

## **Cass. civ., sez. un., 1° ottobre 2009, n. 21045**

*Il privilegio speciale sul bene immobile, che assiste (ai sensi dell'art. 2775 bis c.c.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c., siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 c.c.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dal 2 comma dell'art. 2748 c.c., e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti; ne consegue che, nel caso in cui il curatore del fallimento della società costruttrice dell'immobile scelga lo scioglimento del contratto preliminare (ai sensi dell'art. 72 l.fall.), il conseguente credito del promissario acquirente - nella specie, avente ad oggetto la restituzione della caparra versata contestualmente alla stipula del contratto preliminare - benché assistito da privilegio speciale, deve essere collocato con grado inferiore, in sede di riparto, rispetto a quello dell'istituto di credito che, precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare, abbia iscritto sull'immobile stesso ipoteca a garanzia del finanziamento concesso alla società costruttrice.*

### **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Nel fallimento della Nu.Na. S.n.c. di Ficara Concetto Paolo & C., pendente dinanzi al Tribunale di Forlì, la Cassa dei Risparmi di Forlì propose opposizione ad un piano di riparto parziale dichiarato esecutivo dal giudice delegato. Premesso che la somma distribuita costituiva il ricavato della vendita di un appartamento sul quale risultava iscritta ipoteca a garanzia del credito dalla Cassa stessa vantato in virtù di un mutuo fondiario concesso alla società costruttrice dell'immobile, l'opponente sosteneva che erroneamente tale credito era stato collocato con grado inferiore a quello vantato dal B. per il rimborso della caparra da questo versata contestualmente alla stipulazione di un contratto preliminare di acquisto del medesimo appartamento, trascritto in data successiva all'iscrizione dell'ipoteca e sciolto ai sensi della L. Fall., art. 72.

Ad avviso dell'opponente, infatti, l'ipoteca concessa a garanzia del finanziamento di un intervento edilizio ai sensi del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 38, prevalendo sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare, a norma dell'art. 2825 bis c.c., doveva prevalere, a maggior ragione, sulla trascrizione posteriore.

Il Tribunale accolse la domanda, osservando, anzitutto, che la particolare causa di prelazione accordata al promissario acquirente dall'art. 2775 bis c.c., comma 1, non si sottrae al principio

generale enunciato dall'art. 2748 c.c., comma 2, in forza del quale i crediti muniti di privilegio speciale immobiliare prevalgono su quelli ipotecari, se la legge non dispone diversamente. Ha, tuttavia, ravvisato una tale diversa disposizione (idonea, appunto, ad invertire l'anzidetto criterio di priorità) nel combinato disposto degli artt. 2775 bis e 282 5 bis c.c., reputando che dette norme siano da interpretare nel senso della prevalenza delle ipoteche iscritte a garanzia di mutui fondiari erogati a norma del R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, art. 38 e ss., T.U. bancario, rispetto al privilegio immobiliare accordato al promissario acquirente, indipendentemente dall'esservi stato o meno accollo del mutuo da parte dell'acquirente. Così ragionando ha, dunque, ritenuto irrilevante nella fattispecie la precedente affermazione resa sul tema da questa Corte (Cass. 14 novembre 2003, n. 17197, della quale si dirà in seguito), considerando che questa non decidesse riguardo ad un istituto di credito garantito da ipoteca ai sensi del D.Lgs. n. 385 del 1993, artt. 38 e segg., ovvero in altro modo garantito da ipoteca.

Avverso il decreto del Tribunale di Forlì il B. ha proposto ricorso per cassazione, affidato ad un unico motivo.

Ha resistito con controricorso la Cassa dei Risparmi, la quale ha depositato successivamente memoria. Non ha svolto difese la curatela del fallimento.

Con ordinanza interlocutoria del 20 ottobre 2008, la Prima Sezione Civile, ritenuta la sussistenza di una questione di massima di particolare importanza, avente ad oggetto la prevalenza del privilegio di cui all'art. 2775 bis c.c., sulle ipoteche per mutui fondiari iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare, ha rimesso gli atti al Primo Presidente, il quale ha disposto l'assegnazione della causa alle Sezioni Unite.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. - **PREMESSA - IL RICORSO E LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALL'ESAME DELLE SEZIONI UNITE.** Il ricorrente, nel dedurre la violazione dell'art. 2645 bis c.c., art. 2775 bis c.c., art. 2748 c.c., comma 2, e art. 2825 bis c.c., sostiene che dell'art. 2775 bis c.c., comma 2, individua due soli casi di ipoteche che non soccombono al privilegio di cui al comma 1, e precisamente quelle iscritte a garanzia del mutuo erogato al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile e quelle iscritte a garanzia del credito edilizio nei limiti della quota che il promissario stesso si sia accollato; benchè l'art. 2825 bis c.c., faccia riferimento esclusivamente alle ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare, è ovvia la prevalenza anche di quelle iscritte in epoca anteriore, ma sempre nei limiti della quota di debito che il promissario si sia accollato, non avendo egli altrimenti alcun ruolo nel rapporto tra il finanziatore ed il costruttore.

Secondo il ricorrente, il decreto impugnato contrasta, oltre che con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che subordina la prevalenza dell'ipoteca all'accollo da parte del promissario del debito contratto dal costruttore, anche con lo spirito della legge, che mira a tutelare i promissari acquirenti di fabbricati in corso di costruzione in caso di mancata esecuzione del preliminare o fallimento del promittente venditore.

Nella specie, pertanto, non essendo intervenuto l'accollo della quota di mutuo gravante sull'immobile promesso in vendita, troverebbe applicazione il principio generale di cui all'art. 2748 c.c., comma 2, secondo cui il privilegio immobiliare prevale sulle ipoteche iscritte anche anteriormente, non potendo individuarsi nell'art. 2825 bis c.c., la diversa disposizione di legge che, ai sensi dell'ultimo inciso dell'art. 2748 c.p.c., comma 2, consente di derogare a tale principio.

Preliminare rispetto al vaglio delle doglianze prospettate nel ricorso è l'esame della premessa giuridica dalla quale muove l'impugnato provvedimento, secondo cui il privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare prevale, ai sensi dell'art. 2748 c.c., comma 2, sui crediti ipotecari, anche se l'ipoteca è stata iscritta prima della trascrizione del preliminare, salvo soltanto che si tratti di ipoteche relative a mutui erogati per l'acquisto del medesimo immobile promesso in vendita o iscritte a favore dei creditori garantiti ai sensi dell'art. 2825 bis c.c..

Solo ove, infatti, tale premessa fosse da condividere occorrerebbe valutare se reggono o meno alla critica le conseguenti considerazioni in base alle quali il tribunale ha ravvisato la prevalenza sul privilegio speciale spettante al promissario acquirente dell'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo fondiario erogato dalla cassa di risparmio; qualora, viceversa, quella premessa fosse da disattendere, s'imporrebbe la correzione della motivazione del provvedimento impugnato, ma il ricorso dovrebbe essere rigettato.

La suaccennata premessa, dalla quale il tribunale prende le mosse (e la cui fondatezza è contestata dalla controricorrente), è in effetti conforme a quanto affermato nel già menzionato precedente di questa Corte (Cass. n. 17197 del 2003), secondo cui, appunto, in forza del disposto dell'art. 2748 c.c., comma 2, (per il quale i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari, se la legge non dispone diversamente), anche il privilegio speciale immobiliare, previsto dal citato art. 2775 bis c.c., prevale rispetto alle ipoteche gravanti sullo stesso immobile, pur se trascritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare da cui il privilegio scaturisce, non rilevando in contrario la natura "iscrizionale" (o "trascrizionale") di siffatto privilegio, giacchè questa non basta a rendere applicabile, in simili casi, il principio della prevalenza dei diritti secondo l'ordine delle trascrizioni e delle iscrizioni dal quale è regolata la pubblicità immobiliare.

L'ordinanza che ha rimesso la soluzione della questione alle sezioni unite ritiene che le conclusioni alle quali è pervenuta la citata sentenza n. 17197 del 2003 non abbiano placato il dibattito che già prima era insorto in dottrina in ordine alla corretta interpretazione da dare alle disposizioni dettate dal codice a tutela del promissario acquirente di immobili (introdotte, com'è noto, con il D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 1997, n. 30). Dibattito che, piuttosto, ne è stato rinfocolato. Viene, allora, chiesto l'approfondimento dei seguenti punti:

a) il privilegio accordato al promissario acquirente non si ricollega esclusivamente alla causa del credito, ma presuppone necessariamente la trascrizione del contratto preliminare, alla quale pare pertanto ragionevole assegnare, in ragione della sua efficacia costitutiva, anche la funzione, ad essa connaturata, di risolvere i possibili conflitti tra titolari di diritti assoggettati al medesimo regime di pubblicità;

b) poiché nella graduazione prevista dall'art. 2780 c.c., il privilegio in questione è collocato dopo quelli che assistono i crediti per concessione di acque e per tributi indiretti, i quali non possono essere esercitati in pregiudizio dei diritti anteriormente acquisiti dai terzi sui medesimi immobili, la prevalenza di tale privilegio sulle ipoteche iscritte anteriormente renderebbe impossibile stabilire l'ordine di collocazione dei crediti;

c) detta prevalenza risulterebbe inoltre scarsamente razionale, dal momento che le ipoteche iscritte anteriormente sono certamente opponibili all'acquirente, in caso di perfezionamento del contratto definitivo di acquisto dell'immobile;

d) l'art. 2825 bis c.c., prevedendo eccezionalmente che, in caso di accollo del mutuo fondiario da parte del promissario acquirente, l'ipoteca iscritta a garanzia dello stesso prevalga sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare, fa supporre, a maggior ragione, l'operatività del medesimo criterio in presenza di una trascrizione posteriore di tale contratto, trovando applicazione, in tal caso, i principi generali in materia di pubblicità immobiliare.

