

CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI ED ACQUISTO AD USUCAPIONEM

di Andrea Greco

Cass. civ. Sez. II, 16/03/2016, n. 5211

“Nella promessa di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si realizza un'anticipazione degli effetti traslativi, fondandosi la disponibilità conseguita dal promissario acquirente sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori, sicché la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile "ad usucapionem" ove non sia dimostrata una "intersersio possessionis" nei modi previsti [dall'art. 1141 c.c.](#)”

1. LA VICENDA PROCESSUALE.

La vicenda da cui trae origine la sentenza in commento è così sintetizzabile.

Tre fratelli convenivano in giudizio la curatela fallimentare di un altro germano, perché fosse dichiarato l'acquisto in loro favore per usucapione di tre appartamenti di proprietà di detto prossimo congiunto.

Primo e secondo grado venivano definiti con la declaratoria di acquisizione per usucapione dei cespiti immobiliari.

Ricorre per cassazione la curatela fallimentare.

2. I MOTIVI DI RICORSO.

Per la curatela fallimentare lo spiegato ricorso verte sulla sussistenza di un errore, in cui è incorso il giudice del gravame, nel momento in cui non ha operato un buon governo delle risultanze probatorie.

Nello specifico, *“deduce che il dare in locazione un immobile o averlo abitato sarebbero circostanze che non provano affatto la sussistenza di un possesso”*. Detto altrimenti, siffatti comportamenti, qualificabili di per sé come neutri, sarebbero compatibili con la mera detenzione.

Anche il pagamento di effetti cambiari, così come il pagamento del mutuo ovvero delle imposte non potrebbero mai integrare un possesso utile *ad usucapionem*.

Condotte queste, sempre secondo la prospettazione difensiva, inquadrabili nell'alveo di un rapporto di natura eminentemente obbligatorio, "nascente" da un contratto preliminare di compravendita, mai tradottosi in contratto definitivo.

3. LE ARGOMENTAZIONI DELLA CORTE DI CASSAZIONE.

Gli ermellini ritengono fondate le censure.

Osservano che la promessa di vendita, la *traditio* della *res* oltre che il pagamento del prezzo, prima del perfezionamento del contratto definitivo, non costituiscono indici rivelatori della natura definitiva degli effetti traslativi.

Al contrario la disponibilità della cosa conseguita dai promissari acquirenti scaturisce da un contratto di comodato funzionalmente collegato ad un contratto preliminare c.d. puro.

La relazione che si instaura è dunque qualificabile quale mera detenzione qualificata e non già di possesso *ad usucapionem*.

Sul piano processuale incombe sul promissario acquirente dimostrare il contrario, ossia l'intervenuta *interversio possessionis* ex art. 1141 c.c..

Nella fattispecie in esame questa prova non è stata fornita, perché la Corte d'Appello ha dato per scontato (*recte*: senza analizzare le scritture private versate in atti) che gli attori fossero possessori degli appartamenti oggetto dello scrutinio giudiziale.

Da qui la cassazione della pronuncia impugnata, con rinvio ad altra sezione della corte distrettuale.

4. LA NATURA DEL CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI.

La Corte di Cassazione nella sentenza annotata ha dovuto, innanzi tutto, affrontare il propedeutico problema della natura del contratto preliminare ad effetti anticipati¹.

La pronuncia non è innovativa, ma è di particolare interesse perché atta a dirimere un fenomeno estremamente diffuso nella prassi immobiliare.

Per un Autore *“questo tipo di contratto è spesso utilizzato negli immobili di nuova costruzione, perché consente alle parti di regolare i propri interessi senza il trasferimento del bene: da lato il promettente venditore beneficia dei versamenti anticipati del promissario acquirente, senza però privarsi della proprietà e così mantenendo la possibilità di iscrivere ipoteca sulla stessa per ottenere mutui; dall'altro l'acquirente, già nel godimento del bene, può procedere ad un pagamento rateale del prezzo. L'anticipata consegna dell'immobile già esistente e ultimato può essere finalizzata a consentire al promissario acquirente l'esecuzione di opere di ripristino: in ogni caso da tale situazione non possono derivare diritti e doveri diversi rispetto a quelli nascenti dal contratto preliminare²”*.

Dal punto di vista di teoria generale la sentenza si inserisce in un solco giurisprudenziale e dottrinale³ oramai ben rodato.

