

Corte di Cassazione, Sez. II civile, ordinanza 14 giugno 2022, n. 19091 – Pres. Di Virgilio – Est. Poletti – Enel Distribuzione S.p.A. c. M.G.

*Conferma App. Palermo 21 febbraio 2017, n. 318.*

Contratto preliminare – Consegna anticipata – Possesso – Usucapione (c.c., art. 1158)

*Non è escluso che la consegna della cosa, quando legata ad una convenzione che non tende solo ad attribuire il godimento del bene (che si realizza attraverso il trasferimento della mera detenzione), possa assumere effetti attributivi della disponibilità possessoria, allorché è in funzione di un comune proposito di trasferimento di proprietà.*

*(Omissis). Fatti di causa.*

1. Con atto di citazione notificato il 5 aprile 2007, M.G. ha convenuto in giudizio, innanzi al Tribunale di Palermo, Enel Distribuzione S.p.A. (ora E-distribuzione S.p.A.), per sentirla condannare al pagamento della somma di Euro 19.500,00 (di cui Euro 6.000,00 riconosciuti da detta società come dovuti per “affitto forfettario pregresso”), oltre interessi, a titolo di indennità di occupazione di una unità immobiliare di sua proprietà nella quale la convenuta aveva installato una cabina per l'erogazione di energia elettrica, chiedendo altresì la condanna della stessa convenuta alla restituzione dell'immobile.

2. Costituitasi in giudizio, Enel Distribuzione S.p.A. eccepiva di esercitare il legittimo possesso dell'immobile per averlo conseguito in forza di un contratto preliminare stipulato da M.M. in data 9 settembre 1976 (a suo dire ad effetti reali anticipati) e chiedeva, in via riconvenzionale, il riconoscimento dell'avvenuta usucapione per possesso ultraventennale e, in subordine, la costituzione con sentenza costitutiva di una servitù di elettrodotto coattivo.

3. Con sentenza n. 5168 del 19 ottobre 2009 il Tribunale di Palermo rigettava la domanda con la quale l'attore chiedeva dichiararsi l'occupazione senza titolo

dell'immobile, respingendo la domanda di rilascio dell'immobile sul presupposto della vigenza del contratto preliminare, mai risolto; rigettava altresì la domanda di avvenuto riconoscimento dell'acquisto per usucapione, non essendo il contratto preliminare idoneo a fondare una situazione di possesso rilevante a tale effetto ma solo di detenzione e condannava la convenuta al pagamento, in favore dell'attore, della somma di Euro 13.673,60, oltre interessi, dovuta per il godimento fino al settembre 2008.

4. La Corte di Appello di Palermo, adita da Enel Distribuzione S.p.A., con sentenza n. 318/2017 del 2 dicembre 2016-21 febbraio 2017 respingeva il proposto gravame, come richiesto da parte appellata che si costituiva regolarmente in giudizio, ritenendo anzitutto infondata l'eccezione riguardante il difetto di legittimazione attiva dell'appellato, mai eccepito nel corso del giudizio di primo grado e, nel merito, rigettava sia la domanda di riconoscimento dell'avvenuto acquisto dell'immobile sia la subordinata domanda di costituzione di una servitù coattiva di elettrodotto. Confermava di contro la condanna di Enel Distribuzione S.p.A. al pagamento delle somme a titolo di occupazione come liquidate dal giudice di prime cure.

5. Con ricorso notificato il 6 settembre 2017, Enel Distribuzione S.p.A. ha chiesto la cassazione della sentenza della Corte di Appello di Palermo affidandosi a tre motivi di ricorso.

6. M.G. non ha presentato difese.

7. Il ricorso è avviato alla trattazione in Camera di consiglio ai sensi dell'art. 380-*bis*, comma 1 c.p.c.

*Motivi della decisione.* 1. - Il motivo da esaminare logicamente per primo è quello di natura processuale (sub 2 del ricorso per cassazione), concernente la titolarità attiva del rapporto. Il motivo è così rubricato: violazione e falsa applicazione di norme di diritto *ex art.* 360, n. 3 c.c. e, segnatamente, dell'art. 81 c.p.c.

Il ricorrente sostiene che la corte distrettuale avrebbe errato nel ritenere che la contestazione della legittimazione attiva del M.G. non integra una eccezione in senso stretto ma una mera difesa, che rimane assoggettata al generale onere della prova, la quale può essere raggiunta anche attraverso la mancata contestazione, come nel caso di specie. Richiamando all'uopo i principi stabiliti da Cass. SS.UU. n. 2951 del 16 febbraio 2016, il ricorrente sostiene invece il suo buon diritto ad eccepire la carenza di tale legittimazione in ogni stato e grado del giudizio, sostenendo

che manca la produzione da parte del resistente M.G. dell'accettazione dell'eredità di M.M.

