

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA
IN
DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE
XXV CICLO

TESI
Autonomia privata e circolazione del possesso

Coordinatore
Ch.mo Prof
ENRICO QUADRI

Dottorando
Dott.
Luca Maione

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

Indice generale

CAPITOLO I: La «cessione» del possesso origine storica e campo di indagine.	3
1.1 Considerazioni introduttive e origine storica del fenomeno.....	3
1.2 Inquadramento del problema e delimitazione del campo di indagine.....	13
1.2.1 La vendita in virtù di usucapione non accertata giudizialmente.....	15
1.2.2. Il c.d. preliminare ad effetti anticipati.....	20
1.2.3. La vendita a rischio e pericolo.....	24
1.3 Le ragioni tradizionalmente poste alla base del diniego al trasferimento del possesso	28
1.4 Il superamento della tesi restrittiva: ragioni e considerazioni generali.....	35
CAPITOLO II: Autonomia, autoreferenzialità e valore economico del possesso...	37
2.1- Le premesse concettuali per configurare l'autonomia e l'autoreferenzialità del possesso.....	37
2.1.2 ...(segue) dati su cui fondare l'autonomia del possesso.....	41
2.2. La tutela possessoria e l'autonomia del possesso	42
2.3 Gli effetti del possesso (la disciplina dei frutti, delle migliorie e delle addizioni).....	47
2.4 Il risarcimento del danno da lesione del possesso.....	51
2.5 Il possesso e la comunione legale.....	55
2.6 Considerazioni finali sul tema.....	59
CAPITOLO III: Trasferibilità convenzionale del possesso: analisi delle posizioni sul tema alla luce dell'inquadramento giuridico del possesso.....	64
3.1 Prospettive per il superamento della tesi restrittiva.....	64
3.2 Il possesso come diritto soggettivo e sua trasferibilità.....	70
3.2.1 <i>Ius possessionis</i> e sua trasferibilità.....	74
3.3 Possesso come diritto soggettivo affievolito e sua trasferibilità.....	76
3.4 Il possesso come aspettativa e sua trasferibilità.....	78
3.5 Possesso come fatto e proposte ricostruttive al suo trasferimento.....	81
3.6 Superamento della dicotomia <i>factum – ius</i> e proposta di un diverso approccio: il rilievo dell'attività.....	86
CAPITOLO IV: Autonomia privata e circolazione del possesso.....	92
4.1 Autonomia privata e contratto di immissione nel possesso.....	92
4.2 La meritevolezza dell'interesse perseguito: utilità sociale e liceità.....	105
4.2.1...(segue):L'interesse del proprietario.....	108
4.3. La struttura del negozio. Il ruolo dell'accordo e della consegna.....	112
4.5 La circolazione del possesso: effetti connessi al negozio	116
4.3.1...(segue) l'operatività dell'art. 1146, 2° comma, cod. civ.....	119
4.4 I profili attinenti all'oggetto: L' immissione nel possesso di beni abusivi. .	124
4.4.1 (...segue) Beni gravati da usi civici, beni demaniali e alloggi di residenza pubblica.....	130
4.5 Profili soggettivi: L'immissione nel possesso effettuata dal proprietario...	132
4.6 La natura dell'atto di straordinaria amministrazione.....	134
CAPITOLO V:Ulteriori vicende negoziali afferenti all'immissione nel possesso	138
5.1 Considerazioni generali.....	138
5.2 Il preliminare di immissione nel possesso.....	139
5.2.1 Il preliminare di immissione ad effetti anticipati.....	144
5.3 L'immissione a titolo gratuito nel possesso tra donazione e liberalità atipica	

.....	148
5.4 La successione <i>mortis causa</i> nel possesso. Il legato di possesso.....	151
Bibliografia.....	158
INDICE DELLE DECISIONI.....	173
INDICE DELLE DECISIONI DI MERITO.....	175

CAPITOLO I: La «cessione» del possesso origine storica e campo di indagine

1.1 Considerazioni iniziali ed origine storica del fenomeno 1.2. Inquadramento del problema e delimitazione del campo di indagine – 1.2.1 La vendita in virtù di usucapione non accertata giudizialmente 1.2.2 Il preliminare ad effetti anticipati 1.2.3. La vendita a rischio e pericolo 1.3. Le ragioni tradizionalmente poste alla base del diniego al trasferimento del possesso - 1.4 Il superamento della tesi restrittiva: ragioni e considerazioni di carattere generale

1.1 Considerazioni introduttive e origine storica del fenomeno

La tematica dei rapporti tra autonomia privata e circolazione del mero possesso, affonda le sue radici nel diritto romano¹ ed aleggia nella riflessione giuridica, soprattutto straniera, fin dalla fine dell'800, essendo già allora intervenuti, specie nella letteratura tedesca, alcuni contributi al riguardo².

Tuttavia, nel nostro panorama giuridico, il tema non ha avuto una grande risonanza, almeno fin quasi agli inizi di questo secolo, annoverandosi, infatti, fino a tale momento, solo un esiguo numero di scritti che tradiscono - tra l'altro - un'attenzione sulla problematica alquanto marginale.

Difatti, inizialmente, gli unici brevi accenni si potevano riscontrare esclusivamente in trattazioni di più ampio respiro riferite alla tematica del possesso o del contratto di

1 Viene da taluni autori sottolineato come nel diritto romano il possesso poteva costituire oggetto di vendita, locazione o essere concesso a titolo precario, B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003, 19, nota, 24; M. LAURIA, *Possessiones, età repubblicana*, I, Napoli, 1953, 63; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita nel diritto romano*, Napoli, 1956, 128.

2 Con riferimento alla produzione letteraria tedesca v., in particolare, L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 4. Aufl., Literarisch-artistische Anstalt der J.G Gotta'schen a Buchhandlung, 1861, 482; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, 5. Aufl., Rütten und Loening, 1882, 448. Per più ampie indicazioni, v. P. BASSENGE, in *Palandt, Bürgerliches, Gesetzbuch*, München, 1994, 1037 ss.

compravendita³, senza specifici contributi nel merito.

Solo di recente la dottrina, mossa dal grande rilievo sia teorico che pratico del tema, ha mostrato maggiore interesse verso lo stesso, come ampiamente dimostrano gli studi monografici proposti negli ultimi decenni⁴.

Tuttavia, una tale tradizionale esiguità nel numero degli scritti, nonché delle pronunce giurisprudenziali, non deve indurre a giudicare la tematica della circolazione convenzionale del possesso e, più in generale, quella dei rapporti tra autonomia privata e circolazione del possesso, di scarso rilievo, perché, solo cogliendone la reale essenza ontologica e giuridica, è possibile comprenderne le

3 La dottrina, infatti, fatto salvo un unico saggio sul tema (L. PADULA, *La vendita del possesso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 831 ss.) si è occupata del tema in via marginale ed esclusivamente in occasione di trattazioni più ampio respiro riferite alle tematiche del possesso e dell'oggetto del contratto di compravendita. In particolare con riferimento alle trattazioni in tema di compravendita si vedano per tutti, G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Vassalli, VII, t. 1, Torino, 1937, 69; R. LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961, 187; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* A. Cicu e F. Messineo, II ed., XXIII, Milano, 1971, 79; G.B. FERRI, *Vendita in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, XI, Torino, 1984, 209; A. RAVAZZONI, *La compravendita*, Parma, 1992, 26; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di F. Vassalli, II ed., VII, t. 1, Torino, 1993, 200 s.; G. OBERTO, *L'oggetto della vendita in generale*, in *La vendita*, a cura di M. Bin, I, Padova, 1994, 435; ID., *Vendita di cose e vendita di diritti nell'art. 1470*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 504 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, 52. Con riferimento, invece, agli accenni effettuati in sede di trattazione del possesso si vedano, per tutti, R. SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo, VII, 1988, Milano, 169; R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato dei diritti reali, vol. I, Proprietà e possesso*, Milano, 2010, 416 ss.; C. RISI, *Il possesso*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 2012, 217 ss. La tematica è stata trattata anche in occasione dello studio della problematica generale della consegna, v., C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, 222 ss.

4 La rinnovata attenzione per tale tema è confermata dalla presenza di alcune recenti opere monografiche: B. TROISI, *Circolazione del possesso ed autonomia privata*, cit.; ID., *Circolazione del possesso ed autonomia privata* in B. Troisi e C. Cicero, *I possessi*, *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli-Roma, 2005; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007. Tendenza che trova conferma anche in alcuni saggi aventi ad oggetto la trattazione specifica di tale problematica: L. PADULA, *La vendita del possesso*, cit., 831 ss.; G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, in *Dir. e giur.* 1998, 291 ss.; F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita notar.*, 1999, 487 ss.; F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 767 ss. Nonché negli interventi occasionati dalle decisioni giurisprudenziali sul tema, v., al riguardo: P. IAMICELI, *Commento a Cass., n. 8528/96*, in *Corr. giur.*, 5, 1997, 162; A. ABBATE, *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*, in *Corr. giur.*, 1997, 162; S. PALMIERI, *Vendita del possesso, un istituto «apolide» in cerca di cittadinanza*, in *Corr. giur.*, 1997, 322; M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, in *Vita notar.*, 1998, 1422 ss.

molteplici utilità. Al riguardo basti riflettere sulla posizione di colui che, esercitando una signoria di fatto sulla *res* con i requisiti del possesso *ad usucapionem* (continuità, non interruzione, pubblicità e pacificità), pur essendo in procinto di maturare l'acquisto a titolo originario della proprietà, si trovi nell'impellenza di abbandonare il bene medesimo; oppure sulla posizione di colui che, in qualità di possessore, abbia apportato significative migliorie e/o addizioni ad esso, ma ciononostante non sia più in grado di proseguire nell'attività di sfruttamento produttivo. In tali ipotesi, escludere a priori – e forse senza adeguate motivazioni - la possibilità dei privati di determinare una circolazione convenzionale del mero possesso, come tale svincolata da un titolo traslativo, non appare soddisfacente: del resto, non permettere al nuovo possessore di beneficiare degli effetti del possesso prodottisi in capo al suo dante causa, anche in termini di possesso utile *ad usucapionem*, porterebbe a risultati sicuramente negativi e, probabilmente, non in linea con le stesse ragioni che giustificano la rilevanza giuridica e la tutela del possesso.

D'altro canto, va sottolineato come il rilievo che può assumere una tale esplicazione dell'autonomia nel panorama dei traffici giuridici paia trovare conferme nell'attività pratica degli operatori del diritto, in quanto, come testimoniano alcuni autori⁵, l'attività notarile conosce di frequente detto genere di operazioni negoziali⁶.

É altrettanto vero che, ciononostante, l'orientamento proposto e seguito dalla dottrina tradizionale tende a propendere per una soluzione negativa⁷. Detta posizione

5 M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1423. Nello stesso senso pare esprimersi B. TROISI, *Circolazione del possesso ed autonomia privata*, cit., 12.

6 V., in tal senso, L. PADULA, *La vendita del possesso*, cit., 833. Viene, anche, rilevato come tale tipologia di pattuizione viene, talvolta, utilizzata al fine di realizzare finalità eterogenee. Si vedano, in tal senso, le considerazioni di, F. RAUCCIO, *Alienazione di immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, in *Vita notar.*, 2010, 120 s.

7 La tesi della intrasferibilità del convenzionale del possesso trova concorde la dottrina tradizionale che, anche solo marginalmente, si è occupata del tema, si consenta, per tutti, il rimando a: G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 26 ss; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 79; L.

è sicuramente influenzata dall'idea che il possesso sia un fenomeno ascrivibile all'area delle situazioni di fatto e quindi, come tale, insuscettibile di costituire oggetto di negoziazioni private.

Peraltro una siffatta conclusione, negli ultimi anni, non ha più trovato pacifico riscontro in dottrina, in quanto gli studi più recenti, manifestando maggiore attenzione alla problematica in esame, si sono interrogati in maniera sempre più accurata sui rapporti tra autonomia privata e circolazione del possesso. Del resto, solo l'analisi approfondita di questo fenomeno ha consentito di verificare se non vi fosse effettivamente spazio alcuno per individuare strumenti negoziali idonei a consentire una possibile forma di circolazione del possesso a carattere convenzionale. Tendenza, questa, senza dubbio influenzata dalla maturata consapevolezza circa il valore che nella moderna economia è in grado di assumere la situazione giuridica possessoria in relazione a determinati beni - specialmente se fruttiferi – anche, e soprattutto, indipendentemente dal legame con la fattispecie acquisitiva dell'usucapione.

Invero, la valorizzazione delle situazioni di fatto caratterizzate dallo sfruttamento produttivo dei beni ha condotto, con sempre maggior vigore, all'emersione del rilievo c.d. autoreferenziale del possesso⁸.

Tali riflessioni hanno, conseguentemente, dato vita alla proposta di un nuovo percorso interpretativo, che tende a pervenire ad una conclusione di segno positivo,

MENCONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, 128; L. PADULA, *La vendita del possesso*, cit., 832 ss; G. GRASSO, *La vendita del possesso una vendita impossibile?*, cit., 431; R. SACCO- R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, VII, 2°ed, Torino, 2000, 16; F. GAZZONI, *Donazioni di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Riv. not.*, 2001, II, 869;

⁸ L'idea, infatti, che il possesso sia un'entità suscettibile di commerciabilità proprio per la sua autonomia ed autoreferenzialità è alla base delle moderne teorie, che propendono per una revisione critica della teoria tradizionale di stampo negativo, v., al riguardo, per tutti, M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 23 ss e B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 27.

muovendo anche “dalla moderna concezione del cd. bene giuridico”⁹, o, comunque, del valore patrimoniale che assume il possesso - tale da ergerlo a componente del patrimonio di un soggetto - e giungendo, per tale via, ad ammettere un potere di autoregolamentazione privata in ordine al compimento di atti dispositivi del mero possesso, svincolato per sua natura dalla effettiva titolarità del bene.

In ogni caso, è opportuno da subito precisare che, nonostante le aperture condivise da parte della dottrina più recente, l'orientamento tradizionale di segno negativo risulta persistentemente e costantemente condiviso dalle pronunce giurisprudenziali intervenute sul tema, le quali, seppure di numero esiguo, manifestano una linea interpretativa che può definirsi consolidata.

Ciò, però, non deve costituire limite invalicabile per l'attività di ricerca dell'interprete in virtù del naturale ruolo che egli ricopre e che gli impone proprio di sottoporre a revisione critica anche quegli approcci giurisprudenziali che, seppur consolidati, non siano pienamente rispondenti alla *ratio* legislativa ed alle esigenze

9 In particolare si vedano al riguardo le considerazioni di B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in AA.VV., *Scritti giuridici*, Torino, 1956, 232 ss. In particolare l'autore riconduce il possesso nella categoria dei beni in virtù della considerazione secondo cui il possesso rappresenta un valore d'uso per via dell'utilizzo diretto del bene oggetto della signoria di fatto, il che implica che lo stesso può, altresì, costituire un valore di scambio. Posizione per certi versi simile è adottata da L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Roma 1952, 490. L'a., ciononostante, nega che si possa avere una successione nel possesso. Giova rammentare la considerazione di chi evidenzia come, escludere che il possesso possa costituire un bene in senso giuridico, sia in aperta contraddizione con la sua tutela aquiliana ormai ampiamente riconosciuta, M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giudici*, in *Quadrimestre*, 1987, 629. Inoltre non si può non rimarcare la posizione di chi rileva come il possesso costituisca «un valore organizzativo di fatti e circostanze che consentono di realizzare un risultato economico» v., al riguardo, P. POLLICE, *Contributo allo studio del compossesso*, Padova, 1953, 57. Pur condividendo l'idea che il possesso abbia una utilità economica, ciononostante, parte della dottrina esclude che possa assurgere a bene in senso giuridico. In quanto la qualificazione giuridica non è legata solo alla funzione economica della cosa, è l'ordinamento che in ordine ad una entità che presenta valore economico gli attribuisce la qualifica di bene in senso giuridico riconoscendone l'appropriabilità, M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 69 ss. Sul tema generale della nozione di bene giuridico, si vedano le considerazioni di A. JANNARELLI, *Beni interessi valori*, in N. Lipari, *Trattato di diritto privato europeo*, vol. II, II ed. Padova, 2003 296; O. T. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1999; A. PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 833 ss.

della società. Di conseguenza, sarà legittimato a proporre delle ricostruzioni che, partendo dalla valutazione del mutevole contesto socio - economico e del dato normativo, riescano ad essere maggiormente aderenti ai bisogni della collettività

In questa fase del lavoro può essere utile, al fine di porre un primo tassello alla trattazione in oggetto, effettuare un breve accenno al diritto romano nonché ad alcune esperienze giuridiche straniere.

La dianzi accennata origine storica della problematica in esame, infatti, impone di proporre, seppur brevemente, una panoramica generale del *modus operandi* proprio del diritto romano e ciò, anche, in virtù della considerazione, effettuata da alcuni autori, secondo cui la possibilità di ammettere una siffatta figura contrattuale in detto contesto costituisce valido punto di partenza per pervenire ad un giudizio positivo di carattere generale in merito alla sua ammissibilità¹⁰.

Va rilevato come, in tale panorama giuridico, secondo ampia parte della dottrina¹¹, la vendita della *vacua possessio rei* non incontrava ostacoli né di carattere teorico né di carattere pratico.

Tale conclusione trovava un solido appiglio nella struttura tipica del contratto di vendita (*emptio venditio*). Infatti, la scissione tra *titolus* e *modus* propria di tale sistema giuridico dell'epoca favoriva sicuramente detta tipologia di negozio.

Al riguardo bisogna ricordare che, come ci testimoniano le fonti, fino all'età *post*

10 M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1424 s. Va, comunque, segnalato che l'approccio teso a premettere l'analisi del diritto romano ad ogni ulteriore considerazione in merito è comune a tutte le ricostruzioni proposte sul tema. Si vedano, ad esempio, le ampie riflessioni compiute da, M. GORGONI, *Circolazione traslativa del possesso*, cit., 1 ss.

11 G. RASCIO, *Sistema positivo del diritto di possesso e proprietà*, II ed., Napoli, 1888, 184. In particolare, l' a. sottolinea come per il diritto romano era ammissibile che il semplice possessore vendesse il possesso alla persona che aveva lo *jus dominii*, sottolineando come «il venditore alienava un proprio diritto, quale era il possesso. Opiniamo al pari che oggi non potrebbesi contrastare la validità del possesso legittimo praticata al proprietario della *res*, il quale ha perduto il possesso civile. Per noi il possesso è un diritto trasmissibile come la proprietà».

classica – periodo storico in cui la compravendita assume connotati maggiormente simili alla fattispecie di cui agli artt. 14 ss.¹²–, tale negozio si strutturava quale contratto consensuale a mezzo del quale una parte si impegnava a consegnare all'altra un dato bene nonché a garantire il pacifico godimento dello stesso verso il pagamento di un dato corrispettivo. La compravendita, quindi, costituiva un contratto consensuale obbligatorio¹³.

Il trasferimento della proprietà, pertanto, non era necessario per il perfezionamento del programma contrattuale cosicché, per realizzare tale ulteriore risultato, era richiesto il compimento di un ulteriore atto distinto dall'*emptio venditio*¹⁴. Conseguentemente, il venditore era liberato da ogni obbligazione a suo carico con il solo passaggio materiale della cosa all'acquirente, il quale per tale via ne conseguiva il godimento.

Viene, infatti, sottolineato come «la compravendita consensuale classica non imponeva al venditore alcun obbligo di trasferire la proprietà al compratore, ma

12 A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 887. L'impostazione romanistica, afferente alla distinzione tra negozio obbligatorio ed atto traslativo, continuò ad avere seguito, grazie all'attività dei glossatori, postglossatori e dei dottori del diritto comune, fino al XVII secolo, periodo in cui l'influsso delle teorie giusnaturalistiche condusse all'affermazione della moderna concezione dell'efficacia reale della compravendita e, quindi, della sovranità del mero consenso; principio che, come noto, ebbe la sua consacrazione con la compilazione del *Code Napoléon*, per poi essere riproposto nelle moderne codificazioni, Cfr. G. ASTUTI, *Contratto (dir. int.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, 780.

13 G. LUZZATO, *L'a. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 905. Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, 379. L'autore, in particolare, evidenzia come dal contratto di vendita nasceva per il compratore l'obbligo di trasferire il denaro mentre per il venditore il solo dovere di garantire la consegna della *res* ed il suo concreto godimento. Inoltre, riprendendo il pensiero espresso da giuristi romani, evidenzia che il venditore «era tenuto ad assumersi, in genere mediante apposita *stipulatio*, l'obbligazione di tenere indenne il compratore dal danno derivante dall'evizione della cosa, a trasferire il possesso della cosa, e ad astenersi da qualsiasi comportamento doloso». In particolare significativo è il richiamo a Paolo D. 19.4.1 «*multum differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex venditio, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo: itaque, si evicta res non sit, nihil debet*».

14 A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 886. Viene, in particolare, sottolineato come gli effetti reali «potevano essere contestualmente realizzati mediante l'utilizzazione aggiuntiva di un atto di disposizione della cosa, cioè di un negozio traslativo del dominio».

soltanto di mettergli a disposizione la cosa»¹⁵. Di riflesso, ben poteva accadere, secondo la dottrina prevalente¹⁶, che la pattuizione non producesse altri effetti, rimanendo, pertanto, oggetto del contratto il trasferimento del mero possesso¹⁷.

Particolare era, poi, l'ipotesi in cui il reale proprietario del bene, spogliato del possesso, fosse intenzionato a riacquisirne la materiale disponibilità, senza però dover intentare autonomo giudizio di rivendicazione, seguendo, quindi, la via negoziale. Invero, tale pattuizione, che si sostanzia in un'antica ipotesi di *emptio possessionis*, era tendenzialmente affetta da nullità anche per il diritto romano, salva la ricorrenza di taluni presupposti¹⁸. Più nello specifico, la sua validità era legata alla consapevolezza di entrambe le parti che la cosa oggetto di scambio fosse, comunque, di titolarità dell'acquirente, ed all'effettiva attitudine del “venditore” a procurare alla controparte la materiale disponibilità della *res* e, quindi, il suo possesso¹⁹.

Un tale assetto negoziale, sicuramente rilevante per le nostre valutazioni, non costituisce però, come è stato già efficacemente affermato, una fattispecie paradigmatica della c.d. vendita del possesso, in quanto, i suoi stringenti limiti,

15 G. LUZZATO, *L'a. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana*, cit., 905.

16 V., per tutti, G. GRASSO, *La vendita del possesso una vendita impossibile?*, cit., 316. In senso contrario, si veda, G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 70 nota 3, secondo il quale, per il diritto romano, il venditore era comunque obbligato a trasferire il diritto e non solo, quindi, ad immettere il compratore nel mero possesso.

17 Giova ricordare anche nel mondo romano il possesso era considerato quale mera situazione di fatto, v., per tutti, A. BURDESE, *Possesso (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 452.

18 In realtà le fonti sul punto non sono univoche. Viene, infatti, rilevato come vi sia una contrapposizione tra le stesse sul tema della validità della *emptio rei propriae*. In senso positivo, Paulus 33 ad ed. D. 18.134. secondo cui: «*rei suae emptio tunc valet, cum ab inizio id agatur ut possessionem emanat, qua, forte venditor habuit, et in sudicio possessionis potior esset*» e Tertulliano. 1 quae D. 2.28, secondo il quale: «*nam et si rem meam tu possideas et ego emam a te possessionem eius rei vel stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio*». In senso negativo, invece, Iav. 6 epist. D. 41.3.21; Iul. 3 ad urs. Fer. D. 12.6.37; Pomp. 9 ad Sab. D.18.1.66 pr.; Pomp 9 ad sab. D. 18.1.18 pr; Paul ad sab. D. 18.1.15.2. Fonti tratte da M. GORGONI, *Circolazione convenzionale del possesso*, cit., 15, note 41 e 42.

19 Si veda sul punto A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975, 452; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita nel diritto romano*, cit., 128; G. OBERTO, *Vendita «di cose» e vendita «di diritti» nell'art.1470 cod. civ.*, cit., 510 ss.

sembrano relegarla ad essere considerata un «vero e proprio caso *borderline*: da un lato la compravendita risponde al fine di far acquisire al compratore, al limite per il tramite dell'usucapione *pro emptore*, la proprietà della cosa venduta; dall'altro, la struttura dell'obbligazione del venditore, di per sé tenuto solo a trasferire la *vacua possessio* sulla cosa, sopporta che, accantonato il fine tipico del contratto di esso si utilizzi, per così dire il solo scheletro giuridico»²⁰.

Da tale esperienza è rimasto sicuramente influenzato il diritto tedesco²¹, che, attraverso la pandettistica, ha mantenuto inalterato lo schema della compravendita di matrice romana dianzi esposto.

Infatti, dalle norme del BGB, si evince che tale contratto si pone come negozio di scambio le cui prestazione si sostanziano, da un lato, nella consegna della cosa e dall'altra nel pagamento del prezzo, mentre per la produzione dell'effetto traslativo si richiede la stipula di un autonomo ed ulteriore negozio astratto ad effetti reali, che si perfeziona in modo diverso a seconda della natura della *res* ed, in particolare, per i beni mobili con la *traditio* e per i beni immobili mediante l'intavolazione.

Ciò sicuramente determina significativi riflessi in ordine alla tematica in analisi.

Difatti già Winschied²², nel diritto delle Pandette, sosteneva, in tema di vendita di cosa

20 A. RODIGHIERO, *L'emptio rei suae*, in [Diritto@Storia](#), 2005, n. 4, 7. L'autore ciò non di meno evidenzia come, comunque, da tale pattuizione si possano trarre elementi utili per pervenire ad un giudizio di ammissibilità in merito al trasferimento del mero possesso.

21 Può essere rilevato come la stessa concezione di possesso propria del diritto tedesco, secondo alcuni autori, trae fonte dall'esperienza romana, in quanto il codice civile tedesco, senza darne una definizione, lo inquadra come potere di fatto su una cosa da cui scaturiscono gli effetti propri che lo stesso diritto romano riconosceva al possesso in termini sia di utilità che di tutela, (v., al riguardo, C.M. BIANCA, *Diritto Civile, 6, La proprietà*, Milano, 1993, 720, nota 31). Contrariamente, secondo altra parte della dottrina, il possesso di matrice tedesca trarrebbe origine dall'istituto della *Gewere* che, in via approssimativa, costituisce il possesso dell'antico diritto germanico, SHAWAB - PRÜTTING, *Sachenrecht*, München, 1997, 10.

22 B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette, prima traduzione italiana di C. Fadda e P. Bensa arricchita dai traduttori di note e riferimenti al diritto italiano vigente*, vol. II, parte 2, Torino, 1904, 80, nel § 385 sancisce che «può essere oggetto di compra il semplice possesso».

del compratore, la piena ammissibilità della vendita del mero possesso. Veniva, infatti, considerato ammissibile che il trasmittente si limitasse a trasferire *medio tempore* il possesso senza dar seguito all'atto traslativo della proprietà; in tal modo, evidentemente, ad essere trasferito era il solo possesso.

Proprio sulla base di tali assunti, la civilistica italiana tende a ritenere ammissibile nel diritto tedesco l'acquisto del mero possesso²³.

Va, inoltre, considerato che l'influsso dell'esperienza romana conduce alcuni autori a ritenere ammissibile, in Germania, anche l'acquisto del possesso da parte del reale proprietario della *res*, purché, chiaramente, ricorrano le condizioni richieste per la validità di tale negozio nell'esperienza romana, e, quindi, che vi sia consapevolezza da parte dell'acquirente che la cosa gli appartiene²⁴.

1.2 Inquadramento del problema e delimitazione del campo di indagine

Una volta compiuta tale ricostruzione di natura storico - comparatistica, che indubbiamente costituisce il sostrato logico e giuridico necessario per giungere alla formulazione di un giudizio positivo sulla possibilità di ricostruire concettualmente - almeno in chiave generale - la circolazione convenzionale del mero possesso, occorre prendere le mosse da talune considerazioni di ordine metodologico. L'analisi della fattispecie in questione impone, prima di ogni ulteriore disquisizione, di tratteggiare

23 L. PADULA, *La vendita del possesso*, cit., 835. L'a., infatti, prospetta la compatibilità dell'istituto della vendita del mero possesso con l'ordinamento tedesco. Nello stesso senso, M. GORGONI, *Circolazione traslativa del possesso*, cit., 29 s., che, per avallare tale conclusione riprende le parole di F. LENT, K.H. SCHWAB, *Sachenrecht. Ein Studienbuch*, Monaco-Berlino, 1964, 13.

24 M. ZIMMERMANN, *Des Rechtserwerb hinsichtlich eigener Sachen* rist, Berlin, 2001, 128; H. DERNBURG, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens: allgemeine Lehren*, in *Das bürgerliche Recht des Deutsche Reichs und Preußens Band 2, Abteilung 1*, Halle, 1906, 9.

con precisione i suoi confini, anche al fine di evitare che si sovrappongano ulteriori tematiche foriere di diverse e, talvolta, non meno complesse problematiche.

Infatti, di frequente si suole ricondurre alla tematica del trasferimento del possesso, talvolta anche per giustificarne l'ammissibilità, una serie di fattispecie che, in realtà, non sembrano poter essere accomunate alla stessa, come confermato dall'evoluzione del pensiero giuridico sviluppatosi al riguardo²⁵.

Gli esempi più significativi, che devono essere presi in considerazione in tale sede, sono la vendita di un bene acquisito tramite usucapione che non è stata ancora giudizialmente accertata²⁶, la quantomai discussa figura del c.d. preliminare ad effetti anticipati²⁷, nonché la c.d. vendita a rischio e pericolo.

Non si può sicuramente negare che, dette fattispecie contrattuali, condividono con la materia oggetto della presente trattazione alcuni aspetti di fondo, che hanno indotto la dottrina alla suesposta errata identificazione anche se, non si può non considerare come, da una più attenta analisi, emerga con certezza una sensibile differenza. Ciononostante appare necessaria una breve esegesi delle stesse.

25 Viene, infatti, sottolineato come, soprattutto in passato, nella prassi, accadeva che i notai procedessero alla redazione di atti di compravendita di immobili usucapiti, la cui provenienza non fosse stata giudizialmente accertata, impostando l'atto di cessione quale vendita del mero possesso. Testimonia tale circostanza, F. RAUCCIO, *Alienazione di immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, cit., 121.

26 B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 1 s. L'autore, invero, sembra ricomprendere tale ipotesi in quelle oggetto della propria disamina, in virtù della preoccupazione derivante dall'orientamento giurisprudenziale, invero oggi superato, secondo cui, per il compimento di atti dispositivi in ordine ai beni usucapiti, sarebbe sempre necessario il preventivo accertamento giudiziale.

27 Su cui anche per approfondimenti bibliografici si veda il successivo paragrafo 1.2.1.

1.2.1 La vendita in virtù di usucapione non accertata giudizialmente

Può accadere che un soggetto acquisisca, in virtù di usucapione, la proprietà di un bene o la titolarità di un altro diritto reale di godimento su cosa altrui. Infatti, qualora il possesso sia continuo, ininterrotto, pubblico e pacifico, nonché protratto per un ventennio o per il diverso termine previsto a seconda della natura del bene o della concreta fattispecie considerata²⁸, si determina per legge l'acquisto della proprietà.

Ciononostante, nella pratica accade di frequente che, a fronte del maturare dei suddetti requisiti, manchi un titolo giudiziale che accerti l'avvenuto procedimento acquisitivo.

Tale evenienza può indurre ad una instabilità del titolo di acquisto in quanto, mancando un intervento dell'autorità giudiziaria, la sussistenza dei suddetti requisiti resta relegata ad una mera dichiarazione di parte, la quale può, successivamente, risultare non veritiera²⁹; circostanza questa che tende ad aggravarsi nei casi in cui i

²⁸ In particolare ci si riferisce alle ipotesi in cui l'usucapione concerna beni mobili ed alla fattispecie dell'usucapione abbreviata, per il cui operare, qualora siano coinvolti beni immobili, è richiesta dall'art. 1159 c.c. la presenza di un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà, la buona fede dell'acquirente ed il decorso del termine di dieci anni dalla trascrizione dell'acquisto; per approfondimenti sul tema si vedano le considerazioni di L. MENGONI, *L'acquisto a non domino*, cit. 23 ss, Per i beni mobili, invece, va rammentato che opera una regola particolare dettata dall'art. 1153 c.c. Tale disposizione, infatti, statuisce che «colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario ne acquista la proprietà mediante il possesso purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà».

²⁹ La dottrina unanime sottolinea comunque la pericolosità di un acquisto di un bene con tale provenienza stante l'instabilità del relativo titolo di acquisto. Ciò pone un problema in ordine al ruolo del notaio chiamato a ricevere un atto avente ad oggetto il trasferimento di un tale immobile; infatti questi, se da un lato sicuramente non incorre nella violazione dell'art. 28 legge notarile nel caso di ricezione dell'atto (v., per tutti, C. BOTTA, *Acquisto per usucapione e validità dell'atto di trasferimento dell'immobile*, in *Notariato*, 2007, 629 ss), ciononostante potrebbe incorrere, secondo parte della giurisprudenza, nella violazione dell'art. 136 legge notarile nel caso in cui, dopo aver rogato l'atto, questo si riveli inefficace (CASS., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv., not.*, 1998, 493). Per non incorre nelle sanzioni di cui alla citata norma il notaio è tenuto a rendere edotte le parti della sussistenza degli estremi dell'inefficacia, in quanto la stessa pone al pubblico ufficiale un onere di informazione circa la possibile presenza di una causa di inefficacia dell'atto. Infatti, la prassi notarile modula la clausole contrattuali in modo da rendere edotto l'acquirente delle problematiche nascenti da una tale provenienza del bene, facendo, pertanto risultare dall'atto la presa di consapevolezza, da parte dell'acquirente, dei rischi derivanti da un siffatto metodo acquisitivo. V., per tutti, A. FERRARI, *Atti dispositivi di immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente ed esonero dalle visure ipo-catastali*, in *Vita notar.*, 2010, 117 e, anche per

presupposti acquisitivi dell'usucapione siano normativamente legati alla ricorrenza di peculiari stati soggettivi del possessore³⁰.

Bisogna da subito premettere che detta ipotesi, seppur potrebbe condividere con la c.d. vendita del possesso il sostrato fattuale, potendo, in effetti, accadere che colui che dichiara di aver usucapito in realtà si rivela, successivamente, mero possessore infra-ventennale, finisce, alla prova dei fatti, per discostarsene significativamente^{31,32}.

Invero, una simile conclusione non è da sempre pacifica in dottrina e giurisprudenza.

Infatti, secondo un orientamento più datato, tale metodo acquisitivo necessiterebbe sempre, per il suo perfezionamento, dell'intervento giudiziario e, quindi, di una sentenza che, accertati i presupposti, dichiara con efficacia costitutiva l'intervenuta usucapione, non potendo, prima di tale momento, configurarsi in capo al possessore alcun diritto reale.

Secondo una pronuncia della Cassazione, così, l'acquisto della proprietà di un immobile per effetto dell'usucapione, per essere fatto valere e formare oggetto di un

valutazioni di più ampio respiro, G. IACCARINO, *Clausole sul possesso nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2002, 54. Va segnalato come ricorra in dottrina l'idea secondo cui il notaio non possa rifiutare di ricevere un atto avente ad oggetto il trasferimento di un bene con una siffatta provenienza, incorrendo altrimenti in responsabilità per violazione dell'art. 27 legge notarile, G. GIOFFRÉ, *La vendita di immobile usucapito*, in *Riv. not.*, 1998, 1000 ss. Sottolinea, invece, l'onere a carico del notaio di avere un comportamento guardingo, M. D'ORAZI, *Alienazione di beni immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, in *Riv. not.*, 2006, 81.

30 Si vedano le considerazioni proposte nella precedente nota 28.

31 La differenza tra la vendita del mero possesso e quella di un bene che sia stato acquisito per usucapione ma per il quale non sia ancora intervenuto l'accertamento giudiziale è ben sottolineata in giurisprudenza da CASS., 05 febbraio 2007, n. 2485, in *Notariato*, 2007, 628 ed in *Vita notar.*, 2007, 840. Nel medesimo senso in dottrina v., M. D'ORAZI, *Alienazione di beni immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, cit., 88 s; F. TOSCHI VESPASIANI, *Usucapione non accertata giudizialmente, vendita immobiliare e responsabilità del notaio*, in *Resp. civ.*, 2008, 162.

32 Viene da taluni rimarcato come, già nelle XII Tavole del diritto romano arcaico, l'usucapione rispondeva all'esigenza di dare certezza giuridica ad un possesso protratto con determinate caratteristiche per un dato lasso temporale, con contestuale e consequenziale irrilevanza e non necessità di accertamenti da parte dell'autorità giudiziaria, F. RAUCCIO, *Alienazione di immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, cit., 123.

contratto di compravendita, «*deve essere dapprima accertato e dichiarato nei modi di legge (...) l'esercizio del possesso per il numero di anni stabiliti dalla legge non costituisce di per sé un diritto. Ma costituisce, soltanto, il presupposto per ottenere il riconoscimento del diritto di proprietà sulla cosa posseduta, mentre l'acquisto del diritto di proprietà per effetto dell'usucapione, per essere fatto valere e quindi costituire il possibile oggetto di un eventuale contratto di compravendita, deve essere prima accertato e dichiarato nei modi di legge*»³³. Conseguentemente, aderendo a tale orientamento, la sentenza che riconosce l'intervenuta usucapione non avrebbe più natura di sentenza di mero accertamento ma costitutiva del diritto di proprietà (o di altro diritto reale limitato), con l'effetto che, qualora il possessore si determini a compiere atti dispositivi sul bene prima della pronuncia giudiziale, l'unica cosa oggetto del trasferimento sarebbe proprio il mero possesso, non essendo ancora giunto a compimento il processo acquisitivo del diritto.

Un altro orientamento, pur aderendo alla opposta tesi secondo cui la sentenza che accerta l'intervenuta usucapione avrebbe carattere meramente dichiarativo, ritiene comunque necessario l'intervento del giudice. In particolare, viene evidenziato come l'operato di quest'ultimo costituisca un momento indispensabile, in quanto, pur avendo la sentenza natura dichiarativa, «essa costituisce, ai fini della successiva circolazione dell'immobile, l'indispensabile epilogo di una fattispecie a formazione progressiva che trova in essa e solo in essa la sua conclusione ed il suo completamento diventando, in al modo, elemento essenziale e costitutivo dell'intero procedimento acquisitivo»³⁴.

33 CASS., 12 novembre 1996, n. 9884 in *Corr. giur.*, 1997, 315 ss. e CASS., 27 settembre 1996, n. 8528, in *Contratti*, 1997, 468 ss. e in *Corr. giur.*, 1997, 162 ss.

34 F. RAUCCIO, *Alienazione di immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, cit., 124. L'autore avalla tale ricostruzione sulla base del rilievo secondo cui dalla normativa speciale dettata in tema di usucapione della piccola proprietà rurale, di cui alla Legge 10 maggio 1976 n. 346, che ha introdotto nel codice civile l'art. 1159 *bis* (norma che impone una particolare modalità di accertamento giurisprudenziale dell'intervenuta usucapione) si evincerebbe la volontà del

A prescindere dalla evidente contraddizione in cui finisce per pervenire un siffatto approccio, in quanto non ha senso discorrere di formazione progressiva se poi si riconosce alla sentenza natura dichiarativa, la ricostruzione dottrinarica più moderna³⁵, che viene oramai condivisa in maniera costante anche dalla giurisprudenza di legittimità³⁶, giunge a ben altra conclusione.

Viene, infatti, rilevato come l'usucapione costituisca un modo di acquisto della proprietà, che si realizza al ricorrere dei presupposti contemplati dalla legge (possessione *ad usucapionem* e decorso del tempo)³⁷ tra i quali non viene in alcun modo contemplata la sentenza del giudice. Essa, pertanto, non avrà carattere costitutivo in quanto, accertando il ricorrere dei suddetti elementi, si limita a valutare la sussistenza di un accadimento (acquisto) già perfezionatosi: la pronuncia, pertanto, dovrà ascrivere alla categoria delle cc. dd. sentenze dichiarative³⁸.

Corollario applicativo di tale impostazione è che il possessore *ad usucapionem*, che compie un atto di disposizione sul bene posseduto, dopo il decorso del ventennio o del

legislatore di introdurre quale principio di carattere generale, valevole, quindi, per ogni ipotesi di acquisto per usucapione, quello secondo cui sarebbe in ogni caso necessario, per il compimento di atti dispositivi in ordine a beni con tale provenienza, la sentenza del giudice che accerti l'intervento acquisto a titolo originario.

35 V., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 6, Milano, 1999, 816; ID., *Se l'usucapione sia un titolo di acquisto derivativo*, in *Realtà sociale ed effettività della norma*, I, Milano, 2002, 1181 ss.; A. CAPUTO, *Trasferimento di un immobile acquistato per usucapione non accertata in giudizio*, in *Immobil. e prop.*, 2008, 39 ss. V., anche per ulteriori riferimenti, in dottrina, P. VITUCCI, *Acquisto per usucapione e legittimazione a disporre*, in *Giust. civ.*, 2004, 8. Significativa è la circostanza che, in senso conforme, si esprime anche la prassi notarile, come risulta da un significativo contributo proposto in uno studio del CNN, M. AVAGLIANO, *Appunti sugli acquisti a titolo originario per usucapione: la decisione della S.C. n. 9884 del 2 novembre 1996 in AA.VV. (a cura della Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato)*, in *Studi e Materiali*, 1998, 524 ss.

36 In giurisprudenza v., per tutti, CASS., 26 novembre 1999, n. 13184, in *Fallim*, 2000, 1363; CASS. 7 agosto 2000, n.10372 in *Foro it.*, 2001, c. 517; CASS. 3 febbraio 2005, n. 2161 in *Giur. it.*, 2005, 12; CASS. 05 febbraio 2007, n. 2485, cit., 628.

37 In tal senso v., per tutti, A. MASI, *L'acquisto del diritto mediante il possesso*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2002, vol. 8, t. 2, 624.

38 In tal senso, v., per tutti, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da F. Mengoni, Milano, 1995, VIII, t. 2, 856; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 816; M. D'ORAZI, *Alienazione di beni immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, cit. 90.

diverso termine previsto dalla legge, trasferisce (o costituisce) proprio il diritto oggetto della pattuizione e non il mero possesso, non divergendo detto schema negoziale da quello tipico del negozio concluso. Sarebbe illogico, tra l'altro, dividere il momento acquisitivo del diritto da quello dispositivo.

L'adesione a tale impostazione permette, quindi, di rilevare come intercorra una significativa differenza tra la fattispecie di cui in precedenza ed il trasferimento del mero possesso. Ciò, in quanto, mentre nel primo caso esula totalmente dall'intenzione dei contraenti dedurre quale oggetto del contratto il trasferimento del mero possesso - realizzandosi quest'ultimo come mero effetto ulteriore di una pattuizione avente ad oggetto il trasferimento della proprietà - nel secondo caso, invece, è la proprietà a non venire in rilievo nell'ambito dell'oggetto della pattuizione negoziale.

Riflessione, questa, confermata dalle conseguenze che scaturiscono dall'eventuale mancanza di titolarità del bene da parte del cedente e dal conseguente vittorioso esperimento dell'azione di rivendica da parte del reale titolare del bene. In tale evenienza, qualora le parti abbiano pattuito la cessione del diritto e non si siano premunite di disattivare i meccanismi legali di garanzia - come in particolare quella per evizione - e l'acquirente venga spogliato del bene in virtù dell'azione di rivendica esperita dal reale proprietario, questi conserva, comunque, il diritto ad agire nei confronti dell'alienante con i normali meccanismi di tutela previsti dalla legge. Nella ipotesi, invece, di trasferimento convenzionale del solo possesso (ovviamente ove si concluda in senso positivo in ordine alla relativa ammissibilità), l'eventuale perdita dello stesso non potrebbe assumere alcun rilievo in ordine alla pattuizione realizzata, con assunzione, pertanto, da parte dell'acquirente dei rischi connessi all'operazione da lui posta in essere.

1.2.2. Il c.d. *preliminare ad effetti anticipati*

Altra fattispecie³⁹ che è stata in passato portata a sostegno dell'ammissibilità dell'operazione giuridica in oggetto, e talvolta addirittura accomunata alla stessa, è il c.d. *preliminare ad effetti anticipati*.

Con tale termine si suole individuare un contratto preliminare, che seppure conservi, secondo la tesi prevalente⁴⁰, la sua ordinaria struttura di contratto preliminare, si contraddistingue per la convenuta anticipazione di alcuni degli effetti che si produrranno al momento della stipula del definitivo definitivo: quali, ad esempio, il pagamento del corrispettivo e/o, ancora più rilevante per il tema analizzato, il trasferimento della disponibilità materiale del bene.

La stretta correlazione tra tale ipotesi e quella del trasferimento del mero possesso deriva proprio dalla circostanza che, soprattutto in passato, alcuni autori⁴¹, avallati

39 Può essere interessante rilevare che, come avvenuto per il tema della circolazione convenzionale del possesso, la figura del contratto preliminare ad effetti anticipati non ha da subito attirato l'attenzione della dottrina, la quale si limitava a brevi accenni contenuti, tra l'altro, in trattazioni di più ampio respiro aventi ad oggetto il tema di compravendita (v., per tutti, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 32) o quello del contratto preliminare (v., per tutti, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 170 ss).

40 In questo senso si vedano in dottrina, per tutti R. De MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991, 37 ss; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 170 ss; G. REBECCA- M. SIMONI, *Preliminari di compravendita immobiliare*, Milano, 1998, 17 ss; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, 1993, Milano, 186. In giurisprudenza, CASS., 27 febbraio 1996, n. 1533., in *Foro it.*, 1996, 264; CASS., 15 aprile, n. 2268, in *Giust. civ., Mass.*, 1982, 819; CASS., 12 gennaio 1979, n. 242, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 113. Si deve rammentare come parte della dottrina, in contrario, ritenga che lo schema contrattuale solitamente identificato con il termine contrattazione preliminare ad effetti anticipati, invero, costituisca un contratto definitivo di compravendita condizionato o ad efficacia parzialmente differita. Tale tesi trae fondamento dal rilievo secondo cui il *nomen iuris* fornito dalle parti al contratto non riveste invero importanza decisiva in ordine alla sua qualificazione, dovendosi, di converso sempre analizzare i suoi concreti effetti nonché la reale finalità perseguita: elementi che, nel caso di specie, farebbero evincere la volontà di dar vita ad una compravendita condizionata (v., per tutti, L. MANTESANO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 511). Altra opinione, invero isolata, costruisce il negozio in esame come procedimento contrattuale articolato in più fasi; esso in sostanza si porrebbe quale segmento della più complessa sequenza procedimentale, che avrebbe termine solo con la conclusione dell'intera vicenda e quindi con la stipula del definitivo (A. LENER, *Contratto preliminare, esecuzione anticipata e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, I, col. 669 ss).

