

può essere risolto in termini di situazione soggettiva, sia essa di fatto oppure di diritto⁹⁹. Il possesso, prima ancora che situazione giuridica soggettiva, è, innanzitutto, una fattispecie complessa, cui l'ordinamento riconnette determinati effetti a seconda del suo concreto manifestarsi. Fattispecie affatto particolare – caratterizzata da un “comportamento univocamente orientato alla fruizione attuale e futura della cosa” – che s'inserisce nella dinamica produttiva di effetti giuridici e dalla quale discende la si-

tuazione possessoria, che rappresenta la sintesi degli effetti del possesso¹⁰⁰. 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 possesso¹⁰¹.

Sì che, non è esauribile la problematica del possesso nell'alternativa *res facti* o *res iuris*. L'essenza del fenomeno non è tutto fatto e neppure tutto effetto¹⁰².

CRISTIANO CICERO

Capitolo II

Acquisto, perdita e successione nel possesso

Riferimenti normativi: art. 1147 c.c.

Bibliografia: ALCARO F., *Note in tema di trasferimento del possesso*, in VN, 1999, 487 ss.; BIANCA C.M., *La proprietà*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 1999; BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 1988, 369 ss.; CANNATA C.A., voce “*Possesso (dir. rom.)*”, in NDI, XIII, Torino, 1966, 323 ss.; GAZZONI F.M., *Manuale di diritto privato*¹³, Napoli, 2007; GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, in *SIur*, 2010, 22 ss.; GRASSO G., *La ‘trasferibilità’ del possesso nei contratti obbligatori*, in *CeI*, 2002, 703 ss.; MASTROPAOLO F., *Questioni attuali in tema di possesso*, in *RCDP*, 1984, 329 ss.; PATTI S., *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *RDC*, 2003, I, 149 ss.; SACCO R., CATERINA R., *Il possesso*², in *Tratt. Cicu, Messineo*, VII, Milano, 2000; SANTORO PASSARELLI F., *Il trasferimento del possesso nel contratto ad efficacia reale*, in *Ordinamento e diritto civile*, Napoli, 1988; TROISI B., *I possessi*, in *Tratt. Perlingieri*, III, 9, Napoli, 2005.

Sommario: **1.** Il possesso come situazione di fatto e la disciplina della sua circolazione. **2.** Il quadro dei problemi posti dalla circolazione del possesso. **3.** La circolazione del possesso nella recente giurisprudenza. **4.** Gli artt. 1141 c.c. e 1146 c.c. nella cornice dei problemi della circolazione del possesso. **5.** Il dibattito sulla c.d. vendita del possesso. **6.** Gli argomenti in favore della c.d. vendita del possesso. **7.** I problemi applicativi, con particolare attenzione alla prospettiva notarile.

1. Il possesso come situazione di fatto e la disciplina della sua circolazione

All'interno del regime che il codice civile ri-

serva al possesso, le disposizioni riguardanti la circolazione di quest'ultimo – se con tale espressione s'intende evocare il com-

⁹⁹ FALZEA A., *Comportamento*, cit., 685, nt. 68; TROISI B., *Comunione legale e «acquisto» del possesso*, in *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, 2008, 16.

¹⁰⁰ TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, cit., 28.

¹⁰¹ TROISI B., *Comunione legale e «acquisto» del possesso*, cit., 17.

¹⁰² FALZEA A., *Comportamento*, cit., 689, nt. 68.

plesso dei fenomeni di acquisto, perdita e successione del medesimo – sono soltanto l'art. 1141 c.c. e l'art. 1146 c.c.

In particolare, al secondo comma dell'art. 1141 c.c. è disciplinata l'ipotesi del mutamento della detenzione in possesso. Viene dunque qui in rilievo la figura cui la tradizione romanistica attribuisce il nome di *traditio brevi manu*, la quale ricorre allorché sia modificato – per l'appunto, da detenzione a possesso – il titolo in base al quale il soggetto tiene la cosa; e così, affinché possa ritenersi realizzata *traditio brevi manu*, il secondo comma dell'art. 1141 c.c. stabilisce che debba verificarsi interversione, per causa proveniente dal terzo o per opposizione: e precisa poi che la medesima regola vale anche per i successori a titolo universale.

Con l'art. 1146 c.c., invece, è dettato il regime della successione e dell'accessione del possesso.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, si prevede che il possesso continui nel successore a titolo universale con effetto dall'apertura della successione; per quanto attiene alla seconda ipotesi, ossia allorché si verifichi un fenomeno di trasferimento del diritto a titolo particolare, è data all'avente causa la facoltà di rendersi continuatore del possesso del dante causa al fine di goderne gli effetti: è questo il caso dell'*accessio possessionis*.

Appare chiaro, dunque, come i fenomeni dell'acquisto, della perdita e della successione del possesso siano disciplinati in maniera piuttosto frammentaria. Per la gran parte, la loro regolamentazione necessita di essere desunta dai principi generali.

Come si è detto, l'art. 1141 c.c. e l'art. 1146 c.c. assumono rilievo all'interno del tema – *lato sensu* considerato – della circolazione del possesso: e tuttavia è di immediata evidenza che all'idea di circolazione del pos-

sesto risulta d'ostacolo la nozione stessa di possesso, perlomeno ove si continui a intenderla come situazione di fatto.

Ancorché a tal proposito sia opportuno far rinvio alla trattazione specificamente dedicata al concetto di possesso¹, è però necessario che qui almeno si rammenti la definizione che l'art. 1140 c.c. fornisce del possesso in termini di «potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale».

L'idea tradizionale del possesso come situazione di fatto appartiene a una solida tradizione del diritto privato europeo. È sufficiente pensare all'art. 2228 del *code* del 1804, ove la *possession* era definita come «*la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom*» (e quella disposizione era poi ricalcata dall'art. 685 del codice italiano del 1865); ma è utile anche il confronto con il § 854 BGB, il quale esordisce affermando che «*der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben*».

Si usa affermare che il riconoscimento del possesso risponde all'esigenza di adeguare il profilo di diritto a quello di fatto: *ex facto oritur ius*; inoltre, il dato – per così dire – “fisico” rappresentato dal *rem tenere* rileva sotto il profilo della più efficace realizzazione di una pacifica e civile convivenza, quale si ottiene con la tutela del possesso, rispetto al rischio rappresentato dalla ragion fattasi².

Risalendo alle origini della tutela del possesso, si potrebbe aggiungere che con esso trova emersione l'aspetto della localizzazione (*Ortung*) del potere esercitato, secondo un'idea che emerge fin già dall'etimo di *possessio* e *possidere*, ove si ravvisa la giun-

¹ Si veda, in questo Trattato, *supra*, sub art. 1140.

² Cfr., tra molti, SACCO R., CATERINA R., *Il possesso*², in *Tratt. Cicu, Messineo*, VII, Milano, 2000, 17 ss.; SACCO R., voce “*Possesso (dir. priv.)*”, in *ED*, XXXIV, Milano, 1985, 491 ss.

zione tra le due radici *pot* (o *poss*) e *sedes*, ovvero tra le idee di potere e di luogo³.

Un'osservazione ancora merita di essere svolta: l'idea del possesso in termini di *res facti* non risulterebbe messa in discussione ove fosse accolta l'opinione secondo cui l'elemento soggettivo dell'*animus* non sarebbe da ritenersi parte costitutiva – assieme all'elemento oggettivo – della nozione di possesso⁴. Dunque il dibattito cui si allude, che sottopone a critica la ricostruzione del possesso collegabile piuttosto direttamente alla dottrina savigniana (senza dubbio dominante, ancorché non incontrastata, ove solo si rammenti che a essa si era autorevolmente opposto Jhering)⁵, può rima-

nere a margine rispetto alle considerazioni che qui si stanno svolgendo.

