

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

IVAN LIBERO NOCERA

*Contratto preliminare, possesso e detenzione:
analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare
ad effetti anticipati*

to delle assicurazioni private, Soc. ed. Libreria, 1934.

Sulla colpa grave nel contratto di assicurazione si possono consultare: FACCO, *Note sulla titolarità dell'interesse assicurativo e sulla determinazione della colpa grave dell'assicurato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 353; ZORZIT, *Polizze, ora la reticenza è colpa grave*, *Dir. e giust.*, 2005, n. 34, 32; LA TORRE, *I sinistri cagionati per colpa grave dell'assicurato*, in *Scritti di diritto assicurativo*, Giuffrè, 1979, 343; ID., *I sinistri cagionati con colpa grave dell'assicurato*, in *Dir. e prat. ass.*, 1966, 483; DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Giuffrè, 1952, 154.

4. SULLA LIQUIDAZIONE DEL DANNO PARENTALE E DEL DANNO MORALE IURE HEREDITATIS. Sulla risarcibilità del danno morale *iure hereditatis* si segnalano: BILOTTA, *Il risarcimento del danno psichico non esclude il danno morale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 895; TOMASELLI, *Sul danno tanatologico: riflessioni e prospettive*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 2128; CHINDEMI, *Criteri di liquidazione del danno morale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2244; ID., *Il danno morale catastrofico*, *ivi*, 2007, 1853; PACE, *Il danno da lutto*, in *Giust. civ.*, 2007, 1098.

VINCENZO CUGNO GARRANO

- CASS. CIV., II sez., 25.1.2010, n. 1296
Cassa App. Reggio Calabria, 3.8.2006

CONTRATTO PRELIMINARE - CONTRATTO PRELIMINARE C.D. AD EFFETTI ANTICIPATI - DISPONIBILITÀ DEL BENE PER EFFETTO DI CONSEGNA - QUALIFICA - DETENZIONE (cod. civ., artt. 1140, 1141, 1158, 2164)

La disponibilità del bene oggetto di compromesso, in virtù della consegna avvenuta in occasione della stipulazione del contratto preliminare, è qualificabile come detenzione, poiché il promissario acquirente esercita tale godimento in virtù di un titolo meramente obbligatorio, non ancora traslativo del diritto reale corrispondente, in funzione ed in previsione del futuro trasferimento, implicante il necessario riconoscimento (tale da escludere la sussistenza dell'elemento psicologico del possesso) dell'appartenenza del bene, fino al momento della prevista stipulazione del contratto definitivo, alla controparte promittente venditrice.

dal testo:

Il fatto. Con ricorso ai sensi della L. 346/76 del 10.10.86 al Pretore di Melito Porto Salvo i

germani F.E.C. e D.E. chiesero di essere dichiarati proprietari per usucapione di alcuni terreni e di un fabbricato rurale siti in Montebello Ionico, località Saline (censiti in catasto al F. 62 p.lle 47, 48, 17, Partita 4427) assumendo di averli acquistati in "forma privata" e per quote dai coniugi B.G. e C.A. nel 1956 e da tale epoca posseduto, ma di non aver potuto stipulare l'atto di compravendita per varie ragioni, ultime delle quali i decessi dei venditori, avvenuti rispettivamente nel 1976 e 1980. A seguito degli adempimenti pubblicitari disposti dal pretore, proponevano opposizione a tale richiesta, quali eredi dei coniugi suddetti, A.A. ed E.G., con atto del 26.3.87, nel quale deducevano la "carezza di legittimazione passiva" (così testualmente leggesi nelle narrative della sentenza impugnata e del ricorso per cassazione) dei ricorrenti, i quali a loro volta resistevano all'opposizione, ribadendo la propria richiesta. Interrotto il processo per la morte di A.A., interveniva a seguito della riasunzione il figlio ed erede del suddetto G.A., che ribadiva l'opposizione. Successivamente interveniva volontariamente M.M., figlia ed erede di Angela Guggino, che a sua volta era figlia ed erede dei coniugi B.G. e C.A., associandosi all'opposizione. Interveniva ancora, con comparsa del 1.3.95, dopo che la causa, istruita documentalmente ed oralmente, era stata rimessa sul ruolo per due volte, A.B., la quale esprimeva che in precedenza aveva, con

citazione del 15.10.87, a sua volta convenuto davanti al medesimo giudice i coniugi G.-A., e successivamente con citazione 17.3.02, in luogo dei medesimi, gli eredi G.A., E.G. e M.M., al fine di sentirsi dichiarare proprietaria per usucapione del terreno di cui alla particella n. 17, preteso dagli E., la cui domanda chiedeva pertanto dichiararsi inammissibile o comunque rigettarsi, in subordine instando per la riunione tra i due giudizi.

Precisate le conclusioni, la causa veniva decisa con sentenza del 1.3-14-4.95, con la quale il pretore rigettava l'opposizione di E.G. ed A.A., e per quest'ultimo dell'erede G.A., dichiarava F. e D.E. proprietari per usucapione dei fondi in questione (in essi compresa la particella n. 17), disponendo le conseguenti trascrizioni nei registri immobiliari e voltura catastale, condannava infine E.G. e G.A. al rimborso delle spese in favore degli E.

Contro tale sentenza proponeva appello, davanti al Tribunale di Reggio Calabria, A.B. lamentandone la nullità, laddove non aveva provveduto sulla propria domanda d'intervento, e l'ingiustizia, nella parte in cui aveva accolto la domanda di usucapione anche sulla particella n. 17. Si costituivano e resistevano gli E., proponendo appello incidentale al fine ottenere la rettifica della decisione, con la specificazione che le particelle 47 e 48 erano state acquistate da D.E. e la particella n. 17 da F.E. La sentenza suddetta veniva anche appellata da G.A. ed E.G. ed i due processi venivano riuniti *ex art.* 335 c.p.c. La Manganello rimaneva contumace.

Il giudice di appello, dopo aver dato atto che l'altro giudizio, quello instaurato dalla B. per l'usucapione della p.lla 17 era stato sospeso, in attesa della definizione del presente, con ordinanza del 19.10.99 disponeva l'espletamento di una consulenza tecnica, acquisita la quale, con sentenza del 7/9.8.06, dichiarava l'ammissibilità dell'intervento della B., che tuttavia rigettava nel merito, al pari dell'appello A.-G., accoglieva l'appello incidentale degli E. rettificando le dichiarazioni di proprietà come dai medesimi richiesto, disponendo i conseguenti adempimenti nei registri immobiliari ed in catasto, compensava infine interamente le spese del giudizio.