41 C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 147; C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, cit., 39; C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, in *Trattato del Consiglio Nazionale del Notariato, a cura di Perlingieri*, Napoli, 2005, 96.

dalla giurisprudenza di legittimità⁴², avevano ritenuto che l'anticipazione degli effetti desse luogo all'acquisizione, in favore del promissario-immesso, del possesso della *res*. Si può, infatti, leggere in un datato arresto giurisprudenziale che «*la convenzione non tende solo ad attribuire il godimento del bene ma è in funzione di un comune proposito di trasferimento della proprietà alla quale è coerente il passaggio immediato del possesso che costituisce solo un'anticipazione dell'effetto giuridico finale perseguito*»⁴³.

Conseguentemente, tale programma negoziale, costituendo proprio una ipotesi di trasferimento del mero possesso, finirebbe per confermare, tra l'altro, l'idea di una possibile soluzione positiva in merito all'ammissibilità, in via generale, di uno schema negoziale tal fatta. Infatti, la condivisione della suddetta conclusione postula necessariamente la considerazione per la quale non sussistano effettivi limiti concettuali all'ammissione di un trasferimento del mero possesso.

Inoltre, non si può non rilevare come il programma preliminare potrebbe, poi, non trovare seguito in un contratto definitivo, qualora le parti, per qualsiasi ragione, decidessero di non contrarre il negozio alla cui stipula si sono obbligate. Di conseguenza, pertanto, nei fatti si realizzerebbe una ipotesi di traslazione del mero possesso.

Tale soluzione, seppur concettualmente appagante, non può allo stato essere

42 Il filone giurisprudenziale sul tema prende le mosse da un datato orientamento proposto in seno ad una Corte d'appello, occasione in cui i giudici di secondo grado ritennero compatibile con la vendita e con il preliminare il trasferimento anticipato del possesso. In detta occasione, in particolare, venne rilevato come quest'ultimo costituirebbe non già l'effetto del trasferimento del diritto, ma l'anticipazione di un fatto conseguente alla promessa di vendita v., CORTE APP. BARI, 20 febbraio 1936, in *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, 1936, 176, richiamato da M. Gorgoni, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 138. Nel medesimo senso si vedano: CASS., 22 luglio 2003, n. 11415, in *Notariato*, 2005, II, 169; CASS., 7 luglio 2000, n. 9106, in *Foro it.*, 2001, I, 1, 522; CASS., 3 novembre 2000, n.14358, in *Riv. not.*, 2000, II, 719; CASS., 13 luglio 1993, n. 7690, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 626 ss.

43 CASS., 13 luglio 1993, n. 7690, cit.

condivisa.

Essa è stata sottoposta ad una puntuale revisione critica da ampia parte della dottrina⁴⁴, nonché dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁵. L'approccio più moderno, seguito oramai in via prevalente, evidenzia come, in realtà dall'anticipazione degli effetti deriverebbe non un trasferimento del possesso ma la sola immissione del promittente acquirente nella detenzione del bene⁴⁶.

Tale orientamento è stato variamente giustificato nel corso degli anni.

In particolare, parte della dottrina avallava la suddetta conclusione sulla base della considerazione secondo cui la consegna⁴⁷ sia di per sé inidonea, se non connessa ad un atto traslativo, a determinare la nascita del possesso in capo all'immesso nella relazione della *res*, con la conseguenza, pertanto, che l'instaurata relazione materiale

44 Si vedano in tal senso, R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 123; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 170; F. ALCARO, *Il possesso, Artt. 1140-1143*, in *Comm. cod. civ., Schlesinger*, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2003, 92; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 386; P. E. Corrias, *La nuova disciplina del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1020.

45 V., per tutte, CASS., SEZ. UN, 8 maggio, 2007, n. 7930, in *Riv. not.*, 2008, 1082 e in *Giust. civ.*, 2008, 1768; CASS., 22 giugno 2005, n. 13368, in *Riv. giur. edilizia*, I, 1815; CASS., 27 febbraio 1996, n. 1533, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Possesso*, n. 29; CASS., 28 giugno 2000, n. 8796, in *Riv. not.*, 2001, 718; CASS., 30 maggio 2000, n. 7142, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2001, I, 698; CASS., 22 luglio 1977, n. 3272, in *Giur. it.*, 1978, I, 2229.

46 Ritengono, invece, impossibile una soluzione di stampo aprioristico, giudicando sempre necessario procedere ad una valutazione caso per caso: A. ONANO, *Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di beni immobili. Nota a Trib. Cagliari, 28 ottobre 2003*, in *Riv. notar.*, 2004, II, 1197 ss; G. GRASSO, *La trasferibilità del possesso nei contratti obbligatori*, in *Contratto e impresa*, 2002, 703 ss.

47 La natura non negoziale della consegna è affermata dalla tesi prevalente in dottrina, su cui v., per tutti, A. DALMARTELLO, *La consegna della cosa*, Milano, 1950, 203; R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 239; C. ANGELICI, *Consegna*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1988, III, 471; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 473; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 404; F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, cit., 489. Affermano, invece, la natura negoziale della consegna: C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942, 230-250; B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1956, 312; G. OBERTO, *L'oggetto della vendita in generale*, cit. 513; M. ALBERGO, *Alienazione del possesso, un contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1419. Va segnalata, altresì, la posizione di chi sostiene come tali soluzioni appiano eccessivamente generalizzanti e non tengano in debito conto che la consegna possa mutare natura a seconda della fattispecie concreta in cui essa viene effettuata, potendo, pertanto, valere, sia quale atto esecutivo nascente da un titolo preconstituito sia come fattispecie autonoma conformatrice di situazioni giuridiche soggettive, v. B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 75.

sia da qualificare quale detenzione.

Il dibattito è stato di recente portato a componimento dalle sezioni unite della Corte di cassazione, le quali hanno superato l'*impasse* innanzi descritto, ricostruendo il programma negoziale quale ipotesi di collegamento negoziale.

In particolare, viene rilevato come, da un siffatto meccanismo contrattuale, non potrebbe mai derivare l'immissione del promittente acquirente nel possesso del bene, in quanto l'anticipazione degli effetti del definitivo troverebbe titolo rispettivamente, in ordine al pagamento del prezzo, in un contratto di mutuo collegato al preliminare e, in ordine all'immissione nella relazione materiale con la *res*, in un contratto di comodato anch'esso unito al vincolo obbligatorio principale⁴⁸.

Tale pronuncia⁴⁹, stante la sua autorevolezza, deve necessariamente portare a ritenere che sia operazione infruttuosa muovere un'attività di ricerca di uno spazio operativo autonomo della circolazione della *vacua possessio rei* dal fenomeno negoziale del preliminare ad effetti anticipati, se non altro per la instabilità, nonché per la mancanza di rilievo pratico delle soluzioni adottate.

Sulla base di tali riflessioni, si deve, quindi, delimitare il campo di indagine alle ipotesi in cui oggetto della pattuizione sia proprio la circolazione del puro possesso.

48 V., CASS. SEZ., UN., 8 maggio 2007, n. 7930, cit.. In senso simile sembra esprimersi una più datata giurisprudenza per la quale «la consegna anticipata della cosa promessa in vendita (...), può costituire oggetto di un particolare negozio (c.d. precario oneroso) con una causa ed un contenuto economico propri, identificabili nell'onere aggiuntivo (di corrispondere le quote condominiali) che si assume il promissario nel ricevere la consegna anticipata della cosa», nel medesimo senso già, CASS., 8 novembre 1980, n. 123 in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 288.

49 Per un'analisi critica della posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità nel su citato arresto, si veda, per tutti, A. CHIOSI, *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati tra collegamento negoziale e atipicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 543 ss.

1.2.3. La vendita a rischio e pericolo

Una risalente opinione ritiene che la vendita del possesso non solo non sia incompatibile con il nostro ordinamento, ma che, altresì, riceva esplicito avallo normativo nell'ipotesi contemplata dall'art. 1488, 2° comma, c.c.: la c.d. compravendita a rischio e pericolo⁵⁰.

In particolare si sosteneva che, adoperando detto schema negoziale, ben potrebbe accadere che il venditore ceda una cosa appartenente ad altri, senza contestualmente assumere l'obbligazione di rendere proprietario il compratore, con la conseguenza che il cedente assumerebbe, in sostanza, il solo impegno a rendere validamente possessore l'acquirente mediante la consegna. Ciò potrebbe aver luogo perché, essendo stata pattiziamente esclusa del tutto la garanzia per evizione, l'obbligo del compratore di pagare il corrispettivo rimarrebbe invariato anche in caso di mancato trasferimento del diritto, escludendosi, pertanto, la possibilità di quest'ultimo di invocare il rimedio della risoluzione contrattuale per inadempimento.

La circostanza che detta ipotesi costituisca una vendita del solo possesso sarebbe, inoltre, desumibile, nei fatti, degli elementi concreti dedotti nel programma negoziale e, in particolare, dall'entità del prezzo pattuito in contratto, che, infatti, in tali pattuizioni, viene generalmente fissato ad un importo inferiore rispetto a quello che si pagherebbe per l'acquisto della proprietà; ciò, chiaramente, in ragione della su citata esclusione della garanzia contro eventuali evizioni della *res*.

Secondo la suddetta tesi, un contratto siffatto, pienamente lecito, rientrerebbe

50 R. LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961, 186 ss. Pare concordare, altresì, P. PETRONE, *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1069. In particolare, tale ultimo autore ritiene che il risultato della cessione del possesso coincida con quello della vendita a rischio e pericolo del compratore proprio nell'ipotesi in cui il possessore alienante non sia proprietario.

proprio nello schema tratteggiato dall'art. 1488, 2° comma, c.c., che contempla la vendita a rischio e pericolo del compratore, in cui l'esclusione di ogni forma di garanzia per l'evizione costituirebbe indice della mancanza dell'obbligo in capo al cedente di trasferire la proprietà⁵¹.

La vendita del possesso, per le considerazioni fin qui esposte, integrerebbe una fattispecie contrattuale valida e meritevole di tutela e, pertanto, non potrebbe non affermarsi che il possesso costituisca un'entità commerciabile, tutelata dall'ordinamento e idonea a determinare l'acquisto della proprietà a mezzo dell'usucapione⁵².

Raggiunte le suddette conclusioni ci si sofferma, in generale, sui mezzi per conseguire la proprietà sul bene altrui, distinguendo al riguardo due ipotesi.

La prima ricorrerebbe allorché il venditore ceda il possesso del bene immobile affidatogli da altri per uno scopo determinato (ad esempio a titolo di deposito comodato o pegno).

Nel caso di bene mobile, la proprietà potrà essere acquistata a titolo originario mediante il meccanismo di cui all'art. 1153 c.c. in presenza dei requisiti del possesso di buona fede e di un titolo astrattamente idoneo, quale ad esempio il contratto di vendita.

Diversamente, nell'ipotesi in cui il venditore non proprietario stia per usucapire un bene immobile, la trasmissione del possesso a favore dell'acquirente consentirebbe a quest'ultimo l'acquisto della proprietà una volta compiutasi l'usucapione. Viene,

51 Unico limite consisterebbe nella consapevolezza del compratore in ordine al possesso delittuoso del venditore. In tale situazione il contratto dovrebbe ritenersi nullo per illiceità.

52 R. LUZZATO, *La compravendita*, cit., 187.

pertanto, lasciato intendere dall'a. che al nuovo possessore sia consentito aggiungere al proprio possesso quello del suo dante causa *ex art. 1146 c c., 2° comma, c.c.*

Tali considerazioni non vengono, però, integralmente condivise da altra parte della dottrina⁵³.

Viene, infatti, rilevato come, attraverso lo schema della vendita a rischio e pericolo, le parti intendono sempre dar vita ad una compravendita, il cui fine è determinare il trasferimento la proprietà del bene e non del suo mero possesso⁵⁴. Sicuramente nulla esclude che il bene dedotto in contratto possa essere di altrui titolarità, con la conseguenza che, come riflesso pratico dell'operazione, la controparte otterrebbe il mero possesso. Tuttavia, tale circostanza non è una conseguenza esclusiva della vendita *ex art. 1488, 2° comma, c.c.*, in quanto lo stesso effetto ben si potrebbe realizzare in ogni ipotesi di compravendita, a prescindere dalla modulazione della garanzia per

53 G. GRASSO, *La vendita del possesso una vendita impossibile?*, cit., 314 s. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 80. F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, cit., 742. Va sottolineata l'opinione avanzata da chi ritiene come la vendita a rischio e pericolo determini il sorgere di una obbligazione che ha come oggetto il mero trasferimento della cosa senza la trasmissione del diritto, con la conseguenza che si avrebbe «una surrogazione del dare» non identificabile con la vendita in senso proprio. Tale negozio, secondo l'autore, seguirebbe la disciplina della vendita in quanto compatibile, G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 70. Va rammentato come ciononostante l'a. escluda la possibilità di vendere il mero possesso.

54 In particolare nota Maisto che «l'assetto d'interessi attuato dal patto di cessione del mero possesso non si può pienamente realizzare tramite il paradigma della vendita a rischio e pericolo del compratore». L'argomentazione addotta si basa sulla differenza che intercorrerebbe tra evizione ed inefficacia originaria dell'atto. In quanto, secondo l'a., per far sì che operi l'evizione sarebbe necessario che, al momento dell'alienazione, vi sia la titolarità del diritto, mentre, nel caso in cui il venditore non abbia alcun titolo d'acquisto (o questo sia nullo) si sarebbe in presenza di una mera inefficacia dell'atto. Conseguentemente la vendita a rischio e pericolo non escluderebbe il diritto alla restituzione del corrispettivo per i casi di inefficacia o nullità dell'atto di acquisto del venditore, ma solo quando il compratore subisca l'evizione. Si evidenzia che, anche qualora non si accogliesse tale distinzione e quindi si ammettesse che l'altruità della *res* sia causa di evizione, la conclusione non sarebbe destinata a mutare. Infatti, in presenza della consapevolezza del venditore circa l'altruità della *res* – consapevolezza tipica del patto di cessione del mero possesso –, si avrebbe l'imputabilità dell'evizione con conseguente operatività del limite al patto di esclusione della garanzia per evizione di cui all'art. 1487 comma 2 c.c. (applicabile anche alla vendita a rischio e pericolo) con conseguente diritto del compratore a ricevere indietro il corrispettivo. Ritengono che l'altruità del bene costituisca causa di evizione, D. Rubino, *La compravendita*, cit., 647; G.B. FERRI, *La vendita in generale – Le obbligazioni del venditore – e obbligazioni del compratore*, in *Tratt. dir., priv.*, Rescigno, 11, III, 2 ed., Torino, 2000, 543; A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 228 s.

evizione, e che influirebbe solo sull'aspetto della responsabilità del venditore.

Viene, pertanto, ritenuto che «é altrettanto assodato per altro che l'istituto non ha nulla a che vedere con la vendita del possesso»⁵⁵.

Nel caso in cui, poi, il compratore abbia consapevolezza circa l'altruità del bene non muterebbero le rassegnate conclusioni, in quanto, comunque, il contratto riguarderebbe la proprietà e non il possesso «si tratta di una vendita di bene altrui in nome proprio»⁵⁶.

Viene, inoltre, sottolineato che, lì dove le parti intendono trasferire il solo possesso del bene e ciò risulti dall'interpretazione dell'accordo stesso, il contratto sarebbe da considerarsi nullo per impossibilità dell'oggetto, essendo stata ceduta una posizione non qualificabile in termini di diritto.

In sostanza, si ritiene che la caratteristica della vendita a rischio e pericolo non sarebbe quella di avere ad oggetto il possesso, in quanto ad essere ceduto è sempre il diritto: la peculiarità andrebbe riscontrata nella sua configurazione di contratto parzialmente aleatorio. Il compratore, infatti, non può agire per ottenere la risoluzione del contratto se la cosa risulta appartenere in tutto o in parte ad altri. Ciononostante, però, il venditore non è immune da qualsiasi responsabilità, essendo sempre tenuto all'evizione per fatto proprio stante la nullità di un eventuale patto contrario *ex art.* 1487, 2° comma, c.c.

Se, pertanto, tali riflessioni escludono con ampia credibilità l'assimilazione degli schemi della compravendita a rischio e pericolo e della vendita del possesso, peraltro non può non condividersi la riflessione avanzata da chi evidenzia come dallo schema

⁵⁵ G. GRASSO, *La vendita del possesso una vendita impossibile?*, cit. 315.

⁵⁶ G. GRASSO, *ibidem*.

postulato dall'art. 1488, 2° comma c.c., derivano pur sempre significativi indici di riflessione circa la ammissibilità di una circolazione convenzionale del mero possesso⁵⁷, stante anche l'astratta attitudine di tale contratti, nei fatti, a determinare l'immissione di altri nel possesso.

1.3 Le ragioni tradizionalmente poste alla base del diniego al trasferimento del possesso

Svolte le suesposte considerazioni, e tornando al tema oggetto della presente indagine, va rammentato che, come più volte sottolineato, la dottrina tradizionale⁵⁸ e la giurisprudenza di legittimità sono sostanzialmente orientate nel ritenere non ammissibile una pattuizione il cui oggetto sia costituito dal trasferimento del possesso, come tale svincolato dal trasferimento della posizione reale del quale questi costituisce naturale manifestazione.

La compattezza di un tale orientamento impone, pertanto, di analizzarne le ragioni ed i fondamenti, al fine di vagliarne criticamente l'attendibilità, cercando, per tale via, di cogliere spunti di riflessione eventualmente idonei a confutare tali assunti. In particolare, fine ultimo dell'indagine che si intende compiere, è quello di

⁵⁷ V., per tutti, F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, cit., 745. L'autore rileva come «la similitudine dell'assetto d'interessi conseguito rispetto a quello di un atto di autonomia legislativamente tipico, quale la vendita a rischio e pericolo del compratore, è indice della meritevolezza di tutela del contratto atipico di cessione del possesso».

⁵⁸ Riassume, con la consueta lucidità, la tesi tradizionale tesa a sostenere l'intrasferibilità del possesso, L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 128, il quale, nel sottolineare che il possesso è un fatto e come tale non suscettibile di trasferimento, sottolinea che «a rigore non si può parlare di acquisto del possesso, né distinguere tra acquisto originario e acquisto derivativo: questa terminologia sta ad indicare l'*initium possessionis*, l'assoggettamento della cosa al potere di fatto di qualcuno mediante un fatto autonomo di apprensione o, rispettivamente, per il tramite di un rapporto con un altro soggetto. L'acquirente di una cosa, che ne riceve la consegna dall'alienante, diventa possessore per volontà del *tradens*, ma indipendentemente dalla sua posizione rispetto alla cosa: lo diventa in base al contratto di acquisto del diritto reale che gli fornisce il titolo di possesso in ragione del quale riceve la consegna con l'*animus rem sibi habendi*».

comprendere se le conclusioni cui si è pervenuti nel corso degli anni, siano effettivamente senz'altro impeditive all'ammissione di un potere di ingerenza dei privati in tema di circolazione del mero possesso.

Giova ricordare che solo di rado, e talvolta solo incidentalmente, la giurisprudenza ha avuto modo di confrontarsi con la tematica in esame, ma ciononostante l'approccio è stato sempre del medesimo segno.

Le prime significative occasioni si sono avute nella seconda metà degli anni 90, quando la Cassazione, con due sentenze, pronunciate tra l'altro a pochi mesi di distanza l'una dall'altra, ha avuto modo di intervenire sul tema, che, fino ad allora, non era mai giunto all'attenzione della giurisprudenza di legittimità.

Nella prima presa di posizione, la Cassazione, in occasione di una contrattazione preliminare con la quale le parti si erano vincolate alla stipula di un definitivo che fosse diretto a trasferire proprio il mero possesso di un bene immobile, ebbe modo di sancire che *«il contratto preliminare con cui le parti si sono reciprocamente impegnate ad alienare e ad acquistare la sola situazione possessoria relativa ad un bene immobile è nullo, ai sensi degli artt. 1418 c.c. e 1325 c.c., per l'impossibilità dell'oggetto. Poiché il possesso, in quanto costituente un'attività necessariamente accompagnata dall'animus possidendi, non è negozialmente trasferibile, salva l'eccezione rappresentata dalla prevista continuazione, per effetto di una fictio legis, del possesso nell'erede»*⁵⁹.

⁵⁹ Si veda Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, cit. In particolare, la fattispecie sottoposta al vaglio della Cassazione aveva ad oggetto un contratto preliminare tramite il quale un soggetto, che occupava abusivamente un terreno gravato da uso civico e come tale sottoposto al regime dei beni demaniali, aveva ciononostante promesso in vendita detto bene. In particolare, nel caso di specie, detto lo stesso aveva presentato domanda per ottenere, ai sensi dell'art. 9 della legge 16 giugno 1927, n. 1766, il c.d. provvedimento di legittimazione ma, nelle more, aveva venduto il bene, in qualità pertanto di mero possessore e di titolare al massimo di un interesse legittimo. (In particolare, con detto intervento normativo in un'ottica di riassetto degli usi civici e dei rapporti con la proprietà

Tale posizione fu ripresa in un intervento di poco successivo, in cui la Corte ebbe modo di ribadire che *«oggetto di un contratto di compravendita può essere solo il trasferimento della proprietà di una cosa o di un altro diritto: con la conseguenza che detto contratto non può avere ad oggetto il trasferimento del possesso di un immobile in sé e per sé (non collegato, cioè alla cessione della proprietà dello stesso) e da esso, ove comunque posto in essere dalle parti, non possono derivare gli effetti dell'accessione del possesso di cui all'art. 1146, comma 2 cod. civ. in quanto il possesso "unibile" ai sensi di detta norma è esclusivamente quello del precedente titolare del diritto trasferito»*⁶⁰.

Detta posizione è stata, in sostanza, riproposta in una più recente occasione, nella quale la Cassazione, nel valutare l'ambito di operatività dell'art. 1146, 2° comma, c. c., e, quindi, dell'fenomeno della c.d. accessione del possesso, ha avuto modo di ritenere che: *«il trapasso del possesso dall'uno all'altro dei successivi possessori si ricollega e trova la sua necessaria giustificazione in un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà o altro diritto reale su un bene, che imponga la sostituzione di un soggetto ad un altro, giacché la norma ricollega espressamente alla qualità di successore a titolo particolare nel diritto la facoltà di unire il proprio possesso a quello del dante causa e la tipicità dei negozi traslativi reali esclude che oggetto o causa di essi possano essere costituiti unicamente l'esercizio od il trasferimento di un*

fondiarie venne sancito che «qualora sulle terre di uso civico appartenenti ai Comuni, alle frazioni o alle associazioni (...) siano avvenute occupazioni, queste, su domanda degli occupatori, potranno essere legittime, sempre che concorrano unitamente le seguenti condizioni: a) che l'occupatore vi abbia apportato sostanziali e permanenti modifiche; b) che la zona occupata non interrompa la continuità dei terreni; c) che l'occupazione duri da almeno dieci anni». Ciò detto una volta concluso il procedimento amministrativo di legittimazione a favore del possessore-istante, nascerà in capo a quest'ultimo – previa trasformazione del demanio in allodio – un diritto soggettivo di natura reale comportante la piena disponibilità del bene).

⁶⁰ Si veda Cass., 12 novembre 1996, n. 9884, cit. In detta fattispecie, invece, la vendita era proprio strutturata come trasferimento del possesso, infatti la parte venditrice, che riteneva di aver maturato l'usucapione della proprietà di una quota di un bene in virtù di un possesso ultra ventennale assoluto ed esclusivo, aveva alienato proprio lo stesso possesso.

potere di fatto»; così confermando l'intrasferibilità del mero possesso⁶¹.

Provando a tratteggiare, allora, le linee guida che si pongono alla base di un simile approccio, sembrano potersi delineare tre principali argomentazioni.

La prima è costituita dalla stessa nozione di possesso fornita dall'art. 1140 c. c. Detta norma definisce il possesso come: «il potere sulla cosa che si manifesta in una attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale». Orbene, come ha avuto modo di evidenziare la dottrina⁶², un'attività non può mai essere trasferita ma solo intrapresa; e ciò risulterebbe ancor più veritiero in ordine al possesso, in quanto, per esso, non è sufficiente un mero comportamento, dovendo esso essere, altresì, contraddistinto da un peculiare elemento soggettivo, il c.d. *animus possidendi*, 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 precedenza⁶³.

Conseguentemente, non vi potrebbe essere un c.d. acquirente del possesso, perché potrebbe solo accadere che un nuovo soggetto si avvicini ad un altro nella relazione materiale con la cosa, così da determinare il sorgere di una nuova attività possessoria, con relativa inidoneità del possesso a costituire oggetto di una pattuizione contrattuale.

La seconda argomentazione muove, invece, dall'analisi dello strumento contrattuale della compravendita, al fine valutarne la attitudine a costituire veicolo di traslazione del possesso. In particolare, viene rilevato come tale negozio - secondo il tenore

61 CASS., 22 aprile 2005, n. 8502, in *Rep. Foro. it.*, 2005, voce *Possesso*, n. 22.

62 Questa costituisce una delle argomentazioni principali che la dottrina pone alla base della tesi negativa; si veda, per tutti, a L. PADULA, *La vendita del possesso*, cit., 833 s. Può essere, invero, utile ricordare come siffatto argomento, secondo un altro orientamento, non esclude, come si avrà modo di rilevare nel prosieguo, la possibilità dei privati di dar luogo ad un meccanismo convenzionale di circolazione del possesso ma solo la sua pura trasferibilità, sul punto cfr. B. TROISI, *Circolazione convenzionale del possesso e autonomia privata*, cit., 30 ss.

63 P. IAMICELI, *Commento a Cass.*, n. 8528/97, cit., pp. 166 e 169.

letterale dell'art. 1470 c.c. - costituisca un contratto tramite il quale le parti possono esclusivamente determinare il trasferimento di posizione giuridiche riconducibili nell'ambito della categoria del diritto soggettivo⁶⁴. Orbene, almeno se si condivide la tesi secondo cui il possesso non risulta sussumibile nella suddetta categoria, costituendo un «potere di fatto», risulta evidente, a prescindere da ogni ulteriore considerazione al riguardo, che la compravendita non può essere idonea a determinare il trasferimento dello stesso.

Infine, l'ultima argomentazione addotta dalla giurisprudenza a fondamento del diniego alla traslazione del possesso, trae spunto dal tenore letterale dell'art. 1146, comma 2°, c. c., che, appunto, disciplina l'istituto della accessione del possesso. In particolare, la Cassazione⁶⁵ rileva come detta norma, interpretata alla lettera, dovrebbe indurre a concludere per l'assoluta intrasmissibilità del possesso. Infatti, dal tenore delle parole utilizzate dal legislatore, parrebbe evincersi come la norma riconduca la possibilità di giovare dell'*accessio possessionis* ai soli casi in cui si sia in presenza di un titolo in astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà, con la conseguenza che, solo in presenza di un siffatto titolo, il successore a titolo particolare, sia esso

64 L'inquadramento del contratto di compravendita quale negozio avente ad oggetto il trasferimento di diritti è da sempre alla base della disciplina di detto tipo contrattuale anche sotto il vigore del precedente codice, ove già si ebbe modo di rilevare come «...dappoiché apparvero nel mondo la proprietà ed il contratto di compera e vendita, l'intento di chi vende la cosa come propria fu sempre quello di trasferirne la proprietà al compratore il quale, da parte sua comprandola, intende pure acquistarne il dominio», M. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, Roma-Torino-Firenze, 1879-1881, 105-108. Escluse alcune posizioni che tendono ad ammettere una cessione di poteri e facoltà, seppur collegate ad una posizione di diritto, (V. PANUCCIO, voce *Cessione di diritti*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 829), l'idea che la compravendita possa determinare il solo trasferimento di diritti non è oggi mutata nella teoria generale della compravendita e, quindi, basti al riguardo rinviare alle considerazioni di C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 174 ss e D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 58s. In particolare tale autore nega che possa esservi una successione/trasferimento di poteri o di facoltà tra due soggetti con riferimento al possesso, anche se non esclude che i privati si servano di un modello contrattuale atipico a fronte del quale si dia vita ad una mera obbligazione a carico del c.d. cedente di creare *ex novo* una tale posizione possessoria in capo dell'acquirente che per tale via acquisterebbe un diritto relativo e non assoluto.

65 Detta conclusione trova piena condivisione in giurisprudenza, essendo di frequente riproposta negli interventi giurisprudenziali in tema di *accessio possessionis*. Oltre alle già richiamate pronunce, si veda, CASS., 26 settembre 2005, n. 18750, in *Rep. Foro it.*, 2005 voce *Possesso*, n. 23.

inter vivos o *mortis causa*, potrebbe unire al proprio possesso quello del suo dante causa. Argomentando da ciò si giunge, per converso, ad escludere che vi sia spazio per una differente circolazione del possesso⁶⁶.

Detti rilievi, come ricordato in precedenza, tendono ad essere condivisi dalla dottrina che tradizionalmente si è espressa in merito alla problematica in esame.

Sono ricorrenti, anche negli studi sul tema, le affermazioni secondo cui, essendo la compravendita una fattispecie traslativa di diritti⁶⁷, essa non è idonea ad assurgere a schema negoziale preposto al trasferimento del mero possesso⁶⁸, o quella, secondo cui, essendo il possesso un potere di fatto, che si contraddistingue per il particolare stato soggettivo del possessore, non può essere trasmesso ma solo intrapreso⁶⁹.

D'altro canto, tali assunti vengono corroborati anche dal tradizionale modo di

66 Di segno diametralmente opposto pare essere la tesi sostenuta da chi rileva come, da una corretta esegesi di tale norma, invero, si potrebbero trarre importanti spunti di riflessione per ammettere una circolazione traslativa del possesso. Viene, in particolare, rilevato come, proprio dall'art. 1146, 2° comma, c.c., si evincerebbe, non solo la trasferibilità *mortis causa* del possesso (su cui si veda il successivo capitolo 5), ma anche la sua trasferibilità *inter vivos*. Soluzione che troverebbe avallo normativo negli artt. 1153 e 1141 c.c. Il pensiero dell'a. si sviluppa, tenendo conto di alcuni dei passaggi seguiti dalla giurisprudenza nei suesposti interventi, soprattutto nella parte in cui riconosce che il possesso, oltre che per successione ed atti negoziali, può trasferirsi con un semplice atto giuridico. V., per tutti, M. ALBERGO, *Alienazione del possesso*, cit., 1428 ss.

67 Va, seppur brevemente - e senza pretesa di esaustività -, rammentato il dibattito sorto in dottrina in merito all'identificazione del concetto di oggetto del contratto di compravendita. Secondo l'opinione tradizionale, oggetto della compravendita sarebbe il bene o il diritto che viene trasferito con il contratto di alienazione (F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 58 ss; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 14-16). Altri ritengono che si dovrebbe distinguere tra oggetto mediato (il bene) ed oggetto immediato (trasferimento del diritto) del contratto (Sal. Romano, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1960, 24 e 61; D. Rubino, *La compravendita*, cit., 76). Una ulteriore posizione sostiene che l'oggetto della vendita sia da riscontrare nell'insieme dei risultati previsti dall'accordo e quindi sia il trasferimento del diritto sia il pagamento del prezzo (C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 4). Per ulteriori approfondimenti, anche bibliografici si vedano, G.B. FERRI, *Vendita in generale*, in *Trattato dir priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. XI, Torino, 1984, 196 ss. e A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 1991, 48 e Va infine ricordata la posizione isolata proposta da una parte della dottrina, che, mutuando alcuni istituti del diritto tedesco (BGB (§ 443), distingue tra vendita di cose e vendita del diritto (F. DEGNI, *La compravendita*, Padova, 1939, 72).

68 V., per tutti, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 70; D. PETRONE, *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, in *Riv. not.*, 1998, 1059 ss; CILLO-D'AMATO-TAVANI, *Dei singoli contratti*, 2005, Milano, 40.

69 L. PADULA, *La vendita del possesso*, cit., 837.

concepire il c.d. fenomeno dell'acquisto del possesso.

Va rammentato che, sempre secondo l'impostazione tradizionale, esso si determina o tramite un acquisto a titolo originario (*adprehensio*) o tramite un acquisto a titolo derivativo. In particolare, nel nostro ordinamento l'unico atto idoneo a determinare un acquisto a titolo derivativo del possesso sarebbe la effettiva consegna del bene, atto che, secondo ampia dottrina, sarebbe ascrivibile alla categoria degli atti giuridici in senso stretto e quindi privo di una natura negoziale, costituendo atto di adempimento di una specifica obbligazione nascente dal contratto cui accede⁷⁰.

Quindi, non potrebbe discorrersi di acquisto negoziale del possesso, in quanto il termine trasmissione viene utilizzato a fini puramente descrittivi, ovvero per identificare il subingresso di un soggetto ad un altro nella relazione materiale con la *res*.

Giova, tra l'altro considerare come la dottrina⁷¹ prevalente tenda, altresì, ad escludere che la consegna determini un trasferimento del possesso, in quanto, a prescindere se sia ravvisabile o meno con tale atto un acquisto a titolo originario o derivativo del possesso, non si determinerebbe in nessun caso un effetto traslativo, perché la consegna costituisce un puro fatto materiale, idoneo a determinare solo il sorgere di una autonoma situazione di fatto e, pertanto, indipendente da quella pregressa che sorgeva in capo al precedente possessore⁷²(fatta salva, ovviamente, la possibilità di unire i possessi *ex art. 1146, 2° comma, c.c.*).

Sulla base di tali rilievi, si conclude, pertanto, che «sarebbe nullo un patto di

70 Al riguardo si vedano le parole di L. MEGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., 128 e riportate alla precedente nota 58.

71 V. anche per ulteriori approfondimenti gli autori di cui alla nota 58.

72 B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 18 s.

trasferimento del possesso che non inerisse a un accordo di trasferimento della proprietà o ad un riconoscimento di proprietà, vuoi per mancanza genetica, o per illiceità della causa (...) vuoi per mancanza, impossibilità dell'oggetto»⁷³.

1.4 Il superamento della tesi restrittiva: ragioni e considerazioni generali

La suesposta conclusione non viene, però, condivisa da una parte sempre più ampia della dottrina, come confermato sulla scia di alcune riflessioni proposte già in passato da alcuni autori⁷⁴ e da una serie di recenti studi che si sono occupati in maniera specifica della problematica in esame, i quali, seppur attraverso percorsi argomentativi notevolmente differenti, convergono nel ritenere ammissibile una fenomeno di circolazione del mero possesso⁷⁵.

Proprio la revisione critica della tesi tradizionale, circostanziata da una serie di rilievi di notevole efficacia, impone, allora, di approfondire l'analisi della problematica senza attestarsi su posizioni preconcepite.

In particolare, l'ottica da cui muovere la ricerca sembra quella di provare a vagliare

73 La frase, così come formulata, si legge in B. TROISI, *ibidem*. L'autore, in particolare, riprende le parole di R.SACCO-R.CATERINA, *Il possesso*, cit., 215 e di L. PADULA, *La vendita del possesso*, cit., 839.

74 Ci si riferisce in particolare all'impostazione proposta in B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, cit. 299 ss e R. LUZZATO, *La compravendita*, cit. 186. Significativa, altresì, è la posizione, maturata sotto il vigore del precedente codice, di chi sottolinea come «opiniamo che del pari oggi non potremmo contrastare la validità del possesso legittimo praticata al proprietario della res, il quale ha perduto il possesso civile. Per noi il possesso è un diritto trasmissibile come la proprietà..come nel trasferimento della proprietà vi è un possesso o un dominio che si estingue ed un possesso o un dominio che si generale ricostituisce, onde com'è possibile l'alienazione dell'uno così è possibile l'alienazione dell'altro», G. RASCIO, *Sistema di diritto positivo del diritto di possesso e proprietà*, cit., 184.

75 A prescindere dalle opinioni che verranno di seguito delineate, vale la pena di ricordare come parte della dottrina ritenga che il possesso possa costituire oggetto, comunque, di trasferimento, se calato in pattuizioni atipiche di carattere obbligatorio, G. B. FERRI, *La vendita in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1984, 209. Nello stesso senso, come dianzi accennato, pare esprimersi, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 67.

la fondatezza delle argomentazioni di cui al suesposto orientamento e, nel caso di giudizio positivo, portare avanti l'analisi, al fine di valutare se effettivamente esse costituiscano una ragione ostativa all'ingerenza del potere di autonomia privata nella circolazione del possesso.

Al di là dell'utile, ma non decisivo, raffronto con le suddette esperienze il punto nodale della questione è dato dal riconoscimento sempre più ampio di un valore economico del possesso⁷⁶.

Infatti, gli approcci più moderni in materia di possesso evidenziano come, dall'analisi dei vantaggi e delle prerogative che la legge riconosce in favore del possessore, non può non evincersi come ad esso vada riconosciuto un autonomo e significativo valore economico «affatto diverso e indipendente da quello della cosa», e che, secondo alcune ricostruzioni, «lo rendono bene patrimoniale, sia in termini di valore d'uso sia in termini di probabilità di acquisto della proprietà per effetto dell'usucapione: in quanto bene patrimoniale, esso rientra nel patrimonio del possessore»⁷⁷.

Giungere a condividere un tale rilievo, sulla cui tenuta ci si soffermerà nel prossimo capitolo, significa aprire una significativa breccia nell'impostazione tradizionale, nonché dar vita ad ampi margini di riflessione per ammettere una circolazione traslativa del possesso, in virtù dell'indubbio *favor* da sempre espresso dal legislatore nei riguardi del l'utilizzo produttivo dei beni, nonché per la circolazione dei beni produttivi.

⁷⁶ Non a caso tutte la ricostruzioni maturate sul tema prendono spunto da tale assunto di base, in quanto è lo stesso fenomeno della circolazione giuridica ad adattarsi alla circolazione economica e, quindi, al passaggio di utilità tra consociati. Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 1.

⁷⁷ B. TROISI, *Circolazione convenzionale del possesso e autonomia privata*, cit., 35.

CAPITOLO II: Autonomia, autoreferenzialità e valore economico del

possesso

2.1- Le premesse concettuali per configurare l'autonomia e l'autoreferenzialità del possesso 2.1.2 ... (segue) I dati su cui fondare l'autonomia del possesso 2.2. La tutela possessoria e l'autonomia del possesso 2.3 Gli effetti del possesso (regime dei frutti, dei miglioramenti e delle addizioni).2.4 Il risarcimento del danno da lesione del possesso 2.5 Il possesso e la comunione legale 2.6 Considerazioni finali sul tema

2.1- Le premesse concettuali per configurare l'autonomia e l'autoreferenzialità del possesso

Le considerazioni prospettate fino a questo momento in via generale, devono ora cominciare a trovare adeguato approfondimento.

I primi punti fermi che devono essere posti nella trattazione della tematica in esame sono costituiti: dalla individuazione di uno spazio autonomo del possesso rispetto all'istituto della proprietà e dalla presa di coscienza che il possesso non si esaurisce nella sua tutela giuridica e nell'eventuale possibilità di usucapire il bene posseduto, ma costituisce un autonomo valore economico del patrimonio del possessore. Conclusioni, queste, a cui si perviene in virtù della valorizzazione del significativo rilievo che assumono le utilità ed i vantaggi che la legge pone in favore del possessore e che trovano rafforzato fondamento nel favore manifestato dal legislatore nei confronti dell'organizzazione produttiva dei beni⁷⁸.

⁷⁸ Gli studi più recenti in materia di possesso ne valorizzano infatti il rilievo economico. Viene infatti con sempre maggior vigore affermato il suo valore d'uso tale da far sì che esso debba essere considerato quale componente del patrimonio del possessore, v., in tal senso, B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, cit., 309; A. ZOPPINI, *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 227 s.; B. TROISI, *Circolazione convenzionale del possesso e autonomia privata*, cit., 35;

Tali considerazioni, infatti, si pongono come necessarie e preliminari all'indagine metodologica in oggetto, in quanto aprono significativi margini di valutazione in merito alla possibilità di ammettere atti dispositivi in ordine al possesso nonché fenomeni anche latamente circolatori dello stesso.

In un contesto socio economico come quello attuale caratterizzato dall'esigenza di individuare moderne ed efficienti forme di allocazione delle risorse, di produzione e di circolazione della ricchezza - anche a discapito di una contrazione del modello proprietario - il possesso non può che essere valorizzato, probabilmente proprio fino al punto tale da ammetterne la circolazione.

Non può tacersi la circostanza che nell'attuale contesto storico lo sfruttamento produttivo dei beni costituisce, soprattutto da un punto di vista economico, un indiscutibile valore. Viene, in proposito, efficacemente rilevato che «lo stato di possesso implica l'attuazione delle energie produttrici di una cosa o di un patrimonio o il suo naturale godimento. Ora, questa attuazione è favorevolmente considerata dalle leggi, in quanto economicamente è molto più utile che non la vacua titolarità del diritto: stato di cose improduttivo o esclusivo del consumo o a ragione come una perdita di ricchezze, come danno sociale»⁷⁹.

Cosicché, la rilevanza economica ed il *favor* manifestato dall'ordinamento per il possesso non possono che aprire significativi spiragli per ammettere che vi sia un potere dei privati di autodeterminarsi nell'ambito dell'avvicendamento di situazioni, anche solo fattuali, che permettano tale sfruttamento, in quanto, una conclusione così ipotizzata promuoverebbe la concreta garanzia di una sempre più moderna circolazione della ricchezza.

⁷⁹ L. BARASSI, *Il possesso* cit., 12.

É chiaro, però, che una tale concezione postula l'affrancazione del modello possessorio da quello proprietario. Perché solo prendendo coscienza della sua autonomia si può riconoscere al possesso un valore intrinseco.

Ciò detto, per anni l'istituto del possesso è stato considerato in modo inscindibile con la proprietà, di cui è stata ritenuta rifrazione e forma cadetta⁸⁰.

Detta concezione, probabilmente frutto delle idee maturate nella Francia *post* rivoluzionaria, quale reazione alla concezione statutale propria dei regimi assolutistici, trae la propria *ratio* nell'esigenza di tutelare la borghesia terriera fulcro della rivoluzione francese.

D'altro canto, la stessa modalità di redazione del disposto dell'art. 1140 c.c. sembra, secondo alcuni autori, accreditare tale idea, in quanto, definendo il possesso «come potere di fatto sulla cosa che si estrinseca in un'attività corrispondente al diritto di proprietà o ad altro diritto reale», fa in sostanza perdere di vista la possibile autoreferenzialità del possesso. Valorizzare, infatti, in maniera eccessiva ed assorbente tale nesso, significa riconoscere al possesso un rilievo giuridico solo in quanto fenomeno che conduce all'usucapione del bene con il decorso dei termini previsti dalla legge ed al ricorrere degli eventuali ulteriori elementi necessari al maturare di un siffatto metodo acquisitivo.

Una simile conclusione non può però trovare accoglimento. Del resto, se la definizione di possesso pervenutaci trae sicuramente origine dall'esperienza romana,

⁸⁰ Discorre di «forma cadetta di appartenenza, sicuramente minore rispetto al diritto di proprietà, ma in un certo senso ad essa parallela», P. GALLO, *Il possesso. Sintesi di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 446. Estremamente interessante è il pensiero filosofico sviluppatosi sul tema dei rapporti tra proprietà e possesso. In particolare, secondo la concezione di Hegel, la proprietà è completamento e prosecuzione della persona ed il possesso è il primo stadio della libertà stante la circostanza che condurrà al possesso, si vedano in merito le considerazioni di, A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Bari, 1984.

va comunque considerato che anche in detto contesto storico era ben chiara la distinzione tra possesso e proprietà⁸¹.

Non si può e non si vuole negare che vi sia una connessione tra i due fenomeni, anche nell'ottica dell'usucapione, ma si vuole evidenziare come tale connessione sia solo eventuale e non idonea ad determinare una integrale identificazione tra gli stessi, che, invece, si presentano, all'occhio del giurista, come autonomi sia in termini di valore giuridico sia in termini di valore economico⁸².

Tale considerazione trae origine dal rilievo secondo cui il possesso, a differenza del modello proprietario, non costituisce una forma di appropriazione del bene ma implica «una facoltà solo di godimento che deve essere colta nella sua concretezza ed immediatezza»⁸³.

Il possessore appare titolare di un potere di rilevanza sociale che si configura come un «giano bifronte» in quanto da un lato è in una situazione antigiuridica (essendo infatti esposto alla azione di rivendica da parte del proprietario) ma al tempo stesso è legittimato dalla sua funzione sociale⁸⁴.

La tendenza ed il limite di chi lega possesso e proprietà consiste proprio nel perdere di vista, contrapponendo fatto e diritto, la possibile autoreferenzialità del possesso, che è ben lungi dall'esaurirsi nell'acquisizione di effetti giuridici futuri e dal dover essere considerato, quindi, solo alla stregua di una proprietà incipiente.

81 V., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 6, cit., 718 s.

82 Indipendenza non deve, però, essere intesa quale totale irrilevanza, perché, qualora si ammetta l'applicabilità al modello contrattuale in questione dell'accessione del possesso, non può che ritenersi che il tempo *ad usucapionem* maturato fino al momento dell'immissione andrà ad influire necessariamente sull'entità della controprestazione.

83 M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 34.

84 Evidenziano la funzione sociale che caratterizza il possesso, proprio perché sfruttamento produttivo dei beni R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 40 s. e P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, V. ed., Napoli-Roma, 2005, 205.

Proprio la situazione bifronte del possesso avalla l'idea di una differenziazione dal modello proprietario, in quanto può giungere a contrapporsi allo stesso fino addirittura a prevalere anche se in una ottica puramente interinale⁸⁵.

2.1.2 ...*(segue)* dati su cui fondare l'autonomia del possesso

I rilievi svolti in precedenza devono ora trovare concretezza in dati normativi o per lo meno interpretativi dello stesso. In quanto non ci si può limitare a mere petizioni di principio, stante anche un dato normativo concernente la definizione di possesso, che sembra porre il possesso quale subalterno della proprietà.

