



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Marta Beghini

**La circolazione negoziale del possesso:
una prospettiva tra antico e contemporaneo**

Numero XIII Anno 2020

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

La circolazione negoziale del possesso: una prospettiva tra antico e contemporaneo

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. Il recente dibattito sulla cd. vendita del possesso – 3. La cd. vendita del possesso nella prassi notarile – 4. La questione all’attenzione della giurisprudenza – 5. Il terreno fertile del cd. preliminare a effetti anticipati – 6. Cass. 27 agosto 2019, n. 21726: il raffronto con la donazione di bene altrui – 7. Il contratto atipico di immissione nel possesso – 8. La prospettiva tradizionale in relazione alle fonti antiche: la *possessio* e il ruolo di *corpus* e *animus* – 9. Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.1 – 10. La scelta di ricostruzione testuale del passo paolino – 11. Considerazioni ricavabili dal testo – 12. Riflessioni conclusive

1. *Premesse*

La concezione tradizionale del possesso si fonda, come noto, su un elemento oggettivo, il potere sulla cosa, e su uno soggettivo, l’intenzione di tenere la cosa come propria. L’idea del possesso nei termini di una *res facti* appartiene alla storia del diritto privato europeo: si pensi, a titolo esemplificativo, all’art. 1:205, libro VIII, del *Draft Common Frame of Reference*, che definisce il possesso come il controllo fisico diretto o indiretto sulla cosa, nonché alle note di commento della cd. *Full Edition* che, nel solco della tradizione romanistica, puntualizza 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 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*¹.

Ponendo lo sguardo sul regime del nostro codice civile in materia di possesso, le disposizioni relative alla sua circolazione sono scarse: l'art. 1141 cod. civ., relativo all'ipotesi di mutamento della detenzione in possesso; l'art. 1146 cod. civ., riguardante la successione e l'accessione del possesso; l'art. 1164 cod. civ., in tema di interversione del possesso².

Si ritiene, di conseguenza, che ogni vicenda di circolazione di una situazione possessoria debba necessariamente risolversi in un acquisto a titolo originario³. L'orientamento maggioritario esclude infatti la circolazione negoziale del possesso: larga parte della dottrina è costante nel ritenere inammissibile la cd. vendita del possesso⁴, che, ancora oggi, rappresenta una situazione puramente fattuale, della quale non è possibile disporre per via negoziale; «il piano di diritto non interseca quello di fatto, con la conseguenza che qualsivoglia strumento convenzionale si rivelerebbe inidoneo al trasferimento del possesso»⁵.

Tuttavia, nell'alveo delle situazioni dell'appartenenza, dall'angolazione delle forme di circolazione, il possesso riveste un ruolo fondamentale: colui che è nella disponibilità di un bene può esercitare tutti i poteri corrispondenti al diritto di proprietà che gli accorda la sua forza, finché non sia dimostrato il contrasto con l'altrui diritto⁶. Ecco

¹ Aspetti già messi bene in luce da T. DALLA MASSARA, *Acquisto, perdita e successione nel possesso*, in *Codice della proprietà e dei diritti immobiliari*, a cura di F. Preite e M. Di Fabio, Milano, 2015, 2664 ss., in specie 2666 s.

² Si segnala di recente la pronuncia di Cass. 11 aprile 2019, n. 10186, sulla quale si v. M. DELL'UTRI, *Sull'acquisto del possesso: a margine di un caso di interversione*, in *Giur. it.*, 2020, 1356 ss.

³ Cfr. di recente C.M. BIANCA, *La proprietà*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 2017, in specie 543 ss.

⁴ V., *ex multis*, R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*³, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, 17 ss.; R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 34, Milano, 1985, 491 ss.

⁵ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Acquisto*, cit., 2670.

⁶ G. DIURNI, voce *Possesso nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, 14, Torino, 1996, 57 ss., in specie 57, secondo il quale «il tautologismo della definizione del possesso, che origina da una statica situazione di detenzione, dell'art. 685 del codice del 1865, si tramuterà nell'art. 1140 del codice vigente in una espressione altrettanto tautologica (il possesso è il potere sulla cosa)».

dunque, che proporre linee chiare di lettura del problema relativo alla circolazione del possesso, in una prospettiva di comparazione tra antico e contemporaneo⁷, risulta essenziale.

2. *Il recente dibattito sulla cd. vendita del possesso*

Come anticipato, all'interno del quadro brevemente tratteggiato, spicca il recente dibattito sulla cd. vendita del possesso: dottrina⁸ e giurisprudenza⁹ si sono infatti interrogate in merito all'ammissibilità, nel nostro ordinamento, della 'disposizione negoziale del possesso', concludendo per la nullità del contratto in questione. Come si avrà modo di approfondire, la questione si mostra particolarmente fertile sul terreno della contrattazione preliminare a effetti cd. anticipati, nella quale la disputa inerente alla qualificazione della situazione di materiale disponibilità del bene in capo al promissario acquirente richiama il possesso, da un lato, e la detenzione, dall'altro¹⁰.

⁷ V. il recente volume *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti del Convegno - Trento, 13-14 dicembre 2018*, a cura di G. Santucci, P. Ferretti, S. Di Maria, Trieste, 2019.

⁸ Cfr. L. PADULA, *La 'vendita del possesso'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 831 ss.; S. PALMIERI, *Vendita di possesso: un istituto 'apolide' in cerca di cittadinanza*, in *Corriere giur.*, 1997, 315 ss.; P. IAMICELI, *Circolazione dei beni gravati da usi civici e 'trasferibilità del possesso'*, in *Corriere giur.*, 1997, 162 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.; F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita not.*, 1999, 487 ss.; G. GRASSO, *La 'trasferibilità' del possesso nei contratti obbligatori*, in *Contratto e impresa*, 2002, 703 ss.; A. PICCIOTTO, *La 'cessione del possesso' tra teoria e prassi, in particolare nelle terre di diritto tavolare*, in *St. iuris*, 2002, 1435 ss.; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, in *St. iuris*, 2010, 22 ss.; C. CICERO, *Il problema*, cit., 1077 ss.; A. NERVI, *Possesso e detenzione nella circolazione dei beni immobili: incertezze applicative e riflessioni sistematiche*, in *Riv. not.*, 2018, 249 ss. In termini più estesi, B. TROISI, *I possessi. Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007; T. DALLA MASSARA, *Acquisto*, cit., 2664 ss.; C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, Napoli, 2016.

⁹ Cass. 27 settembre 1996, n. 8528; Cass. 12 novembre 1996, n. 9884; Cass. Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 7930; Cass. 11 giugno 2014, n. 13222; Cass. 27 agosto 2019, n. 21726.

¹⁰ Cfr. più ampiamente § 5.

Con l'espressione 'vendita del possesso' s'individua un atto che implica il trasferimento di una situazione possessoria, separata dal diritto di proprietà destinato a rimanere in capo al dante causa: si tratta di quella peculiare ipotesi nella quale la causa dell'attribuzione patrimoniale può essere identificata nello scambio del possesso di una cosa verso un corrispettivo in denaro¹¹; la 'successione' nel possesso non viene dunque a configurarsi come un effetto correlato al passaggio del diritto reale, ma da questo prescinde in forza della volontà delle parti contraenti.

Tale figura, di innegabile interesse per i molteplici profili dogmatici che intercetta, trova scarsa valorizzazione nel panorama dottrinale, data la maggioritaria considerazione che – come già messo in luce – individua nel possesso una situazione di fatto inidonea, in quanto tale, a circolare per il tramite di un accordo a ciò orientato. Si tratta di un'interpretazione che ben può essere riassunta con le parole dei giudici di legittimità: «il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività; il possesso non è un diritto, ma è un'attività e un'attività non è mai trasmissibile, ma può solo essere intrapresa»¹².