In conclusione, la questione sottoposta alle Sezioni Unite consiste nello stabilire se, ai fini della distribuzione del ricavato della vendita, disposta in sede fallimentare, di un immobile già promesso in vendita dal fallito con contratto preliminare trascritto, il privilegio che, a norma dell'art. 2775 bis c.c., assiste il credito del promissario acquirente per la mancata esecuzione del preliminare prevalga (o meno), ai sensi dell'art. 2748 c.c., comma 2, sulle ipoteche iscritte sul medesimo immobile in data anteriore alla trascrizione del contratto preliminare.

**2. - LA TRASCRIVIBILITÀ DEL CONTRATTO PRELIMINARE ED IL PRIVILEGIO CHE ASSISTE I CREDITI DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE.** La trascrivibilità del preliminare, non prevista dal testo originario del codice civile, in ragione della natura meramente

obbligatoria di tale contratto, è stata introdotta dal D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, art. 3, (convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 1997, n. 30), che ha modificato il titolo 1<sup>o</sup> del libro 6<sup>o</sup> del codice, inserendo nel capo 1<sup>o</sup> l'art. 2645 bis c.c..

Questo ammette la possibilità di procedere alla trascrizione dei contratti preliminari, ancorchè sottoposti a condizione o relativi ad edifici da costruire o in corso di costruzione, purchè essi: a) abbiano ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2643 c.c.; b) risultino da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente. La ratio della disciplina consiste nel tutelare il promissario, che, all'atto della stipulazione del preliminare o comunque nelle more della stipulazione del contratto definitivo, abbia corrisposto in tutto o in parte il corrispettivo dovuto, contro l'eventualità che il promittente si sottragga all'adempimento dell'obbligazione assunta, ponendo in essere atti di disposizione del bene promesso, tali da rendere impossibile il successivo trasferimento dell'immobile.

Essa muove dalla presa d'atto che, nella pratica commerciale, la stipulazione di un contratto preliminare costituisce ormai una fase pressochè imprescindibile del procedimento negoziale che conduce al trasferimento dei diritti reali immobiliari, la quale trova per lo più giustificazione nell'esigenza delle parti di consacrare provvisoriamente l'accordo raggiunto, al fine di consentire, in vista della stipulazione del contratto definitivo, la verifica dell'esatta consistenza dell'immobile, della sua conformità alle norme urbanistiche e degli oneri tributari connessi al trasferimento. A questa prassi fa riscontro, talvolta, la consegna anticipata dell'immobile e, più spesso, il versamento di uno o più acconti sul prezzo pattuito, il quale trova giustificazione, nel caso di vendita di beni ancora da edificare o in corso di costruzione, nei convergenti interessi del venditore ad autofinanziarsi mediante l'anticipata riscossione del corrispettivo e dell'acquirente a spuntare un prezzo più vantaggioso attraverso l'acquisto su progetto.

Nella vigenza del testo originario del codice civile, l'impossibilità di procedere alla trascrizione del preliminare, dovuta all'inidoneità di tale contratto a determinare il trasferimento del diritto reale, esponeva il promissario, che avesse in tutto o in parte adempiuto la propria obbligazione, al rischio dell'inadempimento della controparte, dovendo egli soccombere di fronte ad atti dispositivi eventualmente posti in essere da quest'ultima, ovvero ad atti compiuti da terzi in danno della medesima controparte; la trascrizione di questi atti, se intervenuta anteriormente al contratto definitivo, ne rendeva infatti impossibile la stipulazione, precludendo anche l'accoglimento di un'eventuale domanda giudiziale ex art. 2932 c.c..

A tale rischio, riconducibile alla normale alea contrattuale, si aggiungeva, nel caso in cui il promittente venditore fosse un imprenditore, quello proprio dell'attività d'impresa, che aumenta notevolmente il pericolo dell'aggressione dei beni da parte di terzi, fino all'ipotesi estrema del

fallimento, che, consentendo al curatore di sciogliersi dal vincolo contrattuale (come è avvenuto nella fattispecie in trattazione), costringe il promissario acquirente ad insinuarsi al passivo per ottenere la restituzione delle somme versate e quindi ad assoggettarsi alle regole del concorso, con scarse speranze di ottenere la soddisfazione del proprio diritto, avuto riguardo alla natura chirografaria del credito.

Per evitare questi inconvenienti (ai quali, in passato, poteva ovviarsi esclusivamente attraverso la tempestiva trascrizione di una domanda di esecuzione in forma specifica) è ora riconosciuta la possibilità di tutelare il proprio diritto all'acquisto direttamente mediante la trascrizione del contratto preliminare.

L'efficacia di tale adempimento pubblicitario è disciplinata dai commi secondo e terzo dell'art. 2645 bis c.c., i quali prevedono che, ove entro un anno dalla data convenuta tra le parti, e comunque entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, segua la trascrizione del contratto definitivo o di un altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare, ovvero della domanda giudiziale di cui all'art. 2652 c.c., comma 1, n. 2, gli effetti di tale trascrizione o di quella della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare retroagiscono fino alla data della trascrizione di quest'ultimo, prevalendo sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite in data successiva contro il promittente alienante.

Tale efficacia è stata definita di "prenotazione" degli effetti tipici della trascrizione del contratto definitivo, e consiste nel fatto che, ove seguita da quest'ultima, la trascrizione del preliminare rende inopponibili al promissario acquirente tutte le iscrizioni o trascrizioni eseguite medio tempore nei confronti del promittente.

E' tuttavia controverso se l'effetto prenotativo renda inopponibili al promissario acquirente le sole formalità pubblicitarie eseguite successivamente nei confronti del promittente alienante in virtù di titoli da lui voluti, ovvero abbia portata generale, estendendosi anche alle trascrizioni di pignoramenti o sequestri ed alle iscrizioni di ipoteche giudiziali.

In riferimento all'ipotesi di fallimento del promittente, la L. Fall., art. 72, comma 3, anch'esso introdotto dal D.L. n. 669 del 1996, art. 3, esclude infatti la prevalenza del preliminare, confermando la facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, e disponendo che in caso di esercizio di tale facoltà l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno, e gode del privilegio di cui all'art. 2775 bis c.c., a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

Approssimandoci alla questione in esame, occorre ricordare che, oltre all'efficacia prenotativa, il D.L. n. 669 del 1996, art. 3, ha attribuito alla trascrizione del contratto preliminare una peculiare efficacia costitutiva, introducendo nel titolo 3<sup>^</sup> del libro 6<sup>^</sup> del codice civile, alla sezione 3<sup>^</sup> del capo 2<sup>^</sup>, l'art. 2775 bis c.p.c., il quale, al fine di tutelare i crediti del promissario acquirente derivanti dalla mancata esecuzione del contratto preliminare, dispone al comma 1 che essi "hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nella esecuzione promossa da terzi".

La trascrizione del preliminare fa sorgere pertanto, a favore dei crediti del promissario, un privilegio speciale immobiliare, subordinato alla condizione che gli effetti della trascrizione siano ancora in atto al momento in cui si verificano gli eventi che costituiscono causa del credito. Tale privilegio è collocato al n. 5 dell'ordine stabilito dall'art. 2780 c.c., in particolare dopo quelli che assistono i crediti dello Stato per concessioni di acque (art. 2774 c.c.) e per tributi indiretti (art. 2772).

L'art. 2775 c.c., comma 2. Me prevede che esso "non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonchè ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825 bis c.c.";

ossia, ai creditori che abbiano iscritto ipoteca su un edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio ai sensi del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, artt. 38 e segg.: tale ipoteca, peraltro, prevale sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare "limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo eventualmente adeguata ai sensi dell'art. 39, comma. 3, del citato decreto legislativo n. 385 del 1993", con l'ulteriore precisazione che "se l'accollo risulta da atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare".

Quest'ultima disposizione mira a contemperare la tutela del terzo acquirente con quella dei terzi che abbiano concesso finanziamenti per l'acquisto o la costruzione dell'immobile promesso in vendita, in conformità con le finalità perseguite dalla D.L. n. 669 del 1996, art. 3, che consistono tra l'altro nel promuovere la realizzazione e l'acquisto della prima casa di abitazione.

Nella prima parte, essa sembra fare riferimento all'ipotesi (piuttosto marginale) in cui il promittente venditore abbia prestato il proprio consenso, prima della stipulazione del contratto definitivo, all'iscrizione di ipoteca sull'immobile promesso in vendita, a garanzia del

credito derivante da un mutuo concesso al promissario acquirente: diversamente, infatti, non si spiegherebbe come quest'ultimo possa concedere ipoteca su di un bene del quale non è ancora divenuto proprietario.

Nella seconda parte, invece, la norma si riferisce alle ipoteche concesse dal promittente venditore a garanzia di crediti derivanti dai mutui fondiari accordati da banche concedenti finanziamenti a medio e lungo termine, garantiti da ipoteca di primo grado su immobili, ovvero da ipoteche di grado ulteriore nei casi consentiti dalla Banca d'Italia; in tal caso, la prevalenza dell'ipoteca è subordinata alla condizione che il promissario acquirente si sia accollato il relativo debito, nello stesso preliminare o con atto successivo annotato a margine della trascrizione, ed opera limitatamente alla quota gravante sull'immobile promesso in vendita. Tale condizione trova fondamento nella considerazione che l'opponibilità al promissario dell'ipoteca iscritta successivamente al preliminare è giustificata solo in caso di accollo del mutuo, in quanto egli diviene parte del rapporto derivante dal finanziamento, giovandosi della relativa rateazione ai fini del pagamento del prezzo; qualora invece acquisti senza accollo, pagando il prezzo direttamente al promittente, il promissario rimane estraneo al rapporto tra finanziatore e finanziato, con la conseguenza che l'ipoteca, iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare, non gli è opponibile.