La decisione nel merito veniva fondata sulle

risultanze documentali e testimoniali, comprovanti l'acquisto del possesso dei fondi, in virtù di un "compromesso non formalizzato" stipulato per sé o per persone da nominare il 28.6.56 da tale P.B., rispettivo marito e cognato di F. e D.E., il quale lo aveva successivamente trasmesso, nelle quote rispettive di 1/3 e 2/3 ai congiunti, che potevano così vantare un possesso ininterrotto durato dal 1956 al 1986, maturando i requisiti non solo dell'art. 1159 *bis* c.c., ma anche dell'usucapione ordinaria.

Di tale possesso avevano ampiamente riferito i testi esaminati e le stesse risultanze del parallelo e poi sospeso giudizio, proposto dalla B., convergevano in tal senso, evidenziando in particolare che quest'ultima era soltanto una detentrica, in quanto subentrata in un rapporto di colonia precedentemente intercorrente tra una propria zia e gli E.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione A.B., deducendo due motivi. Hanno resistito con comune controricorso L.V., I.E. e V.B., quali eredi, rispettivamente, i primi due di D.E., terzo di F.C.E. Non hanno svolto attività difensiva G.A., E.G. e M.M. A seguito del decesso, sopravvenuto nel corso del presente giudizio, della ricorrente B., è intervenuto M.F., coniuge ed erede della medesima, ribadendone l'impugnazione, che è stata infine illustrata con memoria dal comune difensore.

I motivi. (*Omissis*) Con il secondo motivo di ricorso vengono dedotte violazione ed errata applicazione degli artt. 1140, 1141, 1158 e 2164 c.c., nonché dei "canoni legali di interpretazione del contratto", oltre a contraddittorietà di motivazione, censurandosi la conferma dell'accoglimento della domanda degli E. e, per converso, il rigetto della domanda dell'intervenuta B.

Tale decisione partirebbe dall'erroneo presupposto che il B., con il compromesso del 28.6.1956, avrebbe acquisito il possesso dei fondi, sì da poterlo poi trasferire alla moglie ed al cognato, mentre invece con tale atto egli aveva soltanto ricevuto la detenzione dei beni in questione quale promissario acquirente, peraltro per conto di F. e D.E., comunque esercitando sugli stessi un potere di fatto soltanto

nomine alieno, cui non aveva fatto seguito alcun atto d'interversione, idoneo a mutare il titolo ai sensi dell'art. 1142 co. 2 c.c., punto sul quale la motivazione sarebbe carente e contraddittoria.

Viceversa sarebbe stata la B., la cui qualità di colona era risultata sfornita di prove, a manifestare la propria inequivocabile intenzione di possedere il fondo da lei goduto, la particella n. 17, coltivandolo, recintandolo e costruendo sullo stesso anche una casa di abitazione, attività quest'ultima che, pur nell'ipotesi di originaria detenzione, avrebbe comunque integrato gli estremi dell'interversione della stessa in possesso; tali circostanze immotivatamente non sarebbero state prese in considerazione dal giudice di appello. Il motivo, che si conclude con la formulazione di tre pertinenti quesiti di diritto in ordine, rispettivamente, alla qualificazione del potere di fatto esercitato dal promissario acquirente sul bene ricevuto dal promittente venditore, alla conseguente necessità di individuare, ai fini della configurabilità del possesso, un successivo atto d'interversione, all'idoneità, a tal fine, dell'attività costruttiva posta in essere da altro autonomo detentore, è fondato nei limiti di seguito precisati e va accolto per quanto di ragione.

In conformità, anzitutto, al principio enunciato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 7930 del 27.3.2008, dal quale questo collegio non ravvisa ragioni per doversi discostare, la decisione impugnata deve essere cassata nella parte in cui ha ritenuto che la consegna del fondo, avvenuta nell'anno 1956, in occasione di un contratto preliminare di compravendita, stipulato per sé o per persona da nominare, da tale P.B., dante causa degli E., potesse di per sé integrare l'attribuzione di un possesso (poi trasmesso agli attori, odierni resistenti), come tale utile alla successiva acquisizione della proprietà per usucapione. La sopra citata pronuncia, dirimendo un contrasto da tempo insorto nella giurisprudenza di legittimità, ha chiarito come la disponibilità del bene oggetto di compromesso, in virtù della consegna avvenuta in occasione della stipulazione del contratto preliminare, sia qualificabile detenzione, poiché il promissario acquirente esercita tale godimento in virtù di un titolo meramente obbligatorio, non ancora traslativo del

diritto reale corrispondente, in funzione ed in previsione del futuro trasferimento, implicante il necessario riconoscimento (tale da escludere la sussistenza dell'elemento psicologico del possesso) dell'appartenenza del bene, fino al momento della prevista stipulazione del contratto definitivo, alla controparte promittente venditrice.

Dalla risposta, nei termini sopra precisati, al primo quesito, deriva quella positiva al secondo, posto che la disponibilità materiale del bene compromesso, quand'anche protratta nel tempo, continua a considerarsi detenzione, ove non intervengano fatti nuovi idonei ex art. 1141 co. 2 c.c. a determinare, per fatto proveniente dal terzo o per opposizione espressa nei confronti del possessore, il mutamento della stessa in possesso, con la conseguenza che in difetto di siffatta interversione non sussiste la possibilità di avvalersene ai fini dell'usucapione. Nella sentenza impugnata, che ha dichiarato gli E. proprietari di parti distinte del fondo, per averne i medesimi conseguito la disponibilità da parte del B., promissario acquirente che l'aveva a sua volta ricevuto nel 1956 dai proprietari G.-A., non vi è alcun cenno ad atti d'interversione, tali da palesare da parte degli uni o degli altri nei confronti dei promittenti venditori o dei loro aventi causa, l'intenzione di possedere esclusivamente *uti domini* e non più in previsione della prevista stipulazione del contratto definitivo, il bene in questione o parti dello stesso; non correttamente, pertanto, è stata dichiarata, sulla base di tale mera situazione di fatto, l'usucapione ad oggetto del fondo.