3. *La cd. vendita del possesso nella prassi notarile*

La figura della cd. vendita del possesso nei termini in cui è stata descritta trova applicazione nella prassi notarile, impegnata assai di frequente a regolare il trapasso del possesso da un cedente a un cessionario.

Con precipuo riferimento al contratto di compravendita di beni immobili, viene infatti in rilievo la cd. clausola di immissione nel

¹¹ V. R. NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, 4, Milano, 1959, 283 s.; L. MENGONI, F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, 13, Milano, 1964, 189 ss.; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 3 ss.; B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, Torino, 1894, 120 ss., G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebitato*, Padova, 1940, 2 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, 297 ss.

¹² Così testualmente Cass. 27 settembre 1996, n. 8528.

possesso¹³: qui l'interprete si trova di fronte un problema di qualificazione giuridica, dovendo individuare se e in quali casi sia possibile un trasferimento del possesso che 'eziologicamente' non si ricollegli né ad una mera consegna (quale modo normale di circolazione del possesso, in chiave di sequenza combinata contratto di compravendita/atto esecutivo del contratto medesimo), né ad uno spoglio (in termini di dismissione del potere sul bene), facendo leva sul consenso dei soggetti coinvolti nell'operazione negoziale¹⁴.

In particolare, il notaio incaricato della stipula si vede costretto ad avvertire le parti della carenza di un titolo di provenienza valido ed efficace: il dante causa non può infatti vantare una serie di trascrizioni in suo favore, né sussiste un acquisto per successione; dette criticità si evidenziano sia che il cedente affermi un'usucapione totale sia che si invochi un'usucapione parziale, tuttavia non accertata giudizialmente¹⁵.

¹³ V. A. MUSIO, *Considerazioni sulla clausola 'a corpo' nelle compravendite immobiliari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1740 ss.; G. IACCARINO, *Clausole sul 'possesso' nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2002, 64 ss.; L. PADULA, *La 'vendita'*, cit., 831 ss.; Cass. 12 novembre 1996, n. 9884, in *Vita not.*, 1998, 1422 ss., con nota di M. ALBERGO, *Alienazione*, cit.

¹⁴ Cfr. R. SACCO, voce *Circolazione del possesso*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiorn.*, 5, Torino, 2010, 238 ss. Le ipotesi che in concreto possono venire in rilievo sono molteplici: si pensi, ad esempio, al soggetto che possiede il bene, ma non risultano ancora integrati tutti gli altri requisiti relativi al possesso *ad usucapionem*; al soggetto che, acquistando *a non domino* il mero possesso del bene e non la proprietà della cosa (per la mancanza di un requisito legale), intende cedere il – possesso del – bene medesimo; ancora, al soggetto autore di uno spoglio che abbia iniziato a possedere e decida di trasferire a terzi la disponibilità materiale del bene. Sul punto v. più ampiamente M. GORGONI, *La circolazione*, cit., 12 ss.

¹⁵ In giurisprudenza v. Cass. 5 febbraio 2007, n. 2485. In dottrina, v. P. VITUCCI, *Acquisto per usucapione e legittimazione a disporre*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 3 ss.; M. D'ORAZI, *Alienazione di immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, in *Notariato*, 2006, 88 ss., in specie nt. 14; C. BOTTA, *Acquisto per usucapione e validità dell'atto di trasferimento dell'immobile*, in *Notariato*, 2007, 628 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *Usucapione non accertata giudizialmente, vendita immobiliare e responsabilità del notaio*, in *Resp. civ.*, 2008, 160 ss.; A. SPATUZZO, *La disponibilità dei beni usucapiti tra accertamento giudiziale ed extragudiziale*, in *Contratti*, 2017, 601 ss. Con riferimento alla trascrizione della domanda di accertamento dell'usucapione v. di recente A. CALONI, *Usucapione e trascrizione della domanda di accertamento: l'importanza della lettera della legge*, in *Corriere giur.*, 2019, 1067 ss.

Basti accennare infatti che il quesito della cessione del possesso viene affrontato assieme all'affine problema dell'alienabilità dell'immobile usucapito prima dell'accertamento dell'intervenuta usucapione tramite sentenza. A questo proposito, si ritiene che «ammettere una cessione di beni usucapiti, pur in difetto di accertamento giudiziale dell'acquisto, confessi la preferenza per la fluidità della circolazione dei beni, evitando che questa resti mortificata dai lunghi tempi necessari al pronunciamento del giudice»¹⁶.

In definitiva, il pubblico ufficiale, al fine di esporre alle parti i rischi relativi alla conclusione di una tale operazione negoziale – che, per convenzione si esprime nei termini di 'vendita del possesso' –, si trova nella necessità di modulare il contenuto dell'atto conformemente alla volontà dei contraenti, individuando al contempo soluzioni giuridicamente percorribili.

4. *La questione all'attenzione della giurisprudenza*

La questione della cd. vendita del possesso perviene all'attenzione dei giudici di legittimità in un tempo piuttosto recente; a tal proposito, si segnalano le seguenti pronunce: Cass. 27 settembre 1996, n. 8528¹⁷ e Cass. 12 novembre 1996, n. 9884¹⁸.

¹⁶ A. SPATUZZO, *La disponibilità*, cit., 601. Senza potersi addentrare nella questione, si può solo segnalare che tale prassi si è diffusa in particolar modo a seguito dell'entrata in vigore della l. 28 febbraio 1985, n. 47, al fine di ovviare alla nullità riconosciuta agli atti di trasferimento, costituzione o estinzione di diritti reali su immobili privi di un provvedimento amministrativo di carattere autorizzativo. Sul punto v. M. GORGONI, *La circolazione*, cit., in specie nt. 33.

¹⁷ Cass. 27 settembre 1996, n. 8528, in *Foro it.*, 1997, I, 2604 ss. e in *Contratti*, 1997, 468 ss., con nota di A. ABBATE, *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*.

¹⁸ Cass. 12 novembre 1996, n. 9884, in *Vita not.*, 1998, 1422 ss., con nota di M. ALBERGO, *Alienazione*, cit., 1422 ss. V. anche S. PALMIERI, *Vendita*, cit., 315 ss. Rilevanti sul tema sono inoltre Cass. 22 aprile 2005, n. 8502, nella quale i giudici di legittimità affermano che «stante la tipicità dei negozi traslativi reali, l'oggetto del trasferimento non può essere costituito dal trasferimento del mero potere di fatto sulla cosa» e Cass. 11 giugno 2014, n. 13222, in *Notariato*, 2014, 544; in *Giur. it.*, 2014, 2675, con nota di C. SGOBBO, *Il possesso rimane res facti intrasferibile per contratto*. Come si avrà modo di approfondire, la questione

Emerge un atteggiamento di chiusura da parte della Suprema Corte che prospetta, in tutte le occasioni, una soluzione negativa al problema, consolidando così un vero e proprio principio di diritto: «il possesso non si compra e non si vende, non si cede e non si riceve per l'effetto di un negozio»¹⁹.

In particolare, nelle sentenze di riferimento, i giudici di legittimità rilevano che il disposto di cui all'art. 1470 cod. civ., puntualizzando che oggetto di compravendita può essere solo «il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto», porta a escludere il trasferimento di «qualcosa che, pur avendo rilevanza giuridica, non costituisca tuttavia un diritto»²⁰. La definizione di possesso in termini di *res facti ex* art. 1140 non lascerebbe dunque alcun margine interpretativo. Ancora, non risulta possibile addurre a sostegno della tesi della trasmissione contrattuale del possesso la disciplina normativa dell'accessione che, in forza della norma di cui all'art. 1146, comma 2, cod. civ., non prevede affatto la cessione del possesso da un soggetto all'altro, ma soltanto la possibilità per il successore a titolo particolare (acquirente o legatario) di unire al proprio possesso quello distinto e diverso del dante causa per goderne gli effetti.