Il privilegio in esame prevale, pertanto, ai sensi dell'art. 2645 bis c.c., sulle ipoteche iscritte in data successiva alla trascrizione del preliminare, escluse quelle previste dall'art. 2825 bis c.c., in quanto tale disposizione stabilisce eccezionalmente la prevalenza delle ipoteche relative a mutui erogati al promissario acquirente, nonché di quelle relative a mutui fondiari erogati al promittente venditore, che il promissario acquirente si sia accollato.

3. - GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO E DELLA DOTTRINA. L'orientamento quasi unanime affermatosi nella giurisprudenza di merito sostiene che le ipoteche delle quali s'è detto siano comunque destinate a cedere in naso di concorso con il privilegio spettante al promissario acquirente.

Esso muove dal rilievo secondo cui il concorso tra privilegi ed ipoteche sarebbe regolato esclusivamente dall'art. 2748 c.c., comma 2, non potendo trovare applicazione l'art. 2644 c.c., il quale disciplinerebbe, invece, il conflitto tra cause di prelazione e diritti reali di godimento; ciò posto, esso afferma che al principio della prevalenza dei privilegi, sancito dalla predetta disposizione, potrebbe derogarsi soltanto in presenza di un dato normativo chiaro ed inequivocabile, non ravvisabile né nell'art. 2775 bis c.c., (il quale, nella parte in cui subordina la nascita del privilegio del promissario acquirente alla trascrizione del preliminare, non introdurrebbe elementi di novità rispetto ad altre fattispecie previste dalla normativa vigente),

nè nell'art. 2825 bis c.c., (il quale, riferendosi alle sole ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare, non sarebbe applicabile a quelle iscritte in data anteriore).

L'indirizzo in esame riflette l'opinione espressa dai primi commentatori del D.L. n. 669 del 1996, i quali avevano ritenuto insuperabile il dato normativo emergente dall'interpretazione letterale dell'art. 2748 c.c., comma 2, e art. 2825 bis c.c., escludendo così che le ipoteche iscritte in epoca anteriore alla trascrizione del contratto preliminare potessero prevalere sul privilegio che assiste il credito del promissario acquirente.

All'obiezione secondo cui l'ipoteca prevale sui diritti dei terzi trascritti in epoca successiva alla iscrizione, essi replicavano che ciò accade perché il rapporto tra le cause di prelazione e i diritti reali di godimento è regolato dal principio *prior in tempore, potior in jure*, esaltato, nel caso di immobili, dalla priorità della relativa pubblicità; nella fattispecie in esame, tutta via, non vi è un conflitto tra il diritto del promissario di ottenere l'esecuzione specifica del contratto e l'ipoteca del terzo sullo stesso bene oggetto del preliminare, ma un conflitto tra il privilegio speciale del promissario (conseguente alla risoluzione o allo scioglimento del contratto preliminare) e l'ipoteca iscritta sullo stesso bene: si tratterebbe di un conflitto tra cause di prelazione, la cui prevalenza sarebbe disciplinata dalla legge in base ad un principio diverso da quello della priorità cronologica.

Ciò spiegherebbe, tra l'altro, perché le ipoteche iscritte in data anteriore alla trascrizione del preliminare siano opponibili all'acquirente in caso di stipulazione del contratto definitivo, mentre risultano inopponibili in caso di mancata esecuzione del preliminare.

Secondo tale orientamento, la deroga al principio della prevalenza dei privilegi, richiesta dall'art. 2748 c.c., comma 2, ai fini dell'opponibilità dell'ipoteca al creditore privilegiato, non può essere desunta dall'art. 2825 bis c.c.: tale disposizione, infatti, non ha nulla a che fare con il privilegio di cui all'art. 2775 bis c.c., previsto per il caso di mancata esecuzione del preliminare, in quanto si limita a regolare gli effetti dell'ipoteca fondiaria edilizia sulla trascrizione del preliminare che venga regolarmente eseguito; l'art. 2775 bis c.c., comma 2, inoltre, limitando la prevalenza delle ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare a quelle concesse a garanzia di mutui contratti per la costruzione o per l'acquisto dell'immobile, presupporrebbe che, al di fuori di tali ipotesi, dette ipoteche siano destinate a cedere nel concorso con il privilegio, e sarebbe quindi applicabile, a maggior ragione, alle ipoteche iscritte in data anteriore.

All'obiezione secondo cui tale opinione, favorendo il promissario acquirente a scapito degli interessi dei creditori ipotecari, si sarebbe ripercossa negativamente sui rapporti tra le imprese costruttrici e le aziende di credito, scoraggiando queste ultime dal concedere finanziamenti per la costruzione di immobili, in contrasto con lo finalità che in legge intendeva

perseguire, si replica che il senso della nuova disciplina consisteva anche nel responsabilizzare il ceto bancario, dissuadendolo da un'eccessiva disinvoltura nell'erogazione del credito fondiario. Troppo spesso, infatti, le banche, nel concedere finanziamenti per la costruzione di immobili, fanno affidamento, ai fini della restituzione, più sul valore dei beni concessi in garanzia che sulla solidità complessiva dell'impresa mutuataria, confidando di poter agevolmente procedere al recupero del credito anche in caso di fallimento della stessa, con evidente pregiudizio per le ragioni degli altri creditori.

La postergazione dei crediti ipotecari a quello del promissario acquirente le costringerebbe invece a verificare preventivamente la capacità dell'impresa di far fronte alle proprie obbligazioni, avvalendosi di quegli strumenti di controllo di cui esse dispongono in misura più ampia ed incisiva di ogni altro creditore.

Sotto un diverso profilo, si riconosce che, una volta ovviatosi, mediante la previsione della trascrivibilità del preliminare, al pericolo che il diritto al trasferimento dell'immobile sia vanificato da atti dispositivi compiuti dal promittente venditore o da atti di aggressione del suo patrimonio posti in essere da terzi prima della stipulazione del definitivo, l'attribuzione di un rango privilegiato ai crediti del promissario nascenti dalla mancata esecuzione del contratto, non si traduce in una tutela eccessiva, quanto meno in riferimento all'ipotesi in cui, pur potendo ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, egli abbia optato per la tutela risarcitoria. In ogni caso, anche coloro i quali sono disposti ad ammettere che la prevalenza del privilegio determina un'ingiustificata disparità di trattamento nei confronti dei creditori che abbiano iscritto ipoteca in data anteriore alla trascrizione del preliminare, ritengono che a tale inconveniente possa evitarsi esclusivamente attraverso una declaratoria di incostituzionalità della norma in esame, o mediante un intervento chiarificatore del legislatore.

La dottrina più recente ritiene invece che la questione possa essere risolta anche in via interpretativa, avvalendosi dei principi sui quali si fonda la pubblicità immobiliare e di una pluralità di elementi emergenti dalla stessa disciplina in materia. Essa sottolinea la natura "iscrizionale" o "trascrizionale" del privilegio in questione, il cui concorso con le ipoteche iscritte sull'immobile promesso in vendita deve considerarsi disciplinato dall'art. 2644 c.c., non essendo il privilegio accordato esclusivamente in ragione della causa del credito, ma essendo condizionato alla trascrizione del contratto preliminare ed alla sua perdurante efficacia. A sostegno di tale orientamento, sono state sottolineate anche le anomalie che l'opposta tesi introdurrebbe nel sistema delle cause di prelazione, osservandosi da un lato che in caso di stipulazione del contratto definitivo le ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare sono opponibili all'acquirente, dall'altro che nell'ordine dei privilegi quello previsto dall'art. 2775 bis

c.c., è collocato successivamente a quelli di cui agli artt. 2772 e 2774 c.c., i quali non sono esercitabili in pregiudizio dei diritti precedentemente acquisiti dai terzi. Sono stati infine evidenziati i gravi abusi cui potrebbe condurre una rigida applicazione dell'art. 2748 cit., la quale consentirebbe al promittente venditore di sottrarre l'immobile alla garanzia dei propri creditori ipotecali, mediante la simulazione di un preliminare di compravendita con un promissario compiacente, cui potrebbe far seguito la risoluzione del contratto, con la conseguenza che, in sede di esecuzione forzata, i crediti restitutori e risarcitori del promissario dovrebbero essere soddisfatti con precedenza rispetto a quelli dei creditori ipotecari.

Alle medesime conclusioni un'autorevolissima dottrina è pervenuta sulla base di un diverso percorso argomentativo, che muove dalla qualificazione del preliminare di compravendita come vendita ad effetti obbligatori, dalla quale sorge a carico del promittente un'obbligazione di dare e dall'affermazione dell'autonomia di tale contratto rispetto al definitivo, ricollegando alla sua trascrizione l'efficacia tipica di cui all'art. 2644 c.c., per sostenere che tale efficacia si estende anche al privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente, il cui concorso con le ipoteche iscritte in data anteriore deve pertanto ritenersi disciplinato dal principio della priorità cronologica. L'aspetto più suggestivo di questa dottrina è rinvenibile nell'attribuzione al promissario acquirente di un jus ad rem (non di un mero jus in persona) e nella riconduzione del rapporto tra preliminare e definitivo (non come rapporto tra due contratti distinti ed autonomi, ciascuno dotato di una propria causa) al modello tedesco della distinzione tra titulus e modus acquirendi, con la conseguenza che la stipulazione del definitivo non comporta l'assorbimento del preliminare nè rende irrilevanti i vizi che lo inficiano, i quali risultano anzi idonei ad incidere, attraverso la caducazione del contratto cui afferiscono, sulla stessa trascrizione del contratto definitivo. La riprova sarebbe costituita proprio dalla trascrivibilità del preliminare, il cui effetto di opponibilità trova giustificazione nella natura del diritto che da esso scaturisce per il promissario acquirente, mentre la limitazione temporale di tale effetto si giustificerebbe con l'efficacia obbligatoria del contratto.