Rispetto al meccanismo classico del contratto preliminare, quello ad effetti anticipati (talvolta anche detto improprio⁴) si caratterizza per la parziale ed anticipata esecuzione di alcune obbligazioni nascenti dal futuro (preventivato) negozio definitivo (es. pagamento integrale del corrispettivo, consegna dell'immobile al promissario acquirente).

La vera svolta in chiave di definizione della problematica si è avuta con la sentenza 23.03.2008, n. 7930 resa dalle Sezioni Unite della Cassazione che, componendo i contrasti allora esistenti⁵, ne ha fornito l'esatta qualificazione giuridica.

1 La formula è stata utilizzata per la prima volta da Cass. Civ. 10/07/1929, n. 2681.

2 Così Monegat, *La sentenza del mese*, in *Immobili & proprietà*, 3/2015.

3 Mussi, *Il contratto preliminare di vendita immobiliare ad “effetti anticipati*, in *I Contratti* n.4/2015.

4 Cass. civ. Sez. I, 09/06/2011, n. 12634.

5 Parte minoritaria della giurisprudenza aveva ritenuto che il contratto preliminare de quo determinasse un'effettiva anticipazione degli effetti traslativi, con conseguente attribuzione della qualità di possessore al promissario acquirente: v. Cass. civ. Sez. I, 03/11/2000, n. 14358.

Trattasi sicuramente di un contratto atipico, non riconducibile a schemi negoziali predeterminati.

La sua morfologia è frutto dell'esplicazione dell'autonomia contrattuale privata (e non mero atto dovuto *solvendi causa*⁶), meritevole di tutela.

Gli interessi sottesi, infatti, convergono verso l'emersione di due schemi contrattuali fra loro intimamente collegati:

a) contratto preliminare c.d. puro⁷ e contratto di comodato, ove quest'ultimo giustificerebbe la consegna anticipata dell'immobile da parte del promittente venditore al promissario acquirente;

b) contratto preliminare c.d. puro e contratto di mutuo gratuito, ove il promissario acquirente versi in anticipo il corrispettivo pattuito (parzialmente o integralmente)⁸.

Dal punto di vista ermeneutico, infatti, per individuare se si sia al cospetto di un contratto preliminare o di definitiva vendita non hanno rilievo determinante né la denominazione, né il trasferimento del possesso del bene, né il pagamento del prezzo: ciò che è dirimente è il diverso contenuto dell'accordo, ossia la causa in concreto del negozio.

Dunque, per individuare la natura preliminare o definitiva di un contratto di vendita occorre indagare l'effettiva volontà dei contraenti in funzione del programma contrattuale prefigurato.

Fermo restando che l'effetto traslativo dominicale costituisce pur sempre prerogativa imprescindibile del successivo contratto definitivo⁹.

6 Trib. Salerno Sez. I, 19/06/2013.

7 Il contratto preliminare è tradizionalmente definito come un contratto con il quale le parti si obbligano a prestare un futuro consenso per la conclusione, in un tempo successivo, di un altro contratto, denominato definitivo, del quale deve contenere gli elementi di carattere essenziale (*factum de contrahendo*). Cfr. CHIANALE, voce *Contratto preliminare*, in *Dig. civ.*, IV, IV ed., 278.

8 Sottolinea CAVONE, *Il contratto preliminare di vendita immobiliare*, in *Corriere Giuridico*, 3/2015, che "secondo le Sezioni Unite il contratto preliminare con effetti anticipati era da inquadrare in particolare nella categoria dei contratti collegati in presenza sia del requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi evincibile dalla oggettiva convergenza verso un assetto degli interessi negoziali globale ed unitario, sia del requisito soggettivo, integrato dal comune intento pratico dei contraenti di realizzazione di un fine ulteriore quale sintesi degli effetti tipici dei singoli negozi collegati".

9 Per CAVONE, *op. cit.*, "la ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra contratto preliminare da una parte e contratti di comodato e di mutuo gratuito dall'altra come rapporto tra contratti collegati rientranti nello schema generale contratto principale-contratti accessori, comporta la conseguenza che, pur rispondendo questi ultimi ad autonome cause, essendo funzionalmente collegati con il contratto principale in caso di perdita di efficacia e/o di invalidità del contratto

5. LO STATUS DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE IMMESSO NEL GODIMENTO MATERIALE DEL CESPITE.

Dalla natura del contratto preliminare ad effetti anticipati discende lo status del promissario acquirente immesso nel godimento materiale del cespite.

