

DIRITTO SENZA TEMPO

Collana diretta da

A. Palma, F. de Bujan, E. del Prato, O. Diliberto e P. Giunti

Valeria Carro

**Riflessioni su possesso
e costituito possessorio
tra *corpus* e *animus***



G. Giappichelli Editore

DIRITTO SENZA TEMPO

Collana diretta da

A. Palma, F. de Bujan, E. del Prato, O. Diliberto e P. Giunti

Con la prestigiosa Condirezione degli Amici e Colleghi Federico de Bujan, Oliviero Diliberto e Patrizia Giunti, inauguro la Collana Diritto senza tempo. La Collana intende essere luogo di riflessione di giuristi di diversa formazione su tematiche che per la loro forza e drammaticità si collocano ai confini della riflessione scientifica sul diritto, ovviamente a partire dal diritto romano, inteso come personificazione della crisi e come luogo della costante ricerca della verità.

Ma la verità non può essere posseduta e l'uomo può attingerne solo parte. Il diritto romano studiato presso tutti i popoli del mondo realizza in sé l'universale metamorfico con percorsi mai pienamente individuabili.

Esso ha oggetti sempre rinnovati e rinnovabili, è sempre se stesso, è sempre diverso ed il suo rinnovamento non può mai arrestarsi.

È per essenza diritto senza tempo, è come la Monade parmenidea, ente in entificazione, è nello stesso tempo essere in sé ed essere che si fa essere.

La Collana raccoglie, dunque, scritti di diritto romano e di diritto tout court, raccoglie esperienze storicamente collocabili ma tenta anche di ricostruire i fondamenti di quella lunga memoria identitaria che è il proprium costitutivo della natura umana.

ANTONIO PALMA

Valeria Carro

Riflessioni su possesso
e costituito possessorio
tra corpus e animus



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2445-5

ISBN/EAN 978-88-921-7615-7 (ebook - pdf)

Il presente volume è stato pubblicato previa valutazione scientifica condotta attraverso il sistema della double-blind peer review. Le valutazioni dei revisori sono conservate dalla Casa editrice.

Volume pubblicato con i Fondi di ricerca dipartimentale dell'Autrice anni 2019-2022.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

a Daniela e Vincenzo

Ancora una volta esprimo la mia profonda gratitudine per i preziosi consigli e l'inserimento della monografia in questa Collana al Professore Antonio Palma, ai Condirettori Professori Federico de Bujan, Enrico del Prato, Oliviero Diliberto e Patrizia Giunti e ai revisori della Collana.

Dedico a Daniela e Vincenzo e con loro a tutta la mia famiglia, mia 'luce nel buio del mondo' e fonte inesauribile di amore.

Capitolo I

Il possesso nel diritto romano tra *corpus* e *animus*: dall'antichità alla modernità

SOMMARIO: 1.1. Il possesso tra diritto romano e prospettive future: il *corpus* e l'*animus*. – 1.2. Le origini del possesso tra situazione di fatto e situazione di diritto.

1.1. *Il possesso tra diritto romano e prospettive future: il corpus e l'animus*

Malgrado il possesso rappresenti un tema classico degli studi giuridici, l'evoluzione della società sollecita la comunità scientifica a sempre nuove riflessioni e prospettive di indagine sulle situazioni possessorie.

Non a caso Pietro Bonfante scriveva: “la nozione del possesso è la più controversa del diritto” ... “la genesi, la ragione della sua difesa, il più grande rovello della storia e della dottrina”¹.

¹P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. III. *Diritti reali*, Milano, 1972, 178; ID., *Corso di diritto romano*. I. *Teoria del possesso* (1905-1906). *Lezioni*, Padova, 1906, 11 ss. Sull'istituto, tra gli altri: L. VACCA (cur.), *Le situazioni possessorie*, Napoli, 2018; C.A. CANNATA, *Scritti scelti di diritto romano* (cur. L. VACCA), Torino, 2011; T. DALLA MASSARA, *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *Teoria e storia del dir. priv.*, 4, 2011, 1 ss.; G. NICOSIA, *Il possesso nella pluriseco-*

Il diffuso e comune rispetto dei rapporti di possesso che si attuano quotidianamente rispecchia la moderna consapevolezza di vivere in una società giuridicamente organizzata, ma genera la convinzione che ogni mutamento di uno stato di possesso è da interpretarsi quale turbamento dell'ordine vigente che va, quindi, necessariamente ristabilito.