D'altra parte, una rapida panoramica sulle fonti del diritto privato europeo tende a confermare tanto il radicamento della nozione di possesso nell'idea di potere di fatto, quanto la sua costruzione nei termini tradizionali sopra rammentati: l'art. 1:205, libro VIII, del *Draft Common Frame of Reference* definisce il possesso come il controllo fisico diretto o indiretto sulla cosa; quindi, l'art. 1:206 definisce il proprietario-possessore come la persona che esercita il controllo fisico diretto o indiretto sulle cose con l'intenzione di fare ciò, come se fosse il proprietario⁶.

³ D'altra parte, già dalla definizione labeoniana riportata da Paolo nel libro 54 *ad ed.*, in D. 41, 2, 1 pr. (*possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci katoc»n*) emerge con chiarezza il collegamento del potere di fatto con il luogo. Per un inquadramento romanistico, CANNATA C.A., voce "Possesso (*dir. rom.*)", in *NDI*, XIII, Torino, 1966, 323 ss.; BURDESE A., voce "Possesso (*dir. rom.*)", in *ED*, XXXIV, Milano, 1985, 452 ss. Si noti come il riferimento al "luogo" torni anche nel sostantivo tedesco *Besitz* (e nel corrispondente verbo *besitzen*), nel quale è traccia della radice indicante il luogo, la *sedes*, appunto, su cui il potere si esprime, a conferma del rapporto di necessità che collega i due poli concettuali nell'idea di possesso; sulla concezione propria della tradizione germanica, *Gewere*, per la quale era decisiva la relazione materiale in cui veniva a realizzarsi il potere effettivo sulla cosa – *tatsächliche Gewalt* –, cfr. SACCO R., CATERINA R., *Il possesso*², cit., 54 ss.; inoltre, WOLFF M., in ENNECERUS L., KIPP TH., WOLFF M., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, Marburg, 1913, 11 ss.

⁴ Cfr., sul punto, TENELLA SILLANI C., voce "Possesso e detenzione", in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, 18 ss.; PATTI S., *Possesso*, in *Il diritto. Enc. giur.*, XI, Milano, 2007, 267 s. La necessità del profilo dell'*animus* è però ribadita di recente da C. civ., 26.4.2011, in *GI*, 2012, 295 ss., con nota di CARBONE E., *Presunzione legale di possesso e regola di giudizio per l'usucapione*; si veda anche CARBONE E., *Animus. Elemento soggettivo e imputazione legale degli effetti*, Napoli, 2010.

⁵ Cfr. VON SAVIGNY F.C., *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*⁷, Wien, 1865; in senso critico, VON JHERING R., *Der Besitzwille. Zugleich eine kritik der Herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889. Nel senso di una svalutazione dell'elemento soggettivo, nella nostra dottrina, DE MARTINO F., *Del possesso, della denuncia di nuova opera e di danno temuto*⁵, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1984, 525 ss. Il requisito dell'*animus* è sottoposto a critica soprattutto per i problemi che comporta dal punto di vista probatorio: problemi che ricorrono ogni qual volta si tratti di dar conto dell'esistenza di uno stato soggettivo. Secondo BIANCA C.M., *La proprietà*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 1999, 728 ss., l'acquisto del possesso non sarebbe impedito dall'incapacità del soggetto, né dalla sua ignoranza di avere la cosa presso di sé: il che conduce a valutare la non essenzialità dell'*animus possidendi*. Su questi profili, MASTROPAOLO F., *Questioni attuali in tema di possesso*, in *RCDP*, 1984, 329 ss. Una generale revisione dei requisiti del possesso, in senso rigorosamente oggettivo, è stata di recente proposta da PATTI S., *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione. Note a Cass., sez. un., 27.3.2008, n. 7930*, in *NGCC*, 2008, II, 284 ss.; in precedenza, PATTI S., *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *RDC*, 2003, I, 149 ss.

⁶ Nell'apparato di commento della c.d. *Full Edition* si legge, nel solco della tradizione romanistica, che «*the notion of possession is common to all European legal systems. Although differences may appear from system to system, the concept of possession in all of them attaches to the factum of exercising actual physical*

Si tratta di una concezione del possesso che, dunque, permane basata sulla presenza di un elemento oggettivo, il potere di fatto sulla cosa, nonché di un elemento soggettivo, l'intenzione di tenere la cosa come propria.

Orbene, una volta ribaditi i profili essenziali della nozione di possesso, più chiara appare la cornice entro la quale si collocano i problemi collegabili alla sua circolazione: in particolare, merita ora interrogarsi intorno alla forma giuridica che, oltre agli artt. 1141 c.c. e 1146 c.c., è immaginabile che assumano i fenomeni di acquisto, perdita e successione del possesso.

2. Il quadro dei problemi posti dalla circolazione del possesso

Secondo l'opinione tradizionale, ogni vicenda collegata alla circolazione della titolarità del possesso si risolverebbe in una vicenda di acquisto del possesso a titolo originario. In questa prospettiva, occorre pertanto che in capo al soggetto possessore sia riconoscibile il potere di fatto sulla cosa, nonché l'*animus possidendi*.

In altri termini, ogni fenomeno di passaggio del possesso si verificherebbe in forza di un atto unilaterale.

Il paradigma di riferimento resterebbe quello rappresentato dall'*adprehensio* del bene; e quand'anche il passaggio del possesso avvenga in presenza di un consenso – implicito o manifesto – che si realizzi tra il precedente e il nuovo possessore, non per questo risulterebbe posta in discussione la natura originaria e unilaterale dell'atto di acquisto del possesso.

Dall'altro lato si colloca l'opinione di chi dubita della necessità di questi caratteri.

Il ricorrere della figura dell'*adprehensio*

andrebbe circoscritto al caso classico dell'impossessamento di *res nullius*, mentre si realizzerebbe un acquisto a titolo derivativo ogni qual volta il possessore stabilisca una relazione con la cosa a seguito di una consegna, effettiva o simbolica, del bene: in questi casi sarebbe ravvisabile un fenomeno di trasmissione del possesso⁷.

In tale prospettiva, risulterebbe assorbita entro il fenomeno dell'acquisto derivativo anche la già richiamata ipotesi – contemplata dal secondo comma dell'art. 1141 c.c. – della *traditio brevi manu*, nella quale il detentore diviene possessore.

Fenomeno di identica natura, ma di segno contrario, sarebbe poi quello rappresentato dal costituito possessorio, con cui il possessore riserva a sé la detenzione: in questo caso si darebbe luogo alla perdita del possesso, con contestuale passaggio di quest'ultimo a vantaggio di altro soggetto. Occorre d'altro canto avvertire che la distinzione tra acquisto del possesso a titolo originario e a titolo derivativo assume un significato eminentemente descrittivo, almeno nella misura in cui non sia abbandonata l'idea fondamentale – su cui ci si è dianzi soffermati – di possesso come *res facti*. In altri termini, anche quando si evochi un acquisto a titolo derivativo del possesso, non per ciò sarebbe configurabile una vicenda che propriamente presenti i profili di un trasferimento della *vacua possessio rei*.

Se di acquisto a titolo derivativo si intenda parlare, ciò può soltanto significare in concreto che il riconoscimento di una tal quale derivatività comporta una speciale rilevanza della causa giustificativa dell'acquisto. Per quanto detto sopra, non si è in presenza di un titolo traslativo: però, per un verso,

control over a movable; the existence of a particular right to do so is in this respect irrelevant. Possession in most legal system consists of two elements: the corpus element, relating to the actual physical control exercised over the movable, and the animus element, which refers to the intention with which the possessor exercises physical control».