4. - LA SOLUZIONE DELLA QUESTIONE. Sulla scorta di tutto quanto premesso è ora possibile passare alla soluzione del quesito, subito anticipando che le sezioni unite intendono disattendere il precedente orientamento espresso dalla menzionata Cass. n. 17197 del 2003, attraverso una trattazione concernente il generale problema della regola di conflitto tra cause di prelazione, al di là della specifica ipotesi (della quale pure si dirà) del credito fondiario, disciplinata dagli artt. 2775 bis c.c., comma 2, e art. 2825 bis c.c..

Il ragionamento parte dalla premessa che l'art. 2748 c.c., allorché nel secondo comma stabilisce che i creditori muniti di privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari

"se la legge non dispone diversamente", fa riferimento ad una deroga non necessariamente contenuta in un esplicito precetto, ma che può o deve essere individuata nell'ordinamento nel suo complesso, attraverso la lettura e l'interpretazione normativa che tenda all'armonioso coordinamento dello specifico istituto in trattazione con l'intero sistema; così da evitare applicazione ermeneutiche settoriali che, sebbene compatibili con il microsistema nel quale le disposizioni sono inserite, finiscano con lo stridere rispetto al complesso della materia nelle quali le norme stesse esplicano il proprio effetto. Siffatto sforzo interpretativo si impone con ancora maggior impegno quando (come nel caso di specie) le norme esaminate non appartengono all'originaria impostazione codicistica, ma sono frutto di una successiva interpolazione legislativa, mossa da esigenze sociali ed economiche via via emerse nella realtà giuridica dei commerci. Espresse norme derogatrici alla regola dell'art. 2748 c.c., comma 2, sono rinvenibili dell'art. 2772 c.c., comma 4, e nell'art. 2774 c.c., comma 2: il privilegio che assiste i crediti dello Stato per tributi indiretti o per canoni di concessione di acque non si può esercitare in pregiudizio dei diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili. Deroga ispirata, dunque, alla diversa regola della prevalenza in base alla data di trascrizione o di iscrizione.

Nel nostro caso una espressa norma derogatoria al precetto stabilito dalla prima parte dell'art. 2748 c.c., comma 2, non esiste, ma, come si vedrà, l'organica analisi dell'intero quadro normativo disciplinante la materia consente di affermare che i creditori muniti dello speciale privilegio del quale trattiamo non sono preferiti ai creditori muniti di ipoteca iscritta precedentemente al sorgere del privilegio stesso, secondo una ricostruzione che, come s'è detto, prescinde dalla specifica ipotesi (disciplinata dell'art. 2275 bis c.c., comma 2, in relazione all'art. 2825 bis c.c.) del privilegio che assiste il credito per il finanziamento dell'intervento edilizio.

Occorre innanzitutto porre nel giusto rilievo che il privilegio che assiste il credito del promissario acquirente, conseguente alla (eventuale) mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto, non si ricollega esclusivamente alla causa del credito (come prescrive la prima parte dell'art. 2745 c.c.) ma la sua costituzione necessariamente presuppone la trascrizione del contratto preliminare ai sensi dell'art. 2645 bis c.c.; rientrando, dunque, nella categoria dei privilegi la cui costituzione, come consentito dalla seconda parte dell'art. 2745 c.c., è subordinata ad una particolare forma di pubblicità. Peraltro, esso assiste il credito a condizione che gli effetti della menzionata trascrizione non siano cessati a determinati momenti (quello della risoluzione del contratto, oppure della domanda giudiziale della risoluzione, oppure della trascrizione del pignoramento, oppure ancora dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi).

Siffatto privilegio (come molti altri introdotti nel tempo dal legislatore in specifici settori) si aggiunge ai privilegi speciali immobiliari previsti dal codice agli artt. da 2770 a 2775, ma se ne differenzia perché non è posto, come questi, a tutela di interessi pubblici, bensì a tutela dell'interesse meramente privato del promissario acquirente.

Occorre a riguardo ricordare che gli originari privilegi speciali codicistici costituiscono il retaggio delle antiche ipoteche privilegiate, le quali venivano preferite alle ipoteche normali in ragione della particolare natura pubblica degli interessi protetti in via preferenziale. Di qui la regola di conflitto secondo cui siffatti privilegi prevalgono sulle ipoteche, anche se iscritte prima del loro sorgere. Regola oggi consacrata dall'art. 2748 c.c., comma 2, e già contenuta nell'art. 1953 del codice del 1865 (benchè senza l'espressa riserva che prevede il vigente testo normativo).

Autorevolissima dottrina spiega che la via scelta dal legislatore nell'art. 2748 c.c., comma 2, è la più conforme all'indole del privilegio, che, assistendo crediti normalmente incidenti sul processo di produzione o di valorizzazione di una cosa, deve necessariamente essere anteposto all'ipoteca. In altri termini, la ragione della maggior parte dei privilegi va ricercata nella particolare inerenza economica di alcuni crediti alla cosa gravata, la quale spiega anche la preferenza dei creditori privilegiati sui creditori forniti di garanzia reale: poiché questi ultimi acquistano un diritto al valore di scambi o della cosa, sono necessariamente posposti a coloro i quali, mediante l'erogazione di energie di lavoro o di utilità dal cui corrispettivo sorge il credito, hanno contribuito alla creazione, alla conservazione o all'incremento del valore medesimo.

La stessa dottrina avvisa pure che queste considerazioni rilevano ai fini interpretativi della concreta applicazione delle norme positive e che sarebbe assurdo escludere dal novero dei privilegi le figure che hanno il presupposto in forme di pubblicità, solo perché ad esse non si applica il brocardo secondo cui privilegia non ex tempora estimantur (ossia la regola trasfusa nell'art. 2748 c.c., comma 2).

Ponendo, così, in evidenza che, per un verso, la qualifica di "privilegio" non necessariamente comporta l'applicazione del principio secondo cui esso prevale sull'ipoteca precedentemente iscritta e che, per altro verso, l'applicazione delle ordinarie regole sulla pubblicità non consente di escludere la particolare qualifica di "privilegio" al tipo di prelazione trattato.

Il privilegio del quale si discute esplica i suoi effetti in una vicenda specularmente opposta a quella summenzionata. Esso non assiste un credito che incide sul processo di produzione o di valorizzazione della cosa (piuttosto, siffatta incidenza appartiene al credito del finanziatore dell'opera), bensì il credito del promissario acquirente che acquista il diritto al valore di scambio

della cosa, e la sua costituzione è subordinata ad un preciso onere pubblicitario, così come la sua esistenza è collegata al perdurare degli effetti della pubblicità.

Ne consegue che, relativamente ad esso, non vige la regola della prevalenza dei privilegi sulle ipoteche, bensì quella del *prior tempore potior in jure* che pervade di sé l'intero sistema della pubblicità, facendone conseguire che l'ipoteca trascritta prima della costituzione del privilegio debba su quest'ultimo prevalere.

Alcuni autori hanno rilevato l'assimilabilità di siffatto tipo di prelazione all'ipoteca legale, ponendo in evidenza che, nella materia trattata, sarebbe stato preferibile che il legislatore avesse previsto non un privilegio speciale, bensì un'ipoteca legale;

tant'è che in altre esperienze normative (come quella francese: cfr. l'art. 2106 c.c.) è previsto che i privilegi speciali sugli immobili sono opponibili agli altri creditori solo dopo che siano stati iscritti nella conservatoria delle ipoteche e secondo le modalità previste per quella forma di pubblicità.

Le caratteristiche del privilegio in esame assumono un rilievo determinante, distinguendolo tanto dagli altri privilegi speciali immobiliari, la cui nascita non è condizionata ad un adempimento pubblicitario avente efficacia costitutiva, quanto dagli altri privilegi iscrizionali, che hanno ad oggetto beni mobili; rispetto a questi ultimi, ovviamente, il problema del concorso con altre cause di prelazione aventi natura trascrizionale non si pone, ma per il caso in cui concorrano più privilegi la legge prevede espressamente che il conflitto vada risolto in base alla regola della priorità della trascrizione (art. 2762 c.c., u.c.); per i primi, invece, pur valendo la regola secondo cui il privilegio prevale sulle ipoteche, la legge stabilisce, in riferimento a casi in cui la prelazione è accordata per un interesse non individuale, che essa non possa essere esercitata in pregiudizio dei diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili (si tratta dei già menzionati artt. 2772 c.c., comma 4, e art. 2774 c.c., comma 2).

A maggior ragione deve, quindi, affermarsi che un privilegio accordato in funzione di un interesse individuale, la cui nascita è subordinata all'adempimento di una formalità pubblicitaria, sia destinato a cedere, nel concorso con cause di prelazione precedentemente iscritte.

In quest'ordine di idee è riduttivo ed avulso dalla visione sistematica dell'istituto fare una formalistica applicazione della regola di conflitto dettata dall'art. 2748 c.c., comma 2, per ammettere categoricamente che qualunque genere di privilegio speciale immobiliare (compreso quello previsto a favore del promissario acquirente) prevalga sull'ipoteca (qualunque ipoteca, non solo quella che assiste il credito del finanziatore), benchè questa sia stata iscritta prima del nascere del privilegio.

A questo punto occorre fare alcune precisazioni in ordine ad una serie di ricostruzioni che sono state operate per pervenire al medesimo risultato al quale qui si perviene.