1.2. La censura è inammissibile per essere la questione mal posta e comunque anche infondata.

Il ricorrente lamenta infatti la violazione dell'art. 81 c.p.c., che regola il fenomeno della sostituzione processuale, ossia dell'ipotesi in cui colui che agisce o resiste in giudizio pretende di esercitare un diritto, che sa essere altrui in nome proprio, ma le sue doglianze sono rivolte alla differente situazione della *legitimatio ad causam*, cioè alla titolarità del rapporto in capo al resistente. La diversità tra le due situazioni (affrontata nel precedente delle Sezioni Unite citato in ricorso: Cass., SS.UU. n. 2951/2016) è scolpita dal rilievo che la prima è questione processuale; la seconda attiene al merito e non alle regole procedurali (cfr. Cass. n. 4121/2004; Cass. n. 21087/2007).

Comunque, anche a superare il rilievo di non specificità del ricorso sul punto e a volere inquadrare diversamente la censura, facendo leva su quanto scritto a p. 15 dell'atto («l'eccezione dell'odierna ricorrente andava pertanto valutata dalla Corte di appello nel rispetto del principio di cui sopra – *id est*, quello affermato da Cass. SS.UU. 2951/16 – senza che possa in alcun modo applicarsi il principio di quell'art. 115 c.p.c.») e a ritenere pertanto che la norma assunta violata sia quest'ultima, la sentenza impugnata appare in conformità con i principi espressi dalle Sezioni Unite di questa Corte richiamata dalla stessa parte ricorrente, la quale ha sancito, tra l'altro, che la questione della titolarità della posizione soggettiva vantata in giudizio attiene al merito della causa e, di conseguenza, compete al sovrano apprezzamento del giudice al quale l'accertamento del fatto appartiene. Aggiunge questo arresto delle Sezioni Unite (seguito, ad esempio, da Cass. n. 14652/2016, n. 15037/2016, n. 22525/2018) che la titolarità della posizione soggettiva è un elemento costitutivo del diritto fatto valere con la domanda, che l'attore ha l'onere di allegare e di provare, ma la prova può essere data in positivo dall'attore, «anche in forza del comportamento processuale del convenuto, qualora quest'ultimo riconosca espressamente detta titolarità oppure svolga difese che siano incompatibili con la negazione della titolarità». La valutazione in ordine sia alla prova fornita in positivo dall'attore, sia riguardo al comportamento processuale del convenuto, compete al giudice del merito e non si presta ad un sindacato della Corte di legittimità al di fuori dei limiti in cui esso è consentito.

1.3. Nel caso di specie, la corte distrettuale – dinanzi alla posizione di Enel Distribuzione S.p.A., che solo in grado di appello ha eccepito che «non c'è in atti prova dell'avvenuta accettazione dell'eredità» – ha ritenuto correttamente di poter evincere la prova della legittimazione dell'erede M.G. dal comportamento della stessa società ricorrente, che ha svolto «una difesa incompatibile con il disconoscimento di tale qualità» (Cass., 10 luglio 2014, n. 15759) e ha riconosciuto documentalmente (con la lettera del 28 marzo 2002 richiamata in sentenza, con la quale Enel si rivolge al M.G.) la qualità nell'intimato di erede di M.M.

Proprio rispetto al figlio che aziona in giudizio un diritto del genitore, come nel caso di specie, si può altresì precisare che secondo questa Corte costituisce atto di accettazione tacita dell'eredità l'esercizio stesso dell'azione (Cass. Sez. II, ord. n. 6745 del 19 marzo 2018).

2. Il primo motivo di ricorso, con il quale si deduce la violazione o falsa applicazione di norme di diritto e, segnatamente, dell'art. 1158 c.c., è infondato.

Il ricorrente censura la sentenza impugnata nel punto in cui ha ritenuto non fondato il motivo di appello relativo al rigetto della domanda di riconoscimento dell'avvenuto acquisto per usucapione dell'immobile di cui è causa. La decisione della corte locale ha tenuto conto del principio, da tempo consolidato nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità, per cui «Nella promessa di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori. Pertanto, la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile *ad usucapionem*, salvo la dimostrazione di un'intervenuta *interversio possessionis* nei modi previsti dall'art. 1141 c.c.» (Cass. SS.UU., Sentenza n. 7930 del 27 marzo 2008; conformi, Cass. Sez. II, Sentenza n. 1296 del 25 gennaio 2010, Rv. 611222; Cass. Sez. II, Sentenza n. 9896 del 26 aprile 2010, Rv. 612577; Cass. Sez. II, n. 5211 del 16 marzo 2016, Rv. 639209; Cass. Sez. III, Sentenza n. 24637 del 2 dicembre 2016, Rv. 642328; Cass. Sez. II, Ordinanza n. 29594 del 22 ottobre 2021, Rv. 662568; Cass. Sez. II, Ordinanza n. 4936 del 20 gennaio 2022).