In via di estrema sintesi, il perimetro delle argomentazioni si fonda su diversi indici normativi: il collegamento che, per un verso, si può instaurare tra le norme di cui agli artt. 1140, 1346, 1418, 1470 cod. civ., secondo cui il contratto di vendita del mero possesso è nullo per impossibilità del suo oggetto; il possesso, infatti, non è un diritto, per cui non può essere oggetto di compravendita; per altro verso, l'art. 1146, comma 2, cod. civ., in forza del quale ai fini dell'accessione nel possesso manca il titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto.

sarà nuovamente oggetto di discussione nelle pronunce di Cass. Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 7930, nonché, infine, di Cass. 27 agosto 2019, n. 21726.

¹⁹ Cass. 12 novembre 1996, n. 9884.

²⁰ Cass. 27 settembre 1996, n. 8528.

5. *Il terreno fertile del cd. preliminare a effetti anticipati*

Dopo le sentenze degli anni Novanta, in una cornice più ampia, i giudici di legittimità tornano a interrogarsi sulla qualificazione giuridica della situazione di appartenenza delineata a seguito della conclusione di un contratto preliminare di vendita a effetti anticipati²¹: con la sentenza del 27 marzo 2008, n. 7930, al fine di stabilire la natura della disponibilità anticipata del bene nelle more del definitivo, le Sezioni Unite ribadiscono che il possesso integra uno stato di fatto che, come tale, è intrasferibile disgiuntamente dal diritto reale di cui costituisce esercizio²².

Il fenomeno in parola, che troviamo descritto anche nei termini di contratto preliminare a esecuzione parzialmente o integralmente anticipata²³, mostra chiaramente le direttrici lungo le quali si pone la

²¹ V. di recente A.P. UGAS, *La consegna anticipata nel preliminare di vendita: spunti di riflessione sul possesso*, in *Contratto e impresa*, 2020, 121 ss.

²² Cass. Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 7930, in *Notariato*, 2008, 384 ss., con commento di G. GIULIANO, *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*, in *Guida dir.*, 2008, 23 ss., con nota di P. PIRRUCCIO, *Possibile rivendicare la proprietà solo se muta il titolo del possesso*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1039 ss., con nota di G. SCALITI, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 284 ss., con commento di S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*; in *Obbl. contr.*, 2008, 905 ss., con nota di C. TOMASSETTI, *La consegna della cosa nel contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati*; in *Contratti*, 2008, 995 ss., con commento di D. CAVICCHI, *La natura del potere del promissario acquirente sul bene ricevuto in consegna*; in *Dir. giur.*, 2009, 105 ss., con nota di G. TROMBETTA, *Se in un contratto preliminare ad effetti anticipati il promissario acquirente, in quanto parte di un contratto di comodato funzionalmente collegato al preliminare, sia mero detentore del bene consegnatogli*. V., ancora, G. DE CRISTOFARO, *Contratto preliminare*, in *St. iuris*, 2008, 1137 ss.; G. TRAVAGLINO, *Preliminare di compravendita a effetti anticipati: soltanto detenzione per il promissario acquirente?*, in *Corriere del merito*, 2008, 1049 ss.; A.C. PUPPO, *Preliminare di vendita immobiliare con consegna anticipata e possesso 'ad usucapionem'*, in *Foro it.*, 2009, I, 3158 ss.; A. CHIOSI, *Il contratto preliminare cd. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 543 ss.; F. CALISAI, *Lo 'smembramento' del contratto preliminare ad effetti anticipati alla luce della pronuncia delle sezioni unite: il promissario acquirente-comodatario (e quindi detentore) e il promittente venditore-mutuatario*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, 180 ss.

²³ Con riferimento alla figura contrattuale del preliminare a effetti anticipati v. di recente G. BUSEI, *Considerazioni sul c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati: natura, qualificazione e disciplina applicabile*, in *Contratto e impresa*, 2019, 1447 ss.

necessità di un intervento dell'interprete: da un lato, l'obbligazione di consegnare la *res* da trasferire; dall'altro, quella pecuniaria, di pagamento dell'intero prezzo o di una sua parte. Ai fini di una corretta qualificazione giuridica della fattispecie, ciò che deve essere tenuto in debita considerazione non coincide solo con il dato tecnico-giuridico di 'sistema', ossia la disciplina degli istituti in gioco, ma richiama anche il ruolo dell'autonomia privata che, a seconda dei casi, potrebbe condurre ad ampliare ovvero ridurre la possibilità di un intervento 'creativo' da parte di chi ha il compito di correttamente identificare la situazione giuridica sul bene²⁴.

Secondo le Sezioni Unite del 2008 sarebbe proprio la volontà delle parti di stipulare un preliminare di vendita a esecuzione anticipata a escludere il verificarsi degli effetti traslativi propri del definitivo. In particolare, la Corte deduce che la figura del preliminare in questione sia ricostruibile in termini di collegamento negoziale: costituendo la consegna del bene adempimento di un contratto di comodato collegato a un contratto di mutuo, il promissario acquirente, dal momento che si presenta quale comodatario, vanta una detenzione qualificata esercitata nel proprio interesse, ma *alieno nomine*. Qualificare la sua posizione come possesso sarebbe, ad avviso dei giudici, un'erronea individuazione o un travisamento dell'intento delle parti che, proprio per mezzo del preliminare, vogliono evitare gli effetti reali traslativi propri del definitivo. Per aversi possesso dovrebbe, invece, intervenire un'*interversio possessionis*, la quale dovrebbe avere luogo con una manifestazione esteriore e non attraverso una mera volizione interna.

È solo il caso di precisare che, diversamente da quanto sostenuto dalle Sezioni Unite, c'è chi, sul presupposto del riconoscimento di un'autonoma causa nell'operazione negoziale del preliminare a effetti anticipati, afferma l'esistenza di un 'diritto personale atipico' avente ad oggetto il «godimento in funzione di rafforzamento dell'interesse alla conclusione del negozio di trasferimento e a garanzia dello stesso»²⁵. Si evoca così quanto già affermato relativamente alla nozione di possesso

²⁴ Cfr. A.P. UGAS, *La consegna*, cit., 121 ss.

²⁵ Così A.P. UGAS, *La consegna*, cit., in specie 133.

nei termini di potere, secondo cui ai fini del suo acquisto risulta necessario verificare una situazione di astensione dei terzi nei confronti della *res* – come quella che si deve mantenere nei confronti del proprietario-*dominus* della *res* medesima –, ma, a ben vedere, l'ingerenza che il soggetto del potere può esercitare nei confronti della cosa può variare e solo la casistica può definirne il grado di intensità²⁶.

6. *Cass. 27 agosto 2019, n. 21726: il raffronto con la donazione di bene altrui*

Da ultimo, merita un cenno la pronuncia 27 agosto 2019, n. 21726, nella quale la Suprema Corte di Cassazione torna sul problema della natura della consegna dell'immobile anticipata rispetto alla conclusione del contratto definitivo.

Nel caso di specie, viene concluso un contratto di compravendita immobiliare nullo per carenza di forma prescritta *ad substantiam*, cui le parti hanno tuttavia dato esecuzione anticipatamente rispetto alla formalizzazione del consenso traslativo; in altri termini, l'immissione nella disponibilità del bene avviene a seguito del pagamento del prezzo dell'immobile, ma tramite una pattuizione verbale priva della necessaria forma scritta. A tal riguardo, la Cassazione conclude affermando che si possa parlare di possesso idoneo all'usucapione soltanto laddove sussista un atto ulteriore idoneo a manifestare all'esterno la volontà del soggetto – colui che abbia la materiale disponibilità del bene – di comportarsi come unico proprietario.