Problematica questa che è stata posta alla base della decisione assunta da Cass. civ. Sez. II, 16/03/2016, n. 5211 e qui annotata.

Quid iuris: possesso o mera detenzione?

L'esigenza di attendere la stipula del contratto definitivo, sottende il riconoscimento da parte del promissario acquirente della altrui proprietà. Ergo egli gode del cespite riconoscendone l'altruità dominicale¹⁰. La *suitas* che caratterizza la sua condotta è dunque incompatibile con l'*animus possidendi*.

Come noto, il detentore esercita il potere di fatto sulla cosa *nomine alieno*, cioè in nome e per conto del possessore, senza *animus rem sibi habendi*, ovvero senza l'intento di esercitare un diritto reale proprio.

Tanto conferma l'art. 1140, co. 2, c.c. nel momento in cui stabilisce che si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa.

6. USUCAPIONE, DETENZIONE E INTERVERSIONE DEL POSSESSO.

Chiarito lo status del promissario acquirente come detentore qualificato ne consegue che egli non può usucapire il bene consegnatoli.

Fondamento dell'usucapione è, d'altra parte, proprio una precipua situazione di fatto per come esercitata, senza interruzioni, sulla cosa, da parte di colui che, attraverso tale prolungata pacifica signoria, si sostituisce, in concreto, al titolare effettivo del diritto (v. art. 1158 c.c.).

Sul punto è utile richiamare quella giurisprudenza di legittimità¹¹ che ha specificato come non possa darsi possesso utile *ad usucapionem* nell'ipotesi in cui la relazione tra il soggetto e la cosa derivi da un atto o da un fatto del proprietario. La condiscendenza del proprietario, ovvero un rapporto di amicizia o, ancora, una relazione di buon vicinato, incompatibili con una

preliminare perdono efficacia anche i contratti accessori in quanto privi di causa in concreto”.

10 Trib. Roma Sez. fall., 04/02/2015; Trib. Pisa, 04/06/2014.

11 Cass. civ. Sez. II, 11/02/2009, n. 3404.

situazione di opposizione all'esercizio della situazione fattuale, escludono in radice un *possessione ad usucapionem*.

Affinché il detentore possa trasformarsi in possesso non è bastevole un mutamento interno del suo profilo psicologico, né un atto esteriore qualsiasi.

Ciò che occorre, proprio come ribadito dalla sentenza in commento, è l'interversione del possesso.

Ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1141 c.c. e 1164 c.c. è chiaro che l'interversione del possesso può avvenire per causa proveniente dal terzo o per effetto di opposizione fatta nei confronti del proprietario.

7. LA PROVA.

L'art. 1141, co. 1, c.c. prevede una presunzione *iuris tantum* di possesso in favore di chi esercita il potere di fatto sulla cosa

La presunzione di possesso presuppone però la mancanza di prova che il potere di fatto sulla cosa sia esercitato inizialmente come detenzione a fronte di un rapporto obbligatorio¹² (es. per atto o un fatto del proprietario possessore).

Il mutamento del titolo deve essere provato con il compimento di idonee attività materiali in opposizione al proprietario¹³.

Riteniamo debba trattarsi, così come evidenziato da una parte della giurisprudenza di merito, "*di una manifestazione estrinseca e percepibile dalla quale si possa inequivocabilmente desumere che il detentore abbia cessato di esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui per esercitarlo esclusivamente in nome proprio*"¹⁴.

La prova contraria alla presunzione in parola può essere costituita anche da presunzioni semplici e, secondo la giurisprudenza di legittimità¹⁵, anche da una sola presunzione, purché grave, precisa e concordante.

12 Cass. civ. Sez. II, 12/05/2003, n. 7271.

13 Cass. civ. Sez. II, 18/12/1993, n. 12569.

14 Trib. Gallarate, 04/05/2012.

15 Cass. civ. Sez. VI Ordinanza, 05/04/2011, n. 7757.

8. ULTERIORI RICADUTE OPERATIVE.

In conclusione quali i risvolti pratici della riconduzione del contratto preliminare ad effetti anticipati nell'archetipo del contratto collegato (combinazione con comodato/mutuo gratuito)?