Vanno, in sostanza, ricercati margini che siano tali da riconoscere al possessore un interesse oggettivamente rilevante e che prescindono da un eventuale momento appropriativo della *res*. Solo in tal modo si riesce ad emancipare ed a rendere autonomo il momento finale, rappresentato dall'acquisizione della proprietà dal momento dell'esercizio di un'attività solo corrispondente al modello proprietario.

Ciò, com'è stato acutamente rilevato, presuppone che vengano identificati parametri per conferire all'attività la valenza di una unità oggettiva funzionale, con ciò volendosi sostenere che «sia dato riconoscere che un dato fine sia stato ricordato da una

85 Chiaramente ci si intende riferire alla tutela possessoria, che il possessore può legittimamente esperire anche nei confronti del proprietario, che si sia impossessato del bene spogliando il possessore stesso o turbandone il godimento, senza preventivamente adire l'autorità giudiziaria. In questi casi, infatti, il possessore è legittimato ad attivare, nei confronti del proprietario, la tutela possessoria, senza che questi possa efficacemente opporsi. L'art. 705 c.p.c. sancisce la preclusione al convenuto in un giudizio possessorio di eccepire in sua difesa la propria situazione di diritto finché il giudizio possessorio non abbia avuto termine (in tal senso v., QUADRI in Bocchini-Quadri, *Diritto privato*, V ed., Torino, 2011). Tale regola è stata però temperata dall'intervento della Corte costituzionale che ha sancito la incostituzionalità dell'art. 705 c.p.c. «nella parte in cui subordina la proposizione del giudizio petitorio alla definizione della controversia possessoria e all'esecuzione della decisione nel caso che ne derivi o possa derivare un pregiudizio irreparabile al convenuto», CORTE COST., 3 febbraio 1992, n. 25, in *Giur. it.*, 1992, 129.

disposizione di legge ad una determinata attività, proprio in quanto il medesimo fine possa conseguirsi attraverso una serie di atti, indifferentemente negoziali e non negoziali, collegati sul piano sociale, prima, su quello giuridico, poi.»⁸⁶.

Dati significativi in tal senso sembrano desumersi dalla disciplina relativa all'acquisto dei frutti e dalla tutela accordata al possesso, su cui perciò ci si dovrà soffermare in prosieguo per valutare l'attendibilità di quanto detto.

2.2. La tutela possessoria e l'autonomia del possesso

Il primo dato da cui prendere le mosse è quello della tutela possessoria, a cui il legislatore ha dedicato un'articolata disciplina.

L'utilità del richiamo effettuato in tale sede è, pertanto, dato dalla necessità di evidenziare come il legislatore abbia voluto riconoscere un valore significativo al possesso in quanto tale, tanto da indurre alcuni a discorrere di un «diritto a non essere spogliati e a non subire molestie»⁸⁷.

Detta riflessione permette, in tale sede, di limitare l'indagine ai soli elementi salienti della tutela possessoria. Operazione necessaria anche in virtù della circostanza secondo cui, come si avrà modo di vedere in prosieguo, alcune delle tesi che sono maturate in merito ai fenomeni di circolazione convenzionali del possesso hanno attinto proprio da alcuni profili della tutela possessoria per avallare le conclusioni

⁸⁶ M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 43.

⁸⁷ C.M Bianca, *Diritto Civile*, 6, cit., 715. L' a. in particolare, dopo aver qualificato il possesso come situazione di fatto, lo definisce diritto soggettivo pieno, in virtù della tutela accordatagli, seppur delimitato nel suo oggetto; in particolare, viene rilevato come «il possesso rientra nella categoria dei diritti di salvaguardia, che tutelano beni personali e patrimoniali nella vita di relazione contro determinate ingerenze altrui».

proposte⁸⁸.

Ciò detto, va considerato come le azioni possessorie costituiscano dei rimedi processuali che sono precipuamente predisposti alla tutela del solo possesso (e talvolta anche della detenzione qualificata), attribuendo, a chi si trova in detta situazione, il diritto alla preservazione, reintegra e conservazione dello *status quo ante*⁸⁹.

La *ratio* che sottende detta tutela è stata variamente intesa da parte della dottrina e della giurisprudenza, dando luogo ad un vivace dibattito dottrinario non ancora portato a componimento e su cui, in questa sede, non pare proficuo soffermarsi troppo diffusamente⁹⁰.

88 Ci si riferisce, in particolare, alla tesi di chi evidenzia come la possibilità di ammettere modelli circolatori del possesso di matrice convenzionale tragga spunto dall'analisi delle norme dettate in tema di possesso dalle quali si evincerebbe come l'immissione convenzionale nel possesso determina come effetto l'acquisto della disponibilità materiale della stessa con conseguente efficacia nei confronti del precedente possessore. Ciò, in quanto, viene ritenuto che «costituisce autonomo elemento della situazione possessoria la regola di condotta, alla stregua della quale il soggetto non deve restituire la cosa ad alcuno, tranne che al proprietario vittorioso in rivendicazione. Dato che non si produce in conseguenza della semplice apprensione materiale della cosa, la titolarità attiva di tale regola di condotta è suscettibile di essere riferita al soggetto identificato dalla volontà programmatica delle parti. Nell'identificazione del soggetto attivo della regola di condotta, corrispondente al potere di non restituire la cosa, con quello designato dalla volontà del precedente titolare si esplica la trasferibilità convenzionale del possesso». v., in tal senso, F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, cit., 733 ss. L'assunto fondamentale è contestato da chi, invece, ritiene che non è possessore colui il quale, pur esercitando il *corpus* ed avendo l'*animus* è titolare della legittimazione passiva, vale a dire chi subisce la perdita forzosa del godimento del bene, v. R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 217 s.

89 Si veda in tal senso, in giurisprudenza, CASS. SEZ. UN. 22 novembre 1994, n. 9871 in *Foro it.*, 1995, I, c. 532.

90 In particolare in via riassuntiva si possono identificare cinque filoni interpretativi: a) la tesi avanzata da chi riconduce la ragione della tutela del possesso alla necessità di assicurare la pace sociale, evitando e vietando l'autotutela privata (v., per tutti, A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 251 ss) b) quella di chi ne rinviene la *ratio* nella necessità di assicurare una tutela celere, stante le difficoltà di discernere *prima facie* se chi esercita un potere di fatto corrispondente ad un dato diritto ne è poi l'effettivo titolare o meno c) la ricostruzione di chi, collegando possesso e proprietà, riscontra la necessità di tutelare il possesso sulla base considerazione che lo stesso costituisce una forma di presunzione di titolarità e pertanto spesso anticipazione della tutela proprietaria (v., in tal senso, Messineo, *Manuale di diritto privato*, cit., 245 ss); d) l'approccio di chi ritiene che la tutela possessoria costituirebbe un avamposto della tutela proprietaria e, quindi, un suo completamento, che quindi esclude che la prima abbia una propria autonomia concettuale (R. VON JHERING, *Ueber den Grund des Besitztzes*, Iena 1869 e nella nostra dottrina G. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina Milano, 1933-35, 751).

In merito, vengono in rilievo, rispettivamente l'azione di spoglio, di manutenzione e quelle di nunciazione (danno temuto e nuova opera⁹¹)⁹².

In particolare, l'azione di spoglio, anche detta di reintegra, viene riconosciuta al possessore che subisce la perdita del potere di fatto sulla *res* a causa di un comportamento violento o clandestino imputabile a terzi. Di conseguenza, con l'esperimento di tale rimedio giudiziario, il possessore mira ad ottenere la rimessione nel possesso.

Detta tutela spetta a qualunque possessore - ivi compreso chi risulti titolare di una detenzione qualificata del bene - a prescindere dallo stato soggettivo di buona o mala fede, circostanza che assume fondamentale rilievo ai fini della nostra indagine, dal momento che consente di evidenziare come la posizione possessoria sia garantita anche a prescindere dagli stati soggettivi del possessore.

L'azione di manutenzione è quella che, invece, mira a conferire tutela a chi si assume molestato nel possesso di un immobile, purché l'azione sia proposta entro l'anno dall'avvenuta turbativa⁹³ ed il possesso abbia una durata complessiva maggiore di un anno.

91 L'analisi di dette azioni non pare rivestire particolare importanza nell'ottica dell'analisi compiuta in questa sede in quanto i profili loro concernenti non divergono a seconda dello stato soggettivo del possessore o della tipologia di bene su cui detta signoria viene, in concreto, esercitata. Tale considerazione, d'altra parte, avalla l'idea di un rilievo anche del possesso di mala fede.

92 Con il termine tutela nunciativa ci si suole riferire, in particolare, ai rimedi concessi al possessore per prevenire un danno imminente alla *res* posseduta. Non essendo possibile e proficuo per l'analisi condotta in tale sede, una anche sommaria analisi dei profili inerenti tali azioni, si consenta di rinviare a: A. JANNUZZI, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Enc. dir.*, XII, XII, Milano, 1964, 168 ss G. FRANCHI, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988; F. VERDE, *Azioni di nunciazione*, Padova, 2004.

93 Per molestia si suole intendere ogni fatto materiale posto in essere con la finalità di determinare un ostacolo al libero godimento del possesso e che si concreta in una limitazione effettiva e apprezzabile del modo in cui questo si esplica, non rientrando, quindi, in detta nozione (e di riflesso nell'ambito della tutela manutentiva) i disturbi lievi. V. al riguardo, anche per approfondimenti: E. LA LOGGIA ALBANESE, voce *Manutenzione*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 557 e R. SACCO, *Possesso, Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., 83.

Tale protezione, invero, viene accordata non ad ogni tipologia di possesso ma solo ad un possesso qualificato e che, in particolare, sia, come detto, di durata ultra annuale⁹⁴ continuo, non interrotto⁹⁵, né viziato da violenza o da clandestinità (o deve essere trascorso più di un anno dalla cessazione della violenza o clandestinità)⁹⁶.

Compiuti - senza alcuna pretesa di completezza - questi brevi accenni in merito alla tutela possessoria, la cui analisi sui singoli aspetti non avrebbe assunto peculiare rilievo per le finalità cui si tende con la presente trattazione, giova effettuare un passo in avanti.

Infatti, per valutare criticamente se il possessore goda di una posizione giuridica autonoma ed autoreferenziale, bisogna verificare se la tutela del possesso sia effettivamente slegata da ogni riferimento all'usucapibilità del bene: solo giungendo ad un giudizio positivo in merito, si può concordare con la conclusione che si intende condividere in questa sede.

I requisiti suddetti, soprattutto con riguardo alla tutela offerta dall'azione di spoglio,

94 Tale requisito viene solitamente giustificato con la considerazione secondo cui il trascorrere di detto lasso temporale consente il consolidamento della situazione di fatto, il che, secondo alcuni, costituirebbe il presupposto logico della tutela perché farebbe assumere al rapporto materiale l'apparenza del diritto, v. in tal senso, A. MASI, *Il possesso*, cit., 475. Va data particolare attenzione alla critica mossa alla previsione normativa, in quanto viene evidenziato come non sarebbe agevole comprenderne la *ratio*, stante il rilievo secondo cui la brevità del possesso non renderebbe meno giustificata l'esigenza di tutela avverso le turbative rispetto ad un possesso annuale. V. in tal senso C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 302 e C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 863

95 Va ricordato come il requisito della continuità non si identifica con quello della non interruzione in quanto riguardano aspetti diversi: il primo prende in considerazione il rapporto tra il proprietario e la *res* che deve essere costante, anche se non necessariamente consistente in una serie continua di atti (v., A. GIUSTI, *Le azioni possessorie e di nunciazione. Artt. 1168 – 1172*, Roma, 1990, 203; CASS. 14 marzo 1988, n. 2440 in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 3); la non interruzione, invece, la concerne la mancata perdita del possesso a causa del fatto di terzi o per cause oggettive (F. DE MARTINO, *Il possesso*, cit., 144).

96 Giova rammentare che chi subisce uno spoglio semplice, al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 1170 c.c. può chiedere, ai sensi del comma terzo del medesimo articolo, la reintegra nel possesso; il che ha fatto sorgere il quesito se la tutela concessa dovesse essere configurata come azione di manutenzione, di reintegra o se costituisse una azione a se stante. Per un esame delle varie posizioni e sui riflessi pratici connessi all'adozione di una o dell'altra ricostruzione si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 842 ss.

sembrerebbero condurre a siffatta conclusione; tuttavia, un giudizio definitivo sembra poter essere enunciato solo allorché la tutela possessoria sia concessa anche in relazione a quei beni per cui è *ab origine* esclusa la possibilità di essere oggetto di usucapione.

Campo elettivo per tali considerazioni è quello afferente ai beni demaniali che per loro natura non usucapibili, alienabili e trasferibili.

Al riguardo, il dato normativo dell'art. 1145 c.c. sembrerebbe fornire un indice negativo in ordine al quesito innanzi posto. Infatti, il primo comma della suddetta norma statuisce che «il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto». Conseguentemente esso sembrerebbe porre un irrimediabile ed inscindibile legame tra possesso e proprietà.

Tuttavia, una tale conclusione trova esplicita smentita nei commi successivi, ove, il legislatore concede, in caso di possesso di tali beni (e, in particolare, sia rispetto ai beni facenti parte del demanio, sia rispetto ai beni delle province e dei comuni soggette al medesimo regime) tanto l'azione di spoglio, quanto, sia pure a talune condizioni, l'azione di manutenzione⁹⁷. Ciò, pertanto, sembra evidenziare l'intenzione del legislatore di svincolare la tutela possessoria da ogni eventuale effetto relativamente dall'usucapibilità del bene.

D'altro canto, tali considerazioni paiono essere avvalorate dalla posizione assunta in taluni pronunciati giurisprudenziali maturati in merito all'eseribilità della tutela possessoria nei confronti di quegli atti che violino l'esercizio dei poteri connessi ad una servitù non apparente che - giova ricordare - non è suscettibile di essere

⁹⁷ In particolare detta azione è concessa allorché si tratti di facoltà che potrebbero essere oggetto di concessione da parte della P.A.

acquistata per usucapione. In particolare, la conclusione positiva, avallata della Cassazione⁹⁸, pone un significativo ed ulteriore tassello per avvalorare la conclusione innanzi accennata.

Tali riflessioni avallano, pertanto, l'idea di fondo che il possesso sia una entità autonoma ed autoreferenziale svincolata dal modello proprietario di cui non costituisce forma cadetta e rifrazione.

2.3 Gli effetti del possesso (la disciplina dei frutti, delle migliorie e delle addizioni)

Riconosciuta una autonomia del possesso dalla proprietà in ordine alla tutela, bisogna ora porre un ulteriore tassello che costituisce il fondamento stesso dell'analisi effettuata in questa sede e che si sostanzia nel valutare se il possesso abbia un suo intrinseco valore economico.

Come in precedenza ricordato, la risposta a tale quesito passa, necessariamente, attraverso l'analisi degli effetti del possesso, i quali si pongono, per le ragioni esposte, come uno degli aspetti che confermano l'autonomia del possesso rispetto alla proprietà, in quanto costituiscono parte integrante di quelle utilità che, insieme alla tutela, permettono di qualificare il possesso medesimo nei termini di oggettiva unità funzionale.

La disciplina che maggiormente merita attenzione, nell'ottica della presente trattazione, pare essere quella relativa alla regolamentazione delle attribuzione dei

⁹⁸ In dottrina v., per tutti, M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 39. In giurisprudenza si vedano: CASS., 28 maggio 1963, n. 1401, in *Rep. Foro it.*, 1963, voce *Servitù*, n. 147 e CASS. 18 dicembre 1985, n. 6436, in *Rep. Giust. civ.*, 1985, voce *Possesso*, n. 31.

frutti⁹⁹ provenienti dalla *res* (sia civili che naturali). Detta considerazione nasce dall'assunto, acutamente sostenuto in dottrina, per il quale i diritti del possessore, analizzati in una simile prospettiva, sono in potenziale conflitto con quelli dell'effettivo proprietario del bene¹⁰⁰.

Al riguardo, sovviene il disposto dell'art. 1148 c.c., a norma del quale il possessore di buona fede può far suoi i frutti naturali separati e i frutti civili maturati fino al giorno della domanda giudiziale qualora siano ancora esistenti o consumanti.

La disposizione, quindi, tende a favorire colui che possiede in buona fede, assurgendo così tale requisito soggettivo a valido strumento di superamento della logica dominicale a favore di quella funzionale¹⁰¹: «il proprietario ha diritto di far suoi i frutti ma se tale diritto non è esercitato appare più meritevole di tutela il possessore di buona fede, che s'interessa della cosa sfruttandone la produttività senza voler ledere il diritto altrui e realizzando per ciò stesso un fine di utilità sociale»¹⁰².

In passato, si è posto il dubbio se tale disciplina potesse valere allorquando il possesso fosse originato da un rapporto contrattuale. La posizione negativa seguita da una datata giurisprudenza¹⁰³ non viene oggi più ritenuta condivisibile.

Viene, infatti, rilevato che, premessa la buona fede, non operano preclusioni

99 La nozione di frutto trae origine dal diritto romano, il quale, secondo ampia parte della dottrina, già concepiva oltre alla nozione di frutto naturale anche quella di frutto civile, in tal senso, E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1973, 288. Per una generale panoramica sulla disciplina dei frutti nel diritto romano, si vedano M. BRETONE, *Frutti (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968 55 e M. SCARLATA FAZIO, *Frutti (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 189. Secondo la tesi prevalente oggi pare potersi accogliere quella definizione di frutto secondo cui esso rappresenta ogni prodotto della cosa che ne rappresenta il normale reddito, A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 268. Per approfondimenti vedi anche, C.M. MAZZONI, *Frutti*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 549.

100 C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 115; L. MOSCO, *I frutti nel diritto positivo*, Milano, 1947, 360.

101 Si esprime in tal senso C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 115.

102 C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit, 770.

103 CASS., 6 aprile 1957, n 1197, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Possesso*, n. 54.

qualora intercorra tra l'immesso ed il *tradens* un rapporto contrattuale. Ciò pare confermato dalla considerazione secondo cui quando il legislatore ha voluto legare la produzione di taluni effetti del possesso di buona fede ad ulteriori requisiti, lo ha esplicitamente affermato¹⁰⁴.

Contrariamente a quanto detto per l'ipotesi di buona fede, la disciplina normativa tace in ordine alla posizione del possessore di malafede. Al riguardo, giova ricordare che, come in precedenza rilevato, la *ratio* che governa la disciplina dei frutti è ancorata allo stato soggettivo del possessore, in quanto la sua buona fede costituisce quel requisito atto a rimuovere il giudizio di riprovevolezza dell'attività del possessore, consentendone, rispetto all'inerzia del proprietario un giudizio più favorevole. Pertanto, il possessore di malafede, non potendosi giovare della previsione normativa, dovrà restituire sia i frutti percepiti sia il valore di quelli che avrebbe dovuto percepire se avesse sfruttato il bene, usando la normale diligenza, salvo sempre il risarcimento del danno.

Ciononostante, e questo merita particolare attenzione, il possessore di malafede può vantare anch'egli delle pretese (oltre chiaramente alla tutela possessoria), in quanto, ai sensi dell'art. 1150 c.c., gli è riconosciuto il “diritto” ad ottenere il rimborso delle spese sostenute per effettuare le riparazioni straordinarie ed a quelle ordinarie solo se però queste ultime sono avvenute nell'arco tempo per il quale la restituzione è dovuta¹⁰⁵.

Particolarmente significativa è, poi, la disciplina inerente i miglioramenti apportati

104 V., per tutti, F. DE MARTINO, *Possesso*, cit. 39; C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 116; R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1958, 29.

105 Si veda, anche per ulteriori approfondimenti in merito alla disciplina delle riparazioni straordinarie ed ordinarie effettuate dal possessore, R. SACCO E CATERINA, *Il possesso*, cit., 460 ss.

al fondo nell'attività di sfruttamento. Essi possono definirsi come «il potenziamento intrinseco del bene, un incremento qualitativo che ne accresca la produttività e la capacità di reddito attraverso una più efficace sistemazione degli elementi che costituiscono la cosa»¹⁰⁶. Conseguentemente, con il termine miglioramento non si identificano solo gli esborsi di denaro, ma, ogni diminuzione patrimoniale che il possessore ha subito in occasione dell'attività di miglioramento.

Con riferimento a tale aspetto, lo stato di buona o mala fede incide solo in ordine all'entità dell'indennità, che è ad entrambi dovuta. Mentre, infatti, il possessore di buona fede ha diritto, secondo la tesi prevalente, ad un'indennità commisurata all'aumento di valore che la cosa ha avuto per effetto dell'apportata miglioria, nel caso di mala fede l'importo sarà pari alla minore somma fra lo speso ed il migliorato¹⁰⁷.

Nella nozione di miglioramento, poi, vanno ricomprese le addizioni, le quali possono essere qualificate come miglioramenti estrinseci, che, in particolare, si identificano in quelle opere le quali aumentano la produttività del bene e che, al contempo, conservano una propria identità, pur essendo incorporate al fondo stesso. Vanno, di conseguenza, ricomprese in tale categoria le costruzioni le piantagioni e tutti quegli incrementi quantitativi del fondo.

Con riferimento alle addizioni, però, il rinvio operato all'art. 936 c.c., dall'ultimo comma dell'art. 1150 c.c., determina una peculiarità rispetto al sopra descritto regime

106 C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 119. v., nel medesimo senso, L. BIGLIAZZI GERI,

U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI E U. NATOLI, *Diritto civile, Diritti reali*, cit., 377, A. DE CUPIS, *L'istituto giuridico dei miglioramenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 888; In giurisprudenza v., per tutte, CASS. 18 agosto 1966, n. 2249, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Miglioramenti* n. 23.

107In merito si vedano, G. MIRABELLI, *Miglioramenti e addizioni*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1968, 669; B. INZITARI, *Miglioramenti*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 279 ss. Con particolare riferimento, invece, alla differenza tra il concetto di miglioramento e quello di riparazione straordinaria, v., A. MASI, *Il possesso*, cit., 485

dei miglioramenti. Infatti, solo il possessore di buona fede avrà diritto ad essere indennizzato, nella misura dell'aumento di valore della cosa.

2.4 Il risarcimento del danno da lesione del possesso

Tema di sicuro interesse per la tematica analizzata, ed in particolare nell'ottica della valorizzazione della posizione autonoma ed autoreferenziale che sussiste in capo al possessore, è quella del risarcimento del danno da c.d. lesione del possesso.

La questione non è stata, invero, affrontata in modo del tutto unanime, in quanto una autorevole corrente di pensiero ha con fermezza negato la possibilità di un risarcimento del danno a favore del possessore, il quale sia stato spogliato o turbato nel godimento della *res*¹⁰⁸.

Ciononostante, la dottrina¹⁰⁹ e la giurisprudenza attualmente prevalenti convergono verso una diversa conclusione¹¹⁰. Viene, infatti, ormai in modo pressoché pacifico,

108 R. SACCO-CATERINA, *Il possesso*, cit., 384

109 G. DEJANA, *Il diritto al risarcimento dei danni del possessore in caso di lesione del possesso*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, XXII, 52, A. MONTEL, *Il possesso*, Torino, 1962, 471 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Milano, 1989, 1 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2003, 67; A. TOMASSETTI, *Lesione del possesso e risarcimento del danno*, in *I danni nella responsabilità civile, V, I singoli danni*, a cura di Cendon, Torino, 2005, 36 ss; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004 33 ss; ALBA-BESSONE-CARBONE, *Atipicità dell'illecito*, III, Diritti reali, Milano, 94 ss. Come articoli si vedano, per tutti, M. FORNACIARI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 89 ss; M. COSTANZA, *Possesso e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 2008, 412.

110 CASS., 12 gennaio 2011, n. 534, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1126; CASS., 18 febbraio 2008, n. 3955 in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 244; CASS., 5 luglio 2007, n. 15233, in *Giust. civ.*, 2008, I, 411, con nota di COSTANZA, *Possesso e risarcimento del danno*; CASS., 23 febbraio 2006, n. 4003, in *Giur. it.*, 2007, 1399, con nota di ROSSATO, *La Cassazione conferma la risarcibilità del danno subito dal possessore, Resp. civ. e previdenza*, 2006, p. 1252, con nota di CICERO, *Lesione del possesso e responsabilità possessoria, La nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 1027, con nota di BENEDETTI, *Legittimazione ad agire, possesso di autovettura e risarcimento del danno, Arch. giur. circ. sinistri*, 2006, p. 475; CASS., 27 ottobre 2005, n. 20875, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10 ; CASS., 20 febbraio 2004, n. 3400, in *Dir. e giust.* 2004,21,110; . Isolatamente contrarie TRIB. SUP. ACQUE PUBBL., 19 gennaio 1963, n. 1, in *Foro it. Rep.*, 1963, voce *Acque pubbliche e private*, 61, e, nella giurisprudenza di merito, PRET. TORINO, 3 aprile 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 686; PRET. CAULONIA, 30 settembre 1991, in *Giur. merito*, 1994, 300.

riconosciuto a chi si assume pregiudicato nella propria situazione di possessore, il diritto al risarcimento dei danni conseguenti al mancato o limitato godimento del bene o anche alla perdita definitiva dello stesso¹¹¹.

Detta ricostruzione si fonda sull'assunto secondo cui, chi viene leso nella sua situazione di possessore, in sostanza subisce una diminuzione o, comunque, una limitazione alla sua normale attività di sfruttamento produttivo della *res*, sia in termini di godimento del bene, sia in termini di percezione dei frutti. Il che contrasta con tutta l'impianto codicistico posto alla base del possesso e della sua tutela.

Invero, non può tacersi il rilievo secondo cui una tale conclusione costituisce una conseguenza della rilettura fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza sull'ambito di applicazione del disposto dell'art. 2043 c.c.

In origine, il problema di carattere ontologico che si poneva alla base della risarcibilità del possesso risiedeva nella sua corrente qualificazione giuridica, non suscettibile di coordinarsi con la lettura fornita al disposto della suddetta norma.

Difatti, la ricostruzione che veniva solitamente riferita al dato normativo contenuto nell'art. 2043 c.c., - norma cardine in tema di risarcimento del danno - era quella secondo cui l'esperibilità della pretesa risarcitoria fosse vincolata alla sussistenza della violazione di un diritto soggettivo, unica posizione giuridica suscettibile di dar luogo alla nozione di danno ingiusto per effetto della sua lesione .

L'adesione a tale teoria poneva chiaramente seri dubbi in ordine alla risarcibilità del possesso, in quanto, a parte chi considera il possesso un vero e proprio diritto

¹¹¹Chiaramente detto risarcimento si associa alle specifiche azioni di reintegrazioni e/o di manutenzione, si tratta in sostanza di un c.d. danno integrativo, intercorrente tra lo spoglio, la molestia e la ricostituzione del possesso v., F. CARINGELLA, *La responsabilità aquiliana*, in *Studi di diritto civile*, I, Milano, 2003, 731

soggettivo - ma lo stesso potrebbe sostenersi per la teoria del diritto affievolito, mentre maggiori dubbi in tale ottica pone comunque la tesi dell'aspettativa -, la teoria tradizionale, in adesione all'orientamento giurisprudenziale prevalente, negava una tale conclusione, trovandosi, così, nell'impossibilità di applicare la norma di cui all'art. 2043 c.c. La ricostruzione del possesso come posizione di fatto non permetteva, quindi, di qualificare il possesso come una posizione alla cui lesione ancorare il risarcimento di un danno.

Una simile soluzione, incoerente con la logica necessità di garantire una tutela risarcitoria al possessore, il quale, va ricordato, ha una sua protezione giuridica per il tramite delle azioni di spoglio e manutenzione, aveva indotto la giurisprudenza di merito, in alcuni casi, a qualificare il possesso quale diritto soggettivo, al fine di superare detto *impasse*¹¹².

Il superamento ormai consolidato del binomio diritto soggettivo - danno ingiusto¹¹³

112PRET. RAGUSA, 13 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 1999, 1412; TRIB. CAGLIARI, 26 novembre 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 447. La circostanza che detta ricostruzione tragga origine dalla necessità di perseguire finalità eterogenee ben messa in luce da M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 96.

113Senza poter approfondire in modo puntuale la tematica in esame, ci si deve limitare a sottolineare, secondo l'impostazione più tradizionale, l'art. 2043 c.c. costituiva norma di carattere secondario che sanzionava il comportamento illecito lesivo di una situazione giuridica soggettiva tutelata da una norma di carattere primario. Sino agli inizi degli anni Settanta, la giurisprudenza, conseguentemente, affermava che nella nozione di danno ingiusto potevano essere ricomprese solo le violazioni di un diritto soggettivo assoluto, negando in tal modo tutela alla lesione di interessi che non ascrivibili a detta categoria. In particolar modo, il danno era ingiusto solo quando la condotta era lesiva dei diritti della personalità (vita, integrità fisica, salute, onore), dei diritti reali (proprietà, servitù) e di alcuni diritti inerenti ai rapporti di famiglia (in particolare, il diritto al mantenimento dei familiari di un soggetto che viene ucciso). Con il tempo, la stessa giurisprudenza ha allargato le maglie del concetto di danno ingiusto - ampliando così l'area della risarcibilità - ritenendo risarcibili, in un primo momento, non più solo i diritti assoluti, bensì anche quelli relativi, come i diritti di credito. Da ultimo, dopo anni di obiezioni e di chiusure, la giurisprudenza ha riconosciuto il carattere di norma primaria all'art. 2043 c.c. e quindi anche la risarcibilità di situazioni soggettive che nemmeno possono essere ascritte nell'alveo dei diritti soggettivi, come, ad esempio gli interessi legittimi. La prima fase di ampliamento della nozione di danno ingiusto (anche se i realtà già la giurisprudenza ammetteva la tutela aquiliana delle situazioni possessorie) si apre con CASS., 26 gennaio 1971, n. 174 in *Foro it.*, 1971, 342, che ha affermato la riconoscibilità del risarcimento del danno anche per la lesione di diritti soggettivi relativi, ed in particolar modo, dei diritti di credito, superando così la tradizionale opinione negativa sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza fin dagli anni Cinquanta. In detta occasione per la prima volta la Cassazione esprime il principio di

ha chiaramente conferito significativi spazi di apertura alla tematica della risarcibilità del danno da lesione del possesso. Da diversi anni in dottrina e giurisprudenza si è, infatti, affermata la convinzione che la nozione di danno ingiusto non possa essere relegata alla lesione di diritti soggettivi, dovendosi giudicare *contra ius* gli atti lesivi di una qualsivoglia posizione di interesse tutelata dall'ordinamento, anche qualora si estrinsechi in una situazione di fatto favorevole al danneggiato. Con precipuo riferimento al possesso sovengono le chiare parole della giurisprudenza di legittimità che, in un ormai datato ma incontrastato intervento, ha chiarito che *«qualsiasi possessore o detentore può, agendo in possessorio a tutela del suo rapporto con il bene, ben limitarsi ad agire solo per il risarcimento del danno. Infatti anche colui che si trova ad esercitare un potere soltanto materiale sulla cosa, può risentire pregiudizio del danneggiamento di essa ed agire in giudizio per il risarcimento del danno, indipendentemente dal diritto che oggi abbia all'esercizio di quel potere»*¹¹⁴.

Detto principio è stato avvalorato da una serie di ulteriori prese di posizione della Cassazione, in cui si è avuto modo di chiarire che, per valutare la entità della somma pecuniaria da attribuire a titolo di risarcimento dei danni, si deve tener conto della mancata o ridotta disponibilità del bene che il possessore ha subito a seguito dell'atto

carattere generale che ammette il risarcimento del danno per la lesione di un diritto soggettivo relativo affermando che l'ingiustizia del danno deve essere intesa nella duplice accezione di danno prodotto *non iure* e *contra ius*. L'apertura poi alla risarcibilità agli interessi legittimi con conseguente superamento definitivo del binomio diritto soggettivo-danno ingiusto, si deve alla sentenza della CASS., SEZ. UN., 22 luglio 1999, n. 500 in *Giust. civ.*, 1999, 2216, ove si ebbe modo di sancire il principio secondo cui *«Agli effetti della risarcibilità, ai sensi dell'art. 2043 c.c., si considera "ingiusto" il danno arrecato in difetto di una causa di giustificazione ("non iure infectum"), che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima ma che va trasferito all'autore del fatto, perché lesivo di interessi giuridicamente tutelati (in quanto comunque presi in considerazione da qualche norma di protezione anche a fini diversi da quelli risarcitori), quale che sia la qualificazione formale di detti interessi e senza, in particolare, che ne sia determinante la strutturazione come diritti soggettivi perfetti»*. Il tema è stato ampiamente indagato in dottrina, per cui si consenta il rimando, per tutti, a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964 e C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994.

114 CASS., 11 settembre 1980, n. 5224, *Foro it. Mass.*, 1980, 1014.

illegittimo, il che, con particolare riferimento allo spoglio, implica la considerazione della diminuzione patrimoniale sofferta dallo *spoliatus* nell'arco di tempo in cui detta attività si è protratta.

Dette conclusioni, oltre a dare ancora maggior credito all'impostazione che valorizza il profilo di autonomia del fenomeno possessorio rispetto al diritto di proprietà, sono avvalorate, ed a loro volta avvalorano, l'idea che il possesso, seppur caratterizzato da instabilità, costituisca un bene patrimoniale o, comunque, una componente del patrimonio del possessore e, pertanto, un *quid* suscettibile di valutazione economica¹¹⁵.

Conseguentemente, in sede di risarcimento del danno, la reintegra del bene o la cessazione della turbativa lesiva del possesso viene integrata dal diritto al ristoro in denaro di quanto perduto per effetto della lesione e quindi dei ridotti o perduti benefici, basati sulla sottrazione della *res* o della riduzione del suo godimento¹¹⁶.

2.5 Il possesso e la comunione legale

Un ulteriore passo in avanti può essere costituito dalla valutazione sull'impatto che la fin qui esposta concezione del possesso, quale utilità e valore nel patrimonio del possessore, ha in merito alla disciplina del regime patrimoniale della famiglia, con particolare riferimento al regime della comunione.

115A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 475; B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 35; S. ROSSATO, *La Cassazione conferma la risarcibilità del danno subito dal possessore*, in *Giur. it.*, 2007, 1399 ss., M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giudici*, cit., 629.

116V., in tal senso, CASS., 11 settembre 1980, n. 5224, cit.; CASS., 11 ottobre 1980, n. 5449, in *Foro it. Mass.*, 1980, 1060; CASS., 19 febbraio 1981, n. 1004, in *Foro it.*, 1981, I, 1, 647

La domanda che in sostanza deve porsi è se il possesso acquisito a qualunque titolo, anche eventualmente in virtù di un atto negoziale, sia idoneo o meno a cadere in comunione.

Il problema principale sorge per l'ipotesi in cui il possesso sia acquistato di per sé e, quindi, senza la presenza di alcun titolo ieratico¹¹⁷ o tramite *adprehensio* o in via negoziale (qualora se ne ammetta la possibilità). In tal caso, infatti, la mancanza di un titolo che associ il trasferimento del possesso al trasferimento della proprietà pone problemi significativi, in quanto, mancando una situazione giuridica da imputare al patrimonio cui accede il possesso, si deve valutare se esso sia idoneo o meno a cadere in comunione.

In mancanza di specifici interventi giurisprudenziali al riguardo, l'attenzione per la soluzione della problematica in esame va rivolta ai contributi dottrinali maturati sul tema.

Nella maggior parte dei casi, la dottrina ha avuto modo di concludere per la suscettibilità del possesso a cadere in comunione¹¹⁸. Tale soluzione, ovviamente, viene diversamente argomentata sulla base della soluzione che si intende adottare in ordine a alla problematica, che finisce sempre per tornare in rilievo, relativa alla natura giuridica del possesso.

117Qualora, infatti, l'acquisto del possesso rinvenga la propria fonte in un titolo negoziale traslativo della proprietà o di altro diritto reale non sorgono peculiari problemi, in quanto la disciplina in merito al possesso seguirà quella del titolo traslativo al quale si accompagna, v. al riguardo B. TROISI, *Possesso e comunione legale tra coniugi*, in *I possessi*, a cura di B. Troisi e C. Cicero, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2005, 66 ss

118Favorevoli alla caduta in comunione legale del possesso sono, T. AULETTA, *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. IV, *Il diritto di famiglia*, t. II, Torino, 1999, 93; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia*, II ed., Milano, 2002, t. II, 389-390; U. MAJELLO, *Comunione dei beni tra coniugi, 1) profili sostanziali*, in *Enc giur., Treccani*, Roma, 1988, III, 3; E. SPITALI, *L'oggetto*, in F. Anelli, M. Sesta (a cura di), *Regime patrimoniale. Trattato del diritto di famiglia* diretto da Paolo Zatti, Milano, 2002, vol. II, 91; B. TROISI, *Possesso e comunione legale tra coniugi*, cit., 66 ss.

Inutile sottolineare che chi chiaramente condivide la tesi della natura di diritto soggettivo del possesso non ha dubbi in ordine alla suscettibilità dello stesso nel ricadere in comunione.

In realtà, un approccio molto più proficuo, sembra quello di chi affronta la problematica dei rapporti tra possesso e comunione legale, lasciando sullo sfondo dette posizioni preconcepite, in modo da cercare una soluzione che parta dalla premessa concettuale che il possesso non è un diritto ma fattispecie giuridica complessa, la quale pone il possesso a cavallo tra l'area del fatto e quella delle situazioni giuridiche soggettive¹¹⁹.

Se si parte da tale assunto e ciononostante si condivide la posizione più volte esposta, che tende a considerare il possesso quale componente della sfera giuridico patrimoniale del possessore, il quesito si rivela di indubbio interesse. In quanto, si pone il problema di saggiare la relazione tra regime di comunione e possesso, il quale, in quanto “valore” economico, sicuramente sarebbe in astratto atto a rientrare nella comunione stessa.

La soluzione deve prendere le mosse dalla individuazione della *ratio* che informa il regime della comunione legale.

Gli studi maturati sul tema tendono a ritenere che la giustificazione che si pone alla sua base sarebbe, da un lato, quella di garantire, anche sotto l'aspetto economico, l'attuazione del principio comunitario, che è alla base dell'istituto familiare e, dall'altro, di rendere effettiva la statuita e sempre più sentita uguaglianza sostanziale tra i coniugi¹²⁰. La regolamentazione, infatti, di siffatto regime patrimoniale è chiara

¹¹⁹Per approfondimenti sulle motivazioni addotte a fondamento di tale ricostruzione, si consenta di rinviare al successivo cap. 3

¹²⁰B.TROISI, *Possesso e comunione legale tra coniugi*, cit., 66 ss. In merito, si vedano, altresì, le

espressione di tale duplice intento, assicurando, in uno degli aspetti di maggiori rilievo della vita familiare, una proficua cooperazione tra i coniugi, che non sia eccessivamente rigida, ma tale da permettere una concreta possibilità di azione e di libero intervento del coniuge economicamente più debole¹²¹.

Tale *ratio* deve anche costituire il parametro di riferimento sulla cui base giungere a valutare l'esatta ampiezza dell'oggetto della comunione legale e, quindi, di ciò che in concreto è suscettibile o meno di rientrare nel concetto di acquisto rilevante ai fini della caduta in comunione.

Infatti, qualora si condividano i suesposti principi, l'attività interpretativa in tale ambito deve sempre essere rispettosa della visione solidaristica e partecipativa cui è informata tutta la disciplina della famiglia, con la conseguenza che dovrebbero giudicarsi idonee alla caduta in comunione tutte le situazioni giuridiche soggettive attive suscettibili di valutazione economica.

Un tale ordine di considerazioni non viene, però, condiviso da una parte della dottrina, in quanto si porrebbe in aperto contrasto con la tesi avanzata da chi ritiene che non tutte le entità siano idonee a cadere in comunione, essendo l'oggetto limitato ad accogliere i soli diritti soggettivi¹²².

Va, però, ravvisato come pare potersi concordare con chi ritiene che detto modo di

considerazioni di E. SPITALI, *L'oggetto della comunione legale*, cit., 81 ss e, con una notazione di più ampio respiro e, quindi, in riferimento alla riforma del diritto di famiglia, si veda E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998, 112, in particolare l'a. evidenzia lo «spirito comunitario e partecipativo che, come si è visto, costituisce l'indiscutibile *ratio* della riforma».

121Ci si riferisce in particolare alla disciplina degli atti di straordinaria ed ordinaria amministrazione. Com'è stato efficacemente rilevato, infatti, la scelta dell'ordinamento di riservare la regola dell'agire congiunto ai soli atti di straordinaria amministrazione, lasciando i singoli coniugi di agire disgiuntamente per gli atti di ordinaria amministrazione, permette che concretamente ciascun coniuge possa agire per l'attuazione del concordato indirizzo familiare.

122Sul tema cfr.: E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, in *Commentario del codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1999, 339; M. NUZZO, *L'oggetto della comunione legale tra coniugi*, Milano, 1984, 47 ss.

ragionare non riesce a coordinarsi in maniera efficace con le suesposte finalità della comunione legale: con la conseguenza che negare l'ingresso in comunione a posizione o situazioni giuridiche soggettive attive a contenuto patrimoniale, significa ridurre eccessivamente l'ambito di applicazione di tale regime patrimoniale.

D'altro canto non pare condivisibile una ricostruzione restrittiva basata sul dato letterale della normativa dettata in tema di comunione legale, che parrebbe orientare in tal senso, in quanto, come rilevato, costituisce un rilievo fragile e privo di adeguato fondamento, essendo le norme soggette sempre ad un'attività interpretativa volta a dare ad esse un adeguato valore precettivo.

Le motivazione suddette inducono, pertanto, a ritenere che il possesso, per il suo valore economico, sia suscettibile di caduta in comunione legale. Conclusione, questa, che assume interesse per la tematica affrontata in questa sede in quanto costituisce conferma di tutti gli assunti finora espressi in tema di autonomia ed autoreferenzialità del possesso.

2.6 Considerazioni finali sul tema

Tutti i passaggi descrittivi finora sviluppati tendono a confermare come dall'impianto normativo analizzato e dallo sforzo interpretativo compiuto sullo stesso, si evinca che il possesso integri una entità autonoma, tale da rappresentare un valore di natura patrimoniale in termini specifici di valore d'uso.

Per riprendere le parole di autorevole dottrina, il possesso ha «uno speciale valore

economico affatto diverso e indipendente da quello del diritto di cui è l'immagine»¹²³.

Viene, infatti, efficacemente rilevato che il possesso appartiene al patrimonio del possessore «come valore organizzativo di fatti e circostanze che consentono di realizzare un risultato economico»¹²⁴.

Tali riflessioni inducono a compiere un significativo passo in avanti ai fini della indagine che si intende sviluppare, in quanto, come già sottolineato, non può essere trascurato il rilievo secondo cui, nell'economia moderna, assumono una rilevanza sempre maggiore le attività volte a determinare uno sfruttamento produttivo dei beni e della ricchezza.

Gli studi in materia di *new economy* tendono, infatti, ad evidenziare la tendenza dell'economia attuale a sostituire la proprietà con l'uso e con la disponibilità anche temporanea dei beni¹²⁵.

D'altro canto, appare sempre più evidente il rilievo secondo cui la proprietà non può più essere considerata esclusivamente in termini statici, in quanto, con l'avvento della Carta Costituzionale, essa ha assunto una importantissima funzione sociale.

In quest'ottica il possesso tende ad assumere un ruolo importante perché situazione attuativa della suddetta funzione sociale, perché foriera di sfruttamento produttivo e di concrete attività.

A tali considerazioni va aggiunto un ulteriore spunto di riflessione: se è vero, come accennato, che il possesso - quale situazione tutelata e produttiva di effetti significativi in termini di utilità per il possessore - diventa componente del patrimonio

123A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 142

124P. POLLICE, *Contributo allo studio del compossesso*, cit., 57

125J. RIFKIN, *L'era dell'accesso: la rivoluzione della new economy*, Milano, 2000, 1 ss; F. ALCARO, *Il possesso*, cit., 193.

dello stesso, negare la ammissibilità della circolazione di una componente patrimoniale di un soggetto, significherebbe non valorizzare e, soprattutto, non attuare le esigenze dei consociati¹²⁶, e, in particolare, del possessore, il quale può trarre vantaggi economici dalla circolazione (come un corrispettivo quale ad esempio prezzo o altro bene).

Non può negarsi che tali considerazioni abbiano un significativo pregio da un punto di vista economico-sociale, in quanto, ammettere un atto idoneo a determinare la circolazione del possesso, in sostanza significa realizzare una re-immissione del bene nella circolazione giuridica, nonostante l'inerzia qualificata del proprietario¹²⁷; né può tacersi la circostanza che, in termini di politica del diritto, proprio la trascuratezza del proprietario verso il bene e l'attenzione invece manifestata dal possessore costituiscono il dato iniziale e la premessa per avallare la ricostruzione di una piena legittimazione a disporre del solo possesso.

Peraltro, le suddette riflessioni non sono probabilmente di per sé sufficienti per fornire una risposta positiva all'indagine compiuta in questa sede, perché, da un punto di vista tecnico giuridico, la situazione pare presentarsi maggiormente complessa.

Ciò in quanto, il tentativo di ricercare margini per ammettere in via generale l'esistenza in capo ai privati di un ampio potere dispositivo in merito al possesso finisce per investire l'indagine dei rapporti tra titolarità e legittimazione a disporre¹²⁸.

¹²⁶Cfr. M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1442.

¹²⁷V. F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, cit., 767. Cfr. M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit.,

¹²⁸È interessante la riflessione condotta da chi evidenzia come il tema subisca le significative influenze delle esigenze economiche che si pongono nelle diverse epoche storiche e che vedono prevalere talvolta, quando l'economia lo richiede, la liberalizzazione nei trasferimenti anche a discapito delle situazioni di diritto, v. in tal senso M. GORGONI, *Circolazione traslativa del possesso*, cit., 21. L'a. in particolare richiama le considerazioni di G. PALERMO, *Contratto di alienazione*, cit., 129. Sul tema della legittimazione e sul concetto di titolarità si vedano le considerazioni di ampio respiro di A. DI MAJO, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, XXIV, 52; P. RESCIGNO,

Non vi è in effetti dubbio che il possessore possa tenere *ex causa sua* la *res*, ma le difficoltà sorgono proprio quando voglia dismettere il possesso per contratto e ne voglia, quindi, disporre diminuendo o modificando il proprio patrimonio a vantaggio di altro soggetto¹²⁹.