In ciò il possesso assolve ad una funzione di garanzia dell'ordine pubblico consentendo di risolvere i conflitti relativi alla materiale disponibilità delle cose e all'esercizio di poteri di fatto su queste, in virtù di un criterio di riscontro costituito dall'essere nella condizione di possessore.

In tale prospettiva la tutela del possesso² può apparire un'esigenza fondamentale che nascerebbe non tanto dalla considerazione del possesso quale immagine della proprietà, ma più specificamente dalla necessità di tutelare la pace socia-

lare esperienza romana. Profilo storico-dogmatico, in *Silloge. Scritti 1956-1996* II, Catania, 1998, 759 ss.; ID., s.v. *Possesso nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 79 ss.; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985; G. WESENER, *Ius possessionis*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70 Geburtstag* (Heraus. D. MEDICUS, H.H. SEILER), München, 1976, 159 ss.; H.P. BENÖHR, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht*, in *RG*, 3, 1972; C.A. CANNATA, s.v. *Possesso (Diritto romano)*, in *NNDI*, XIII, 1966, 323 ss.; ID., 'Possessio', 'possessor', 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero romano. *Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca romana*, Milano, 1962; F. BOZZA, *La nozione della possessio*. I. *Epoca preclassica*. II. *Epoca classica*, Siena, 1964; M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln, 1956; M. LAURIA, *Note sul possesso*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, ora in *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, 438 ss.; A. CARCATERRA, 'Possessio'. *Ricerche di storia e di dommatica*, Roma, 1938, rist. Roma, 1967, 116 ss.; F. BOZZA, *Sull'origine del possesso*, in *AUMA*, 6, 1931, 189 ss.; C. FADDA, *Il possesso. Lezioni*, Napoli, 1911; E. KLEIN, *Sachbesitz und Ersitzung*, Berlin, 1891; E.I. BEKKER, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig, 1880; I. ALIBRANDI, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871.

²R. VON JHERING, *Über den Grund des Besitzeschutzes: eine Revision der Lehre vom Besitz*, Jena, 1869, tr. it. F. FORLANI, *Sul fondamento della protezione del possesso: una revisione della teoria del possesso*, Milano, 1872.

le contro la violenza privata, in ciò configurandosi la cd. *Friedenstheorie*³.

Il recente processo di dematerializzazione della ricchezza e il conseguente venir meno della fisicità quale requisito indispensabile dei beni, tuttavia, rendono sempre più necessaria una revisione sia degli istituti attraverso i quali il diritto disciplina l'appartenenza delle cose agli individui sia degli elementi che la tradizione storica individua come costitutivi del possesso quali il *corpus* e l'*animus*.

L'esigenza di una rinnovata morfologia del possesso comporta continui studi di questo istituto ed in particolare delle problematiche connesse alla sua circolazione e delle vicende ad esso collegate. Ciò anche al fine di innovare, nel rispetto della garanzia della certezza del diritto, il regime pubblicitario della circolazione dei beni mobili.

Lo stesso F.C. von Savigny sosteneva che il fondamento della protezione del possesso si trovava nel rapporto esistente tra il fatto stesso del possesso e la persona del possessore. Ed è proprio tale rapporto che nella società moderna rileva ai fini della semplificazione della circolazione dei beni.

Del resto, è significativo che lo stesso *Draft Common Frame of Reference* ha scelto una classificazione dei beni che supera il tradizionale e storico dualismo possesso/detenzione e che BGB e ZGB, rispettivamente al § 854 e al § 920, collocano la disciplina possessoria attorno all'univoco concetto di potere di fatto esercitato sopra una cosa.

