzione >> pag. 1047;

obbligatori del contratto definitivo ma solo quelle prestazioni che delle obbligazioni nascenti dalla vendita costituiscono l'oggetto, quindi la consegna della *res* e il pagamento del prezzo.²⁸

Per quanto riguarda i precedenti seppure la dottrina e la giurisprudenza prevalente non dubitano circa la compatibilità tra il contratto preliminare e prestazioni tipiche della vendita, quali la consegna del bene e il pagamento del prezzo,²⁹ la giurisprudenza si presenta un po' oscillante nell'individuazione del titolo che sorregge tali prestazioni: infatti, parte lo rintraccia nel preliminare di vendita³⁰ e parte nel contratto definitivo.³¹

Un autore ha tentato di rivendicare l'autonoma funzione del contratto preliminare ad effetti anticipati nei confronti del definitivo riservando al contratto definitivo la funzione di <<controllo delle sopravvenienze>>. L'anticipata esecuzione che le parti compiono non realizzerebbe un vero e proprio <<atto di disposizione>> economica visto che, oltre a pagare il prezzo e a consegnare la cosa, non si ottiene

²⁸ SCALITI G. "Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni" op. cit., pag. 1047 s;

²⁹ SCALITI G. "Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni" op. cit., pag. 1050 s;

³⁰ Cass., 16.7.2001, n. 9636, in *Contratti* 2002, 444; Cass., 13.4.1999, n. 3626, in *Mass. Giust. Civ.* 1999; Cass., 6.11.1987 n. 8220, in *Giur.it* 1988, I, 1,760; Cass., 22.12.2005 n. 28480, in *Giust. Civ.*, 2006, I, 2342; Cass., 8.2.2000, n. 1376 in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 65; per un'elencazione più esaustiva delle sentenze in merito si rinvia a SCALITI G. "Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni" op. cit., pag. 1050;

³¹ Cass., 19.4.2000, n. 5132, in *Contratti*, 2000, 984; Cass. 10.10.1997, n. 9857, in *Mass. Giust. Civ.*, 1997; Cass., 9.10.1996, n. 8818, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 695; Cass., in *Nuova Giur. Civ. Com.*, 2002, I, 232; per un'elencazione più esaustiva delle sentenze in merito si rinvia a SCALITI G. "Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni" op. cit., pag. 1050;

un effetto giuridicamente rilevante, trattandosi anzi di trasferimento della detenzione del bene e neppure del possesso.³²

Altri, infine, hanno ritenuto che il preliminare non potrebbe prevedere l'integrale attuazione del rapporto finale perché in tal caso si porrebbe esso stesso come definitivo e la prevista stipulazione di un contratto ulteriore sarebbe, in realtà, un impegno alla ripetizione del contratto.³³

Per le Sezioni Unite la consegna della *res* e il pagamento del prezzo costituiscono effetti diversi sia da quelli propri del definitivo, sia da quelli ordinari del contratto preliminare, derivando da pattuizioni aggiuntive che comportano l'esecuzione di quelle prestazioni tipiche della vendita, volute dalle parti allo scopo di agevolare la realizzazione del programma di scambio.

Escludendo la configurabilità di un contratto atipico restringe l'ambito di indagine alla categoria dei contratti collegati. Così nel disegno della Corte godimento anticipato e versamento del prezzo trovano adeguata rappresentazione rispettivamente in un comodato e in un mutuo gratuito, entrambi collegati al contratto preliminare.³⁴

³² ALESSI R. “*Il preliminare di vendita ad effetti anticipati*”, op cit., pag. 453;

³³ che è, invece, l'atto con la quale le parti rinnovano il loro consenso esprimendo una volontà attuale corrispondente a quella del contratto già concluso.

³⁴ SCALITI G. “*Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*” op. cit., pag. 1049 s;

Par. 4) Possesso e detenzione

Il possesso è una situazione di fatto che l'articolo 1140 del Codice Civile definisce come il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o altro diritto reale. La differenza tra titolarità ed esercizio del diritto è simmetrica a quella tra essere proprietari di una cosa e comportarsi come proprietari di essa.³⁵

Il secondo comma dell'articolo 1140 del Codice Civile dispone che si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona che ha la detenzione della cosa senza però dare una definizione di detenzione. La dottrina ha così elaborato la nozione di detenzione. Essa consiste nell'aver la cosa nella propria materiale disponibilità³⁶ ma riconoscendo l'altruità della cosa.

Ai fini della distinzione tra i due istituti si è ritenuto importante l'atteggiamento psicologico del soggetto che nel caso del possesso sarà il cosiddetto *animus possidenti*³⁷ (o l'animo o l'intenzione di

³⁵ GALGANO F. "Possesso", in *Enc. Giur Treccani, 1997*, pag. 1; per quanto riguarda la natura giuridica vedi anche TROISI – CICERO "I possessi", op. cit., <<il possesso, in quanto comportamento, è atto giuridico in senso stretto, non appartenente al piano degli effetti ma a quello della fattispecie>> pag. 23;

³⁶ TROISI B. – CICERO C. "I possessi", op. cit., <<detentore è chi avendo la materiale disponibilità della cosa non si comporta univocamente come il titolare di un diritto reale su di essa>> pag. 41; ID distingue tra detenzione non qualificata (per ragioni di ospitalità e di servizio) <<in cui il detentore mantiene la cosa a disposizione del possessore, che ne conserva il controllo diretto>>, e, detenzione qualificata la quale <<trova giustificazione sulla base di un titolo idoneo a conferire il godimento di un bene>> pag. 47;

³⁷ TOSCHI VESPASIANI F. "La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>" in op. cit. <<... l'*animus* è un elemento squisitamente soggettivo, e, si potrebbe dire, meramente psicologico, tanto da essere quasi indimostrabile a livello probatorio se non con riferimento o ad un contratto, o ad atti materiali o giuridici dai quali se ne possa, in via presuntiva, desumere o meno l'esistenza>> pag. 197;

possedere) e nel caso della detenzione l'*animus detinenti* (la quale implica il riconoscimento dell'altruità della cosa).³⁸

L'opinione dominante in dottrina e giurisprudenza, sostenendo la cosiddetta <<*teoria soggettiva*>>, ritiene che l'articolo 1140³⁹ del codice civile individui una nozione di possesso comprensiva di due elementi: quello oggettivo costituito dal potere di fatto sulla cosa e quello soggettivo consistente nella volontà di esercitare sulla cosa una signoria corrispondente alla proprietà o altro diritto reale.⁴⁰

In opposizione si colloca la <<*teoria oggettiva*>>, secondo la quale l'elemento soggettivo costituito dall'*animus possidenti* non avrebbe autonoma rilevanza e non si porrebbe come elemento costitutivo della fattispecie possessoria.⁴¹ Mentre i sostenitori della

³⁸ GALGANO F. "*Possesso*", in op. cit., pag 1; <<Tradizionalmente la distinzione tra possesso e detenzione - entrambi strutturalmente fondati sullo stesso presupposto fattuale, vale a dire, la disponibilità di fatto sulla cosa - veniva fondata sul diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo; si diceva che possesso e detenzione sono accomunati da un potere sulla cosa (cosiddetto *corpus*) di contenuto esteriormente identico ma che ciò nonostante essi possono essere distinti giusta la circostanza che il possesso si caratterizza per la presenza in capo al possessore dell'*animus possidenti* (volontà del soggetto di tenere la cosa come propria) laddove nell'ipotesi della detenzione, il soggetto è animato dal tenere la cosa per altri (cosiddetto *animus detinendi*)>> in ONANO A. "*Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di beni immobili*" op. cit., nota n. 17, pag 1209;

³⁹ Il primo comma dell'art. 1140 del codice civile recita così: <<*Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale.*>>

⁴⁰ LOCHE L. "*Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*" op. cit., pag. 838; MONTEL A. "*La disciplina del possesso nel codice civile italiano*", 1947, pag. 41 s. <<la forma più elementare con cui si attua il potere sulla cosa è quella che si concreta nella *adprehensio* fisica del mobile o nell'insistere materialmente sull'immobile>> <<si ammettono, accanto alla tradizione reale, in cui c'è il contatto materiale con la cosa, forme più spiritualizzate di tradizione: la *traditio longa manu*, in cui la cosa, in vece di essere materialmente consegnata, viene indicata e messa così a libera disposizione dell'acquirente; la *traditio simbolica*, che si attua mediante la consegna delle chiavi dell'edificio e dei documenti relativi all'immobile>>; vedi anche SERENI C. "*Contratto preliminare e consegna anticipata del bene: possesso o detenzione?*" op. cit., pag. 176;

⁴¹ LOCHE L. "*Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*" op. cit., pag. 838;

teoria soggettiva individuano l'elemento discretivo fra il possesso e la detenzione nell'*animus possidenti*, presente nel primo e assente nella seconda, coloro che, al contrario, si esprimono per una nozione oggettiva, ritengono che la differenza fra possesso e detenzione debba ravvisarsi nel titolo in forza del quale si è iniziato ad esercitare il potere sulla cosa.⁴² Secondo quest'ultima teoria 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.⁴³

L'acquisto del possesso può avvenire in modo originario oppure in modo derivato per trasmissione del possesso dal precedente ad un nuovo possessore. Il possesso può essere trasmesso anche senza la consegna della cosa come nel caso della cosiddetta "*traditio brevi manu*" nella quale la cosa è già nella detenzione di chi acquista il possesso diversamente nella cosiddetta "*constitutio possessorio*" nella quale il proprietario vende la cosa a persona che, contestualmente, gliela dà in locazione.⁴⁴

⁴² LOCHE L. "*Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*" op. cit., pag. 839;

⁴³ LOCHE L. "*Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*" op. cit., pag. 839; parte della giurisprudenza ha ritenuto che per stabilire se in seguito ad una convenzione si abbia un possesso idoneo all'usucapione o una mera detenzione occorre fare riferimento oltre che all'elemento psicologico del soggetto anche distinguere se la convenzione sia un contratto ad effetti reali o un contratto ad effetti obbligatori, ritenendosi che solo nel primo caso il contratto è idoneo a formare nel soggetto l'*animus possidenti*. Per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali vedi le note n.31 e 32 di ID, "*Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*" op. cit., pag. 838;

⁴⁴ Nell'ipotesi di *constitutio possessorio* <<il precedente possessore si tramuta in detentore; e il nuovo possessore diventa tale senza ricevere la consegna della cosa, che è rimandata al momento in cui cesserà il contratto di locazione>> GALGANO F.

Par. 5) Interversione del possesso

Il semplice detentore può trasformarsi in un possessore ma non basta un mero mutamento del suo interno atteggiamento e neppure un qualsiasi fatto esteriore rivelatore di un mutato atteggiamento psicologico. L'articolo 1141 del Codice Civile consente la cosiddetta "interversione del possesso" solo in due casi: quando il titolo, per il quale si ha la materiale disponibilità della cosa, venga mutato per una causa proveniente da un terzo e quando il detentore faccia opposizione contro il possessore facendo constare al possessore con esplicita dichiarazione o con atti concreti che intende tenere la cosa come propria.⁴⁵

E' opinione consolidata in dottrina e in giurisprudenza quella secondo cui il contenuto dell'interversione deve poter significare negazione dell'altrui possesso e l'affermazione del proprio. Deve tradursi in concreto in un'opposizione contro il possessore consistente anche in un'attività materiale, che renda esteriormente riconoscibile

"Possesso", in op. cit., pag 3; ABBATE A. "Sulla validità del preliminare di vendita del possesso" in *I Contratti*, 1997, I, 51, <<Si ricorda che l'atto di acquisto del possesso consiste nell'apprensione o nella consegna della cosa: nel primo caso l'acquisto è a titolo originario, nel secondo è a titolo derivativo. L'apprensione o *adprehensio* si configura come occupazione se la cosa non è posseduta da nessuno; rappresenta invece uno spoglio quando priva il precedente possessore, contro la sua volontà del potere della cosa. La consegna o *traditio* può realizzarsi attraverso modalità differenti: a) la *traditio* reale; b) la *traditio longa manu*; c) la *traditio* simbolica; d) la *traditio brevi manu*; e) *constitutum possessorium*.>> nota 6, pag. 472;

⁴⁵ GALGANO F. "Possesso" op. cit., pag. 2; MONTEL A. "La disciplina del possesso nel codice civile italiano", op. cit., il quale ritiene necessario un coordinamento tra l'art. 1164 e art. 1141 codice civile; infatti, in quest'ultima norma << non si parla più di presunzione che il possesso in nome altrui continui ad essere tale, ma con precisione si dichiara che il detentore non può acquistare il possesso se non abbia avuto luogo la interversione del titolo>> pag. 48;

all'avente diritto, che si intende fare cessare il godimento *nomine alieno* per esercitare il potere sulla cosa in qualità di possessore.⁴⁶

Par. 6) Vendita del possesso

Come già affermato la Cassazione, con la già richiamata più volte sentenza n. 7638 del 2008, sancisce che il promissario acquirente di un contratto preliminare ad effetti anticipati si qualifica come detentore e non come possessore non essendo il possesso un diritto ma una situazione di fatto non trasmissibile separatamente dal relativo diritto di proprietà. Partendo da questa affermazione secondo cui non è ammissibile il trasferimento del possesso autonomamente ci colleghiamo alla cosiddetta <<vendita del possesso>>,⁴⁷ istituto oggetto di discussione nel nostro ordinamento.