Ciononostante, il tema in oggetto, se adeguatamente approfondito, pare rivelarsi di non così arduo approccio come potrebbe, invece, apparire ad una prima lettura. Infatti, è ampiamente riconosciuta in dottrina – anche da quella tradizionale – una certa autonomia in merito al compimento di atti dispositivi del possesso. Tra cui può, ad esempio, essere ricompresa la possibilità di effettuare una rinuncia al possesso o compiere atti transattivi relativamente allo stesso (ipotesi che saranno più compiutamente analizzate nel prosieguo della trattazione).

D'altro canto, non è, altrettanto, privo di pregio il rilievo secondo cui è lo stesso valore d'uso che si riconosce al possesso a determinare che esso abbia un proprio valore di scambio, il che implica una indiscutibile rilevanza nell'ambito delle pattuizioni private, in quanto gli studi maturati sul tema della circolazione giuridica hanno messo più in luce in più occasioni come la stessa tenda a modularsi sulla circolazione economica, proprio perché diretta a determinare l'allocazione delle risorse tra i consociati.

Il problema, a questo punto della trattazione, si sostanzia nel riuscire ad identificare una prospettiva interpretativa che, da un punto di vista giuridico e tenuto conto dell'orientamento tradizionale, giustifichi e supporti il superamento di una

Legittimazione (diritto sostanziale), in *Noviss. dig., it*, Torino, 1963, IX, 716 ss; N. Irti, *Sul concetto di titolarità (persona fisica e obbligo giudico)*, in *Rivista di diritto civile*, 1970. pp. 501-531.

¹²⁹Si veda, in tal senso, M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 2, la quale si riferisce alle considerazioni proposte da parte di autorevole dottrina, N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. 1. Parte generale*, Milano, 1929, 322.

impostazione di segno negativo.

CAPITOLO III: Trasferibilità convenzionale del possesso: analisi delle posizioni sul tema alla luce dell'inquadramento giuridico del possesso

3.1 Prospettive per il superamento della tesi restrittiva – 3.2 Possesso come diritto soggettivo e sua trasferibilità 3.2.1 Ius possessionis e sua trasferibilità 3.3 Possesso come diritto soggettivo affievolito e sua trasferibilità – 3.4 Possesso come aspettativa e sua trasferibilità 3.5 Possesso come mero fatto e proposte ricostruttive 3.6 Superamento della dicotomia tra factum e ius e prospettazione di un diverso approccio: il rilievo dell'attività.

3.1 Prospettive per il superamento della tesi restrittiva

Come si è avuto modo di rilevare in precedenza, l'orientamento assolutamente prevalente tende a negare la possibilità di dedurre il possesso quale oggetto di pattuizioni negoziali a carattere circolatorio.

Riassumendo brevemente, la giurisprudenza articola il proprio convincimento sulla base di tre generali assunti: in primo luogo viene sottolineato come l'inidoneità del possesso a costituire oggetto di atti dispositivi tra privati trae origine della sua natura di situazione di fatto, connotata dall'essere attività che, in quanto tale, può solo essere intrapresa; in secondo luogo, viene sostenuta l'inidoneità di un contratto di compravendita ad essere veicolo per il trasferimento del possesso poiché detto negozio può avere ad oggetto il solo trasferimento di diritti ed il possesso non potrebbe essere configurato tale; infine, viene sostenuto come la regola dell'accessione del possesso di cui all'art. 1146 2° comma cod. civ., presupponga

sempre l'esistenza di un titolo “ieratico”¹³⁰, non essendo, conseguentemente, idoneo al trasferimento del possesso un negozio che non trasferisce il diritto di proprietà.

Detta conclusione non viene, però, come dianzi accennato, ritenuta più pacificamente condivisa.

Il convincimento sempre più diffuso, come si è avuto modo di assodare nel corso del precedente capitolo, che il possesso sia autonomo ed autoreferenziale, nonché idoneo ad assumere, pertanto, un valore concreto, e come tale svincolato dalla proprietà, ha indotto, già ormai da tempo, a proporre letture diverse del tema.

Tali assunti, infatti, tendono a costituire il sostrato giuridico-logico-economico delle ricostruzioni che, pur seguendo percorsi argomentativi differenti, tendono con sempre maggior vigore ad ammettere modelli negoziali di circolazione convenzionale del possesso. Ciò soprattutto sulla scorta della riflessione secondo cui dare cittadinanza a tale fenomeno negoziale non costituisce una mera speculazione teorica da parte dell'interprete, in quanto esso costituisce un meccanismo foriero di notevoli utilità per i consociati stante i significativi riflessi pratici che esso è in grado di realizzare nella vita economica e pratica delle transazioni commerciali.

E' ormai sempre più sentito il convincimento che la soluzione negativa imbriglia in maniera eccessiva l'autonomia privata e probabilmente senza vere argomentazioni di carattere giuridico, ma sulla base di tratte affermazioni prive di reale fondamento. Circostanze, queste, che spingono la dottrina a cercare spiegazioni e ricostruzioni capaci di coordinare la circolazione del possesso con l'autonomia privata.

¹³⁰L'espressione ripresa dalle successive trattazioni sul tema è di R. SACCO, in R. Sacco e Caterina, *Il possesso*, cit., 248 s

La sicura divisibilità di tali argomentazioni deve, però, fare i conti con la possibilità stessa di concepire atti di disposizione del possesso da un punto di vista giuridico.

In sostanza, il tema, come anticipato nel corso del precedente capitolo, si sposta in quello della legittimazione al compimento di atti dispositivi del mero possesso, essendo, ancor oggi, la dottrina tendenzialmente legata a relegare la circolazione dello stesso ad atti dispositivi della proprietà o di altro diritto reale.

Ciò non di meno, va rilevato come tale stretto legame, non più rispondente alla prospettazione dell'emersione di un valore autonomo del possesso, si riveli alla prova dei fatti una mera petizione di principio.

Anche gli autori che negano in sostanza la possibilità di vendere il possesso finiscono per non escludere integralmente l'esistenza di un certo potere dispositivo in ordine allo stesso. A testimonianza di tale affermazioni, si pongono, ad esempio, le frequenti ammissioni relativamente alla possibilità di attuare una rinuncia al possesso ed alla tutela possessoria da esso derivante¹³¹.

Anche tale riflessione di per sé divisibile non è, comunque, ancora sufficiente a confermare l'esistenza, in via generale, di un potere di disposizione possessoria, in quanto, la rinuncia costituisce una forma limitata di disponibilità. Pertanto, bisogna valutare se effettivamente si possa giungere ad ammettere un negozio di carattere propriamente attributivo¹³².

¹³¹Non vi sono dubbi che la rinuncia costituisca una forma di disponibilità, seppur a carattere limitato, in quanto il soggetto che rinuncia è colui che dismette una situazione attualmente presente nella sua sfera giuridica in modo, però, indipendente dall'apprensione di altri, si vedano in tal senso T. MONTECCHIARI, *I negozi giuridici unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996, 129 e L. BIGLIAZZI GERI, U BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile, I. Norme. Soggetti e Rapporto Giuridico*, Torino, 1987, 296 s.; P. PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. notar.*, 1968, 346 ss. Nonché, anche per ulteriori approfondimenti, si veda, A. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940.

¹³²D'altro canto non può tacersi il rilievo proposto da autorevole dottrina secondo cui la rinuncia traslativa costituisca una particolare forma di alienazione, v. S. PUGLIATTI, *Alienazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 1. Si vedano in merito le considerazioni espresse da G. GRASSO, *La vendita del*

Certo, ad avallare una conclusione di carattere positivo, sembrano porsi una serie di sollecitazioni che si rinvengono in alcuni schemi negoziali che sono disciplinati dal nostro ordinamento o di creazione dottrinale.

Giova richiamare la vendita a rischio e pericolo contemplata all'art. 1488, 2° comma, c.c.¹³³, in precedenza analizzata, e caratterizzata dalla circostanza che il compratore assume su di sé il rischio della circostanza che la proprietà del bene risulti non essere del venditore. Orbene, a prescindere dalle palesate differenze con la vendita del possesso, non può sicuramente tacersi la circostanza che, attraverso detto schema, può nel concreto attuarsi un trasferimento del mero possesso, quando il bene si riveli di altrui titolarità¹³⁴.

Ampi margini per l'ammissione di un potere dispositivo in ordine al possesso

possesso, una vendita impossibile?, cit., 291 ss.

133Va rammentata la differenza che intercorre tra l'ipotesi di vendita a rischio e pericolo di cui alla citata norma e l'ipotesi in cui le parti derogano alla garanzia per l'evizione. Mentre, infatti, nella prima ipotesi il compratore assume totalmente su di sé il rischio derivante dalla circostanza che la proprietà si riveli di altro soggetto, salva l'ipotesi del dolo o del fatto proprio, nella diversa ipotesi di esclusione della garanzia per evizione la conclusione non sarà la stessa. Infatti in quest'ultima ipotesi il venditore sarà sempre tenuto, nel caso di evizione, alla restituzione del prezzo, in quanto, l'esclusione della garanzia comporta solo che non sia dovuto alcun indennizzo o risarcimento del danno connesso alla subita evizione da parte del compratore. La suddetta connotazione della vendita a rischio e pericolo, infatti, induce parte della dottrina a discorrere di contratto di natura aleatoria, v. per tutti, anche per ulteriori riferimenti bibliografici C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Vassalli, II ed., 1993, 792.

134Tale tipologia contrattuale, infatti, è di frequente portata a sostegno della possibilità di concepire un negozio attributivo del possesso in quanto sicuramente piegabile per raggiungere tale risultato. Ciononostante non se ne possono tacere le differenze strutturali in quanto la fattispecie contemplata dall'art. 1488, 2° comma, c.c., ha, comunque, per oggetto il trasferimento del diritto di proprietà e non l'immissione nel possesso che ne costituisce effetto mediato, si vedano, in merito, le considerazioni di C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 202 e G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, Milano, 1988, 42. In particolare tale ultimo autore pare evidenziare come la vendita a rischio e pericolo sembri poter costituire un valido sostegno per giungere a giudicare ammissibilità nel nostro ordinamento dello schema contrattuale della *emptio res sua* di derivazione romana. Infatti, qualora il compratore dichiari in atto di mantenere fermo il negozio anche nel caso in cui la *res* si riveli di sua proprietà si attua proprio il suddetto meccanismo negoziale, in tal senso. Sembra concordare con tale impostazione, P. PETRONE, *Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata*, cit., 1069. Certo non possono tacersi le perplessità per un tale giudizio in virtù della considerazione, esposta all'inizio del presente lavoro, secondo cui anche in tale contesto giuridico, maggiormente favorevole a pattuizioni aventi ad oggetto il trasferimento del mero possesso, la validità della *emptio res sua* era ampiamente discussa e tra l'altro giudicata ammissibili solo con stringenti limitazioni.

vengono riconosciuti anche da parte di quella dottrina e della giurisprudenza, che pur negando la possibilità di attuare un trasferimento del possesso, ciononostante, ammettono la possibilità di calare lo stesso in alcune fattispecie negoziali.

Ci si riferisce, in particolare, all'ipotesi in cui il possesso costituisca oggetto di una transazione effettuata dal proprietario al fine di ottenere il recupero del bene dal possessore, evitando di dover attendere il decorso delle lungaggini processuali derivanti dalla attivazione di una azione di rivendica¹³⁵, o ancora alla proposta di chi ritiene possibile un accordo volto ad attuare un trasferimento del possesso mediante un contratto obbligatorio atipico, che dia luogo «ad una obbligazione di fare(in senso stretto) o di non fare»¹³⁶.

D'altro canto, come viene acutamente rilevato, non ha senso negare l'ammissibilità di un negozio in cui venga reso manifesto l'intento delle parti di procedere ad una attribuzione del possesso, se poi detto risultato può essere raggiunto per altra via, piegando schemi negoziali tipici idonei a realizzare nel concreto, ma in modo occulto, un tale risultato¹³⁷.

Tali spunti inducono, con sempre maggiore convinzione, a ritenere non effettivamente fondata la tesi tradizionale e, quindi, a cercare margini operativi per condividere una ricostruzione di stampo positivo.

135V., per tutti, G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 70, nota 3 e C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 175.

136Detta ricostruzione, in particolare, trae origine dall'idea di fondo secondo cui il possesso è una situazione di mero fatto. G. B. FERRI, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ.*, Rescigno, cit., 209.

137Ci si riferisce in particolare a B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 40 s. In particolare, giova riprendere le parole dell'a. il quale sottolinea appunto l'opportunità di ammettere un negozio di immissione nel possesso «a meno di non voler indurre il possessore a fa ricorso all'uso indiretto, artificioso e improprio di un negozio traslativo del diritto sul bene, che gli consenta di raggiungere lo scopo pratico desiderato. Si pensi, in particolare all'utilizzazione – fatta, magari, con la complicità dell'acquirente, il quale, in tal caso, sarebbe di mala fede – del meccanismo della c.d. vendita a rischio e pericolo del compratore o di quella dell'acquisto a non domino».

Ciononostante, tali considerazioni, seppur veritiere, devono, necessariamente essere raffrontate con il quanto mai discusso tema relativo alla natura del possesso. In quanto ammettere una circolazione del possesso significa comunque condividere una ricostruzione del fenomeno possessorio che sia con esso compatibile.

Non va, infatti, dimenticato come la dottrina abbia avuto modo di rilevare che, per aversi un fenomeno successorio, è necessario che vi sia la possibilità di concepire una situazione soggettiva svincolata o, comunque, per certi versi autonoma dalla situazione materiale. Solo in tal modo la stessa potrà costituire oggetto di trasferimento¹³⁸.

Se, però, il possesso viene relegato nelle mere situazioni di fatto tutte le sollecitazioni di cui sopra sembrano chiaramente entrare in crisi, divenendo arduo concepire un fenomeno neanche *lato sensu* circolatorio.

Proprio tale *impasse* di notevole difficoltà concettuale, tende ad essere superata mediante ricostruzioni tese a valorizzare la natura del possesso in termini di diritto, aspettativa o diritto affievolito. È opportuno considerare che condividere a monte tali ricostruzioni agevola significativamente la soluzione del problema in esame, in quanto ricostruire nei suddetti termini la natura del possesso implica ammettere la sua trasferibilità. Il diritto soggettivo, anche se affievolito, nonché l'aspettativa costruita quale diritto al diritto¹³⁹ costituiscono posizioni giuridiche che sono per loro natura suscettibili di disposizione.

Tuttavia, non si può non rimarcare l'obiezione secondo cui tali tentativi, ponendo come base del proprio ragionamento forse una delle maggiori problematiche del

138M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 154

139P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, 27 ss.

diritto civile, l'esatto inquadramento della natura del possesso, tendono a condurre a risultati di per sé instabili¹⁴⁰.

Comunque il grande rilievo di tali ricostruzioni ne impone, comunque, una attenta analisi.

3.2 Il possesso come diritto soggettivo e sua trasferibilità

Uno dei primi approcci, nel senso di ammettere il trasferimento del mero possesso, risulta quello che muove dall'inquadramento del fenomeno possessorio senz'altro nell'ambito della categoria giuridica del diritto soggettivo¹⁴¹¹⁴². È, in particolare, probabilmente merito di Savigny aver dimostrato che il possesso (ed in particolare lo *ius possessionis*) in quanto *ius* può essere alienato indipendentemente dalla proprietà¹⁴³.

140B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 23 s. Viene infatti, sottolineato come le teorie che giungono ad ammettere il trasferimento del possesso perché diritto o aspettativa o lo negano perché fatto, in realtà, celano un errore di fondo, in quanto evidenziano la loro incapacità ad alienarsi integralmente dalla dicotomia *factum / ius* che da sempre influenza il dibattito in tema di possesso. Circostanza, questa, che ha avuto e continua ad avere significative ripercussioni sulla effettiva rilevanza pratica delle proposte effettuate. In quanto avrebbe il medesimo rilevato ha il medesimo pregio statuire che il possesso sia trasferibile perché diritto (eventualmente affievolito) o aspettativa da quello per cui esso non è trasferibile perché mero fatto.

141In merito all'evoluzione del pensiero giuridico sulla categoria del diritto soggettivo, tema che ha acceso il dibattito giuridico nel corso degli ultimi secoli, si consenta, anche per ulteriori approfondimenti ed indicazioni bibliografiche, il rinvio a C. MAIORCA, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989 e D. BARBERO, *Guerra e pace tra l' «interno» e l'«esterno» del diritto soggettivo*, in *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953, 179 ss.

142G. RASCIO, *Sistema positivo del diritto di possesso e proprietà*, cit., 184. Il particolare, l' a. sottolinea come «per noi il possesso è un diritto trasmissibile come la proprietà». Condividono la teoria che il possesso sia un vero e proprio diritto, G. CESARE CONSOLO, *Trattato teorico pratico del possesso e delle azioni possessorie*, Torino, 1909, 5 s; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, 367 ss; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, 265 ss; L. CARIOTA FERRARA, *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, in *Dir. e giur.*, 1966, 705 ss; C. BELFIORE, *Azione possessoria e riforma del processo civile*, in *Giur. merito*, 1993, I, 1161.

143Il possesso per Savigny è un diritto (*als Recht*) ed a titolo per essere alienato, F.C. SAVIGNY, *Das Recht de Besitzes, Eine Civilistische Abhandlung*, Giessen Heyer, 1827, 98 ss.

Tale tesi fonda il proprio convincimento sugli effetti che scaturiscono dall'esercizio del potere di fatto sulla cosa, sia in tema di tutela giuridica riconosciuta al possessore (per il tramite delle azioni di spoglio e manutenzione), sia in termini di vantaggi concreti come quelli derivanti dalla disciplina dei frutti /migliori e addizioni.

Detti aspetti indurrebbero ad escludere che il possesso sia ascrivibile all'area delle situazioni di mero fatto, costituendo, invece, un vero e proprio diritto soggettivo a contenuto patrimoniale¹⁴⁴, o per lo meno che esso, pur nascendo come rapporto di fatto, si convertirebbe in rapporto di diritto¹⁴⁵: «se da una situazione scaturiscono conseguenze giuridiche, queste qualificano, colorano quella situazione che appunto, prende il nome, prende la natura anche da quegli effetti giuridici»¹⁴⁶.

A sostegno di tale tesi, vengono indicate varie circostanze, tra cui assumono rilievo la trasmissibilità dal possesso, la presenza della capacità naturale da parte del possessore e, come detto, l'ampia tutela interinale ad esso riconosciuto¹⁴⁷. In particolare, viene rilevato come «in definitiva, il possesso è un diritto soggettivo: ossia una potestà, come ogni altro diritto soggettivo»¹⁴⁸.

Tali conclusioni, secondo parte della dottrina, troverebbero, altresì, conforto nell'elaborazione dottrinale sviluppatasi in merito alla categoria del diritto soggettivo.

Un approccio alla tesi che inquadra il possesso nell'area del diritto soggettivo trae il proprio fondamento proprio dall'elemento dell'*animus*, che, secondo ampia parte

144L. CARIOTA FERRARA, *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, cit., 709.

145F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 245 ss.

146L. CARIOTA FERRARA, *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, cit., 710.

147A tale premessa veniva talvolta mossa l'obiezione secondo cui il possesso non è tutelato sempre e comunque ma solo contro determinate aggressioni. Va al riguardo ricordato come autorevole dottrina non riteneva pregnante tale rilievo osservando che «ma a chi mai può venire in mente di negare l'esistenza di un diritto solo per ciò che la protezione ne è relativa, limitata?» C. FADDA, *Il possesso (lezioni)*, Napoli, 1911, 88.

148F. MASSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 252 ss.

della dottrina, costituisce un elemento costitutivo del possesso e che avrebbe potuto, nell'ottica della teoria soggettivistica della figura del diritto soggettivo¹⁴⁹, permettere di palesare nel possesso quel potere della volontà destinato a costituire il *quid proprium* di siffatta categoria.

Altri autori, invece, sono giunti alla medesima conclusione, pur aderendo alla contrapposta teoria c.d oggettiva, secondo la quale la figura del diritto soggettivo non sarebbe permeata dalla ricorrenza dell'elemento della volontà: ciò in quanto l'inquadramento in detta categoria andrebbe riconosciuta ad ogni interesse cui l'ordinamento riconosce protezione giuridica¹⁵⁰.

Orbene, il possesso corrisponderebbe perfettamente all'archetipo proposto dalla suddetta ricostruzione, costituendo lo stesso una posizione di interesse tutelata per il tramite delle suddette azioni di spoglio e manutenzione¹⁵¹.

Va sottolineato, per completezza, che anche la giurisprudenza, sia pure in rare occasioni, ha qualificato il possesso come diritto soggettivo. Detta posizione è stata, in particolare, seguita in alcune occasioni in cui probabilmente il suddetto inquadramento costituiva, in realtà, il mezzo per il raggiungimento di finalità diverse,

149La teoria soggettivistica, in particolare, che propone una concezione della figura del diritto soggettivo accentrata sull'idea della volontà, trae spunto dalle considerazioni effettuate da una parte della dottrina tedesca, v. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurter am Main, 1908, VIII vol. 1, 131.

150Elaborazione che si deve ad una autorevole dottrina tedesca proposta agli inizi del novecento, v. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1906, 339. Va, però, ricordato che presto ci si accorse che, nell'ambito della categoria del diritto soggettivo, non era possibile rinunciare del tutto alla categoria della volontà, in quanto, conferire tutela ad un interesse significa attribuire un potere giuridico che fa sempre e comunque riferimento alla volontà del soggetto; in sostanza il diritto soggettivo costituisce la potestà di volere rivolta ad un bene o ad un interesse e come tale riconosciuta dall'ordinamento, G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto e dello Stato*, trad. it., di M. Petrozziello, Milano, 1949, 31 ss. Nella nostra dottrina civilistica v., per tutti, R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1933-1935).

151Per una tale ricostruzione, si veda, in particolare, P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1990, VI, 425;

talvolta probabilmente ispirate da esigenze contingenti¹⁵². Va, infatti, ricordato che le ipotesi interessate dai suddetti interventi riguardavano casi di richiesta di risarcimento ex 2043 c.c.¹⁵³ per lesione del possesso ed ipotesi in cui la suddetta ricostruzione era funzionale a giustificare il c.d. merito possessorio¹⁵⁴.

Chiaramente, come anticipato in precedenza, inquadrare il possesso nei suddetti determini produce risultati importantissimi per l'analisi del fenomeno in esame. Condividere, infatti, l'idea secondo cui il possesso è un diritto soggettivo significa implicitamente ammetterne non solo e in generale la circolabilità, ma soprattutto la trasferibilità. Difatti, connotato tipico di siffatta categoria è la possibilità di disporre della situazione giuridica corrispondente, con la conseguenza che il soggetto che acquista il possesso subentra nella medesima posizione del dante causa, con la possibilità, pertanto, anche di giovare del possesso del precedente titolare con tutto ciò che ne consegue.

Inoltre, inquadrando il possesso nella categoria del diritto soggettivo si giunge anche a superare quell'obiezione mossa dalla giurisprudenza alla trasferibilità del possesso e fondata sulla già palesata incompatibilità del negozio di compravendita con posizioni non ascrivibili alla categoria del diritto soggettivo.

Non possono sicuramente tacersi le obiezioni portate a siffatta teoria¹⁵⁵, in quanto

152 Tale riflessione è compiuta da M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 96.

153 PRET. RAGUSA, 13 gennaio, 1999, in *Giur. it.*, 1999, 1412; TRIB. CAGLIARI, 26 novembre 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 447.

154 CASS., 9 gennaio, 1997, n. 98, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Possesso e azioni*, 27 e CASS., 5 luglio, 1997, n. 6093, in *Giur. it.*, 1998, I, 1126. In particolare giova ricordare l'arresto delle sezioni unite con le quali si è avuto modo di statuire che «l'ordinamento assicura protezione allo ius possessionis in quanto tale e cioè indipendentemente dalla sussistenza o meno della titolarità del corrispondente diritto reale, e gli attribuisce quindi la consistenza del diritto soggettivo...L'ordinamento giuridico, concedendo al possessore le azioni di reintegrazione e di manutenzione, gli ha riconosciuto il diritto alla conservazione integra del potere sulla cosa contro il suo spoglio o turbativa ...ad essere protetta non p la situazione possessoria intesta come semplice fatto naturalistico ma il diritto alla sua conservazione e integrità» CASS., SEZ. UN., 24 febbraio 1998, n. 1984, in *Foro it.*, 1998, I, 1054.

155 V., G. GRASSO, *La vendita del possesso una vendita impossibile ?*, cit., 304 s.

viene rilevato, come la circostanza che l'ordinamento riconnetta al possesso determinati effetti, anche in termini di tutela, non può con un procedimento logico induttivo portare ad inquadrare il possesso senz'altro nell'area del diritto soggettivo. Viene rilevato che «una cosa è il diritto soggettivo, altra è la rilevanza per l'ordinamento di una certa situazione. Il possesso, per il fatto stesso di esistere, non è un diritto»¹⁵⁶.

D'altro canto, la tutela accordata al possesso non escluderebbe la sua collocazione nelle situazioni di fatto, in quanto niente preclude che dal fatto possano scaturire effetti rilevanti.

Comunque, anche qualora si condivida un approccio che ascrive il possesso nell'area delle situazioni giuridiche soggettive, la sua instabilità sembra precludere all'origine la sussunzione dello stesso nella categoria del diritto soggettivo.

3.2.1 Ius possessionis e sua trasferibilità

Tale ricostruzione è stata, inoltre, per certi versi sviluppata da quella parte della dottrina¹⁵⁷ che, pur evidenziando l'impossibilità di una totale sussunzione del possesso nell'area del diritto soggettivo, ciononostante ha concluso nel senso che le pretese che da esso scaturiscono siano idonee a dar vita ad una situazione giuridica soggettiva pur sempre suscettibile di essere ascritta alla suddetta area¹⁵⁸.

156V., G. GRASSO, *La vendita del possesso una vendita impossibile?*, cit., 305. In senso diametralmente opposto viene rilevato che «in definitiva, il possesso, per il fatto stesso di esistere è un diritto, per lo meno nel senso che al possessore è riconosciuto il potere di continuare nel possedere fino a quando questo potere non venga eliso da quello poziore del titolare del diritto reale», C. BELFIORE, *Azione possessoria e riforma del processo civile*, cit., 1162.

157G. OBERTO, *Vendita «di cose» e vendita «di diritti», nell'a. 1470 c.c.*, in *Riv. dir. priv.*, 510 ss.; ID., *L'oggetto della vendita in generale*, in *La vendita*, a cura di M. Bin., vol. I, Padova, 1994, 435.

158Va rammentato come, seppur con una accezione diversa, discorre di diritto soggettivo alla tutela

In particolare, tale approccio sfrutta la differenziazione che viene tradizionalmente effettuata tra *ius possidendi* e *ius possessionis*¹⁵⁹.

Conseguentemente non sarebbe il possesso ad essere qualificato come diritto, ma la posizione giuridica che da esso ne scaturisce, il c.d. *ius possessionis*, in quanto caratterizzato dalla tutela giuridica esperibile per il tramite delle azioni possessorie, nonché dai vantaggi derivanti al possessore dalla disciplina dei frutti migliori ed addizioni. Di riflesso, essendo lo *ius possessionis* ascrivibile alla categoria del diritto soggettivo non può che inferirsene la sua cedibilità sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito.

Non si ritiene ostativo a tale ricostruzione nemmeno il rilievo secondo cui la tutela possessoria è per sua natura instabile e connessa con una data situazione di fatto, con la conseguenza che la cessione della tutela sembrerebbe presupporre la cessione del potere di fatto che legittima la tutela stessa.

Ciò perché, secondo tale ricostruzione, le parti, con una vendita del possesso, avrebbero inteso attribuire all'acquirente proprio la medesima tutela di cui al possesso del dante causa, senza alcuna volontà di trasmettere la mera situazione di fatto: in sostanza si realizzerebbe «una vendita dello *jus possessionis*, sottoposta alla condizione sospensiva della materiale immissione dell'acquirente nella situazione di fatto, ex art 1140 c.c.. sul bene il cui possesso (*rectius*: i diritti connessi alla situazione

possessoria e precisamente di diritto di salvaguardia, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 717

159 Sulla distinzione tra *ius possessionis* e *ius possidendi* si vedano le considerazioni di E. QUADRI in Bocchini-Quadri, *Diritto privato*, cit., 484. In particolare viene rilevato come «si allude, in proposito, allo *ius possidendi*, quale facoltà del proprietario e del titolare degli altri diritti reali. Con riferimento alla posizione giuridicamente rilevante - in quanto tutelata dall'ordinamento, il quale ad essa ricollega effetti - che deriva al soggetto dal potere di fatto sulla cosa, si parla abitualmente, invece di *ius possessionis*, come peculiare situazione giuridica accostabile ad un vero e proprio diritto».

di possesso del quale) è stato venduto»¹⁶⁰.

Tale tesi, che sicuramente condivide con quella precedentemente esposta il sostrato logico giuridico, finisce con l'esporsi alle medesime critiche ivi esposte. Al riguardo può essere interessante ricordare l'obiezione mossa da chi evidenzia come lo *jus possessionis* altro non sarebbe che una tutela offerta dal legislatore e connessa ad una situazione di fatto. Esso non si acquisterebbe in base ad una negoziazione privata ma deriva dalla concreta attività possessoria¹⁶¹.

3.3 Possesso come diritto soggettivo affievolito e sua trasferibilità

Le stesse conseguenze in ordine al tema in esame vengono raggiunte dalla tesi secondo cui gli indici posti in rilievo dalle precedenti teorie dovrebbero necessariamente condurre ad ascrivere il possesso nella categoria del diritto soggettivo, anche se con una importante precisazione. Infatti, le naturali peculiarità derivanti dalla disciplina normativa del possesso dovrebbero indurre a ritenere che tale posizione di diritto debba giudicarsi a carattere affievolito¹⁶².

160G. OBERTO, *Vendita «di cose» e vendita «di diritti», nell'a. 1470 c.c.*, cit., 514 ss

161G. GRASSO, *La vendita del possesso una vendita impossibile?*, cit., 310 s. Viene, efficacemente, rilevato come «Il *jus possessionis* non si acquista sulla base di un trasferimento da parte del soggetto legittimato ma in virtù del semplice fatto di trovarsi nella condizione di possessore. Secondo quanto previsto dal legislatore il *jus possessionis* è conseguenza legale del possesso....Nel caso della vendita del *jus possessionis* sottoposta alla condizione sospensiva della materiale immissione dell'acquirente nella situazione di fatto, il *jus possessionis* sarebbe stato comunque acquisito dal nuovo possessore in base al sol fatto di possedere, a prescindere da una specifica alienazione». Di contrario avviso è quella parte della dottrina che, pur non avallando l'idea che il possesso ed in particolare lo *jus possessionis* siano ascrivibili all'area del diritto, ritiene che andrebbe, comunque, sottolineato il tramonto dell'idea secondo cui lo esso sia ascrivibile alle *res facti* in quanto dalla tutela giuridica ad esso riconosciuta deriva la considerazione che esso detiene tutti in connotati tipici delle situazioni giuridiche soggettive v., al riguardo, per tutti, M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 86 e U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992 147.

162In particolare parte della dottrina, pur non fondando il proprio convincimento in ordine all'ammissibilità del trasferimento del possesso su tale assunto, evidenzia come detta ricostruzione possa, qualora accolta, sicuramente costituire un tassello importante per destituire di fondamento le ragioni poste alla base dell'orientamento negativo proposto dalla giurisprudenza di legittimità, v. M.

Tale tesi, in particolare, pone come punto di partenza la rilevanza che sul tema assume la tutela possessoria. La circostanza, infatti, che l'ordinamento abbia voluto tutelare il possesso non potrebbe, seconda tale impostazione, non ricondurre lo stesso nell'ambito della categoria del diritto soggettivo. Ciononostante, viene rilevato, come, seppur è vero che il possesso goda di autonoma tutela, vada, comunque, ravvisato che il possessore non ha una posizione stabile ed opponibile *erga omnes*, in quanto, questi, pur potendo agire contro chiunque compia atti di sottrazione del bene e o turbative al godimento dello stesso (compreso il proprietario), rimane, necessariamente, esposto alla possibilità che il titolare «si svegli e voglia riprendersi la cosa», adendo le competenti autorità giudiziarie con l'azione di rivendica¹⁶³.

Conseguentemente, viene rilevato come il possessore, essendo naturalmente esposto al pericolo di essere in ogni momento estromesso dal godimento del bene in via giudiziale, risulti titolare non di un diritto pieno ma di una posizione sostanziale di un quasi diritto.

Al riguardo giova richiamare le parole del Nicolò «il possesso (..) è una situazione di fatto (...) ma (...) in quanto questa situazione e l'interesse collegato a conservarla e difenderla ricevono protezione dall'ordinamento giuridico, si trasforma in una vera e propria situazione giuridica», ma «non è quella situazione che noi chiamiamo diritto

ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 412.

163 Motivazioni per certi versi simili tendono ad essere adottate da quella parte della dottrina che ritiene di ricondurre il possesso nell'ambito della figura dell'interesse legittimo, F. GENTILE, *Il possesso*, in *Giur. sist. civ e comm.* Bigiavi, Torino, 1965, 218. L. a in particolare ritiene che «se chiamiamo diritto subiettivo l'interesse che è tutelato generalmente, contro ogni violazione; e chiamiamo interesse legittimo quello che è tutelato soltanto contro lesioni specifiche e qualificate per la provenienza o per il modo, sarà agevole inquadrare il possesso in quest'ultima categoria. Il possessore, infatti, può respingere gli attacchi che gli vengono mossi in petitorio da *non domini* e può reagire vittoriosamente contro gli attacchi provenienti da chiunque, finanche il proprietario, quando siano portati in certo modo». In termini non eccessivamente dissimili si esprime chi discorre di interesse occasionalmente protetto, v., G. ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, II, 105 ss.

soggettivo in quanto la tutela è meno intensa»¹⁶⁴.

Tali assunti determinano significative conseguenze sul tema in analisi, in quanto permettono di raggiungere i medesimi risultati in tema di circolazione e trasferimento del possesso di cui alla teoria sopra esposta, che inquadra lo stesso nella categoria del diritto soggettivo. Infatti, anche se affievolita, la posizione di diritto del possessore potrebbe tranquillamente essere oggetto di trasferimento, senza trovare alcun ostacolo di ordine concettuale. Essa si astraie dalla relazione materiale con la cosa, potendo per tale via essere oggetto di una successione sia *inter vivos* che *mortis causa*.

3.4 Il possesso come aspettativa e sua trasferibilità

Una delle tesi che è stata di recente riproposta dalla dottrina¹⁶⁵, proprio nell'ottica di risolvere il problema relativo all'ammissibilità di atti di cessione del possesso, è quella che inquadra il possesso nella situazione giuridica soggettiva denominata aspettativa¹⁶⁶.

Detta ricostruzione fonda il proprio convincimento sul rilievo secondo cui alla radice del possesso si pone l'interesse privato del possessore, il quale è atto a trarre dalla situazione di possesso del bene una serie significativa di prerogative e di vantaggi, così come in precedenza sintetizzati¹⁶⁷.

164R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, 49.

165La teoria che inquadra il possesso nella categoria dell'aspettativa si deve all'elaborazione teorica di U. NATOLI, *Il possesso*, cit., 154. Rileva l'a., discorrendo della tutela possessoria, che sono «tutte azioni aventi una funzione tipica costante, quale è quella conservativa, caratteristica della tutela normalmente riconosciuta alla c.d. aspettativa».

166V., in tal senso, M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 211 ss. L'a. in particolare, dopo una preventiva analisi critica delle differenti impostazioni teoriche in ordine all'inquadramento ontologico del fenomeno possessorio, riconduce lo stesso nell'ambito della figura dell'aspettativa in quanto ritenuta l'unica situazione giuridica soggettiva nella quale far confluire il possesso in virtù di tutti i vantaggi e le prerogative che l'ordinamento riconosce al possessore.

167Si veda quanto già ampiamente esposto nel secondo capitolo del presente lavoro.

Orbene, tale caratteristica pare coordinarsi appieno con la struttura e il fondamento riconosciuto dall'orientamento prevalente al fenomeno dell'aspettativa¹⁶⁸. Viene, infatti, rilevato che detta categoria, pur ricorrendo secondo l'impostazione teorica oggi ampiamente diffusa, in una serie indefinita di ipotesi, ha, comunque, un suo nucleo minimo, che risulta rappresentato nella autonoma rilevanza giuridica, sia in termini di valore che di tutela giuridica degli effetti preliminari di una data situazione giuridica¹⁶⁹.

Tale connotato renderebbe, secondo tale ricostruzione, perfettamente sussumibile il possesso nell'ambito della situazione giuridica dell'aspettativa. Il possesso infatti, anch'esso è, come detto, fonte di prerogative e di utilità ed è connotato proprio da una pregnante ed incisiva tutela giuridica sia pure a carattere provvisorio.

Non sembra incidere su tale identificazione il rilievo secondo cui l'aspettativa, nonostante sia sempre una situazione soggettiva di vantaggio, con un proprio valore economico, è caratterizzata dall'inattività¹⁷⁰. Infatti, viene rilevato che l'inattività rilevante e fondante la situazione di aspettativa (realizzante l'interesse presupposto) e, quindi, l'evoluzione della situazione iniziale in diritto soggettivo, dipendono dal comportamento di un terzo, dal caso o dalla legge e non da quello dello stesso titolare dell'aspettativa stessa.

168Sul tema generale dell'aspettativa si vedano, per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 302; A. C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Roma, 1987, 1, 466; R. NICOLÒ, voce *Aspettativa*, (*Dir. priv.*), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. II, 1. In particolare, giova ricordare come la dottrina che si è occupata del tema escluda che l'aspettativa configuri un *tertium genus* rispetto al diritto soggettivo ed all'interesse legittimo, in quanto deve considerarsi quale "diritto al diritto", P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. La compravendita di cosa futura*, cit., 27 ss; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, V, Torino, 1958, 136 ss; L. CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, in *Dir. e giur.*, 1945, 245 ss

169Viene accentuata la autonoma rilevanza giuridica dell'aspettativa da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 552.

170In questo senso C.M. BIANCA, *ibidem*. In quanto è una posizione di attesa circa il verificarsi dei presupposti per il suo mutamento nella situazione definitiva.

Conseguentemente l'inattività non deve essere intesa come un non potere agire ma come riflesso della circostanza che il soddisfacimento dell'interesse presupposto dipende da fattori diversi dal comportamento dell'interessato.

Sulla base di tali considerazioni, pertanto, viene aperta una breccia significativa all'impostazione tradizionale che nega la trasferibilità convenzionale del possesso. In quanto, a prescindere dalle tesi proposte in merito alla natura dell'aspettativa, ricondotta da taluno nell'ambito della categoria del diritto al diritto e da altri nell'ambito della fattispecie a formazione progressiva, l'elaborazione teorica più moderna tende, con sempre maggiore convinzione, ad ammetterne la circolazione traslativa¹⁷¹.

Tale impostazione, infatti, evidenzia l'autonomia della posizione del titolare dell'aspettativa dal diritto futuro¹⁷², in quanto questi è già titolare di un *quid* che ha un valore attuale ed a cui si può riconoscere autonoma giustificazione della tutela conservativa. Conseguentemente, il titolare di un diritto condizionato, fattispecie esemplificativa del fenomeno dell'aspettativa, non è tutelato solo in quanto titolare di un diritto futuro, ma perché gli è riconosciuto un diritto presente che si identifica nel diritto all'acquisto di un diritto futuro.

Di riflesso, si tende ad ammettere, in virtù dei suddetti rilievi, un meccanismo

171 Sul tema generale del trasferimento dell'aspettativa, ammesso in via generale dagli autori richiamati nelle precedenti note, si veda, U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative: contributo allo studio delle situazioni giuridiche soggettive attive*, Napoli, 1995, 119 ss. Si ricordi al riguardo la considerazione espressa da autorevole dottrina che qualifica la cessione dell'aspettativa quale un contratto di attribuzione del diritto, M. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Milano 1929, 433.

172 D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti preliminari*, cit., 128. Interessante al riguardo è la riflessione proposta dall'autore e diretta a criticare la definizione di aspettativa maturata in Francia e riproposta da alcuni nel nostro ordinamento e che discorrere di diritto eventuale (su cui si veda, per tutti, F. VERDIER, *Les droit éventuels. Contribute à l'étude della formation successive des droits*, Paris, 1957, 57ss.), in quanto, evocando la posizione di diritto, tende a disconoscere l'autonomia concettuale della aspettativa stessa.

traslativo dell'aspettativa e che si realizza proprio a mezzo di un contratto ad effetti traslativi immediati, che chiaramente recepisce e si caratterizza per le peculiarità della situazione giuridica trasferita. Conseguentemente, qualora l'acquirente, per ogni evenienza, non acquisti la proprietà del bene non avrà nulla di che dolersi nei confronti dell'alienante, in quanto anche il fenomeno delle garanzie del contratto si modellerà in rispondenza alla sovraesposta ricostruzione teorica.

Coordinando, pertanto, le suddette riflessioni in merito alla cessione dell'aspettativa con la sussunzione del possesso in detta categoria giuridica detta tesi, si conclude per la possibilità di ammettere una vera e propria circolazione traslativa del possesso; il che non significa alienazione del diritto a possedere, che non può concepirsi separatamente dal diritto, ma cessione della propria posizione giuridica sul bene, con le caratteristiche, potenzialità e contropartite che le sono proprie¹⁷³.

3.5 Possesso come fatto e proposte ricostruttive al suo trasferimento

Come si evince dalle prevalenti fonti prevenute, nel diritto romano, il possesso veniva di solito qualificato quale situazione di fatto: *res facti non juris* e, come tale, indicativa di una disponibilità di fatto che un soggetto ha in relazione ad un dato bene,

¹⁷³Va rammentato come parte della dottrina che si è occupata della vendita dell'aspettativa, proprio per chiarire la differenza tra detta figura e la cessione del diritto sotto condizione, ne ha evidenziato la natura aleatoria, CILLO-D'AMATO-TAVANI, *Dei singoli contratti*, cit., 29. In senso diametralmente opposto si esprime chi ha ritenuto come dal trasferimento dell'aspettativa derivi un acquisto di natura commutativa in cui il rapporto tra le prestazioni è certo fin dalla stipula con conseguente estraneità dell'alea dal sinallagma. U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., 296 s. Aderisce a tale impostazione quella parte della dottrina che argomenta la trasferibilità del possesso dalla configurazione del possesso quale aspettativa, M. GORGONI, *La circolazione convenzionale del possesso*, cit., 209 e s. Rileva l'a che la prestazioni sono certe dall'origine in quanto l'evoluzione del possesso in diritto incide non sul sinallagma ma sul profilo quantitativo, rilevandosi un un giudizio sulla convenienza dell'affare.

in quanto tale contrapposta alla situazione di diritto, invece, tipica della proprietà¹⁷⁴.

Come evidenzia parte della dottrina, per i romani *possidere* significava avere un potere fisico sulla cosa, avere quindi una potestà di fatto su di essa¹⁷⁵.

Nel vivace dibattito sviluppatosi in merito alla natura del possesso, non sono pochi gli autori che, anche nel nostro contesto giuridico, hanno riproposto tale impostazione, tanto che si è affermato a più riprese che il possesso è uno stato di fatto «pel quale alcuno ha in suo potere una cosa, la detiene cioè in propria custodia o in proprio uso, abbia o pur no l'animo di tenerla come propria»¹⁷⁶.

Tale qualificazione ha fondamento nel rilievo secondo cui il possesso non è altro che un rapporto materiale con la *res*, «senza che su questa si abbia necessariamente un diritto corrispondente alla signoria medesima»¹⁷⁷: vi sarebbe pertanto una esplicita

174Si veda in tal senso D. 41.2.1 & 3. In particolare, alcuni studi sul tema dimostrano come, nel diritto classico, la nozione di *possessio* indicava la disponibilità di fatto della *res*, quale situazione distinta rispetto alla proprietà, si vedano, su tale tema, G. NICOSIA, *Il possesso, I, (Lezioni del corso di diritto romano 1995-1996)*, Catania, 1997, 33 e *Possesso nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, 79; M.C. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto romano*, Palermo, 1985, 10; A. BURDESE, *Possesso (diritto romano)*, cit. 452; C. BOZZA, *Il possesso, Corso di Pandette svolto nella R. Università di Catania (1934-35)*, Napoli, 1936, 5 ss. Ciononostante si deve segnalare come in altre fonti, invece, il possesso venga qualificato proprio come diritto: *possessium ius* (l. 5. *C de livali causa; possessioni jura* (l. 7. *c. ad legem juliam; plus iuris in possessione habeat qui precario rogeverit, quam qui omnino non possidet* l. 36 *D. de acq. V, amit. Poss.*). Precisa parte della dottrina che era «una situazione (o se si vuole, un rapporto), giuridicamente rilevante» v. G. NICOSIA, *Possesso nel diritto romano*, cit., 95. Le origini del possesso sono remote, alcuni autori rilevano come già infatti le XII Tavole prevedevano l'acquisto della proprietà per usucapione (n. 388), e che l'*usus* ivi indicato fosse proprio il possesso (C.M. BIANCA, *Diritto civ.*, 6, cit., 718, nota 18, in ordine al concetto di *usus* nelle dodici tavole per una opinione di segno divergente cfr G. NICOSIA, *Il possesso*, cit., 38). L'esperienza romana conosceva anche la distinzione tra possesso e mera detenzione v., in merito, A. BURDESE, *Possesso*, cit., 452, «solo la dottrina del diritto romano comune, in sede di interpretazione dei testi risalenti al diritto romano di età storica, perverrà poi a distinguere terminologicamente e concettualmente il possesso dalla detenzione».

175L.a in particolare sottolinea come «é la *possessio* adunque una signoria, una dominazione, concepita come rapporto di fatto, indipendentemente dal diritto: essa esprime quello ch'è il normale contenuto della proprietà e si appalesa come l'esercizio di fatto del dominio» ,G. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 54.

176G. DE RUGGIERO, *ibidem*

177La frase è tratta da C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 21. In particolare l'a. utilizza tale espressione per sintetizzare il pensiero di chi aderisce alla qualificazione del possesso come situazione di fatto.

contrapposizione tra *factum* (possesso) e *jus* (posizione di diritto), in quanto alla relazione materiale-situazione di fatto si contrapporrebbe il potere giuridico che discende dalla titolarità del diritto reale sul bene e che si qualifica situazione di diritto.

Conseguentemente, ad integrare il possesso basterebbe l'esplicazione in concreto di un potere sulla cosa, e ciò a prescindere dal diritto di possederla.