Nel codice civile tedesco, in particolare, si accoglie una nozione di possesso estesa ad ogni potere di fatto sulla cosa: la detenzione per conto di altri, qui, viene riportata al possesso inteso quale istituto destinato a proteggere l'utilizzazione economica della cosa attraverso la tutela dell'attività di colui che è in contatto con essa.

³ F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Giessen, 1803, tr. it. R. ANDREOLI, P. CONTICINI, *Il diritto del possesso. Trattato civile*, Firenze, 1839-1857.

La distinzione tra possesso e detenzione fondata sull'*animus rem sibi habendi* accolta nel diritto romano classico ritorna, invece, nel § 309 dell'ABGB ove si distingue tra il possessore che tiene la cosa con l'intento di averla per sé con autonomia decisionale e il detentore che ha a disposizione la cosa, ma ne riconosce la signoria altrui.

Nel nostro ordinamento il possesso quale proprietà *in fieri* e, quindi, a immagine di un diritto che non può che essere reale, è disciplinato nel codice civile alla fine del libro III dedicato ai beni, alla proprietà e agli altri diritti reali, specificamente nell'articolo 1140 cod. civ.

Il concetto di possesso fu accolto già nel codice civile del 1865 che collocava l'istituto nel II libro dedicato alla proprietà e affermava, in base all'articolo 690, che il possesso era privo di "effetto giuridico", se "possesso delle cose, di cui non si può acquistare la proprietà".

L'istituto sopravvive con evidenza dal diritto romano, in quanto *res facti* produttiva di effetti giuridici, ma in esso è chiara anche l'influenza esercitata per certi aspetti dal diritto germanico e dalla dottrina canonica.

In particolare, la nozione dell'istituto nel diritto italiano, ispirandosi al diritto romano, si basa su *corpus* e *animus*. Più in particolare, la disciplina dell'acquisto dei diritti dei beni mobili *a non domino* deriva, invece, dal diritto germanico, mentre il principio in base al quale nell'azione di reintegrazione la difesa si applica anche alla detenzione e allo spoglio non violento deriva dal diritto canonico⁴.

⁴E. CONTE, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna, 2009; L. HEUSLER, *Die Gewere*, Weimar, 1972; W. ALBRECHT, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts Königsberg*, Aalen, 1967; L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, 39; F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia. Possessi e domini*, II, Città di Castello, 1915; L. HEUSLER, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, 2, Leipzig, 1885, 1 ss. Sull'evoluzione diacronica del possesso v.: L. GAROFALO, *Itinerari della romanistica italiana*, in *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC* (Roma, 10-11 ottobre 2014), (cur. L. VACCA),

Più in dettaglio va sottolineato che nel diritto germanico l'istituto corrispondente al possesso era la *Gewere* che si sostanziava in un potere di fatto sulla cosa quale concetto strettamente legato all'atto di vestire la mano con un guanto quale segno per il riconoscimento della potestà sulla cosa.

In tale istituto la ragione giuridica di godimento di una cosa e non la semplice ragione di fatto era necessaria ai fini della tutela differentemente dall'esperienza giuridica romana che la prevedeva a prescindere dal diritto.

La *Gewere* era, dunque, l'esercizio del relativo diritto finché di questo non si provava l'esistenza.

Grande influenza sul possesso nel nostro ordinamento è stata esercitata anche dal diritto canonico che ampliò la difesa del possesso estendendo l'*actio spolii* a tutelare da un lato la detenzione e dall'altro il possesso di diritto, anche personale e, perfino, di famiglia.

In un primo momento si esercitò l'*exceptio spolii* concessa a chi era stato ingiustamente spogliato delle sue cose e comunque accusato da chi aveva commesso lo spoglio e da altri.

Si arrivò, poi, all'*actio spolii* che seguì il passaggio da una forma di tutela contro lo spoglio ad un vero e proprio istituto di tutela processuale del possesso⁵.