In primo luogo occorre chiarire che la regola di conflitto tra privilegi o ed ipoteca precedentemente iscritta non può essere rinvenuta nell'art. 2645 bis c.p.c., comma 2, il quale stabilisce; la prevalenza del contratto definitivo sulle trascrizioni e le iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

Espressione, questa, del già menzionato effetto prenotativo della trascrizione del contratto preliminare ed attuazione della generalissima regola dell'art. 2644 c.c..

Neppure giova il richiamo alla specifica regola di conflitto tra cause di prelazione contenuta dell'art. 2775 bis c.c., comma 2, il quale prevede due categorie di creditori ai quali il privilegio concesso in favore del promissario acquirente non è opponibile: a) quelli garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile; b) quelli garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825 bis c.c..

Quanto all'ipoteca i sub a) non è il caso di dilungarsi, pur dovendosi segnalare che tutti i commentatori hanno rilevato l'oscurità di una disposizione che sembrerebbe ammettere che il promissario, per effetto del preliminare, possa iscriverne ipoteca a garanzia dei suoi debiti su un bene non ancora di sua proprietà, in deroga dunque all'art. 2822 c.c.. Sta di fatto, comunque, che, nell'ipotesi delineata, il conflitto è risolto nel senso che l'ipoteca a favore del mutuante prevale sul privilegio a favore del promissario acquirente, a prescindere dalla circostanza che la garanzia reale sia stata iscritta prima o dopo la costituzione del privilegio.

Quanto alla ipotesi sub b) - quella che maggiormente ci interessa - occorre tener conto della disposizione dell'art. 2825 bis c.c., richiamata dall'art. 2775 bis c.c.. Essa prevede (come s'è già visto in precedenza) che l'ipoteca iscritta sull'edificio (costruito o costruendo) a garanzia del finanziamento dell'intervento edilizio (ai sensi del D.Lgs. n. 385 del 1993, artt. 38 e segg.) prevale sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare, limitatamente alla quota accollatasi dal promissario acquirente. In altri termini, benchè iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare, siffatta ipoteca prevale sul privilegio concesso a garanzia dei crediti vantati dal promissario acquirente nei confronti del promittente venditore. Risultando, così, risolto il problema del frazionamento del credito fondiario assistito da ipoteca che s'era posto nella precedente giurisprudenza ed attuato il favore del legislatore (del quale prima s'è detto) per i crediti incidenti sul processo di produzione o di valorizzazione della cosa.

Ora, le disposizioni correlate costituiscono un ulteriore sottosistema nell'ambito del sottosistema della trascrizione del contratto preliminare. Nel senso che l'art. 2775 bis c.c., comma 2, non si occupa del problema di ordine generale del rapporto tra privilegio e favore del

promissario ed ipoteca iscritta contro il promittente, ma solo del rapporto tra privilegio ed ipoteca inerenti all'operazione di credito fondiario, disponendo l'inopponibilità del privilegio a due specifiche categorie di creditori ipotecari.

Ne consegue che il richiamo a queste disposizioni non è utile a fondare la più generale regola di conflitto della quale s'è detto e che, soprattutto, le disposizioni stesse non possono essere indicate né come la deroga al principio dell'art. 2748 c.c., comma 2, (da parte di chi ritiene che l'inopponibilità del privilegio alle ipoteche successive presuppone, a maggior ragione, l'inopponibilità a quelle precedenti), né come la conferma al principio stesso (da parte di chi ritiene che il legislatore abbia voluto limitare l'inopponibilità del privilegi o alle sole ipoteche successive e non anche alle precedenti).

L'interpretazione sin qui offerta, nel ricondurre la normativa speciale nell'alveo del sistema, risolve anche una serie di discrasie segnalate da quella dottrina che ha contrastato l'opposta soluzione.

Affermare la prevalenza del privilegio sulle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del preliminare comporterebbe, infatti, un'ingiustificata disparità di trattamento a seconda che il preliminare abbia o meno esecuzione: tali ipoteche, che in caso di stipulazione del contratto definitivo sono opponibili all'acquirente (in base al principio dell'antiorità stabilito dall'art. 2644 c.c.), in caso di inadempimento dell'obbligo di contrarre diverrebbero a lui inopponibili, per effetto del privilegio nascente dalla stessa trascrizione del preliminare, con evidente sovvertimento della regola posta dall'ultima menzionata disposizione. Tenuto, altresì, conto di un'altra praticissima ma per nulla irrilevante considerazione: ossia, che il promissario, nel momento in cui stipula il preliminare ha contezza dell'esistenza dell'iscrizione ipotecaria sul bene che va ad acquistare; diversamente, il creditore (nel caso nostro il finanziatore) che abbia sin dall'inizio dell'operazione iscritto ipoteca a garanzia del suo credito sul medesimo immobile finirebbe (seguendo l'opposta tesi) con il vedere il suo credito posposto rispetto ad una serie indefinita ed indefinibile di crediti di promissari acquirenti (muniti di crediti privilegiati) susseguitisi nel commercio dello stesso bene.

Tant'è che non è infondato l'allarme lanciato da chi ha rilevato che l'asserita prevalenza del privilegio sulle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare potrebbe costituire fonte di gravi abusi e di accordi fraudolenti tra il promittente venditore e il promissario acquirente, volti a vanificare la possibilità di soddisfacimento dei crediti garantiti dalle predette ipoteche. Il proprietario di un immobile gravato da ipoteca potrebbe, infatti, agevolmente sottrarre il bene alla garanzia del proprio creditore, simulando un preliminare di compravendita con un soggetto compiacente, dichiarando di aver ricevuto l'intero

corrispettivo e poi risolvendo il contratto, in quanto in sede di esecuzione forzata il credito del promissario acquirente per la restituzione del prezzo versato sarebbe collocato con grado di priorità inferiore a quello ipotecario del creditore, che rimarrebbe pertanto insoddisfatto.

Infine, essendo il privilegio in questione collocato all'ultimo posto nell'ordine stabilito dall'art. 2780 c.c., (e quindi dopo quelli riconosciuti ai crediti dello Stato per concessioni di acque e tributi indiretti, i quali non possono essere esercitati in pregiudizio delle Ipotecche precedentemente iscritte da terzi), l'accoglimento della diversa opinione determinerebbe un circolo vizioso, rendendo impossibile stabilire l'ordine delle cause di prelazione in caso di concorso dei privilegi di cui agli artt. 2772 e 2773 c.c., con quello di cui all'art. 2775 bis c.c., e con ipoteche anteriori.

5 - LE CONCLUSIONI. In conclusione, deve essere enunciato il seguente principio:

Il privilegio speciale sul bene immobile, che assiste (ai sensi dell'art. 2775 bis c.c.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 c.c.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dall'art. 2748 c.c., comma 2, e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti.

Ne consegue che, nel caso in cui il curatore del fallimento della società costruttrice dell'immobile scelga (come nella specie) lo scioglimento del contratto preliminare (ai sensi della L. Fall., art. 72), il conseguente credito del promissario acquirente (nella specie, per la restituzione della caparra versata contestualmente alla stipula del contratto preliminare), benchè assistito da privilegio speciale, deve essere collocato con grado inferiore, in sede di riparto, rispetto a quello dell'istituto di credito che, precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare, abbia iscritto sull'immobile stesso ipoteca a garanzia del finanziamento concesso alla società costruttrice.

Siccome il dispositivo del provvedimento impugnato risulta conforme a diritto, correttane la motivazione nei sensi sopra enunciati (art. 384 c.p.c.), il ricorso deve essere respinto.

La particolare importanza della questione trattata consiglia l'integrale compensazione tra le parti, delle spese del giudizio di cassazione.

**P.Q.M.**

La Corte:

Rigetta il ricorso e compensa interamente tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 7 luglio 2009.

Depositato in Cancelleria il 1 ottobre 2009

**Cass. civ., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930**

*In caso di contratto preliminare di vendita immobiliare, la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, a fronte del parziale pagamento del prezzo, non determina l'anticipazione degli effetti traslativi, mentre la disponibilità del bene conseguita dal promissario acquirente è effetto di un contratto di comodato funzionalmente collegato al preliminare di vendita, in quanto tale produttivo di effetti meramente obbligatori, con la conseguenza che quest'ultimo, essendo soltanto detentore dell'immobile, non può avvalersi del possesso ai fini dell'usucapione, salva la prova dell'intervenuta interversione del possesso.*

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

O.E., con citazione del 27.4.95, conviene la S.p.A. Ice- Snei innanzi al Tribunale di Napoli e, sulla premessa del possesso esclusivo ed ininterrotto dal 5.1.68 d'un appartamento e pertinente box nell'edificio alla traversa 2 della via (OMISSIS) in (OMISSIS), catastalmente intestato alla convenuta, chiede dichiararsi l'intervenuto suo acquisto della proprietà dell'immobile per usucapione.

Costituendosi, la convenuta S.p.A. Ice-Snei si oppone alla domanda, deducendo che l'attore aveva avuto la mera detenzione dell'immobile, consegnatogli in esecuzione d'un preliminare di vendita inter partes, appunto del 5.1.68, e chiede, in via riconvenzionale, dichiararsi la risoluzione del detto preliminare per grave inadempimento della controparte, questa avendo corrisposto sul prezzo di vendita soltanto un anticipo di L. 42.815, e, quindi, condannarsi la stessa controparte alla restituzione del bene ed al risarcimento dei danni.

Decidendo delle contrapposte domande con sentenza del 2.3.00, il tribunale adito, in accoglimento della principale, dichiara acquisita dall'attore la proprietà dell'immobile.