Vediamone taluni a titolo esemplificativo.

L'assegnatario mediante contratto preliminare ad effetti anticipati di un alloggio di edilizia residenziale pubblica, essendo soltanto detentore qualificato dell'immobile, non è soggetto passivo dell'ICI¹⁶.

La Suprema Corte¹⁷ ha escluso, in tema di revocatoria fallimentare esercitata ex art. 67, comma primo, n. 1, [legge fall.](#) per sproporzione del prezzo fissato nel definitivo rispetto al valore del bene, che la summenzionata prospettazione del preliminare ad effetti anticipati sia anche solo in astratto compatibile con una valutazione di congruità del prezzo, da riferirsi ad un'epoca in cui l'effetto traslativo non si è ancora verificato.

Nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati, il promittente alienante che sia convenuto con l'azione di garanzia per vizi e difetti, non può opporre l'eccezione di prescrizione o di decadenza relativa a tale azione, in quanto la garanzia decorre dal momento del trasferimento del diritto¹⁸.

Il promissario acquirente, al quale sia stato consegnato in anticipo l'immobile, e dunque sia stata riconosciuta la qualità di detentore qualificato, è legittimato a proporre azione di spoglio¹⁹.

Ma con esclusione dell'applicabilità [all'art. 1148 c.c.](#), relativa all'obbligo del possessore in buona fede di restituire i frutti percepiti dopo la domanda giudiziale²⁰.

Pertanto è tenuto a restituire la cosa e le utilità percepite fin dall'inizio del rapporto.

Nell'ipotesi di restituzione dell'immobile, il promissario acquirente, considerato mero detentore qualificato, non può pretendere il rimborso delle spese fatte per le riparazioni straordinarie o l'indennità per i miglioramenti apportati alla res. Del pari non può esercitare il consequenziale diritto alla ritenzione del bene sino

16 Cass. civ. Sez. II, 09/05/2013, n. 10987.

17 Cass. civ. Sez. I, 09/06/2011, n. 12634

18 Trib. Roma, 14/02/2011.

19 Trib. Messina, 29/06/2006.

20 Cass. civ. Sez. II, 28-06-2000, n. 8796.

al soddisfacimento del proprio credito (v. art. 1152 c.c.). Per la Suprema Corte (cfr. sent. 06/05/2013, n. 14362) l'art. 1150 c.c. è disposizione a carattere eccezionale, potendosi applicare al solo possessore.

E' ammissibile l'azione di esatto adempimento di un contratto preliminare di compravendita ad effetti anticipati, soggetta all'ordinario termine decennale di prescrizione, essendo applicabili a tale rapporto le norme generali in tema di adempimento delle obbligazioni e non già quelle sulla garanzia per vizi della cosa dettate, come detto, in materia di vendita definitiva.

Come tutelare poi il promissario acquirente che, pagato integralmente il prezzo del cespite, veda interrotta la fattispecie acquisitiva definitiva?

Il rischio concreto è quello di irrecuperabilità dell'esborso effettuato in anticipo rispetto all'effetto traslativo.

Qui sovviene l'art. 2775 *bis* c.c., in base al quale i crediti per mancata esecuzione del preliminare sono assistiti da privilegio speciale sull'immobile oggetto del preliminare.

Sempre con riferimento ai contratti preliminari aventi ad oggetto un immobile da costruire, l'art. 2 del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122 stabilisce l'obbligo di rilasciare idonea fideiussione a garanzia della ripetizione delle somme incassate dal promittente prima del trasferimento della proprietà, per il caso in cui sopravvenga una delle situazioni di crisi previste dal successivo art. 3.

9. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

La figura del contratto preliminare ad effetti anticipati può esser compresa alla luce della teoria della causa in concreto del negozio giuridico.

Le regole di "diritto vivente" elaborate dalla giurisprudenza, come si è visto, sono capaci di tutelare l'interesse alla definizione e alla conservazione della operazione economica.

Meccanismo di pesi e contrappesi pretori ove, in una situazione *in fieri*, la figura del promissario acquirente è più vicina a quella di un detentore qualificato che a quella di un possessore, con tutto ciò che ne consegue in termini di applicazione dei correlati istituti civilistici.