Del diritto canonico chiara è l'influenza nel dettato dell'articolo 1168 co. 2 cod. civ. che attribuisce al detentore l'azione di

Napoli, 2017, 1 ss.; ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008; C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi di unificazione del diritto europeo*, in *Studi in memoria di G. Impallomeni*, Milano, 1999, 50 ss.; ID., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, (cur. L. VACCA), Milano, 1997, 73 ss. In particolare si veda: R. MAZZON, *Il possesso. Usucapione, azioni di reintegrazione e di manutenzione, denuncia di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 2011; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Onere probatorio e giudizi di rivendica*, in *Diritto@Storia, Ius Antiquum* 19, 2007, 1 ss. Cfr. artt. 1153, 1168 cod. civ.

⁵U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992; A. MONTEL, *Il possesso*, Torino, 1962, 12. Cfr. Can. 1694 e 1699.

reintegrazione quando questi agisce a difesa della posizione del possessore e non quando agisce a tutela della propria posizione: “L’azione è concessa altresì a chi ha la detenzione della cosa, tranne il caso che l’abbia per ragioni di servizio o di ospitalità”.

Nel diritto romano, infatti, la tutela possessoria non si estendeva alla detenzione. Lo fu in casi eccezionali in età post-classica.

Anche il codice civile vigente statuisce nell’articolo 1145 che “il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto”; ma si aggiunge che “nei rapporti tra privati è concessa l’azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico”.

L’articolo 1140 co. 1 sulle orme dell’esperienza giuridica romana definisce il possesso quale potere di fatto “sulla cosa che si manifesta in un’attività corrispondente all’esercizio della proprietà o di altro diritto reale” cui si può rapportare l’articolo 832 cod. civ. secondo cui “il proprietario ha il diritto di godere e di disporre delle cose, quale signoria della persona sulla cosa che prescinde dal diritto di possedere”⁶. Qui l’*animus* non è menzionato in modo esplicito.

Rispetto al codice del 1865 il codice vigente esplicita il rapporto tra situazione di fatto e l’attivarsi di una situazione di diritto coordinando il potere sulla cosa con il suo esteriorizzarsi in una attività ‘corrispondente all’esercizio di un diritto reale’.

La proprietà è definita diritto mentre il possesso è definito potere ove nella proprietà il diritto è la causa e il potere l’effetto mentre nel possesso il potere è la causa e il diritto è l’effetto.

Il potere del possessore è giuridicamente rilevante nella mi-

⁶ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in A. CICU-F. MESSINEO continuato da L. MENGONI, *Trattato*, Milano, 2014, 73; F. ALCARO, *Il possesso*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e F.D. BUSNELLI, Milano, 2003; M. MARRONE, *Appunti sul possesso romano e sul possesso nel codice civile italiano*, in *Studi in onore di G. Musotto*, III, 1980, 291 ss.

sura in cui si espliciti sulla cosa in termini corrispondenti al contenuto della proprietà o di altro diritto reale. Il potere sulla cosa rappresenta così la manifestazione della situazione di fatto.

Il possesso, pertanto, è un potere giuridico rispetto al quale il procedimento di qualificazione normativa è diretto non mediato da un titolo giuridico, contratto o altro fatto giuridico.

L'articolo 1140 co. 2 cod. civ. postulando l'esigenza dell'*animus* quale elemento costitutivo autonomo rispetto al *corpus* (co. 1) stabilisce che "si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona che ha la detenzione della cosa".

L'articolo esprime così l'adesione del nostro ordinamento alla teoria soggettiva del possesso di Savigny in quanto malgrado in esso l'*animus* non sia menzionato è pur vero che nel co. 2 la norma distingue tra possesso e detenzione accogliendo così il sistema soggettivo cioè l'esigenza dell'*animus* quale autonomo elemento costitutivo accanto al *corpus*.