E anche se non è escluso che la consegna della cosa, quando legata ad una

convenzione che non tende solo ad attribuire il godimento del bene (che si realizza attraverso il trasferimento della mera detenzione), possa assumere effetti attributivi della disponibilità possessoria, allorché è in funzione di un comune proposito di trasferimento di proprietà (Cass. Sez. II, ord. n. 41027 del 21 dicembre 2021), nel caso di specie la motivazione della sentenza gravata appare immune da vizi logici e fa corretta applicazione della norma denunciata come violata, ritenendo incompatibile con l'*animus possidendi* la dichiarazione di debenza di somme a titolo di “affitto forfettario pregresso” e considerando altresì, con argomentazioni logiche e non censurabili in questa sede, che certe condotte (come, nel caso di specie, l'apposizione del lucchetto all'ingresso della cabina elettrica da parte della società ricorrente) non possano essere considerate in maniera inequivoca come atti compiuti *prohibente domino*, capaci di generare una *interversio possessionis* (risultando giustificate dalla necessità di custodire e di proteggere quadri elettrici e quanto di proprietà dell'ente collocato nel locale). Per di più farebbe difetto, ai fini del riconoscimento dell'avvenuta usucapione, il requisito del sufficiente decorso temporale, non risalendo la pretesa *interversio possessionis* a venti anni addietro.

3. Il terzo motivo è così rubricato: «omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti» (art. 360 c.p.c., n. 5). Sostiene il ricorrente che la condanna al pagamento dell'indennità di occupazione disposta dal giudice di primo grado è contraddittoria con la perdurante attribuzione di effetti del contratto preliminare di compravendita e che tale punto della decisione non è stato oggetto di esame da parte della Corte di appello.

Il motivo è inammissibile. Anzitutto la censura non appare rivolta a lamentare l'omesso esame di un fatto nel senso in cui questa Corte inteso il controllo previsto dall'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5. Non si fa infatti riferimento, nell'ordine, *a)* a un vero e proprio “fatto”, in senso storico e normativo; *b)* a un preciso accadimento, ovvero una precisa circostanza da intendersi in senso storico-naturalistico (cfr. Cass., SS.UU., n. 5745 del 2015); *c)* a un dato materiale, un episodio fenomenico rilevante, e le relative ricadute di esso in termini di diritto (cfr. Cass. n. 5133 del 2014); *d)* a una vicenda la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali (cfr. Cass. SS.UU. n. 8053 del 2014).

Inoltre, diversamente da quanto asserito dal ricorrente, risulta che la circostanza dedotta dallo stesso, sia pure impropriamente qualificata “fatto decisivo”, lungi

dall'essere stata omessa, sia stata presa in considerazione dalla Corte di Appello palermitana. Questa ha infatti specificamente analizzato il motivo di gravame sul punto della condanna di Enel Distribuzione S.p.A. al pagamento delle somme a titolo di occupazione, confermando la decisione di prime cure che si è «semplicemente limitata a liquidare la somma dovuta per il periodo successivo a quello già quantificato dall'Enel, sulla base degli accertamenti, peraltro non contestati, demandati al CTU».

La dichiarazione di debenza delle somme non appare quindi contraddittoria con la perdurante efficacia attribuita al preliminare, che di per sé non giustificherebbe il pagamento delle somme per la detenzione della res (sorretta dal comodato). La spettanza di tali importi è stata infatti ammessa dallo stesso ricorrente, dapprima con il riconoscimento di debito contenuto nella nota Enel del 10 aprile 2003 per 6.000 Euro, poi con un contegno processuale di mancata contestazione delle residue spettanze fino alla concorrenza della somma liquidata.

Da qui il rigetto anche di tale motivo, che rivela anche tratti di infondatezza.

4. Non è dovuta alcuna decisione sulle spese del presente giudizio, non essendovi costituzione dell'intimato e controricorso. (*Omissis*).

### *Preliminare di vendita, consegna “anticipata” e comodato*

[FRANCESCO SCAGLIONE<sup>(\*)</sup>]

Una società di distribuzione di energia elettrica, erogata mediante una cabina installata in un immobile di proprietà dell'attore, era stata convenuta innanzi al Tribunale di Palermo affinché fosse condannata al pagamento di una somma di denaro a titolo di indennità di occupazione e alla restituzione dell'immobile stesso. La difesa della società era fondata in primo luogo sull'esistenza di un preliminare di vendita – stipulato più di trent'anni prima dalla convenuta, in qualità di promittente acquirente, con il defunto genitore

---

<sup>(\*)</sup> Università degli Studi di Perugia.