L'ammissibilità della vendita del mero possesso risale al diritto romano dove la vendita si presentava come un contratto con cui un alienante si obbligava a trasferire all'acquirente il possesso di un bene e l'acquirente si obbligava a consegnare una somma di denaro.⁴⁸

⁴⁶ SERENI C. "Contratto preliminare e consegna anticipata del bene: possesso o detenzione?" op. cit., pag. 176;

⁴⁷ La vendita del possesso non dev'essere confusa con il trasferimento del possesso, che avviene in seguito all'alienazione del diritto di proprietà su di un bene o alla cessione del diritto di usufrutto. In questi casi, infatti, il possesso viene trasferito non perché oggetto della vendita ma in quanto ricompreso nel diritto compravenduto. Vedi PETRONE P. "Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata" in op. cit. nota 2 pag. 1059;

⁴⁸ <<Non vi era l'obbligo di trasferire la proprietà, ed, anzi, laddove vi fosse stata una convenzione che l'avesse previsto, si sarebbe esulato dal caso della compravendita, per rientrare nell'ambito dei contratti innominati >>, se si voleva acquisire la proprietà era

Nella dottrina italiana non è pacifica l'ammissibilità della vendita del mero possesso: il possesso, pur essendo qualificato come un beneficio autonomo ed indipendente dalla proprietà, non si ritiene possibile farne oggetto di commercio e di traffico.⁴⁹

Le ragioni addotte a sostegno della intrasferibilità contrattuale del possesso presentano un profilo teorico, pratico e normativo.

Sotto il profilo teorico si sostiene che l'atto di acquisto del possesso, lungi dal presentare le caratteristiche di negozio, rappresenta un mero atto giuridico: la scissione tra il contratto (che al più "obbliga" a consegnare la cosa, ma non trasferisce il possesso) e la consegna stessa, quale fatto che unito all'*animus* definisce autonomamente la situazione possessoria.

Sotto il profilo pratico si osserva che, essendo il possesso una situazione legittima ma reversibile su richiesta del proprietario (ossia destinata a venir meno per effetto della rivendicazione), un'alienazione autonoma del possesso non garantirebbe una sufficiente tutela dell'acquirente e comporterebbe una moltiplicazione di "situazioni di fatto" in quanto svincolate dalle regole che disciplinano la circolazione dei diritti, sia dagli indici "materiali" che tradizionalmente definiscono il possesso.

necessario compiere la *mancipatio* e la *iure cessio*. Vedi PETRONE P. "Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata" in op. cit., nota 10 pag. 1062; la *mancipatio* e la *iure cessio* erano contratti consensuali con cui una parte, venditore, si impegnava a far avere all'altra, compratore il pacifico godimento di una cosa verso il pagamento di un corrispettivo. Vedi ALBERGO M. "Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela" in *Vita Not.*, 1998, 3, pag. 1427;

⁴⁹ La dottrina tedesca ha espresso opinione propensa all'ammissibilità della vendita del possesso perché nel diritto tedesco la compravendita ha unicamente effetti obbligatori per i contraenti. Lo strumento per trasferire o costituire diritti reali è un <<accordo>> distinto dal contratto e che si profila come reale ed astratto. Vedi PETRONE P. "Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata" in op. cit., nota 11, pag. 1062;

Sotto il profilo normativo si richiama il combinato disposto degli articolo 1470 e 1476 cod. civ. il quale, da un lato, configura la vendita in particolare sotto il profilo del suo probabile oggetto, (come vicenda traslativa di diritti) e, dall'altro lato, fa della consegna una specifica obbligazione del venditore.⁵⁰

La Cassazione in due sentenze⁵¹ ha negato l'ammissibilità della vendita del possesso sulla base di tre argomentazioni.

La prima è quella per cui il disposto dell'articolo 1470 del codice civile definisce oggetto del contratto di compravendita il trasferimento della proprietà o di un altro diritto sulla cosa verso il corrispettivo di un prezzo, con la conseguenza che detto contratto non può avere ad oggetto il trasferimento del possesso in quanto non è un diritto ma una

⁵⁰ ABBATE A. "Sulla validità del preliminare di vendita del possesso" in *I Contratti*, 1997, I, 51, pag. 473; <<Ma è soprattutto il combinato disposto degli artt. 1470 e 1476 c.c. a non lasciare spazio a considerazioni di diversa valenza. Invero, la prima norma, dimenticando momentaneamente la sua portata definitoria, viene ad assumere i caratteri di una norma di sbarramento che preclude ogni diverso modo d'intendere la vendita (in particolare sotto il profilo del probabile oggetto), mentre la seconda contribuisce a chiarire il carattere sinallagmatico del contratto *de quo*, il quale importa obbligazioni a carico di entrambe le parti. Fra quelle principali sussistenti a carico del venditore, si segnala la dazione o meglio il conferimento, trasferimento o la costituzione della titolarità di un diritto (e non quindi di un mero possesso)>> in PADULA L. "La <<vendita del possesso>> in op. cit. pag.839;

⁵¹ Cass. 27.09.1996 n. 8528 in *Corriere Giuridico*, 1997, 2 (con nota di Lamicelli "Circolazione dei beni gravati da usi civici e trasferibilità del possesso"), la quale trattava di un contratto preliminare che aveva ad oggetto la futura stipula di un contratto definitivo di trasferimento della sola situazione possessoria di occupatore di un terreno del quale non si poteva trasferire la proprietà in quanto gravato da uso civico; Cass. 12.11.1996 n. 9884 in *Corriere Giuridico*, 1997, 3 (con nota di S. Palmieri "Vendita di possesso: un istituto "apolide" in cerca di cittadinanza"), la quale trattava di un trasferimento della proprietà di un immobile nel quale i danti causa trasferivano per i 4/6 la proprietà ottenuta attraverso un legittimo titolo traslativo e per altri 2/6 ottenuta attraverso l'esercizio del possesso a titolo di proprietà senza peraltro aver ottenuto la sentenza dichiarativa dell'usucapione. Vedi *amplius* ALBERGO M. "Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela" in op. cit. pag. 1423;

mera situazione di fatto. Un contratto del genere sarebbe nullo per impossibilità dell'oggetto.⁵²

La seconda poggia invece sul fatto che un contratto avente ad oggetto il mero possesso non è capace di produrre l'effetto dell'accessione del possesso perché il possesso unibile, ai sensi dell'articolo 1146 cod. civ., secondo comma, è esclusivamente quello del precedente titolare del diritto trasferito. I principi che si ricavano dall'articolo 1146 del Codice Civile⁵³ relativi alla successione e accessione del possesso sono principi speciali valevoli solo nelle ipotesi previste espressamente dalla legge.

La terza, infine, è che l'esercizio del possesso per il numero di anni stabilito dalla legge non costituisce di per sé un diritto ma solo il presupposto per ottenere il riconoscimento del diritto di proprietà sulla cosa posseduta, mentre l'acquisto vero e proprio del diritto di proprietà per effetto dell'usucapione dev'essere prima accertato e dichiarato nei modi di legge.⁵⁴

Il problema di fondo quindi sta nella configurazione del possesso come situazione di fatto e non come diritto e, quindi, come tale non

⁵² L'assunto che ravvisa nell'oggetto della vendita una vicenda traslativa di diritti (e non di mero possesso) trova conferma in taluni casi di cosiddetta pseudo vendita tra i quali si ravvisa l'ipotesi del contratto preliminare ad effetti anticipati ove il passaggio anticipato del possesso non viene in via autonoma ma risulta collegato all'acquisizione del diritto di proprietà anche se l'effetto reale non è contestuale all'immissione del potere di fatto, essendo rimandato alla conclusione del definitivo in ABBATE A. *“Sulla validità del preliminare di vendita del possesso”* in op. cit. pag. 472 s.; Equivoca era la formula dell'articolo 1147 del codice del 1865 che enunciava <<la vendita è il contratto con cui uno si obbliga a dare una cosa e l'altro a pagarne il prezzo>> in PETRONE P. *“Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata”* in op. cit. pag. 1068;

⁵³ L'articolo 1146 del codice civile dispone <<Il possesso continua nell'erede con effetto dall'apertura della successione. Il successore a titolo particolare può unire al proprio possesso quello del suo autore per goderne gli effetti>>;

⁵⁴ ALBERGO M. *“Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela”* in op. cit. pag. 1423 ss;

suscettibile di autonoma cessione. Sarebbe necessario inserirsi nell'annosa disputa sulla natura giuridica del possesso: diritto o situazione di fatto?

Alcuni hanno ritenuto il possesso un diritto soggettivo altri un diritto affievolito⁵⁵ ma è opinione prevalente che il possesso è una situazione di fatto.⁵⁶ Ciò è confermato, oltre che dall'esistenza di una propria tutela, anche dallo stesso articolo 1140 del codice civile quando lo definisce come <<un'attività>> corrispondente all'esercizio di un diritto: la circostanza che <<corrisponda>> ad un diritto vuol dire che diritto non è.⁵⁷

L'assunto che ravvisa nell'oggetto della vendita una vicenda traslativa di diritti (e non di mero possesso) trova conferma in alcuni casi di pseudo vendita quali la vendita di cosa già spettante al compratore (per esempio vendita compiuta dal ladro al compratore), la vendita di cosa altrui e la vendita con riserva della proprietà dove, pur avendosi in entrambi i casi un passaggio del possesso anticipato rispetto a quello della proprietà, non si ha vendita del possesso perché il contratto fa pur sempre riferimento al trasferimento del diritto. Tra le pseudo-vendite l'autore vi fa rientrare anche il contratto preliminare

⁵⁵ Relativamente alla natura del possesso come diritto soggettivo si ritiene che esso nasce come rapporto di fatto ma si converte come rapporto di diritto per effetto del passaggio dall'apprensione o dalla consegna alla produzione di effetti giuridici. Il possesso inoltre presuppone la capacità di agire di chi apprende il bene e chi lo trasferisce. A favore di tale teoria soccorrerebbe anche la tutela prevista per il possessore. Relativamente alla natura del possesso come diritto affievolito si ritiene il possessore <<quasi>> come un titolare. Tale titolarità sarebbe sottoposta a condizione risolutiva della rivendica da parte del proprietario del diritto di proprietà. Vedi i riferimenti dottrinali in PETRONE P. "Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata" in op. cit. pag. 1064;

⁵⁶ PETRONE P. "Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata" in op. cit. pag. 1064 s.;

⁵⁷ PETRONE P. "Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata" in op. cit. pag. 1066 s;

ad effetti anticipati dove il passaggio anticipato del possesso non avviene in via autonoma ma risulta collegato all'acquisizione del diritto della proprietà.⁵⁸

Un orientamento dottrinale ha ritenuto più esatto qualificare la cosiddetta vendita del possesso come concessione in precario o operazione lesiva del diritto del proprietario.⁵⁹ Pur essendo il possesso una situazione reversibile su richiesta del proprietario, la sua alienazione non garantirebbe una sufficiente tutela dell'acquirente restando esposto alle probabili altrui ingerenze, giuridiche e non, sulla cosa. Il proprietario, dopo aver eventualmente consentito ad altri di possedere, potrebbe in ogni momento porre fine a tale situazione esercitando un diritto potestativo a lui spettante per non parlare poi dell'aggiunta di giudizi di accertamento della proprietà continui.⁶⁰