La teoria soggettiva di Savigny nel fondare il possesso su *corpus* e *animus* e postulare la distinzione tra possesso e detenzione ha notevolmente influenzato i codici francese, italiano e austriaco, mentre i codici tedesco e svizzero si sarebbero basati sulla teoria oggettiva di R. von Jhering secondo il quale non è l'*animus domini*, ma la *causa possessionis* a distinguere il possesso dalla detenzione.

L'*animus* nel nostro ordinamento non è solo la volontà di esercitare il potere e l'attività umana come espresso dal co. 1 dell'articolo 1140 cod. civ., ma è la volontà di esercitare un diritto reale.

Tale volontà si manifesta in un comportamento corrispondente al contenuto del diritto medesimo: "L'*animus*, così, non è solo volontarietà del fatto, ma ottiene rilievo autonomo in funzione della distinzione del fatto volontario come possesso in senso tecnico da mera detenzione"⁷.

La stessa funzione dell'elemento spirituale risulta essere

⁷ A. MONTEL, *Il possesso*, cit., 35.

chiara, del resto, nell'articolo 1141 cod. civ. in quanto in esso si deduce che il potere di fatto non basta a costituire il possesso ove sia configurabile l'*animus*.

A tal proposito è rilevante ricordare che proprio la giurisprudenza di merito ha sentito l'esigenza di sottolineare il ruolo di *corpus* e *animus* in tema di pubblicità del possesso.

Il possesso, così, non si esaurisce nel *corpus*, il quale nella accezione di materiale disponibilità della cosa, può mancare temporaneamente senza venir meno del possesso.

La conservazione del possesso, infatti, non richiede l'esplicazione di atti concreti e continui di esercizio essendo sufficiente che il bene si trovi nella disponibilità ideale del possessore: qualora il possessore eserciti un controllo totale sulla cosa, il potere su essa può manifestarsi anche senza una relazione fisica immediata⁸.

Dalla divisione tra possesso e disponibilità materiale del bene ha origine il concetto di detenzione nel senso di materiale relazione con la cosa e il possesso in nome altrui in cui si presuppone la presenza dell'*animus detinendi* e il riconoscimento in altri da parte del titolare della qualità di possessore della cosa su cui si esercita il potere.

Nel nostro ordinamento l'attività corrispondente all'esercizio di proprietà o altro diritto reale è l'elemento che differenzia il possesso dalla detenzione indicando, così, l'ammissione dell'esistenza di un parallelismo tra possesso e diritto.

Il codice civile recepisce la distinzione possesso/detenzione dal diritto romano, ma non definisce la detenzione limitandosi a stabilirne la funzione in rapporto al possesso.

⁸Cass. civ. Sez. II, 29.1.2016 n. 1723: "Il possesso [o la detenzione] può essere conservato 'solo animo', purchè il possessore [o il detentore] sia in grado di ripristinare 'ad libitum' il contatto materiale con la cosa, sicchè, ove tale possibilità sia di fatto preclusa da altri o da una obiettiva mutata situazione dei luoghi, l'elemento intenzionale non è, da solo, sufficiente per la conservazione del possesso [o della detenzione] che si perde nel momento stesso in cui è venuta meno l'effettiva disponibilità della cosa".

L'articolo 1141 cod. civ. disciplina, appunto, il mutamento della detenzione in possesso: "Si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato a esercitarlo semplicemente come detenzione.

Se alcuno ha cominciato ad avere la detenzione non può acquistare il possesso finché il titolo non venga ad essere mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il possessore. Ciò vale anche per i successori a titolo universale".

In tale articolo l'elemento spirituale è più evidente.

Qui il potere di fatto, però, è sufficiente a dar vita alla detenzione senza corrispondenza all'esercizio di proprietà o altro diritto reale. Pertanto, dimostrato il fatto del possesso si presume l'*animus rem sibi habendi*⁹.

Nel silenzio normativo, la detenzione è intesa come mero esercizio di un potere di fatto sulla cosa, tramite il quale si realizza in via mediata il possesso altrui conformemente alla tradizione romanistica.