Tale conclusione non sarebbe neanche inficiata dalla predisposizione, da parte del nostro ordinamento, di una pregnante tutela alla situazione possessoria, opponibile anche al proprietario che voglia agire in autotutela. In quanto, una tale circostanza non avrebbe alcun rilievo sull'inquadramento della natura giuridica del possesso, perché al più potrebbe parlarsi di diritto di non subire spoglio o turbative¹⁷⁸.

In particolare, viene rilevato come la suddetta conclusione trae fondamento dal rilievo secondo cui il possessore non ha come tale un diritto sulla cosa, ma gli «*compete, piuttosto, il godimento pacifico di essa, ma questa espressione vale semplicemente a descrivere la sua posizione di vantaggio tutelata contro lo spoglio e le molestie: il godimento pacifico non è un diritto sulla cosa ma il riflesso della tutela possessoria*»¹⁷⁹.

Detta ricostruzione, seguita dalla dottrina tradizionale, ha notevoli riflessi sulla problematica in esame. Il suo accoglimento parrebbe indurre ad una naturale conclusione negativa in ordine al quesito analizzato, giungendo, pertanto, ad escludere in radice l'ipotizzabilità di negozi aventi ad oggetto il trasferimento o la circolazione del possesso. Ciò, in quanto, essendo il possesso situazione di fatto e non di diritto, non potrebbe mai essere oggetto di atti dispositivi, pena la nullità del

178C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit, 717.

179C.M. BIANCA, *ibidem*.

negozio per impossibilità dell'oggetto. Una situazione di fatto non potrebbe mai essere trasferita ma solo intrapresa.

In realtà, va rammentato come molte impostazione¹⁸⁰ aspirino a risolvere la problematica in esame, astraendosi dalla soluzione in merito alla natura del possesso. In sostanza viene, rilevato come l'autonomia privata ben potrebbe modulare il proprio operare al fine di superare il limite derivante dalla natura della situazione possessoria, in particolare giovandosi delle norme preposte a regolamentare il possesso stesso.

Viene, in particolare, sottolineato che «il problema della circolazione del possesso va, invece, risolto, come si tenterà di dimostrare, sul piano sistematico, attraverso un'indagine che sia attenta, da un lato ai caratteri strutturali del possesso e ai profili funzionali dei congegni negoziali, e, dall'altro, agli scopi pratici che le parti intendono perseguire»¹⁸¹.

180G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit, 291 ss.. In particolare, tale teoria, per superare l'ostacolo derivante dalla natura del possesso, ne esalta la natura oggettiva quale mera relazione di fatto indice di una presunzione di proprietà. Conseguentemente anche la presenza di un titolo che neghi la qualifica nei suddetti termini della posizione di fatto non avrebbe valore verso l'estraneo ma varrebbe esclusivamente nei rapporti interni, di riflesso, attraverso un contratto di immissione nel possesso, il consegnatario sarà abilitato agire nei confronti dei terzi per sentir dichiarata l'usucapione. Inoltre, se il *tradens* ha avuto cura di obbligarsi a non rivendicare per sé l'usucapione, il contratto avrà, in concreto, realizzato la sua funzione di trasferire, anche se in senso lato, il possesso, con un contratto atipico e meritevole di tutela. Altra posizione, che sempre tende a svincolarsi dalla risoluzione preliminare circa la natura del possesso, giunge a ritenere, sulla base dello studio del fenomeno possessorio, che, se la mera apprensione unilaterale del bene non è sufficiente per l'acquisto del possesso, dovendosi consolidare con il decorso almeno del termine annuale, ciononostante l'accordo di immissione, in quanto volto a trasferire la titolarità attiva della regola di condotta, è idoneo a determinare il passaggio convenzionale del possesso. In questo senso viene evidenziato come se il possessore rinuncia ad esercitare la pretesa restitutoria si realizza sin da subito ciò che potrebbe avvenire comunque decorso almeno un anno dallo spoglio, F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, cit., 731 ss. Sembrano optare per una ricostruzione che non debba necessariamente giungere ad una preventiva risoluzione della problematica concernente la natura del possesso B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 23.

181B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 24. La proposta dell'autore in particolare è quella di ipotizzare, al pari di quanto già proposto in precedenti studi, la possibilità dei privati di dar vita ad un contratto di immissione nel possesso. Tale tesi, che ritiene possibile risolvere il tema della circolazione del possesso senza preventivamente risolvere il problema relativo alla sua natura, in realtà tende a tradire le premesse concettuali da cui prende le mosse. In quanto, per riuscire a spiegare perché si discorra di un fenomeno circolatorio di carattere derivativo ricorre, come si avrà modo di vedere in prosieguo, alla categoria dei negozi estintivo costitutivi/novativi; laddove l'estinzione e la costituzione riguardano proprio la situazione giuridica

A ciò, però, viene fondatamente obiettato che per aversi un fenomeno successorio in senso giuridico è necessario che vi sia la possibilità di concepire una situazione soggettiva svincolata o, comunque, per certi versi autonoma dalla situazione materiale, «per modo che la soggettività di essi non sia più rigidamente ed esclusivamente collegata alla cosa»¹⁸². Ciò perché «per aversi successione in un rapporto giuridico è necessario che il successore si possa individuare sulla scorta della semplice relazione individuale con il rapporto o che il rapporto tolleri un mutamento di soggetto senza alterazioni della propria identità. Quando, invece, il soggetto è determinato esclusivamente da un determinato rapporto di potere o di signoria su una cosa il soggetto muta unicamente col passaggio di questa signoria a un nuovo soggetto»¹⁸³.

Conseguentemente, chi aderisce a tale impostazione giunge al massimo ad ammettere che l'autonomia privata possa, in qualche modo, incidere in ordine al possesso, ma solo in una particolare ottica. Viene, infatti, rilevato che, se sicuramente è vero come un negozio non possa per nessun verso implicare un trasferimento del possesso, ciò non esclude che il possessore possa, in virtù dell'altrui immissione nel possesso, rinunciare, anche dietro corrispettivo, all'esperimento delle azioni a tutela del possesso, così, in sostanza, giungendo in via alternativa a permettere che altri subentri nella relazione materiale con la cosa¹⁸⁴.

soggettiva nascente dal possesso. Conseguentemente pare cogliere nel segno chi evidenzia come in realtà ciò «implica, però, che la questione della trasferibilità del possesso, venga risolta proprio e solo sulla scorta della sua qualificazione giuridica, non già considerandolo, cioè, come situazione di fatto giuridicamente rilevante, ma quale autonoma e peculiare situazione giuridica», M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 66.

182M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 65.

183M. GORGONI, *ibidem*, nota 163. L'a., in particolare, richiama il pensiero di L. BARASSI, *Il possesso*, cit., 319.

184È la conclusione a cui giunge in senso critico nell'analizzare le suesposte teoria, M. GORGONI, *ibidem*.

È chiaro che tale ricostruzione, seppure colga un lato importante della problematica in esame, non soddisfa pienamente. In quanto, in tale modo, si finisce col negare implicitamente che il possesso possa costituire possibile oggetto di negoziazioni private anche secondo le modalità che si avrà modo qui a breve a delineare.

3.6 Superamento della dicotomia factum – ius e proposta di un diverso approccio: il rilievo dell'attività

Le idee finora manifestate non trovano, però, favorevole accoglimento in alcuni indirizzi interpretativi proposti da una parte sempre più significativa della dottrina.

In particolare, si sta affermando, con sempre maggior vigore, una ricostruzione che tende a valorizzare, con riferimento al possesso, sia la componente fattuale sia quella sostanziale del fenomeno¹⁸⁵.

Si va, infatti, accreditando l'idea di fondo che il possesso non possa integralmente ascriversi né all'area del *factum* né a quella del *ius* e che, anzi, questa dicotomia, che costituisce un *topos* della nostra letteratura giuridica, si riveli un equivoco di carattere «logico e sistematico»¹⁸⁶, incapace di cogliere e porre in evidenza l'effettiva natura del fenomeno, nonché il suo reale significato¹⁸⁷.

In particolare, detta ricostruzione fonda i suoi assunti sulla considerazioni proposte già anni addietro da un'autorevole corrente di pensiero, la quale aveva avuto modo di

185 Non va dimenticato come l'elaborazione teorica maturata in tema di possesso è spesso giunta a configurare il possesso come un fatto da cui origina un rapporto (salvo poi divergere in ordine alla qualifica dello stesso). Si vedano al riguardo le considerazioni di F.C. SAVIGNY, *Trattato del possesso. Secondo i principi del diritto romano*, trad. it. di R. Andreoli, Napoli-Salerno, 1857, 13, sul cui pensiero si veda quanto rilevato nel precedente paragrafo 3.2.

186 C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 23 e, nel medesimo senso, B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 27

187 B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 25.

rilevare come una corretta impostazione del problema impone, nello studio del possesso, di prendere in considerazione, ed al contempo di tenere scissi, il fatto dall'effetto e, quindi, la fattispecie possessoria dalla situazione possessoria¹⁸⁸.

Infatti, bisogna considerare che il fenomeno possessorio si esplica in una attività¹⁸⁹, «in un comportamento univocamente orientato alla fruizione attuale e futura della cosa»¹⁹⁰, il che necessariamente deve condurre a qualificare la componente comportamentale dinamica¹⁹¹ in termini di atto giuridico in senso stretto e, come tale, idoneo a rilevare non tanto sul piano degli effetti quanto su quello della fattispecie.

Circostanza, questa, che si trarrebbe chiaramente anche dall'esegesi dell'art. 1140 c.c. che, nel fornire la definizione di possesso, richiede la necessità proprio di un'attività, di un comportamento, non essendo sufficiente la mera relazione materiale se non assistita da una componente dinamica.

É, insomma, l'attività¹⁹² a costituire il fulcro del possesso.

D'altro canto, ciò che permette di qualificare il comportamento possessorio è proprio il fine al quale esso tende, il quale «denuncia l'interesse del soggetto al concreto godimento e alla concreta utilizzazione della *res*...assunta a fonte di stabile utilità»¹⁹³.

Il possesso è, quindi, attività orientata al conseguimento di determinati interessi e

188Ci si riferisce alla analisi compiute con la consueta lucidità da A. FALZEA, voce *Comportamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 684, nota 68.

189In questo senso v. F. ALCARO, *Il possesso*, cit., 186; U. NATOLI, *Il possesso*, cit. 33, A. FEDELE, *Il possesso*, Torino, 1974, 74.

190A. FALZEA, voce *Comportamento*, cit., 689.

191F. ALCARO, *ibidem*. L'a., infatti, punta l'accento sulla componente comportamentale quale giustificazione e rilevanza del possesso.

192F. ALCARO, *Attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative (saggi)*, Napoli, 1999, 43. Per ulteriori approfondimenti sulla categoria dell'attività si veda, SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

193B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 25 ss

da ciò ne consegue che «l'attività nel suo compiersi ritaglia su se stessa l'ambito della sfera entro la quale deve operare la protezione giuridica»¹⁹⁴.

Particolarmente chiara è la dottrina che, discorrendo del possesso, lo definisce «un comportamento di attuazione, nel senso che il momento della sua costituzione coincide con quello della realizzazione dell'interesse da parte di chi esercita il possesso»¹⁹⁵.

Ma dal suo essere attività discendono effetti giuridici e, proprio in quanto attività, diventa fattispecie costitutiva di situazioni giuridiche soggettive: la c.d. situazione possessoria, dizione con la quale si suole identificare la sintesi degli effetti riconosciuti al possesso¹⁹⁶.

Essa, infatti, secondo tale tesi è connotata da tutti i tratti essenziali tipici della situazione giuridica soggettiva, quali l'attuazione di un interesse meritevole di tutela, lo svolgimento di un'attività di godimento (piano sostanziale), e la tutela giuridica, la quale garantisce il potere di azione (piano formale)¹⁹⁷.

D'altro canto, bisogna considerare come le moderne impostazioni teoriche propongano, con sempre maggior fermezza, una rivalutazione della categoria dell'attività¹⁹⁸. Tende, infatti, ad essere abbandonata l'idea che il termine attività possa

194D. MESSINETTI, *Impresa familiare, diritto d'impresa «possesso dei diritti»*. in *Diritto di famiglia, Raccolta di scritti di colleghi e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Milano, 1982, 534.

195C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 24. Autore che richiama e riassume il pensiero di B. TROISI, *Comunione legale e «acquisto del possesso»*, cit., 17

196B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 29 s. Rileva l'autore come «la configurazione della situazione giuridica possessoria risponde ad una specifica esigenza tecnico-normativa di attribuire rilevanza e – con esso tutela giuridica – all'interesse denunciato dal comportamento complessivo del soggetto».

197B. TROISI, *ibidem*.

198In via generale, discorre di situazioni giuridiche soggettive che si radicano in un'attività P. FEMIA, *Partecipazione associativa e rapporto giuridico*, in P. Perlingeri (a cura di), *Partecipazione associativa e partito politico*, Napoli 1993 25 ss e 72.

valere con finalità meramente descrittive¹⁹⁹, con la conseguente possibilità di ritenere che essa costituisca una vera e propria categoria giuridica utilizzabile per lo meno nei casi in cui il legislatore vi abbia fatto riferimento²⁰⁰.

Una categoria di sicura rilevanza che, però, non deve, in termini di disciplina, essere fatta coincidere con quella del diritto soggettivo²⁰¹.

È stato rilevato che tali conclusioni costituiscono il portato dell'evoluzione del pensiero giuridico che tende sempre più ad emanciparsi dalle qualificazioni proposte e forse imposte della pandettistica, così da porre le premesse per «verificare la possibilità di configurare un percorso qualificatorio che parta dall'agire umano e da esso risalga alla ricerca della sua capacità di produrre effetti giuridici, senza subire i condizionamenti dei titoli formali e della monolitica categoria del diritto soggettivo»²⁰².

Il comprendere ciò significa sancire il declino delle concezioni tradizionali in tema di possesso, definibili statiche, per accedere ad una rivisitazione del possesso in componente dinamica. Si tratterebbe, pertanto, di una situazione giuridica soggettiva non sorretta da un astratto e preconstituito indice formale, bensì modellata da un'attività conformatrice²⁰³.

199T. AULETTA, *Attività*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 981.

200N. RONDINONE, *L'«attività» nel codice civile*, Milano, 1991, 6 ss e 383ss; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 56. L'a., pur concordando con la suesposta ricostruzione, soprattutto per quanto concerne il possesso, anche se ne funzionalizza gli approdi per giustificare la tesi dell'aspettativa, evidenzia il pericolo di una eccessiva generalizzazione della categoria dell'attività e soprattutto delle conclusioni raggiunte in tema di possesso, in quanto altrimenti si rischierebbe di dilatare il campo eccessivamente tanto da elevare a situazione giuridica soggettiva tutta una serie di situazioni di fatto.

201E questo finisce per costituire il punto fondamentale che differenzia alcune delle ricostruzioni che configurano il possesso quale diritto soggettivo da quella in esame.

202M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 68

203B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 30, nota 60. Cfr, altresì, F. ALCARO, *Attività e titolo nell'occupazione acquisitiva*, cit., 58. In sostanza il comportamento complessivo del possessore finirebbe per rappresentare l'essenza e la forma giuridica di rilevanza della situazione possessoria, pertanto, «la forma stessa in cui viene data attuazione all'interesse tutelato, e appunto in

Conseguentemente, il possesso non sarebbe ascrivibile né integralmente all'area del fatto (*factum*) né integralmente all'area dell'effetto (*jus*), ponendosi come mediazione tra le due.

Secondo detta ricostruzione la ragione di contrapporre fatto a diritto nascerebbe dall'esigenza avvertita dalla dottrina tradizionale di contrapporre possesso a proprietà²⁰⁴, operazione infruttuosa ed errata.

L'adesione a tale teoria, chiaramente, implica una notevole conseguenza sul tema che interessa in tale sede. Difatti, anche i sostenitori di detta tesi non possono che condividere l'idea maturata dalla dottrina tradizionale, secondo cui bisogna negare la trasferibilità del possesso.

Viene rilevato che un'attività non può essere trasferita ma solo essere intrapresa, proprio in quanto l'attività che contraddistingue il possesso è caratterizzata da autonomia ed effettività. Conseguentemente, la situazione giuridica soggettiva derivante dal possesso non può essere trasferita, perché autonoma ed autoreferenziale e come tale intrinsecamente e funzionalmente legata al comportamento ed all'attività, con la conseguenza che ad essere trasferita può essere solo la *res* oggetto di possesso.

Ciononostante, gli autori che si sono occupati del tema hanno sottolineato come da tali assunti non si deve pervenire nell'errore opposto di ritenere esclusa ogni forma di ingerenza dell'autonomia privata nella circolazione del possesso.

Infatti, tutte le obiezioni sopra portate alle teorie che tendono ad ammettere la circolazione convenzionale del possesso senza risolvere preliminarmente il problema

quanto tale, suscettibile di costituire una situazione soggettiva concettualmente autonoma e a stante» D. MESSINETTI, *Impresa familiare, diritto d'impresa «possesso dei diritti»*, cit., 537
204In tal senso C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 24

della natura del possesso, potrebbero, aderendo alla esposta ricostruzione, essere superate. La presa di consapevolezza circa l'esistenza di una situazione giuridica possessoria, non ascrivibile però all'area del diritto soggettivo, sembra, difatti, aprire significativi spazi all'ammissione di una circolazione convenzionale del possesso.

Chiaramente bisogna ora coordinare tutti i dati pervenutici in modo da provare a tratteggiare le linee guida di un meccanismo negoziale, che sia effettivamente in grado di chiarire in che modo e nel rispetto di quali limitazioni possa dispiegarsi l'autonomia privata. Tentativo, questo, che sarà effettuato nel corso del successivo capitolo.

CAPITOLO IV: Autonomia privata e circolazione del possesso

4.1 – Autonomia privata e contratto di immissione nel possesso 4.2- La meritevolezza dell'interesse perseguito: utilità sociale e liceità – 4.2.1 ...(segue) La posizione del proprietario - 4.3 La struttura del negozio. Il ruolo dell'accordo e della consegna - 4.4 La circolazione del possesso: gli effetti scaturenti dal negozio – 4.4.1...(segue) l'operatività dell'art. 1146, 2° comma cod. civ. - 4.5 Problematiche afferenti l'oggetto del negozio: L'immissione nel possesso di immobili abusivi 4.5.1... (segue) L'immissione del possesso di beni demaniali e di uso civico – 4.6 Problematiche afferenti i profili soggettivi: L'immissione nel possesso effettuata dal proprietario – 4.7 La natura di straordinaria amministrazione dell'atto

4.1 Autonomia privata e contratto di immissione nel possesso.

Le riflessioni finora condotte hanno sicuramente palesato l'esistenza di concrete ragioni che spingono ad ammettere un potere di autonomia privata in merito alla circolazione del possesso. Ciononostante, si è potuto appurare come tutte le susposte teorie finiscano per esporsi a significative critiche²⁰⁵.

Il tentativo, infatti, di raggiungere risultati appaganti sulla base della qualifica del possesso quale diritto o aspettativa sicuramente condiziona la condivisibilità delle conclusioni raggiunte. In quanto evidentemente tutto finisce per ruotare intorno ad un giudizio di fondatezza della premessa.

Proficue riflessioni sembrano potersi svolgere, piuttosto, ponendo, alla base della ricerca, la proposta di chi tenta di ricostruire il fenomeno possessorio, abbandonando la rigida dicotomia tra *factum* e *ius*, che da sempre ha influenzato la ricerca maturata

²⁰⁵Si è, infatti, avuto modo di sottolineare come ritenere trasferibile il possesso, perché diritto o aspettativa, ha il medesimo valore di non ritenerlo trasferibile perché fatto.

sulla tematica del possesso, in modo da evidenziare, per tale via, come nel possesso convivano entrambe le componenti.

L'attitudine di tale ricostruzione a cogliere i vari aspetti che caratterizzano il fenomeno possessorio sembra, infatti, permettere di raggiungere risultati connotati da maggiore stabilità.

Come si è avuto modo di sottolineare nel corso del precedente capitolo, ponendo alla base dell'analisi tale impostazione, sicuramente si deve pervenire ad escludere in radice la trasferibilità convenzionale del possesso²⁰⁶.

Difatti, è convinzione della dottrina che si è occupata della tematica dell'attività che essa, per quanto idonea a costituire il fulcro di situazioni giuridiche soggettive, ciononostante non possa costituire oggetto di pattuizioni negoziali a carattere traslativo, in quanto un'attività può essere solo intrapresa. Conclusione, questa, che può essere trasposta anche per quanto concerne il possesso. Infatti, l'attività che ne costituisce il perno, come evidenziato, ritaglia su se stessa la propria conformazione, si modella in base al concreto *agere* del soggetto, con la conseguenza che anch'esso può solo essere intrapreso e non trasferito.

Può essere interessante rilevare che detto assunto è stato talvolta utilizzato, anche dalla giurisprudenza, per giustificare l'intrasferibilità convenzionale del mero possesso²⁰⁷: circostanza, questa, che impone di valutare se effettivamente tale sillogismo costituisca una causa ostativa ad ogni forma di ingerenza dell'autonomia privata in tema di circolazione del possesso.

Al riguardo, non si può non rimarcare come negli sviluppi precedenti del presente

206Conclude in questo senso B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 23

207In particolare, si veda, CASS., 12 novembre 1996, n. 9884, cit.

lavoro si è potuto appurare con adeguata certezza che il possesso abbia un proprio valore economico, tanto da indurre parte della dottrina a qualificarlo quale bene economico²⁰⁸. Su questa base si è, poi, anticipato come gli studi più attenti e recenti in materia di circolazione giuridica abbiano messo in luce, con sempre maggior vigore, che le esigenze dell'economia moderna impongano, in maniera sempre più pregnante, di garantire una allocazione delle risorse economiche svincolata dai rigidi meccanismi proprietari²⁰⁹: circostanza confermata, altresì, dai recenti interventi normativi, che, anche se hanno poco a che vedere con il tema in analisi, avallano l'idea secondo cui si è avuta una significativa modifica del concetto stesso di ricchezza, che, oggi, vede un sempre più significativo abbandono delle logiche dominicali, per approdare ad una concezione che premia lo sfruttamento dei beni²¹⁰.

Se, poi, a ciò si aggiunge la convinzione, affiorata già negli studi classici in tema di circolazione giuridica, di una propensione ed un *favor* espresso dal legislatore per la circolazione dei beni soprattutto se produttivi²¹¹, lo sprono a non soffermarsi sul

208 Si veda per tutti B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, cit., 309

209 F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., 1. Sul tema si vedano anche le considerazioni di S. PALMIERI, *Vendita del possesso, un istituto «apolide» in cerca di cittadinanza*, cit., 322

210 Ci si riferisce, in particolare, al meccanismo della destinazione patrimoniale, già conosciuto da anni nel nostro ordinamento con alcune fattispecie tipiche ed ora reso di più ampio respiro per il tramite del controverso art. 2645 *ter c.c.*, sulla cui reale essenza e portata la dottrina ancora si interroga. In particolare, si condivide il pensiero di chi rileva come dall'introduzione di tale norma debba trarsi una rilettura dell'impostazione tradizionale volta ad assegnare al contratto l'esclusivo ruolo di mero strumento di circolazione della ricchezza di per sé, quindi, incapace di incidere, in qualunque modo, differente sull'interesse del privato. La produzione della ricchezza, infatti, al giorno d'oggi, avviene sempre meno con l'appropriazione dei beni, ma con il loro godimento e, soprattutto, con il loro sfruttamento. In tale prospettiva il contratto diventa, quindi, lo strumento cardine del sistema in quanto, costituendo lo strumento principe della espressione dell'autonomia privata, risulta esse il mezzo idoneo ad incidere sul diritto imprimendogli quei connotati che consentano la soddisfazione di nuove esigenze legate a forme di sfruttamento del bene diverse da quelle tradizionali. Dice La Porta in piena attuazione di quanto già teorizzava Pugliatti) (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 308) anni addietro: «non si è più ricchi perché si è proprietari si è ricchi per mezzo della proprietà che deve poter essere sfruttata in tutte le possibili forme di nuovi interessi privati». V., U. LA PORTA *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art 2645 ter c.c.* in *Riv. Not.*, 2007, 1069 ss.

211 F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., 170; G. PALERMO, *Contratto di alienazione*, Milano, 1974, 130. Per ulteriori approfondimenti sulla nozione di circolazione giuridica cfr. R. SACCO, *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, II, 4 ss; G. TATARANO, *Circolazione dei*

suddetto sillogismo appare ancora più forte.

Le considerazioni proposte, inducono a riflettere se sia effettivamente impossibile coordinare l'autonomia privata e la circolazione del possesso.

Ciò che, però, va effettivamente compreso è che il vero ostacolo che si frappone tra tali profili e che deve essere, quindi superato, risulta la difficoltà concettuale di ammettere un meccanismo negoziale atto a far circolare un fenomeno non suscettibile di essere semplicemente trasferito.

In ausilio, sovengono le considerazioni svolte nel corso del precedente capitolo, ove si è avuto modo di evidenziare come anche la dottrina più rigorosa non esclude del tutto l'esistenza un potere dispositivo in ordine al possesso. I dati ivi proposti sembrano, cioè, far emergere l'idea che non esistano, invero, limiti ontologici al compimento di atti dispositivi aventi ad oggetto lo stesso, salvo comunque doversene chiarire le modalità di operatività.

A coadiuvare, poi, la presente ricerca, sovengono alcune considerazioni proposte dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale, nelle occasioni in cui è intervenuta sul tema della cessione del possesso, ha avuto modo di chiarire come, in realtà, non sia precluso ai privati assumere iniziative negoziali in ordine al possesso, e consistenti in una pattizia immissione di altri nella relazione materiale con il bene (*rectius* nel possesso), in quanto il limite in cui essi incorrono è solo quello di dar luogo ad un trasferimento della stessa posizione di possesso maturata in capo al dante causa stante la sua natura peculiare, che impone che il possesso possa solo essere intrapreso e non ceduto²¹².

diritti e accesso ai beni, in N. Lipari, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974, 413 ss.

212Ci si riferisce alle già citate CASS., 12 novembre 1996, n. 9884, cit. e CASS. 27 settembre 1996, n.

Alla luce di ciò, pare fondata la considerazione secondo cui, a ben vedere, pur non potendo ammettersi un trasferimento del possesso, nulla precluda che le parti si accordino per dar vita ad un meccanismo contrattuale, tramite il quale il possessore immetta negozialmente e materialmente la controparte nella relazione materiale con il bene, a fronte di una controprestazione o anche a titolo gratuito, dando così luogo ad un c.d. contratto di immissione nel possesso²¹³.

Tale affermazione non deve, però, rimanere una mera petizione di principio, ma deve coordinarsi con tutto quanto sin ora rilevato; bisogna, in sostanza, valutare se un tale meccanismo negoziale²¹⁴ sia idoneo a superare gli ostacoli innanzi posti.

La dottrina che ha approfondito gli studi sul tema ha appuntato l'attenzione sulla situazione giuridica possessoria (intesa come sintesi degli effetti scaturenti dal possesso). Si è, infatti, evidenziato come, accogliendo l'idea di fondo che dal fatto materiale del possesso scaturisca comunque una situazione giuridica soggettiva (intesa quale sintesi degli effetti del possesso), si possa giungere a ritenere che tramite il contratto in questione le parti determinino, in via negoziale, la cessazione della situazione giuridica soggettiva (possessoria) sussistente in capo all'originario possessore e la contestuale costituzione di una nuova in capo all'acquirente-immesso²¹⁵.

8528, cit.

213In particolare l'a. che si è occupato in maniera più adeguata di detta figura contrattuale ne ha sottolineato i grandi benefici applicativi, pervenendo, quindi, ad una analisi di alcuni profili concernenti detto modello dal punto di vista della causa dell'oggetto della forma nonché dei vizi v., B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 58.

214In merito alla categoria del negozio giuridico, che, nel corso degli anni, ha interessato in maniera significativa gli studi della dottrina, si vedano E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947; F. FERRANTE, *Negozio giuridico. Concetto*, Milano, 1949; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1959; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 2002, 125 ss.

215B. TROISI, *Circolazione del possesso ed autonomia privata*, cit., 47 s. Invero l'autore, pur esprimendosi nei suddetti termini, ritiene possibile una ricostruzione del fenomeno circolatorio del possesso senza dover necessariamente risolvere a monte il problema della natura giuridica del

Tale conclusione, in particolare, viene giustificata ricorrendo alla categoria dei negozi con effetto estintivo-costitutivo (addirittura novativo)²¹⁶, dei quali, la dottrina prevalente ne sottolinea la matrice derivativa²¹⁷. In quanto, venendosi, per il tramite di un atto di cooperazione negoziale, a costituire una nuova situazione giuridica soggettiva, che origina dalla posizione del dante causa ed in particolare dalla sua cessazione, si crea un legame tra le due, di modo che l'immesso potrà essere giudicato effettivamente un avente causa dall'originario possessore, con tutte le conseguenze che da esse derivano²¹⁸.

Giova fin d'ora rilevare, ma sul punto si avrà modo di soffermare l'attenzione in prosieguo, come detto schema negoziale tragga in sostanza origine dalla consegna del bene, quale modo normale per la circolazione del possesso²¹⁹. Consegna, di cui, viene sostenuta la natura negoziale, in quanto caratterizzata dalla volontà del *tradens* di consegnare il bene e dell'*accipiens* di riceverla²²⁰. Il particolare, la volontarietà

possesso stessa. Tale assunto, come in precedenza visto, in realtà risulta smentito dalla lettura delle parole dello stesso autore. Ciò detto, non pare, però, meritevole di accoglimento l'obiezione mossa da chi critica una tale ricostruzione, rilevando che, posta la risoluzione della problematica in esame sulla base della configurazione del possesso quale situazione giuridica soggettiva, è opportuna una sua rivalutazione nel senso che ne va compresa la reale essenza, pena l'eccessiva astrattezza delle soluzioni adottate. Ciò, in quanto, tale ragionamento importa necessariamente l'adozione di risultati instabili che paiono invece essere resi maggiormente congrui riconducendo il possesso nell'ambito della categoria dell'aspettativa, cfr. M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 61 ss.

216Viene, infatti, sottolineato come l'acquisto derivativo oltre che traslativo è anche costitutivo e addirittura novativo, B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 48. Giova ricordare che anche chi perviene ad una conclusione opposta (nel senso di ammettere una circolazione propriamente traslativa) sottolinea come ricorrendo allo schema degli acquisti a carattere derivativi costitutivi si riescono a superare le obiezioni portate alle teorie che astraggono la soluzione del problema dalla individuazione della natura del possesso. In particolare viene rilevato che.. Cfr. M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 66.

217Si vedano le considerazioni espresse con la consueta lucidità da F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 218 ss Cfr R. SACCO, *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 5 s.

218In particolare, si potrebbe ritenere che, anche per detto schema negoziale, operi il principio *nemo plus iuris ad alium trasferre potest quam ipse habet*, con la conseguenza che la pattuizione sarà improduttiva di effetti qualora ad esempio l'immittente si riveli detentore e non possessore.

219In tal senso, R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 236. Detto aspetto viene sviluppato da parte della dottrina al fine di affermare come nulla vieta di considerare la consegna come atto negoziale che determina appunto il fenomeno estintivo-costitutivo su cui di seguito ci si soffermerà.

220Estremamente chiare sono al riguardo le parole dell'autore «Punto di partenza per l'individuazione

dell'atto che determina la concreta immissione nel possesso comporta quale ulteriore conseguenza quella di evitare l'oggettività dello spoglio²²¹.

Da tali riflessioni emergerebbe, pertanto, la considerazione secondo cui detto modello negoziale non pare potersi perfezionare con il mero incontro delle volontà delle parti, anche perché solo tramite la consegna della *res* si determina l'effettiva sussistenza dei presupposti per quella attività, quel comportamento, che concretizza il sostrato necessario per dar luogo al possesso ed alla conseguente situazione possessoria, che si vuole contrattualmente costituire.

Dette riflessioni sembrano, pertanto, avallare la conclusione secondo cui lo strumento in questione sia effettivamente un congegno negoziale^{222 223}, che non abbia caratteri di una mera rinuncia dietro corrispettivo²²⁴, ma che, invece, dà luogo ad un

dello strumento negoziale idoneo a realizzare, in via immediata e diretta, lo scopo pratico dell'immissione del possesso è l'affermazione... secondo cui il possesso può acquistarsi ...anche a titolo derivativo per effetto della consegna....In quanto, poi ad essa corrisponde la ricezione da parte dell'*accipiens*, la consegna consta di un consenso bilaterale e di un'attività materiale: essa, infatti implica non soltanto il consenso del *tradens* e un atto di lui che immetta l'*accipiens* nel possesso della cosa, ma, altresì, l'accettazione della *traditio*...E questo perché la consegna da un lato non è puro e semplice abbandono, sì che per la sua configurabilità non è sufficiente l'allontanamento fisico della cosa, ma è necessario un atto di destinazione, cioè di disposizione a favore di un soggetto determinato...e in quest'atto di rilascio c'è sempre un elemento di carattere recettizio della cosa a disposizione dell'*accipiens*». B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 45.

221Conseguentemente, viene rilevato come il consenso del precedente possessore esclude l'oggettività dello spoglio, di riflesso nel caso in cui la consegna risulti viziata, essa andrà «dequalificata» risolvendosi in uno spoglio R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 238.

222Detto passaggio è, invero, notevolmente importante perché assume come suo punto di partenza proprio l'attitudine della fattispecie negoziale in questione ad incidere su situazioni giuridiche soggettive

223La riconduzione della fattispecie in questione nell'ambito dei negozi giuridici, pone chiaramente la necessità di applicare tutte le norme che governano il contratto in generale e, quindi, le norme che governano la capacità ed i vizi del consenso, quelle in tema di requisiti dell'oggetto e della causa, nonché le norme poste a presidio del sinallagma sia in ottica genetica (rescissione) che funzionale quale, ad esempio, le varie forme di scioglimento del contratto in caso di mancato adempimento del contratto.

224Infatti, la circostanza che il *tradens* non si priva della *res*, se non in virtù dell'altrui impossessamento (A. DALMARTELLO, *La consegna della cosa*, cit., 107 s.) sembra svilire la fondatezza della tesi che ricostruisce il negozio quale rinuncia ai *commoda possessionis*, in quanto detta tesi in realtà tende a celare dietro la rinuncia calata in un ben più complesso procedimento volitivo, il reale intento delle parti che è, invece, per quanto detto realizzabile in via esplicita (in tal senso, B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 45 s., nota 94). D'altro canto non è di poco momento la differenza tra la suddetta tesi e quella della rinuncia, in quanto, se non

vero e proprio “acquisto” a titolo derivativo, capace, tra l'altro, di coordinarsi con tutte le riflessioni maturate in tema di possesso.

Con esso, infatti, non si realizza un fenomeno traslativo, ma circolatorio del possesso.

Detta tesi, d'altro canto, sembra trarre sostegno da alcuni rilievi proposti dalla più recente dottrina in merito al tema degli elementi costitutivi del possesso.

Senza potersi soffermare specificamente sul tema – che necessiterebbe di ben più ampie riflessioni - , ci si deve limitare a ricordare come, tradizionalmente, si ritenga che il possesso sia costituito sia da una componente soggettiva che da una oggettiva: *animus e corpus*²²⁵.

Le ricerche proposte negli ultimi anni tendono, invece, a superare detto orientamento (solitamente definito concezione soggettiva del possesso), accreditando una nuova linea interpretativa, il cui fondamento si rinviene nella minore rilevanza attribuita all'elemento soggettivo (c.d. concezione oggettiva).

altro l'adesione a quest'ultima importa l'esenzione per chi è stato immesso gratuitamente nel portare il possesso in collazione.

225La letteratura in proposito è estremamente prolifica, in quanto, la tradizione è concorde nel ricostruire il possesso nei suddetti termini. Si vedano, per tutti, anche per ulteriori riferimenti, L. BIGLIAZZI GERI, U BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile, Diritti reali*, cit., 348; R.SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 73; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 721. Viene, infatti, tradizionalmente rilevato come per identificare il possesso non risulti sufficiente la presa d'atto del potere materiale sulla cosa essendo, altresì, necessario valutare l'*animus*, lo stato soggettivo, di chi svolge l'attività. Infatti, il potere di fatto, secondo una tale impostazione raggiunge un diverso grado di intensità a seconda della natura delle destinazioni della cosa stessa. In ordine all'*animus* essa è sicuramente presente nella definizione di possesso di cui al progetto della Commissione Reale (Art 522) in cui si fa riferimento alla volontà di avere per sé tale potere in modo corrispondente alla proprietà o ad altro diritto reale. Scriveva Savigny, fautore di tale teoria, che l'*animus possidendi*, consiste nell'intenzione di esercitare la proprietà. (F. C. SAVIGNY, *Das recht de Besitizes*, 1893, trad. it., a cura di Conticini, Firenze, 1839, 92). L'autore sosteneva, infatti, che l'*animus* fosse l'elemento costitutivo del possesso il suo «fattore sovrano», tale appunto da mutare la detenzione in possesso (per approfondimenti su tale teoria si v. G. SOLARE, *Sulla dottrina del possesso del Savigny*, in *Studi per Chironi*, I, Milano Torino Roma, 1915 555). La posizione è solitamente condivisa dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ancora sempre il possesso alla sussistenza di tali due elementi, si veda, per tutte CASS., 6 maggio 2005, n. 9396, in *Gist. Civ. Mass.*, 2005, 9.

Viene, infatti, in sostanza negato che l'*animus* vada ricompreso tra gli elementi costitutivi del possesso, in quanto dall'esegesi del dato codicistico emergerebbe una rilevanza pregnante del momento oggettivo dell'attività. Detta teoria non nega integralmente la rilevanza del momento soggettivo, ma tende a riscontrare lo stesso nella mera intenzione del possessore di mantenere un rapporto con la cosa, accompagnata dall'effettività di tale rapporto²²⁶.

L'adesione a tale proposta ricostruttiva implica, pertanto, che la lettura della condotta, in termini di detenzione o possesso, si fonderebbe sulla base del titolo²²⁷ da cui origina la relazione fattuale²²⁸ o, in mancanza, nella presunzione di possesso di cui all'art. 1141 cod. civ.²²⁹.

Tale riflessione sembra agevolare la condivisione della tesi innanzi proposta in

226La tesi muove i propri assunti dalla nozione che ci fornisce il codice del possesso. Infatti, sotto il vigore del codice vigente non viene dato alcun rilievo all'elemento soggettivo, essendo la struttura dell'art. 1140 c.c. imperniata sulla nozione di potere e di attività. D'altro canto viene rilevato come affermare che la differenza tra detenzione e possesso si fondi sull'elemento spirituale significa ancorare la soluzione di detta identificazione, di così importante rilevanza, su di una segreta intenzione interna. Certo non è che questa tesi nega del tutto rilevanza al momento soggettivo, solo che essere deve essere inteso nel senso della volontarietà del potere sulla cosa. Sarebbe in sostanza il titolo a consentire il concreto e corretto esplicarsi della condotta esterna e che consente pertanto di distinguere tra le due situazioni. Si vedano, per tutti, C. TENELLA-SILLANI, *Possesso e detenzione*, cit., p. 16; C. CIRCERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 16.

227Nota parte della dottrina che sarebbe più corretto di parlare non «del possesso ma dei possessi», C. CIRCERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 17.

228Nei suddetti termini si esprime C. CIRCERO, ibidem, che richiama R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 99. In particolare, viene rilevato come dare rilievo eccessivo all'elemento soggettivo determini delle significative difficoltà nella qualificazione in termini di possesso o detenzione della relazione fattuale, diventando enigmatica tale ricerca.

229D'altro canto a sostegno della teoria c.d. oggettiva viene efficacemente portato l'impianto concettuale che si pone alla base della teoria che inquadra il possesso quale fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche (su cui per approfondimenti si consenta il rinvio al precedente capitolo). Viene infatti rilevato, come «la valorizzazione della dimensione dinamica, caratterizzata dalla particolare rilevanza che in essa assume il dato oggettivo costituito dal comportamento, è in grado di venire a capo dell'annosa disputa circa la struttura del possesso....l'interesse alla cui presenza l'ordinamento subordina l'esistenza e la consistenza della fattispecie possessoria non è l'interesse soggettivo che debba essere manifestato dall'orientamento soggettivo, ma l'interesse oggettivo la cui presenza e consistenza va desunta dall'orientamento oggettivo, cioè, dall'orientamento univoco del comportamento complessivo. In altre parole, l'interesse del possessore si esprime compiutamente, non già attraverso la soggettività dell'*animus*, ma attraverso l'attività possessoria, nella sua oggettività», B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 26, nota 43, il quale richiama le considerazioni di A. FALZEA, voce *Comportamento*, cit., 686, ss.

merito alla circolazione convenzionale del possesso, in quanto, se non altro, permette di superare l'obiezione, d'anziché pure accennata, secondo cui l'indisponibilità della situazione possessoria andrebbe ricercata, tra l'altro, nell'impossibilità di predeterminare l'elemento dell'*animus* del c.d. acquirente: non si potrebbe in sostanza preventivamente sapere se questi eserciti o meno il potere di fatto sulla cosa con l'*animus rem sibi habendi*²³⁰.

Condividere, pertanto, la natura oggettiva del possesso permette di fare un ulteriore passo in avanti nella ricerca effettuata in questa sede e conferisce, probabilmente, ulteriore suffragio all'ammissibilità di un negozio di immissione del possesso²³¹.

Tutti i dati raccolti sembrano, inoltre, consentire il rilievo secondo cui il meccanismo negoziale in questione sicuramente realizza, in favore dell'immesso nel possesso, una attribuzione patrimoniale²³², in quanto «non c'è dubbio che consentire a un soggetto di subentrare, al proprio posto, nell'esercizio di un'attività produttiva, avente il carattere dell'esclusività significa attribuire a costui un vantaggio, un beneficio, un valore economicamente apprezzabile, significa, insomma, operare un'attribuzione patrimoniale che, come ogni atto di disposizione, necessita di una valida causa di giustificazione»²³³.

Così, il modello negoziale in analisi si pone come estrinsecazione di quel potere di autoregolamentazione privata che costituisce uno dei capisaldi del nostro sistema giuridico e che riceve riconoscimento dalla stessa legislazione costituzionale, che

230P. IAMICELI, *Commento a Cass.*, n. 8528/97, cit., pp. 166 e 169.

231Ritiene, invece, fallace ogni tentativo di suffragare la tesi proposta con una svalutazione della tesi soggettivistica M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 155.

232Ciò, in quanto, con il termine attribuzione patrimoniale, si vuole intendere ogni atto mediante il quale si procura ad altri un vantaggio patrimoniale, cfr., per tutti, R. NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 283 ss.

233B. TROISI, *Circolazione del possesso ed autonomia privata*, cit., nota 68, 35.

garantisce e promuove il principio di libertà economica e personale²³⁴.

La libera estrinsecazione dell'autonomia privata, però, incontra chiaramente dei limiti al suo concretizzarsi, i quali nel campo contrattuale attengono a vari profili tra assumono peculiare rilievo quelli c.d. strutturali: causa²³⁵, oggetto²³⁶ e forma²³⁷. Un negozio, seppur atipico, non deve contrastare con le norme dettate a presidio del corretto svolgimento della vita di relazione sociale, pena la nullità del contratto.

Orbene, un tale meccanismo potrà sicuramente, in base a quanto di seguito delineato avere una causa onerosa o gratuita²³⁸, ma ciò non è probabilmente

234Si vedano in merito le considerazioni espresse con la consueta lucidità da P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto privato*, cit., 205.

235Non si può in questa sede ripercorrere il dibattito concernente la causa del contratto con particolare riferimento al concetto di causa concreta e causa astratta e, quindi, alle impostazioni che inquadrano la causa come funzione economico individuale o a quelle che inquadrano la causa come funzione economico sociale. Al riguardo si consenta il rinvio, per una compiuta analisi degli indirizzi sul tema e per accenni anche alla teoria soggettiva, a F. BOCCHINI in F. Bocchini – E. Quadri, *Diritto privato*, cit., 734 ss.

236In merito al dibattito sorto sul concetto di oggetto del contratto si vedano gli autori di cui alla precedente nota 63.

237Con riferimento alla problematica concernente la forma del contratto potrebbe sorgere il quesito relativo alla necessità che la stipula del contratto di immissione nel possesso, avente ad oggetto beni immobili, debba rispettare il requisito della forma scritta. In tale ottica sembra orientarsi l'impostazione di chi argomenta la trasferibilità del possesso sulla base dell'art. 1159 c.c., che costituirebbe nell'ottica dell'a. «l'articolo fondamentale in materia». In particolare, l'autore, sulla base del suddetto articolo, ritiene che il fenomeno in questione postulerebbe sempre l'esistenza di un atto notarile, in quanto il solo, in base al disposto della norma suddetta, che può determinare il decorso di un nuovo termine *ad usucapionem* decennale. M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1420. La conclusione non sembra condivisibile in quanto, per valutare l'eventuale doverosità del rispetto di determinate formalità, bisogna comprendere se vengano per la tipologia contrattuale in questione deroghe al principio della libertà delle forme. Orbene se si considera che il contratto non determina il trasferimento o la costituzione di un diritto reale né tantomeno una delle situazioni soggettive per le quali il codice prescrive determinati requisiti formali, non può non concludersi per la vigenza del principio della libertà delle forme, in questo senso vedi B. TROISI, *Circolazione convenzionale del possesso ed autonomia privata*, cit., 48 e C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, cit., 160. Sul tema generale della forma si vedano, per tutti, M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, 988 ss e A. PALAZZO, voce *Forma del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, Torino, 1992, vol. VIII, 443.

238Tutti gli autori che si sono occupati della fattispecie in esame, e che sono pervenuti ad un giudizio positivo in merito allo stesso, concludono nel senso che il negozio può tanto avere una causa gratuita quanto una causa onerosa. In particolare, sovengono le considerazioni di parte della dottrina che ritiene come l'atto di immissione nel possesso potrebbe avere anche una causa «neutra», sfuggendo alla dicotomia onerosità gratuità. Per causa neutra l'a. intende quei negozi dotati che pur dotati di un proprio sostrato causale, ciononostante sfuggono alla suddetta dicotomia onerosità gratuità: come avverrebbe per l'atto di adempimento dell'obbligazione naturale, al negozio di destinazione al negozio di divisione, B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 58, nota 119. per approfondimenti sul tema dei c.d. negozi a causa neutra si vedano: L. MOSCO,

sufficiente. Discorrendosi, infatti, di uno schema negoziale atipico, dovrà sicuramente essere sottoposto al vaglio del controllo di meritevolezza dell'interesse di cui all'art. 1322, 2° comma c.c.²³⁹.