Tale decisione, impugnata dalla S.p.A. Ice-Snei, viene riformata con sentenza del 27.1.03 dalla Corte di Appello di Napoli, che rigetta sia la domanda principale sia quelle riconvenzionali sulla considerazione: da un lato, che l' O., a seguito del preliminare di vendita, avesse acquisito la sola detenzione dell'immobile e che i successivi comportamenti tenuti dallo stesso non fossero stati idonei a mutare detta detenzione in un possesso utile all'usucapione; dall'altro, che non avendo la S.p.A. Ice-Snei rivolto l'invito a stipulare l'atto definitivo di trasferimento a

termini di contratto alla controparte, a quest'ultima non fosse addebitabile un inadempimento al preliminare neppure in relazione al mancato pagamento del prezzo convenuto.

Avverso la sentenza di secondo grado la S.p.A. Ice-Snei propone ricorso per cassazione, con atto notificato il 5.4.03, affidato a due motivi; l' O., a sua volta, propone ricorso per Cassazione, con atto notificato il 7.4.03, affidato anch'esso a due motivi; al primo ricorso l' O. resiste con controricorso del 14.5.03, contestualmente proponendo ricorso incidentale nel quale si riporta al proprio precedente ricorso; la S.p.A. Ice-Snei, a sua volta, con atto del 16.5.03, propone controricorso e contestuale ricorso incidentale, nel quale anch'essa si riporta al già proposto ricorso.

Entrambe le parti fanno seguire memoria.

La Seconda Sezione, disposta ex art. 335 c.p.c. all'udienza 13.6.06 la riunione dei ricorsi proposti in via principale ed incidentale avverso la medesima sentenza, con ordinanza 19.7.06 evidenzia come la questione relativa alla qualificazione, in termini di possesso piuttosto che di detenzione, della disponibilità del bene conseguita dal promissario d'una vendita immobiliare in forza di clausola del contratto preliminare questione ritenuta propedeutica anche rispetto a quella, sollevata dal medesimo ricorrente con il secondo motivo, relativa al difetto d'integrità del contraddittorio quanto alla domanda di risoluzione del contratto, proposta in via riconvenzionale dalla controparte ed oggetto del ricorso per cassazione di quest'ultima abbia avuto soluzioni difformi nella giurisprudenza di legittimità, anche all'interno della stessa Sezione, e rimette, quindi, la causa al Primo presidente, dal quale è disposta la trattazione della questione stessa da parte di queste Sezioni Unite per la composizione del contrasto.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Preliminarmente, devesi confermare che i due ricorsi, proposti avverso la medesima sentenza e tra loro connessi, vanno riuniti ex art. 335 c.p.c..

Va, inoltre, del pari preliminarmente rilevato come i ricorsi rubricati sub nn. R.G. 13911/03 ( O. c/ ICE-SNEI) e R.G. 13686/03 (ICE-SNEI c/ O.), proposti contestualmente ai rispettivi controricorsi e con i quali, tra l'altro, le parti riprospettano le medesime questioni fatte valere con i loro ricorsi originari, siano da considerare inammissibili.

E', infatti, principio acquisito che la parte, dalla quale siasi già proposto ricorso per cassazione (sia esso principale od incidentale) contro alcune delle statuizioni della sentenza di merito, nel rapporto con un determinato avversario, non possa successivamente presentare un nuovo ricorso, nell'ambito dello stesso rapporto, nemmeno se nel frattempo abbia ricevuto notificazione del ricorso di detto avversario, ed a prescindere dal fatto che quest'ultimo possa suggerire

un'estensione della contesa anche con riguardo ad altre pronunzie relative a quel rapporto, atteso che l'ordinamento non consente il reiterarsi o frazionarsi dell'iniziativa impugnatoria in atti separati (secondo il principio della cosiddetta consumazione dell'impugnazione) e che il relativo divieto non trova deroga nelle disposizioni di cui all'art. 334 c.p.c., le quali operano soltanto in favore della parte che, prima dell'iniziativa dell'altro contendente, abbia fatto una scelta di acquiescenza alla sentenza impugnata (da ultimo, Cass. 2.2.07 n. 2309, 14.11.06 n. 24219, 27.10.05 n. 20912, 26.9.05 n. 18756, 10.2.05 n. 2704, 24.12.04 n. 23976).

Si può, quindi procedere all'esame dei due ricorsi originari, dei quali quello previamente proposto (R.G. n. 10084/03 ICE-SNEI c/ O.) va considerato principale e quello successivo (R.G. 10431/03 O. c/ ICE-SNEI) incidentale.

1. - RICORSO PRINCIPALE. Con il primo motivo, ex art. 360 c.p.c., n. 3, la ricorrente, denunciando violazione del principio della domanda con riferimento agli artt. 99 e 112 c.p.c., sotto il profilo della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e del principio dell'onere della prova con riferimento all'art. 2697 c.c., si duole, rispettivamente: che il giudice a quo non abbia tenuto conto della domanda di risoluzione del preliminare, siccome formulata per inadempimento della controparte non all'obbligazione di stipulare il definitivo, unica presa in considerazione nell'impugnata sentenza pur senza domanda in tal senso, bensì alla diversa obbligazione di pagamento del prezzo, posta con l'art. 4 del contratto, laddove le parti avevano espressamente previsto che il ritardo nel pagamento o il mancato pagamento anche di una sola rata di mutuo avrebbe comportato la facoltà per la venditrice di risolvere il contratto, obbligazione della quale nella sentenza stessa non è stato tenuto alcun conto;

che il giudice a quo abbia escluso l'inadempimento della controparte in relazione al pagamento del prezzo convenuto nonostante questa non avesse fornito dimostrazione alcuna di tale pagamento.

Con il secondo motivo, ex art. 360 c.p.c., n. 5, la ricorrente denuncia vizi di motivazione sulle questioni sollevate con il motivo precedente.

Le riportate censure - che, per connessione, possono essere trattate congiuntamente - non meritano accoglimento sotto alcuno dei prospettati profili d'omessa pronunzia e d'extrapetizione. Quanto al primo profilo, per inammissibilità: dacché, come ripetutamente evidenziato da questa Corte, l'omessa pronunzia, quale vizio della sentenza, dev'essere, anzi tutto, fatta valere dal ricorrente per cassazione esclusivamente attraverso la deduzione del relativo error in procedendo e della violazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4 e non già in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5.

Ciò che la ricorrente non ha fatto.

Può aggiungersi che, onde possa utilmente dedursi il detto vizio, è necessario, da un lato, che al giudice del merito fossero state rivolte una domanda od un'eccezione autonomamente apprezzabili, ritualmente ed inequivocabilmente formulate, per le quali quella pronuncia si rendesse necessaria ed ineludibile, e, dall'altro, che tali domanda od eccezione siano riportate puntualmente, nei loro esatti termini e non genericamente e/o per riassunto del loro contenuto, nel ricorso per cassazione, con l'indicazione specifica, altresì, dell'atto difensivo del giudizio di secondo grado nel quale l'una o l'altra erano state proposte o riproposte, onde consentire al giudice di legittimità di verificarne, in primis, la ritualità e la tempestività della proposizione nel giudizio a quo ed, in secondo luogo, la decisività delle questioni prospettate; ove, infatti, si deduca la violazione, nel giudizio di merito, dell'art. 112 c.p.c., ciò che configura un'ipotesi di error in procedendo per il quale questa Corte è giudice anche del "fatto processuale", detto vizio, non essendo rilevabile d'ufficio, comporta pur sempre che il potere- dovere del giudice di legittimità d'esaminare direttamente gli atti processuali sia condizionato all'adempimento da parte del ricorrente, per il principio d'autosufficienza del ricorso per cassazione che non consente, tra l'altro, il rinvio per relationem agli atti della fase di merito, dell'onere d'indicarli compiutamente, non essendo consentita al giudice stesso una loro autonoma ricerca ma solo una loro verifica (Cass. 19.3.07 n. 6361, 28.7.05 n. 15781 SS.UU., 23.9.02 n. 13833, 11.1.02 n. 317, 10.5.01 n. 6502).

Anche rispetto a tali oneri la ricorrente risulta inadempiente, donde un'ulteriore ragione d'inammissibilità della censura.

Quanto al secondo profilo, per infondatezza, dacché, almeno nei termini in cui sono state prospettate, le censure d'extrapetizione e di connesso vizio di motivazione non trovano rispondenza all'esame della sentenza impugnata.

Con la quale la causa petendi della riconvenzionale in risoluzione proposta dall'odierna ricorrente è stata correttamente individuata, nel fatto che " O.E. con detto preliminare si era impegnato al pagamento della complessiva somma di L. 8.337.360, ma non aveva provveduto al pagamento delle rate in cui era stato dilazionato il prezzo nè al pagamento delle rate del mutuo accollato", ma ne è stato escluso il fondamento, in quanto vi si è ritenuto che, risultando contrattualmente pattuita la stipulazione del definitivo nei dieci giorni dall'invito rivolto per lettera raccomandata dalla promittente venditrice al promissario acquirente e la prima non avendo mai provveduto al riguardo, nessun inadempimento fosse imputabile al secondo "neanche in relazione al pagamento del prezzo convenuto".

In siffatto se pur sintetico iter logico-argomentativo - evidentemente ispirato al principio per cui un inadempimento del promissario acquirente all'obbligazione di pagamento del prezzo

non può ravvisarsi ove non siano stati contrattualmente stabiliti versamenti a scadenze determinate anteriori alla stipulazione del definitivo - sarebbero stati eventualmente ravvisabili e denunciabili errori d'interpretazione del contratto preliminare e/o d'inappropriata applicazione del richiamato principio al caso di specie, peraltro neppure accennati con i motivi in esame, ma non sono ravvisabili i dedotti vizi d'extrapetizione e di connesso difetto di motivazione. D'altra parte, la censura neppure presenta il requisito dell'autosufficienza, ed è pertanto inammissibile, dacché non vi è riportato il testo del contratto o, quanto meno, delle clausole tutte pertinenti alla prospettata questione, di guisa che il giudice di legittimità, cui non è consentito l'esame diretto dell'incarto processuale se non nelle ipotesi di denunciati errores in procedendo, non è posto in condizione di valutare la dedotta erronea applicazione del regolamento pattizio.