⁷ Per l'impiego delle categorie di acquisto a titolo originario e acquisto a titolo derivativo, tra molti, BIANCA C.M., *La proprietà*, cit., 745.

allorché sussista un consenso sul passaggio del possesso, si reputa richiesta una minore «energia»⁸ per l'acquisto del potere di fatto rispetto al caso in cui quel consenso manchi; per altro verso, in ipotesi di acquisto derivativo, l'attenzione merita di appuntarsi sul fondamento della consegna.

Il valore giuridico della consegna – da intendersi in sé come atto astratto⁹ – è differente a seconda della ragione in base alla quale essa è effettuata: in concreto, proprio in considerazione di ciò può ricavarci argomento nel senso del sussistere degli elementi – oggettivo e soggettivo – costitutivi del possesso; inoltre, dato per esistente il possesso, è quindi possibile scrutinare se si tratti di un possesso quale potere di fatto corrispondente alla proprietà o a un diritto reale limitato; oppure potrà ravvisarsi il sussistere della detenzione.

Si è appena fatto riferimento alla consegna: se non v'è da dubitare della sua natura di atto astratto, non indifferente rispetto al rilievo che essa assume nella determinazione dello stato di appartenenza – possesso o detenzione – e delle sue caratteristiche è la soluzione che si adotti in ordine ad altri aspetti della natura della *traditio*. Si allude all'oscillazione delle opinioni che spaziano tra chi vede in essa natura di atto giuridico in senso stretto e chi invece è propenso a riconoscere quella di negozio bilaterale, però con molte e diffe-

renti caratterizzazioni¹⁰. Diverso, in effetti, sarebbe per ciascun caso il rilievo della volontà in relazione alla determinazione dello stato di appartenenza.

Le considerazioni sin qui espresse hanno tratto sviluppo dall'idea fondamentale del possesso inteso come *res facti*: e proprio su tale base si è osservato che la distinzione tra acquisto del possesso a titolo originario e a titolo derivativo riveste un significato fondamentalmente descrittivo.

Differenti sarebbero invece le conclusioni allorché fosse accolta l'opinione che spinge in senso espansivo la revisione della tutela riconosciuta al possesso: e ciò in particolare allorché la spinta conduca oltre il limite rappresentato dall'idea di possesso come “situazione giuridica soggettiva”¹¹, fino a trattare il possesso alla stregua di un diritto o – secondo parte della dottrina – di una “utilità” oggetto di circolazione.

Solo in tal caso di un vero e proprio acquisto del possesso a titolo derivativo sarebbe consentito parlare: ma di questa prospettiva si dirà più estesamente allorché si tornerà sulle possibili forme di “vendita” del possesso¹².

3. La circolazione del possesso nella recente giurisprudenza

I problemi inerenti alla circolazione del possesso sono stati oggetto di trattazione, da parte della giurisprudenza, soprattutto in occasione di una presa di posizione delle

⁸ Così MONTEL A., voce “Possesso”, in *NDI*, XIII, Torino, 1966, 222. L'espressione, di valore evocativo piuttosto che tecnico-giuridico, allude principalmente alla prova degli elementi costitutivi del possesso: prova che si fa più rigorosa quando il possesso sia, anziché “consentito”, intrapreso *invito domino*.

⁹ Cfr. FUNAIOLI C.A., *La tradizione*, Padova, 1942, 213 ss.; DALMARTELLO A., *La consegna della cosa*, Milano, 1950, 203; SACCO R., CATERINA R., *Il possesso*², cit., 239; GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007, 65.

¹⁰ Cfr. ANGELICI C., voce “Consegna”, in *Digesto civ.*, III, Torino, 1989, 468 ss.; FUNAIOLI C.A., voce “Consegna”, in *ED*, IX, Milano, 1961, 131 ss.

¹¹ Si veda BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 1988, 369 ss., ove in specie si ritiene «superabile la, in certo senso tradizionale, concezione del possesso quale mero fatto e, ormai, comune convinzione che si tratti, invece, di vera e propria situazione soggettiva», essendo il possesso «complemento del diritto (reale) sul bene».

¹² Su ciò, cfr. *infra*, par. 5.

Sezioni Unite della Suprema Corte del 2008, in tema di contratto preliminare di vendita con effetti anticipati¹³.

Senza entrare nel merito dei problemi posti da questa ben nota figura contrattuale¹⁴, basti qui rilevare che i giudici hanno riconosciuto nell'immissione nel godimento del bene – che costituisce il tratto caratterizzante del preliminare a effetti anticipati – l'inizio di una situazione di detenzione (qualificata) e non già di possesso, da ciò deducendo che, una volta trascorso il termine ordinario per

l'usucapione, il bene non potesse ritenersi acquistato in proprietà.

Prescindendo anche dall'argomentazione prospettata dai giudici in ordine alla modalità di costruzione di quel preliminare – nel quale sarebbe realizzato il collegamento tra un contratto di comodato e uno di mutuo¹⁵: dal che si ricava che il promissario acquirente risulterebbe immesso in una situazione di detenzione e non già di possesso¹⁶ –, davvero decisiva in funzione del discorso che si va svolgendo è la configura-

¹³ Cfr. C. civ., 27.3.2008, n. 7930: la si può leggere in *Gdir*, 2008, 19, 23 ss., con nota di PIRRUCCIO P., *Possibile rivendicare la proprietà solo se muta il titolo del possesso*; in *NLCC*, 2008, I, 1044, con nota di SCALITI G., *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, nonché in *NLCC*, 2008, II, 284 ss., con commento di PATTI S., *Consegna del bene*, cit.; quindi in *CorG*, 2008, 1090 ss., con nota di PUCE R.P., *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*; in *Not*, 2008, 391 ss., con commento di GIULIANO G.; in *Contr*, 2008, 1002 ss., con commento di CAVICCHI D. Sulle posizioni espresse dalla dottrina in argomento, si veda SCALITI G., *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata*, cit., 1051 s. L'orientamento preso con la decisione a Sezioni Unite del 2008 è stato più recentemente confermato da C. civ., 25.1.2010, n. 1296, in *NGCC*, 2010, I, 712 ss., con nota di NOCERA I.L., *Contratto preliminare, possesso e detenzione: analisi morfologico-funzionale del c.d. preliminare ad effetti anticipati*; nonché C. civ., 1.3.2010, n. 4863, in *GI*, 2011, 552 ss., con nota di LONGOBUCCO F., *Contratto preliminare 'ad effetti anticipati' e accordo atipico di accessione del possesso: una questione di interpretazione*.

¹⁴ Su cui si veda la fondamentale C. civ., S.U., 27.2.1985, n. 1720, in *GC*, 1985, II, 1630 ss., con chiara definizione dell'architettura che caratterizza il preliminare e il definitivo nel caso di immediata immissione nel godimento; nella giurisprudenza più recente, tra molte, C. civ., 15.7.2006, n. 16937, in *RC*, 2007, 788 ss., con nota di TOSCHI VESPASIANI F., *Il contratto preliminare, l'obbligo di dare e i limiti di cumulabilità tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*. In generale sulla figura, DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991; CENNI D., *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *CeI*, 1994, 1108 ss.; SICCHIERO G., *Il contratto preliminare*, in *Tratt. Roppo*, III, *Effetti*, Milano, 2006, 403 ss. Nella prospettiva che qui viene in rilievo, DELFINI F., *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare-definitivo di compravendita: recenti orientamenti giurisprudenziali e temi di interesse notarile*, in *RN*, 1991, in specie 645 ss.; più di recente, ma senza riferimenti alla sentenza a Sezioni Unite del 2008, n. 7930, BALANTE A., *Preliminare ad effetti anticipati e consegna del bene prima della stipula del definitivo*, in *Contr*, 2009, 527 ss.