Chiaramente, un siffatto giudizio, tenendo conto dell'impostazione teorica prevalente maturata sulla tematica della meritevolezza dell'interesse, dovrà essere condotto non solo sulla base del vaglio di liceità dell'operazione²⁴⁰, ma anche

Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti, Milano, 1942, 24 ss; G. OPPER, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 290 ss.; E. TILLOCCA, *Onerosità e gratuità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 53 ss

239L'inquadramento del negozio in questione nell'ambito degli schemi negoziali atipici permette, inoltre, di superare quella obiezione, in vero di flebile valore, mossa dalla giurisprudenza e dalla dottrina all'adozione di modelli circolatori negoziali del possesso sulla base dell'impossibilità della compravendita a costituire veicolo per il trasferimento del possesso. D'altro canto, si è appunto chiarito che con il contratto di immissione nel possesso non si vuole determinare un semplice trasferimento del possesso ma una sua circolazione estintivo-costitutivo, il comunque esclude in radice la compatibilità con gli schemi negoziali della vendita e della permuta.

240Il tema è invero estremamente controverso. Com'è noto, l'art. 1322, comma 2, c.c. riconosce ai privati la facoltà di determinare il contenuto del contratto, permettendo agli stessi «di concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». La dottrina tradizionale, che ebbe largo successo durante la vigenza del regime fascista, indicava, quali indici di rilevamento della meritevolezza dell'interesse ex art. 1322, comma 2, c.c., la coscienza civile e politica e i principi che ispiravano e sorreggevano l'economia nazionale in quanto funzionali al primato della collettività sul singolo che lo stesso propagandava (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 190 ss.). Tale teoria, che proponeva quella che da taluni fu definita «funzionalizzazione dell'interesse privato», e fu messa in discussione con la caduta del regime fascista per il timore di un'eccessiva ingerenza e compressione degli spazi dell'autonomia privata. Ne venne infatti affermata l'incompatibilità con il nuovo panorama costituzionale (v., per tutti, G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 29, nota 1). Si affermò, quindi, l'idea che la meritevolezza dell'interesse andasse identificata con la non contrarietà dell'interesse stesso a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, così svuotando di significato tale norma (si vedano al riguardo, le considerazioni di G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea della meritevolezza*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 331). A partire dagli anni settanta, dottrina e giurisprudenza, in materia di contratto, hanno però riproposto, in chiave moderna, la teoria bettiana, proponendo un approccio teso a superare l'appiattimento sul concetto di liceità del controllo di meritevolezza dell'interesse richiamato nell'art. 1322, comma 2, c.c., in seno ad un procedimento interpretativo, definito di «costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato», mirante ad una rivalutazione ermeneutica del canone dell'utilità sociale alla luce del principio solidaristico applicabile anche in materia contrattuale. In particolare si sono maturate due proposte concettuali: una tesa a legare il controllo dell'art. 1322, 2° comma, c.c., ad esigenze di utilità sociale, identificando la meritevolezza della pattuizione nella funzionalizzazione ad interri super-individuali (c.fr., per tutti F. LUCARELLI, *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970, 268 ss), una seconda, più recente, ha identificato tale norma ed il controllo da esso imposto quale presidio attraverso cui garantire l'equità dello scambio contrattuale, (R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto ed impresa*, 1985, 309 ss) Sull'analisi del concetto di meritevolezza, anche nell'ottica del rapporto con i principi costituzionali, si veda, nella recente letteratura, M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1987, 423 ss; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 799; M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv.*

relativamente alla sua utilità sociale.²⁴¹

Giudizio che postula, pertanto, una analisi della fattispecie contrattuale teorizzata che sia tale da prendere in debita considerazione gli effettivi assetti di interessi realizzati, nonché quelli di cui sono portatori i terzi, che vengono interessati dal contratto in questione, quale, in particolare, il proprietario del bene: ciò perché la ammissibilità del c.d. contratto di immissione del possesso, in tanto può essere accolta, in quanto non costituisca un aggravio della posizione del reale titolare della *res*.

Solo qualora il suddetto controllo riveli esiti positivi, si potrà pervenire alla conclusione di aver raggiunto l'importante risultato di coordinare le argomentazioni seguite dalla giurisprudenza con le necessità della collettività e, conseguentemente, di rilevare come esse non si rivelino effettivamente ostative ad una circolazione convenzionale del possesso.

dir. priv., 2003, 1. In giurisprudenza, v., per tutte CASS., 1 aprile 2011, n. 7557 in *Guida al dir.*, 2011, 23, 72. In detta occasione la giurisprudenza di legittimità ha statuito che «i controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente ed alla liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti», in senso conforme da ultimo CASS. 19 giugno 2009, n. 14343 in *Rass. dir. civ.*, 2011, 992 ss con nota di CASO.

²⁴¹La necessità di una valutazione sociale dell'elemento causale costituisce uno degli argomenti maggiormente dibattuti in dottrina. L'impostazione che tende ad affermarsi con sempre maggior vigore è quella secondo cui «l'autonomia privata è fondamentale subordinata alla solidarietà sociale»; infatti, il valore e la forza della volontà privata tendono a cedere di fronte all'esigenza di una giustizia sociale, in quanto lo Stato non può riconoscere il diritto di ciascuno ad autoregolamentarsi se ciò si rileva uno strumento di abuso per i terzi (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 33). La causa, secondo avrebbe, pertanto una funzione di controllo del congegno negoziale. Ciò secondo autorevole dottrina «non della direzione che i privati imprimono alla circolazione delle risorse ma del carattere economico, ovvero sia dirittamente o indirettamente produttivo di ricchezza, dell'operazione concordata» (P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 339).

4.2 La meritevolezza dell'interesse perseguito: utilità sociale e liceità

Delineati i suddetti aspetti, che hanno chiarito come il fenomeno teorizzato sia suscettibile di costituire un meccanismo negoziale atipico idoneo ad esplicare effetti estintivo-costitutivi, se ne deve vagliare, come dianzi accennato, l'aspetto maggiormente problematico quello, cioè, della meritevolezza dell'interesse²⁴².

Accettando l'idea di fondo che il controllo di meritevolezza dell'accordo non si riduca ad una valutazione della liceità dell'interesse perseguito, essendo sempre necessario sottoporre l'intero programma negoziale ad un controllo di utilità sociale, bisogna ora valutare se il contratto in questione risponda positivamente a detto giudizio.

Il primo dato da cui partire è il valore economico riconosciuto al possesso.

L'emersione, infatti, di tale caratteristica determina che un accordo di trasferimento del possesso finisca per costituire sicuramente una forma di attribuzione patrimoniale, in quanto, determinando il passaggio di un'utilità da un soggetto ad un altro, procura alla parte immessa un sicuro vantaggio patrimoniale²⁴³.

La realizzazione, pertanto, di un avvicendamento tra due soggetti in dette prerogative, per il tramite della cooperazione negoziale, sicuramente costituisce indice per un giudizio di utilità sociale dell'interesse perseguito.

Né le conclusioni sono destinate a mutare qualora si trasli il giudizio su un piano di rapporti tra autonomia privata e valori costituzionali. Infatti, proprio il riconoscimento

²⁴²Su cui per approfondimenti si rinvia alle precedenti note 231 e 232

²⁴³Giova rammentare le considerazioni espresse in altro settore da parte della dottrina in merito al concetto della meritevolezza dell'interesse, in quanto, viene sottolineato come la patrimonialità dell'accordo sia indice della giuridicità dell'obbligo: la fissazione di un corrispettivo in denaro tradisce la volontà delle parti stesse di assoggettare il rapporto alla sfera del diritto, ROMANZINI-GIACOMIN, *Le convezioni tra coniugi in vista di annullamento del matrimonio come contratti innominati*, in *Foro pad.*, 1968, I 1002.

di un valore e di una funzione sociale del possesso²⁴⁴ determina che i meccanismi negoziali di avvicendamento nello stesso non possano che essere giudicati idonei a fornire concreta attuazione a detta funzione. Tramite essi, infatti, si garantisce, altresì, che vi sia un soggetto effettivamente interessato a compiere l'attività diretta a sfruttare produttivamente il bene.

Tale riflessione, quindi, non potrà che avvalorare l'idea dell'utilità sociale dello schema del negozio di immissione nel possesso.

La tenuta di tali considerazioni deve essere, inoltre, valutata alla luce dell'analisi della posizione del nuovo possessore (acquirente); in quanto la naturale instabilità che caratterizza la situazione di possesso, e che viene di conseguenza a trasmettersi all'immesso acquirente, potrebbe far dubitare in merito alla meritevolezza del negozio.

Tutto, pertanto, finisce col ruotare attorno all'incidenza che in ordine alla pattuizione in oggetto assume il rischio di una eventuale azione da parte del reale proprietario volta ad ottenere la restituzione del bene.

Infatti, secondo una parte della dottrina²⁴⁵, proprio l'instabilità della posizione che assume l'immesso nel possesso, pone notevoli dubbi circa la ammissibilità dell'accordo di circolazione.

Tale obiezione, invero, non sembra cogliere nel segno.

244P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., 205

245Viene, infatti, rilevato che «essendo il possesso una situazione legittima, ma reversibile su richiesta del proprietario (ovvero destinata a venir meno per effetto della rivendicazione) un'alienazione autonoma del possesso non garantirebbe una sufficiente tutela all'acquirente. Invero per quanto questi consegua la possibilità di esercitare sulla cosa un potere di fatto corrispondente ad un diritto e per quanto si tratti di un potere che dà origine a diritti per la sua tutela, resterebbe comunque esposto alle assai probabili altrui inferenze, giuridiche e non sulla cosa». V. , in tal senso L. PADULA, *La vendita del possesso*, cit., 838 e s.

La stabilità o meno della posizione dell'immesso non costituisce elemento da prendere in considerazione in ordine ad un giudizio di ammissibilità del modello negoziale, sotto il profilo dell'utilità sociale.

Non può, infatti, non considerarsi che, se le parti hanno pattuito la circolazione del semplice possesso, con il passaggio della disponibilità materiale della cosa, l'alienante ottempera all'attribuzione a suo carico. Infatti, a mezzo dell'esecuzione della prestazione (consegna), l'acquirente riceve la concreta utilità-attribuzione pattuita e l'alienante matura il diritto a ricevere la prestazione pattuita a suo vantaggio (sia esso prezzo o altra *res*)²⁴⁶.

Essendo ormai immesso nel possesso, l'acquirente è in condizione, di sfruttare il bene e di godere dello stesso, traendone le relative utilità, nonché, secondo quanto si avrà modo di vedere in seguito, di usucapire la cosa, sempre che il vero titolare non la rivendichi.

L'alienante, però, non avendo promesso l'acquisto della proprietà, conserva il diritto al corrispettivo, anche se non maturerà in concreto l'usucapione a favore dell'acquirente a causa dell'esperimento dell'azione di rivendicazione.

Questo regolamento è, pertanto, idoneo a realizzare, come detto, una attribuzione patrimoniale, nella quale si esplica la circolazione, in senso lato, dall'attuale possessore ad un altro soggetto, oltre che dei benefici dell'usucapione e del possesso, anche del rischio della mancata usucapione.

É chiaro che in sede di delineazione del programma negoziale, questa situazione svantaggiosa per l'acquirente, avrà una sua significativa incidenza in quanto sarà

246B. Troisi, *Circolazione convenzionale del possesso ed autonomia privata*, cit.,56

idonea, eventualmente, a determinare una modulazione della controprestazione quale, nel caso di compravendita, una congrua riduzione del prezzo, rispetto al valore effettivo della proprietà del bene.

A sostegno di un positivo giudizio di meritevolezza viene, inoltre, sottolineato, come proprio la “traslazione” dei vantaggi del possesso e dei rischi per la mancata stabilità e della maturazione dell'eventuale usucapione siano in grado di costituire la funzione dell'accordo atipico sulla cessione del possesso. Infatti, detti elementi conferiscono alla pattuizione una propria autonomia concettuale in quanto il medesimo assetto di interessi non pare essere perseguibile con altri strumenti negoziali tipizzati dal legislatore.

Tali considerazioni, pertanto, permettono di concludere che, almeno sotto il profilo della sussistenza di un interesse delle parti, il modello contrattuale in questione non possa essere tacciato di inutilità o di mancanza dell'elemento causale, ma che, anzi, esso è atto a raggiungere quelle concrete utilità, che costituisce il frutto di un libero accordo di cui le parti risultano pienamente consapevoli.

4.2.1...(segue):L'interesse del proprietario

Messo il primo tassello della possibilità di giudicare meritevole di tutela il negozio *inter vivos* di circolazione del possesso e costituito da un giudizio fondato sull'utilità dell'interesse perseguito, bisogna ora vedere se il contratto in questione superi anche un giudizio negativo di meritevolezza di tutela, quale non contrarietà dell'accordo a norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

In realtà, in passato, è stata sostenuta la immeritevolezza dell'interesse perseguito²⁴⁷, da taluni giustificata in base alla contrarietà del negozio al buon costume²⁴⁸.

In particolare, la contrarietà a siffatto criterio, chiaramente inteso in senso lato, ed in particolare nel senso di fattore regolatore dell'onesto svolgimento dei rapporti sociali, è stata riscontrata nella circostanza che detto contratto si rivelerebbe quale negozio in danno del proprietario, in quanto diretto a favorire l'acquisto per usucapione del nuovo possessore²⁴⁹.

Sembra, peraltro, plausibile rilevare come siffatta obiezione non pare cogliere nel segno per una pluralità di motivi.

In primo luogo, infatti, si è a più riprese rilevato come la volontà delle parti non si dispiega nell'ottica esclusiva dell'usucapione, in quanto il possesso è autoreferenziale ed autonomo.

L'usucapione sarà, infatti, non l'oggetto – anche se elemento di sicuro rilievo - del contratto, ma una conseguenza dell'esercizio qualificato e protratto nel tempo dell'attività possessoria da parte dell'*accipiens*.

Ciò posto, il rilievo secondo cui da tale negozio non deriva alcun possibile danno al proprietario pare confermato dal dato fattuale secondo cui già l'attività possessoria dell'originario possessore era in grado di far maturare in favore di questi l'acquisto *ad*

247Viene infatti rilevato che «l'interprete non può forzare o dilatare a suo piacimento il dato legislativo, dimenticando che, a mente dell'art 1322 le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto, ma sempre nei limiti imposti dalla legge , inoltre, che gli stessi contraenti sono abilitati a concludere contratti atipici o innominati, ma solo se diretti e concretamente idonei a realizzare interessi meritevoli di tutela, ovvero, peculiari, rilevanti e soprattutto non contrastanti con la legge», v., L. PADULA, *La vendita del possesso*, cit., 837 nota 23.

248C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 202 .

249C.M. BIANCA, *ibidem*.

usucapionem, con la conseguenza che eventuali mutamenti nella persona del possessore non incideranno su tale profilo, non facilitando, in alcun modo, il perfezionamento dell'usucapione²⁵⁰. D'altro canto, è la sua inerzia ed il suo disinteresse verso lo sfruttamento produttivo dei beni di cui è proprietario a determinare insieme all'attività del possessore l'acquisto *ad usucapionem*.

Sembra, inoltre, potersi ritenere che l'irrilevanza per il proprietario del soggetto che in concreto possiede il bene deriva anche da una considerazione di carattere pratico. Il proprietario non è generalmente consapevole di chi sia il possessore del bene, con l'ovvia conseguenza che gli avvicendamenti in ordine a detta attività non avranno per lui alcun interesse.

Da tali considerazioni appare palese la mancanza di pregio della suddetta obiezione, non essendo, infatti, agevole comprendere quale pregiudizio ulteriore potrebbe subire il proprietario dall'immissione nel possesso di un nuovo soggetto legittimato ad usucapire.

Parte della dottrina rileva pure come detta considerazione appaia ancor più convincente, qualora si rifletta sulla naturale modalità di circolazione del possesso nel fenomeno successorio.

Infatti, bisogna tenere in considerazione che, in caso di successione *mortis causa*, l'ordinamento, nel disciplinare la sorte del possesso, non tiene conto dell'interesse del

²⁵⁰Diversamente potrebbe, invece, concludersi qualora si condivida la proposta ricostruttiva, innanzi delineata (M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1420), secondo cui, invece, il trasferimento del possesso determinerebbe il decorso di un nuovo periodo ad *usucapionem* di durata decennale. In questo caso, infatti, potrebbe verificarsi che il proprietario, nei fatti, abbia a subir un effettivo danno, come nell'ipotesi in cui l'originario possessore abbia cominciato da poco ad esercitare il potere di fatto sul bene e lo trasferisca ad altri. In detta ipotesi, aderendo alla suesposta ricostruzione, l'immesso nel possesso non dovrebbe attendere il decorso del ventennio, potendosi giovare, nel caso di beni immobili, dell'usucapione abbreviata *ex art. 1159 c.c.*, con evidente danno per il proprietario del bene.

proprietario, in quanto, stabilendo che il possesso all'apertura della successione si trasmette agli eredi in via automatica – senza pertanto prendere in considerazione il proprietario della *res* -, chiaramente evidenzia l'irrilevanza per il proprietario chi sia il reale possessore.

Dal che si evince che l'interesse del proprietario verso chi sia il possessore sia un interesse di mero fatto.

Si è anche ipotizzata la contrarietà del suddetto meccanismo contrattuale all'ordine pubblico. Riflessione, questa, avallata dalla preoccupazione secondo cui, a seguito della stipula del suddetto accordo, potrebbe realizzarsi una moltiplicazione delle situazioni di fatto in nessun modo suscettibili di controllo, in quanto il trasferimento avverrebbe in modo svincolato sia dalle regole che disciplinano la circolazione dei diritti, sia dagli indici materiali che tradizionalmente definiscono il possesso²⁵¹.

In merito, occorre rilevare che tale obiezione si rivela infondata se solo si considera la struttura dell'atto di immissione del possesso.

Infatti, se si ragiona sulla base della premessa secondo cui ai fini del perfezionamento del programma negoziale non è sufficiente il mero consenso, ma è necessaria, altresì, la consegna della *res* -secondo lo schema dei contratti reali-, che finisce quindi per rappresentare appunto l'indice materiale dell'acquisto del possesso (l'indice, cioè, del fatto che la cosa è stata assunta dal soggetto a fonte di stabile utilità), non vi è dubbio che non si realizza una moltiplicazione delle situazioni possessorie. Dopo l'acquisto e la materiale immissione sarà il comportamento

²⁵¹In particolare ciò accadrebbe perché, qualora a fronte dell'accordo di “cessione” del possesso non venga attuata la reale immissione dell'acquirente nella relazione materiale con il bene, si potrebbe verificare che vi siano due posizioni di possesso: quella di chi esercita effettivamente il potere sulla cosa e quella di chi invece vi sarebbe legittimato in base al negozio di immissione.

complessivo del soggetto a segnalare l'esistenza-persistenza del possesso da parte del solo acquirente-immesso con esclusione di un possibile concorrente possesso dell'immittente²⁵².

Neanche può sostenersi una contrarietà del modello contrattuale in questione con nome imperative, in quanto non solo non sussistono indici normativi idonei a far desumere un espresso divieto all'immissione nel possesso, ma, anzi, la dottrina ne riscontra alcuni che sembrano far propendere per la sua ammissibilità²⁵³.

Le pregresse considerazioni valgono, infine, a confermare la meritevolezza di tutela del contratto d'immissione del possesso anche sotto al profilo dell'utilità sociale.

Una volta, quindi, superato sia il giudizio negativo di meritevolezza di tutela sia quello positivo di utilità sociale, la conclusione non può che essere quella di riconoscere piena cittadinanza nel nostro ordinamento al contratto atipico d'immissione nel possesso.

4.3. La struttura del negozio. Il ruolo dell'accordo e della consegna

Delineata nei suddetti termini la questione inerente la meritevolezza dell'interesse perseguito mediante un accordo di circolazione/immissione nel possesso, se ne deve ora indagare la struttura.

Ciò perché nel nostro ordinamento vige il principio generale del consenso traslativo

252B. TROISI, *Circolazione del possesso ed autonomia privata*, cit.,

253Ci si riferisce, in particolare, alla considerazione già evidenziata nel corso del presente lavoro secondo cui se il risultato di far circolare il possesso può essere raggiunti piegando schemi negoziali (apparentemente incompatibili con tale finalità), è per lo meno dubbio che il risultato di cui sopra non possa raggiungersi con uno schema negoziale *ad hoc* in cui sia manifesto lo scopo perseguito dalle parti.

codificato all'articolo 1376 c.c. Conseguentemente, in mancanza di diversa previsione legislativa, il contratto si perfeziona con il solo incontro di proposta ed accettazione, nel rispetto delle modalità previste in materia.

Partendo da tale dato, parte della dottrina ritiene sufficiente il mero incontro di consensi, non sussistendo deroghe al suesposto principio generale²⁵⁴. Condividono tale impostazione anche gli autori che, invece, giungono ad ammettere il trasferimento del possesso in quanto diritto soggettivo, diritto affievolito o anche aspettativa.

Il problema è di non poco momento e, in particolare, sorge dalla difficoltà concettuale di ammettere che il consenso dei privati possa giungere a realizzare un modello circolatorio del possesso, che si perfezioni con il mero incontro delle volontà dei contraenti.

Ciò in quanto, aderendo alla tesi che identifica il fulcro del possesso nell'attività, intesa quale componente dinamica della realtà giuridica, pare difficile ipotizzare un modello circolatorio che non abbia il sostrato fattuale della concreta messa a disposizione del bene da possedere.

D'altro canto già la Cassazione aveva avuto modo di rilevare come *«la mera enunciazione scritta di immissione nel possesso non è sufficiente, richiedendosi se non l'apprensione materiale della cosa da parte dell'accipiens, almeno che essa sia posta a sua disposizione in modo da consentirgli di agire liberamente»*²⁵⁵.

In questa ottica, quindi, relegare l'atto di consegna ad un mero atto di adempimento di un'obbligazione nascente da un rapporto contrattuale di natura consensuale non

254F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, cit., 731 ss.

255CASS., 1 dicembre 1992, n. 12832, cit.,

appare sufficiente. Non deve, infatti, essere tralasciata la considerazione in base alla quale il *corpus* è un elemento strutturale del possesso.

Se ciò corrisponde al vero, allora, non può che concordarsi con quella impostazione secondo cui, in un modello contrattuale in cui la volontà delle parti è l'immissione di altri nel possesso del bene, non è sufficiente l'incontro dei consensi per il perfezionamento del negozio, essendo, invece, necessario un *quid pluris* rappresentato proprio dalla consegna della *res*.

Viene efficacemente rilevato come «l'effettiva disponibilità della cosa rappresenta elemento della struttura inscindibilmente connesso con la funzione; un contratto, insomma si perfeziona soltanto quando ad un possesso se ne sostituisce un altro»²⁵⁶. Configurato nei suddetti termini, il contratto in questione viene ad assumere i connotati tipici del contratto reale.

Va, però, sottolineato che la figura del contratto reale, prevista dal codice per alcuni modelli negoziali (comodato, mutuo etc.), viene solitamente vista con notevole sfavore da una parte dottrina, in quanto giudicata configgente con il principio consensualistico tipico della circolazione giuridica.

In realtà la questione sembra mal posta e non assume pregio nella fattispecie interessata.

La circostanza che il principio consensualistico costituisca la regola generale per l'adozione dei modelli di circolazione del diritto, e più in generale della circolazione giuridica, non esclude, come è stato efficacemente rilevato, che vi siano interessi superiori, anche inerenti la struttura del contratto, o interessi particolari, come quelli

256B. TROISI, *Circolazione convenzionale del possesso ed autonomia privata*, cit., 72

in concreto perseguiti dalle parti, che ne impongano la deroga.

É, infatti, autorevolmente sostenuta la tesi secondo la quale nel potere di autoregolamentazione privata vada sicuramente ricompresa la facoltà di optare per un'alterazione dello schema consensualistico tipicamente previsto per una data struttura contrattuale, al punto da far sì che la consegna esca dal campo delle obbligazioni del contratto, per assurgere ad elemento attinente alla sua struttura²⁵⁷.

É, infatti, anche convinzione di chi scrive che opinare diversamente significherebbe comprimere in maniera eccessiva l'autonomia privata, che così finirebbe non col risultare tutelata dal principio consensualistico ma da esso imbrigliata. D'altro canto, non può non considerarsi come la consegna del bene costituisca - e possa costituire - una maggiore garanzia di realizzazione dell'interesse programmato dalle parti o riconosciuto dalla legge²⁵⁸.

257Cfr., in merito, anche per ulteriori approfondimenti bibliografici, C. MANCINI, *La realtà come scelta «atipica»*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 387 ss.

258Al riguardo non può non essere sottolineata la considerazione effettuata da chi, ragionando sul tema della vendita dei beni di consumo ed, in particolare, sulla disciplina concernente la stessa, oggi trasfusa nel codice del consumo - e che risulta modellata sulle disposizioni della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di cose mobili-, evidenzia come la consegna abbia assunto un ruolo sempre più pregnante nel programma negoziale, sì che può pare sostenibile che essa «ha assunto una rilevanza essenziale nell'attuazione del contratto, in quanto essa sola consente l'accesso al consumo», v., F. BOCCHINI, in F. Bocchini – E. Quadri, *Diritto privato*, cit., 906. Tale rilievo pare essere confortato da tutto l'impianto normativo concernente tale fattispecie negoziale come, ad esempio, avviene nella disciplina della garanzia per i vizi per la quale, l'a. evidenzia, che mentre la regola generale posta dall'art. 1490 c.c. impone un obbligo di garanzia circa la circostanza che la cosa venduta sia immune da vizi, la novella impone al venditore di garantire che la «cosa consegnata» (il corsivo è dell'autore) sia conforme al contratto (art. 129 cod. cons.) «sì da consentire l'utilizzazione del bene venduto e dunque l'accesso al consumo». In particolare l'a. evidenzia come «nella prospettiva della novella la vicenda traslativa continua a caratterizzare la funzione della vendita, ma la stessa ha perduto quel ruolo che la faceva ritenere dalla dottrina che interpretava il codice civile come “prestazione fondamentale”, a fronte della natura “accessoria” della prestazione di consegna. Il trasferimento della proprietà del bene venduto si affianca all'obbligo di procurare la materiale disponibilità del bene conforme al contratto. Ma poiché solo quest'ultimo profilo realizza effettivamente l'accesso al consumo del compratore, la legge orienta la sua osservazione su tale momento, sicché la violazione dell'impegno traslativo si somma fino a confondersi con l'inadempimento dell'obbligo di consegna, rilevando giuridicamente la inattuazione ovvero la inesatta attuazione del complessivo risultato programmato dovuto, verso cui tende l'interesse del consumatore», F. BOCCHINI, in F. Bocchini – E. Quadri, *Diritto privato*, cit., 924 s, v., altresì, nota, 56.

Posta tale riflessione, e tornando alla fattispecie in esame, ritenere che il contratto in esame abbia struttura reale non costituisce una compressione dell'autonomia privata ma si pone, per le considerazioni sopra esposte, come logica e necessaria conseguenza della natura del possesso e dell'assetto di interessi perseguito dai contraenti, in quanto la sola «che sia in grado di assicurare adeguatamente la realizzazione di un interesse – quale quello dell'immissione nel possesso- perseguito dalle parti»²⁵⁹.

D'altro canto la struttura reale del contratto in questione pare permettere anche di risolvere un eventuale conflitto tra più aventi causa da un medesimo possessore. Infatti, collegando il perfezionamento della fattispecie alla effettiva consegna della *res* si evita sin dall'origine una possibilità di dubbi al riguardo (in quanto il possesso postula l'esistenza di una relazione di fatto).

4.5 La circolazione del possesso: effetti connessi al negozio

Amnesso lo schema negoziale²⁶⁰ in esame se ne devono ora studiare e ricercare gli effetti che esso è in grado di produrre.

Si è detto, in precedenza, che dalla funzione estintivo costitutiva riconosciuta al contratto di immissione nel possesso scaturisce che, a seguito alla materiale consegna della *res*, si estingue l'attività possessoria del *tradens* ed inizia una nuova attività; viene, in sostanza, costituita una nuova situazione giuridica possessoria che legittima l'*accipiens* ad esercitare l'attività sul bene, a fruire delle relative prerogative ed a

259B. Troisi, *Circolazione convenzionale del possesso ed autonomia privata*, cit., 74

260È necessario rammentare che l'inquadramento della fattispecie in questione nell'ambito dei negozi giuridici determina significativi conseguenze in termini di disciplina applicabile. Infatti, chiaramente troverà applicazione la normativa generale dettata in tema di contratto in virtù del rinvio operato dall'art. 1323 c.c.

azionare gli strumenti di tutela del possesso²⁶¹. Insomma, matura una situazione che, in seguito alla materiale consegna, è connotata da esclusività, con la conseguenza che potrà essere tutelata nei confronti di tutti i consociati, compreso il vecchio possessore, ora terzo rispetto al bene²⁶², con esclusione del reale proprietario²⁶³. Tutela che chiaramente, in base a quanto anzidetto, risulta tale da abilitare il possessore leso a richiedere il risarcimento dei danni.

Maggiori dubbi potrebbero sorgere in ordine alla qualificazione in termini di buona o mala fede della posizione dell'immesso. Circostanza di non poco momento stante le significative differenze che intercorrono tra un possesso connotato dall'uno o dall'altro stato soggettivo²⁶⁴.

La riflessione sorge dal rilievo secondo cui, avendo ritenuto che effetto del programma contrattuale in esame sia la costituzione di una nuova situazione possessoria²⁶⁵ e che ciò non possa avvenire ad opera del reale proprietario, l'immesso sarà sicuramente a conoscenza dell'altruità della *res*, il che pare porre dei dubbi circa la circostanza che possa essere giudicato possessore di buona fede.

261B. TROISI, *Circolazione convenzionale del possesso ed autonomia privata*, cit., 77 s

262Con riferimento, infatti, alla posizione del vecchio possessore è chiaro che questi, avendo manifestato il proprio consenso alla circolazione del possesso, non potrà successivamente azionare le azioni di spoglio e di manutenzione. F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi aventi ad oggetto la circolazione del possesso*, cit., 732 ss. In particolare l'autore muove la propria ricostruzione proprio sulla disponibilità della regola di condotta, la quale, essendo scindibile dagli elementi costituenti il possesso, è suscettibile di esser riferita al soggetto identificato «dalla volontà programmatica delle parti». In senso contrario sembrano esprimersi R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 217 ss.

263Chiaramente solo nel caso in cui questi agisca con l'azione di rivendica, potendo negli altri casi trovare piena attuazione la tutela possessoria.

264Sia sufficiente ricordare il regime della restituzione dei frutti, a norma del quale il possessore di buona fede è tenuto alla restituzione solo di quelli maturati e che sarebbero dovuti maturare dalla proposizione da parte del proprietario della domanda giudiziale volta a riottenere il bene, mentre il possessore di mala fede è tenuto alla restituzione anche di quelli percepiti e che avrebbe dovuto percepire utilizzando la normale diligenza, in merito, si veda, per tutti, A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 268 ss.

265Non sorgono problemi, invece, per quegli approcci che risolvono il problema, configurando il negozio quale vera e propria cessione del possesso in quanto diritto, aspettativa o diritto affievolito.

Qualora si fosse affrontata la questione sotto la vigenza del precedente codice, la soluzione non sarebbe potuta che essere di segno negativo; va, infatti, rammentato che sotto il codice del 1865, a norma dell'art 701 c.c., era giudicato di buona fede «chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizi».

La circostanza che, nel caso di specie, non ricorre alcun titolo idoneo a trasferire il dominio sulla *res*, in quanto è esplicita intenzione dei contraenti realizzare la mera immissione del possesso, avrebbe, pertanto, necessariamente condotto a giudicare il possessore immesso in mala fede.

Il radicale mutamento della dizione normativa ora trasfusa nel disposto dell'art. 1147 c.c. apre significativi margini per giungere, invece, ad una diversa conclusione²⁶⁶.

Riproponendo la definizione avanzata da Windscheid²⁶⁷, l'art. 1147 c.c. definisce possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto.

Secondo la dottrina più accreditata²⁶⁸ la norma porrebbe, pertanto, in evidenza un concetto di buona fede non di carattere oggettivo ma, al contrario, soggettivo. Il che implica essere giudicato in buona fede non solo chi è nella convinzione di esercitare un proprio diritto ma anche chi, pur essendo conscio dell'altruità della *res*, ciononostante è nella convinzione che il possesso non lo leda. Viene rilevato come «la buona fede, in sostanza, non è necessariamente esclusa dalla conoscenza del possessore dell'appartenenza del bene ad altri, giacché il possessore può ritenere di

²⁶⁶Su cui, per approfondimenti, si rinvia, anche per ulteriori approfondimenti, a A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., 478 ss; L. BARASSI, *Dei diritti reali e possesso*, II, cit., 222; A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 192; L. MENGONI, *Gli acquisti a «non domino»*, cit., 315 ss.

²⁶⁷Richiama siffatta origine storica della formulazione dell'art. 1147 c.c., C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 126.

²⁶⁸F. DE MARTINO, *Del possesso*, cit., 32 e C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 764 ss

possedere ad esempio col consenso del proprietario»²⁶⁹.

Applicate tali considerazioni al meccanismo negoziale in questione, non si può pervenire, pertanto, a giudicare il possesso senz'altro "acquistato" in mala fede, ma anzi troverà applicazione la normale regola posta dall'art. 1147 c.c. secondo cui lo stato di buona fede si presume²⁷⁰, dovendo di conseguenza essere dimostrata la carenza di tale stato soggettivo. D'altro canto il disinteresse manifestato dal proprietario nei confronti della *res* può essere giudicato di per sé indice della circostanza che la circolazione del possesso non sia tale da recare un pregiudizio allo stesso²⁷¹.

4.3.1...(segue) l'operatività dell'art. 1146, 2° comma cod. civ.

Uno dei quesiti da risolvere - forse quello maggiormente rilevante - quando si affronta la tematica in esame - attiene alla possibilità di applicare alla fattispecie negoziale in questione il disposto dell'art. 1146, comma 2°, c.c., in modo tale da permettere al nuovo possessore di giovare del possesso maturato dal dante causa.

Il notevole impatto di tale aspetto in merito al tema analizzato si evince dalla considerazione secondo cui, seppur è vero che il possesso costituisce un valore autonomo del patrimonio del possessore, ciononostante su tale valore influisce anche la possibilità di giovare del suddetto meccanismo.

²⁶⁹C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, cit., 127 e in senso conforme, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, cit., 765.

²⁷⁰In ordine alla presunzione di buona fede ed ai rapporti con la colpa grave, si vedano le considerazioni di A. MONTEL, *In tema di presunzione di buona fede*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1432 e A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., 602. Con particolare riferimento ai riflessi penali in tema di incauto acquisto si veda, P. CENDON, *Incauto acquisto e possesso di buona fede*, in *Foro pad.*, 1965, I, c. 982.

²⁷¹Riflessione questa che pare poter essere avallata anche dalla riflessione condotta in precedenza, secondo cui, invero, tale contratto non si rivela il danno del proprietario.

Ciò in quanto, qualora si ammetta la possibilità per l'immesso di unire il proprio possesso a quello del dante causa, si determinano significative utilità in suo favore, tra cui, basti pensare, agli effetti in merito alla maturazione del tempo per usucapire e per avvalersi dei rimedi interdittali²⁷².

La possibilità per il nuovo possessore di giovare del suddetto meccanismo è sicuramente ammessa da chi, configurando il possesso come diritto -o anche come diritto affievolito - ne giunge senz'altro ad ammettere la trasferibilità convenzionale.

Accogliendo tale impostazione, infatti, si perviene a ritenere che l'acquirente subentra nella medesima situazione giuridica del dante causa, con conseguente possibilità di sfruttarne ogni suo connotato (tra cui, appunto, rientrerebbe il maturato *tempus ad usucapionem*).

Analogamente, poi, conclude chi, sempre nel tentativo di superare la configurazione del possesso come fattispecie, inquadra lo stesso nell'ambito della figura dell'aspettativa²⁷³.

Orbene, la situazione tende notevolmente a complicarsi allorché, invece, si condivide l'impostazione di chi struttura il possesso quale attività insuscettibile come tale di trasferimento.

In detta ipotesi, infatti, l'effetto del negozio di immissione del possesso non potrà che determinare l'insorgenza di una nuova situazione di possesso che, d'altro canto, in quanto fattispecie, si configurerà concretamente e si conformerà sulla base della effettiva attività posta in essere dall'immesso.

²⁷²Circostanza questa che implicitamente influisce sull'entità della controprestazione che eventualmente l'immesso è intenzionato a corrispondere.

²⁷³M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 171 ss.

Ciò detto, va rilevato come, fin dall'inizio del presente lavoro, si sia avuto modo di sottolineare come la dottrina e la giurisprudenza prevalenti tendano a negare la possibilità di applicare a tale fenomeno la suddetta disposizione. È stato, infatti, a più riprese sottolineato come, per aversi accessione nel possesso, risulti necessario un titolo di acquisto astrattamente idoneo al trasferimento del diritto (titolo “ieratico”); è necessario, insomma, che «il trapasso dall'uno all'altro dei successivi possessori» abbia la sua giustificazione «in un titolo traslativo del bene che forma oggetto del possesso»²⁷⁴. Conseguentemente, l'*accessio possessionis* postulerebbe necessariamente un trasferimento del diritto cui acceda la vicenda possessoria²⁷⁵.

Una parte della dottrina, condividendo il suesposto orientamento, ha ritenuto che, seppur il possesso sia atto alla circolazione, ciononostante l'acquirente non potrebbe giovare del suddetto meccanismo, in quanto i fenomeni della successione e dell'accessione del possesso sarebbero da considerare quali fattispecie eccezionali destinati ad operare nei soli casi contemplati dalla legge, tra cui non rientra il fenomeno in esame²⁷⁶.

Peraltro, l'a. ritiene che comunque la c.d. alienazione del possesso incida in maniera significativa sul *tempus ad usucapionem*, in quanto, fondando la propria ricostruzione possibilista sul dato di cui all'art. 1159 c.c (chiaramente per quanto concerne i beni immobili), in applicazione di detta norma, conclude che, in seguito alla stipula dall'atto, l'immesso potrebbe giovare dell'usucapione abbreviata, acquistando così la proprietà del bene con il solo decorso di un nuovo periodo di possesso di durata

274CASS. 12 novembre, 1996, n. 9884, cit. In dottrina, per tutti, F. GENTILE, *Il possesso*, 2 ed., cit., . Detto orientamento tende a trovare conferme anche in più recenti arresti giurisprudenziali, ove si tende a subordinare l'applicazione della suddetta norma alla ricorrenza di un titolo traslativo della proprietà CASS., 22 aprile 2005, n. 8502, cit.

275G. GRASSO, *La vendita del possesso una vendita impossibile?*, cit., 328.

276M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1491.

decennale (e non ventennale)²⁷⁷.

Detta ricostruzione, sicuramente pregevole, supera forse troppo speditamente il dato letterale della norma, soprattutto nella parte in cui viene esplicitamente menzionata, tra i requisiti per l'usucapione decennale, l'effettiva esistenza di un titolo astrattamente idoneo al trapasso del diritto che, tra l'altro, deve essere adeguatamente trascritto²⁷⁸. Conseguentemente, non può che ritenersi meritevole di favorevole accoglimento l'obiezione mossa da chi evidenzia che, mancando nel caso di specie ogni intento delle parti diretto al trasferimento del diritto, non può assolutamente trovare applicazione l'art. 1159 c.c.²⁷⁹.

Tornando, pertanto, all'impostazione adottata dalla dottrina tradizionale, va rilevato come quella parte della dottrina, che ha approfondito gli studi in merito alla configurabilità di un contratto di immissione del possesso, ha provato a proporre una rilettura della norma²⁸⁰.

In particolare, vengono fornite una serie di argomentazioni di carattere sia logico che di giuridico, dalle quali emergerebbe chiaramente l'opportunità di legare, anche al modello contrattuale in questione, l'operatività del meccanismo di cui all'art. 1146 2° comma, c.c.

Viene sottolineata in primo luogo la debolezza della ricostruzione giurisprudenziale sopra riportata²⁸¹. In quanto, qualora si ritenga che il termine «autore» debba

277In particolare, per quanto concerne i beni mobili l'autore lega alla stipula dell'atto l'acquisizione diretta della proprietà in applicazione del disposto dell'art. 1153 c.c. M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, cit., 1492. Va rammentato che però anche tale norma postula la esistenza di un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà.

278Sul tema si vedano le considerazioni di L. MENGONI, *Gli acquisti a «non domino»*, cit., 1 ss

279B. TROISI, *Circolazione convenzionale del possesso*, cit., 79, nota 167.

280B. TROISI, *ibidem*.

281Definita dall'autore «un'arbitraria e irrazionale interpretazione restrittiva della norma sull'accessione del possesso» B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 80. In particolare l'a. rinvia, altresì, alle considerazioni proposte da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*,

intendersi quale precedente titolare del diritto, implicitamente si nega la possibilità che la norma abbia una qualunque utilità, dato che ne sarebbe esclusa l'operatività in tutti i casi di acquisti a *non domino* (campo elettivo di applicazione della norma)²⁸².

Nella ipotesi, condivisa dagli approcci più ricorrenti, in cui, invece, si aderisca ad una impostazione per la quale cui l'operatività della norma resta relegata al caso in cui sussista un titolo "ieratico"²⁸³, seppure radicalmente viziato²⁸⁴, pare verificarsi comunque una situazione anomala.

Ciò in quanto basterebbe che le parti stipulassero una vendita solo fittizia del diritto per raggiungere lo scopo di fruire del meccanismo della accessione del possesso, non essendo nemmeno normativamente richiesto che il possesso dell'acquirente sia di buona fede²⁸⁵.

Conseguentemente, appare per lo meno incoerente fornire alla norma una interpretazione tale relegarne il raggio di azione ai soli casi in cui, in sostanza, vi sia un vizio nell'atto e non in quelli in cui, per quanto detto, invece, il possesso circoli fisiologicamente²⁸⁶.

cit., 269 s, nonché alle perplessità su tale proposta interpretativa di carattere restrittivo già evidenziate da A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., 454.

282In particolare, viene rilevato come l'interpretazione fornita non pare coordinarsi con la *ratio* connessa all'accessione che andrebbe riscontrata nella possibilità per il nuovo possessore di essere agevolato nel completamento del termine per l'usucapione e dei requisiti temporali per l'azione possessoria con la conseguenza che l'interpretazione restrittiva avrebbe «tutta l'aria di risolversi in un'improvvisata interpretazione della stessa», B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 81.

283Va ravvisato che in alcune occasioni la giurisprudenza ha addirittura negato l'accessione del possesso qualora il possesso riguardi beni immobili e l'atto traslativo sia carente della forma dell'atto scritto, CASS., 23 gennaio, 1982, n. 456 in *Giust. civ., Mass.* 1982, 1 e riportata e ampiamente criticata da F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990, 418.

284In tal senso si veda, per tutte, CASS., 11 dicembre 1981, n. 6552, in *Rep. Foro it.*, 1981 voce *Possesso*, n. 16

285B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 82.

286Considerazioni queste che paiono essere, inoltre, avallate dalla considerazione secondo cui il medesimo scopo potrebbe essere raggiunto con schemi fisiologici come la vendita di beni altrui corroborata da una immissione concreta nel possesso o comunque una vendita a rischio e pericolo. Orbene, in dette ipotesi, non può revocarsi in dubbio la possibilità di far operare il requisito dell'accessione del possesso, con la conseguenza che ammettere l'operatività dell'istituto tramite

Pertanto, conclude tale dottrina, che per «autore ...deve intendersi colui che è dante causa in ordine al possesso, vale a dire colui che ha immesso il possessore attuale nella disponibilità materiale del bene: ciò che crea il subingresso, infatti, è la consegna, in quanto sia caratterizzata dall'intento comune di trasferire e ricevere il possesso. Colui che è stato immesso nella disponibilità possessoria, se continuerà a possedere, potrà avvalersi del beneficio dell'accessione: dipenderà soltanto da lui, dalla sua qualità di effettivo possessore e dalla sua volontà di avvalersene»²⁸⁷.

4.4 I profili attinenti all'oggetto: L' immissione nel possesso di beni abusivi

Quesito di grande interesse che involge la liceità di un contratto di circolazione del possesso può porsi nei casi in cui lo strumento negoziale in questione paia essere utilizzato per aggirare alcuni divieti normativi.

In particolare, qualora il possesso concerna beni immobili, il pensiero va all'ipotesi in cui oggetto della signoria di fatto siano beni realizzati in difformità rispetto alle normative vigenti in materia urbanistica e, pertanto, abusivi.

Al riguardo, va rammentato che la materia del trasferimento di immobili, sotto il profilo della regolarità urbanistica, è stata oggetto di molteplici interventi legislativi di contenuto non sempre omogeneo e che hanno fornito un quadro di riferimento di non agevole decifrabilità.

In via sommaria - e senza pertanto alcuna pretesa di completezza - può rilevarsi come la normativa vigente in materia sancisca la nullità dei soli atti aventi per effetto

escamotage consentiti e non ammetterlo in una fattispecie contrattuale pienamente lecita, per quanto sin ora rilevato, sembra alquanto paradossale.
287B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 83.

il trasferimento, la costituzione o l'estinzione di diritti reali sugli immobili, nei quali non sia stata fatta menzione alcuna dei dati relativi al provvedimento abilitativo alla costruzione o della concessione in sanatoria (o, se l'immobile è stato edificato ante '67, di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio in tal senso)²⁸⁸.

Detto rilievo deve indurre ad interrogarsi circa l'ammissibilità di un accordo privato di immissione nel possesso, così come fino ad ora ricostruito (ma le riflessioni non sembrano mutare qualora si voglia ritenere ammissibile un accordo di trasferimento del possesso sulla base delle diverse argomentazioni esposte in precedenza), in cui la *res* posseduta sia un bene abusivamente edificato.

Il quesito è di non facile soluzione, stante la possibilità che, a seguito di un possesso *ad usucapionem*, si possa acquistare la proprietà di detti beni a titolo originario, come sottolineato da quella parte della dottrina che, discorrendo della normativa urbanistica, rileva che «restano ovviamente esterni all'ambito di applicazione della norma gli acquisti a titolo originario, che non presuppongono un trasferimento e quindi una successione»²⁸⁹.