La detenzione, pertanto, si configura come la disponibilità di fatto della cosa in nome altrui che prescinde dall'elemento psicologico del soggetto e non produce effetti giuridici.

Nel nostro ordinamento, dunque, non si possono interpretare gli articoli del codice civile prescindendo dall'elemento psicologico del possesso che corrisponde al 'potere' e all'attività relativa all'esercizio della proprietà o altro diritto reale.

La dottrina dell'*animus* è, pertanto, collegata alla distinzione tra possesso e detenzione che rispecchia l'antitesi *possessio / possessio naturalis* risalente al diritto romano.

Va sottolineato, tuttavia, che nella realtà giuridica moderna

⁹Cass. civ. 18.12.1964 n. 2918: "Ai fini dell'usucapione ordinaria, si presume che l'alienante, il quale non ha consegnato la cosa, ne abbia conservato il possesso, salva la prova della esistenza di contrarie convenzioni, ovvero la dimostrazione, da fornirsi anche mediante testimoni, del comportamento materiale del compratore, contrastante con l'*animus rem sibi habendi* dell'alienante".

proprio il superamento del criterio di distinzione tra possesso e detenzione fondato sulla natura del diritto a immagine del quale è esercitato il potere, potrebbe condurre a soluzioni più opportune nelle ipotesi in cui, ad esempio, il godimento del bene è destinato a evolversi in proprietà per volere delle parti.

Si è pensato, in particolare, al *rent to buy*, il contratto introdotto nel nostro ordinamento dal decreto “Sblocca Italia”, D.L. n. 133/2014 convertito in Legge n. 164/2014, che fonde un contratto di locazione e un preliminare di vendita di immobile e consente ad un soggetto di essere conduttore di un immobile e diventarne proprietario alla scadenza prestabilita pagando un canone in rate mensili assimilabili a un affitto.

Risulta, così, evidente che una concezione dinamica della proprietà permetterebbe di riconoscere al possesso un ruolo risolutivo nella attuale complessità della definizione dei problemi concernenti i criteri di appartenenza delle *res* a determinati soggetti alla luce della priorità da attribuire alla sua destinazione alla produzione di utilità¹⁰.

In conclusione seppure il nostro ordinamento si ponga in una condizione di continuità con la tradizione giuridica antica si è già sottolineato come oggi si senta sempre di più la necessità di valorizzare la definizione del possesso non solo in termini di potere, ma anche in termini di autonomia concettuale collegata al valore d'uso dei beni.

¹⁰ Su tali tematiche C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, Napoli, 2016 ed ivi ampia letteratura. Cfr. sul possesso: A. TOMASETTI, *Il possesso*, Torino, 2005; Sul trasferimento del possesso: F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita not.*, 1999, 487 ss.; M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*, in *Vita not.*, 1998, 1422 ss.; G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, in *Dir. giur.*, 1998, 291 ss. Sul preliminare di vendita: F. BESOZZI, *Preliminare di vendita e azione di esatto adempimento*, in *Contratti*, 2022, 444 ss.; A. ABBATE, *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*, in *Contratti*, 1997, 468 ss. Sul concetto di dematerializzazione dei beni: M. CIAN, s.v. *Dematerializzazione*, in *ED, Annali*, II, Milano, 2008, 313 ss.

Solo in tale ottica, infatti, si potrebbe esprimere la relazione di materiale disponibilità tra un soggetto e la *res*, oggetto di cessione, nei termini di un'attribuzione patrimoniale, evidenziando il collegamento tra passato e presente che va identificato nei modelli diversi di emersione della negoziabilità di una situazione possessoria.

Tale prospettiva consentirebbe, così, di teorizzare che anche una situazione possessoria – per tradizione definita quale situazione di fatto e, di conseguenza, non idonea a circolare *inter vivos* – possa, invece, circolare e comporterebbe la semplificazione, così, della relazione soggetto/*res* agevolando la circolazione dei beni nel rispetto della certezza del diritto.