dell'attore – che avrebbe determinato a suo favore l'acquisto per usucapione dell'immobile, attesa l'equivalenza della consegna anticipata di quest'ultimo ad una anticipazione degli effetti reali della vendita, con conseguente possesso ultraventennale del bene. Tuttavia, sia il Tribunale che la Corte d'Appello di Palermo, in sede di gravame, respingevano questa tesi ribadendo l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, già espresso dalle Sezioni unite della Cassazione, secondo cui la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori, con conseguente detenzione qualificata in capo al promissario acquirente<sup>(1)</sup>. La Suprema Corte, pur confermando la sentenza della Corte d'Appello, tuttavia, tiene un piede nella staffa dell'opinione contraria minoritaria, affermando che, in linea di principio, non è escluso che la consegna della cosa, quando legata ad una convenzione che non tende solo ad attribuire il godimento del bene (che si realizza attraverso il trasferimento della mera detenzione), possa assumere effetti attributivi della disponibilità possessoria, allorché sia in funzione di un comune proposito di trasferimento di proprietà. Questa soluzione, pertanto, punta sulla funzione anticipatoria degli effetti del trasferimento del diritto in ordine al patto – accessorio al preliminare di compravendita – di immediato trasferimento del possesso. Ne deriva che il suddetto patto accessorio renderebbe inapplicabile la regola generale secondo cui la consegna attribuisce il possesso solo nel caso di contratti ad effetti reali, mentre attribuisce la detenzione nell'ipotesi di contratto ad effetti obbligatori<sup>(2)</sup>. La

---

<sup>(1)</sup> Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Giur. it.*, 2008, p. 2461. Su questa pronuncia v. il commento di F. SCAGLIONE, *Contratto preliminare e comodato strumentale*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1160 ss. In senso conforme, v., *ex plurimis*, Cass., 5 febbraio 2019, n. 3305, in *leggiditalia.it*; Cass., 22 ottobre 2021, n. 29594, *ivi*; Cass., 15 febbraio 2022, n. 4936, *ivi*. In argomento, v. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2016, p. 1224 ss.; R. CALVO, *Contratto preliminare. Art. 1351*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, p. 159 ss.

<sup>(2)</sup> Cfr. R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2014, p. 115. La soluzione minoritaria è accolta in modo esplicito da Cass., 21 dicembre 2021, n. 41027, in *leggiditalia.it*, secondo cui «La convenzione negoziale con cui un soggetto riceve da un altro il godimento di un bene, con patto di futura vendita in proprio favore, essendo finalizzata, per comune proposito delle parti, al trasferimento della pro-

ragione per la quale la Cassazione conferma la decisione impugnata, però, risiede innanzitutto nella constatazione, di natura fattuale, che, nel caso di specie, è stato esattamente ritenuto dai giudici di merito incompatibile con l'*animus possidendi* la dichiarazione di debenza di somme da parte della società ricorrente a titolo di "affitto forfettario pregresso"; né, d'altra parte, vi sono elementi da cui dedurre una *interversio possessionis* (che, in ogni caso non permetterebbe l'usucapione, mancando il decorso del ventennio da essa).

L'ordinanza in epigrafe offre lo spunto per riflettere in modo articolato sui limiti dell'orientamento dominante, facente capo all'indirizzo già ricordato delle Sezioni unite, che invece statuisce in linea generale la inammissibilità di un acquisto del possesso in capo al promissario acquirente di un immobile, a seguito della consegna del bene effettuata dal promittente venditore prima della stipula del contratto definitivo<sup>(3)</sup>. In particolare, si è affermato che il promissario acquirente, immesso nel godimento dell'immobile, ne consegue la mera detenzione e, pertanto, in assenza di atti di interversione, egli non può acquistarne la proprietà per usucapione<sup>(4)</sup>.

La soluzione *de qua* è fondata sul riconoscimento della natura meramente obbligatoria degli effetti del preliminare: se il possesso è «un potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale» (art. 1140 c.c.), esso non può essere trasferito per contratto separatamente dal diritto reale di cui costituisce l'immagine esterna.

---

prietà o di un diritto reale, determina, quale anticipazione dell'effetto giuridico finale perseguito, il passaggio immediato del possesso del bene medesimo, la cui consegna costituisce, pertanto, atto idoneo ai fini del relativo acquisto per usucapione». Nello stesso senso, v. già Cass., 22 luglio 2003, n. 11415, in *Notariato*, 2005, p. 169; Cass., 13 luglio 1993, n. 7690, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 626.

<sup>(3)</sup> Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, cit.

<sup>(4)</sup> Cfr. G. BOZZI, *I contratti preparatori*, in D. VALENTINO (a cura di), *I contratti di vendita*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, 7, Torino, 2007, p. 141, il quale opportunamente ricorda che la qualificazione della posizione del promissario acquirente in termini di possesso o detenzione è rilevante, oltre che ai fini di un'eventuale usucapione *ex art.* 1158 c.c., anche per l'applicabilità degli artt. 1148, 1168, 2° comma (ovvero anche 1170), c.c., ed in via analogica degli artt. 1585, 1° comma e 844 c.c.

La conseguenza è che il promissario acquirente è titolare di un diritto personale e non reale<sup>(5)</sup>.

Un ingegnoso *escamotage* di origine dottrinale ha inoltre permesso ai giudici di rinvenire la giustificazione del godimento anticipato dell'immobile a favore del promissario acquirente nell'esistenza di un contratto di comodato collegato al preliminare<sup>(6)</sup>, essendo il comodatario un detentore qualificato.