Si può affermare che non esiste una preclusione assoluta ad ammettere la "vendita del possesso".⁶¹ Non esiste, infatti, nel nostro

⁵⁸ ABBATE A. "Sulla validità del preliminare di vendita del possesso" in op. cit., pag. 473;

⁵⁹ <<E' soprattutto il combinato disposto degli articoli 1470 e 1476 c.c. a non lasciare spazio a considerazioni di diversa valenza. Invero, la prima norma, dimenticando momentaneamente la sua portata definitoria, viene ad assumere i caratteri di norma di sbarramento che preclude ogni diverso modo di intendere la vendita (in particolare sotto il profilo del suo possibile oggetto), mentre la seconda contribuisce a chiarire il carattere sinallagmatico del contratto *de quo*, il quale cioè importa obbligazioni a carico di entrambe le parti. Fra quelle principali sussistenti a carico del venditore, si segnala la dazione o meglio il conferimento, trasferimento o costituzione della titolarità di un diritto (e non quindi di un mero possesso)>> vedi anche per i riferimenti dottrinali PADULA L. "La <<vendita del possesso>>" in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, pag. 839;

⁶⁰ Vedi anche MONTEL A. "La disciplina del possesso nel codice civile italiano", op. cit. <<non essendo l'acquisto del possesso un negozio, ma un semplice atto giuridico, non occorre in chi acquista la capacità negoziale, bastando invece all'uopo la c.d. capacità naturale, cioè la capacità di intendere e di volere>> pag. 45;

⁶¹ <<La vendita nel diritto romano si poneva come un contratto consensuale con cui una parte, venditore, si impegnava a far avere all'altra, compratore, il pacifico godimento di una cosa verso il pagamento del corrispettivo. Affinché il contratto potesse considerarsi perfezionato era necessario il passaggio del possesso della cosa compravenduta dall'alienate all'acquirente il quale ne conseguiva così il pacifico godimento. Il

ordinamento una norma che nega o vieta tale istituto espressamente.⁶² Ciò sarebbe confermato da una serie di norme quali gli articoli 1146, 1153, 1141 e 1159 del codice civile. L'articolo 1146 del codice civile è vero che disciplina il trasferimento del possesso nella successione a titolo universale e particolare *mortis causa* ma tace in ordine ai trasferimenti *inter vivos*. A questo punto vengono a soccorrere altre norme. L'articolo 1153 del codice civile sancisce il principio del possesso vale titolo per i beni mobili e richiede quali requisiti la buona fede al momento della consegna e la sussistenza di un titolo idoneo al trasferimento della proprietà. Ammettendosi così limitatamente ai beni mobili il trasferimento del mero possesso.⁶³ Se ciò è vero ci si chiede: e i beni immobili? L'autore afferma che esaminando l'opposizione del detentore è chiaro che essa consiste in un cambiamento dell'*animus* da parte del soggetto che a un certo punto non si considera più detentore ma possessore. L'autore a questo punto si chiede: questa opposizione da parte del detentore verso il possessore che fa mutare il suo *animus* in *animus possidenti* può essere un atto con cui il detentore trasferisce

trasferimento della proprietà della cosa non costituiva un elemento essenziale del contratto né formava oggetto dell'obbligazione del venditore in quanto circoscritta alla consegna e alla garanzia del pacifico godimento di quanto alienato. Fino a Costantino, infatti, tale trasferimento presuppone un apposito e separato atto il cui compimento del quale non era indispensabile>> in PADULA L. "La <<vendita del possesso>>" in op. cit. pag. 834 ss; <<La dottrina germanica è rimasta profondamente influenzata ed affascinata dall'esperienza romanistica. Nel diritto tedesco, infatti, il contratto di compravendita si pone tutt'oggi come un contratto di scambio tra le prestazioni di consegna della cosa da parte del venditore e pagamento del prezzo da parte del compratore. Ritenendosi che qualora l'obbligo del venditore di procurare la proprietà non sussiste o viene meno con conseguente sola esistenza dell'obbligo di consegnare la cosa si potrà parlare in tal caso di vendita o trasferimento o concessione del possesso>> ID op. cit. pag. 835 s;

⁶² ALBERGO M. "Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela" in op. cit., pag. 1428;

⁶³ <<ma è innegabile che è la consegna del bene mobile cioè il trasferimento del possesso in sé e per sé che poi ingenera il trasferimento della proprietà>> in ALBERGO M. "Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela" in op. cit. pag. 1428 s;

il possesso?⁶⁴ La norma che si ritiene fondamentale in risposta è contenuta nell'articolo 1159 cod. civ.,⁶⁵ la cosiddetta <<usucapione decennale>>. La norma pone tra i requisiti la sussistenza di un atto trascritto e gli atti che possono essere trascritti sono solo gli atti pubblici e le scritture private autenticate. Tale atto non può trasferire la proprietà perché il venditore non è proprietario e se così non fosse non sarebbe necessario il decorso del termine di dieci anni. Interpretando quindi il suddetto articolo in questo modo si giustificerebbe l'ammissibilità della vendita del possesso.⁶⁶

L'atto che alieni il mero possesso non è una compravendita ma è pur sempre un contratto atipico. Il riconoscimento di un contratto atipico difatti discende dall'articolo 1322 del codice civile, fondamentale nel nostro diritto privato,⁶⁷ in base al quale di fronte ad un contratto di alienazione del possesso, come di fronte a qualsiasi contratto atipico, si deve operare un giudizio di liceità e un giudizio di meritevolezza i quali presuppongono che il contratto non sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.⁶⁸

⁶⁴ <<ad esempio il locatario che ad un certo punto inizia a fare opere di straordinaria manutenzione o di modifica sull'immobile oggetto della locazione e quindi si pone non più come detentore ma come possessore>> in ALBERGO M. "Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela" in op. cit. pag. 1430;

⁶⁵ L'art. 1159 del codice civile sancisce <<Colui che acquista in buona fede da chi non è proprietario dell'immobile, in forza di un titolo che sia idoneo a trasferire la proprietà e che sia stato debitamente trascritto, ne compie l'usucapione in suo favore con il decorso di dieci anni dalla data di trascrizione. La stessa disposizione si applica nel caso di acquisto degli altri diritti reali di godimento sopra un immobile>>

⁶⁶ ALBERGO M. "Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela" in op. cit. pag. 1428 ss;

⁶⁷ ALBERGO M. "Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela" in op. cit. <<L'art. 1322 c.c., norma fondamentale del nostro diritto privato, concede piena cittadinanza ai contratti c.d. atipici purché siano leciti e diretti a produrre interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico>> pag. 1432;

⁶⁸ ALBERGO M. "Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela" in op. cit., pag. 1432; TROISI B. – CICERO C. "I possessi" in *Trattato di diritto civile del*

Qualche autore ha ritenuto che la vendita di possesso sarebbe un contratto contrario all'ordine pubblico in quanto determinerebbe un varco pericoloso e non consentito dal nostro sistema dal principio del numero chiuso dei diritti reali.

A ciò si obietta che istituti come il possesso, usucapione, prescrizione e decadenza sono istituti nati nel divenire giuridico proprio a salvaguardia della pace sociale e dell'ordine pubblico. Se il legislatore ha inteso che il possesso, avente determinati requisiti e prolungato per un incerto periodo di tempo, produca effetti giuridici rilevanti rispetto alla proprietà è posto proprio alla tutela dell'ordine pubblico.⁶⁹

Dal punto di vista tecnico giuridico anche il proprietario non verrebbe minimamente intaccato nella sua sfera giuridico-patrimoniale da un contratto siffatto; infatti, può esercitare tutte quelle azioni a tutela della proprietà in qualunque momento indipendentemente da chi sia possessore della sua cosa.⁷⁰

L'obiezione più ricorrente è quella che un contratto di alienazione del possesso intaccherebbe interessi giuridici della collettività dei consociati in quanto andrebbe ad incidere in una

consiglio nazionale del notariato diretto da P Perlingieri, Napoli, 2005, pag. 260, è un contratto causale e lo scopo pratico perseguito dalle parti, meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, è <<l'immissione del terzo nel possesso del bene>>. Può essere oneroso, gratuito o anche neutro.<<L'investitura in ordine al possesso è effetto che non soltanto si produce tra le parti, ma che rileva anche <<all'esterno>> nei confronti dei terzi, nel senso che i terzi hanno il dovere di astenersi dal compiere atti che possano impedire o, comunque, turbare l'attività del (nuovo) possessore>>. La natura negoziale del contratto di immissione del possesso comporta la necessaria presenza di tutti gli elementi e requisiti del contratto la cui mancanza determinerà l'applicazione di dei relativi rimedi contrattuali.

⁶⁹ ALBERGO M. "Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela" in op. cit. pag. 1432;

⁷⁰ ALBERGO M. "Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela" in op. cit. pag. 1433;

materia come quella dei limiti della proprietà nella quale vige essenzialmente un principio di specialità e tipicità.

Si deve ritenere però che figure nuove come la multiproprietà, cessione di cubatura eccetera hanno posto in seria crisi il principio di tipicità e sono istituti nati nel divenire giuridico che non vanno a limitare i diritti della collettività ma ad ampliarli. Istituti come l'alienazione del possesso quindi arricchirebbero gli interessi della collettività ponendosi così concretamente nella previsione costituzionale secondo il quale il diritto di proprietà può essere limitato quando esigenze pubbliche o collettive lo richiedono. D'altra parte, infine, non esiste nel nostro codice civile una norma positiva che sancisce espressamente il principio del *numerus clausus* dei diritti reali.⁷¹

⁷¹ ALBERGO M. "Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela" in op. cit. pag. 1432 ss;

CAP. 4) TUTELA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE E TRASCRIZIONE

Sommario: Par. 1) Considerazioni generali; Par. 2.1) Tutela del promissario acquirente:tutela contrattuale; Par. 2.2) Tutela del promissario acquirente: tutela possessoria; Par 3) Trascrizione

Par. 1) Considerazioni generali

Il promissario acquirente si trova in una situazione particolare dovuta alla sua posizione di <<passaggio>> che, da un lato, non coincide con quella propria dell'acquirente e, dall'altro lato, è proiettata verso tale evoluzione tanto da porre l'esigenza di un'interpretazione estensiva.^{1 2}

Il contratto preliminare ad effetti anticipati consente al promissario acquirente di controllare la conformità del bene rispetto

¹ TOSCHI VESPASIANI F. "La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>" in op. cit. pag.194;

² Per coloro che qualificano il contratto preliminare ad effetti anticipati come un contratto definitivo ad efficacia differita l'inadempimento dell'obbligo di ripetere comporta l'inapplicabilità dell'articolo 2932 del codice civile. La sentenza costitutiva non si esaurisce nell'accertamento dell'obbligo di taluno di dichiarare ma si pone come fonte da cui si svolgono gli effetti che si sarebbero prodotti in conseguenza della dichiarazione e presuppone che il negozio non concluso dalle parti sia destinato a produrre effetti giuridici. L'obbligo di ripetere, invece, è dovere di compiere un fatto che è idoneo in sé a svolgere effetti giuridici; esso si pone, piuttosto, accanto al negozio ripetuto, come concausa per la produzione di determinati effetti rimasti sospesi fino al suo sopraggiungere. Nel fenomeno della ripetizione, pertanto, la sentenza non può risolversi che nell'accertamento dell'obbligo di dichiarare. Vedi PROTO M. "Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata" op. cit., pag. 1900;

alle previsioni negoziali: non è raro, infatti, che, dopo la stipulazione del compromesso, l'acquirente riscontri nell'immobile in vendita vizi o difetti materiali, garanzie reali o vincoli di espropriabilità derivanti da sequestro o pignoramento o, ancora, pesi o vincoli limitativi del libero godimento sorti in epoca successiva alla conclusione del preliminare o già esistenti ma taciuti dal promittente venditore. In tali casi il promissario acquirente potrà rivolgersi al giudice, richiedendo la risoluzione del preliminare ed il risarcimento dei danni subiti.³ Può accadere che il promittente venditore di un immobile dichiara, ad esempio, che il bene promesso è gravato da ipoteca (che si impegna a cancellare al momento del rogito) e libero da altri pesi, ma risulta che lo stesso è sottoposto ad esecuzione, con pignoramento trascritto in data anteriore al preliminare. Il promissario acquirente, potrà certamente richiedere al giudice la risoluzione del contratto per grave inadempimento.⁴