¹⁵ In generale sul collegamento, SCOGNAMIGLIO R., voce "Collegamento negoziale", in *ED*, VII, Milano, 1960, 375 ss.; GAZZONI F.M., *Manuale di diritto privato*¹³, Napoli, 2007, 820 ss. Di recente, BARBA V., *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, I, Napoli, 2008, 25 ss.

¹⁶ Che con il comodato si dia luogo a detenzione e non a possesso risulta indiscusso: C. civ., 30.3.1995, n. 3811, in *RFI*, 1995, voce "Possesso", 42. La linea argomentativa seguita dai giudici nella decisione a Sezioni Unite del 2008 è riconducibile essenzialmente a un contributo di GAZZONI F.M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *RN*, 2001, 723 ss., il quale interveniva a commento della coppia di sentenze della Suprema Corte del 2000, la n. 8796 e la n. 14358: «in assenza del titolo traslativo, costituito dal contratto definitivo, le attribuzioni poste in essere dai promettenti sono provvisorie e quindi giustificabili in termini obbligatori, nel senso che essi si impegnano per un verso a non ripetere la somma e per altro verso a non pretendere la restituzione della cosa, in entrambi i casi fino a quando e se il definitivo sarà concluso. [...] In sostanza è come se i promettenti ponessero in essere, da un lato, un mutuo gra-

zione che viene proposta della nozione di possesso.

Il *primum movens*, da cui scaturiscono anche le conclusioni in ordine all'(in)usucapibilità del bene, è rappresentato proprio dalla constatazione che il possesso non è situazione di diritto, bensì di fatto; e da ciò si ricava che il possesso è intrinsecamente idoneo a costituire oggetto di atti di disposizione.

In questa prospettiva si coglie il senso dell'affermazione dei giudici secondo cui il possesso «non può essere trasferito per contratto separatamente dal diritto del quale esso costituisce l'esercizio, considerato che un'attività non è mai trasmissibile, ma può essere solo intrapresa, e l'intrasmissibilità è maggiormente evidente in ordine al possesso, in quanto l'attività che lo contraddistingue deve essere accompagnata dall'*animus possidendi*»¹⁷.

Dunque il possesso rappresenta una situazione puramente fattuale, da verificarsi con attenzione al caso di specie: pertanto di tale situazione non è possibile disporre per via negoziale. Il possesso è un'attività, la quale non può essere trasferita, ma solo realizzata; giacché il possesso non si trasferisce se non unitamente al diritto del quale esso costituisca esplicazione, il possesso si acquista sempre originariamente e mai a titolo derivativo.

Risulta quindi confermata l'idea, antica e rigorosa, secondo cui il possesso non è *ius*: e se non è *ius* (sicché non v'è *actio*; e in effetti nel diritto romano classico la tutela del possesso era rimessa soltanto alla conces-

sione degli interdetti pretori), allora una manifestazione di volontà non potrebbe bastare a spostarne la titolarità.

Il piano di diritto non interseca quello di fatto, con la conseguenza che qualsivoglia strumento convenzionale si rivelerebbe idoneo al trasferimento del possesso; invece, la situazione di fatto può solo essere oggetto di accertamento in quanto tale.

Si tratta del punto d'approdo più coerente rispetto alla premessa rappresentata dalla nozione di possesso delineata nell'art. 1140 c.c.

Eppure non si potrebbe negare ogni fondatezza dei ragionamenti sopra svolti con riguardo alla possibilità di raffigurare – per lo meno a livello descrittivo – un acquisto derivativo del possesso. Così per esempio, all'interno del sistema tedesco (che pure adotta un'idea di possesso quale potere di fatto) il § 854 BGB consente che «*die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerb, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben*»; dunque si ammette che l'accordo fra il precedente possessore e l'acquirente sia sufficiente all'acquisto, quando l'acquirente sia in condizione di esercitare il potere di fatto sulla cosa.

Si segnala, infine, che le conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte sarebbero state di segno opposto allorché si fosse accolta un'idea di detenzione in termini di situazione di diritto, anziché di fatto (ovverosia allorché si fosse diversificata la considerazione della detenzione rispetto a quella del

tuito e, dall'altro, un comodato, al fine di permettere, alla controparte, di disporre di una somma e di lucrare gli interessi o di godere gratuitamente della cosa» (così, in specie, GAZZONI F.M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore?*, cit., 731).

¹⁷ Critico sul percorso logico seguito dai giudici PATTI S., *Consegna del bene*, cit., 284 ss., secondo il quale è l'esistenza del contratto preliminare a determinare il fatto che si tratti di detenzione, con la conseguenza che: *a*) la detenzione è una situazione di diritto e non di fatto; *b*) l'elemento soggettivo è irrilevante in ordine alla configurabilità del possesso. Così, se v'è un titolo, ricorre la situazione di diritto, ossia la detenzione; se invece non v'è il titolo, ricorre la situazione di fatto, il possesso. Invece l'*animus* rileva solo ai fini dell'interversione, ossia del passaggio da detenzione a possesso: in tal caso si determina una situazione *contra ius*, nel senso che essa non è più conforme al titolo, in ragione del mutato *animus* del soggetto.

possesso)¹⁸. In effetti, i giudici avevano riconosciuto che con il preliminare a effetti anticipati si sarebbe realizzata un'immissione nella detenzione – non idonea a condurre all'usucapione –, sicché occorre dire che se la detenzione fosse situazione che trova fondamento in un titolo di diritto (per esempio, il contratto in forza del quale il promissario acquirente è immesso nel godimento), con superamento dunque dell'impostazione piuttosto tratatizia, ma forse non troppo meditata, in base alla quale possesso e detenzione sarebbero entrambe situazioni di fatto distinguibili soltanto in ragione dell'*animus*¹⁹, allora si dovrebbe concludere nel senso della cedibilità per via negoziale della detenzione.

A suffragio di quest'impostazione si potrebbero rilevare le difficoltà che la prassi già evidenzia rispetto alla prova dell'elemento psicologico onde giungere alla distinzione tra possesso e detenzione; difficoltà spesso insuperabili, se non facendo leva sulla considerazione del fatto che il soggetto abbia iniziato a godere del bene sulla base di un certo contratto, dal quale sarebbe possibile desumere in via presuntiva l'esistenza di un corrispondente tipo di atteggiamento psicologico.

Sta di fatto, però, che la Suprema Corte non distingue, quanto alla natura fattuale,

tra possesso e detenzione: e, per questa via, impiega il medesimo ragionamento allo scopo di escludere comunque la possibilità di disporre negozialmente di qualsivoglia situazione di fatto.

4. Gli artt. 1141 c.c. e 1146 c.c. nella cornice dei problemi della circolazione del possesso

Come si è evidenziato fin da principio, la legge espressamente prevede, al secondo comma dell'art. 1141 c.c., un'ipotesi di acquisto del possesso.

Risulta ivi descritta l'ipotesi della *traditio brevi manu*, ossia di modificazione del titolo in base al quale il soggetto tiene la cosa da detenzione a possesso: perché possa ritenersi realizzata *traditio brevi manu*, dovrebbe essere provata l'interversione, per causa proveniente dal terzo o per opposizione²⁰.

In tal caso si realizza dunque un'immutazione del titolo di un godimento già in essere.