Si potrebbe ricorrere, pertanto, ad un contratto atipico di immissione nel possesso nel diritto moderno e, invece, in termini storici relativamente al diritto romano¹¹, ad una manifestazione di volontà idonea a plasmare il suo contenuto.

In più un'attenta e approfondita analisi delle fonti condotta in tale nuova prospettiva potrebbe, tra l'altro, indurre a credere in una componente giuridica del possesso che permetterebbe di arrivare ad individuare nel possesso una sorta di diritto soggettivo attraverso l'espressione del potere della volontà contenuto nel possesso¹².

¹¹ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. II.1. *La proprietà*, Roma, 1926, 177.

¹² Più in dettaglio va sottolineato che l'articolo 1470 cod. civ. dispone che la "vendita è un contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo". Avendo tale norma ad oggetto il trasferimento di diritti, è evidente che l'eventuale contratto avente ad oggetto il trasferimento del possesso dovrebbe risultare nullo per impossibilità dell'oggetto. Ma l'attribuzione al possesso di un rilievo autonomo farebbe individuare nel possesso un diritto soggettivo – inteso come affievolito in quanto esso può essere estromesso dal proprietario in un qualsiasi momento – e ne permetterebbe così la circolazione anche attraverso le forme contrattuali indipendentemente dal diritto reale corrispondente. La giurisprudenza, tuttavia, si discosta rispetto a tale orientamento e non ritiene ammissibile il trasferimento del

Ciò nella prospettiva di avviare un processo di liberalizzazione dei rapporti tra soggetto e cosa e di configurare una fattispecie di effetti da cui possano scaturire vantaggi e prerogative e che esprima, quindi, un valore economico.

Ciò nella consapevolezza, altresì, della necessità di un allontanamento del possesso dalla configurazione di una situazione di fatto, quale risulta dalle fonti antiche recepite dalla tradizione storica.

Se il possesso viene interpretato come bene patrimoniale e, quindi, commerciabile, esso può essere oggetto di un contratto traslativo che trasferirebbe, a questo punto, non una situazione di fatto ma 'il bene possesso' con rilievo patrimoniale, semplificando, così, le dinamiche relative alla circolazione della ricchezza ed, in particolare, alla teorizzazione della circolazione del solo possesso.

Questo porterebbe anche a configurare un contratto reale di immissione nel possesso che comporterebbe l'acquisto a titolo derivativo dello stesso con conseguenti effetti nei confronti dei terzi.

Una tale prospettiva di ricerca, di conseguenza rende indispensabile uno studio diacronico che arrivi a tracciare il ruolo del possesso nell'attualità partendo dalle origini dell'istituto nel quale i giuristi romani riconoscevano, invece, una situazione di disponibilità di fatto in cui si trovava un soggetto in relazione ad una cosa verso cui questi si comportava come signore¹³.

Una situazione di disponibilità di fatto significava, dal punto di vista materiale, il *corpore possidere* e dal punto di vista intenzionale, l'*animus*, la volontà di conservare e difendere la *res*.

Tali elementi sono storicamente fondamentali alla comprensione dell'evoluzione delle situazioni possessorie e rilevanti anche per la configurazione dei mezzi di trasferimento del posses-

possesso con contratto in quanto con esso si trasferiscono diritti e non mere situazioni di fatto. Cfr. sul tema: Cass. civ. Sez. II, 30.1.2017 n. 2295.

¹³ A. BURDESE, s.v. *Possesso (Diritto romano)*, in *ED*, XXXIV, Milano, 1985, 452 ss.

so quali la *traditio brevi manu* e il *constitutum possessorium*.

In particolare, il *constitutum possessorium*, in virtù del quale pur non essendovi consegna della cosa c'è trasferimento del possesso, è stato configurato come un modo di acquisto del possesso a titolo derivativo che si delinea quando il precedente possessore diventa detentore e il nuovo diventa tale senza la consegna della cosa.