La Suprema Corte, al fine di argomentare nel senso della detenzione e non del possesso, ricorda dapprima il principio di diritto affermato con riferimento alla fattispecie del preliminare a effetti anticipati; successivamente, i giudici di legittimità richiamano quanto recentemente sostenuto in materia di effetti derivanti dal contratto (nullo) nell'ipotesi di donazione di bene altrui²⁷.

²⁶ A.P. UGAS, *La consegna*, cit., 121 ss.

²⁷ Sia consentito rinviare all'approfondimento che, in precedenza, ho fornito nella mia tesi di dottorato *Il possesso tra (in)disponibilità e circolazione negoziale. Un'indagine diacronica*, Verona, 23 aprile 2018.

La donazione di cosa altrui, come noto, integra quella peculiare articolazione della donazione che si rinviene quando il donante dispone di un bene o di un diritto che non gli appartiene all'epoca del contratto; conseguentemente, mancando la legittimazione a disporre del *donatum*, la liberalità non può determinare un immediato trasferimento patrimoniale²⁸. A partire dalla pronuncia a Sezioni Unite 15 marzo 2016, n. 5068, la Suprema Corte afferma con risolutezza che la donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata da una qualsivoglia norma del codice civile, è nulla per mancanza della causa tipica della donazione in senso stretto, a meno che il donante abbia formalmente assunto l'obbligo di procurare al donatario l'acquisto del *donatum*²⁹; in quest'ultimo caso, infatti, la donazione a effetti obbligatori può ritenersi valida ed efficace³⁰.

²⁸ Cfr. B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961, 92; U. CARNEVALI, *Gli atti di liberalità e la donazione contrattuale*, in *Trattato di Diritto Privato*, II, 6, Torino, 1982, 486; A. PALAZZO, voce *Donazione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, 7, Torino, 1991, 137 ss.; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, a cura di U. Carnevali e A. Mora, 2006, 497 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Milano, 2015, 1105 ss., in specie 1150 ss.; R. MAZZARIOL, *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, Napoli, 2016; D. PASTORE, *Donazione di quota di bene ereditario e donazione di cosa altrui*, in *Notariato*, 2014, 1210 ss.; M. ONORATO, *Donazione del bene altrui e donazione del bene presente nell'asse ereditario indiviso*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 839 ss.; GIANOLA, *La donazione di bene altrui (e futuro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1596 ss.; A. PALAZZO, *Donazioni e liberalità tra novità normative e stasi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1115 ss.

²⁹ La giurisprudenza ormai consolidata è ferma nel ritenere che la donazione di cosa altrui debba considerarsi nulla alla luce del combinato disposto degli artt. 769, 771, 1325 e 1418 cod. civ., poiché non si attua la causa tipica del contratto di donazione. V. Cass. 23 maggio 2014, n. 11545, così come riportata anche in Cass. 15 Marzo 2016, n. 5068; v., inoltre, Trib. Potenza, 14 marzo 2017; Trib. Potenza, 21 gennaio 2011; Trib. Benevento, 17 aprile 2009.

³⁰ V. Cass. Sez. Un. 15 marzo 2016, n. 5068, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1023 ss., con nota di L. BALLERINI, *La donazione (dispositiva) di beni altrui è nulla: così le Sezioni Unite*; in *Famiglia e Diritto*, 2016, 1050 ss., con nota di A. AMBANELLI, *Donazione di bene indiviso, e donazione di bene altrui*; in *Corriere giur.*, 2016, 610 ss., con nota di U. CARNEVALI, *La donazione di beni altrui nella sentenza delle Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2016, 1081 ss., con nota di C. CICERO, *Le vicissitudini giurisprudenziali della donazione di beni altrui*; in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, 97 ss., con nota di U. LA PORTA, *Sulla donazione di quota su bene facente*

In altre parole, i giudici di legittimità risolvono nei termini della nullità, in quanto la fattispecie si pone in violazione di tutta la disciplina della donazione – senza che rilevi in alcun modo l'applicazione analogica della nullità prevista all'articolo 771 cod. civ. –, ma ritengono la donazione dispositiva di un bene altrui idonea all'usucapione decennale: il contratto di donazione deve infatti dirsi solo astrattamente suscettibile di determinare il trasferimento del diritto reale ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare. Si tratterebbe infatti di una donazione solamente inefficace – e non nulla – nei confronti dei terzi, ma efficace dal punto di vista 'interinale' nell'ambito dell'usucapione abbreviata³¹.

Sulla scia di quanto affermato dalla Cassazione, ci si potrebbe spingere a individuare, sul terreno tradizionalmente ricondotto agli acquisti *a non domino*, l'area del 'disponibile', con ciò intendendo, in termini più generali, per una maggior comprensione del fenomeno, un insieme di fattispecie accumulate dall'elemento rappresentato dall'attribuzione patrimoniale di volta in volta in esse realizzata³².

7. *Il contratto atipico di immissione nel possesso*

Recentemente, una parte minoritaria degli studiosi si è espressa in modo favorevole alla cd. vendita del possesso: non mancano infatti autori che, facendo leva su quanto emerge, in una prospettiva *de iure condendo*, dal DCFR³³, nonché in forza di una considerazione di carattere

parte di un più ampio compendio comune e la donazione di cosa altrui, in *Immobiliare e Proprietà*, 2017, 155 ss., con nota di E. DEPRETIS, *Donazione di beni futuri, donazione di beni altrui, donazione di quotina: il punto delle Sezioni Unite*. Ancora, U. MORELLO, *La donazione di beni altrui, alcune riflessioni*, in *Notariato*, 2016, 556 ss.; E. FERRANTE, *Le Sezioni Unite sulla donazione di cosa altrui (commento a Cass. 15 marzo 2016 n. 5068)*, in *Dir. civ. cont.*, 7 giugno 2016. Nei termini della nullità v. anche Cass. 23 maggio 2013, n. 12782.

³¹ V. Cass. 27 agosto 2019, n. 21726.

³² Per maggiori approfondimenti v. M. BEGHINI, *Il possesso*, cit., 140 ss.

³³ Rilevano le disposizioni di cui all'art. VIII.-2:10, VIII.-2:104 e VIII.-1:205-208. Cfr. J.F. STAGL, *Il trasferimento della proprietà nella vendita dei beni mobili nel Draft Common Frame of Reference e nel Common European Sales Law*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 641 ss.

generale secondo cui, oggi, il possesso integrerebbe la situazione materiale idonea a costituire il punto di congiunzione ideale nel rapporto uomo-*res* tra il profilo della disposizione e quello delle forme dell'appartenenza, ritengono ammissibile il contratto in questione³⁴. Inoltre, nell'attuale contesto economico, si fanno strada nuove 'categorie di cose', si pensi ad esempio alla ricchezza dematerializzata³⁵, sicché si pone l'esigenza di una nuova ricognizione delle forme giuridiche attraverso le quali tali cose possono circolare³⁶.