Alla luce di quanto sin qui osservato, meglio si comprende l'idea tradizionale secondo cui «essendo il possesso uno stato di fatto, l'acquisto è in ogni caso originario e trova luogo mediante atto unilaterale anche se avvenga con consenso del precedente possessore (tradizione) o se la cosa fosse già

¹⁸ In tal senso, PATTI S., *Possesso*, cit., 267 s., secondo cui «potere di fatto in quanto corrispondente a quello di un diritto reale è quello del possessore il quale può esercitare questo potere anche attraverso un soggetto diverso, il detentore, il quale tuttavia – a mio avviso – non esercita un potere di fatto, poiché il potere è basato su un titolo. Si tratta di una situazione giuridica derivata da un contratto (locazione, comodato, appalto ecc.), oppure collegata all'adempimento di un obbligo. In ogni caso si tratta di una fattispecie disciplinata dalla legge, di una situazione (non di fatto), di diritto». Siffatta costruzione dovrebbe poi integrarsi con la precisazione secondo cui la prova della detenzione andrebbe completata con quella di un titolo: valido ed efficace, secondo C. civ., 17.6.1996, n. 5555, in *RFI*, 1996, voce "Possesso", 81, oppure senza necessità dei requisiti di validità ed efficacia, stando a C. civ., 9.10.1991, n. 10606, in *RFI*, 1991, voce "Possesso", 60. Ma coerentemente, se la situazione è da ritenersi di diritto, sembra corretto richiedere che il titolo sia valido ed efficace (mentre il titolo potrebbe essere invalido nel caso del possesso).

¹⁹ Cfr. MONTEL A., voce "Detenzione (diritto civile)", in *NDI*, V, Torino, 1960, 555: «la realtà è che possesso e detenzione hanno lo stesso contenuto, la differenza consistendo in ciò che il possessore esplica l'attività *per sé*, in nome proprio, laddove il detentore la esplica in nome altrui, cioè *in nome del possessore*, il quale possiede a mezzo suo» (corsivi dell'Autore).

²⁰ Sui profili dell'interversione, C. civ., 28.11.2008, n. 28420, in *Not*, 2009, 136 ss., nonché C. civ., 4.4.2006, n. 7817.

in precedenza detenuta dall'acquirente»²¹. Altra ipotesi è quella del costituito possessore, ossia del passaggio inverso in base al quale il possessore divenga detentore a mezzo di una dichiarazione di volontà con cui affermi di riservare per sé la detenzione del bene del quale era in precedenza in possesso.

Rispetto all'impostazione di fondo secondo cui la situazione possessoria costituisce *res facti* da accertarsi volta per volta, occorre peraltro ribadire che il nostro ordinamento conosce, per effetto dell'art. 1146 c.c., il fenomeno della successione nel possesso, di cui al 1° co. di tale disposizione, e quello dell'accessione del possesso, di cui al 2° co., quali figure di modificazione legale del titolo in base al quale un soggetto tiene la cosa; e si tratta di figure legali che sono in grado di andare oltre la considerazione meramente fattuale della situazione, come ve ne sono poi altre sparse nel codice²².

Nel primo caso, il successore a titolo universale continua il possesso del dante causa²³; nel secondo caso, allorché si verifichi un fenomeno di trasferimento a titolo particolare, è prevista l'*accessio possessionis*, ossia la continuazione del possesso del dante causa in quello dell'avente causa.

In queste ipotesi è dunque la legge a stabili-

re che il successore, nell'un caso a titolo universale e nell'altro a titolo particolare, ha il possesso del bene, nonché da quale momento egli l'abbia, a prescindere dalla considerazione dello stato delle cose.

Con riferimento all'*accessio possessionis*, la quale sembrerebbe più efficacemente prestarsi ad avvalorare l'idea che sia configurabile una forma negoziale di trasmissione del possesso, sembra possano evidenziarsi due considerazioni.

In primo luogo, con l'art. 1146, 2° co., c.c. non è regolato il trasferimento del possesso, quanto piuttosto è offerta al successore a titolo particolare la facoltà di unire a proprio vantaggio il tempo del proprio possesso rispetto a quello del dante causa. Sicché, a ben vedere, la disposizione riguarda la giunzione dei tempi del possesso, non la trasferibilità (e comunque *ope legis*, non per via negoziale) di quest'ultimo²⁴.

In secondo luogo, se nel meccanismo della norma una forma di passaggio del possesso si realizza, comunque tale passaggio dipende strettamente da quello del diritto sul bene che forma oggetto anche del possesso: sicché nell'art. 1146, 1° co., c.c. non è disciplinato il modificarsi della situazione di fatto, bensì è previsto che alla situazione di diritto (proprietà o altro diritto reale limitato) sia agganciata la situazione di fatto²⁵.

²¹ MONTEL A., voce "Possesso", cit., 367.

²² Così si può ritenere che l'art. 1146 c.c., nell'articolazione dei suoi due commi, integri una fattispecie di possesso "fittizio", almeno se per tale si intenda un possesso che è di fatto "creato" dalla legge. Sotto questo profilo assimilabili sono le ipotesi – per il resto molto differenti l'una dall'altra – di cui all'art. 460, 1° co., c.c., sul possesso nel quale è immesso il chiamato all'eredità senza necessità di una sua materiale apprensione; all'art. 1167, 2° co., c.c., ove si prevede che sia come non avvenuta l'interruzione del possesso qualora sia stata proposta l'azione per recuperare quest'ultimo e questo sia stato effettivamente recuperato; all'art. 1168, 1° co., c.c., che prevede una sorta di continuazione del possesso per un anno dopo lo spoglio violento o clandestino onde chiedere la reintegrazione del possesso stesso; all'art. 1140, 2° co., c.c., sul possesso mediato che si realizza per mezzo di chi abbia la detenzione della cosa.

²³ Dunque il possesso del dante causa è presupposto di operatività rispetto alla successione nel possesso: cfr. C. civ., 26.6.2007, n. 14760.

²⁴ Si veda, sul punto, PATTI S., *Consegna del bene*, cit., 287; similmente, secondo GAZZONI F.M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore?*, cit., 73, nella norma sull'*accessio possessionis* «non c'è trasferimento, ma, se del caso, unione temporale di un possesso che inizia ad altro che è cessato». In giurisprudenza, C. civ., 14.2.2006, n. 3177.

²⁵ Cfr. SANTORO PASSARELLI F., *Il trasferimento del possesso nel contratto ad efficacia reale*, in *Ordinamen-*

Ne discende che resta fatto salvo, anche sotto questo profilo, il principio del “doppio binario” tra situazione di diritto e situazione di fatto.

L'impostazione generale che appare avvalorata è quella secondo cui il possesso si acquista nel momento in cui il soggetto inizia di fatto l'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale; al di là della materiale apprensione del bene, il passaggio del possesso potrebbe immaginarsi solo in corrispondenza con quello del titolo che costituisca o trasferisca il diritto reale.

5. Il dibattito sulla c.d. vendita del possesso

I ragionamenti fin qui sviluppati con riguardo alla disponibilità negoziale del pos-

sesso – avendo diretto riferimento al contratto preliminare di compravendita a effetti anticipati – sono per larga parte identici a quelli che hanno guidato la giurisprudenza nel negare, in ogni sua forma, la possibilità di una “vendita” del possesso.