Passando all'esame dei rimanenti profili di censura, attinenti alla natura del potere di fatto esercitato dalla B. su una parte del fondo (quella censita in catasto quale particella n. 17), le doglianze vanno disattese, nella parte in cui lamentano l'indebita ed immotivata qualificazione in termini di colonia agraria dell'iniziale titolo in base al quale la suddetta ne godeva. Le censure al riguardo attengono ad un accertamento di fatto, adeguatamente motivato dal giudice di merito, il quale si è attenuto alle risultanze testimoniali acquisite, non solo nel giudizio di primo grado, ma anche in quello, parallelo e poi sospeso, instaurato dalla B. contro i G.-A., univocamente

convergenti nel senso di un godimento originariamente concesso dai suddetti proprietari ad una stretta congiunta dell'odierna ricorrente (tale "zia Peppina", detta "a mangarusa"), e successivamente da quest'ultima proseguito, la cui natura, poco o punto rilevando l'esatta qualificazione giuridica (se di affitto o colonia o di semplice comodato) del rapporto (che si lamenta non accertata dal giudice di merito), comunque non avrebbe potuto integrare gli estremi del possesso, costituendo invece una detenzione, al più qualificata, promanando il potere di fatto esercitato sul bene da concessione dei proprietari; ed altrettanto incensurabile, in quanto basata su una ragionevole presunzione di continuità derivante dal rapporto di stretta parentela e di convivenza, deve ritenersi la qualificazione in termini analoghi del potere di fatto esercitato, sempre con il consenso dei proprietari, sul medesimo bene dalla B. successivamente alla morte della suddetta congiunta.

Fondato invece, nei sensi di seguito precisati, è il profilo di censura con il quale si lamenta la mancata valutazione, quale atto idoneo a mutare la detenzione in possesso, dell'attività edificatoria compiuta sul fondo dalla B.

Ribadito, a tal proposito, il principio più volte affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo il quale "la interversione della detenzione in possesso può avvenire anche attraverso il compimento di attività materiali, se esse manifestino in modo inequivocabile e riconoscibile dall'avente diritto l'intenzione del detentore di esercitare il potere sulla cosa esclusivamente "nomine proprio", vantando per sé il diritto corrispondente al possesso in contrapposizione con quello del titolare della cosa" (v. Cass. 2^a, n. 12968/06, in fattispecie nella quale l'originario detentore aveva realizzato una costruzione sul fondo ed il giudice di merito non aveva apprezzato, ai suddetti fini, tale attività, nonché, tra le altre precedenti, Cass. 2^a n. 1802/95, in fattispecie relativa alla realizzazione di una strada sul fondo detenuto), deve rilevarsi che a tal riguardo non appagante, alla luce del suddetto principio, risulta la sbrigativa affermazione, non ulteriormente motivata dal giudice d'appello, secondo cui "rilevanza alcuna sembra poi assumere la circostanza che al limite del terreno in questione

vi era una casetta coperta a tegole abitata dalla zia Peppina e che la stessa demolita dalla B. sia stata poi ricostruita in cemento armato". Tale intervento, ove comportante la costruzione di un organismo edilizio nuovo, rispetto a quello preesistente, e posto in essere di esclusiva iniziativa della detentrica, senza il consenso, quanto meno tacito, dei proprietari, i soli legittimati al compimento di attività edificatorie sul fondo, quand'anche concesso in affitto o colonia (titoli abilitanti a soli interventi connessi allo sfruttamento agricolo del predio), si risolverebbe infatti nell'inequivoca e palese esternazione di pretese dominicali sul bene, trascendenti i limiti della detenzione, sia pur qualificata, ed incompatibili con il possesso del titolare del diritto reale, come tali idonee ad integrare gli estremi di un atto d'interversione, comportante il mutamento della detenzione in possesso ai sensi dell'art. 1141 co. 2 cod. civ.

In tali limiti e con le suddette precisazioni, dunque, si fornisce risposta positiva al terzo quesito.

La sentenza impugnata va, conclusivamente, cassata in relazione alle censure accolte, con rinvio per nuovo esame alla Corte d'Appello di Reggio Calabria, giudice di secondo grado attualmente competente, cui si demanda anche il regolamento delle spese del giudizio di legittimità. (*Omissis*)

[SCHETTINO *Presidente* – PICCIALLI *Estensore* – RUSSO *P.M.* (concl. conf.). – B.A. e F.M., quali eredi di E.D., BA.VI., quale erede di E.C.F. (avv.ti Vaccaro e Neri) – V.L. e E.I (avv. Nisi)]

Nota di commento: «*Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*»

I. Il caso

La Supr. Corte affronta nuovamente il problema della *situazione del promissario acquirente che al momento della stipula di un contratto preliminare ha ricevuto in consegna un bene immobile, pagandone al contempo interamente il prezzo.*

I fatti in causa possono essere riassunti nei termini seguenti. Nel 1986 i fratelli Alfa domandavano una pronuncia di accertamento del loro diritto

di proprietà acquistato per usucapione relativo ad alcuni terreni e ad un fabbricato rurale ottenuti in consegna nel 1956 nell'ambito di un contratto preliminare di compravendita cui non è seguito il perfezionamento del definitivo. A tale richiesta si opponevano gli eredi dei coniugi Beta danti causa.

Il giudice di prime cure accoglieva l'istanza dei fratelli Alfa dichiarandoli proprietari con sentenza confermata in sede d'appello. Nel successivo ricorso per cassazione, la Supr. Corte, collocandosi nel solco delle sez. un., 27.3.2008, n. 7930, qualifica come detenzione la condizione degli Alfa, promissari acquirenti, che esercitano un potere di fatto sull'immobile, non valevole quindi ai fini dell'acquisto per usucapione statuendo che *il godimento esercitato sull'immobile dal promissario acquirente è a titolo meramente obbligatorio*.

La decisione della Cassazione rappresenta un valido paradigma al fine di confrontarsi con il fenomeno giuridico dell'immissione anticipata del promissario acquirente nella disponibilità del bene in seguito al perfezionamento di un c.d. preliminare ad effetti anticipati, fattispecie che pone irrisolte questioni ermeneutiche. L'esame di tale complessa figura investe in maniera diretta l'analisi strutturale e funzionale del negozio *de quo* da cui deriva la definizione della situazione soggettiva del promissario in termini di possesso o detenzione.

II. Le questioni

1. **PRELIMINARE C.D. AD EFFETTI ANTICIPATI: UN ROMPICAPPO STRUTTURALE.** Il fulcro della decisione in analisi è da individuarsi certamente nella qualificazione giuridica della fattispecie negoziale in cui alla stipula di un contratto preliminare le parti prevedono la consegna materiale del bene, anticipata rispetto al rogito notarile, in corrispettivo della dazione di somme da imputarsi a pagamento di tutto o di una parte consistente del prezzo. Il frequente impiego di questa figura si giustifica con la sempre più frequente esigenza nei traffici economico-giuridici di implementare la funzione di controllo già presente nel contratto preliminare c.d. puro, in cui vi è la semplice obbligazione della prestazione del consenso per la stipula del contratto definitivo. Infatti con tale negozio il promittente venditore realizza subito il corrispettivo, integralmente o in parte, e il promissario acquirente, godendo immediatamente del bene, ha l'opportunità di verificarne l'effettiva utilità e di percepire da esso un reddito, se tale bene è prontamente sfruttabile economicamente. A tali utilità può essere aggiunta anche una polifonia di interessi ed esigenze quali, ad esempio, evidenti vantaggi fiscali o la possibilità di eludere un temporaneo divieto legale di contrarre.