Sotto questo aspetto, la dottrina propone tre ricostruzioni teoriche a sostegno della figura negoziale in parola: la cd. tesi della rinuncia possessoria, che si fonda sul presupposto teorico della mancanza di una disposizione volta a vietare la rinuncia alla tutela del possesso, *rectius* alle azioni possessorie, per cui da ciò potrebbe ricavarsi la possibilità per il dante causa di rinunciare – per il tramite di un contratto e dietro corrispettivo o a titolo gratuito – a esercitare tale tutela nei confronti dell'avente causa che subentri nel possesso³⁷; la cd. teoria dell'attività: valorizzando due elementi fondamentali della situazione possessoria quali la componente comportamentale e la redditività, si potrebbe desumere che, non vedendo la necessità di confrontare il possesso con il rapporto giuridico formale, tale situazione possa circolare autonomamente; il nuovo possessore – imputandosene gli effetti – potrebbe dunque sostituirsi al vecchio nello svolgimento dell'attività³⁸; infine, la tesi della cd. funzione sociale dei beni, che valorizza la protezione accordata, per il tramite della tutela possessoria, a una forma

³⁴ Cfr. M. GORGONI, *La circolazione*, cit., 23 ss., 229 ss.; C. ABATANGELO, *Il possesso*, cit., in specie 153 ss.; C. CICERO, *Il problema del negozio di cessione del possesso*, in *Notariato*, 2017, 1077 ss. V. inoltre F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Napoli, 2015.

³⁵ Anche il concetto giuridico di moneta merita infatti di essere rivisitato. Cfr. di recente G. BOSI, *Considerazioni giuridiche sulla natura della moneta*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 1061 ss. In termini generali sulle obbligazioni pecuniarie T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, in specie 93 ss.

³⁶ Cfr. C. ABATANGELO, *Il possesso*, cit., 3.

³⁷ Cfr. B. TROISI, *I possessi*, cit., 228 ss.; G. GRASSO, *La 'trasferibilità'*, cit., 703 ss.

³⁸ C. CICERO, *Il possesso nell'ordinamento giuridico*, in *Trattato del Consiglio Nazionale del Notariato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005, 23; F. ALCARO, *Note*, cit., 487 ss.

di appartenenza dei beni che si traduce, secondo la definizione del Legislatore, in un'attività effettivamente esercitata³⁹.

Vale la pena di sottolineare che, già in tempi più risalenti, una parte degli interpreti aveva proposto differenti teorie cd. eclettiche sulla natura giuridica del possesso: si segnalano, ad esempio, la tesi del diritto di azione volto a ottenere una sentenza di accertamento⁴⁰, dell'interesse legittimo⁴¹, del diritto affievolito⁴², del rapporto giuridico⁴³, dell'aspettativa di diritto⁴⁴, dell'attività⁴⁵.

In definitiva, sulla scorta delle ricostruzioni testé richiamate, risulta chiaro che il possesso tende a 'colorarsi' di un valore economico scambiabile a prescindere dall'aspirazione dell'avente causa ad acquistare il diritto reale e ciò, dal punto di vista strutturale, prende forma – e circola –, secondo la soluzione che qui si ritiene di voler fare propria, in un contratto atipico di immissione nel possesso. In particolare, s'intende un contratto di scambio, reale, con effetti obbligatori, meritevole di tutela in forza dell'autonomia contrattuale concessa ai privati attraverso la clausola di cui all'art. 1322 cod. civ.⁴⁶.

³⁹ C. ABATANGELO, *Il possesso*, cit., 111 ss.

⁴⁰ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 42 s.

⁴¹ G. ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti del diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, 719 s.

⁴² G. BRANCA, *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti in onore di Carnelutti*, III, Padova, 1950, 385 ss.

⁴³ Di recente, L. CARIOTA, FERRARA, *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale?*, in *Dir. giur.*, 1996, 705 ss. V. inoltre F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, 252 s.; M. ALBERGO, *Alienazione*, cit., 1426.

⁴⁴ U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992; M. GARGONI, *La circolazione*, cit., 95 ss.

⁴⁵ F. ALCARO, *Il possesso*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2014, 37 ss.

⁴⁶ Oltre a ciò, il contratto supera anche il controllo 'positivo' dell'utilità sociale, cfr. B. TROISI, *I possessi*, cit., 246 s. Sul concetto di meritevolezza v. di recente G. LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 615 ss.; S. D'ANDREA, *Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2020, 469 ss.; M. PENNASILICO, *Dal 'controllo' alla 'conformazione' dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contratto e impresa*, 2020, 823 ss.

Ricostruito lo stato dell'arte nell'attuale diritto civile, si vuole ora, come già anticipato, volgere lo sguardo all'esperienza giuridica romana⁴⁷.

8. *La prospettiva tradizionale in relazione alle fonti antiche: la 'possessio' e il ruolo di 'corpus' e 'animus'*

Il panorama dottrinale con riguardo al possesso in diritto romano classico è piuttosto consolidato. I *prudentes*, come noto, non qualificano la *possessio* né sotto un profilo dogmatico per quanto riguarda la sua natura, né con riferimento alle forme della sua circolazione: il termine *possessio* può dirsi essenzialmente indicativo della disponibilità materiale in cui si trova un soggetto in ordine a una cosa, ma tale situazione è idonea a delineare molteplici fattispecie dotate ciascuna di una propria rilevanza giuridica⁴⁸.

La letteratura tradizionale – pressoché unanime⁴⁹ – qualifica il possesso nei termini di una *res facti*, ossia come una situazione fattuale⁵⁰

⁴⁷ Sulla metodologia della comparazione diacronica v. T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. Brutti e A. Somma, Frankfurt am Main, 2018, 111 ss., nonché, più di recente, ID., *Conoscenza, comparazione e problemi di comparazione diacronica: a vent'anni dai Fondamenti del diritto europeo*, in *AUPA*, 62, 2019, 331 ss.

⁴⁸ Come noto, si distinguono *possessio naturalis*, *possessio ad interdicta*, *possessio civilis* e *possessio ad usucapionem*. V. G. NICOSIA, 'Possessio ad usucapionem?', in *Sem. Compl.*, 28, 2015, 739 ss., in specie 741. V., inoltre, B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985; A. BURDESE, voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 34, Milano, 1985, 452 ss.; C.A. CANNATA, voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 13, Torino, 1966, 323 ss.

⁴⁹ Nel senso del possesso quale situazione di diritto v. G. NICOSIA, voce *Possesso nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, 14, Torino, 1996, 90 ss.; B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1956, 312; L. CAPOGROSSI, *Appunti sulla 'quasi possessio iuris'*, in *BIDR*, 19, 1977, 69 ss.; A. BURDESE, voce *Possesso*, cit., in specie 466. Di recente, L. GAROFALO, *Il possesso tra fatto e diritto*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovissimi saggi*, Napoli, 2019, 83 ss.

⁵⁰ V. Paul. 54 ad ed. D. 41.2.3 pr.; Ulp. 67 ad ed. D. 43.3.1.8; Iul. 7 dig. D. 8.2.32.1; Ulp. 54 ad ed. D. 41.3.4.26; Paul. 54 ad ed. D. 41.2.1.1; Ulp. 70 ad ed. D. 41.2.12.1; Ulp. 69 ad ed. D. 43.17.1.2. Cfr. I. ALIBRANDI, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Roma, 1871; C. FADDA, *Il possesso. Lezioni*, Napoli, 1911, 5 ss.; G. ROTONDI, 'Possessio quae animo retinetur'. *Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidendi*, in

costituita dal *corpus possessionis*, l'elemento oggettivo che consiste nella materiale disponibilità della *res*, e dall'*animus (possidendi o domini)*, cioè la volontà di chi tiene la cosa come propria, esercitando su di essa le facoltà spettanti al proprietario⁵¹.

Al fine di delimitare il concetto giuridico di *possessio*, l'opinione maggioritaria è ancora oggi concorde nel ritenere che l'elemento dell'*animus possidendi* sia rilevante, grazie al sapiente lavoro della giurisprudenza classica, nella definizione di tale figura. In particolare, dalla più recente indagine condotta dal Ferretti, emerge che i *prudentes* guardano al possesso come l'insieme di *corpus* e *animus* che, da «modalità contrapposte ed alternative»⁵² attraverso le quali esso si esercita, «vengono assunti, in un saldo vincolo di complementarietà, ad elementi costitutivi»⁵³.