L'attenzione della Cassazione nel corso degli anni si è rivolta, più che all'elaborazione di una compiuta ricostruzione del fenomeno, all'individuazione nei singoli casi dei rimedi concessi al promittente acquirente, alla possibilità di sperimentare, contestualmente all'azione prevista dall'articolo 2932 del codice civile, anche quella di riduzione del prezzo per vizi e difformità della cosa venduta.⁵ Questioni sorgono

³ BORDOLLI G. "Inadempimento del contratto preliminare di vendita immobiliare e rimedi a favore del promissario acquirente: il problema dell'azione di esatto adempimento" in www.dirittonotarile.it/Dottrina.asp?ID=15;

⁴ Cass. civ. 12.03.2002, n. 3565 tratto da BORDOLLI G. "Inadempimento del contratto preliminare di vendita immobiliare e rimedi a favore del promissario acquirente: il problema dell'azione di esatto adempimento" in www.dirittonotarile.it/Dottrina.asp?ID=15;

⁵ PROTO M. "Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata" op. cit., pag. 1896; Vedi anche GABRIELLI E. "Il <<preliminare ad

laddove si tratti di indicare se e quali rimedi, una volta esclusa l'applicabilità degli articoli 1490 e seguenti del codice civile, siano offerti al promittente acquirente per l'ipotesi in cui la cosa promessa in vendita risulti viziata, gravata da oneri o comunque difforme da quanto pattuito.

Non bisogna dimenticare, infine, che in tema di contratto preliminare di immobili da costruire il D.lgs. 20 giugno 2005 n. 122 prevede, all'art. 2, l'obbligo per il promettente alienante, a pena di nullità del contratto, che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, di procurare il rilascio di una fideiussione bancaria di importo corrispondente al valore delle somme e di ogni altro corrispettivo che il costruttore ha riscosso e che deve ancora riscuotere prima del trasferimento dell'immobile nonché l'obbligo di stipula di un contratto di assicurazione decennale da consegnare con il trasferimento dell'immobile stesso.⁶

effetti anticipati>> e la tutela del promissario acquirente” in *Riv. Dir. comm.* 1986, II pag. 315;

⁶ <<L'obbligazione garantita dal fideiussore non riguarda, dunque, la regolare esecuzione del contratto ma unicamente la restituzione degli acconti ricevuti; restituzione che presuppone ovviamente lo scioglimento del contratto. La norma, infatti, assegna al verificarsi della situazione di crisi il valore di causa giustificatrice di una facoltà di recesso attribuita all'acquirente, il cui esercizio determina appunto lo scioglimento del contratto con conseguente obbligo, per il costruttore, di restituire gli acconti che abbia ricevuto>> in CASARANO, BALDI e TIMPANO “*Immobili da costruire: le novità del D.lgs. 122/05*” in www.cna.it/costruzioni/DLGS122_05.pdf;

Par. 2.1) Tutela del promissario acquirente: tutela contrattuale;

La giurisprudenza⁷ per molto tempo si è indirizzata nel senso meno favorevole al promissario acquirente giungendo a negare al medesimo, in presenza di vizi del bene o sue difformità rispetto a quanto promesso nel contratto, la tutela assicurata all'acquirente nel contratto definitivo di vendita (la garanzia per vizi). La suddetta tutela, prevista solo a favore dell'acquirente, presuppone l'avvenuto trasferimento della proprietà e non è possibile ottenere una correzione del contenuto del contratto preliminare (ai fini della riduzione del prezzo) alla luce del principio di intangibilità del contenuto del medesimo da parte del giudice adito per la sua esecuzione in forma specifica.⁸ Si è quindi sostenuto che al promittente l'acquisto fosse possibile solo con la risoluzione giudiziale del contratto o l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.⁹

Una più ampia tutela al promissario acquirente inizia a delinearsi quando la Cassazione stabilisce che la presenza di vizi della cosa consegnata abilita il promissario a chiedere alternativamente alla risoluzione del preliminare per inadempimento del promittente, la

⁷ Per i riferimenti giurisprudenziali vedi TOSCHI VESPASIANI F. *“La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>”* in op. cit., note 38 e 39, pag. 194;

⁸ TOSCHI VESPASIANI F. *“La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>”* in op. cit. pag. 194; CENNI D. *“Il contratto preliminare ad effetti anticipati”* in op. cit. vedi anche la nota n. 47 la quale dice: <<Tale principio, che costituisce il principale corollario della concezione che attribuisce carattere costitutivo alla pronuncia giudiziale produttiva degli effetti del contratto non concluso, impone al giudice di non sostituire la propria volontà a quella manifestata dai contraenti nel contratto preliminare>> pag. 1128 s.;

⁹ TOSCHI VESPASIANI F. *“La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>”* in op. cit. pag. 194; CENNI D. *“Il contratto preliminare ad effetti anticipati”* in op. cit. pag. 1128;

condanna di quest'ultimo ad eliminare a proprie spese i vizi della cosa.¹⁰

Fino agli anni settanta, alcune sentenze segnarono un'apertura a favore del promissario acquirente, ritenendo che fosse esperibile, in rapporto al preliminare ad <<effetti anticipati>>, sia l'azione di esatto adempimento sia la condanna all'eliminazione delle difformità oppure la riduzione del prezzo fissato nel preliminare.¹¹

Non sempre però la Cassazione a Sezioni Unite intervenne in modo univoco. Un orientamento giurisprudenziale ha ritenuto che qualora l'immobile promesso in vendita manifesti o venga realizzato con vizi e difformità (non tali da renderlo oggettivamente diverso per struttura e/o funzione ma da incidere sul suo valore o su secondarie modalità di godimento) il promissario acquirente, a fronte dell'inadempimento del promittente venditore, oltre all'alternativa della risoluzione del contratto o dell'accettazione senza riserve della cosa viziata o difforme, potrà esperire l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, a norma dell'articolo 2932 cod. civ., contestualmente e cumulativamente alla riduzione del prezzo.¹² Parte della giurisprudenza, affermando l'impossibilità di

¹⁰ GABRIELLI E. "Il <<preliminare ad effetti anticipati>> e la tutela del promissario acquirente", op. cit., pag. 318;

¹¹ TOSCHI VESPASIANI F. "La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>" in op. cit. <<ciò perché, in realtà, nessuna norma impone che la sentenza ex art. 2932 debba ripetere pedissequamente il contenuto del contratto preliminare, ma anzi, il comma 2 di questo articolo prevede che chi agisce per ottenere l'esecuzione in forma specifica, deve ben offrire la prestazione, ma non fissa la misura di questa, con la conseguenza che nulla vieta al giudice (pur non potendo sostituire le proprie determinazioni alla volontà delle parti), in via accessoria rispetto alla pronuncia sostitutiva del mancato consenso, di adeguare all'occorrenza l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni>>pag. 194 s.;

¹² TOSCHI VESPASIANI F. "La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>" in op. cit. <<... tenuto conto che il particolare rimedio offerto

applicare le norme sulla garanzia per evizione e l'influenza del *principio di intangibilità del preliminare*, ha sostenuto che se il bene promesso in vendita presenti vizi giuridicamente rilevanti, al promissario acquirente, oltre l'azione per il risarcimento dei danni, spetterebbe l'azione di risoluzione del contratto oppure l'azione per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto negando in termini assolutistici di chiedere sia la riduzione del prezzo sia la condanna della controparte all'eliminazione dei vizi.¹³

Un indirizzo dottrinale, coerente alla corrente giurisprudenziale di cui sopra, ha sostenuto che le azioni che spettano al promissario acquirente non si identificano con quelle speciali previste in tema di garanzia per vizi nel contratto di vendita (con conseguente inapplicabilità dei termini di brevi di decadenza e di prescrizione ex art. 1495 cod. civ.) perché presuppongono l'acquisto della proprietà del bene: il fondamento della tutela viene, infatti, individuato nei principi generali in materia di inadempimento delle obbligazioni nei contratti a prestazioni corrispettive, in quanto, il preliminare costituisce la fonte diretta <<dei diritti e degli obblighi contrattuali delle parti>> ed esige che il bene oggetto del contratto sia trasferito in conformità alle previsioni e senza vizi.¹⁴

dall'art. 2932 cod. civ. non esaurisce la tutela del promissario acquirente, secondo i principi generali dei contratti a prestazioni corrispettive>> pag. 195;

¹³ CAVICCHI D. "La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna" in op. cit. <<il giudice che, in sede di pronuncia della sentenza che tiene luogo al contratto non concluso, disponesse la riduzione del prezzo, intaccherebbe un elemento essenziale del regolamento negoziale; si verificherebbe così un'illegittima sostituzione del giudice a quella manifestata dai contraenti nel preliminare>> pag. 1004;

¹⁴ CAVICCHI D. "La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna" in op. cit. pag. 1005;

Una svolta si ha con una sentenza della Cassazione,¹⁵ a sezioni unite, la quale riconosce che in presenza di vizi giuridicamente rilevanti si realizza una violazione dell'impegno traslativo che legittima l'applicazione a favore del promissario acquirente, dei rimedi di carattere generale tra cui l'azione di riduzione.¹⁶ Tale rimedio sarebbe compatibile con quello ex art 2932 del codice civile perché la pronuncia del giudice costituisce un legittimo intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni per assicurare l'interesse del promissario alla conservazione degli impegni assunti con il limite però dell'*aliud pro alio datum*.¹⁷

La tesi oggi prevalente consente al promissario acquirente di esperire le azioni di riduzione del prezzo e quelle per l'eliminazione dei vizi disgiuntamente da quella dell'art. 2932 del codice civile.^{18 19}

¹⁵ Cass., SS.UU., 27.2.1985 n. 1720 in *Giust. Civ.* 1985, I, pag. 1630;

¹⁶ <<L'azione di riduzione del prezzo, configura un legittimo intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni, rivolto ad assicurare che l'interesse del promissario alla sostanziale conservazione degli impegni assunti non sia eluso da fatti ascrivibili al promittente. Infatti, se si consentisse al promittente un illimitato potere di modificare ad arbitrio la propria prestazione reale, ferma restando quella formale di prestare il proprio consenso alla stipula del definitivo, si otterrebbe il risultato di dare a quest'ultimo contratto un contenuto sostanzialmente diverso dal preliminare. La riduzione del prezzo, a fronte di un bene viziato o difforme, invece, può essere uno strumento per riequilibrare i termini dello scambio e per far sì che la volontà espressa dai contraenti nel preliminare sia fedelmente riprodotta, negli stessi termini qualitativi e quantitativi, al momento della stipula del definitivo>> in BORDOLLI G. "*Inadempimento del contratto preliminare di vendita immobiliare e rimedi a favore del promissario acquirente: il problema dell'azione di esatto adempimento*" in www.dirittonotarile.it/Dottrina.asp?ID=15;

¹⁷ CAVICCHI D. "*La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*" in op. cit. <<il condivisibile principio per cui la sentenza ex art. 2932 non possa trasferire un bene diverso da quello promesso in vendita, comporta che il rimedio in forma specifica non possa trovare applicazione solo nelle ipotesi in cui "la difformità sia di tale portata da incidere sulla struttura e funzione del bene, sulla possibilità di destinarlo all'uso pattuito". Ne scaturisce la regola per cui il promissario acquirente, nelle ipotesi in cui il bene promesso in vendita presenti vizi giuridicamente rilevanti, abbia o meno ricevuto in consegna il bene stesso, può esperire cumulativamente con l'azione ex art. 2932 c.c., quella di riduzione del prezzo.>> pag. 1004 s.;

¹⁸ CAVICCHI D. "*La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*" in op. cit. <<se il bene promesso in vendita presenta dei vizi il promissario