Sorge, pertanto, il problema di valutare l'ammissibilità di un modello contrattuale siffatto, stante l'ovvio pericolo secondo cui potrebbe determinarsi una modalità alternativa di circolazione di detti beni, in dispregio della su menzionata normativa.

Un primo dato da chiarire al riguardo è che, per quanto verrà in seguito sottolineato, un tale accordo non potrebbe mai provenire dal reale proprietario del

288Le norme di riferimento sono la legge 28 febbraio 1985, n. 47 ed il D.P.R. 6 giugno 2001, n.380. In particolare l'art. 46 di tale ultimo intervento normativo stabilisce che, «gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi ad oggetto il trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reale, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria».

289F. GAZZONI, *Manuale di diritto, privato*, VIII ed., Napoli, 2003, 1092.

bene, non potendo questi giovarsi di siffatto schema contrattuale.

Ciò posto, non va, però, sottovalutato il problema, potendo, infatti, l'accordo intercorrere con chi si trovi nel mero possesso del bene abusivo.

Si potrebbe ritenere che se un bene abusivo può legittimamente essere posseduto ed usucapito, non vi sono ragioni per escludere una previsione contrattuale di immissione convenzionale nel possesso. Tale riflessione, però, deve essere assistita da una più attenta riflessione.

Va sin subito rilevato che la dottrina che si è occupata del tema non ha, nella maggior parte delle occasioni, dedicato alla materia adeguata indagine.

Solo in un approfondito contributo si è avuto modo di rilevare come un contratto avente ad oggetto un siffatto bene si rilevarebbe quale contratto in frode alla legge e, pertanto, nullo ai sensi del combinato disposto degli artt. 1344 e 1418 c.c.: ciò in quanto, in concreto, si raggiunge un risultato «il quale in presenza degli elementi tipizzati dal legislatore conduce alla nullità dell'accordo».

In particolare, si sottolinea che l'«inefficacia di questa figura di accordo sulla cessione del possesso, nella quale si esplica una deviazione rispetto alla funzione che è altrimenti in grado di giustificare la volontà concorde di trasferire il possesso, pertanto, si ricava dal criterio di valutazione della frode alla legge»²⁹⁰.

Detto orientamento, pertanto, tende a valorizzare il profilo effettuale dell'atto, evidenziando come, in sostanza, tale negozio sia funzionale «all'avvicendamento nel

290F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, cit., 750. Il particolare l'a., sulla base della suesposta argomentazione, invero, propende per la nullità degli accordi di cessione del possesso posti in essere dall'effettivo proprietario sia di quelli posti in essere dal mero possessore concernenti tali beni.

possesso al fine di far acquistare per usucapione la proprietà di beni incommerciabili»²⁹¹.

Tale conclusione, che ad una prima istanza parrebbe ritenersi pienamente fondata, potrebbe, ad una più attenta lettura, subire qualche critica.

Se è vero, infatti, che il possesso è un valore autonomo del patrimonio del soggetto, con la conseguenza che l'usucapione tende a costituire una vicenda meramente eventuale e scaturente dal possesso stesso, allora sorgono dubbi in merito alla divisibilità e al carattere decisivo dell'orientamento sopraesposto.

Ciò impone, pertanto, di testare in modo differente la tenuta di un contratto avente ad oggetto un siffatto bene e di valutare, per il tramite di un raffronto con la disciplina degli atti traslativi di immobili abusivi, se vi siano margini per giungere ad un giudizio di liceità dello stesso o se, invece, si debba concludere per la sua invalidità.

La soluzione del quesito deve, a parere di chi scrive, prendere le mosse, necessariamente, dall'esatta individuazione della portata e dell'ambito di applicazione della citata normativa urbanistica. Ciò in quanto le soluzioni da adottare in tale sede paiono divergere sensibilmente a seconda che si condivida un approccio teso a valorizzarne il rilievo sostanziale o, invece, una lettura che la releghi nell'ambito della normativa di portata formale.

Il che, in estrema sintesi, impone di valutare se un bene abusivo sia, in virtù della suddette normative, incommerciabile o se, invece, le stesse impongano solo dei meri obblighi di menzione negli atti traslativi.

²⁹¹F. MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi aventi ad oggetto la circolazione del possesso*, cit., 751.

Senza poter ripercorrere l'ampio dibattito maturato sul tema²⁹², va ricordato come, secondo la tesi che tende allo stato a prevalere, la normativa speciale abbia un valore preminentemente formale²⁹³, con la conseguenza che, al di fuori dei casi in cui si violi la previsione normativa (così intesa), un qualunque negozio, anche di trasferimento, avente ad oggetto un immobile abusivo debba ritenersi valido e lecito²⁹⁴, sempre fatto salvo, nel caso in cui il cedente taccia la situazione di irregolarità urbanistica, il diritto della controparte ad agire *ex art. 1489 c.c.*²⁹⁵, per ottenere la risoluzione del contratto

292In ordine all'ampio dibattito maturato sul tema va ricordato come un primo orientamento ha ritenuto che essendo intento del legislatore dell'85 quello di vietare la circolazione di immobili abusivi, in realtà dietro le previsioni formali vi sarebbe una nullità sostanziale da comminare agli atti traslativi di tali beni a prescindere dalla forma (v. O. BOTTARO, *La leggi di sanatoria dell'abusivismo. Ruolo del notaio*, in *Riv. not.* 1985, 841 ss.) Autorevole dottrina, invece, ha proposto un diverso approccio. Viene, infatti, rilevato come la nullità del contratto non sorgerebbe per il carattere sostanziale della previsione normativa, ma dalla circostanza che l'atto di compravendita avrebbe un oggetto giuridicamente impossibile con conseguente sua nullità (C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, 96).

293Particolarmente incisiva, al riguardo, è la riflessione di chi evidenzia come, se alla base della normativa sicuramente si pone un'esigenza a carattere sostanziale, quale quella di impedire la speculazione edilizia senza regole nonché garantire l'osservanza delle esigenze urbanistiche tradotte in norme giuridiche, ciononostante lo strumento utilizzato attiene non al profilo sostanziale ma a quello formale «esiste una netta scissione tra il recondito motivo per il quale è stata prevista la nullità (garantire la regolarità urbanistica del bene) e il meccanismo ideato per provvedervi» G. CASU, *L'urbanistica nell'attività notarile*, Roma, 2008, 34 s. Interessante al riguardo, nonché di utilità per la ricostruzione che pare potersi condividere, è la soluzione che l'autore fornisce nell'ipotesi in cui vi sia una dichiarazione mendace. In tal caso egli, in adesione al suesposto orientamento, conclude per la nullità del negozio non per impossibilità giuridica dell'oggetto o per violazione di norma imperativa, ma in quanto giudica la dichiarazione mendace come non esistente con conseguente nullità per violazione della normativa formale. Riflessione che questa necessariamente poggia sull'implicito rilievo secondo cui l'immobile pur se abusivo è commerciabile.

294Contro, infatti, la tesi che giudica nulli detti negozi per impossibilità dell'oggetto, viene efficacemente rilevato come tale conclusione dovrebbe giungere a far giudicare nullo ogni atto negoziale avente ad oggetto un siffatto bene, circostanza questa smentita in alcuni casi come nell'ambito della successione *mortis causa*, anche a titolo particolare, e della divisione

295In una recente presa di posizione, infatti, la Cassazione ha rilevato come l'irregolarità urbanistica del bene non assume importanza sotto il profilo dei vizi della cosa disciplinati dall'art. 1490, in quanto non si tratta di una anomalia intrinseca alla costruzioni, dovendo, invece, essere fatta rientrare sotto il disposto dell'art. 1489 c.c. Difatti, secondo la Cassazione, l'irregolarità determina l'inquadramento della fattispecie nell'ambito della suddetta norma che disciplina il caso nel quale la cosa compravenduta sia gravata da oneri o da diritti reali o personali in favore di terzi, i quali ne diminuiscano non solo il libero godimento ma anche il valore e la commerciabilità (si veda in tal senso già CASS., 15 novembre 1978, n. 5272, in *Rep. Foro, it.*, 1978, voce *Vendita*, n. 66; CASS. 6 dicembre 1984, n. 6399, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Vendita*, n. 75). L'ordine di demolizione della costruzione, che può essere adottato in conseguenza dell'irregolarità amministrativa, avrà, una volta intervenuto ed eseguito, gli effetti sostanziali di un'evizione totale o parziale (artt. 1483 e 1484 c.c.) a seconda che ne derivi l'abbattimento totale o parziale dell'immobile, con la conseguenza che il venditore, anche se non tenuto alla garanzia per effetto della conoscenza della irregolarità da parte del compratore, è nondimeno obbligato a restituire il prezzo ed a rimborsare le spese, a meno che la

e/o il risarcimento dei danni.

Ciò assume notevole importanza nella materia in questione. Infatti, non potendo rientrare lo schema negoziale in questione in alcuna delle ipotesi per le quali la legge dispone gli obblighi formali sopra citati, in quanto detto negozio non attua alcun trasferimento o costituzione di reale, se ne dovrà inferire la piena validità, anche nel caso in cui, insomma, abbia ad oggetto immobili abusivi²⁹⁶.

Orbene, scartata, plausibilmente, la possibilità di giungere ad un giudizio di illiceità fondata sull'impossibilità dell'oggetto, potrebbe giungersi a tale risultato ragionando sulla meritevolezza del programma negoziale posto in essere. Risultato che parrebbe raggiungibile qualora si accolga una accezione del controllo di meritevolezza legato alla sussistenza di un interesse pubblico all'operazione.

Invero, come evidenziato nel corso del precedente capitolo, tale ricostruzione non trova unanime riscontro in dottrina e, anzi, viene osteggiata sia da chi rileva come tale controllo si appiattisca con quello di liceità, sia da chi rileva come l'utilità sociale non sia identificabile con il concetto di interesse pubblico, ma con l'utilità che un dato modello atipico possa assumere in un dato contesto economico-sociale²⁹⁷.

Senza addentrarsi ulteriormente sul tema, non si può non rilevare come, se deve giudicarsi lecito un contratto di trasferimento di immobile abusivo (sempre che non violi gli oneri formali imposti dalla legge), paia per lo meno dubbio che si possa

vendita non sia stata convenuta a rischio e pericolo del compratore stesso *ex art. 1483 c.c.*, Cass., 28 giugno 2012, n. 10947 (inedita). Sul punto, di recente si vedano anche, Cass., 28 febbraio 2007, n. 4786, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Vendita*, n. 50; Cass., 28 dicembre 2011 n. 29367, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Vendita*, n. 51; Cass., 6 marzo 2012, n. 3464 in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Vendita*, n. 41.

²⁹⁶Chiaramente ad una diversa conclusione si sarebbe dovuti pervenire nel caso in cui si fosse condivisa la tesi secondo la quale l'immobile abusivo sia incommerciabile per natura con conseguente nullità di ogni pattuizione inerente tale bene per impossibilità dell'oggetto.

²⁹⁷Per approfondimenti sul tema si consenta il rinvio al precedente capitolo.

pervenire a diversa conclusione per un contratto di immissione nel possesso.

Detta riflessione, la quale parrebbe allo stato pienamente condivisibile, trova, a parere di chi scrive, comunque, un limite.

Infatti, se sembra potersi concludere in tal senso in via generale, lo stesso non pare sostenibile nel caso in cui lo scopo ultimo perseguito dai contraenti sia quello di dar luogo ad una immissione nel possesso del bene al precipuo scopo di evitare l'applicazione della normativa che regola il trasferimento di beni immobili: il che può, ad esempio, accadere qualora l'immissione avvenga in procinto della maturanda usucapione. In detta ipotesi, infatti, ragionando in termini di causa concreta, il regolamento negoziale non potrà che essere tacciato di illiceità, in quanto avente come scopo quello di evitare, in modo fraudolento, la disciplina vincolistica di cui innanzi. Conseguentemente, non potrà non giudicarsi illecito un tale negozio.

4.4.1 (...segue) Beni gravati da usi civici, beni demaniali e alloggi di residenza pubblica

Come visto in precedenza, uno degli elementi che rivela l'autonomia concettuale e giuridica del possesso dalla proprietà è dato dalla possibilità di possedere beni che per loro natura non sono suscettibili di usucapione.

Proprio, infatti, con riferimento ai beni demaniali si è avuto modo di rilevare come, nonostante l'art. 1145 c.c. sottolinei che il possesso di siffatti beni debba considerarsi senza effetto, l'art. 1145, 2° comma, c. c. e, in alcuni casi, l'art. 1145, ult. Comma, c.c. tutelino anche colui che possiede tali beni.

Ciò detto, il discorso può essere condotto in maniera uniforme tanto per i beni demaniali tanto per i beni ad uso civico in quanto, pur essendo ontologicamente diversi, sono sottoposti, soprattutto per quanto concerne taluni profili, al medesimo regime giuridico²⁹⁸, con conseguente loro inalienabilità²⁹⁹ imprescrittibilità e inusucapibilità.

Nonostante ciò va ravvisato che, come innanzi ricordato, il possesso di tali beni non solo è ammesso, ma anche normativamente tutelato, il che pone il problema di comprendere se e come sia possibile un contratto di immissione del possesso di detti beni.

Va rilevato come una risposta negativa potrebbe ricercarsi in quella impalcatura concettuale di matrice giurisprudenziale, che mira a negare una qualche rilevanza alla posizione del possessore di siffatti beni, in quanto ne sottolinea l'abusività della posizione, nonché la incompatibilità tra la coesistenza di una situazione di appartenenza individuali con la dimensione collettiva di tali beni.

Si potrebbe rilevare come, essendo negato al possessore di beni demaniali e ad uso civico la possibilità di godere dei frutti del bene³⁰⁰, non vi sarebbe spazio per dar vita ad un contratto di immissione nel possesso.

Peraltro, però, il possesso, come più volte rilevato, ha un valore autonomo

298Sul tema degli usi civici si vedano, in tal senso, anche per ulteriori approfondimenti, A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, Torino, 1999, XIX, 535; G. GABRIELLI, *Rapporti tra usi civici e proprietà collettive con particolare ritardo al caso delle counelle del carso triestino*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 331; M. A. LORIZIO, *Usi civici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, XXXII, U. PETRONIO, *Usi civici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLV, 930 ss.; G. PALERMO, *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, in *Riv. dir. Civ.*, 2006, I 591 ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, Milano, 2003, 204; L. FULCINETTI, *I beni d'uso civico*, Padova, 1990, 334.

299Di segno opposto è la posizione di G. DE MATTEIS, *Alienazione dei beni civici, invalidità e rimedi*, in *Vita not.*, 2004, 1745 ss.

300Con riferimento ai beni di uso civico deve sottolinearsi la posizione di chi ritiene possibile sottoporre la disciplina del possesso di usi civici alla regola di cui all'art 1148 c.c. con conseguente diritto a far propri i frutti se connotato da buona fede, v. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., 37

dall'usucapione e, per certi versi, anche dalla possibilità di far propri i frutti, che costituiscono una componente del valore economico del possesso ma non lo esauriscono, pena l'irrilevanza, mai sostenuta da alcuno, del possesso di mala fede. Conseguentemente, ben sarà ipotizzabile un meccanismo contrattuale di immissione nel possesso di tali beni, in quanto non si incorre nei divieti di disposizione di matrice legale³⁰¹.

4.5 Profili soggettivi: L'immissione nel possesso effettuata dal proprietario

Chiariti gli aspetti principali in ordine al contratto di immissione nel possesso con riferimento sia ai profili causali sia a quelli dell'oggetto, bisogna valutare quelli soggettivi.

Sorge, infatti, il dubbio se possa essere lo stesso proprietario del bene a realizzare un contratto di immissione nel bene a favore di un altro soggetto.

In astratto, la figura sembrerebbe ammissibile in quanto, purché rispettoso dei su richiamati crismi contenutistici e causali, non parrebbero sorgere particolari ostacoli in ordine alla possibilità di ipotizzare una siffatta figura contrattuale.

Invero, nelle poche occasioni in cui si è avuto modo di affrontare la tematica, la dottrina è giunta ad un giudizio di carattere negativo³⁰².

In particolare, è stato rilevato come il proprietario avrebbe altri strumenti per realizzare il risultato di immettere altri nel godimento del bene, con la conseguenza

301Nel medesimo senso M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 150. In particolare l'a. sottolinea che «in conclusione, sempre che vi sia omogeneità tra il possesso del *tradens* e quello dell'*accipiens* ricorrono le condizioni per ammettere un avvicendamento convenzionale nel possesso».

302M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 173 s.

che il modello circolatorio in questione non avrebbe una sua giustificazione causale³⁰³.

Tale ricostruzione merita di essere condivisa, in quanto, giova rammentare, che qualora si giungesse ad ammettere uno schema contrattuale, in cui sia lo stesso proprietario ad immettere altri nel possesso della *res*, non solo non si raggiungerebbe alcun risultato utile socialmente, ma, anzi, se ne potrebbero far derivare alcune conseguenze di sicura contrarietà ai principi di diritto.

Infatti, il meccanismo contrattuale in questione si rivelerebbe un ottimo schema per realizzare il passaggio della proprietà della *res* - per il tramite dell'usucapione - senza il rispetto delle formalità necessarie richieste dalla legge per il trasferimento dei beni immobili, come le normative prescritte in ambito urbanistico per limitare il trasferimento degli immobili abusivi. Ciò soprattutto qualora il proprietario rinunziasse preventivamente alla esperibilità della *rei vindictio*.

Vi è, inoltre, da considerare che un tale meccanismo contrattuale, oltre ad essere carente dell'utilità sociale, per quanto accennato, finirebbe per costituire un contratto in cui la posizione di instabilità dell'acquirente, fisiologica per il meccanismo contrattuale ipotizzato, diventerebbe probabilmente patologica. In quanto sarebbe

³⁰³Significative sono le parole dell'a. secondo la quale «ora in astratto non dovrebbe negarsi la realizzabilità di un contratto avente tale oggetto, in virtù della considerazione più volte fatta che possesso ha una vita autonoma rispetto al diritto. Nondimeno, non si è trascurato di evidenziare che emancipare il possesso dal diritto ha senso solo in quanto il possesso sia una situazione di fatto non assistita dalla titolarità del diritto. Se il proprietario è anche possessore quell'autonomia non ha alcuna ragione d'essere. Del resto, il proprietario avrebbe nella sua disponibilità una pluralità di istituti giuridici che gli permettono di conceder ad un terzo, dietro corrispettivo, lo sfruttamento economico del diritto». Va, comunque, segnalato che per l'a., ciononostante, «non è escluso che nella pratica il titolare del diritto ne ceda convenzionalmente ad un terzo il possesso. Ciò avverrà, oltre che in quella ipotesi di scuola del proprietario che ignori di esserlo, tutte le volte in cui il trasferimento del possesso preceda ed anticipi l'attribuzione del diritto: l'ipotesi paradigmatica è quella del contratto preliminare ad effetti anticipati». M. GORGONI, *ibidem*. Non ci si può, però, su tale punto esimere dal rilevare come tale riflessione non sembra, allo stato, condivisibile, stante il più volte sottolineato orientamento giurisprudenziale secondo cui a seguito della stipula di un preliminare ad effetti anticipati, in realtà, in capo all'immesso nella relazione materiale con la *res* si viene a determinare una situazione di detenzione e non di possesso.

esposta al *si volam* del proprietario, il quale, va rammentato, è l'unico a poter esperire l'azione di rivendicazione (alla quale, come detto, non può rinunciare). Volontà al quale l'impresso nel possesso non potrà eccepire alcunché, stante l'instabilità propria della posizione acquisita. Risulta chiaro come in questa ipotesi l'instabilità diventa ragione per negare cittadinanza ad un tale contratto³⁰⁴.

Conseguentemente, sembra potersi concludere, con un certo grado di sicurezza, per un giudizio negativo in merito all'ammissibilità di un contratto di immissione del possesso effettuato dal medesimo proprietario della *res*.

4.6 La natura dell'atto di straordinaria amministrazione

Problematica di notevole interesse e di grande impatto pratico è l'individuazione della natura del negozio in questione con particolare riferimento all'ascrivibilità dello stesso alla categoria degli atti di straordinaria o ordinaria amministrazione.

La distinzione tra le due categorie costituisce uno degli argomenti maggiormente discussi in tema di volontaria giurisdizione ed assume notevole importanza soprattutto per il procedimento di formazione degli atti in cui siano coinvolti soggetti incapaci.

Qualora, infatti, l'atto sia qualificato di straordinaria amministrazione, il suo compimento dovrà essere preventivamente autorizzato da una serie di speciali provvedimenti dell'autorità giudiziaria competente.

Al riguardo, va rammentato come l'assenza di un dato legislativo che dia certezza sulla demarcazione tra le due categorie, essendosi il legislatore limitato a

³⁰⁴Né, come detto, il proprietario potrebbe rinunciare preventivamente alla azione di rivendica in quanto qualora si ammettesse tale facoltà di rinuncia si avrebbe un celato trasferimento della proprietà.

regolamentare singole fattispecie negoziali, abbia dato luogo ad un acceso dibattito dottrinale in merito³⁰⁵.

Non potendosi ripercorrere l'*excursus* delle varie proposte concettuali, ci si deve limitare a sottolineare come l'impostazione teorica che allo stato sembra prevalere³⁰⁶ ritiene che, per risolvere il suddetto problema di inquadramento, bisogna coordinare

305 Seppure brevemente, vanno ricordate le ricostruzioni che sono maturate sul tema. Infatti, una prima impostazione (c.d. economica) ritiene che il problema concernente la qualifica di un atto quale di straordinaria o ordinaria amministrazione vada risolto a seconda del valore economico che l'atto stesso produca sul patrimonio del disponente. Conseguentemente saranno di straordinaria amministrazione tutti gli atti che incidono in modo significativo sul patrimonio con effetti idonei a determinare perdite e o diminuzioni (v. per tutti, G. MIRABELLI, *I c.d. atti di amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Scialoja*, III, *Diritto civile*, Bologna, 1953, 351 ss e CASS., 16 luglio 1946, in *Foro it., Mass.*, 1946, c. 208). Altra impostazione, invece, affronta la problematica, tenendo conto della funzione dell'atto (c.d. teoria della funzione dell'atto), con la conseguenza che andrebbero qualificati atto eccedenti l'ordinaria amministrazione quelli che determinano l'alterazione dell'integrità del patrimonio del disponente e di ordinaria, invece, quelli volti alla fruttificazione e/o miglioramento di un patrimonio (F. FERRARA, *Amministrazione (atti di)*, voce del *Nuov dig.*, Torino, 393; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, vol. III e IV, Milano, 1986, 335 ss; CASS., 16 febbraio 1966, n. 484, in *Giust. civ.*, 1966, 1982). Autorevolmente sostenuta è poi la ricostruzione secondo cui l'elemento fondante della suddetta differenziazione è quello del rischio (c.d. teoria del rischio). Pertanto, sarebbero atti di straordinaria amministrazione quelli rispetto ai quali potrebbe derivare un rischio o un pericolo per l'integrità del patrimonio amministrato, gli altri sarebbero di ordinaria amministrazione (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 217; M. STELLA RICHTER- V. SGROI, *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario cod. civ.*, Torino, 1967, 412). Va, invece, sotto il nome di teoria normativa quella impostazione secondo cui i criteri da tenere in conto sono esclusivamente quello normativo e quello dell'interpretazione estensiva, con la conseguenza che, qualora dalle norme di legge non si trovi una regola idonea a disciplinare il fenomeno negoziale realizzato, si deve ricorrere ad un'interpretazione estensiva ed analogica: di riflesso saranno considerati di straordinaria amministrazione, anche quegli atti che producono effetti identici o simili a quelli per i quali l'autorizzazione è stata espressamente prevista (A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Trattato Rescigno*, vol. IV, Torino, 1982, 560 ss). Largamente seguita in dottrina è poi la c.d. teoria della contrapposizione tra reddito e capitale, secondo cui il criterio distintivo tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione sarebbe nell'oggetto immediato dell'atto, nel senso che i primi incidono sul reddito ed i secondi sul capitale (A. CICU, *La filiazione*, in *Trattato Vassalli*, II, Torino, 1969, 383 ss; U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1968, I, 189 ss). Per approfondimenti sul tema anche per un'esame delle obiezioni mosse alle singole ricostruzioni si veda, L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Manuali Notarili*, Padova, 2010, 113 ss.

306 Si vedano, L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 118 s.; AUCIELLO-BADIALI-IODICE-MAZZEO, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia, dalle lezioni di G. Capozzi*, Milano, 2000, 107 s. Condivide la teoria della combinazione ma in una diversa ottica una recente presa di posizione della Cassazione secondo cui «in tema di amministrazione dei beni dei figli ex art. 320, al di fuori dei casi specificamente individuati ed inquadrati nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione gli atti che presentino tutte e tre le seguenti caratteristiche: 1) siano oggettivamente utili alla conservazione del valore dei caratteri oggettivi essenziali del patrimonio in questione; 2) abbiano un valore economico non particolarmente elevato in senso assoluto e soprattutto in relazione al valore totale del patrimonio medesimo 3) comportino un margine di rischio modesto in relazione alle caratteristiche del

due criteri: quello normativo e quello che contrappone reddito e capitale.

In particolare, viene proposta come soluzione quella di rispettare, innanzitutto, l'inquadramento fornito dal legislatore, con la conseguenza che risultano ascrivibili all'area degli atti di straordinaria amministrazione tutti quelli per i quali è richiesta esplicitamente l'autorizzazione giudiziale. Nelle ipotesi, invece, in cui manchi un'espressa previsione in tal senso bisogna procedere con due meccanismi.

In primo luogo, andrebbero considerati atti eccedenti l'ordinaria amministrazione quelli che producono effetti identici o simili agli atti per i quali l'autorizzazione è espressamente prevista. Qualora, poi, neanche attraverso tale interpretazione estensiva ed analogia sia possibile inquadrare la fattispecie, sarebbe necessario ricorrere al criterio oggettivo del reddito e del capitale, con la conseguenza di giudicare di straordinaria amministrazione gli atti che incidono sul capitale e di ordinaria amministrazione quelli che incidono sul reddito.

Tenuto presente tale criterio, ne vanno ora valutati i riflessi applicativi sul tema affrontato in tale sede.

Orbene, in primo luogo, bisogna ricordare che la tesi finora condivisa riconosce un significativo valore economico al possesso, tanto da considerare lo stesso quale componente del patrimonio di un soggetto³⁰⁷.

Su tale base va, inoltre, rammentato che, dalle argomentazioni in precedenza esposte, si è condivisa l'impostazione di chi ritiene che l'atto negoziale in questione parrebbe essere ascrivibile all'area dei negozi con efficacia estintivo/constitutivi³⁰⁸.

patrimonio predetto. Vanno invece considerati di straordinaria amministrazione gli atti che non presentino tutte e tre queste caratteristiche», CASS., 15 maggio 2003, n. 7456, in Fam e dir., 2003, 614.

³⁰⁷Per approfondimenti sul tema si vedano le considerazioni proposte nel corso del secondo capitolo
³⁰⁸B. TROISI, *Circolazione convenzionale del possesso ed autonomia privata*, cit., 56

Tali argomentazioni paiono indurre, allora, a ritenere che il negozio di immissione nel possesso costituisca un atto di straordinaria amministrazione, in quanto, anche a non voler estendere in via interpretativa le conclusioni dettate in tema di negozi costitutivi di diritti reali – va infatti rammentato che tali atti sono normativamente soggetti ad autorizzazione – va, comunque, rammentato che esso determina una attribuzione patrimoniale che incide sul patrimonio dell'immittente e su quello dell'immesso³⁰⁹.

Conseguentemente, l'atto sarà necessariamente soggetto alle autorizzazioni previste per legge.

³⁰⁹Né le conclusioni sembrano mutare qualora si condivida una diversa impostazione in ordine alla natura dell'atto di circolazione del possesso. Infatti, qualora si condivida la ricostruzione che ammette una vera e propria cessione del possesso in quanto diritto o aspettativa, pare logico concludere che l'inquadramento nell'ambito dei negozi di straordinaria amministrazione discenderà direttamente dall'applicazione delle norme legge dettate in materia, che, infatti, esplicitamente qualificano nei suddetti termini gli atti di alienazione.

CAPITOLO V: Ulteriori vicende negoziali afferenti all'immissione nel

possesso

5.1. Considerazioni generali 5.2 Il preliminare di immissione nel possesso 5.2.1 Il preliminare di immissione del possesso con effetti anticipati 5.3 Il trasferimento gratuito del possesso tra donazione e liberalità indiretta 5.4 Il possesso nell'ambito del diritto successorio. Il legato di possesso.

5.1 Considerazioni generali

Ammessa in via generale la possibilità dei privati di dedurre il possesso quale oggetto (mediato o immediato a seconda della teoria condivisa in merito all'oggetto del contratto) di pattuizioni negoziali, la dottrina che si è occupata del tema ha cercato di sviluppare la ricerca al fine di valutare fino a che punto fosse effettivamente possibile calare il possesso in programmazioni negoziali.

I risultati sono stati sicuramente di notevole portata. Sdoganata, infatti, la possibilità di considerare il possesso quale oggetto di pattuizioni negoziali, è parso di conseguenza opportuno ampliare il ventaglio delle relative fattispecie negoziali.

Giova, al riguardo, rammentare gli approdi a cui è giunta la dottrina in tema di dazione in pagamento o di cessione del possesso a scopo di garanzia³¹⁰, oppure, ancora, in merito alla possibilità dei soci di conferire il possesso in società³¹¹, alla possibilità di far circolare il possesso in sede di atto di adempimento di una obbligazione naturale, alla possibilità ancora, (o meglio alla necessità) di comprendere lo stesso nell'ambito delle quote da attribuire in sede di divisione e,

310Su cui si vedano le considerazioni di M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 211 ss.

311Sembra concludere in tal senso B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 35, nota 70. In particolare, l'autore fonda il proprio assunto sulla possibilità proposta in dottrina di iscrivere il possesso tra le voci del bilancio, in questo senso v., al riguardo, M. CARATTOZZOLO, *Il bilancio di esercizio*, Milano, 1998, pp. 100 e 119.

quindi, di calare lo stesso in detto programma negoziale.

Comunque, la compiutezza delle analisi compiute in tali sedi induce a non ripercorrere nel presente lavoro le argomentazioni ivi esposte; si è, invece, ritenuto maggiormente proficuo appuntare l'attenzione su alcuni aspetti, oggetto di meno approfondite analisi da parte della dottrina, nonché su possibili ulteriori sviluppi che si potrebbero raggiungere sul tema.

È opportuno fin d'ora sottolineare che le riflessioni condotte in questa parte del lavoro sembrano poter valere anche qualora si condivida una ricostruzione che ammette la circolazione del possesso in quanto diritto o aspettativa, il che, probabilmente, conferisce ancora maggiore rilevanza alle stesse.

5. 2 Il preliminare di immissione nel possesso

Ammessa per le ragioni finora esposte la possibilità dei privati di dar vita ad una fattispecie negoziale diretta a determinare l'immissione di altri nel possesso, se ne possono ora indagare gli effetti ulteriori in termini di attività negoziale.

Al riguardo sorge, pertanto, il dubbio se l'autonomia privata possa spingersi fino alla realizzazione di un meccanismo contrattuale di assunzione di vincoli preliminari in ordine alla stipula di un contratto di immissione del possesso.

Il tema non risulta essere stato, invero, oggetto ancora di particolare trattazione né in dottrina né, tantomeno, in giurisprudenza.

Invero, va rammentato che una delle ipotesi giunte all'attenzione della giurisprudenza e decise con esito negativo concerneva proprio una contrattazione preliminare, in cui il promittente venditore in qualità di occupante di beni gravati da

uso civico, e in quanto tali sottoposti al vincolo di indisponibilità proprio dei beni demaniali, ne voleva trasferire il possesso. In tale occasione, la Cassazione ha ritenuto nulla per le motivazione più volte ricordate la vendita del possesso³¹².

Ma ciò non deve indurre a giungere a conclusioni affrettate sulla problematica proposta, dato che, come si è avuto modo di sottolineare nel corso del presente lavoro, l'adesione a quell'orientamento che ritiene condivisibile uno schema negoziale di immissione nel possesso e non di un suo trasferimento può aprire nuovi orizzonti in merito.

Ammettere, infatti, una tale tipologia contrattuale in via generale ed astratta non può condurre ad escludere in radice la possibilità che le parti, in via obbligatoria, si impegnino in futuro a stipulare un tale negozio giuridico. Ciò perché esso può essere idoneo a raggiungere notevoli utilità pratiche.

Va rammentato, infatti, che una delle funzioni che viene ricondotta alla base della contrattazione preliminare è quella di costituire un meccanismo di gestione e controllo delle sopravvenienze contrattuali³¹³ e, quindi, strumento tramite il quale i contraenti, previa assunzione di un vincolo obbligatorio, possono *medio tempore* valutare adeguatamente la persistente convenienza dell'affare.

Se si tiene presente tale assunto, è chiara l'utilità cui detto meccanismo negoziale

312CASS., 27 settembre 1996, 8528, cit..

313Il riconoscimento della funzione del preliminare, quale strumento per il controllo delle sopravvenienze, costituisce un dato ormai condiviso da parte della dottrina prevalente, si vedano in merito, per tutti, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, 152; L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli 1953; F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 171. In tale ottica si pone chi evidenzia, in applicazione del suddetto orientamento, che la funzione del preliminare potrebbe essere quella di «evitare di innescare una complessa procedura di risoluzione per inadempimento del contratto» nel caso in cui non si verificano i presupposti legati alla negoziazione, potendosi, quindi, limitare al rifiuto «di addivenire ad esso eccedendo l'inadempimento», R. GALASSO, *L'oggetto della multiproprietà e la disciplina del contratto*, in *Giur. it.*, 2011, 62 nota 3. Nel medesimo senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2000, 195 ed in giurisprudenza, CASS., 26 maggio 1967, n. 1150, in *Foro it.*, 1967, I, 2101.

può assurgere in tale campo: esso, infatti, finisce per giocare un importante ruolo di controllo del concreto assetto di interessi predisposto, in quanto colui che ha interesse ad essere immesso nel possesso potrebbe in tal modo, al fine di valutare la convenienza dell'affare, attendere un dato termine convenzionalmente predisposto così da controllare *medio tempore* il comportamento del reale proprietario della *res*. Qualora, infatti, questi, nelle more, agisse in rivendicazione, ben potrebbe il promittente acquirente non addivenire alla stipula del definitivo per impossibilità sopravvenuta dell'oggetto, riuscendo, in via preventiva, a tutelare il suo assetto di interessi.

Posto ciò, la tenuta di una tale impostazione deve chiaramente fare i conti con la ricostruzione che si è ritenuto di condividere in questa sede in ordine alla struttura negoziale del contratto in discussione. L'adesione a quella proposta concettuale, che non ritiene sufficiente il mero incontro dei consensi per il perfezionamento del contratto di immissione del possesso, ma che, quindi, propone di legare la produzione degli effetti alla consegna della *res*³¹⁴, con il conseguente inquadramento della fattispecie nell'ambito dei c.d. contratti reali³¹⁵, ripropone in tale sede la *vexata quaestio* dei rapporti tra contrattazione preliminare e contratti reali.

Ciò perché una autorevole corrente di pensiero tende ad escludere la possibilità di convenzioni obbligatorie preliminari per tale tipologia di contratti, stante la impossibilità di ottenere, in caso di mancato adempimento di una delle parti, una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c. c.. e questo in virtù della considerazione

314Chiaramente tale riflessione trae spunto dall'adesione a quell'impostazione che ad oggi sembra prevalere, che ritiene possibile il libero dispiegarsi dell'autonomia privata anche nell'ambito della c.d. realtà convenzionale.

315Ci si riferisce alle già citate conclusioni rassegnate da B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 71 ss.

secondo cui la consegna effettiva della cosa, cui è legato il perfezionamento del contratto non potrebbe, comunque, attuarsi senza la concreta partecipazione di colui che ha la disponibilità del bene.

Va, però, rammentato che l'orientamento prevalente è, al riguardo, di contrario avviso. Viene, infatti, correttamente sottolineato come la possibilità di ottenere una sentenza costitutiva risulti solo una delle possibili forme di tutela che l'ordinamento fornisce al promissario-acquirente e non un dato indefettibile del fenomeno negoziale; questi può, infatti, sempre optare per la risoluzione del contratto con contestuale diritto al risarcimento del danno³¹⁶.

Pertanto, l'impossibilità di ottenere una sentenza costitutiva che faccia luogo del definitivo non pare costituire un dato preclusivo alla stipula di un contratto preliminare. D'altro canto, è lo stesso dato codicistico che sembra condurre ad una tale soluzione. Se si legge con attenzione l'art. 2932 c. c., si evince con facilità che la possibilità di ottenere esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto è subordinata alla circostanza che «sia possibile e non sia escluso dal titolo». Ciò significa che lo stesso legislatore ha ipotizzato contratti con obbligazioni non coercibili con le modalità dell'esecuzione in forma specifica³¹⁷.

Se si aderisce a tale impostazione, pare cadere l'ultimo dato preclusivo alla piena ammissibilità di un fenomeno di contrattazione preliminare in cui le parti si obbligino a prestare un futuro consenso alla stipula di un definitivo contratto di

316V., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 242; U. NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975, 69 G. AGLIARDI, *Il contratto preliminare*, Padova, 2008, 129 ss.;

317Si ritiene, in particolare, che la promessa di contratto reale non sia suscettibile di esecuzione in forma specifica, v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, gli autori citati nella nota precedente. Viene, infatti, rilevato che tale conclusione deriva dalla «tipicità dell'esecuzione in forma specifica quale provvedimento che può essere emesso solo se idoneo a produrre direttamente gli effetti del definitivo non concluso», C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 242, nota 153.

immissione nel possesso.

A questo punto dell'analisi, sovrviene naturale chiedersi cosa avvenga qualora, nelle more del termine per la stipula del definitivo, il promittente venditore divenga titolare del bene per averlo acquistato per usucapione o ad altro titolo ad esempio derivativo³¹⁸.

In questa ipotesi, in astratto, potrebbe ritenersi che non vi siano problemi in ordine alla possibilità che l'accordo preventivamente stipulato produca ancora i suoi effetti, in quanto il promittente immettente, avendo mutato la propria posizione giuridica in un *plus* rispetto a quella precedente e non in un *minus*, non incorrerebbe in violazione del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*³¹⁹: conseguentemente non vi parrebbe essere una preclusione concettuale in ordine alla possibilità di ottenere in concreto l'adempimento dell'obbligazione di *facere*.

Invero, però, la tenuta di una sequenza contrattuale come sopra delineata deve in concreto coordinarsi con quanto innanzi detto e rilevato in ordine all'ammissibilità di un contratto di immissione del possesso stipulato non dal possessore non proprietario ma dal reale proprietario della *res*.

Qualora, infatti, si accolga una impostazione di carattere positivo non sembrano esservi problemi in ordine al permanere della piena efficacia del contratto preliminare e delle obbligazioni da esso nascenti per quanto anzidetto.

La condivisione, invece, in questa sede di una diversa conclusione conduce

318L'ipotesi che, ad esempio, può ricorrere è quella in cui il possessore a *non domino* acquisti dal reale proprietario la titolarità della *res*, così mutando la propria posizione giuridica.

319Il noto brocardo si deve, probabilmente, al giurista romano Ulpiano. Considerazione che pare emergere dallo studio delle fonti ed, in particolare, di un brano dei libri *Ad edictum*, inserito dai compilatori giustinianeî nell'ultimo libro del Digesto dedicato alle *regulae iuris* (D. 50.17.54): «*Ulpianus libro XLVI ad edictum - Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*».

necessariamente ad giudizio negativo. Infatti, se il proprietario non può disporre del possesso in via autonoma deve necessariamente ritenersi che, qualora il possessore *medio tempore* divenga proprietario, il contratto preliminare non possa più produrre i suoi effetti.

In questa ipotesi, infatti, non potendo le parti addivenire alla stipula del definitivo ricorrerà un vizio funzionale del sinallagma contrattuale con la conseguenza che il contratto si risolverà per impossibilità sopravvenuta dell'oggetto.

5.2.1 Il preliminare ad effetti anticipati

Ammissa una contrattazione preliminare avente la finalità di obbligare le parti alla stipula di un contratto di immissione di altri nel possesso di una data *res* di cui il possessore non è proprietario, si può tentare di effettuare un ulteriore passo in avanti nell'indagine sul tema.

Si insinua, infatti, il dubbio che il possessore possa, in via contrattuale, non solo obbligarsi ad una futura stipula di un contratto di immissione nel possesso, ma anche dare, in tale sede, anticipazioni agli effetti della stipula del definitivo, immettendo, conseguentemente, il promissario-acquirente (chiaramente con il termine si vuole identificare la posizione di colui che deve essere immesso nel possesso) nella relazione materiale con la *res*³²⁰.

Va al riguardo rammentato, come si è anticipato all'inizio di questo lavoro, che proprio la contrattazione preliminare ad effetti anticipati è stata, soprattutto in passato, portata a sostegno della tesi relativa all'ammissibilità della c.d. vendita del possesso. E

³²⁰Tematica su cui si è già avuto modo di soffermarsi al precedente cap. 1 par. 1.1.2 e a cui si consenta il rinvio.

che, anzi, parte della dottrina è giunta a ritenere che proprio con l'ausilio di detto schema contrattuale si potesse realizzare un vero e proprio fenomeno di trasferimento del possesso in via convenzionale.

L'adesione a tale proposta interpretativa, sulle cui argomentazioni si è già avuto modo di soffermarsi, dovrebbe chiaramente spingere a concludere negativamente in merito al quesito proposto: se, infatti, con la contrattazione preliminare ad effetti anticipati si attua proprio una immissione convenzionale di altri nel possesso del bene, è chiaro che non c'è spazio alcuno per porsi un quesito nei termini suddetti, in quanto il risultato che le parti vorrebbero raggiungere con il definitivo troverebbe già preventiva attuazione in sede di contrattazione preliminare, il che non pare ammissibile.

Va, però ricordato, come la giurisprudenza di legittimità³²¹, con l'autorità delle sezioni unite, sulla scorta degli studi promossi da autorevole dottrina, sia giunta a diverse conclusioni.

Infatti, ricostruendo il suddetto schema negoziale come una ipotesi di collegamento negoziale, che vede coinvolti e legati tra loro il contratto preliminare e quello di comodato, è giunta a ritenere che l'immissione del promissario-acquirente nella relazione materiale con la *res* sia da qualificarsi quale detenzione³²².

A prescindere dalla divisibilità o meno di una tale ricostruzione, la cui analisi

321CASS., SEZ. UN, 8 maggio, 2007, n. 7930, cit.

322Chiaramente, per quanto concerne il pagamento del corrispettivo versato in via anticipata, invece, va rammentato che la Cassazione ritiene che esso trovi titolo in un contratto di mutuo. Ciononostante, va segnalato come le suesposte argomentazioni paiono trovare conferma anche qualora si ritenga di condividere un diverso approccio, che lega, invece, la qualifica in termini di detenzione all'inidoneità della consegna a costituire titolo per la circolazione del possesso. Anche in tale ipotesi detta qualifica della relazione materiale con la *res* apre proficui spunti di riflessione in merito al tema oggetto di indagine.

non è possibile in questa sede³²³, bisogna considerare che da essa sorgono proficui spunti di riflessione in merito al tema qui oggetto di indagine.

Ciò perché, se è vero che il contratto di immissione nel possesso può essere preceduto da una contrattazione preliminare e se è, altresì, vero che l'anticipazione degli effetti comporta il sorgere di uno stato di detenzione e non, quindi, di possesso, sembrano aprirsi interessanti margini per giungere ad un giudizio di ammissibilità di una contrattazione preliminare di immissione del possesso con anticipazione degli effetti.

Il quesito su cui, pertanto, risulta ruotare la questione e che, quindi, deve essere risolto in via preliminare, è se il mero possessore non proprietario possa trasferire ad altri la detenzione della *res*.

La giurisprudenza³²⁴ chiamata a pronunciarsi sul punto ha da sempre fornito al quesito risposta positiva.

È stato, infatti, a più riprese evidenziato come la natura obbligatoria del contratto di locazione non impone che il locatore sia il reale proprietario della *res*, in quanto risulta sufficiente che egli abbia la disponibilità della *res*, potendo di conseguenza assumere la suddetta qualità anche colui che abbia la sola disponibilità materiale e di fatto della *res*³²⁵.

Proprio con riferimento a tale problematica, la Cassazione ha avuto modo di statuire che «*chiunque abbia la disponibilità di fatto di una cosa in base a titolo non*

323Per una critica a tale impostazione si consenta il rinvio, anche per ulteriori approfondimenti bibliografici, a A. CHIOSI, *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati tra collegamento negoziale e atipicità*, cit., 543 ss

324CASS., 13 luglio 1999, n. 7422 in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 1632; CASS., 26 ottobre 1998, n. 10627, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 2181; CASS., 20 gennaio 1997, n. 539, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 90; TRIB. TORINO, sez. III civile, ordinanza 27.01.2010, in *www.altalex.it*.

325Cfr. A. LUMINOSO, *Diritti personali di godimento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XI.

contrario a norme di ordine pubblico, può validamente concederla in locazione, in comodato o costituirvi altro rapporto obbligatorio ed è, in conseguenza legittimato a richiederne la restituzione allorché il rapporto venga a cessare. Il rapporto di locazione, di natura obbligatoria, spiega i suoi effetti tra i contraenti indipendentemente dall'esistenza o permanenza nel locatore della proprietà della cosa locata. Pertanto, il conduttore, convenuto in giudizio per l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto o per la restituzione della cosa oggetto della locazione non può, valendosi di un'eccezione de iure tertii, contestare la legittimazione del suo diretto contraente, allegando il trasferimento ad altri della proprietà della cosa»³²⁶.

Detto orientamento, ad oggi consolidato, riconosce, quindi, piena autonomia al possessore, al quale è data non solo la facoltà di concedere il bene in locazione ad altri ma anche di attribuirlo in comodato, creando così uno stato di detenzione nell'*accipiens*.

Aderendo a tale impostazione, pertanto, e compiendo in tal modo l'ultimo passo decisivo sul tema, pare potersi concludere nel senso che, se il possessore ha il potere di attribuire ad altri la detenzione di un bene, al contempo risulta legittimato a dare vita ad una contrattazione preliminare ad effetti anticipati, in quanto rientra nelle sue facoltà stipulare, oltre ad un contratto preliminare, anche un contratto di comodato, che, secondo la suesposta ricostruzione giurisprudenziale, legandosi al primo, dà luogo all'anticipazione degli effetti.