BIDR, 30, 1921, 1 ss.; E. ALBERTARIO, *Il possesso romano*, in *BIDR*, 40, 1932, 5 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, 225 ss.; C.A. CANNATA, voce *Possesso*, cit., 323 ss.; G. NICOSIA, voce *Possesso*, cit., 79 ss.; A. BURDESE, voce *Possesso*, cit., 452 ss.; A. CARCATERRA, '*Possessio*'. *Ricerche di storia e di dommatica*, Roma 1938, rist. Roma 1967, 116 ss.; B. FABI, *Aspetti del possesso romano*, Roma, 1972, 5 ss.; P. ZAMORANI, '*Possessio*' e '*animus*', I, Milano, 1977. Ancora, P. LAMBRINI, *La 'possessio' tra corpo e animo*, in *Sem. Compl.*, 28, 2015, 663 ss.; E. POOL, *Significati diversi di causa in tema di 'possessio' e di 'usucapio'. Interpretazioni di qualche testo chiave. Parte I*, in *AUPA*, 59, 2016, 61 ss.; P. FERRETTI, '*Animo possidere*'. *Studi su 'animus' e 'possessio' nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017, 5 ss., con la ricca bibliografia ivi citata; G. FINAZZI, *La delimitazione del concetto di 'possessio' alla luce di alcune 'missiones in bona' e 'in possessionem'*, in *Iura*, 66, 2018, 103 ss. Di recente, tornano sul tema P. LAMBRINI, *La natura del possesso nel diritto romano classico*, in *Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo*, Napoli, 2019, 25 ss., nonché L. GAROFALO, *Il possesso*, cit., 83 ss.

⁵¹ Gai. 2.86; Gai. 4.153; Paul. 54 *ad ed. D.* 41.2.1.20 (*animus possidentis*); Gai. 7 *ad ed. prov. D.* 6.2.13.1; Paul. 18 *ad ed. D.* 9.4.22.1 (*animus domini*); Afric. 8 *quaest. D.* 12.1.41 e Paul. 54 *ad ed. D.* 41.3.4.2 (*animus possidendi*). G. ROTONDI, '*Possessio*', cit., 1 ss.; S. PUGLIATTI, voce '*Animus*', in *Enc. dir.*, 2, Milano, 1958, 437 ss.; E. BETTI, voce '*Animus*', in *Noviss. dig. it.*, 1, Torino, 1957, 632 s.; P. ZAMORANI, '*Possessio*', cit., 149 ss.; P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, 32 ss., nonché, di recente, EAD., *La natura*, cit., in specie 25 ss.; P. FERRETTI, '*Animo*', cit., 2 ss.

⁵² P. FERRETTI, '*Animo*', cit., 23.

⁵³ P. FERRETTI, '*Animo*', cit., 23.

L'Autore, offrendo un quadro di sintesi storico-dogmatico delle molteplici testimonianze in materia di acquisto, conservazione e perdita del possesso, ripercorre i passaggi fondamentali del ruolo dell'*animus* in ambito possessorio: Ferretti ritiene che l'effettiva innovazione in tema di *animus possidendi* sia imputabile alla teorica di Paolo, il quale «spezza le catene che tenevano strette il termine *animus* ad un circoscritto ambito di applicazione e lo conduce verso l'elemento soggettivo della *possessio*»⁵⁴.

Diversamente, D'Angelo, seppur concordando nel ritenere che si debba senza dubbio a Paolo – più di ogni altro – lo sforzo di ridurre a sistema le fonti in materia di acquisto delle situazioni possessorie, reputa che la sua teorica sviluppi un'idea «già implicita nel pensiero giurisprudenziale coevo e anteriore»⁵⁵.

A proposito di *animus possidere*, puntualizza che nel linguaggio di Paolo i termini *animus* e *corpus* non fanno riferimento agli elementi costitutivi del possesso, ma sono impiegati «per indicare i mezzi con cui l'uomo agiva in ordine a esso»⁵⁶; ben lontano dal proporre una descrizione della struttura dell'istituto, attraverso le espressioni di *corpus* e *animus* si vengono così a delineare i profili dell'acquisto, della conservazione e della perdita della situazione possessoria. D'Angelo dunque ritiene che ogni possesso si risolvesse in definitiva nella materiale disponibilità di una cosa unita alla volontà di possederla: in particolare, «una siffatta disponibilità, che il termine *corpus* non era idoneo a esprimere in tutta la sua estensione nei casi in cui essa prescindeva da una relazione corporale con la cosa posseduta, trovava comunque in tale relazione la sua manifestazione tipica e più caratteristica. Sicché nell'animo e nel corpo, proprio perché mezzi funzionali a possedere o a cessare di possedere, potremmo vedere riflessi in fase operativa gli elementi che si reputavano necessari, in una prospettiva statica, per integrare la struttura stessa del possesso»⁵⁷.

Ciò che occorre mettere in luce è che la diversa portata di *corpus* e *animus* condurrebbe a rivalutare anche «il punto di partenza della teoria

⁵⁴ P. FERRETTI, 'Animo', cit., 3.

⁵⁵ G. D'ANGELO, *A proposito di 'animus possidere'*, in *TSDP*, XI, 2018, 1 ss., in specie 29.

⁵⁶ Cfr. G. D'ANGELO, *A proposito di 'animus possidere'*, cit., 28.

⁵⁷ Cfr. G. D'ANGELO, *A proposito di 'animus possidere'*, cit., 28 s.

romana del possesso»⁵⁸, che poggia, in termini generali, sul concetto di signoria sulla cosa: non sarebbe dunque corretto ricercare una nozione unitaria di possesso in quanto sarebbe più coerente con il dato letterale rinvenire un ‘senso plurimo’ della *possessio* e del *possidere*, nel quale a giocare il ruolo di discriminare tra le varie situazioni possessorie sarebbe la «diversa portata di tale *animus* quale riflesso del diverso titolo per cui la cosa veniva di volta in volta tenuta»⁵⁹.

A ben vedere, le problematiche sottese al regime relativo alla circolazione del possesso sono affrontate dalla giurisprudenza classica facendo riferimento a due aspetti: da un lato, «al soggetto titolare in proprio di situazione possessoria giuridicamente rilevante, ai fini dell’acquisto per *occupatio*, *traditio* o *usucapio*» di una *res*⁶⁰; dall’altro lato, a quello «della tutela interdittale»⁶¹; la nozione di possesso, infatti, ha progressivamente assunto un significato tecnico attraverso la predisposizione di clausole edittali relative alla tutela offerta dai magistrati ai possessori vittime di turbative o spogli.

9. *Paul. 33 ad ed. D. 18.1.34.1*

Di regola, come anticipato, la cessione della situazione possessoria si aggancia a un contesto più ampio, ossia viene in rilievo in quanto trova giustificazione in un differente atto di cui costituisce applicazione⁶². Volendo, in questa sede, limitare lo sguardo al contratto di compravendita, occorre fare dapprima alcune precisazioni.

L’*emptio venditio*, come oltremodo noto, nella sua più evoluta forma (II sec. d.C.), importa, tra le obbligazioni del venditore, quella di fare avere

⁵⁸ Così G. D’ANGELO, *A proposito di ‘animus possidere’*, cit., 38.

⁵⁹ Cfr. G. D’ANGELO, *A proposito di ‘animus possidere’*, cit., 38.

⁶⁰ Cfr. A. BURDESE, voce *Possesso*, cit., 453 ss.