2. - RICORSO INCIDENTALI. L' O. - denunciando con il primo motivo del ricorso n. 10431/03 la violazione dell'art. 1158 c.c. e art. 116 c.p.c., nonché omessa o insufficiente e contraddittoria motivazione - oltre a dolersi dell'inadeguatezza delle argomentazioni svolte dalla corte territoriale, laddove ha escluso l'interversione della sua detenzione sull'immobile de quo in un possesso utile all'usucapione, contesta, anzi tutto, la stessa qualificazione come detenzione, anziché come possesso, data da quel giudice alla materiale disponibilità del bene quale da lui conseguita in esecuzione di specifica clausola del contratto preliminare; assume, al riguardo, che, tale pattuizione avendo avuto la funzione di anticipare gli effetti del trasferimento del diritto di proprietà, oggetto del contratto cui era intesa la volontà delle parti, e, quindi, anche l'effetto dell'immissione nel possesso e non nella detenzione dell'immobile, non fosse conseguentemente necessario alcun atto d'interversione perché ne avesse luogo l'usucapione con il decorso del termine ventennale di prescrizione acquisitiva dall'immissione nel godimento dello stesso.

In tal senso svolgendo le proprie tesi, l' O. contrappone alla soluzione adottata dal giudice a quo - che, come ricordato nell'ordinanza di rimessione, si è conformato alla giurisprudenza di legittimità prevalente - la difforme soluzione adottata da un indirizzo giurisprudenziale minoritario e, tuttavia, a tratti riemergente in alcune pronunzie, anche relativamente recenti, di questa Corte.

La motivazione della maggior parte delle quali si traduce in affermazioni apodittiche, riproduttive di massime tralaticie, mentre, nelle poche obiettivamente argomentate, l'iter logico dell'adottata soluzione prende le mosse dalla considerazione per cui il possesso non è escluso dalla conoscenza del diritto altrui, né è subordinato all'esistenza della correlativa situazione giuridica, dacché esso è ricollegato, sia sotto il profilo materiale (corpus) sia sotto quello

psicologico (animus), ad una situazione di fatto, che si concretizza nell'esercizio di un potere oggettivo sulla cosa manifestantesi in un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o di altro diritto reale e distinguendosi dalla detenzione solo per l'atteggiamento psicologico del soggetto che lo esercita, caratterizzato, nel possesso, dal cd. animus rem sibi habendi (ossia, l'intenzione o il volere di esercitare la signoria che è propria del proprietario o del titolare del diritto reale) e, nella detenzione, dal cd. animus detinendi (che implica il riconoscimento della signoria altrui).

Soggiungendosi, poi, che tale principio di carattere generale non soffre deroga nei casi in cui il soggetto che assume d'essere possessore abbia ricevuto il godimento dell'immobile per effetto d'una convenzione negoziale, con la precisazione che, se la convenzione ha effetti obbligatori, perché diretta ad assicurare il mero godimento della cosa, senza alcun trasferimento immediato o differito del bene, colui che, avendo ricevuto la consegna per questo solo scopo, si è immesso, nomine alieno, nel godimento del bene, necessariamente stabilisce con la cosa un rapporto di mera detenzione che gli consente di mutare il titolo originario di questo rapporto con la cosa solo attraverso un atto di interversione del possesso, ai sensi dell'art. 1141 c.c., comma 2.

Vi si evidenzia, quindi, che ciò spiega la ragione del principio, ripetutamente affermato da questa Corte, secondo il quale "per stabilire se in conseguenza di una convenzione con la quale un soggetto riceve da un altro il godimento di un immobile si abbia un possesso idoneo alla usucapione o una mera detenzione, occorre fare riferimento all'elemento psicologico del soggetto stesso ed a tal fine stabilire se la convenzione sia un contratto ad effetti reali o un contratto ad effetti obbligatori, dato che solo nel primo caso il contratto è idoneo a determinare nel predetto soggetto l'animus possidendi (sent. n. 4819 del 1981; sent. n. 4698 del 1987; sent. n. 741 del 1983)"; che, tuttavia, proprio la ragione del principio di diritto ora enunciato ne fissa anche il limite, escludendone l'applicazione alle convenzioni con le quali, per quanto con effetti solo obbligatori, le parti tendano a realizzare il trasferimento della proprietà del bene o di un diritto reale su di esso quando ad esse si aggiunga un patto accessorio d'immediato effetto traslativo del possesso, sostanzialmente anticipatore degli effetti traslativi del diritto che, con la convenzione, le parti stesse si sono ripromesse di realizzare.

Vi si perviene, così, alla conclusione per cui nelle ipotesi predette, tra le quali rientra quella più diffusa del contratto preliminare di compravendita, la convenzione non tende solo ad attribuire il godimento del bene (che si realizza, appunto, attraverso il trasferimento della mera detenzione, caratterizzando coerentemente la consegna della cosa) ma è in funzione di un comune proposito di trasferimento della proprietà o di un diritto reale, alla quale è coerente il passaggio immediato del possesso, che costituisce solo un'anticipazione dell'effetto giuridico

finale perseguito; onde il patto di immediato trasferimento del possesso che eventualmente acceda a queste convenzioni, con le quali è perfettamente compatibile, caratterizza, dunque, anche la consegna che ad esso faccia seguito, conferendole effetti attributivi della disponibilità possessoria e non della mera detenzione, anche in mancanza dell'immediato effetto reale del contratto cui il patto accede, tenuto anche conto che la consegna, essendo il possesso un fenomeno che prescinde dal fondamento giustificativo, è atto neutro, o negozio astratto, per il quale non si richiede affatto il requisito del fondamento causale.

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

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

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

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

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

Dottrina e giurisprudenza, quando - sulla considerazione per cui la terminologia "promette di vendere o di acquistare" non è automaticamente indicativa d'una semplice promessa e la cosiddetta anticipazione degli effetti della vendita può essere indice dell'intento di porre in essere un contratto definitivo se il differimento della manifestazione di volontà non risulti chiaramente dal contratto - affermano che, al fine di attribuire ad una stipulazione il contenuto del contratto di compravendita o piuttosto quello del preliminare di compravendita, è determinante l'identificazione del comune intento delle parti - diretto, nel primo caso, al trasferimento della proprietà della res verso la corresponsione di un certo prezzo, conformemente alla causa negoziale dell'art. 1470 c.c., e, nel secondo caso, all'insorgenza di un particolare rapporto obbligatorio che impegni ad un'ulteriore manifestazione di volontà, alla quale sono rimessi il trasferimento del diritto dominicale sulla res e l'adempimento dell'obbligazione del pagamento del prezzo - onde il giudice del merito deve esaminare la stipulazione nel suo complesso al fine di accertare la comune volontà delle parti nell'un senso piuttosto che nell'altro, compiono, in verità, solo un primo approccio alla questione in esame, che, evidentemente, più non si porrebbe ove l'accertamento demandato al giudice si risolvesse nel senso del contratto ad effetti reali, dacché, in tal caso, non vi sarebbe, evidentemente, luogo a parlare di preliminare, dacché le prestazioni rese avrebbero già realizzato gli effetti del definitivo. Viceversa, se l'accertamento compiuto dal giudice dovesse approdare al preliminare, è da escludere in re ipsa, come si è già sottolineato, che le parti intendessero realizzare qualsiasi effetto del definitivo, eppertanto, ai fini della soluzione della questione in esame, si rende necessaria un'indagine ulteriore e diversa in ordine alla volontà delle parti, onde identificare quali effetti, differenti da quelli propri del definitivo ma aggiuntivi rispetto a quelli ordinari del preliminare, le parti stesse avessero inteso far derivare dalla convenzione, in attuazione della quale ed in particolare delle pattuizioni aggiuntive hanno, di seguito, operato alcune prestazioni corrispondenti a quelle proprie del definitivo.

Al fine della qual ulteriore indagine, devesi preliminarmente considerare come la previsione e l'esecuzione della traditio della res e/o del pagamento, anche totale, del prezzo non siano affatto, di per se stessi, incompatibili con l'intento di stipulare un contratto solo preliminare di compravendita, dacché, in tal guisa operando, le parti manifestano e concretamente realizzano esclusivamente l'intento d'anticipare non gli effetti del contratto di compravendita - l'impegno alla cui futura stipulazione costituisce l'oggetto delle obbligazioni assunte con la convenzione stipulata nella prescelta forma del preliminare, mentre tali effetti rappresentano, per contro, proprio quel risultato cui le parti stesse non hanno inteso, al momento, pervenire - ma solo quelle prestazioni che delle obbligazioni nascenti dalla compravendita costituiscono l'oggetto, id est la consegna della res ed il pagamento del prezzo, quali, ex artt. 1476 e 1498 c.c., sono poste a carico, rispettivamente, del venditore e del compratore (nel tempo, Cass. 19.4.00 n. 5132, 7.4.90 n. 2916, 3.11.88 n. 5962, ma già 1.12.62 n. 3250).

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

In vero, come questa Corte ha già avuto occasione d'evidenziare - richiamando anche accreditata dottrina, per la quale "ciò che si trasferisce è solo l'oggetto del possesso, il quale, invece, non si compra e non si vende, non si cede e non si riceve per l'effetto di un negozio", e, perciò, "l'acquisto a titolo derivativo del possesso è un'espressione da usarsi solo in senso empirico e traslato" - dalla stessa nozione del possesso, definito dall'art. 1140 cod. civ. come "il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale", si evince ch'esso non può essere trasferito per contratto separatamente dal diritto del quale esso costituisca l'esercizio, considerato che un'attività non è mai trasmissibile, ma può solo essere intrapresa, e l'intrasmissibilità è maggiormente evidente in ordine al possesso, in quanto l'attività che lo contraddistingue deve essere accompagnata dall'animus possidendi (volontà di esercitare sulla cosa una signoria corrispondente alla proprietà o ad altro diritto reale), cioè da un elemento che, per la sua soggettività, può essere proprio soltanto di colui che attualmente possiede e non di chi ha posseduto in precedenza. (Cass. 27.9.96 n. 8528).