Del resto, si dice, la consegna della cosa è un atto neutro<sup>(7)</sup>: da essa, quale atto reale non negoziale, non può desumersi lo *status* di possessore o di detentore dell'*accipiens*.

Tuttavia, è necessario chiedersi se il profilo causale dell'operazione ne-

---

<sup>(5)</sup> R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 116, secondo i quali «Il creditore che ha diritto di ricevere la proprietà di una cosa determinata è pur sempre un creditore, e non esercita il diritto reale di cui all'art. 1140». Nello stesso senso, v. A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Dig. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 283 ss.; ma v. F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. prin. Bessone*, XIII, t. II, Torino, 2000, p. 584 ss.

<sup>(6)</sup> Cfr. F.M. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Riv. not.*, 2001, p. 723 ss., spec. p. 731; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 150. Analogamente, si è fatto ricorso al mutuo gratuito collegato al preliminare per giustificare la parziale anticipazione del prezzo della vendita non ancora conclusa. Al momento della conclusione del definitivo, le prestazioni di consegna della cosa e di pagamento del prezzo si realizzerebbero, rispettivamente, mediante *traditio brevi manu* e compensazione con l'obbligazione restitutoria delle somme date a mutuo. Sul punto, v. A.P. UGAS, *La consegna anticipata nel preliminare di vendita: spunti di riflessione sul possesso*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 121 ss., nt. 20, la quale osserva però che «la tesi parrebbe ipotizzare che l'estinzione del dovere di restituzione del mutuo e quello di prezzo operi automaticamente; per assumere questa conclusione si dovrebbe quantomeno (ma forse neppure questo potrebbe essere sufficiente) verificare l'esistenza di un accordo di compensazione di cui non sembra affatto esservi traccia nel preliminare ad effetti anticipati».

Nell'ipotesi di promessa di vendita di bene immobile, effettuata da parte di una cooperativa edilizia – tramite prenotazione di alloggio – a favore di un socio della stessa (promissario acquirente), alla quale era seguita la consegna anticipata del bene, la posizione giuridica del socio prima dell'assegnazione definitiva è stata equiparata a quella del conduttore, con conseguente applicabilità dell'art. 1576 c.c., in ordine all'obbligo gravante sulla cooperativa di mantenimento dell'immobile in buono stato locativo: Cass., 8 luglio 2020, n. 14157, in *Corr. giur.*, 2021, p. 501, con nota di M. VITI, *Preliminare ad effetti anticipati: la Cassazione conferma la teoria del collegamento negoziale*.

<sup>(7)</sup> In questi termini v. F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., p. 593.

goziale, delineato dagli interessi delle parti, influisca sulla determinazione del valore giuridico della consegna. A nostro avviso, la risposta è positiva. Il giudice civile, infatti, è chiamato a ricostruire gli interessi privati, dei quali si chiede l'attuazione in via coattiva. Questa operazione ermeneutica, ricostruttiva degli interessi, è necessaria per la valutazione di essi, *sub specie* di liceità e meritevolezza della tutela<sup>(8)</sup>.

Orbene, la fattispecie concreta che ha dato origine alla rimessione della causa innanzi alle Sezioni unite presenta delle peculiarità da considerare attentamente.

Si trattava di un preliminare di vendita di un appartamento, stipulato alla fine degli anni Sessanta; il promissario acquirente – oltre ad accollarsi un mutuo pregresso – aveva corrisposto un acconto assai modesto sul prezzo pattuito, ottenendo la contestuale consegna del bene e impegnandosi a versare ratealmente al promittente alienante la restante somma. Tuttavia, non venivano stabiliti né i termini per i versamenti delle rate, né quello per la conclusione del definitivo, che il promissario si obbligava a concludere a semplice richiesta della controparte. Trascorsi quasi trent'anni dalla stipula del preliminare, il promissario acquirente, non avendo mai ricevuto l'invito a stipulare il definitivo, né versato alcuna rata oltre l'iniziale acconto, chiedeva al Tribunale di Napoli di dichiarare l'intervenuto suo acquisto della proprietà dell'immobile per usucapione. La domanda veniva accolta, ma la Corte d'Appello di Napoli riformava la sentenza, statuendo che la situazione originata dalla consegna del bene in capo al promissario si configurava come detenzione e non come possesso utile all'usucapione.

---

<sup>(8)</sup> In giurisprudenza, *ex plurimis*, v. Cass., 25 gennaio 2022, n. 2173, in *leggiditalia.it*; Cass., 17 novembre 2021, n. 34795, *ivi*; Cass., 14 settembre 2021, n. 24699, *ivi*; Cass., Sez. un., 29 gennaio 2021, n. 2142, *ivi*; Cass., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, *ivi*; Cass., Sez. un., 8 marzo 2019, n. 6882, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2690 ss.; Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3015 ss.; Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460 ss. In dottrina, v., per tutti, A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, pp. 75 ss., 120 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2019, p. 409 ss.; ID., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 588 ss.