In altri termini, si è posta la questione della validità dell'accordo avente per oggetto la vendita del puro e semplice possesso di un bene, anche al di fuori del caso specifico del preliminare a effetti anticipati²⁶; e si tratta di una questione cui la prassi notarile, impegnata assai frequentemente a dar conto del passaggio del possesso dal cedente al cessionario, dà risposte assai varie se non talora addirittura imprevedibili (come confermerebbe

to e diritto civile, Napoli, 1988, 231. Cfr. C. civ., 11.12.1981, n. 6552, nonché C. civ., 16.3.2010, n. 6353: in particolare quest'ultima precisa che «in tema di accessione nel possesso, di cui all'art. 1146 c.p.c., 2° co., affinché operi il trapasso del possesso dall'uno all'altro dei successivi possessori e il possessore a titolo particolare possa unire al proprio il possesso del dante causa è necessario che il trasferimento trovi la propria giustificazione in un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà o altro diritto reale sul bene, per cui, stante la tipicità dei negozi traslativi reali, l'oggetto del trasferimento non può essere costituito dal trasferimento del mero potere di fatto sulla cosa».

²⁶ Sul tema della c.d. vendita del possesso, PADULA L., *La 'vendita del possesso'*, in *RTDPC*, 1990, 831 ss.; GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, in *DG*, 1998, 291 ss.; GRASSO G., *La 'trasferibilità' del possesso nei contratti obbligatori*, in *CeI*, 2002, 703 ss.; ALCARO F., *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *VN*, 1999, 487 ss. Alla questione dedica ampio spazio TROISI B., di recente ne *I possessi*, in *Tratt. Perlingieri*, III, 9, Napoli, 2005, 203 ss., con riferimenti di dottrina e giurisprudenza; inoltre, TROISI B., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003. Di recente, GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, in *Slur*, 2010, 22 ss., nonché, monograficamente, ID., *La circolazione traslativa del possesso*, cit. I sostenitori della c.d. vendita del possesso che fanno richiamo al diritto romano (così, per esempio, lo stesso Troisi, nei luoghi appena citati, con richiamo a LAURIA M., *Possessiones. Età repubblicana*, I, Napoli, 1953, 63 ss., sul punto però non realmente d'ausilio, nonché a DUSI B., *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1956, 312), per accreditare la loro opinione, cadono però in equivoco nella ricostruzione della struttura dell'*emptio venditio*: il fatto che dal contratto romano non derivasse il passaggio del *dominium*, bensì per il venditore l'obbligo di consegna della cosa nonché di garantire al compratore il pacifico godimento della stessa (per tutti, ARANGIO RUIZ V., *La compravendita nel diritto romano*, Napoli, 1956, 128 ss.) non significa affatto che l'*emptio venditio* si risolvesse in un'*emptio possessionis*. La configurazione della responsabilità per evizione in capo al venditore prova già di per sé che il possesso non costituisce l'oggetto del contratto, il quale è comunque funzionalizzato al passaggio della titolarità del bene, a prescindere poi da una ricostruzione del rapporto tra momento obbligante e momento traslativo che, nell'opinione di taluni studiosi, si fa molto più stretto (in tal senso, con marcate differenze rispetto alla tradizionale impostazione di Arangio-Ruiz, PUGLIESE G., *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in VACCA L. [a cura di], *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, Torino, 1997, 39 ss.). In argomento, mi permetto di rinviare anche a DALLA MASSARA T., *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in GAROFALO L. (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, Padova, 2007, 279 ss.

una panoramica sulle formule utilizzate in atti²⁷).

In specie, con C. civ., 27.9.1996, n. 8528, si era giudicato nullo l'accordo di cessione del possesso per impossibilità dell'oggetto, facendosi discendere tale conclusione dal fatto che il possesso costituisce un'attività, necessariamente accompagnata dall'*animus possidendi*, la quale non è negozialmente trasferibile, salva l'eccezione legale – così si dice – dell'art. 1146, 1° co., c.c.²⁸.

Tralasciando di portare l'attenzione sull'aspetto dell'*animus possidendi* (che – come detto in precedenza – coinvolge profili della nozione di possesso estranei al tema direttamente in esame), emerge che il nocciolo del ragionamento dei giudici è rappresentato dalla constatazione della "fattualità" della situazione possessoria, da cui è ricavato argomento nel senso della sua intrasferibilità.

Il riferimento che in tale sentenza compare all'art. 1146, 1° co., c.c., poi, trova spiegazione alla luce di quanto sopra osservato: con la successione nel possesso il nostro codice realizzerebbe il superamento *ope legis* della situazione strettamente fattuale nella quale consiste il possesso, e ciò ancorché si sia osservato che con l'art. 1146 c.c. la modificazione della condizione di fatto dipende sempre da quella della situazione di diritto (proprietà o altro diritto reale limitato); né è necessario qui ripetere che la rego-

la sull'*accessio possessionis* (contenuta al secondo comma di quella stessa disposizione) è da intendersi nel senso che sia consentita la somma dei tempi del possesso, non già la trasferibilità di quest'ultimo, che rimane comunque inconcepibile.

La medesima conclusione (*id est* la nullità del contratto di vendita del possesso) veniva confermata da C. civ., 12.11.1996, n. 9884, però in tal caso facendo leva specificamente sulla considerazione dell'oggetto del contratto di vendita²⁹.

Si affaccia, in sostanza, l'identico ragionamento basato sull'indisponibilità del possesso inteso come *res facti*, salvo che tale ragionamento è collocato entro la cornice più ristretta dell'art. 1470 c.c. e degli effetti che la vendita è in grado di produrre. Così, si dice che, se il contratto di vendita è quello che ha per oggetto il trasferimento della proprietà o di altro dritto verso il corrispettivo di un prezzo, ancora una volta osta alla configurabilità della vendita del possesso la constatazione che il possesso non è un diritto.

Una più recente sentenza, C. civ., 22.4.2005, n. 8502, ha ulteriormente confermato che il mero potere di fatto sulla cosa non può costituire oggetto di un trasferimento realizzato per via negoziale³⁰.

Si può ritenere, in prospettiva generale e di sintesi, che gli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza onde giungere alla conclu-

²⁷ Cfr. IACCARINO G., *Clausole sul 'possesso' nella prassi notarile*, in *Not*, 2002, 64 ss.

²⁸ In *Contratti*, 1997, 468 ss., con nota di ABBATE A., *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*; anche in *CorG*, 1997, 162 ss., con commento di IAMICELI P.; inoltre in *FI*, 1997, I, 2604 ss.

²⁹ Cfr. in *CorG*, 1997, 315 ss., con nota di PALMIERI S., *Vendita di possesso: un istituto 'apolide' in cerca di cittadinanza*. Con lo sguardo rivolto a quella decisione della Suprema Corte anche il saggio di OBERTO G., *Vendita 'di cose' e vendita 'di diritti' nell'art. 1470 cod. civ.*, in *RiDP*, 1998, 510 ss., ove si suggerisce di muovere dal riconoscimento di esistenza di «un vero e proprio *ius possessionis*», sicché «se si riconosce a tale posizione giuridica la qualifica di diritto soggettivo pieno, non si dovrebbero incontrare difficoltà ad ammetterne anche la relativa trasferibilità, tanto a titolo oneroso che gratuito e, dunque, pure nell'ambito di un contratto di compravendita».

³⁰ C. civ., 22.4.2005, n. 8502, muovendo dall'argomentazione – per vero non del tutto perspicua – secondo cui «stante la tipicità dei negozi traslativi reali, l'oggetto del trasferimento non può essere costituito dal trasferimento del mero potere di fatto sulla cosa»; si veda anche C. civ., 12.9.2000, n. 12034: invero, la tipicità imposta dall'ordinamento è quella dei diritti reali, non già dei negozi traslativi dei diritti reali.

sione della nullità della vendita del possesso sono tre.

Il primo, assorbente rispetto ai successivi, trae sviluppo dalla nozione stessa di possesso ricavabile dall'art. 1140 c.c.: il possesso, come si è visto, non è una situazione di diritto e pertanto non può costituire oggetto di atti di disposizione.