Controversa è stata la possibilità di esercitare l'azione di esatto adempimento. Chi nega la sua esperibilità la considera un rimedio estraneo alla garanzia per vizi e non congeniale alla struttura e alla natura del contratto di compravendita e del correlativo contratto preliminare. Il suo riconoscimento si scontrerebbe con la disciplina normativa e la posizione del promissario acquirente sarebbe già sufficientemente tutelata dalla risoluzione del contratto o alternativamente dalla riduzione del prezzo.²⁰

Si obietta, però, che l'azione di esatto adempimento è un rimedio di carattere generale, previsto per i contratti a prestazioni corrispettive a salvaguardia dell'equilibrio delle prestazioni e va ricondotta alla violazione dell'impegno traslativo assunto dal promittente venditore col preliminare che, di per sé, esige che l'immobile promesso sia trasferito in conformità delle previsioni e senza vizi.²¹

acquirente potrà alternativamente esperire l'azione di risoluzione del contratto oppure l'azione di esecuzione in forma specifica ex art 2932 del codice civile oppure cumulativamente o disgiuntamente dall'azione ex art. 2932 cod. civ. l'azione di riduzione del prezzo o di eliminazione dei vizi>>. pag. 1005;

¹⁹ Per esperire l'azione di cui all'art. 2932, occorre non solo la scadenza del termine per la stipula del contratto definitivo di vendita ed il rifiuto del promittente venditore a presentarsi dal notaio, ma anche la sussistenza di alcuni presupposti. Infatti il rimedio in questione è utilizzabile solo se non è escluso dal titolo (ad. es. una clausola del preliminare potrebbe prevedere una penale a carico dell'inadempiente, con espressa esclusione del meccanismo previsto dall'art.2932) e non vi sono ragioni di impossibilità di fatto (ad esempio il crollo dell'immobile) o di diritto (ad es. alienazione del bene a terzi) in BORDOLLI G. "*Inadempimento del contratto preliminare di vendita immobiliare e rimedi a favore del promissario acquirente: il problema dell'azione di esatto adempimento*" in www.dirittonotarile.it/Dottrina.asp?ID=15;

²⁰ Vedi per i riferimenti giurisprudenziali BORDOLLI G. "*Inadempimento del contratto preliminare di vendita immobiliare e rimedi a favore del promissario acquirente: il problema dell'azione di esatto adempimento*" in www.dirittonotarile.it/Dottrina.asp?ID=15;

²¹ BORDOLLI G. "*Inadempimento del contratto preliminare di vendita immobiliare e rimedi a favore del promissario acquirente: il problema dell'azione di esatto adempimento*" in www.dirittonotarile.it/Dottrina.asp?ID=15;

Non sono mancate pronunce in cui la corte ha fatto riferimento alla clausola generale di buona fede²² nell'esecuzione del contratto, che impone ai contraenti di tenere tutte quelle condotte che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, siano idonei a preservare l'interesse della controparte senza causare apprezzabili sacrifici.²³

In conclusione, si può affermare che, di fronte all'inesatto adempimento del promittente venditore, il promissario acquirente potrà esperire sia l'azione di esatto adempimento, con la condanna del promittente all'eliminazione dei vizi e delle difformità presenti del bene, sia l'azione di riduzione del prezzo contemporaneamente all'esecuzione specifica del preliminare.²⁴

Senza necessità di adire le vie legali, in alternativa, si può provocare la risoluzione ricorrendo alla diffida ad adempiere (risultato che si può perseguire anche se è prevista nel preliminare una clausola risolutiva espressa o un termine essenziale per l'adempimento).²⁵ Se,

²² Si distingue buona fede oggettiva e buona fede soggettiva: la prima, ex art. 1175 del codice civile, si specifica negli obblighi di lealtà e della salvaguardia e la seconda quale ignoranza di ledere l'altrui diritto. In BIANCA M. *"L'obbligazione"*, Milano, 1993, pag. 87;

²³ TOSCHI VESPASIANI F. *"La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>"* in op. cit. <<Il riferimento alla buona fede, molto utilizzato anche dalla giurisprudenza recente, vista la sua ampiezza e duttilità, potrebbe allargare ancora di più la breccia nel muro ancora non completamente demolito del principio d'intangibilità del preliminare (anche in riferimento a prestazioni o comportamenti non dedotti ad oggetto di specifiche obbligazioni, ma idonei a consentire la piena e corretta esecuzione del contratto) e quindi anche per riequilibrare il sinallagma, mediante interventi integrativo/correttivi del contenuto del contratto.>> pag. 196;

²⁴ GABRIELLI E. *"Il <<preliminare ad effetti anticipati>> e la tutela del promissario acquirente"*, op. cit., p. 319; contro DI MAJO A. *"La tutela del promissario - acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico"* in op. cit. <<Le ragioni dell'esclusione (riferito alla condanna del promittente a eliminare i vizi o difformità) trovano giustificazione in una disciplina dei vizi o difformità delle cose che appare estranea per ragioni storiche al fenomeno dell'inadempimento.>> pag. 1639;

²⁵ BORDOLLI G. *"Inadempimento del contratto preliminare di vendita immobiliare e rimedi a favore del promissario acquirente: il problema dell'azione di esatto adempimento"* in www.dirittonotarile.it/Dottrina.asp?ID=15;

poi, il promittente venditore, pur sapendo dell'esistenza di vizi nell'immobile promesso in vendita, pretende ugualmente il pagamento della quota di prezzo previsto prima del definitivo, il promissario acquirente potrà avvalersi anche dell'eccezione di inadempimento di cui all'art.1460 c.c. che gli consente di opporre un legittimo rifiuto alle richieste della controparte.²⁶

Par. 2.2) Tutela del promissario acquirente: tutela possessoria

Un'ultima questione, non per questo di minore rilevanza, è quella relativa all'ammissibilità di una tutela possessoria del promissario acquirente, immesso nel godimento anticipato del bene oggetto della futura vendita. Di fronte a molestie o turbative del possesso provenienti da terzi il promissario acquirente è legittimato ad esercitare l'azione di manutenzione²⁷ ex art. 1170 del codice civile per ottenerne la cessazione? La soluzione si pone in base alla natura giuridica che si vuole attribuire alla posizione del promissario acquirente. Di fatto la sua qualificazione come detenzione²⁸ comporterà che la tutela a lui riconosciuta dall'ordinamento dovrà

²⁶ BORDOLLI G. *“Inadempimento del contratto preliminare di vendita immobiliare e rimedi a favore del promissario acquirente: il problema dell'azione di esatto adempimento”* in www.dirittonotarile.it/Dottrina.asp?ID=15;

²⁷ L'azione di manutenzione riguarda solo i beni immobili e le universalità di mobili e ha un duplice ambito di applicazione: spetta al possessore che sia stato molesto (impedito o ostacolato) nel possesso della cosa o che abbia subito turbative del possesso e al possessore che abbia subito uno spoglio non violento o clandestino. Vedi GALGANO F. *“Possesso”*, op. cit. pag. 9 s;

²⁸ CENNI D. *“Il contratto preliminare ad effetti anticipati”* in op. cit. pag. 1142;

reputarsi circoscritta alla sola azione di spoglio²⁹ ex art. 1168, comma secondo, del codice civile. In presenza di molestie o di spoglio, non definibile come violento o clandestino, il promissario acquirente dovrà pertanto rivolgersi al promittente venditore, al quale spetterà la qualifica di possessore, sia pure in via mediata, del bene oggetto del contratto.^{30 31}

La qualificazione del promissario acquirente come possessore comporterà, invece, la possibilità di godere delle azioni di manutenzione e nunciazione, il rimborso delle spese ordinarie e straordinarie e di quelle fatte per miglioramenti nonché, ultimo, ma non per la sua minore rilevanza, l'acquisto mediante usucapione.

²⁹ L'azione di reintegrazione o di spoglio spetta al possessore che sia stato violentemente o occultamente spossessato di una cosa mobile o immobile. Vedi GALGANO F. "Possesso", op. cit. pag. 9 s;

³⁰ CENNI D. "Il contratto preliminare ad effetti anticipati" in op. cit. pag. 1142;

³¹ PLAIA A. "Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente", Cedam, Padova, 2000 <<Ai fini di un'eventuale responsabilità per custodia (art. 2051 c.c.) rileva invece il dato sostanziale e non formale: in altre parole la responsabilità ricade sul soggetto che si trova in rapporto materiale con la cosa. Cosicché se è stato adempiuto l'obbligo accessorio di consegna anticipata del bene, responsabile è il promissario acquirente e non invece il promittente>> pag. 29;

Par 3) Trascrizione:³² considerazioni generali

La trascrizione è una forma di pubblicità³³ prevista nel nostro ordinamento e tassativa per gli atti di cui all'articolo 2643 del codice civile.

E' un procedimento formale di pubblicità dichiarativo³⁴ su base personale³⁵ (perché la trascrizione avviene con riferimento ai titolari

³² <<La trascrizione trae, come è noto, le sue origini dalle *coutumes de nantissement*, vigenti nel periodo prerivoluzionario nelle regioni corrispondenti all'attuale Francia settentrionale, al Belgio ed ai Paesi Bassi; i tratti fondamentali di tale sistema vennero, infatti, sostanzialmente recepiti dalla prima legge ipotecaria francese (*loi sur le régime hypothécaire*, dell'11 brumaio, anno VII). In tale contesto, la trascrizione aveva quale sua unica ed esclusiva finalità quella di risolvere il conflitto tra più acquirenti da un medesimo autore (art. 26); era un meccanismo largamente lacunoso, che aveva ad oggetto unicamente gli atti traslativi o costitutivi di diritti reali capaci di ipoteca, non conosceva il principio della continuità delle trascrizioni, non prevedeva la pubblicità degli acquisti a causa di morte, delle domande giudiziali, degli acquisti a titolo originario, delle divisioni, delle locazioni. La trascrizione – che consisteva nella “ricopiatura” dell'intero atto nei pubblici registri – era, inoltre, sempre facoltativa (la sua esecuzione era rimessa, cioè, all'iniziativa delle parti interessate), e non sanava in alcun caso i vizi dell'atto trascritto, e del titolo di acquisto dell'alienante (art. 28), limitandosi a renderlo conoscibile ai terzi “tale quale esso era”. Per tale motivo essa non richiedeva un titolo autentico per la sua attuazione (il negozio giuridico soggetto a trascrizione poteva essere contenuto in una semplice scrittura privata non autenticata), ed era onere del privato interessato esaminare il titolo al fine di verificarne validità ed efficacia>> in PETRELLI G. “*Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*” in <http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000428/> pag 693;

³³ GABRIELLI G. “*Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 C.C.*” in *Riv Not*, 2009, 2, <<la pubblicità legale assolve la funzione primaria di assicurare la conoscibilità di una serie di atti giuridici, da parte di chiunque vi abbia interesse, attraverso il semplice interpello di un sistema istituito e tenuto dalla pubblica amministrazione>> pag. 355;

³⁴ GABRIELLI G. “*Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 C.C.*” in op. cit., 2009, 2, <<tale regola non deroga a quella dell'art. 1376 c.c., sicché anche i diritti immobiliari “si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato” non avendo la trascrizione effetto costitutivo. Dalla norma dell'art. 2644, comma 1, c.c., risulta, invero, che l'effetto traslativo o costituito discende senz'altro dall'atto di per sé, se il disponente è legittimato, mentre la trascrizione vale soltanto a rendere stabile l'effetto stesso, così giustificandosi la collocazione della disciplina relativa nel libro della tutela dei diritti”>> pag. 357;

³⁵ Nel sistema germanico e nel Trentino Alto Adige si ha invece il cosiddetto sistema tavolare nel quale la trascrizione ha efficacia costitutiva e a base reale, difatti il trasferimento del diritto avviene solo con l'iscrizione nel pubblico registro e la

del diritto) e, allo stesso tempo, una *condictio iuris* della sua opponibilità,³⁶ non *erga omnes*, ma solo rispetto a coloro che avendo acquistato a titolo derivativo, non abbiano provveduto a trascrivere anteriormente, com'è confermato dall'articolo 2644 del codice civile.^{37 38}