Che tipo di interesse giustifica l'inerzia - così a lungo protratta nel tempo - del promittente venditore?

La consistenza minima dell'acconto sul prezzo versato alla stipula del preliminare e l'assenza di qualsiasi iniziativa da parte del promittente venditore in ordine alla conclusione del definitivo per oltre un quarto di secolo, sono segni che lasciano intravedere un interesse di costui così labile da perdere quasi il requisito della patrimonialità. Tuttavia, è forse l'accollo del mutuo residuo da parte del promissario compratore il vero interesse patrimoniale che muove il promittente alla stipulazione.

Viceversa, l'interesse del promissario è marcatamente patrimoniale, come testimoniato dalla immediata consegna dell'immobile in suo favore.

Deriva che il contratto stipulato dalle parti ben potrebbe integrare una vendita obbligatoria conclusa sotto le mentite spoglie di un preliminare<sup>(9)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 980, secondo cui «la categoria italiana del preliminare di vendita è parzialmente mentitoria, perché dissimula nel suo seno la vendita ad efficacia obbligatoria; e la categoria italiana della vendita obbligatoria è essenzialmente mentitoria, perché viene riempita mediante ipotesi di vendita ad efficacia reale sospesa o dilazionata»; ID., *La preparazione del contratto*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno, Obbligazioni e contratti*, 10, II, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, p. 497.

Un'importante apertura all'obbligo di dare (e non solo e non tanto di fare, cioè prestare il consenso) quale contenuto del preliminare proviene da Cass., Sez. un., 18 maggio 2006, n. 11624 (in *Foro it.*, 2006, I, c. 2009; in *Contratti*, 2006, p. 975; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1394; in *Vita not.*, 2006, p. 802), seguita da Cass., 23 novembre 2007, n. 24448 (in *Notariato*, 2008, p. 243), ove la giustificazione dell'applicazione analogica dell'art. 1478 c.c. al caso di ignoranza del promissario acquirente circa l'altruità della cosa promessa in vendita risiede nell'opinione che il preliminare obblighi al trasferimento della proprietà piuttosto che alla conclusione del definitivo tra le medesime parti. Viceversa, è stata esclusa l'applicabilità del rimedio della risoluzione *ex art.* 1479 c.c. fuori del caso di vendita definitiva. Deriva che il promittente venditore di una cosa che non gli appartiene, anche nel caso di buona fede dell'altra parte, può adempiere la propria obbligazione procurando l'acquisto del promissario direttamente dall'effettivo proprietario. Cfr. anche Cass., 30 maggio 2018, n. 13577, in *Imm. e propr.*, 2018, p. 465.

Sulla configurazione del definitivo come atto solutorio, v. A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 96 ss. Sulla complessa questione del rapporto preliminare-definitivo sono fondamentali le riflessioni di P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 118, nt. 82.

L'interesse delle parti è sostanzialmente un interesse di natura *finale*, mentre la rateizzazione del prezzo fa pensare subito alla vendita con riserva della proprietà (art. 1523 c.c.).

Il compratore, quindi, è possessore, essendo titolare di un diritto reale (proprietà a termine iniziale o condizionata)<sup>(10)</sup>. La consegna è, in questo caso, l'atto di immissione del compratore nel possesso del bene. Coerente, oltre che conforme ad equità, dunque, sarebbe stata l'ammissibilità dell'usucapione ventennale. A tacer d'altro, poi, la situazione possessoria riconosciuta in capo al promissario acquirente avrebbe consentito a costui di esercitare, oltre l'azione di spoglio, anche l'azione di manutenzione *ex art.* 1170 c.c. Non si può, infatti, ritenere che il promittente venditore, il quale non si cura in alcun modo per ventotto anni di riscuotere il prezzo, abbia interesse ad agire entro l'anno dalla turbativa per far cessare molestie che danneggiano soltanto il promissario acquirente-consegnatario.

Chiamare in causa il comodato collegato al preliminare è, in questo caso, operazione ermeneutica errata, perché non tiene conto della specifica conformazione degli interessi dei contraenti.

Costoro non annettono alla consegna altro significato che quello di consentire l'esercizio di facoltà di godimento tipiche del proprietario al promissario acquirente, il quale mostra chiaramente, sotto il profilo dell'*animus*, di non riconoscere l'altruità del possesso; egli, infatti, non si preoccupa minimamente di adempiere il preliminare<sup>(11)</sup>.

Inoltre, manca del tutto la funzione di controllo delle sopravvenienze

---

<sup>(10)</sup> R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 114.