Il secondo argomento essenzialmente replica tale idea, però riferendola più nello specifico al contratto di compravendita: quest'ultima è traslativa della proprietà o di altri diritti, dunque non di situazioni di fatto.

In base al terzo argomento, non è configurabile il trasferimento del possesso salvo che nei casi previsti dalla legge, come nell'ipotesi dell'art. 1146 c.c. in tema di successione e accessione del possesso: si tratta di un argomento che emerge "in controtela", nel senso che dalla lettura delle previsioni legali si induce che, per regola generale, non v'è spazio per la configurabilità di un trasferimento del possesso su base negoziale.

Sul presupposto di quanto detto sopra con attenzione specifica al contratto preliminare a effetti anticipati, v'è da aggiungere che la cessione del possesso contenuta in una clausola aggiunta a quel contratto potrebbe trovare un appoggio logico in più – rispetto al caso della pura e semplice vendita del possesso – in ragione degli effetti "anticipatori" (del definitivo) che il preliminare realizza³¹: ma, come si è visto, ciò in ogni caso non ha finora autorizzato una conclusione differenziata per quest'ultimo.

6. Gli argomenti in favore della c.d. vendita del possesso

La sostanziale chiusura della giurisprudenza passata in rassegna non ha scoraggiato il dibattito dottrinale, il quale non ha mai abbandonato la ricerca di percorsi che conducano alla trasferibilità del possesso per effetto dell'accordo tra le parti.

Il punto focale dal quale muove chi intende asseverare quest'idea è rappresentato dalla considerazione – secondo una prospettiva che si propone come "dinamica", in luogo di quella tradizionale, la quale peccherebbe di essere troppo "statica" – del possesso inteso come comportamento o attività³².

Così, si suggerisce di abbandonare la contrapposizione tra fatto e diritto (in base alla quale, come si è detto, il possesso è qualificato come situazione puramente fattuale), per ritenere invece che i vantaggi e le prerogative scaturenti dalla fattispecie possessoria conferiscono al possesso un valore economico diverso e indipendente da quello della cosa stessa, degno nondimeno di essere preso in considerazione come *res* commerciabile. E a riprova di ciò si usa rilevare che il possesso è suscettibile di costituire oggetto di tutela extracontrattuale, di essere iscritto a bilancio, di essere ascritto all'attivo del patrimonio ereditario.

Da ciò si ricaverebbe che la vendita del possesso è consentita: nella specie, la configurabilità di un vero e proprio negozio traslativo-attributivo del possesso è affermata

³¹ Il che era stato in precedenza consentito dalla giurisprudenza: si veda, per esempio, C. civ., 22.7.2003, n. 11415, in *Not*, 2005, 169 ss. (con commento di SERENI C.), nella quale si ammette «un patto accessorio di immediato effetto traslativo del possesso sostanzialmente anticipatore degli effetti traslativi del diritto che, con la convenzione, le parti stesse si sono ripromesse di realizzare»; cfr. anche C. civ., 13.7.1993, n. 7690, in *Rass. DC*, 1994, 626 ss. Si tratta dell'orientamento poi cassato dalla citata decisione della Cassazione a Sezioni Unite del 2008, la quale ha invece fatto propria l'opposta opinione, rappresentata – tra le altre – da C. civ., 14.11.2006, n. 24290, nonché da C. civ., 28.6.2000, n. 8796, in *RN*, 2001, 718 ss. Per maggiori indicazioni sui precedenti giurisprudenziali, SCALITI G., *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata*, cit., 1050 s.

³² Si tratterebbe pertanto di «iniziativa comportamentistica», per rifarsi alla definizione di FALZEA A., voce "Comportamento", in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 790, nt. 68: approfondimenti su questa prospettiva concettuale in GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 54 ss. Cfr., sul punto, anche TROISI B., *I possessi*, cit., 203 ss.

facendo leva sulla considerazione che si tratta di un bene il quale presenta un proprio valore economico, patrimoniale e commerciabile³³.

Differente l'impostazione di chi opina che l'esito rappresentato dalla cessione del possesso per effetto dell'accordo tra le parti sia comunque raggiungibile, però attraverso la rinuncia, a fronte di corrispettivo o gratuita, ad esercitare la tutela possessoria nei confronti di chi subentra nel possesso³⁴.

Soltanto nella prima prospettiva, in effetti, la disponibilità *per contractum* del possesso è recuperata appieno all'interno della prospettiva dello scambio: del tutto in linea con il principio *nemo plus iuris potest in alium transferre quam ipse habet*, si realizza il passaggio di un bene – la *vacua possessio* – di cui l'un soggetto ha disponibilità, a vantaggio dell'altro soggetto, che offre una controprestazione.

La collocazione entro la prospettiva dello scambio, d'altra parte, non impedisce a una parte della dottrina di ritenere che il contratto di vendita del possesso sia da annoverarsi tra i contratti reali, in quanto per il suo perfezionamento occorrerebbe il passaggio della cosa³⁵.

Comunque sia, si comprende che in tal modo è proposta una nozione di possesso che sfugge alle categorie tradizionali *factum-ius*: categorie sulla cui falsariga la giurisprudenza non ha mai smesso di impostare la questione in esame.

Risulterebbe, in altri termini, messo in discussione lo stesso tradizionale modello possessorio: il che non è privo di conseguenze sul piano operativo, come ora meglio si vedrà.

7. I problemi applicativi, con particolare attenzione alla prospettiva notarile

La strada indicata dalla dottrina che sostiene la configurabilità di un vero e proprio negozio traslativo-attributivo del possesso nasconde insidie di non poco conto.

Come si è visto, si sostiene infatti non già che un bene (ancorché – si potrebbe per ipotesi immaginare – immateriale) rappresenti un possibile oggetto di atti di disposizione, bensì che un comportamento, qual è quello tenuto da chi possiede, sia assimilabile a un bene.

Certo, non è in discussione che il possesso assuma un valore economico; e neppure si può dubitare del fatto che il valore economico rappresenti il presupposto affinché l'ordinamento attribuisca a un *quid* la qualificazione di bene giuridico.

Ciò che desta maggiori perplessità è che, nell'ipotesi in discussione, si tratterebbe di disporre di un *quid* che rappresenta molto più fedelmente il soggetto-possessore, piuttosto che il bene oggetto del suo possesso: s'intende dire che a essere trasferito risulterebbe – per rimanere alla rappresentazione tradizionale del possesso – tanto l'elemento oggettivo rappresentato dal tenere la cosa,

³³ Cfr. TROISI B., *I possessi*, cit., in specie 211 ss. Non giunge ai medesimi esiti, in termini di piena apertura verso la configurabilità della vendita del possesso, ma giudica positivamente la ridiscussione della nozione di possesso, ritenendo inadeguata quella che si basa sulla contrapposizione tra diritto e fatto, ALCARO F., *Note in tema di trasferimento del possesso*, cit., 487 ss.; cfr. anche ALCARO F., *Il possesso. Artt. 1140-11143*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, 35 ss., 141 ss. e nt. 416. Per l'ammissibilità del trasferimento convenzionale del possesso, GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 230, la quale così precisa in via di sintesi il suo pensiero: «l'impalcatura concettuale di cui ci si è serviti per superare la tesi restrittiva è stata costruita in via principale attorno a due idee: a) l'autonomia del possesso dalla proprietà e più in generale dalla titolarità del diritto reale emulato; b) la qualificazione del possesso in termini di aspettativa di fatto».