Le relative norme, essendo dirette a favorire un ordinato svolgersi del traffico giuridico, rientrano nella categoria delle norme di ordine pubblico e in quanto tali sono inderogabili dai privati.³⁹

consultazione si fa non con riferimento ai titolari dei diritti sui beni ma ai beni in CERVELLI S. “*Trascrizione e ipoteca: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*”, Giuffrè editore, 2009, pag 8; vedi anche il R. D. 28 marzo 1929, n. 499, “*Disposizioni relative ai libri fondiari dei territori delle nuove province*”, che all'articolo 2, primo e secondo comma, dispone <<A modificazione di quanto è disposto dal Codice Civile Italiano, il diritto di proprietà e gli altri diritti reali sui beni immobili non si acquistano per atto tra vivi se non con la iscrizione del diritto nel libro fondiario. Parimenti non hanno effetto la modificazione o l'estinzione per atto tra vivi dei diritti suddetti senza la relativa iscrizione o cancellazione.>>

³⁶ L'inopponibilità è denominata anche inefficacia relativa <<ricorre appunto quando il contratto, efficace tra le parti, non può tuttavia essere opposto a determinati terzi>> CERVELLI S. “*Trascrizione e ipoteca: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*”, op. cit., pag 13;

³⁷ L'art. 2644 del codice civile dispone <<Gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo a terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi. Seguita la trascrizione, non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore>>;

³⁸ Si distingue pubblicità notizia (avente una funzione puramente informativa ad es. le pubblicazioni matrimoniali), pubblicità dichiarativa (che ha lo scopo di rendere opponibile ai terzi un fatto o un negozio giuridico, ad es. la trascrizione immobiliare), pubblicità costitutiva (quando è un requisito necessario per la creazione di un rapporto giuridico, ad es. il diritto di ipoteca), pubblicità di fatto (nei quali ha rilievo il semplice fatto della conoscenza che il terzo abbia avuto del negozio o del fatto giuridico per effetto della divulgazione avvenuta con mezzi diversi dall'inserzione nei pubblici servizi, ad es. la modifica ed estinzione della procura ex art. 1396) e, infine, la pubblicità sanante (permette di rendere inopponibile, a determinate condizioni, l'invalidità dell'atto stesso, ad es. l'art. 2652 n.6) in CERVELLI S. “*Trascrizione e ipoteca: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*”, op. cit., pag11;

³⁹ ANONIMO “*La natura, l'oggetto e i possibili effetti della trascrizione, in generale*” in www.giappichelli.it/stralcio/3488464.pdf pag. 9;

Essa nasce da un'esigenza civilistica di sicurezza dei traffici giuridici⁴⁰ permettendo così di risolvere quei conflitti tra più acquirenti nei confronti del medesimo dante causa e tra l'acquirente e i titolari di diritti gravanti sul bene medesimo. La priorità temporale della trascrizione, infatti, permetterà all'acquirente di poter prevalere sugli eventuali altri acquirenti che abbiano trascritto successivamente il loro acquisto e rispetto ai titolari di diritti gravanti sull'immobile che abbiano provveduto ad iscrizione in data successiva.

La trascrizione quindi rappresenta il *mezzo "ordinario" di soluzione dei conflitti della circolazione giuridica immobiliare* e l'emersione di un *interesse pubblico all'attuazione della trascrizione* giustifica l'obbligo posto a carico dei notai ed altri pubblici ufficiali, che l'art. 2671 c.c.⁴¹ istituisce con disposizione di carattere generale, non più fondata unicamente sull'interesse tributario.⁴²

Fondamentale nelle trascrizioni è il cosiddetto *principio della continuità delle trascrizioni*, previsto dall'articolo 2650 del codice civile, il quale prevede che quando l'atto anteriore di acquisto è

⁴⁰ PETRELLI G. "Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici" pubblici" in www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000428/ <<Se si raffronta la disciplina del codice italiano del 1942 con quella contenuta nella legge francese dell'11 brumaio, emerge ben visibile il notevole perfezionamento del meccanismo pubblicitario, la sua tendenza alla completezza, la maggiore idoneità dello stesso a tutelare, accanto ai soggetti concretamente interessati alla singola trascrizione, l'interesse generale della collettività alla sicurezza dei traffici immobiliari >> pag. 699;

⁴¹ L'art. 2671 del codice civile, primo comma, recita così <<Il notaio o altro pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto soggetto a trascrizione ha l'obbligo di curare che questa venga eseguita nel più breve tempo possibile, ed è tenuto al risarcimento dei danni in caso di ritardo, salva l'applicazione delle pene pecuniarie previste dalle leggi speciali, se lascia trascorrere trenta giorni dalla data dell'atto ricevuto o autenticato>>;

⁴² PETRELLI G. "Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici" in <http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000428/> pag. 700;

trascritto, le successive trascrizioni o iscrizioni producono effetti secondo il loro ordine rispettivo.⁴³

Dal sistema delle disposizioni relative alla trascrizione emergono poi una serie di finalità tra cui, in primo luogo l'estensione dell'interesse "pubblico" alla conoscibilità legale dello stato della proprietà immobiliare; in secondo luogo, la rilevanza di tutte le risultanze dei registri immobiliari, con particolare riguardo agli atti traslativi o costitutivi di diritti sugli immobili la cui trascrizione stessa ha luogo e, infine, l'esigenza di conseguire la tendenziale corrispondenza di quanto risultante dai registri immobiliari alla realtà giuridica sostanziale.⁴⁴

La trascrizione viene quindi ad assolvere una pluralità di funzioni eterogenee collegate tra loro per realizzare uno «*stato civile della proprietà immobiliare*», informato ai principi di legalità, completezza, verità e trasparenza.⁴⁵

⁴³ CERVELLI S. "Trascrizione e ipoteca: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi" in op. cit. <<Il principio della continuità delle trascrizioni rappresenta un'innovazione del codice del 1942 e risponde a quell'esigenza di politica legislativa, fondamento dell'istituto in esame, che impone la formazione di una specie di "Stato civile" della proprietà immobiliare. Se, in altri termini, le trascrizioni fossero saltuarie, se, cioè, vi fosse discontinuità delle trascrizioni, i terzi non sarebbero in grado di conoscere la "storia" degli acquisti, cioè i precedenti acquisti non trascritti>> pag. 15 s.;

⁴⁴ PETRELLI G. "Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici" in <http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000428/> << le risultanze dei registri non più e non solo – come avveniva ai primordi della relativa disciplina – al fine di dirimere i conflitti tra più acquirenti da un medesimo autore, ma anche, e forse soprattutto, quale fondamentale strumento di "governo" del "mercato immobiliare": non solo al fine di salvaguardare l'interesse generale all'ordinato svolgimento della circolazione giuridica immobiliare – così rispondendo ad una sempre maggiore "domanda di sicurezza giuridica" – ma anche, in misura viepiù intensa, per il soddisfacimento di numerosi e rilevanti interessi pubblici specifici.>> pag. 713;

⁴⁵ PETRELLI G. "Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici" in <http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000428/> <<Per limitarsi ai molteplici utilizzi della trascrizione ai fini della risoluzione di conflitti circolatori, possono segnalarsi – oltre all'art. 2644 c.c. – le norme riguardanti il conflitto tra promissario acquirente e aventi causa o creditori del promittente alienante (art. 2645-

*Par. 4) Trascrizione del contratto preliminare ad effetti anticipati*⁴⁶

Il D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, contenente disposizioni urgenti in materia finanziaria e contabile, a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997, convertito nella legge n. 30/97, all'art. 3 ha introdotto nel codice civile il nuovo art. 2645 bis (nonché gli artt. 2775 bis, 2780 n. 5-bis e 2825 bis), con il quale si prevede la trascrivibilità dei contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'art. 2643 c.c., se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione

bis, comma 2, c.c.); il conflitto tra soggetti interessati ad una destinazione patrimoniale ed i creditori del proprietario (art. 2645-ter c.c.; art. 2447-quinquies, comma 2, c.c.); il conflitto tra aventi causa o creditori di un convivente, ed aventi causa da altro convivente (artt. 1113 e 2646 c.c.); il conflitto tra mandante ed aventi causa o creditori dal mandatario senza rappresentanza (artt. 1706 e 1707 c.c.); il conflitto tra erede o legatario vero ed aventi causa dall'erede o legatario apparenti (artt. 534 e 2652 n. 7 c.c.); il conflitto tra creditori cessionari dei beni del debitore ed aventi causa o creditori di quest'ultimo (art. 2649 c.c.); il conflitto tra attore in giudizio ed aventi causa o creditori del convenuto (nelle fattispecie disciplinate dagli artt. 2652 e 2653 c.c.); il conflitto tra creditore pignorante (e creditori intervenuti nell'esecuzione) e aventi causa o altri creditori del debitore o esecutato (artt. 2913 e 2914 c.c.); il conflitto tra creditore sequestrante ed aventi causa o altri creditori del debitore (art. 2906 c.c.); il conflitto tra aggiudicatario nell'espropriazione forzata ed aventi causa o creditori del debitore o esecutato (art. 2919 c.c.). A parte, poi, le trascrizioni "speciali" di cui si è già fatto cenno nel testo e nelle precedenti note, si considerino, senza pretesa di esaustività, le trascrizioni con efficacia costitutiva (tra le quali quella ex art. 1159 c.c.), e quelle con efficacia di pubblicità notizia o con effetti "atipici" (trascrizione degli acquisti a titolo originario, dell'espropriazione per pubblica utilità, della fusione societaria, dei trasferimenti di immobili tra enti pubblici derivanti dalla legge, dell'accettazione di eredità con beneficio di inventario, ecc.)>> pag 729 s;

⁴⁶ RIZZI G. "La redazione del preliminare - Profili operativi", Studio n. 19-2007/C, in www.notariato.it/Notariato/StaticFiles/Studi_e_approfondimenti/19-07.pdf <<Il contratto preliminare è un contratto ad effetti obbligatori, come tale ha efficacia interna tra le parti e non è opponibile a terzi. Tale efficacia interna preclude quella tutela specifica (ad es. esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre) e generica che l'ordinamento riconosce alle parti contraenti>> <<la cd. "tutela generica" è intesa "come diritto delle parti di addivenire alla stipula dell'atto definitivo alle condizioni pattuite al momento in cui è stato raggiunto l'accordo per la vendita, a prescindere quindi da uno specifico inadempimento ad opera di una delle parti, può essere pregiudicata dall'efficacia puramente obbligatoria del contratto preliminare">>.

autenticata o accertata giudizialmente (così come previsto dall'art. 2657 c.c., nonché dall'art. 1351 c.c.) e ciò anche se sono sottoposti a condizione o se sono relativi ad immobili da costruire o in corso di costruzione. Pertanto, ai sensi della nuova disciplina, è oggi ammessa la trascrivibilità, non di tutti i contratti preliminari, ma soltanto di quelli che trasferiscono la proprietà di beni immobili, ovvero di quelli che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, i diritti del concedente e dell'enfiteuta, nonché di quelli che costituiscono la comunione dei diritti su elencati (art. 2643, n. 1), 2), 3), 4) c.c.) purché in forma autentica.⁴⁷

La *ratio* della nuova novella è stato individuata sia su un piano politico che su quello delle ripercussioni sistematiche derivanti dalla loro introduzione. Sul piano giuspolitico, la circostanza che la trascrivibilità del preliminare sia limitata alla materia della contrattazione immobiliare con effetti reali segnala l'intento del legislatore di irrobustire la posizione giuridica di una specifica categoria di utilizzatori dello strumento in esame, ovvero i promissari acquirenti di un bene immobile in quanto ritenuti soggetti o gruppi sociali deboli portatori di interessi ritenuti meritevoli di una particolare tutela.⁴⁸

⁴⁷ AMATI S. “*La nuova disciplina del contratto preliminare con particolare riferimento agli effetti della trascrizione del medesimo: profili problematici*” www.diritto.it/materiali/civile/amati1.html;

⁴⁸ RIZZI G. “*La redazione del preliminare - Profili operativi*”, Studio n. 19-2007/C, in www.notariato.it/Notariato/StaticFiles/Studi_e_approfondimenti/19-07.pdf., si tratta di una <<legislazione a sostegno di soggetti o gruppi o categorie sociali, deboli o comunque portatori di interessi ritenuti meritevoli di una tutela particolare la quale, appunto, si attua sempre per il tramite di una differenziazione delle regole ordinariamente vigenti anche se, poi, la tecnica di volta in volta impiegata muta a seconda dei tempi o degli ambiti di intervento>> <<Le tecniche di tutela del contraente debole o, comunque, del contraente

Secondo la relazione alla legge questo intervento è stato sollecitato dalla constatazione della diffusione nella prassi del cosiddetto preliminare con effetti anticipati che sottoponeva il promissario acquirente al rischio di effettuare il pagamento del prezzo senza trovare riequilibrio nell'attribuzione dell'immobile.⁴⁹

La trascrizione del contratto preliminare non assolve alla funzione tipica della trascrizione. La prima ha, infatti, un'efficacia meramente prenotativa la quale fa retroagire la trascrizione del definitivo (o atto equipollente) al momento, appunto, della trascrizione del preliminare.⁵⁰

Il promissario acquirente, pur non ancora acquistando la proprietà sul bene, per effetto della trascrizione consegue un "*diritto all'acquisto*" opponibile ai terzi.⁵¹ Egli sarà quindi tutelato dinnanzi a eventuali iscrizioni pregiudizievoli verificatesi nel periodo intercorrente tra la stipula del contratto preliminare ed il contratto definitivo di compravendita, togliendo efficacia ad iscrizioni o trascrizioni conseguite medio tempore da terzi aventi causa.