Il preliminare c.d. a effetti anticipati ha rappresentato un vero e proprio nodo di Gordio per la giurisprudenza e la dottrina già nell'imperio del precedente codice (cfr. CASS., 10.7.1929, n. 2681, *infra*, sez. III) essendo, come detto, uno dei fenomeni più diffusi nella prassi immobiliare in varie epifanie, gravido inoltre di importanti conseguenze applicative per le complesse e spinose questioni connesse alla natura del potere del promissario acquirente sul bene consegnatogli, alla tutela dello stesso, alla configurazione strutturale della fattispecie negoziale, all'individuazione della suo presupposto causale. La fonte di tali problematiche è da individuarsi nell'apparente antinomia creata dall'ibrido innesto nel classico contratto preliminare della produzione di effetti propri del contratto definitivo, in particolare modo dall'immissione del promissario acquirente nella materiale disponibilità della *res*.

Il tentativo di sciogliere l'incognita sull'individuazione dell'esatta tipologia di situazione giuridica soggettiva in capo al promissario acquirente muove necessariamente dall'analisi morfologica della fattispecie. Sia il formante giurisprudenziale che quello dottrinario si sono variamente pronunciate offrendo soluzioni inefficaci e parziali all'incerta morfologia della figura, nel tentativo di ridurla ai tralatici schemi negoziali del contratto preliminare o del definitivo, adottando una visione manichea in cui, come in una bilancia a due braccia, si spostano le obbligazioni individuandone la fonte alternativamente in un contratto o sull'altro.

Una posizione, appoggiata per lo più fino agli anni settanta del secolo scorso ma che trova anche più recentemente illustri sostenitori (su tutti PROTO PISANI, *infra*, sez. III), sceglieva di raffigurare tale fattispecie come un preliminare attraverso il quale i contraenti anticipano gli effetti del definitivo, individuando in quest'ultimo, comunque a termine iniziale o ad efficacia parzialmente differita ovvero condizionato, la fonte dell'esecuzione anticipata della prestazione e delle clausole addizionali rispetto al preliminare. Si negava infatti l'ascrivibilità allo schema del preliminare al negozio con cui si stabilisce l'obbligazione di concludere un futuro contratto definitivo insieme alla previsione dell'esecuzione anticipata delle prestazioni del pagamento del prezzo e della consegna del bene, non ammettendo che dal preliminare si possa generare un effetto diverso e maggiore da quello dell'obbligo di concludere un successivo contratto (si veda in merito CASS., 30.12.1968, n. 4090, *infra*, sez. III). Tuttavia, al di là dell'assenza di un supporto codicistico a tale visione restrittiva, da una parte si rende evidente come, mediante l'accordo di anticipata esecuzione delle prestazioni, le parti non vogliano la produzione degli

effetti traslativi che si produrrebbero dal contratto definitivo, ma solo l'esecuzione di quest'ultimo, dall'altra si osserva l'impossibilità di imputare effetti esecutivi anticipati ad un contratto definitivo non ancora concluso.

L'onda di una maggiore riflessione sulla *figura iuris* del preliminare, non più considerato come mero *pactum de contrahendo* ma irrobustito altresì dall'obbligo di dare esecuzione al vincolo per realizzare le prestazioni finali, ha indotto certa dottrina (cfr. BIANCA, *infra*, sez. IV) a configurare il preliminare come possibile titolo provvisorio per l'anticipato adempimento di prestazioni che realizzano l'attuazione del futuro contratto definitivo *venditionis causa*. Secondo tale posizione non si riscontrerebbe infatti alcun impedimento all'inversione, effettuata dalle parti, del rapporto di correlazione tra la conclusione del contratto definitivo e la sua esecuzione, posto infatti che la consegna della cosa e il pagamento del prezzo rappresentano di regola atti esecutivi di una vendita definitiva. Conseguentemente apparirebbe ammissibile la conclusione di una mera promessa di vendita in modo da determinare un semplice obbligo di trasferire la proprietà, anteriorizzando la consegna e il pagamento, quali obbligazioni accessorie a quella principale di perfezionamento del definitivo. Ecco quindi la distinzione tra preliminare c.d. puro e preliminare c.d. complesso, potenziato e arricchito dall'aggiunta di clausole che anticipano l'esecuzione del definitivo pur tuttavia non modificato nella sua propria causa.

Un'ulteriore tesi invece sposa la qualificazione della fattispecie come contratto atipico in senso stretto o misto. I contraenti, accedendo ad uno schema negoziale unitario e tuttavia diverso da quello proprio del preliminare, pongono in essere un autonomo procedimento che si articola in un obbligo di dare e nel susseguente adempimento attraverso l'atto traslativo avente causa solutoria esterna. La figura negoziale in esame risulterebbe quindi affine alla c.d. vendita obbligatoria in cui al contratto di vendita segue un atto dal quale la legge fa derivare il trasferimento di proprietà. Infatti, secondo tale teoria, essa sarebbe suddivisa in due fasi costituite a loro volta da due contratti atipici, in cui il preliminare rappresenterebbe un mero titolo provvisorio che integra il segmento di una sequenza negoziale sfociante nel definitivo, con il quale si perfezionerebbero gli effetti finali (cfr. ROCCHIO, *infra*, sez. IV). Nell'attuale disciplina codicistica non è tuttavia sostenibile ammettere una vendita come contratto a causa esterna con la conseguente definizione del preliminare c.d. a effetti anticipati alla stregua di un contratto definitivo di vendita avente effetti obbligatori, che trova invece cittadinanza nel sistema germanico

dove, vigente l'*Abstraktionprinzip*, si ammette la discrasia tra promessa obbligatoria (*stipulatio*) ed atto di trasferimento (*traditio*). Infatti la c.d. vendita obbligatoria rappresenta comunque un contratto a efficacia reale poiché l'adempimento dell'obbligazione in capo al venditore di fare acquistare il diritto al compratore è un requisito di operatività dell'effetto reale derivante dall'accordo tra i contraenti e non un semplice atto traslativo.

Non a migliori conclusioni conduce la configurazione della fattispecie *de qua* come contratto misto avente una causa costituita in parte da quella del preliminare ed in parte da quella del definitivo, congiungendo l'obbligazione a concludere un futuro contratto, all'esecuzione delle prestazioni (così ALESSI, *infra*, sez. IV). Il preliminare risulterebbe diretto alla conclusione delle prestazioni, vale a dire a realizzare la causa del contratto definitivo. Tale commistione appare però ardua proprio sul profilo causalistico laddove con lo stesso atto le parti si obbligherebbero a concludere un contratto definitivo e al contempo a produrre gli effetti propri di quel negozio.