Quanto detto non costituisce una mera speculazione teorica priva di riflessi pratici. In quanto, aderire a tale ricostruzione, sino ad oggi non ancora esplorata, offre

³²⁶CASS., 13 luglio 1999, n. 7422 cit.

maggiori margini all'autonomia negoziale in tema di possesso: il che come visto a più riprese costituisce un importante aspetto della vita moderna degli scambi giuridici.

Da tale impostazione deriva, inoltre, la ulteriore considerazione secondo cui, in sede di conclusione del definitivo, la circolazione del possesso, ed in particolare la consegna della *res*, troverà attuazione tramite il ricorso al meccanismo della *traditio ficta*, nella forma della *traditio brevi manu*, mutando la posizione dell'immesso da detenzione in possesso.

5.3 L'immissione a titolo gratuito nel possesso tra donazione e liberalità atipica

In precedenza, si è avuto modo di accennare alla circostanza che l'immissione negoziale nel possesso di un bene può, in concreto, soddisfare diversi interessi dei contraenti, i quali, difatti, possono dar luogo ad un negozio a causa onerosa, gratuita³²⁷ o anche «neutra»³²⁸.

Il quesito che sorge nel caso in cui l'immissione nel possesso avvenga a titolo gratuito e con animo liberale è se il negozio possa essere inquadrato nello schema della donazione o, invece, in quello delle liberalità atipiche. La distinzione è di non poco momento, in quanto l'adozione di una o l'altra categoria implica significative differenze in ordine alla disciplina applicabile. Basti, ad esempio, pensare al problema

³²⁷In questo senso, v. B. TROISI, *Circolazione del possesso ed autonomia privata*, cit., 58; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 211 ss

³²⁸Discorre di causa neutra B. TROISI, *ibidem*, ritenendo che tale termine identifichi quei negozi che, seppur assistiti da una causa giustificativa (come non potrebbe essere altrimenti), ciononostante la stessa sfugge alla dicotomia onerosità/gratuità. In particolare vengono fatti rientrare in detto concetto varie fattispecie negoziali, quali l'adempimento di obbligazioni naturali, la divisione, i negozi di destinazione. Ciò chiaramente pone significativi problemi in ordine alla disciplina giuridica cui assoggettare la fattispecie negoziale ogni qual volta il legislatore detti una regolamentazione in funzione dell'onerosità o della gratuità. In merito si vedano le considerazioni L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1960 223 e E. TILLOCCA, *Onerosità e gratuità*, cit., 1953, 53 ss.

relativo alla forma del negozio.

Il dato da cui partire è quello secondo cui il possesso costituisce un valore patrimoniale suscettibile di attribuzione nel senso finora delineato.

Com'è stato, infatti, rilevato «sotto l'aspetto economico, sociale ed empirico costituisce donazione ogni arricchimento determinato da una persona con l'intento di attribuire ad altri, senza corrispettivo, ma col sacrificio del proprio patrimonio o di un diritto a questo inerente, un vantaggio di carattere patrimoniale di qualsiasi valore e consistenza»³²⁹. Il che sembra far pienamente coincidere l'immissione gratuita nel possesso con lo schema donativo.

Tale conclusione pare, però, entrare in crisi qualora invece si passi da una definizione di stampo puramente economico ad una di carattere giuridico. L'attrazione del suddetto fenomeno sociale nel campo del giuridico, porta ad una disciplina che non ha una perfetta coincidenza con la concezione economico-sociale.

Sotto la vigenza del codice del 1865, la definizione del contratto di donazione veniva fornita dall'art. 1050 c. c. In particolare, detta disposizione qualificava detto negozio quale «atto di spontanea liberalità col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta». Una definizione sicuramente di grande ampiezza³³⁰, tanto che forse, in via interpretativa, si sarebbe potuto ricondurre ad essa il meccanismo circolatorio del possesso.

Il legislatore del 42 ha però mutato il dato codicistico, con la conseguenza che dall'attuale formulazione dell'art. 769 c. c., si evince che «la donazione è il contratto

329A. CASULLI, voce *Donazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 966. L'a. chiaramente pone una significativa differenza tra la nozione economica e giuridica di donazione, evidenziando in modo compiuto le relative divergenze.

330Si vedano le considerazioni, al riguardo, effettuate da A. ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935, 7 s.; G. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 435.

per il quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o sussumendo verso la stessa una obbligazione».

Al di là, quindi, di ogni speculazione teorica, anche di notevole rilevanza pratica, in ordine al fenomeno donativo, i cui contorni sono ancora oggi per certi versi incerti, va ravvisato come, nella definizione che ci viene fornita dal codice, detto schema contrattuale ricorre allorché il contratto abbia ad oggetto il trasferimento di diritti (o l'assunzione di obbligazioni)³³¹.

Se si accoglie l'assunto di base, condiviso in questa sede, secondo cui il possesso non è inquadrabile nello schema dei diritti soggettivi, si può facilmente rilevare come vi sia una insanabile frizione tra il contratto immissione nel possesso e lo schema tipico della donazione³³².

Come, infatti, si è già avuto modo di sottolineare per la compravendita, mancando una vicenda traslativa afferente una posizione soggettiva inquadrabile nello schema del diritto soggettivo, è *ab origine* esclusa la possibilità di discorrere di donazione.

Ciononostante, deve rilevarsi come possa accadere che il negozio di immissione venga comunque posto in essere per attuare una liberalità in favore di una determinata persona, e come detto risultato debba sicuramente essere riconosciuto meritevole di tutela.

331 Sul tema si vedano, per tutti, le ampie riflessioni di, A. CATAUDELLA, *Successioni e donazione, La donazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2005, 10 ss.

332 Si vedano in tal senso, G. BENETTI, *La donazione di diritti*, in AA.VV. *La donazione (Trattato diretto da Bonilini)*, Milano, 2001, 609 ss.; A. CATAUDELLA, *Successioni e donazione, La donazione*, cit., 31. In particolare l'a. riferendosi al possesso, evidenzia come «il possesso non è un diritto ma una situazione di fatto giuridicamente tutelata, che si può trasferire solo sostituendo in fatto altri in questa situazione, sicché il suo trasferimento gratuito non può costituire oggetto di donazione: si possono donare i frutti del bene che si possiede, e ciò che viene atteggiato come trasferimento del possesso può stare ad indicare appunto l'intento di trasferirli». Cfr., altresì, F. MAROI, *Delle donazioni*, in *Commentario* a cura di D'Amelio, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, 721; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, a cura di U. Carnevali, Milano, 2006, 236.

Ciò posto, bisogna, infatti, considerare che la donazione costituisce una sotto categoria della più generale figura della liberalità, che può aver luogo anche mediante fenomeni atipici, come tra l'altro previsto dall'art. 809 c.c.

Detta norma fa generico riferimento, pertanto, alle liberalità diverse dalla donazione, imponendo l'applicazione di alcune norme dettate per quest'ultima anche a siffatti negozi.

Orbene, se si considera tutto quanto finora rilevato, ben può concludersi che il contratto liberale di immissione del possesso è atto proprio a rientrare nella dizione di liberalità atipica, con la conseguenza, pertanto, che, mentre troveranno applicazione le norme c.d. materiali della donazione – sempre fatta salvo il requisito della compatibilità – non troveranno applicazione quelle sulla forma. Di conseguenza, non dovrà essere rispettato il requisito dell'atto pubblico con la presenza dei testimoni.

Troveranno, invece, piena applicazione le norme concernenti la collazione, l'azione di riduzione, con la relativa imputazione *ex se*, e, probabilmente, l'obbligo di alimenti a carico del donatario.

5.4 La successione mortis causa nel possesso. Il legato di possesso

Il possesso, secondo ampia parte della dottrina³³³, costituisce una posta attiva del patrimonio del *de cuius* tale, di conseguenza, da dover essere ascritto al relitto,

333R. NICOLÒ, *La vocazione diretta e indiretta*, in *Raccolta di scritti*, t. I, Messina, 1934, 100; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, IV, Napoli, 30 e 116; L. MENGONI, *La divisione ereditaria*, Milano, 1950, 179; P. Pollice, *contributo allo studio del compossesso*, cit., 56; A. ZOPPINI, *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, cit., 228. Si deve sottolineare l'impostazione seguita da chi ritiene che, seppur il trasferimento del possesso in capo all'erede avviene in modo automatico in quanto questi subentra senza soluzione di continuità nella complessiva sfera patrimoniale del *de cuius* o in una sua quota, ciononostante il possesso non è parificabile agli elementi che compongono l'eredità, v. U. NATOLI, *Il possesso*, cit, 94.

assoggettato alla disciplina della delazione ereditaria, compreso nella formazione delle quote in sede di divisione, nonché inventariato in caso di accettazione beneficiata o di separazione dei beni ereditari.

Conseguentemente, alla morte di un soggetto, gli eredi subentrano non solo nei diritti ma anche in tutte le situazioni di fatto³³⁴ facenti capo al *de cuius*, inducendo parte della dottrina ad evidenziare come proprio nel possesso si coglierebbe «l'ambito più vasto della successione»³³⁵.

Si perviene comunemente, inoltre, all'opinione secondo cui la successione nel possesso sarebbe un fatto necessario che opera di diritto senza soluzione di continuità all'apertura della successione, senza che sia cioè necessario un atto di apprensione materiale della *res*³³⁶.

334Si veda in tal senso G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 2006, IV ed., 13. Evidenziano come la successione sia un «corollario della *successio in ius*», G. CORAPI, *Il possesso*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, diretto da C. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 339; ID, *La successione mortis causa nelle situazioni possessorie*, in *Fam dir. e pers.*, 2009, 996; F. DE MARTINO, *Del possesso. Artt. 1140-1172*, in *Comm. Cod., civ.*, a cura di Scialoja Branca, Bologna Roma, 1982, 36. Contrariamente sembra esprimersi quella dottrina secondo cui non potrebbe in alcun modo ipotizzarsi una successione in un rapporto di fatto, L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Art. 456-511*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di Scialoja Branca, Bologna Roma, 1997, 129.

335C. CICERO, *La successione nel possesso*, in B. Troisi- C. Cicero, *I possessi*, Napoli, 2005, 103.

336Viene evidenziato come il fulcro di tali conclusioni si riscontrerebbe nel disposto dell'art. 1146 c.c. che, riproducendo il dato letterale dell'abrogato articolo 693 c.c., non lascerebbe dubbi in merito, in quanto esplicitamente dispone che «il possesso continua nell'erede con effetto dall'apertura della successione». Conclusioni queste che, giova precisare, non minano l'idea prevalente che il possesso non sia un diritto, in tal senso, si veda, A. CICU, *Successioni per causa di morte, Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961, II ed., 7. Circa le modalità di continuazione del possesso la giurisprudenza sostiene che esso continuerebbe nell'erede con gli stessi caratteri con i quali sussisteva in capo al *de cuius* anche in termini di stati soggettivi quali la buona fede o mala fede di adesione (v. CASS., 13 ottobre 1967, n. 2459, in *Giur. agr. it.*, 1968, 613). Conseguentemente, in adesione al brocardo *mala fide superveniens non nocet*, qualora il *de cuius* possedeva in buona fede anche l'erede si gioverà degli effetti positivi previsti dall'art. 1148 c.c. nonostante abbia conoscenza di ledere l'altrui posizione giuridica (si v., per tutti, A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 240). Se poi si analizzano le modalità con le quali si effettua la successione del possesso va, comunque, sottolineato che il nostro sistema prende le distanze dal principio di origine francese delle *sesina (le mort sasit le vif)*, in quanto anche in ordine al possesso, si deve concludere per l'applicazione della regola ordinaria secondo cui l'eredità si acquista con l'accettazione (si v. F. De Martino, *Del possesso*, cit., 25). Va specificato sul punto che secondo un copioso orientamento l'accettazione dell'eredità sarebbe di per sé sufficiente a permettere il trasferimento, non essendo, altresì, richiesta l'immissione nel possesso; rilievo questo confermato dalla circostanza che l'immissione non potrebbe neanche essere giudicato sufficiente ai fini della successione non

La circostanza che il possesso costituisca un valore del patrimonio del *de cuius*, che si trasmette in via successoria, dovrebbe indurre, allora, a ritenere pienamente possibile anche una attribuzione a titolo particolare dello stesso. In quanto sembra facile concludere che il testatore possa liberamente attribuire, a titolo di legato, ogni componente del suo patrimonio, tra cui è annoverabile anche il possesso, salvi i divieti espressi previsti dalla legge³³⁷.

Tale conclusione, tuttavia, non trova unanime riscontro tra gli autori.

Se, infatti, parte della dottrina³³⁸ non revoca in dubbio una tale possibilità, in virtù del richiamo operato al disposto dell'art. 1146, 2° comma, c.c. che, infatti, sancirebbe esplicitamente la trasferibilità del possesso *mortis causa* anche a titolo particolare, altra dottrina si mostra di diverso avviso³³⁹.

Alcune perplessità vengono proposte in particolare in ordine alla possibilità di coordinare un eventuale legato di possesso con la disciplina concernente tale attribuzione e contemplata dall'art. 649, 2° comma, c.c. Tale norma, infatti, sancisce che «quando oggetto del legato è la proprietà di una cosa determinata o altro diritto appartenente al testatore la proprietà o il diritto si trasmette dal testatore al legatario al

potendosi ritenere atto sufficiente, in quanto non ha natura univoca, potendo dipendere anche da un atto di altrui tolleranza, in tal senso si veda, E. PROTETTI, *Le azioni possessorie. La responsabilità e il procedimento in materia possessoria*, Milano, 2005, X ed., 73. In giurisprudenza, v., CASS. 12 gennaio 1996, n. 178, in *Giust. civ.*, 1997, I 215.

337Come, ad esempio, in tema di ipoteca, essendo, norma dell'art. 2881 c.c. vietata la costituzione di un siffatto diritto reale di garanzia per via successoria.

338F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 273; R. SACCO - CATERINA, *Il possesso*, cit., 236; B. TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 61; F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, cit., 487.

339G. CORAPI, *Le disposizioni aventi ad oggetto il possesso - Successioni e Donazioni*, in *Formulario notarile commentato*, a cura di Gaetano Petrelli e diretto da Giovanni Bonilini, 2009, vol. VII, I, 593. In particolare, l'a. ritiene che «neppure astrattamente configurabile è un legato avente ad oggetto il puro e semplice possesso di un bene». Il ragionamento viene condotto sulla base della inammissibilità della vendita del possesso. Tale circostanza confermerebbe l'inammissibilità di un legato di possesso, essendo preclusa la possibilità di compiere atti dispositivi in merito al possesso stante la sua natura di situazione di fatto.

momento della morte del testatore»³⁴⁰.

Circostanza, questa, che non potrebbe operare in merito al legato in questione perché ogni fenomeno circolatorio relativo al possesso impone che lo stesso, per essere conseguito-iniziato, debba necessariamente essere preceduto dalla concreta immissione del soggetto nella relazione materiale del bene, attività che, ovviamente, non può essere effettuata dal defunto³⁴¹.

Conseguentemente, verrebbe a verificarsi una interruzione nell'attività possessoria che, se nella successione a titolo universale viene superata dal disposto dell'art. 1146, 1°co, c.c., nella successione a titolo particolare non può essere superata, dovendo il legatario chiedere pertanto il possesso all'erede.

Nonostante detta riflessione, si tende a pervenire ad una soluzione positiva in merito al quesito proposto, recuperando la differenza tra efficacia diretta ed efficacia obbligatoria delle disposizioni a titolo particolare³⁴².

Viene da taluni sottolineato come la necessità che si attui la *traditio* e l'ostacolo derivante dalla interruzione dell'attività, paiano potersi superare sulla scorta di due rilievi «a) il legatario non si avvicina nel possesso del testatore, ma in quello dell'erede», che, quindi, effettua la consegna; «b) il trapasso avviene solo quando il beneficiario venga immesso nella disponibilità di fatto dell'attribuzione»³⁴³.

In particolare, detto orientamento evidenzia come ciò non escluda che il legato

340In particolare detta difficoltà di coordinamento è riportata da M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 226, la quale richiama il pensiero di B. Troisi. Tale a., però, effettua una siffatta riflessione, non per negare la possibilità di trasferire il possesso in via successoria, ma solo per sottolineare come in detto caso l'efficacia del legato si dispiega nel senso di attribuire al legatario un diritto di credito B. TROISI, *Circolazione convenzionale del possesso*, cit., 72, nota 146.

341B. TROISI, *ibidem*

342Ritenuta più «aderente alla realtà della tipologia dei legati, rispetto a quella tra legati ad efficacia reale ed ad efficacia obbligatoria», A. PALAZZO, *Le successioni*, Milano, 2000, 653.

343M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 227.

abbia efficacia diretta, la quale deve essere, però, intesa non nel senso secondo cui il legatario al momento dell'apertura della successione ottenga automaticamente il possesso ma nel senso secondo cui questi maturi un diritto di credito a ricevere il possesso dall'erede. Conseguentemente, la prerogativa successoria riconosciuta al beneficiario del lascito determinerebbe, come conseguenza, una limitazione per il possesso dell'erede, il quale non potrebbe disporre dei beni, dovendosi limitare a compiere solo atti cautelari ed urgenti, in vista dell'attuazione della volontà del *de cuius* e, quindi, dell'immissione del legatario nel possesso.

Tali riflessioni potrebbero trovare un appiglio nelle conclusioni maturate in tema di legato di pegno. Ove la natura reale del relativo contratto ha proposto le medesime perplessità per la costituzione in via diretta di un tale diritto³⁴⁴, stante la necessità della *traditio*.

Tuttavia, viene efficacemente rilevato³⁴⁵ come tale circostanza non costituisca un ostacolo insormontabile, dato che, a fronte dell'attribuzione, all'apertura della successione, il legatario acquisterà non il diritto reale di pegno, ma il diritto personale (diritto di credito) alla consegna della *res*, con la conseguenza che il pegno sorgerà al momento della consegna. Conclusioni queste che paiono riproponibili nel fenomeno in questione.

Inoltre, non pare impossibile ipotizzare che il fenomeno possa essere in alcune

344Per una disamina delle ragioni che osterebbero all'ammissibilità di un legato di pegno si vedano le considerazioni di C. CRISCUOLI, *La costituzione per testamento dei diritti reali limitati*, in *Circolo giur.*, 1964, 236; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato: i c.d. legati atipici*, Torino, 1990, 132; G. GORLA, *Del pegno e delle ipoteche*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna Roma, 1962, 41 ss. Tali ultimi due autori, in particolare, concludono negativamente in virtù del rilievo secondo cui anche una tale disposizione testamentaria incorrerebbe nel divieto di cui all'art. 2821 c.c. vista l'identità di *ratio* tra le due fattispecie, perché al pari dell'ipoteca anche il pegno altererebbe la *par condicio creditorum*, in virtù della sua natura di garanzia reale.

345Cfr., per tutti, D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale – Il pegno*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956, nota. 45.

occasioni agevolato per il tramite della c.d. *traditio ficta* ed in particolare della *traditio brevi manu*.

Detta ipotesi trova attuazione nell'ipotesi in cui l'acquisto del possesso mediante consegna non si verifichi in virtù dell'effettiva *traditio* del bene ma mediante una finzione dovuta alla circostanza che il soggetto da immettere nel possesso stesso già si trova nella relazione materiale con la *res* a titolo di detentore³⁴⁶.

Come è evidente, non si verifica alcun passaggio materiale, muta solamente l'atteggiamento del detentore, che tramite un atto di cooperazione negoziale del possessore muta il suo stato soggettivo.

Orbene, nel caso in cui il futuro legatario sia già nella piena disponibilità della *res* (come nel caso in cui detenga il bene a titolo di comodatario o locatario) non sembrano sorgere problemi ad ammettere un legato di possesso a piena efficacia diritta, in quanto, per il tramite di una *traditio ficta*, non si avrà una interruzione nel possesso, con il conseguenziale superamento delle suesposte obiezioni.

La problematica si sposta, allora, sulla possibilità, non ancora esplorata dalla dottrina, di effettuare non un legato di possesso, ma un legato obbligatorio avente ad oggetto il trasferimento indiretto del possesso, con il sorgere, pertanto, in capo al legatario del diritto a chiedere all'erede la stipula di un contratto di immissione del possesso.

Orbene un tale lascito deve ritenersi sicuramente da ammettere, stante la sua piena compatibilità con principi che governano la materia successoria, ed in particolare con le conclusioni cui è pervenuta la dottrina in materia di legati obbligatori e legati di

³⁴⁶Esempio classico può essere quella del proprietario che aliena il bene al detentore.

contratto³⁴⁷. Infatti, a seguito di una disposizione di tal fatta, il legatario otterrà il diritto ad ottenere la stipula di un contratto oneroso di immissione nel possesso.

Il problema sembra porsi nel caso in cui, *medio tempore*, il possessore *de cuius* o i suoi eredi acquistino in virtù di usucapione o per altra via la proprietà della cosa. In questo caso, la dichiarata impossibilità da parte del proprietario di immettere altri nel possesso, sembra indurre a ritenere che si versi in una ipotesi di impossibilità - sopravvenuta - dell'oggetto della disposizione testamentaria.

347G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, t. II, 2002, Milano, 628 ss

Bibliografia

- ABBATE, *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*, in *Corr. giur.*, 1997, 162 ss;
- AGLIARDI, *IL CONTRATTO PRELIMINARE*, PADOVA, 2008;
- ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto romano*, Palermo, 1985;
- ALPA-BESSONE-CARBONE, *Atipicità dell'illecito*, III, Diritti reali, Milano, 1994;
- ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, in *Vita notar*, 1998, 1419 ss;
- ALCARO, *Attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative (saggi)*, Napoli, 1999;
- ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita notar.*, 2, 1999, 487 ss.;
- ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, V, Torino, 1958;
- ANGELICI, *Consegna*, in *Dig. disc. priv., sez., civ.*, Torino, 1988;
- ARANGIO RUIZ, *La compravendita nel diritto romano*, Napoli, 1956;
- ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 4. Aufl, Literarisch-artistische Anstalt der J.G Gotta'schen a Buchhandlung, 1861;
- ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935;
- ASTUTI, *Contratto (dir. in.)*, in *Enc. dir.*, vol, IX, Milano, 1961;
- AULETTA, *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol, IV, *Il diritto di famiglia*, t. II, Torino, 1999;
- AULETTA, voce *Attività*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958;
- AVAGLIANO, *Appunti sugli acquisti a titolo originario per usucapione: la decisione della S.C. n. 9884 del 2 novembre 1996* in *AA.VV. (a cura della Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato)*, in *Studi e Materiali*, 1998, 524 ss.;

- BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Roma 1952;
- BARBERO, *Guerra e pace tra l'«interno» e l'«esterno» del diritto soggettivo*, in *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953;
- BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987;
- BARCELLONA, *Diritto Privato e società moderna*, Napoli, 1996;
- BASSENGE, in *Palandt, Bürgerliches, Gesetzbuch*, München, 1994;
- BELFIORE, *Azione possessoria e riforma del processo civile*, in *Giur. merito*, 1993, I, 1161 ss.;
- BENETTI, *La donazione di diritti*, in AA.VV: *La donazione (Trattato diretto da Bonilini)*, Milano, 2001;
- BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 1993;
- BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 1994.
- BIANCA, *Diritto Civile, 6, La proprietà*, Milano, 1993;
- BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. Civ., diretto da Vassalli*, II ed., 1993;
- BIANCA, *Se l'usucapione sia un titolo di acquisto derivativo*, in *Realtà sociale ed effettività della norma*, I, Milano, 2002, 1181 ss.;
- BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967;
- BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile, 1. Norme. Soggetti e Rapporto Giuridico*, Torino, 1988;
- BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile, Diritti reali*, Torino, 1988;
- BOCCHINI- E. QUADRI, *Diritto privato*, V ed., Torino, 2011;

- BONFANTE, *Corso di diritto privato romano, La proprietà*, Roma 1963;
- BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato: i c.d. legati atipici*, Torino, 1990;
- BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 2006;
- BOTTA, *Acquisto per usucapione e validità dell'atto di trasferimento dell'immobile*, in *Notariato*, 2007, 629 ss.;
- BOTTARO, *La leggi di sanatoria dell'abusivismo. Ruolo del notaio*, in *Riv. not.* 1985, 841 ss.;
- BOZZA, *Il possesso, Corso di Pandette svolto nella R. Università di Catania (1934-35)*, Napoli, 1936;
- BRETONE, *Frutti (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1968;
- BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Trattato Rescigno*, vol. IV, Torino, 1982;
- BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975;
- BURDESE, *Possesso (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961;
- CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, Milano, 1988;
- G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. II, Milano, 2002;
- CAPUTO, *Trasferimento di un immobile acquistato per usucapione non accertata in giudizio*, in *Immob. e prop.*, 2008, 39 ss. ;
- CARATOZZOLO, *Il bilancio di esercizio*, Milano, 1998;
- CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, in *Dir. e giur.*, 1945, 245 ss;
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1960;
- CARIOTA FERRARA, *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, in *Dir. e giur.*, 1966, 705 ss;
- CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933;

- CASU, *L'urbanistica nell'attività notarile*, Roma, 2008;
- CATAUDELLA, *Successioni e donazione, La donazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2005;
- R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato dei diritti reali, vol. I Proprietà e possesso*, Milano, 2010;
- CENDON, *Incauto acquisto e possesso di buona fede*, in *Foro pad.*, 1965, I, c. 982
- CESARE CONSOLO, *Trattato teorico pratico del possesso e delle azioni possessorie*, Torino, 1909;
- CHIOSI, *Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati tra collegamento negoziale e atipicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 543 ss.;
- CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, in *I possessi, Trattato del Consiglio Nazionale del Notariato, a cura di Perlingieri*, Napoli, 2005;
- CICU, *Successioni per causa di morte, Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961;
- CICU, *La filiazione*, in *Trattato Vassalli*, II, Torino, 1969;
- CILLO-D'AMATO-TAVANI, *Dei singoli contratti*, Milano, 2005
- CORAPI, *Le disposizioni aventi ad oggetto il possesso - Successioni e Donazioni*, in *Formulario notarile commentato*, a cura di Gaetano Petrelli e diretto da Giovanni Bonilini, 2009;
- CORRIAS, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv trim dir e proc. civ.*, 1998, 1005 ss;
- COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1987, 423 ss;

- COSTANZA, *Possesso e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 2008;
- COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. I. Parte generale*, Milano, 1929;
- CRISCUOLI, *La costituzione per testamento dei diritti reali limitati*, in *Circolo giur.*, 1964, 181 ss.;
- D'ORAZI, *Alienazione di beni immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, in *Riv. not.*, 2006, 81 ss.;
- DALMARTELLO, *La consegna della cosa*, Milano, 1950;
- DE CUPIS, *L'istituto giuridico dei miglioramenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 888 ss.;
- DE MATTEIS, *Alienazione dei beni civici, invalidità e rimedi*, in *Vita not*, 2004, 1745 ss.;
- DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991;
- DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia*, II ed., Milano, 2002, t. II;
- DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1933-1935;
- DEGNI, *La compravendita*, Padova, 1939;
- DEJANA, *Il diritto al risarcimento dei danni del possessore in caso di lesione del possesso*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946;
- DERNBURG, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und PreuBens: allgemeine Leheren*, in *Das bürgerliche Recht des Deutsche Reichs und PreuBens Band 2, Abteilung 1*, Halle, 1906;
- DI MAJO, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974;
- DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986;
- DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, 1984-5, 309 ss.;
- DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in *Scritti giuridici*, II, Torino,

1956;

F. MAROI, *Delle donazioni*, in *Commentario* a cura di D'Amelio, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941;

FADDA, *Il possesso (lezioni)*, Napoli, 1911;

FALZEA, voce *Comportamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985;

FEMIA, *Partecipazione associativa e rapporto giuridico*, in P. Perlingeri (a cura di), *Partecipazione associativa e partito politico*, Napoli 1993;

FERRANTE, *Negoziio giuridico. Concetto*, Milano, 1949;

FERRARA, *Amministrazione (atti di)*, voce del *Nuov dig. it.*, Torino, 1937;

FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921;

FERRARI, *Atti dispositivi di immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente ed esonero dalle visure ipo-catastali*, in *Vita notarile*, 2010, 117 ss.;

FERRI G.B., *La vendita in generale - Le obbligazioni del venditore – e obbligazioni del compratore*, in *Tratt. dir., priv.*, Rescigno, 11, III, 2 ed., Torino a cura di P. Rescigno, XI, Torino, 1984;

FERRI G.B., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 331 ss;

FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni. Art. 456-511*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di Scialoja Branca, Bologna Roma, 1997;

FORNACIARI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012;

FRANCHI, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988;

FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni,

- Milano, 2004;
- FULCINETTI, *I beni d'uso civico*, Padova, 1990, 334;
- FUNAIOLI, *La tradizione*, Padova, 1942;
- IACCARINO, *Clausole sul possesso nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2002, 54 ss.;
- GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970;
- GABRIELLI, *Rapporti tra usi civici e proprietà collettive con particolare ritardo al caso delle counelle del carso triestino*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 331;
- GALASSO, *L'oggetto della multiproprietà e la disciplina del contratto*, in *Giur. it.*, 2011, 61 ss;
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990;
- GALLO, *Il possesso. Sintesi di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 429 ss.;
- GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da F. Mengoni, Milano, 1995;
- GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 55 ss;
- GAZZONI, *Donazioni di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Riv. not.*, 2001, II, 869;
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2003;
- GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Manuali Notarili*, Padova, 2010;
- GENTILE, *Il possesso*, in *Giur. sist. civ e comm.* Bigiavi, Torino, 1965;
- GERMANÒ, *Usi civici*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, Torino, 1999; XIX;
- GIOFFRÉ, *La vendita di immobile usucapito*, in *Riv., not.*, 1998, 1000 ss.;
- GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968;
- GIUSTI, *Le azioni possessorie e di nunciazione. Artt. 1168 – 1172*, Roma, 1990;

- GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007;
- GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Vassalli, VII, t. 1, Torino (Torino), 1937;
- GORLA, *Del pegno e delle ipoteche*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna Roma, 1962;
- GRASSO, *La trasferibilità del possesso nei contratti obbligatori*, in *Contratto e impresa*, 2002, 703 ss.;
- GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, in *Dir. e giur.* 1998, 291 ss.;
- GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001;
- GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 799 ss.;
- IAMICELI, *Commento a Cass., n. 8528/96*, in *Corriere giur.*, 5, 1997, 162 ss.;
- INZITARI, *Miglioramenti*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976;
- IRTI, *Sul concetto di titolarità (persona fisica e obbligo giudico)*, *Rivista di diritto civile*, 1970, 501 ss.;
- JANNARELLI, *Beni interessi valori*, in N. Lipari, *Trattato di diritto privato europeo*, vol. II, II ed. Padova, 2003;
- JANNUZZI, *Denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964;
- JELLINEK, *La dottrina generale del diritto e dello Stato*, trad. it., di M. Petrozziello, Milano, 1949;
- LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto ed impresa*, 1985, 309 ss.;
- LA LOGGIA ALBANESE, *Manutenzione*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975;

- LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative: contributo allo studio delle situazioni giuridiche soggettive attive*, Napoli, 1995;
- LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art 2645 ter c.c.* in *Riv. Not.*, 2007, 1069 ss.;
- LAURIA, *Possessiones, età repubblicana*, I, Napoli, 1953;
- LENER, *Contratto preliminare, esecuzione anticipata e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, I, col. 669 ss.;
- F. LENT, K.H. SCHWAB, *Sachenrecht. Ein Studienbuch*, Monaco-Berlino, 1964;
- LORIZIO, *Usi civici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, XXXII;
- LUMINOSO, *Diritti personali di godimento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XI;
- LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 1998;
- LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009;
- LUZZATO, *L'a. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 905;
- LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961;
- MAIORCA, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989;
- MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 767 ss.;
- MAJELLO, *Comunione dei beni tra coniugi, 1) profili sostanziali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988;
- MANCINI, *La realtà come scelta «atipica»*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 387 ss.;
- MANTESANO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979;
- MARINELLI, *Gli usi civici*, Milano, 2003;
- MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato di diritto*

- privato, a cura di P. Rescigno, Torino, 2003;
- MASI, *L'acquisto del diritto mediante il possesso*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2002;
- MAZZONI, *Frutti*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, 1992;
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965;
- MESSINETTI, *Impresa familiare, diritto d'impresa «possesso dei diritti»*, in *Diritto di famiglia, Raccolta di scritti di colleghi e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Milano, 1982;
- MIRABELLI, *I c.d. atti di amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Scialoja*, III, *Diritto civile*, Bologna, 1953;
- MIRABELLI, *Miglioramenti e addizioni*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1968;
- MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1990;
- MONTECCHIARI, *I negozi giuridici unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996;
- MONTEL, *Il possesso*, Torino, 1962;
- MONTEL, *In tema di presunzione di buona fede*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1432 ss.;
- MOSCO, *I frutti nel diritto positivo*, Milano, 1947;
- MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942;
- NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1968;
- NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975;
- U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992;
- NICOLÒ, *La vocazione diretta e indiretta*, in *Raccolta di scritti*, t. I, Messina, 1934;
- NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959;
- NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962;

- NICOLÒ, voce *Aspettativa*, (*Dir. priv.*), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988;.
- NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., Torino, XIV, 1996;
- NICOSIA, *Il possesso, I*, (*Lezioni del corso di diritto romano 1995-1996*), Catania, 1997;
- OBERTO, *L'oggetto della vendita in generale*, in *La vendita*, a cura di M. Bin, I, Padova, 1994;
- OBERTO, *Vendita «di cose» e vendita «di diritti» nell'art. 1470*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 504 ss.;
- ONANO, *Guerra e pace tra possesso e detenzione nel preliminare di vendita di beni immobili. Nota a Trib. Cagliari, 28 ottobre 2003*, in *Riv. notar.*, 2004, II, 1197 ss;
- OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947;
- PADULA, *La vendita del possesso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 831 ss.
- A. PALAZZO, voce *Forma del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, Torino, 1992;
- PALAZZO, *Le successioni*, Milano, 2000;
- PALERMO, *Contratto di alienazione*, Milano, 1974;
- PALERMO, *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, in *Riv. dir. Civ.*, 2006, I 591 ss.;
- PALMIERI, *Vendita del possesso, un istituto «apolide» in cerca di cittadinanza*, in *Corr. giur.*, 1997, 322 ss.;
- PANUCCIO, voce *Cessione di diritti*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960;
- PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Roma, 1987;
- PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. notar.*, 1968, 346 ss.;

PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962;

PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, V ed. , Napoli-Roma, 2005;

PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, Roma-Torino-Firenze, 1879-1881;

PETRONIO, *Usi civici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLV, 930 ss.;

PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 833 ss.

PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940;

POLLICE, *Contributo allo studio del comproprietà*, Padova, 1953;

PROTETTI, *Le azioni possessorie. La responsabilità e il procedimento in materia possessoria*, Milano, 2005;

PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954;

PUGLIATTI, *Alienazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958;

QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998;

RASCIO, *Sistema positivo del diritto di possesso e proprietà*, II ed., Napoli, 1888;

RAVAZZONI, *La compravendita*, Parma, 1992;

REBECCA- M. SIMONI, *Preliminari di compravendita immobiliare*, Milano, 1998;

RESCIGNO, *Legittimazione (diritto sostanziale)*, in *Noviss. Dig., it*, Torino, 1963;

RIFKIN, *L'era dell'accesso: la rivoluzione della new economy*, Milano, 2000;

RISI, *Il possesso*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 2012;

RODIGHIERO, *L'emptio rei suae*, in [Diritto@Storia](#), 2005, n. 4, 7;

RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964;

ROMANZINI-GIACOMIN, *Le convezioni tra coniugi in vista di annullamento del matrimonio come contratti innominati*, in *Foro Pad.*, 1968, I 1002;

RONDINONE, *L'«attività» nel codice civile*, Milano, 1991;

- ROSSATO, *La Cassazione conferma la risarcibilità del danno subito dal possessore*, in *Giur. it.*, 2007;
- RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939;
- RUBINO, *La responsabilità patrimoniale – Il pegno*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956;
- RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* A. Cicu e F. Messineo, II ed., XXIII, Milano, 1971;
- SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Cicu Messineo, VII, 2°ed, Torino, 2000;
- SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1958;
- SACCO, *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960;
- SACCO, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo, VII, 1988, Milano;
- SALV. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1960;
- SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961;
- SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, vol. III e IV, Milano, 1986;
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1961;
- SAVIGNY, *Das Recht de Besitizes, Eine Civilistische Abhandlung*, Giessen Heyer, 1827, trad. it., a cura di Conticini, Firenze, 1839;
- SAVIGNY, *Trattato del possesso. Secondo i principi del diritto romano*, trad. it. di R. Andreoli, Napoli-Salerno, 1857;
- SCARLATA FAZIO, *Frutti (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969;

- SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958;
- SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1959;
- SCOZZAFAVA, *Dei beni*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1999;
- SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Bari, 1984
- SHAWAB E PRÜTTING, *Sachenrecht*, München, 1997;
- SOLARE, *Sulla dottrina del possesso del Savigny*, in *Studi per Chironi*, Milano-Torino-Roma, 1915;
- SPITALI, *L'oggetto*, in *F. Anelli, M. Sesta (a cura di), Regime patrimoniale. Trattato del diritto di famiglia* diretto da Paolo Zatti, Milano, 2002, vol. II;
- STELLA RICHTER - SGROI, *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario cod. civ.*, Torino, 1967;
- STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947;
- TALAMANCA, voce *Vendita (dir. romano)*, *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993;
- TATARANO, *Circolazione dei diritti e accesso ai beni*, in N. Lipari, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974;
- TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Milano, 1989;
- TILLOCCA, *Onerosità e gratuità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 53 ss.;
- TOMASSETTI, *Lesione del possesso e risarcimento del danno*, in *I danni nella responsabilità civile, V, I singoli danni*, a cura di Cendon, Torino, 2005;
- TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, a cura di U Carnevali, Milano, 2006;
- TOSCHI VESPASIANI, *Usucapione non accertata giudizialmente, vendita immobiliare e responsabilità del notaio*, in *Resp. civ.*, 2008, 162 ss;
- TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003;

- TROISI, *Circolazione del possesso ed autonomia privata* in Troisi e Cicero, *I possessi, Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da Pietro Perlingieri, Napoli-Roma, 2005;
- TROISI, *Possesso e comunione legale tra coniugi*, n Troisi e Cicero, *I possessi, Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da Pietro Perlingieri, Napoli-Roma, 2005;
- VERDE, *Azioni di nunciazione*, Padova, 2004;
- VITUCCI, *Acquisto per usucapione e legittimazione a disporre*, in *Giust. civ.*, 2004, 8 ss.;
- VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1973;
- VON JHERING, *Geist des rominische Rechts auf den verschiedenene Stufen sener*, Leipzig, 1906;
- VON JHERING, *Ueber den Grund des Besitzschtzes*, Iena, 1869;
- WINDSCHEID, *Diritto delle pandette, prima traduzione italiana di C. Fadda e P Ensa arricchita dai traduttori di note e riferimenti al diritto italiano vigente*, vol. II, parte 2, Torino, 1904;
- WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrenrechts*, II, 5. Aufl., Rütten und Loening, 1882;
- WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurter am Main*, 1908;
- ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943;
- ZIMMERMANN, *Des Rechtserwerb hinsichtlich eigener Sachenm ris.*, Berlin, 2001;
- ZOPPINI, *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 227 ss.;

INDICE DELLE DECISIONI

- CASSAZIONE, 16 luglio 1946, in *Foro it., Mass.*, 1946, c. 208;
- CASSAZIONE, 6 aprile 1957, n. 1197, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Possesso*, n. 54;
- CASSAZIONE, 28 maggio 1963, n. 1401, in *Rep. Foro it.*, 1963, voce *Servitù*, n. 147;
- Cassazione, 16 febbraio 1966, n. 484, in *Giust. civ.*, 1966, 1982;
- CASSAZIONE, 18 agosto 1966, n. 2249, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Miglioramenti*, n. 23;
- CASSAZIONE, 26 maggio 1967, n. 1150, in *Foro it.*, 1967, I, 2101;
- CASSAZIONE, 13 ottobre 1967, n. 2459, in *Giur. agr. it.*, 1968, 613;
- CASSAZIONE, 26 gennaio 1971, n. 174 in *Foro it.*, 1971, 342;
- CASSAZIONE, 22 luglio 1977, n. 3272, in *Giur. it.*, 1978, 2229;
- CASSAZIONE, 15 novembre 1978 n. 5272, in *Rep. Foro, it.*, 1978, voce *Vendita*, n. 66;
- CASSAZIONE, 12 gennaio 1979, n. 242, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 113;
- CASSAZIONE, 11 settembre 1980, 5224, *Foro it. Mass.*, 1980. 1014;
- CASSAZIONE, 11 ottobre 1980, n. 5449, in, *Foro it. Mass*, 1980, 1060;
- CASSAZIONE, 8 novembre 1980, n. 123 in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 288;
- CASSAZIONE, 19 febbraio 1981, n. 1004, in *Foro it.*, 1981, I, 1, 647;
- CASSAZIONE, 11 dicembre 1981, n. 6552, in *Rep. Foro it.*, 1981 voce *Possesso*, n. 16;
- CASSAZIONE, 23 gennaio, 1982, n. 456 in *Mass. Giust. civ.*, 1982, 1;
- CASSAZIONE, 15 aprile 1982, n. 2268, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, 819;
- CASSAZIONE, 6 dicembre 1984 n. 6399 in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Vendita*, n. 75;
- CASSAZIONE, 18 dicembre 1985, n. 6436, in *Rep. Giust. civ.*, 1985, voce *Possesso*, n. 31;
- CASSAZIONE, 14 marzo 1988, n. 2440 in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 3;
- CORTE COST., 3 febbraio 1992, n. 25, in *Giur. it.*, 1992, 129 e in *Giur. cost.*, 1992, 129;

CASSAZIONE, 13 luglio 1993, n. 7690, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 626;

CASSAZIONE, SEZ. UN., 22 novembre 1994, n. 9871 in *Foro it.*, 1995, I, 532.

CASSAZIONE, 12 gennaio 1996, n. 178, in *Giust. civ.*, 1997, I 215;

CASSAZIONE, 27 febbraio 1996, n. 1533, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Possesso*, n. 29;

CASSAZIONE, 27 settembre 1996, n. 8528, in *Contratti*, 1997, 468 e in *Corr. giur.*, 1997, 162;

CASSAZIONE, 12 novembre 1996, n. 9884 in *Corr. giur.*, 1997, 315;

CASSAZIONE, 20 gennaio 1997, n. 539, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 90;

CASSAZIONE, 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not.*, 1998, 493;

CASSAZIONE, SEZ. UN., 24 febbraio 1998, n. 1984, in *Foro it.*, 1998, I, 1054;

CASSAZIONE, 26 ottobre 1998, n. 10627, *Mass. Giust. civ.*, 1998, 2181;

CASSAZIONE, SEZ. UN., 22 luglio 1999, n. 500 in *Giust. civ.*, 1999, 2216;

CASSAZIONE, 13 luglio 1999 n. 7422, *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1632;

CASSAZIONE, 26 novembre 1999, n. 13184, in *Fallim*, 2000, 1363;

CASSAZIONE, 30 maggio 2000, n. 7142, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2001, I, 698;

CASSAZIONE, 28 giugno 2000, n. 8796, in *Riv. notar.*, 2001, 718;

CASSAZIONE, 7 luglio 2000, n. 9106, in *Foro it.*, 2001, I, 1, 522;

CASSAZIONE, 7 agosto 2000, n. 10372 in *Foro it.*, 2001, c. 517;

CASSAZIONE, 3 novembre 2000, n.14358, in *Riv. notar.*, 2000, 719;

CASSAZIONE, 15 maggio 2003, n. 7456, in *Fam e dir.*, 2003, 614;

CASSAZIONE, 22 luglio 2003, n. 11415, in *Notariato*, 2005, II, 169;

CASSAZIONE, 20 febbraio 2004, n. 3400, in *Dir. e giust.* 2004,21,110;

CASSAZIONE, 3 febbraio 2005, n. 2161 in *Giur. it.*, 2005, 12;

CASSAZIONE, 6 maggio 2005, n. 9396, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 9;

CASSAZIONE, 22 giugno 2005, n. 13368, in *Riv. giur. edilizia*, I, 1815;

CASSAZIONE, 26 settembre 2005, n. 18750, in *Rep. Foro it.*, 2005 voce *Possesso*, n. 23;

CASSAZIONE, 27 ottobre 2005, n. 20875 *Giust. civ. Mass.*2005, 10;

CASSAZIONE, 23 febbraio 2006, n. 4003, in *Giur. it.*, 2007, 1399;

CASSAZIONE, 05 febbraio 2007, n. 2485, in *Notariato*, 2007, 628 ed in *Vita not.*, 2007, 840;

CASSAZIONE, 28 febbraio 2007 n. 4786 in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Vendita*, n. 50;

CASSAZIONE, 5 luglio 2007, n. 15233, in *Giust. civ.*, 2008, I, 411;

CASSAZIONE, 18 febbraio 2008, n. 3955 in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 244;

CASSAZIONE, sez. un, 8 maggio, 2007, n. 7930, in *Riv. not.*, 2008, 1082;

CASSAZIONE, 19 giugno 2009, n. 14343 in *Rass. dir. civ.*, 2011, 992;

CASSAZIONE, 12 gennaio 2011, n. 534, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1126;

CASSAZIONE, 1 aprile 2011, n. 7557 in *Guida al dir.*, 2011, 23, 72;

CASSAZIONE, 28 dicembre 2011 n. 29367, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Vendita*, n. 51;

CASSAZIONE, 6 marzo 2012 n. 3464 in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Vendita*, n. 41;

CASSAZIONE, 28 giugno 2012, n. 10947 (inedita);

INDICE DELLE DECISIONI DI MERITO

CORTE APPELLO BARI, 20 febbraio 1936, in *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, 1936, 176;

TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE, 19 gennaio 1963, n. 1, in *Foro it. Rep.*, 1963, voce *Acque pubbliche e private*, 61;

PRET. CAULONIA, 30 settembre 1991, in *Giur. merito*, 1994, 300;

PRET. TORINO, 3 aprile 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 686;

PRET. RAGUSA, 13 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 1999, 1412;

TRIBUNALE CAGLIARI, 26 novembre 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 447;

TRIBUNALE TORINO, ordinanza 27.01.2010 , in *www.altalex.it*;