Quindi esattamente si è affermato in dottrina che, essendo il possesso uno stato di fatto, l'acquisto ne è in ogni caso originario, sì che anche chi propende per la tesi contraria riconosce che di acquisto derivativo possa parlarsi "soltanto per sottolineare che l'acquisto del

possesso ha luogo con l'assenso e la partecipazione del precedente possessore e non con il solo contegno di colui che acquista il possesso, come accade nell'apprensione".

L'unica eccezione a questa regola si ha nella successione universale, ma è un'eccezione espressamente prevista e regolata dal legislatore che, in forza dell'elaborata *fictio legis*, ha consentito la continuazione nell'erede del possesso esercitato dal *de cuius*, con effetto dall'apertura della successione, indipendentemente dalla verifica dei suoi presupposti di fatto, ma, appunto perché di diritto singolare ed eccezionale, l'istituto non può essere utilizzato onde pervenire ad una soluzione diversa da quella indicata con la richiamata regola generale.

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

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

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

Pertanto, considerato che le parti, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in un unico contesto, dar vita a più negozi tra loro del tutto distinti ed indipendenti, come pure a più negozi variamente interconnessi, la qualificazione della fattispecie va, piuttosto, effettuata con riguardo alla sua riconducibilità nell'ambito d'una

delle categorie, elaborate da dottrina e giurisprudenza nell'esame delle fattispecie congeneri, dei contratti misti o complessi, o dei contratti collegati.

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

Nell'una ipotesi come nell'altra, la disciplina del contratto è unitaria, come unitaria ne è la causa, e va ravvisata in quella del negozio di maggior rilievo, questo da individuarsi, quanto al contratto misto, nell'unico contratto cui sono stati aggiunti singoli elementi tratti da altri e che in esso si fondono (teoria dell'assorbimento), e, quanto al contratto complesso, in quello, tra i più contratti integralmente confluiti nell'unica convenzione, cui, all'esame della volontà quale in concreto manifestata dalle parti, risulti essere stato conferito rispetto agli altri il maggior rilievo in considerazione della finalità perseguita (teoria della prevalenza).

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

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

Il collegamento contrattuale, come è stato ripetutamente evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, nei suoi aspetti generali non dà luogo ad un autonomo e nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto, bensì attraverso

una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi.

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

Pertanto, affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorrano sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale.

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

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

Contratti con i quali le parti pervengono ad una regolamentazione, se pur provvisoria tuttavia ben definita, dei rapporti accessori funzionalmente collegati al principale e nei quali, secondo un'autorevole opinione dottrina meritevole d'esser condivisa, vanno ravvisati, quanto alla

concessione dell'utilizzazione della res da parte del promittente venditore al promissario acquirente, un comodato e, quanto alla corresponsione di somme da parte del promissario acquirente al promittente venditore, un mutuo gratuito.

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

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

Questa, come ha correttamente ricordato il giudice a quo, non può aver luogo mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore, dalla quale sia consentito desumere che il detentore ha cessato d'esercitare il potere di fatto sulla cosa nomine alieno ed ha iniziato ad esercitarlo esclusivamente nomine proprio ed, inoltre, manifestazione siffatta dev'essere non solo tale da palesare inequivocabilmente l'intenzione del soggetto di sostituire al precedente *animus detinendi* un nuovo *animus rem sibi habendi*, ma anche essere specificamente rivolta contro il possessore, in guisa che questi sia posto in condizione di rendersi conto dell'avvenuto mutamento, quindi tradursi in atti ai quali possa riconoscersi il carattere della concreta opposizione all'esercizio del possesso da parte del possessore stesso; tra tali atti, ove non accompagnati da altra manifestazione dotata degli indicati connotati dell'opposizione, non possono ricomprendersi nè quelli che si traducano in una inottemperanza alle pattuizioni in forza delle quali la detenzione era stata costituita, verificandosi in tal caso un'ordinaria ipotesi d'inadempimento contrattuale, nè quelli che si traducano in ordinari atti d'esercizio del possesso, verificandosi in tal caso una mera ipotesi di abuso della situazione di vantaggio determinata dalla materiale disponibilità del bene.

Al qual riguardo l' O. addebita al giudice a quo, denunziando vizi di motivazione, di non aver desunto dalle emergenze istruttorie quegli evidenti elementi costitutivi della fattispecie ch'egli ritiene vi fossero adeguatamente rappresentati.

La censura non merita accoglimento.

Per costante insegnamento di questa Corte, in vero, il motivo di ricorso per Cassazione con il quale alla sentenza impugnata venga mossa censura per vizi di motivazione ex art. 360 c.p.c., n. 5 dev'essere inteso a far valere, a pena d'inammissibilità ex art. 366 c.p.c., n. 4, in difetto di loro specifica indicazione, carenze o lacune nelle argomentazioni, ovvero illogicità nell'attribuire agli elementi di giudizio un significato fuori dal senso comune, od ancora mancanza di coerenza tra le

varie ragioni esposte per assoluta incompatibilità razionale degli argomenti ed insanabile contrasto tra gli stessi; non può, invece, essere inteso a far valere la non rispondenza della ricostruzione dei fatti operata dal giudice del merito al diverso convincimento soggettivo della parte ed, in particolare, non vi si può proporre un preteso migliore e più appagante coordinamento dei molteplici dati acquisiti, atteso che tali aspetti del giudizio, interni all'ambito della discrezionalità di valutazione degli elementi di prova e dell'apprezzamento dei fatti, attengono al libero convincimento del giudice e non ai possibili vizi dell'iter formativo di tale convincimento rilevanti ai sensi della norma in esame; diversamente, il motivo di ricorso per cassazione si risolverebbe - com'è, appunto, per quello di cui trattasi - in un'inammissibile istanza di revisione delle valutazioni e dei convincimenti del giudice del merito, id est di nuova pronuncia sul fatto, estranea alla natura ed alle finalità del giudizio di legittimità.

Nè, com'è del pari da tralaticio insegnamento di questa Corte, può imputarsi al detto giudice d'aver omesse l'esplicita confutazione delle tesi non accolte e/o la particolareggiata disamina degli elementi di giudizio non ritenuti significativi, giacchè nè l'una nè l'altra gli sono richieste, rientrando nel suo potere discrezionale, a norma dell'art. 116 c.p.c., individuare le fonti del proprio convincimento, mentre soddisfa all'esigenza d'adeguata motivazione che questo, una volta raggiunto, risulti da un esame logico e coerente di quelle, tra le prospettazioni delle parti e le emergenze istruttorie, che siano state ritenute di per sè sole idonee e sufficienti a giustificarlo; in altri termini, perché sia rispettata la prescrizione desumibile dal combinato disposto dell'art. 132 c.p.c., n. 4 e degli artt. 115 e 116 c.p.c., non si richiede al giudice del merito di dar conto dell'esito dell'avvenuto esame di tutte le prove prodotte o comunque acquisite e di tutte le tesi prospettategli, ma di fornire una motivazione logica ed adeguata dell'adottata decisione evidenziando le prove ritenute idonee e sufficienti a suffragarla ovvero la carenza di esse.

Nella specie, non solo il motivo, già non inteso a censurare la rado decidendi ma a prospettare una diversa interpretazione degli accertamenti in fatto, estranea alle valutazioni consentite al giudice di legittimità, è per ciò solo inammissibile, ma la motivazione fornita dal giudice a quo all'assunta decisione risulta logica e sufficiente, basata com'è su argomentazioni adeguate in ordine alla valenza oggettiva dei plurimi e pertinenti elementi di giudizio presi in considerazione e su razionali valutazioni di essi;

un giudizio operato, pertanto, nell'ambito dei poteri discrezionali del giudice del merito a fronte del quale, in quanto obiettivamente immune dalle censure ipotizzabili in forza dell'art. 360 c.p.c., n. 5 la diversa opinione soggettiva di parte ricorrente è inidonea a determinare le conseguenze previste dalla norma stessa.

Con il secondo motivo, il ricorrente - denunciando violazione dell'art. 102 c.p.c. - si duole che il giudizio di merito promosso dalla controparte per la risoluzione del preliminare si sia svolto a contraddittorio non integro, in quanto il contratto in discussione era stato stipulato anche da suo fratello Ettore, rimasto estraneo al giudizio, e che tale nullità non sia stata rilevata d'ufficio dal giudice a quo.

La doglianza va disattesa, in quanto l' O., totalmente vittorioso sul punto essendo stata respinta l'avversa domanda di risoluzione tanto in primo grado quanto in appello, difetta d'interesse ad impugnare per cassazione al riguardo se non condizionatamente all'accoglimento del ricorso di controparte, condizione che, come da reiezione del ricorso principale, non si è avverata.

3. - CONCLUSIONI. Nessuno degli esaminati motivi meritando accoglimento, entrambi i ricorsi vanno, dunque, respinti.

Tale esito del giudizio di legittimità giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio stesso.

#### **P.Q.M.**

LA CORTE Decidendo a Sezioni Unite, dichiara inammissibili i ricorsi iscritti al R.G. con i numeri 13911/03 e 13686/03; respinge i ricorsi iscritti al R.G. 10084/03 e 10431/03; compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 8 maggio 2007.

Depositato in Cancelleria il 27 marzo 2008