2. STRUTTURA CONTRATTUALE E QUALIFICAZIONE SOGGETTIVA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE: LA SOLUZIONE DELLE SEZ. UN. DEL 2008. Il più recente orientamento espresso dalle sez. un. del 2008 (CASS., sez. un., 27.3.2008, n. 7930, *infra*, sez. III), scioglie l'antinomia di fondo della fattispecie reputando la natura strutturale della figura oggetto della controversia come frutto di un collegamento negoziale tra tre differenti contratti autonomi, ciascuno rispondente ad una precisa e tipica funzione economico-sociale. Abbracciando la costruzione proposta da GAZZONI (*infra*, sez. IV) si seziona la figura in un preliminare «puro», un contratto di comodato, che spiega la tradizione anticipata del bene, e un mutuo gratuito che giustifica il pagamento anticipato del corrispettivo. L'alto consesso muove dall'assunto per cui, attraverso la stipula del preliminare, le parti abbiano escluso la produzione di qualsiasi effetto proprio del definitivo, *in primis* il trasferimento del diritto dominicale, prevedendo una convenzione che mostra effetti aggiuntivi rispetto a quelli ordinari del preliminare mediante la stipula di contratti accessori, mutuo e comodato, che conservano la propria causa: nello schema tipico del comodato si trasferisce la mera detenzione della cosa; per la trasformazione della detenzione in possesso (*interversio possessionis*) occorrerebbe dunque un mutamento del titolo che non può aver luogo mediante un mero atto di volizione interna, ma deve risultare dal compimento di idonee attività materiali di specifica opposizione al proprietario-possessore.

Pur tralasciando le pur giuste considerazioni sull'obbligo normativo nel comodato c.d. precario di restituire la medesima cosa ricevuta (art. 1803 cod. civ.) e nel mutuo gratuito di riconsegnare il *tantundem*, la struttura della figura come collegamento contrattuale si scontra con la sinallagmaticità dei due negozi gratuiti e con la unicità della causa della figura negoziale.

Si ricorda in proposito che il collegamento negoziale, si realizza allorché due o più negozi, ciascuno dotato di una propria causa autonoma, sono volontariamente coordinati dalle parti da un nesso giuridicamente rilevante, e quindi non occasionale né puramente formale, per il conseguimento di un medesimo scopo economico. Risulta possibile quindi distinguere un elemento oggettivo nella relazione economica e teleologica intercorrente tra i due contratti, e un elemento soggettivo rappresentato dall'intento delle parti di dirigere gli stessi, ordinandoli al medesimo fine. Ora nella figura oggetto della sentenza in epigrafe non pare ravvisarsi la presenza di alcuno dei suddetti presupposti. In relazione a quello soggettivo infatti non si riscontra la sussistenza dell'inequivocabile volontà delle parti di instaurare tra i contratti da loro conclusi il nesso d'interdipendenza funzionale al perseguimento di uno scopo unitario. I contraenti sono infatti semplicemente mossi dall'intento di semplificare l'operazione complessiva attraverso l'anticipazione del pagamento del prezzo e della consegna del bene, clausole strumentali all'implementazione dell'unica *causa venditionis* perseguita con l'intera fattispecie negoziale. Al pari non sembra configurarsi nemmeno il presupposto oggettivo giacché proprio la causa (come si analizzerà più approfonditamente in seguito) rimanda ad un unico negozio cui sono apposte clausole funzionali all'operazione concreta perseguita dalle parti laddove, al fine di controllare le sopravvenienze ovvero la conformità al programma contrattuale delle prestazioni realizzate *medio tempore*, lo scambio tra l'attribuzione traslativa e il pagamento del prezzo avviene mediante l'avvicinarsi di un contratto preliminare e uno definitivo.

Dalla struttura composita tripartita che caratterizzerebbe la figura *sub iudice* deriva la definizione della natura soggettiva del promissario acquirente quale detenzione qualificata, esercitata quindi dall'*accipiens* nell'interesse proprio.

La Supr. Corte nella sentenza in epigrafe infatti, confermando le sez. un. del 2008, applica il principio secondo il quale ai fini dell'individuazione di una situazione possessoria o detentiva è necessario verificare la presenza o meno dell'*animus possidentis*, cioè dell'intenzione di tenere la cosa quale proprietario. A monte di tale teoria si colloca l'assunto per cui tra possesso e detenzione vi è un'identità di con-

tenuto giacché in entrambi è presente una relazione materiale tra il soggetto e il bene. Tale relazione consiste nell'esplicazione di un potere di fatto, corrispondente all'esercizio di un diritto reale, di cui si avvalgono il possessore in nome proprio con l'*animus rem sibi habendi*, il detentore riconoscendo l'altrui signoria, per cui il suo rapporto con la cosa è caratterizzato dall'*animus detinendi*. Da questa dicotomia, che riduce la distinzione tra possesso e detenzione all'elemento soggettivo, emerge il tratto caratterizzante del possesso costituito da una situazione di fatto che si estrinseca nell'esercizio di un diritto reale connotato dall'attualità, quale svolgimento di una concreta attività sulla cosa in grado di giustificare la protezione concessa dall'ordinamento. Il possesso infatti costituisce il mero risvolto fattuale del diritto reale, in tal caso del diritto dominicale, rispetto al quale non può essere trasferito disgiuntamente a titolo derivativo, quale autonoma situazione giuridica, tranne nell'ipotesi della successione universale. La giurisprudenza ha infatti più volte ritenuto inammissibile la trasferibilità mediante un negozio del semplice possesso slegato dal bene, tacciando tali contratti di nullità per impossibilità dell'oggetto (in proposito Cass., 12.11.1996, n. 9884, *infra*, sez. III).

Dopo aver individuato nell'*animus possidentis* l'elemento discrezionale tra il possesso e la detenzione, le sez. un., cui la sentenza in epigrafe fa rinvio, affermano tuttavia che tale *animus* può riconoscersi in capo al soggetto che consegue il godimento di un bene solo in forza di un contratto ad effetti reali. Rappresentando il preliminare un titolo solo virtualmente traslativo risulta di per sé inidoneo a rendere il promittente acquirente possessore della cosa, in quanto l'assunzione dell'obbligo di stipulare un successivo contratto traslativo dimostra che la disponibilità del bene ha luogo con la piena consapevolezza dell'altruità della *res*. Appare dunque che sia la natura del titolo in forza del quale è avvenuta la consegna ad assumere valenza determinante, indipendentemente dalla volontà delle parti. Non si comprende allora la rilevanza assegnata all'indagine, pleonastica nell'economia della motivazione, relativa alla presenza dell'intenzione di considerare la cosa come oggetto di un proprio diritto reale.