Non vi è qui che il mutamento dello stato soggettivo come nella *traditio brevi manu* in cui, però, il precedente detentore della cosa diviene proprietario per effetto di un titolo che cambia la natura del potere di fatto esercitato sulla cosa stessa.

È importante sottolineare che la configurazione di tali istituti non appare del tutto chiara nelle fonti antiche e tuttora il ruolo di entrambi è al centro dei dibattiti dottrinali in tema di tutela della certezza del diritto.

Basti pensare agli studi sul costituito possessorio implicito, istituto valutato con disfavore in quanto già nella successione a titolo universale e nell'accessione del possesso sono individuate ipotesi di trasferimento automatico del possesso. A tale proposito rileva, per la dottrina, la valutazione, caso per caso, nei contratti ad effetti reali, dove la consegna del bene è successiva, per stabilire se l'alienante rimane possessore fino alla consegna o è detentore rispetto all'acquirente che è possessore indipendentemente dalla consegna.

In tale contesto, pertanto, rileva il titolo, il contenuto del contratto e l'*animus*.

Tali argomentazioni, pertanto, affondando le loro radici nella tradizione giuridica antica presuppongono un'analisi delle origini storiche della formulazione dei concetti di *animus* e *corpus* nell'esperienza giuridica romana e della loro funzione relativamente alle dinamiche inerenti al possesso.

In diritto romano la corrispondenza tra il potere sulla cosa e il contenuto del diritto reale identificava il tipo di possesso.

Principale tipo era senz'altro il possesso che corrispondeva al contenuto della proprietà ovvero il possesso di chi disponeva della cosa come proprietario.

Nel tempo si distinsero, poi, i cd. possessi minori, i possessi, cioè, non proprietari corrispondenti al contenuto della superficie, dell'enfiteusi, dell'usufrutto, della servitù e del pegno, figure riconosciute meritevoli di tutela analoga a quella prevista per il possessore *uti dominus*, ma estranee alla nozione propria di possesso.

La nozione di *possessio* era ricollegabile a differenti matrici risalenti all'età arcaica, ma non pervenne ad una organica definizione nemmeno nel pensiero della giurisprudenza classica.

Se in età classica si contrapponeva il possesso alla proprietà è certo significativo il fatto che in età postclassica si attenuò la contrapposizione del possesso al concetto di situazione di diritto, cioè di proprietà riconosciuta a un soggetto dall'ordinamento giuridico.

L'identificazione del possesso con l'esplorazione di un potere corrispondente all'esercizio di un diritto reale, pertanto, non appare una concezione del possesso originaria, ma tarda.

In base ad essa in età giustiniana il possesso era una situazione interinale riconosciuta e tutelata dal diritto in quanto sfociasse nell'acquisto della proprietà.

Soltanto in sede di interpretazione dei testi di diritto romano di età storica, poi, la dottrina del diritto romano comune¹⁴ distinguerà il possesso dalla detenzione quali situazioni di disposizione di fatto in ordine ad una cosa, ma accompagnata solo la prima dall'intenzione di tenere la cosa stessa come propria secondo l'espressione classica *animo possidere* o *animus possidendi* e l'espressione giustiniana di *animus*.

¹⁴L. VACCA (cur.), *Le situazioni possessorie*, cit.; L. VACCA (cur.), *Le proprietà*, Napoli, 2015; L. VACCA, *Possesso e acquisto della proprietà. Saggi romanistici* (cur. G. ROSSETTI) Torino, 2015; ID., *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Padova, 2012; ID., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniani*, Padova, 2006; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e signoria in Roma antica*, I, Roma, 1994, 185 ss.; ID., s.v. *Proprietà (Diritto romano)*, in *ED*, XXXVII, Milano, 1988, 201 ss.; A. BURDESE, s.v. *Possesso (Diritto romano)*, cit., 452 ss. Sul costituito possessorio implicito e sulla volontà delle parti cfr. Cass. civ. 24.3.2014 n. 6893; Cass. civ., Sez. II, 18.4.2003 n. 6331.