<sup>(11)</sup> Diversamente, in commento alla sentenza delle Sezioni Unite in esame, v. S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 286: «Se la disponibilità del bene dipende dall'esistenza di un titolo – nel caso in esame dal contratto (di comodato) – ricorre sempre una situazione di diritto: la detenzione. Nessuna rilevanza è attribuita dalla legge all'elemento soggettivo di chi riceve il bene. Se viceversa la disponibilità del bene non è collegata ad un titolo, si configura sempre una situazione di fatto, il possesso. Non occorre quindi fare riferimento all'*animus rem sibi habendi* per distinguere le due fattispecie, che – al contrario di quello che si legge spesso perfino nei Manuali – non sono entrambe situazioni di fatto, poiché situazione di fatto è soltanto il possesso».

che, di regola, caratterizza il preliminare, avuto riguardo agli interessi delle parti emergenti dalla vicenda contrattuale<sup>(12)</sup>.

Non v'è, infatti, alcun giudizio di convenienza che le parti si riservano di rinnovare alla stipula del definitivo: l'interesse patrimoniale di ciascun contraente è di natura *finale*.

La consegna "anticipata" dell'immobile promesso in vendita, però, può costituire un atto che mira a consentire e facilitare l'attuazione dell'effetto reale, permettendo al promissario acquirente di ottenere subito la materiale disponibilità del bene, senza dover attendere la stipula del definitivo.

Ciò dipende essenzialmente dall'interpretazione del contratto secondo buona fede, al fine di evidenziare gli interessi dei contraenti<sup>(13)</sup>.

Non si tratta, pertanto, di anticipazione degli effetti del definitivo, ma di consegna immediata della *res* per soddisfare l'interesse del promissario al godimento immediato di essa, in funzione preparatoria dell'effetto reale. Questo interesse patrimoniale del promissario, al pari di quello del promittente, è, quindi, di natura *strumentale* rispetto all'attuazione dell'effetto reale.

Si pensi all'ipotesi di lavori di ristrutturazione urgenti dell'immobile, che il promissario compratore deve realizzare al più presto e che il promittente venditore, deciso a disfarsi del bene, non vuole o non può sostenere a proprie spese. La necessità del preliminare sorgerebbe allora, ad esempio, qualora il promissario compratore non avesse ancora la somma sufficiente per procedere all'acquisto definitivo, oppure se il promittente venditore dovesse ancora liberare l'immobile da ipoteche che gravano su di esso.

La prassi giuridica conosce, poi, il preliminare di permuta di terreno edificabile con appartamento da costruire sul terreno stesso: la consegna immediata dell'immobile è il presupposto indispensabile affinché l'altra parte possa eseguire l'opera<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Sul controllo delle sopravvenienze e sul vantaggio processuale che ne deriva al promittente acquirente, v. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, pp. 152 ss., 174 ss., 190 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 334 ss.

<sup>(14)</sup> Cfr. R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991, p.

Questa essendo la funzione della consegna contestuale al preliminare, non avrebbe alcun senso ammettere un possesso *ad usucapionem* in capo al promissario-acquirente, altrimenti si traviserebbe lo scopo per il quale è avvenuta la *traditio*.

Il godimento dell'immobile, così come non consegue all'acquisto della proprietà, non può neppure ricollegarsi ad un'attività corrispondente all'esercizio del diritto reale: i contraenti, infatti, condividono la natura meramente strumentale e non finale del godimento medesimo.

Pertanto, il diritto del promissario è un diritto personale e non reale; il titolo costitutivo di esso deve allora essere ricercato necessariamente in un contratto obbligatorio attributivo del (solo) diritto di godimento.

Questo titolo, però ha la struttura del comodato, ma gli interessi perseguiti e condivisi dalle parti (causa) sono diversi da quelli pensati e posti a fondamento dal legislatore per detto contratto, perché il tipo gratuito è strumentale all'attuazione dell'effetto reale<sup>(15)</sup>.

Viceversa, il nesso strumentale tra la consegna ed il contratto definitivo può mancare: ma è compito del giudice individuare gli interessi rilevanti delle parti ed il loro assetto concreto per valutare con esattezza la posizione giuridica del consegnatario.

Secondo la ricostruzione dei giudici di legittimità, il preliminare può avere regolare esecuzione soltanto tramite l'esecuzione del comodato ad esso funzionalmente collegato.

Non v'è, però, nella motivazione della sentenza, alcun riguardo agli interessi delle parti, dai quali, invece, dovrebbe emergere la già esaminata natura strumentale del comodato.

Orbene, abbiamo visto che l'attribuzione patrimoniale può essere effettuata unicamente in vista del vantaggio economico futuro che il promittente venditore si attende dall'esecuzione del preliminare.

Questo motivo dell'attribuzione penetrato nell'atto costituisce la causa di

---

50 ss.

<sup>(15)</sup> Secondo S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, cit., p. 286, lo stesso contratto preliminare potrebbe costituire il titolo richiesto dalla legge per configurare la detenzione.

esso, giustificando l'acquisto della detenzione in capo al promissario acquirente-comodatario.

L'attribuzione del godimento della *res* è quindi compensata e giustificata dal vantaggio che il comodante intende conseguire con la stipula del contratto definitivo di vendita.