Tale *iter* argomentativo non appare quindi totalmente coerente, confondendo le due classiche tesi sulla nozione di possesso. Tradizionalmente infatti si rinviene la teoria che ritiene il possesso composto dall'elemento oggettivo rappresentato dal *corpus possessionis*, il quale si identifica con il potere di fatto sulla cosa da parte del soggetto che esercita un'attività corrispondente a quella del titolare di un diritto reale, e dall'*animus possidentis* (cfr. su tutti SAC-

co, *infra*, sez. IV), contrapposta alla posizione che non riconosce rilevanza costitutiva a quest'ultimo elemento soggettivo discriminando invece in base al titolo in forza del quale si è iniziato ad esercitare il potere sulla *res*. Se tale potere trae la propria giustificazione in un diritto di credito vi sarà una detenzione, mentre se si fonda su un titolo attributivo di un diritto reale o sulla pretesa di utilizzare la cosa come se si fosse titolari di un diritto reale si ravviserà una situazione possessoria (cfr. FUNAIOLI, *infra*, sez. IV).

Nel precisare il titolo in forza del quale avviene la consegna della *res* le sez. un. osservano che lo scopo pratico perseguito dalle parti con la figura negoziale in oggetto consiste da un lato nel reciproco impegno alla stipula del contratto definitivo di vendita senza realizzare immediatamente l'effetto traslativo, dall'altro nell'ottenere anticipatamente le utilità che si ricaverrebbero dal definito. A questa duplicazione di funzioni corrisponde la su esaminata struttura polimorfa tripartita, che utilizza lo schema del preliminare di vendita, e dei contratti di comodato e mutuo gratuito, i quali mantengono tuttavia la propria autonomia causale. Conseguentemente al momento della consegna del bene al promissario acquirente, in esecuzione di quello che per gli ermellini è un contratto di comodato, le sez. un. deducono necessariamente la qualificazione della situazione soggettiva del promissario acquirente in termini di detenzione, indipendentemente dalla presenza della sua intenzione di possedere.

3. RICOSTRUZIONE MORFOLOGICO-FUNZIONALE DI UNA FIGURA DINAMICA. Risulta tuttavia opportuno osservare che la ricostruzione giuridica seguita dalla Supr. Corte nel definire la situazione soggettiva dei promissari acquirenti come detenzione – ricostruzione che conferma le sez. un. del 2008 – nel suo ordito apparentemente euclideo presta il fianco ad importanti valutazioni critiche. Il sillogismo apparentemente cristallino, secondo il quale stante la natura esclusivamente obbligatoria del preliminare si ha il necessario riconoscimento dell'appartenenza del bene al promittente venditore e dunque la qualificazione della disponibilità materiale della *res* come detenzione, si rivela espressione di convinzioni cristallizzate. Attraverso la suddetta analisi culminata nella creazione del già visto «cerbero strutturale» (così PUCE, *infra*, sez. IV) le sez. un. rimangono infatti ancorate alla concezione di preliminare come puro e semplice *pactum de contrahendo*, fonte di un mero obbligo di *facere*. In tal senso la decisione in commento, conforme all'indirizzo delle sez. un., pare risalire la corrente dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

Si ricorda infatti che la novella dell'art. 2645 *bis* cod. civ. ha introdotto la possibilità di trascrivere il preliminare di un negozio traslativo, per cui il promissario, sebbene non acquisti ancora la proprietà, per effetto della trascrizione acquisisce una sorta di «diritto all'acquisto» opponibile ai terzi. Lo statuto giuridico a tutela del promissario acquirente è stato progressivamente rinforzato anche dal formante giurisprudenziale come testimoniato da numerose pronunce di legittimità. Risulta infatti oramai pacifico che il promissario acquirente, attraverso la diretta applicazione della normativa a garanzia del venditore, possa esperire l'azione estimatoria e di eliminazione dei vizi, e inoltre, anche disgiuntamente da queste, chiedere l'esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 cod. civ., muovendo dall'impegno traslativo assunto dal promittente venditore con il preliminare, che rappresenta la fonte diretta delle situazioni giuridiche soggettive dei contraenti (cfr. Cass., sez. un., 27.2.1985, n. 1720, *infra*, sez. III). La sentenza del giudice infatti non si sostituisce alla volontà delle parti ma la suggella dando esecuzione ad un accordo già perfezionato. Il *trend* evolutivo si è poi arricchito di ulteriori tasselli. Si è infatti deciso che in ipotesi di sopravvenuto fallimento di un costruttore, il curatore non può esercitare la sua facoltà di risoluzione qualora la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto sia stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento (Cass., sez. un., 7.7.2004, n. 12505, *infra*, sez. III). In seguito in materia di preliminare di vendita di cosa altrui, si è riconosciuto al promittente venditore la possibilità di adempiere anche facendo ottenere alla controparte il trasferimento del bene direttamente dall'effettivo proprietario, senza che egli stesso debba prima procurarsi la proprietà per poi ritrasferirla al promissario acquirente (Cass., sez. un., 11.5.2006, n. 11624, *infra*, sez. III). In ultimo il d. legis. 12.9.2007, n. 169 (*Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80*), novellando l'art. 72 l. fall., ha stabilito che, in riferimento agli immobili ad uso abitativo, con l'apertura del fallimento del venditore il contratto preliminare – prosegue tra le parti ed il curatore è tenuto a stipulare il contratto definitivo se l'immobile è destinato a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente.

Da tale contesto emerge una raffigurazione del preliminare e del definitivo quali momenti di una sequenza procedimentale diretta alla realizzazione

di un assetto di interessi prodromico a quello che si realizza solo con il perfezionamento del definitivo. Il diritto che sorge dalla figura negoziale in esame assume quindi sostanzialmente le vesti di uno *ius ad rem* più che come semplice diritto di credito ad un mero *facere* avente contenuto contrattuale.