L'effetto prenotativo ha però durata limitata nel tempo: gli effetti della trascrizione, infatti, cessano se entro un anno dalla data

portatore di un interesse ritenuto particolarmente meritevole dipendono da una duplice variabile: la prima rappresentata dal modo in cui si intende la debolezza o la meritevolezza dell'interesse, la seconda rappresentata dall'atteggiamento che il legislatore nutre nei confronti del mercato>>;

⁴⁹ CERVELLI S. "*Trascrizione e ipoteca: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*" in op. cit. pag 85;

⁵⁰ RIZZI G. "*La redazione del preliminare - Profili operativi*", Studio n. 19-2007/C, in www.notariato.it/Notariato/StaticFiles/Studi_e_approfondimenti/19-07.pdf, <<Il meccanismo era già noto al legislatore del '42 che lo aveva sperimentato con le domande giudiziali (art. 2652 c.c.), ivi incluse quelle dirette a ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto (n.2) e quelle dirette a ottenere l'accertamento giudiziale della sottoscrizione di scritture private in cui si contiene un atto soggetto a trascrizione o iscrizione>>;

⁵¹ LUMINOSO A. <<*La Compravendita*>> Giappichelli Editore, Torino, 2009, pag. 405;

convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo o comunque entro tre anni dalla trascrizione predetta non sia stata eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che ne costituisca esecuzione.⁵²

Oltre l'effetto prenotativo, la trascrizione del contratto preliminare comporta l'attribuzione al promissario acquirente di un privilegio speciale sull'immobile, oggetto dell'atto di disposizione, *ex art. 2775 bis* del codice civile.⁵³ La disposizione si applica solo a favore del promissario acquirente e non del compratore e tutela il credito in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto a causa di inadempimenti del promittente alienante (scioglimento, risoluzione, annullamento, nullità o inefficacia in generale) attribuendo al promissario acquirente un privilegio speciale sul bene immobile oggetto del preliminare.

⁵² <<Tale termine, secondo autorevole dottrina, deve qualificarsi di decadenza, con conseguente inapplicabilità delle cause di sospensione e interruzione previste in materia di prescrizione e non può essere rilevata d'ufficio, ma dev'essere eccepita dalla parte interessata a contestare l'efficacia prenotativa della trascrizione del preliminare>> in S. CERVELLI "Trascrizione e ipoteca: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi" in op. cit. pag. 90;

⁵³ L'art. 2775 bis, al primo comma, recita così "Nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'articolo 2645 bis, i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento dell'esecuzione promossa da terzi". Al secondo comma <<Il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativi a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'articolo 2825-bis>>;

I crediti assistiti dal privilegio possono essere di restituzione del prezzo pagato, per risarcimento dei danni, penali, pagamenti di caparre e multe penitenziali.⁵⁴

Affinché i crediti restitutori e risarcitori siano assistiti dal privilegio speciale è necessario che il contratto preliminare sia stato trascritto e che i relativi effetti non siano cessati al momento della risoluzione, mutuo dissenso etc.

Si nota quindi come la trascrizione del preliminare svolga qui una funzione costitutiva qualificando così il privilegio in esame come <<privilegio iscrizionale>>⁵⁵ il quale, appunto, per essere definito tale richiede l'attuazione di particolari forme di pubblicità.

Per quanto attiene l'opponibilità di tale privilegio alle ipoteche anteriori e posteriori alla trascrizione del contratto preliminare, la dottrina maggioritaria ritiene che sia opponibile alle sole ipoteche iscritte successivamente salvo le eccezioni previste dall'articolo 2775-bis, comma 2, del codice civile. Una diversa soluzione si porrebbe in contrasto non solo su ragioni tecniche e di coerenza sistematica ma anche per esigenze del traffico giuridico e per la necessità delle banche di poter contare su garanzie sicure dei rapporti creditizi collegati alle operazioni immobiliari.⁵⁶ Si è ritenuto che se la legge

⁵⁴ CERVELLI S. "Trascrizione e ipoteca: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi" in op. cit. pag 92;

⁵⁵ LUMINOSO A. "Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente" in *Not.*, 61, 1998, pag. 565 richiama, tra l'altro, alcuni esempi di privilegi iscrizionali presenti nel nostro ordinamento quali il privilegio del venditore di macchine e quello delle banche autorizzate all'esercizio dei prestiti con garanzia sul macchinario previsti dall'articolo 2762 del codice civile; il privilegio a garanzia delle banche esercenti il credito mobiliare alle aziende industriali previsto dall'articolo 3 del D.Lgs. C.p.S. 1 ottobre 1947 n. 1075; il privilegio a garanzia di finanziamenti bancari alle imprese a medio lungo termine regolato dall'art. 46 T.U. in materia bancaria;

⁵⁶ LUMINOSO A. "Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente" in op. cit. pag 565;

affida alla trascrizione la costituzione del privilegio, allo stesso tempo è ragionevole ritenere che abbia inteso affidare alla pubblicità immobiliare la soluzione dei diversi possibili conflitti tra il creditore privilegiato e i terzi titolari di posizioni incompatibili, applicando di conseguenza le regole analoghe agli articoli 2644 e 2852 del codice civile.⁵⁷ Lo stesso discorso si può affermare anche in relazione al rapporto del privilegio in questione e gli altri creditori che abbiano promosso esecuzione forzata.⁵⁸

⁵⁷ LUMINOSO A. “*Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*” in op. cit. il quale afferma inoltre <<Se si accogliesse la tesi che stiamo criticando si arriverebbe ad un assurdo palese. Quello, cioè, di dover ritenere il promissario acquirente, rispetto ai creditori muniti di ipoteche anteriori, “perdente” nell’ipotesi in cui il preliminare abbia regolare esecuzione, e “vincente” invece nelle ipotesi in cui il preliminare non riceva esecuzione.>> pag. 566;

⁵⁸ Per una migliore trattazione dell’argomento anche in relazione all’art. 72 della legge fallimentare vedi LUMINOSO A. “*Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*” in op. cit. pag. 567;

Conclusione

Sulla scorta della ricerca sin qui svolta si può notare come la Corte di Cassazione con la sentenza del 27 marzo del 2008 n. 7638 abbia posto fine ad un dibattito che ha investito per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza: la qualificazione della posizione del promissario acquirente di un contratto preliminare ad effetti anticipati.

La Corte con la sua decisione ha considerato non solo il promissario acquirente come detentore ma ha provveduto alla definizione del contratto preliminare ad effetti anticipati come un contratto collegato composto da tre contratti autonomi dotati di una propria causa ma funzionalmente connessi: il contratto preliminare, il comodato e il mutuo gratuito.

Mentre relativamente alla qualificazione del promissario acquirente la Corte si trova già d'accordo con precedenti giurisprudenziali e con parte della dottrina lascia un po' perplessi, invece, la definizione della natura del contratto preliminare ad effetti anticipati.

E' vero che la Cassazione ha affermato che per la qualificazione del contratto è necessario la ricerca del comune intento delle parti da individuare secondo le norme dell'interpretazione previste dal nostro codice civile ma ciò che non condivido è come si può equiparare il godimento anticipato del promissario acquirente alla detenzione del comodatario. Il comodato è un contratto reale ad effetti obbligatori con cui una parte consegna all'altra un certo bene affinché se ne

Conclusione

serva per un tempo o per un uso determinato con l'obbligo di restituire il bene stesso. Viene allora da porsi una domanda: in capo al promissario acquirente l'obbligo di restituzione dove sta? Il contratto preliminare è un titolo provvisorio delle prestazioni del definitivo destinato a far acquisire la proprietà e non vi è alcun obbligo di restituzione. Il comodato, infine, è un contratto a titolo gratuito mentre il godimento proprio del promissario acquirente non lo è.

La Corte esclude l'ammissibilità del trasferimento del possesso disgiuntamente dal diritto di proprietà chiamando in causa, seppure indirettamente, la cosiddetta vendita del possesso. Se è vero che il possesso è un situazione di fatto e non un diritto perché consistente in un'«attività corrispondente» all'esercizio della proprietà, non suscettibile di autonoma cessione, è pur vero che nel nostro ordinamento esistono istituti che attuano questo trasferimento: si pensi alla vendita di cosa altrui dove il venditore non proprietario vende un bene che non è proprio con l'assunzione dell'obbligo di far acquistare la proprietà al compratore. Questi non può acquistare la proprietà da chi non è proprietario. Per l'acquisto della proprietà «il venditore è obbligato a procurare l'acquisto al compratore» ex articolo 1478 del codice civile. E che dire della vendita di riserva della proprietà dove il compratore acquista la proprietà con l'ultima rata di prezzo?

E' vero che la nuova formulazione dell'articolo 1470 del codice civile, rispetto a quella del 1865, appare chiara quando dice che il contratto di vendita è un contratto con cui le parti trasferiscono la proprietà o altro diritto verso il corrispettivo sul prezzo ma è

altrettanto vero che nel nostro ordinamento non esiste una norma che esplicitamente nega l'ammissibilità dell'alienazione del possesso. A mio parere ci sarebbe proprio l'articolo 1322 del codice civile che permette alle parti di stipulare dei contratti che, pur non rientrando nei cosiddetti contratti tipici, siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico quale potrebbe essere ad esempio la certezza dei traffici giuridici. Dalla ricerca da me svolta, un altro articolo pare importante per poter confutare la tesi: l'articolo 1159 del codice civile che parla dell'usucapione decennale. Se il possesso si acquista solo a titolo originario come è possibile che la norma preveda l'acquisto del possesso da parte di chi non è proprietario? Sembrerebbe ammettere il contrario.

Tornando alla decisione della Corte dubbi sorgono anche relativamente al mutuo gratuito. La consegna del prezzo al promittente venditore più che uno scopo di finanziamento avrebbe una funzione di garanzia dell'impegno assunto con la stipulazione del contratto preliminare. Ciò fa pensare, come già espresso da una dottrina, che la previsione del pagamento del prezzo e la consegna del bene abbia già inciso sulle condizioni economiche delle parti e non appare quindi opportuno per coerenza parlare di gratuità della concessione in godimento e della corresponsione del corrispettivo.