³⁴ GRASSO G., *La vendita del possesso, una vendita impossibile?*, cit., 291 ss. Per un approfondimento dei profili dogmatici del negozio che dovrebbe in tal modo realizzarsi, MONTECCHIARI T., *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996, in specie 237 ss.

³⁵ Cfr. TROISI B., *I possessi*, cit., in specie 227 ss.

quanto quello soggettivo integrato dall'*animus possidendi*.

La tesi della commerciabilità del possesso, fondata sul rilievo – assunto a presupposto di tutto il ragionamento – che esso presenta un valore economico, apre la strada alla rappresentabilità nei medesimi termini, ossia di circolazione di un bene patrimoniale e commerciabile, di una varietà pressoché infinita (e incontrollabile) di comportamenti.

Per guardare al profilo più delicato della cessione del possesso, si dovrebbe immaginare la configurabilità della vendita del possesso *ad usucapionem*, con riguardo al valore assunto dal comportamento del possessore in ragione del tempo maturato fino al momento della vendita stessa. Per esempio, Tizio potrebbe vendere a Caio il possesso di un bene poco prima dello scadere del tempo dell'usucapione, consentendogli così di "avvicinarsi" all'acquisto della proprietà, secondo un meccanismo simile a quello dell'accessione del possesso, però – per le ipotesi che si sono assunte – ovviamente a prescindere da ogni parallelismo con l'atto di cessione a titolo particolare del diritto dominicale (o di altro diritto reale)³⁶.

In effetti, se davvero s'intenda il possesso alla stregua di un qualsivoglia bene che presenta un autonomo valore economico, non si vede perché dovrebbe essere impedita la cessione del possesso *ad usucapionem*.

Si tratta di immaginare un contratto avente per oggetto un *quid* presente, rappresenta-

to da un'aspettativa: non saremmo quindi in presenza di un contratto aleatorio³⁷.

Proprio tenendo conto di ciò, le parti pattirebbero un corrispettivo (di regola inferiore rispetto a quello che sarebbe previsto per l'acquisto del titolo dominicale sul bene; ma invero la cessione del possesso potrebbe essere effettuata anche a titolo gratuito, *pro solvendo*, con funzione di garanzia, ecc.): l'una parte cederebbe ogni potere di disposizione e di godimento della situazione in essere, con rinuncia dell'alienante all'esercizio dell'azione di rivendica nei confronti dell'acquirente, mentre l'altra parte acquisirebbe a proprio rischio i diritti connessi a quella situazione³⁸. E così anche lo stato di buona fede o di mala fede del cedente rilevarebbe contrattualmente: qualora emergesse la mala fede del *tradens*, l'acquirente sarebbe legittimato a chiedere l'annullamento per dolo o per errore su una qualità essenziale del bene³⁹; o, addirittura, qualora la buona fede fosse stata una qualità promessa dall'alienante rilevante ai sensi dell'art. 1497 c.c., potrebbe ritenersi applicabile il regime di quella norma in tema di vendita⁴⁰.

Occorre dire che, rispetto a una ricostruzione siffatta, la giurisprudenza non sembra – come peraltro si è visto fin qui – lasciare spazi⁴¹.

Al di là di questo, si tratta di una ricostruzione che pone taluni problemi sotto il profilo della tutela dei terzi di particolare delicatezza per il notaio, che meritano di essere evidenziati.

³⁶ Si veda C. civ., 22.4.2005, n. 8502, ove si rileva, nell'ottica dell'art. 1146, 2° co., c.c., che «affinché operi il trapasso del possesso dall'uno all'altro dei successivi possessori e il successore a titolo particolare possa unire al proprio il possesso del dante causa è necessario che il trasferimento trovi la propria giustificazione in un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà o altro diritto reale sul bene», con richiamo alle precedenti C. civ., 12.9.2000, n. 12043; C. civ., 3.7.1998, n. 6489; C. civ., 12.11.1996, n. 9884. In perfetta corrispondenza il pensiero di SACCO R., CATERINA R., *Il possesso*², cit., 215 ss.

³⁷ GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 209 ss.

³⁸ MAISTO F., *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, in *Rass. DC*, 2002, in specie 738 ss.

³⁹ GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., in specie 110 ss.

⁴⁰ GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 165.

⁴¹ Basti vedere C. civ., 12.11.1996, n. 9884, nonché C. civ., 27.9.1996, n. 8528.

Occorre preliminarmente avvertire che la sentenza dichiarativa dell'avvenuta usucapione (giacché di tale natura è la sentenza di cui all'art. 2651 c.c.⁴²) risponde a un interesse di sicurezza della circolazione giuridica rispetto alla quale presenta una forza in concreto assai inferiore la dichiarazione del venditore in ordine al fatto – però non accertato in sentenza – che siano integrati i presupposti dell'usucapione: e però non si potrebbe certo negare che l'ordinamento riconosce l'usucapione come modo di acquisto della proprietà a titolo originario e che tale modo di acquisto opera a prescindere dalla pronuncia giudiziale.

Quindi l'usucapione, sotto il profilo dell'acquisto, nonché la trascrizione, sul piano pubblicitario, perfezionano una vendita – rispettivamente – valida e opponibile, anche se il titolo così costituito non potrebbe ritenersi invincibile nei confronti di terzi.

Il vero problema si pone però per il caso – sul quale si è portata l'attenzione – in cui si intendesse rendere oggetto della cessione il mero possesso *ad usucapionem*; dunque, la cessione avverrebbe prima del maturarsi dell'acquisto dominicale, avendo riguardo soltanto all'aspettativa di una proprietà futura. Se, accolta la ricostruzione sopra delineata,

degli effetti contrattuali *inter partes* non può dubitarsi, non è chiaro invece quale opponibilità potrebbe immaginarsi nei confronti di terzi: posto che l'oggetto del contratto non sarebbe un diritto, mancherebbero radicalmente i presupposti per procedere a trascrizione (né per la via dell'art. 2651 c.c., né per la via dell'art. 2643, n. 14 c.c.)⁴³.

Di fronte a questi problemi, appare preferibile il percorso che consente di giungere al risultato della cessione della *vacua possessio* ipotizzando, anziché una traslazione del bene-possesso, una rinuncia del presunto cedente alle tutele spettanti nei confronti di colui che incominci a possedere⁴⁴: né, di per sé, dovrebbe ritenersi preclusa la possibilità di collocare a livello negoziale la cessione del possesso all'interno di un'operazione complessiva di scambio (in modo tale da evitare dunque di ricadere nella prospettiva meramente unilaterale).

Non sfugge che in tal modo si ritornerebbe a una costruzione puramente obbligatoria: ma tutto ciò consentirebbe di immaginare effetti meno dirompenti per il sistema, nonché di incorrere in rischi assai inferiori quanto alla sicurezza del traffico giuridico.

TOMMASO DALLA MASSARA

⁴² Mentre C. civ., 12.11.1996, n. 9884, sembra giungere all'eccesso di configurare la pronuncia del giudice sull'usucapione quale presupposto per poter disporre del diritto, tanto da arrivare ad affermare che «l'acquisto potrà considerarsi perfetto solo se accertato e dichiarato nei modi di legge»; ma in tal modo la pronuncia finirebbe per assumere – al di là del *nomen* – natura costitutiva. Cfr., in critica, GIOFFRÈ G., *La vendita di immobile usucapito*, in RN, 1998, II, 1000 ss.

⁴³ Con attenzione a questo profilo, GIOFFRÈ G., *La vendita di immobile usucapito*, cit., 1000 ss.; inoltre, GORGONI M., *La circolazione traslativa del possesso*, cit., 144 ss.

⁴⁴ Cfr. GRASSO G., *La 'trasferibilità' del possesso nei contratti obbligatori*, cit., in specie 725 ss.