È necessario quindi chiarire l'incongruenza della locuzione «preliminare ad effetti anticipati», costantemente usata dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Infatti appare chiaro come il preliminare in oggetto non anticipi gli effetti del definitivo, che deve ancora stipularsi: l'anticipazione non riguarda l'effetto contrattuale della compravendita consistente nel doppio trasferimento in proprietà della *res* e del denaro, bensì concerne le prestazioni tipiche oggetto del futuro definitivo, vale a dire, il pagamento del prezzo e la consegna del bene. Quest'ultima, costituendo un atto materiale non negoziale, appare strumentale alla produzione di una relazione tra il promissario acquirente e la cosa caratterizzata dall'*animus rem sibi habendi* e dalla mancanza di un titolo in quanto il trasferimento del possesso non avverrebbe sulla base negoziale del preliminare ma proprio per effetto della consegna del bene al promissario acquirente. Si ricorda peraltro come numerose decisioni giurisprudenziali abbiano confutato la necessità ai fini del possesso della conoscenza del diritto altrui ovvero del regime giuridico della *res* su cui si esercita il potere di fatto, spingendosi ad ammettere la possibilità di presumere *iuris tantum* il possesso se vi è il comportamento materiale che il soggetto assume nei confronti del bene (cfr. Cass., 27.5.2003, n. 8422 e Cass., 12.5.1999, n. 4702, *infra*, sez. III).

Tuttavia anche assegnando alla consegna la semplice valenza di un atto neutro con il quale si trasferisce la materiale disponibilità del bene senza che ad essa possa assegnarsi un valore giuridico idoneo a definire la posizione del soggetto che riceve il bene, è possibile inferire la qualificazione della posizione giuridica del promissario acquirente in termini di possesso, inserendo la consegna nel contesto dinamico della figura in analisi.

Così bisogna intervenire con una sorta di rasoio di Occam sulla pletorica architettura strutturale edificata dalle sez. un., senza moltiplicare gli elementi oltre il necessario. Si dovrebbe infatti porre la figura in esame al di là delle colonne d'Ercole di un rigido strutturalismo configurandola come un'operazione economicamente unitaria. Attraverso il superamento della sequenza preliminare-definitivo si esaminerebbe l'atto di autonomia nel complesso, considerando la pluralità di interessi sottostanti, a prescindere dalle singole componenti, riconoscendo un'unica e composita sequenza che comprende il regolamento negoziale, le condotte

ad esso connesse al fine della realizzazione dei risultati previsti, e la situazione oggettiva complessiva. Assumendo la più recente accezione di causa come funzione economico individuale o dello scopo pratico secondo la quale, per individuare la causa del contratto, bisogna tener conto dei fini effettivi per i quali il contratto è stato perfezionato, fuggendo dalle determinazioni aprioristiche dell'accezione oggettiva (cfr. Cass., 24.7.2007, n. 16315 e Cass., 20.12.2007, n. 26958, *infra*, sez. III), si osserva come per i contraenti il loro rapporto appare definitivamente assestato, mancando solamente la formalizzazione dell'atto traslativo. Se infatti la causa rappresenta l'elemento in cui viene ad obbiettivarsi il valore complessivo dell'operazione economica che le parti hanno voluto esprimere mediante l'utilizzazione degli strumenti di autonomia contrattuale, dal loro comportamento, in particolare dalla consegna del bene e dal pagamento del prezzo quali anticipazioni delle prestazioni tipiche della futura compravendita, emerge quale causa concreta la previsione della conclusione di un futuro contratto. Si spiegherebbero così, da un lato l'immediato effetto traslativo della consegna del denaro, dall'altro il trasferimento del possesso dell'immobile al promissario acquirente, il cui *animus*, avendo pagato il prezzo per intero ed essendo stato immesso nella disponibilità della *res*, anche intuitivamente, non può essere assimilato a quello del comodatario o del conduttore, detentori *nomine proprio*, che utilizzano *pro tempore* il bene. Peraltro la figura del promittente alienante non potrebbe combaciare interamente con quella del comodante in quanto, nel caso in cui il preliminare sia stato trascritto, pur disponendo ancora della titolarità formale del dominio, egli non verrebbe privato solo della facoltà di godimento ma vedrebbe limitata anche la facoltà di disposizione.

Attraverso la figura negoziale in esame non si verifica quindi una vendita del possesso separato dal diritto cui fa riferimento, in quanto con la consegna le parti realizzano un semplice atto materiale che però si inserisce in un procedimento più ampio, apprezzabile nella complessiva operazione economica, finalizzato alla vendita del diritto reale. Salvo prova contraria, la consegna e il pagamento del prezzo, unitamente ad altri indici rivelatori successivi, rivelano l'intenzione del promissario di trattenere la disponibilità della cosa *ad modum domini*. La sussistenza della situazione possessoria si osserva a prescindere dalla teoria adottata. Infatti nella fattispecie in analisi è presente sia il potere di fatto sulla cosa, non dipendente da un titolo attributivo di un diritto di credito visto che manca qualsiasi obbligo restitutorio del bene, sia la volontà di esercitare sull'immobile una signoria corri-

spondente al diritto di proprietà, posto che il promissario utilizza o pretende di utilizzare la cosa *uti dominus* avendone pagato interamente il prezzo e sapendo di divenire a breve anche formalmente proprietario.

4. **CONCLUSIONE.** La sentenza in epigrafe rivela dunque un approccio ingessato alla figura negoziale in oggetto, tentando di imbrigliarla in schemi tradizionali, e adottando una visione approssimativa dell'assetto di interessi complessivo. Come sosteneva SANTI ROMANO (*infra*, sez. IV) infatti «bisogna essere esatti e precisi, ma la esattezza e la precisione richiedono che non si irrigidisca ciò che è flessibile e non si solidifichi ciò che è fluido». È quindi necessario valutare la posizione del promissario acquirente in maniera dinamica, cogliendo la sua situazione «in tensione» giacché egli pur non essendo formalmente proprietario ambisce ad esserlo, essendo tutelato in tale sua aspirazione, posto che, anche nel caso in cui non vi fosse il consenso del venditore, potrebbe ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto definitivo. La qualificazione del promissario acquirente in termini di detenzione non renderebbe fede alla suddetta progressione, frazionando inutilmente l'operazione economica che va invece osservata nell'unitarietà del suo divenire.

III. I precedenti

1. **PRELIMINARE C.D. AD EFFETTI ANTICIPATI: UN ROMPICAPPO STRUTTURALE.** Tra le pronunce più antiche in tema si ricorda CASS., 10.7.1929, n. 2681, in *Rep. Foro it.*, 1929, voce «Vendita», n. 69, che qualificò la fattispecie come concessione precaria. Rinvia la fonte dell'anticipata esecuzione delle prestazioni nel definitivo CASS., 30.12.1968, n. 4090, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 166. La distinzione tra le due tipologie di preliminare, puro e complesso, apparve timidamente a partire da CASS., 22.7.1977, n. 3272, *ivi*, 1978, I, 1, 229, seguita da CASS., 25.2.1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1631. La tesi che considera la figura in esame come un contratto atipico è stata sostenuta da CASS., 23.4.1980, n. 2679, in *Foro it.*, 1981, I, 177, mentre la configurazione alla stregua di un contratto complesso si rinviene in CASS., 3.9.1947, n. 1561, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 640, 433.