⁶¹ Cfr. A. BURDESE, voce *Possesso*, cit., 453. Vedi inoltre G. LONGO, *In tema di acquisto del possesso*, in *BIDR*, 1-2, 1934-1935, 469 ss.; P. LAMBRINI, *Capacità naturale e acquisto del possesso*, in *Index*, 27, 1999, 317 ss.

⁶² Il riferimento può andare in termini generali alla *traditio* e al passaggio della *vacua possessio*; all’*emptio venditio* e l’*ob evictionem se obligare*; al *pignus datum*, traslativo del possesso interdittale della *res*.

al compratore il libero e pacifico godimento della cosa⁶³; senza addentrarsi nella *vexata quaestio* relativa all'individuazione del contenuto di tale obbligazione, in questa sede può solo accennarsi al fatto che, secondo la ricostruzione ancora oggi dominante, il venditore è obbligato a *possessionem tradere* ⁶⁴. Non si vuole semplificare il problema giuridico, ovvero ridurlo alla prospettazione di quanto in termini evidenti risulta identificabile *prima facie* con il contratto obbligatorio di vendita, rinvenendo nella struttura dell' *emptio venditio* – quindi nel consenso delle parti senza alcuna specificazione ulteriore – l'effetto, in concreto, di cessione del mero possesso.

L'obiettivo rimane quello di verificare se i giuristi romani abbiano avvertito il problema della circolazione del possesso autonoma; in altri termini, si vuole indagare se sia dunque possibile rinvenire nelle fonti di epoca classica testimonianze dalle quali emerga una volontà orientata alla disposizione del possesso; disposizione in senso lato negoziale del possesso, nella quale sia determinante il profilo dell'intenzione delle parti.

⁶³ In particolare V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1956, in specie 88 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1946, 483 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Milano, 1928, 279 s.; C. LONGO, *Corso di diritto romano - parte speciale. La compravendita*, Milano, 1937, 294 ss.; F. GALLO, *Il principio 'emptio dominium transferetur' nel diritto pregiustiniano*, Milano, 1960, 15 ss.; T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 279 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, 5 ss., in specie nt. 24, al quale si rimanda per un'ampia bibliografia; più di recente, S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, 123 ss.; L. VACCA, 'Emptio venditio' e 'iusta causa traditionis', in *SDHI*, 79, 2013, 775 ss.

⁶⁴ Gai 4.131 e Paul. 32 *ad ed. D.* 19.4.1 pr. La dottrina minoritaria ritiene di interpretare tale obbligo nei termini di *praestare rem* : il trapasso del possesso risulta funzionalmente orientato al trasferimento della proprietà sul bene. V. Paul. 5 *quaest. D.* 19.5.5.1; Ulp. 32 *ad ed. D.* 19.1.11.2; Pap. 27 *quaest. D.* 22.1.4 pr. In questo senso, cfr. G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 34 ss.; L. VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, in *Vendita*, cit., 259 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 14 ss.

All'interno del panorama tratteggiato, si propone dunque la lettura di un testo paolino che, pur nella sua brevità, si inserisce nel solco delle considerazioni fin qui svolte: si tratta del frammento contenuto in Paul 33 *ad ed.* D. 18.1.34.1, idoneo a valorizzare il significato tecnico del *possidere*.

Il passo si colloca infatti al centro delle riflessioni in una prospettiva che, con riferimento alla circolazione del possesso, guarda maggiormente al profilo dell'intenzionalità dei contraenti, in ragione dei diversi scopi che intendono perseguire mediante le rispettive attribuzioni patrimoniali.

Tradizionalmente, accanto a D. 18.1.34.1, si collocano quelle testimonianze che, sulla base del tenore testuale, identificano ciò che, a seconda del criterio che viene in gioco – *ius naturale, ius gentium, mores civitatis*, come emerge dal passo di Paolo –, non può essere oggetto di vendita: paradigmatico è il riferimento alla vendita di un luogo sacro, religioso o pubblico⁶⁵. La prospettiva dei giuristi romani infatti guarda certamente alla distinzione tra le cose – emblematico è quanto contenuto nel manuale di Gaio che, nel secondo commentario *de rebus*, dopo aver classificato le *res*, passa a descrivere la disciplina dei modi di acquisto⁶⁶ –, ma non solo; «la ricostruzione del fenomeno del trasferimento della proprietà in diritto romano ... impone, in sostanza, di considerare unitariamente fenomeni paralleli, e segnatamente: la classificazione romana delle *res*; la valutazione giuridica dei diritti; il fenomeno della successione»⁶⁷.

Se, dunque, ancora una volta, appare evidente la mentalità dei *prudentes* – riprodotta, come visto, con spirito ricognitivo nel regime

⁶⁵ All'interno di tale casistica non risulta rinvenibile quella, invero spesso utilizzata, tra le cd. *res in commercio* e le cd. *res extra commercium*; piuttosto, si ritrovano differenti espressioni come *res quarum* (ovvero *cuius*) *commercium non est*, ovvero *res quas natura vel ius gentium vel mores civitatis commercio exuerunt*. A rigore, è proprio la distinzione tra *res quae in nostro patrimonio sunt* e *res quae extra nostrum patrimonium habentur* a venire maggiormente in evidenza, nella quale a prevalere è il criterio della condizione attuale nella quale si trova la *res*, ovvero la suscettibilità a essere oggetto di diritti patrimoniali privati. Cfr. M. GENOVESE, 'Res' e relative qualifiche in rapporto al 'commercium', in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 87 ss., in specie 93. In precedenza, v. G. NICOSIA, 'Institutiones'. *Profili di diritto privato romano*, I, Catania, 1997, rist. 1999, 113.

⁶⁶ V. Gai 2.65.

⁶⁷ Così S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 97.

giustiniano –, sempre più accorta nel tentativo di ridurre a sistema fattispecie aventi per oggetto differenti tipologie di *res* sul criterio unificante di essere sottratte alla sfera privata, sulla base di quanto emerge dal frammento paolino, anche il rapporto tra la sfera dell'autonomia del singolo e l'essere nel (solo) possesso di una *res* richiede alcuni chiarimenti.

10. *La scelta di ricostruzione testuale del passo paolino*

Le considerazioni che possono essere svolte intorno al frammento in esame sono accumulate dall'intenzione di far emergere l'autonomia concettuale della *possessio* come oggetto di trasferimento *inter vivos*; il passo nella sua attuale formulazione appare scorrevole:

Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.1: *Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio excuerunt, earum nulla venditio est*⁶⁸.

Il testo di Paolo, connotato da una forte capacità sintetizzante, focalizza l'attenzione sulle circostanze idonee a rendere valida la compravendita, nonché su quelle che, dal versante opposto, portano a qualificare come nullo il medesimo contratto.

⁶⁸ Cfr. C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, 163; G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di 'ius gentium'*, Milano, 1946, 229; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*², Oxford, 1996, 234, in specie nt. 28; G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, in *Riv. dir. rom.*, 1, 2001, 4 ss., in specie 17; M. TALAMANCA, *Contributi alla palingenesi della giurisprudenza romana. I. Dig. 18.1.34 e la struttura del lib. 33 'ad edictum' di Paolo*, in *Estudios Juridicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, II, Salamanca, 2002, 999 ss.; A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2004, 55 ss.; L. D'AMATI, *La compravendita delle 'res in potestate hostium'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni in diritto romano*, I, Padova, 2007, 381; M. GENOVESE, 'Res', cit., 87 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 132 ss.; A. MILAZZO, *La configurazione e l'evoluzione della distinzione tra 'res in commercio' e 'res extra commercium'*, in *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 373 ss.