Ciò significa, innanzitutto, che l'interesse del comodante è di natura patrimoniale, ma è anche strumentale perché egli riveste la qualità di promittente venditore.

Si tratta di una vera e propria *causa esterna* del comodato, che è resa manifesta dall'esistenza del preliminare.

Inoltre, che il motivo dell'attribuzione sia *condiviso* dai contraenti – divenendo in tal modo fondamento dell'atto – risulta chiaramente dalla coincidenza delle parti e del bene oggetto del contratto gratuito-mezzo, del preliminare ad esso collegato e, infine, del contratto oneroso finale (la vendita da stipulare).

Il comodato *collegato* ad un preliminare di vendita immobiliare è tuttavia soggetto a una disciplina peculiare, derivante dalla natura strumentale dell'interesse delle parti, che viene attratto dall'interesse finale posto a fondamento della vendita, ma non coincide con quest'ultimo.

In questo caso, la causa esterna del comodato impone invece una disciplina del rapporto *idonea a garantire l'attuazione dell'interesse finale*.

Così, ad esempio, non avrebbe alcun senso un'obbligazione restitutoria in capo al comodatario (art. 1809 c.c.), perché è la stessa stipula del definitivo a caducare gli effetti interinali del comodato strumentale. Un eventuale obbligo restitutorio del bene consegnato deriverebbe unicamente dalla risoluzione del preliminare per inadempimento o dal suo scioglimento per mutuo dissenso.

Del pari, un obbligo di custodia del comodatario (art. 1804 c.c.) è addirittura inconcepibile, se lo scopo del comodato è quello di consentire la realizzazione di opere di trasformazione del bene in vista della stipula del definitivo.

Una storica decisione delle Sezioni Unite della S.C. di quasi quarant'anni fa sancì, per la prima volta, che il promittente acquirente di immobile da

costruire può domandare, contestualmente all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, la riduzione del prezzo per la presenza di vizi e difformità nella cosa<sup>(16)</sup>.

Ferma restando, dunque, l'eventuale azione *ex art.* 2932 c.c., rientrante nella disciplina tipica del preliminare, le regole da applicare al comodato devono essere orientate a consentire l'esatta attuazione dell'interesse finale, condiviso dai contraenti, alla realizzazione dell'effetto reale, mantenendo inalterato l'equilibrio sinallagmatico concordato.

Non può stupire, allora, che, ad esempio, la consegna di un bene affetto da vizi comporti rimedi risarcitori che possono ricondursi all'art. 1490 c.c., ma di certo non saranno applicabili gli artt. 1495 e 1497 c.c. per la garanzia dei vizi<sup>(17)</sup>. Viceversa, sarà sempre applicabile l'art. 1460 c.c.<sup>(18)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> Cass., Sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1697 ss., con nota di F. MACARIO, *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva del preliminare «rettificato»*; in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 1630, con nota di A. DI MAJO; in *Corr. giur.*, 1985, p. 627, con nota di V. CARBONE; in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, p. 303 ss., con nota di E. GABRIELLI, *Il «preliminare ad effetti anticipati» e la tutela del promissario acquirente*. Nello stesso senso, v. Cass., 18 giugno 1996, n. 5615, in *Corr. giur.*, 1997, p. 48, con nota di A. PALMIERI; Cass., 26 maggio 2004, n. 10148, in *Notariato*, 2004, p. 461; Cass., 14 gennaio 2010, n. 477, in *leggiditalia.it*; Cass., 15 aprile 2016, n. 7584, *ivi*.

<sup>(17)</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., pp. 590-591.

<sup>(18)</sup> Cass., 29 aprile 1998, n. 4354, in *Rep. Foro it.*, 1998, *Vendita*, n. 52: «Le norme sulla garanzia per i vizi della cosa venduta, in quanto presuppongono l'avvenuto trasferimento della proprietà della stessa, non trovano applicazione in tema di contratto preliminare di vendita, il quale è caratterizzato dalla mancanza dell'effetto traslativo; pertanto, in caso di preliminare di vendita di un appartamento, con consegna dello stesso prima della stipula dell'atto definitivo e correlativo inizio del pagamento rateale del prezzo da parte del promissario acquirente, la presenza di vizi nella cosa consegnata abilita quest'ultimo - senza che sia necessario il rispetto del termine di decadenza di cui all'art. 1495 c.c. per la denuncia dei vizi della cosa venduta - ad opporre la *exceptio inadimpleti contractus* al promittente venditore che gli chieda di aderire alla stipulazione del contratto definitivo e di pagare contestualmente il saldo del prezzo, e lo abilita altresì a chiedere, in via alternativa, la risoluzione del preliminare per inadempimento del promittente venditore ovvero la condanna di quest'ultimo ad eliminare a proprie spese i vizi della cosa». In senso conforme, v. Cass., 11 ottobre 2013, n. 23162, in *leggiditalia.it*.