2. **STRUTTURA CONTRATTUALE E QUALIFICAZIONE SOGGETTIVA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE: LA SOLUZIONE DELLE SEZ. UN. DEL 2008.** Per le sez. un. cui si fa riferimento, CASS., sez. un., 27.3.2008, n. 7930, si veda questa *Rivista*, 2008, I, 1039. Sulla tesi della qualificazione del potere del promissario quale detenzione si veda CASS., 30.5.2000, n. 7142, in *Fal-*

limento, 2001, 590, e CASS., 24.11.2006, n. 24290, in *Contratti*, 2007, 578.

Considerano nulli i contratti in cui si trasferisce il possesso senza trasmettere il corrispondente diritto reale sul bene CASS., 12.11.1996, n. 9884, in *Riv. notar.*, 1998, 995; CASS., 8.8.1996, n. 7283, in *Mass. Giur. it.*, 1996; CASS., 27.11.1996, n. 8528, in *Contratti*, 1997, 468.

3. **RICOSTRUZIONE MORFOLOGICO-FUNZIONALE DI UNA FIGURA DINAMICA.** Sulla tutela del promissario acquirente si rinvia a CASS., 16.7.2001, n. 9636, in *Contratti*, 2002, 444; CASS., 26.5.2004, n. 10148, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, e prima ancora alla fondamentale CASS., sez. un., 27.2.1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1630. In materia di preliminare di vendita di cosa altrui e di preliminare di permuta in relazione ai rapporti con il fallimento sopravvenuto del permutante si vedano rispettivamente CASS., sez. un., 11.5.2006, n. 11624, in *Corr. giur.*, 2006, 1394, e CASS., sez. un., 7.7.2004, n. 12505, *ivi*, 2004, 1451.

Riconosce la neutralità della consegna CASS., 7.7.2000, n. 9106, in *Mass. Giur. it.*, 2000. Sulla superfluità della conoscenza del diritto altrui ai fini del possesso si vedano CASS., 27.5.2003, n. 8422, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, e CASS., 12.5.1999, n. 4702, *ivi*, 1999.

In tema di causa in concreto si vedano su tutte CASS., 24.7.2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, 845, e CASS., 20.12.2007, n. 26958, in questa *Rivista*, 2008, I, 531.

4. CONCLUSIONE.

IV. La dottrina

1. **PRELIMINARE C.D. AD EFFETTI ANTICIPATI: UN ROMPICAPPO STRUTTURALE.** Sul contratto preliminare in generale si rinvia all'approfondita analisi di PALADINI-GIUSTI, *Il contratto preliminare*, Giuffrè, 1992.

La tesi che sostiene la riconducibilità del preliminare c.d. ad effetti anticipati al contratto definitivo è sostenuta da AMOROSO, *Contratto preliminare di vendita e termine essenziale*, in *Dir. e giur.*, 1964, 421; MONTESANO, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra il contratto preliminare e il contratto definitivo ad effetti differiti?*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 286; PROTO PISANI, *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1895.

La compatibilità tra preliminare e esecuzione anticipata delle prestazioni è invece patrocinata da BIANCA, *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, I, Cedam,

1970, 154; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Cedam, 1991, 50; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 415.

Asseriscono la natura giuridica di contratto atipico e contratto misto rispettivamente ROCCHIO, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, in *Corr. giur.*, 2004, 1457, per la prima tesi, e ALESSI, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1972, 450, per la seconda.

2. STRUTTURA CONTRATTUALE E QUALIFICAZIONE SOGGETTIVA DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE: LA SOLUZIONE DELLE SEZ. UN. DEL 2008. Le sez. un. sono state oggetto di numerosi commenti tra i quali si ricordano SCALITI, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, in questa *Rivista*, 2008, I, 1046, cui si rinvia per ulteriori considerazioni e riferimenti e le osservazioni di PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, *ibidem*, II, 284. La qualificazione tripartita della figura in analisi è stata sostenuta già da GAZZONI, in *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Riv. notar.*, 2001, 723. Sui presupposti del collegamento contrattuale si rinvia su tutti alla lucida analisi di LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Giuffrè, 1999. Per la critica alla struttura del preliminare c.d. a effetti anticipati alla stregua di un collegamento negoziale, si veda tra gli altri PUCE, *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*, in *Corr. giur.*, 2008, 1090.

Sul rapporto tra possesso e detenzione si rinvia *ex multis* a SACCO-CATERINA, *Il possesso*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2000; ALCARO, *Il possesso*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2003; PATTI, voce «Possesso», in *Il Diritto. Enc. giur.*, XI, Il Sole 24 ore, 2007, 267. Sull'ammissibilità del trasferimento del possesso separatamente dal diritto reale correlato si vedano OBERTO, *L'oggetto della vendita in generale*, in *La vendita*, a cura di M. BIN,

I, Cedam, 1994, 435 e le suggestive analisi di MONTEL, *Il possesso*, nel *Trattato Vassalli*, V, 4, Utet, 1962, 215.

Per le tradizionali ricostruzioni della nozione di possesso si vedano, sulla teoria c.d. soggettiva SACCO, *Il possesso. La denuncia di nuova opera e di danno temuto*, nel *Trattato Grosso-Santoro Passarelli*, III, Vallardi, 1961, e sulla posizione c.d. oggettiva FUNAIOLI, *L'«animus» nel possesso e il dogma della volontà*, in *Giur. comm.*, 1951, 16.

3. RICOSTRUZIONE MORFOLOGICO-FUNZIONALE DI UNA FIGURA DINAMICA. Sugli effetti della trascrivibilità del preliminare si vedano LUMINOSO, *La compravendita*, III, Giappichelli, 2003, 379 e CORRIAS, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 1005. Sulla scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* cfr. GAZZONI, *Trascrizione del contratto preliminare di vendita ed obbligo di dare*, in *Notariato*, 1997, 19.

Osservano l'equivoco della definizione di «preliminare ad effetti anticipati» CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, 29 e DELFINI, *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare definitivo di compravendita*, in *Riv. notar.*, 1991, 828. Sul ruolo dell'atto di consegna si vedano ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita not.*, 1999, 487, e TOSCHI VESPASIANI, *La situazione soggettiva del promittente nel «preliminare ad effetti anticipati»*, in *Contratti*, 2008, 189.

Sul concetto di operazione economica si rinvia alle riflessioni di GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93, *Id.*, *I contratti in generale*, nel *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO, Utet, 1999, I, 31.

4. CONCLUSIONE. Si veda SANTI ROMANO, *Glissez, mortels, n'appuyez pas*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1947, 117.

IVAN LIBERO NOCERA