Alla luce dell'attività di ricerca svolta finora secondo me appare più corretto identificare il contratto preliminare ad effetti anticipati come un contratto preliminare. Difatti con il contratto preliminare ad esecuzione anticipata, quale contratto ad effetti puramente obbligatori, le parti si impegnano alla stipulazione del contratto definitivo seppure anticipandone alcuni effetti finali. L'anticipazione

in modo totale o parziale di alcuni effetti del contratto definitivo non priva certo quest'ultimo di produrre i suoi effetti. La consegna anticipata del bene rappresenta il presupposto per poter insinuare il possesso in capo al promissario acquirente perché permette di realizzare il primo requisito del possesso ovvero il *corpus*. Si dovrà certamente tenere conto anche dell'*animus* che governa il promissario acquirente che certamente non è facilmente dimostrabile ma si può ben certo desumere dal fatto che le parti siano già proiettate verso la stabilizzazione del loro rapporto che si formalizzerà con la conclusione del definitivo. A conferma di ciò si può richiamare anche l'articolo 2645 bis del codice civile in tema di trascrizione del contratto preliminare. Questo articolo contiene una norma che tutela il promissario acquirente trascrivente di fronte ad eventuali trascrizioni o iscrizioni a lui pregiudizievoli riconoscendo un'efficacia prenotativa del contratto definitivo facendo retroagire la trascrizione del definitivo alla trascrizione del preliminare. Il promissario acquirente così pur non acquistando la proprietà acquisterà un "diritto all'acquisto" opponibile ai terzi. Un "diritto all'acquisto" che dà una tutela più marcata e forte di quella che potrebbe essere data a titolo di detenzione. Il potere del promissario acquirente è quello corrispondente a quello del titolare di un diritto reale che non va a riconoscere l'altruità della cosa.

Ad obiezione della tesi che ritiene il possesso una situazione di fatto e non un diritto pertanto non suscettibile di cessione separata dal diritto di proprietà, ritengo che è pur vero che il possesso è una situazione di fatto ma esistono situazioni in cui pur ricorrendo elementi costitutivi del possesso sia sganciata dal diritto. Negare ciò

comporterebbe l'inspiegabilità dell'acquisto della proprietà mediante usucapione. L'usucapione, infatti, permette per mezzo del possesso protratto per un arco temporale di tempo, che varia in relazione ai vari tipi di bene, di poter acquisire la proprietà del bene realizzando una situazione in cui il possessore non è anche titolare del diritto di proprietà, altrimenti non avrebbe certamente bisogno di attendere tanti anni per diventare proprietario. In considerazione di ciò aderisco alla tesi che ritiene ammissibile la vendita del possesso. Dalla ricerca effettuata inoltre non esiste nel nostro ordinamento una norma che vieti la trasmissione del possesso disgiunta dalla proprietà. Anzi a mio modesto parere non si può prescindere di una norma fondamentale nel nostro ordinamento giuridico quale l'articolo 1322 del codice civile che rappresenta la "fonte" dei cosiddetti contratti atipici e che permette di poter concludere contratti non previsti dalla legge purché diretti a produrre interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Non riconoscere ciò vorrebbe dire negare l'esistenza di contratti nati dalla prassi come il leasing, factoring, trust etc che hanno ricevuto solo in seguito una disciplina legislativa nel nostro ordinamento. Tra gli interessi meritevoli di tutela nel caso in esame il più rilevante sicuramente è la certezza dei traffici giuridici che l'attribuzione del possesso e non della detenzione è in grado di garantire.

BIBLIOGRAFIA

ABBATE A. “Sulla validità del preliminare di vendita del possesso” in *I Contratti*, 1997, I, 51, pag. 470 - 475;

ALBERGO M. “ Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela” in *Vita Not.*, 1998, 3, pag. 1422 - 1434;

ALESSI R. “Il preliminare di vendita ad effetti anticipati” in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1972, II, pag. 438 - 458;

AMATI S. “La nuova disciplina del contratto preliminare con particolare riferimento agli effetti della trascrizione del medesimo : profili problematici” www.diritto.it/materiali/civile/amati1.html;

BIANCA M. “L’obbligazione”, Milano, Giuffrè, 1993;

BORDOLLI G. “Inadempimento del contratto preliminare di vendita immobiliare e rimedi a favore del promissario acquirente: il problema dell'azione di esatto adempimento” in www.dirittonotarile.it/Dottrina.asp?ID=15;

CASARANO, BALDI e TIMPANO “Immobili da costruire: le novità del D.lgs. 122/05” in www.cna.it/costruzioni/DLGS122_05.pdf;

CAVICCHI D. “La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna ” in *I Contratti*, 2008, n.11, pag. 1002 - 1012;

CENNI D. “Il contratto preliminare ad effetti anticipati” in *Contratto e Impresa*, 1994, pag. 1108 - 1142;

CERVELLI S. “ Trascrizione e ipoteca: manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi”, Giuffrè editore, 2009;

- CORTUCCI D. “*Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione*” in *Rass. Dir. Civ* 1994, 3, pag. 627 - 637;
- DE MATTEIS R. “*La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*”, Cedam, Padova, 1991;
- DI MAJO A. “*La tutela del promissario - acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*” in *Giust. Civ.* 1985, I, pag. 1636 – 1640;
- FERCIA R. “*Quia vendidit, dare promisit*”, Edizioni AV, Cagliari, 2009;
- GABRIELLI E. “*Il <<preliminare ad effetti anticipati>> e la tutela del promissario acquirente*” in *Riv. Dir. comm.* 1986, II, pag. 312 - 323;
- GABRIELLI G. “*Sul modo di operare della pubblicità a norma dell’art. 2644 c.c.*” in *Riv. Not.*, 2009, 2, pag. 355 - 363;
- GABRIELLI G. “*Contratto preliminare*” in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1987, pag. 415 - 440;
- GALGANO F. “*Possesso*” in *Enc. Giur. Treccani*, 1997 pag. 1 - 12;
- GAZZONI F. M. “*Dev’essere autorizzato il preliminare di vendita di un minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*” in *Riv. Not.*, I, 2001, pag. 723 - 735;
- GIULIANO G. “*Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*” in *Not.* 2008, 4, pag. 391 - 390;
- LOCHE L. “*Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*”, in *Riv. Giur. Sarda*, 1986, pag. 831 - 842;

- LUMINOSO A.- BUONOCORE V. “ *Codice della vendita*”, Milano, Giuffrè, 2001;
- LUMINOSO A. “*Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*” in *Not.*, 61, 1998, pag. 564 - 567;
- LUMINOSO A. <<*La Compravendita*>>, Torino, Giappichelli, 2009;
- MONTEL A. <<*La disciplina del possesso nel codice civile italiano*>>, Torino, Giappichelli, 1947;
- ONANO A. “*Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di beni immobili*” in *Riv. Not.*, 2004, II, pag. 1197 - 1212;
- PADULA L. “*La <<vendita del possesso>>*” in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, pag. 831 - 843;
- PETRELLI G. “*Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*” in <http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000428/>;
- PETRONE P. “*Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*” in *Riv. Not.*, 5, 2001, pag. 1059 - 1101;
- PIROTTA R. “*Preliminare di compravendita immobiliare ad <<esecuzione anticipata>> o <<ad effetti anticipati>>*” in *Contratti*, 2000, I, n. 11, pag. 987 - 989;
- PLAIA A. “*Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissario acquirente*”, Cedam, Padova, 2000;
- PORTALE G. B. “*Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*” in *Riv. Soc.* 1970, pag. 913 - 950;

PROTO M. “*Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*” in *Giust. Civ.* 1997, I, pag. 1894 - 1903;

RIZZI G. “*La redazione del preliminare - Profili operativi*”, Studio n. 19-2007/C in www.notariato.it/Notariato/StaticFiles/Studi_e_approfondimenti/19-07.pdf;

SCALITI G. “*Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*” in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, I, pag. 1046 - 1052;

SERENI C. “*Contratto preliminare e consegna anticipata del bene: possesso o detenzione?*” in *Not.*, 2, 2005, pag. 170 - 176;

TIMPANO E. “*Le Sezioni Unite sciolgono il nodo gordiano: il promissario acquirente cui è stata consegnata la res è detentore*” in *Riv. Not.*, 2008, II, pag. 1089 - 1101;

TOSCHI VESPASIANI F. “*La situazione del promissario acquirente nel preliminare ad effetti anticipati al vaglio delle Sezioni Unite (prima parte)*” in *Studium Iuris*, 10, 2009, pag. 1194 - 1199;

TOSCHI VESPASIANI F. “*La situazione del promissario acquirente nel preliminare ad effetti anticipati al vaglio delle Sezioni Unite*” in *Studium Iuris*, 12, 2009, pag. 1325 - 1331;

TOSCHI VESPASIANI F. “*La situazione soggettiva del promittente nel <<preliminare ad effetti anticipati>>*” in *Contratti*, 2, 2008, pag. 189 - 200;

TROISI B.– CICERO C. “*I possessi*” in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato* diretto da P Perlingieri, Napoli, 2005;

ANONIMO “*La natura, l’oggetto e i possibili effetti della trascrizione, in generale*” in www.giappichelli.it/stralcio/3488464.pdf
Cass. 10.07.1929 n. 2681, in *Rep. Foro It.* 1929, Voce *Vendita*, n. 69;
App. Catanzaro 11.05.1936, in *Riv. dir. Comm.* 1936, II, 247;
Cass. 5.8.1977 n. 3560, in *Giust. Civ.*, 1977, I, 2462;
Cass. 9.4.1980 n. 2268, in *Giust. Civ. Mass.* 1980;
Cass. 24.12.1980 n. 2679, in *Giust. Civ.*, 1980, I, 2754;
Cass. 16.12.1981 n. 6671, in *Foro pad.* 1982, I, 33;
Cass. SS.UU. 27.2.1985 n. 1720, in *Giust. Civ.* 1985, I, 1630;
Trib. Cagliari 11.05.1985 n. 594, in *Riv. giur. Sarda*, 1986, 830;
Cass. 7.5. 1986 n. 3058, in *Riv. dir. Comm.* 1987, II, 247;
Cass. 6.11.1987 n. 8220, in *Giur.it* 1988, I, 1,760;
Cass. 14.12.1988 n. 6143, in *Giust. Civ. Mass* 1989;
Cass. 22.12.1993 n 8200, in *Giust. Civ. Mass* 1993;
Cass. 24.11.1994 n. 99911, in *Foro it.* 1995, II, 3263;
Cass. 27.09.1996 n. 8528, in *Corriere Giuridico*, 1997, 2;
Cass. 27.09.1996 n. 8528, in *I Contratti*, 51, 1997;
Cass. 9.10.1996 n. 8818, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 695;
Cass. 12.11.1996 n. 9884, in *Corriere Giuridico*, 1997, 3;
Cass. 10.10.1997 n. 9857, in *Mass. Giust. Civ.*, 1997;
Cass. 13.4.1999 n. 3626, in *Mass. Giust. Civ.* 1999;
Cass. 8.2.2000 n. 1376, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 65;
Cass. 19.4.2000 n. 5132, in *Contratti*, 2000, 11, 984;
Cass. 16.7.2001 n. 9636, in *Contratti* 2002, 444;
Cass. civ. 12.03.2002 n. 3565 tratto da BORDOLLI G.
“*Inadempimento del contratto preliminare di vendita immobiliare e*

rimedi a favore del promissario acquirente: il problema dell'azione di esatto adempimento” in www.dirittonotarile.it;

Cass 22.07.2003 n. 11415, sez. II in *Not.*, 2, 2005, 169;

Cass. 22.12.2005 n. 28480, in *Giust. Civ.*, 2006, I, 2342;

Cass. 27.3.2008 n. 7930, in *Contratti.*, 2008, 11, 995;

Codice civile R.D. 16.3.1942;

R. D. 28.3.1929, n. 499, “*Disposizioni relative ai libri fondiari dei territori delle nuove province*”

Ringraziamenti

Desidero ringraziare Professor Bruno Troisi per la grande disponibilità e cortesia dimostratemi e per tutto l'aiuto fornito durante la stesura.

Ringrazio Sig. Luigi Pisano per la sua disponibilità e cordialità.

Un sincero ringraziamento va a tutti coloro che, in momenti diversi e in vari modi, mi hanno prestato il loro aiuto e la loro assistenza nella realizzazione di questo lavoro.

Un sentito ringraziamento ai miei genitori, che, con il loro sostegno morale ed economico, mi hanno permesso di raggiungere questo traguardo esortandomi ad insistere ed a proseguire il percorso intrapreso quando ogni possibilità mi sembrava perduta ed avrei preferito mollare tutto facendomi desistere da tale proposito. A loro vanno tutta la mia stima, il mio rispetto e la mia riconoscenza.

Un ringraziamento a mia sorella Rosy che mi è stata vicino.

Un ultimo ringraziamento, ma non per questo meno importante, al mio fidanzato Mauro per la sua comprensione, i suoi consigli, perché mi è stato vicino in ogni momento e per il suo aiuto.

Grazie

Silvana