Si ritiene che si possano vendere *recte* tutte le cose che un soggetto può *habere, possidere o perseguire*; al contrario, si ritiene che sia nulla la vendita di cose cd. *extra commercium* in base al diritto naturale,⁶⁹ al diritto delle genti⁷⁰ o ai costumi di una città.

Nel nostro caso, non si tratta di approfondire il rapporto tra le varie categorie di *res* in relazione al criterio di inclusione o esclusione dal *commercium*⁷¹, quanto di mettere a fuoco se – anche – le *res* oggetto di *possessio* possono essere, in quanto tali, suscettibili di rapporti giuridici patrimoniali.

Colpisce che, quasi in termini di classificazione generale, l'attenzione di Paolo si focalizzi sui confini dell'autonomia del singolo, in una prospettiva volta a dare rilevanza non solo alla facoltà di disposizione del *dominus*, ma anche a quella del possessore della *res*: Paolo, infatti, distingue l'ipotesi di vendita – valida – di *res* delle quali si ha il possesso, da quella sulle quali si vanta la proprietà, da quella, infine, di cose di cui si richiede l'accertamento della titolarità in giudizio.

Il frammento contenuto in Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.1 è collocato all'interno del Libro 33 *ad edictum* di Paolo, che offre una panoramica piuttosto ampia dell'*emptio venditio*: si tratta infatti del commentario alla rubrica editale delle azioni di compera e di vendita⁷².

Con particolare riguardo alla l. 34, il Lenel ne ha considerato scarsamente unitario il contesto⁷³: il nr. 504 contiene D. 18.1.34 pr. e

⁶⁹ Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.3.

⁷⁰ Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.4.

⁷¹ Come noto, la vendita di *res extra commercium* rientra tra gli esempi di impossibilità giuridica della prestazione del venditore: per meglio dire, si identifica una 'zona grigia', nella quale la stessa prestazione può dirsi possibile o impossibile a seconda che, a venire in rilievo, sia il contenuto dell'obbligazione del venditore o la «funzione traslativa immanente all'*emptio venditio*», così C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 129 ss., in specie 266 ss. V. anche, A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma*, cit., 149 ss.

⁷² M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., 999 ss., in specie 1002.

⁷³ *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, 1034 ss. Sono ricompresi nella ricostruzione del Lenel anche i seguenti frammenti: D. 19.4.1 del Titolo '*De rerum permutatione*' (502); D. 35.2.71 del Titolo '*Ad legem falcidiam*' (511); D. 19.1.21 del Titolo '*De actionibus empti*

appare relativo a problemi di interpretazione delle clausole contrattuali; il nr. 505 comprende D. 18.1.34.1-4 (nonché D. 18.1.17) e concerne l'invalidità della vendita per l'inidoneità della cosa venduta; infine, il nr. 506 – includendo i restanti § 5-7 – è relativo alla compravendita validamente conclusa per un'ideonea *res emptā*⁷⁴.

La letteratura che si è cimentata nella ricostruzione testuale del passo ha rilevato la presenza di interpolazioni con riguardo a *natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt*. In particolare, da un lato, vi è chi, oltre a ritenere interpolato il passaggio *natura vel*, ritiene difficile individuare corrette corrispondenze in relazione ai differenti fattori individuati, *natura, ius gentium, mores civitatis*⁷⁵; dall'altro lato, emerge l'opinione di coloro secondo i quali si deve considerare interpolato *vel gentium ius*⁷⁶.

La prima parte del frammento, quella dal tono generalizzante – *omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit* – si ritiene invece non interpolata: gli studiosi, come vedremo, ritengono genuino quanto Paolo va specificando in relazione alla validità del contratto di vendita; ed è proprio con riferimento a tale affermazione che s'intende proporre alcune riflessioni utili a mettere a fuoco la concezione della *possessio* nel suo significato tecnico, ovvero a valorizzare l'attribuzione patrimoniale che può rendere la situazione possessoria oggetto di circolazione autonoma.

11. *Considerazioni ricavabili dal testo*

Sulla base di quanto sin qui affermato, la circolazione della situazione possessoria, separata dal diritto di proprietà – così come si evince testualmente dal frammento paolino –, sembra acquistare un'autonomia rilevanza dal punto di vista dell'intenzione delle parti⁷⁷.

vendit? (514); D. 21.2.5 del Titolo '*De actionibus empti vendit?*' (515); D. 50.16.188 del Titolo '*De verborum significatione*' (516).

⁷⁴ Cfr. M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., 999 ss., in specie 1000.

⁷⁵ M. GENOVESE, *Res*, cit., in specie nt. 42.

⁷⁶ G. LOMBARDI, *Ricerche*, cit., 54.

⁷⁷ Come già messo in luce *supra* in nt. 62, la figura del pegno manuale, in quanto concluso mediante consegna, è traslativo del possesso interdittale della cosa: tale

A colpire è, in particolare, l'andamento retorico del passo: Paolo, sia con riguardo all'individuazione della situazione di appartenenza in relazione alla singola *res* (diritto di proprietà, possesso, aspettativa del bene definita in giudizio), che con riferimento ai criteri-limite alla validità del contratto di vendita (diritto naturale, diritto delle genti, costumi di una città), si esprime dal generale al particolare e la separazione dei diversi concetti non può dirsi certamente casuale.

Nella lettura complessiva del testo, si vuole mettere in evidenza la distinzione tra i due verbi, *habere* e *possidere*, accostati ma separati, ciascuno nel suo significato tecnico: non vi sono infatti elementi per dubitare che «con *habere* Paolo si riferisce al diritto di proprietà»⁷⁸ – il significato di *habere* è poi spiegato meglio in Paul. 33 *ad ed.* D. 50.16.188 tolto dallo stesso libro –, «con *possidere* al possesso»⁷⁹, e tale distinzione non può essere involontaria nelle intenzioni del giurista.

La stessa autonomia concettuale può rinvenirsi anche con riguardo al terzo verbo utilizzato da Paolo, ossia il *persequi*: volendo limitare lo sguardo al manuale gaiano – ad esempio, Gai 3.213 – e ad alcuni utilizzi nel Digesto giustiniano – a titolo esemplificativo, Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27.17, Ulp. 9 *disp.* D. 9.2.49.1, Iul. 48 *dig.* D. 12.1.21, Ulp. 62 *ad ed.* D. 17.1.44 –, emerge con chiarezza che tale verbo ricopre l'autonoma valenza semantica di domandare in giudizio, far valere, ottenere mediante l'esperimento di un'azione che, si badi bene, non è autonoma, in quanto presuppone per *ius civile* l'esistenza di un diritto (ossia l'*habere* e il *possidere*). Valorizzando questo ragionamento anche con riferimento agli altri due verbi – l'*habere* e il *possidere* –, si potrebbe addirittura arrivare ad ammettere che anche lo stesso *possidere* in realtà presupponga il diritto di proprietà, per cui dovrebbe ritenersi preclusa l'autonoma circolazione della *possessio*.

contratto reale rimane valido anche se effettuato dal *non dominus*, in quanto si verifica la dissociazione tra il *dans* (che ha e continua a essere il proprietario) e il cessionario (che ha il possesso); cfr. Iav. 4 *ex plant.* D. 41.3.16; Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.7.9.4.

⁷⁸ Così P. VOGLI, *Le obbligazioni romane. Corso di Pandette. Il contenuto dell'obligatio*, I.1, Milano, 1969, 151.

⁷⁹ P. VOGLI, *Le obbligazioni*, cit., 151.

Recentemente, si è cercato di rimettere a fuoco il «tipo di aspettativa concretamente nutrita»⁸⁰ dal compratore in termini di *habere* o *possidere*. Con riferimento alla prima aspettativa – l'*habere* –, si ritiene integrata tanto dall'ottenere la *res* oggetto di compravendita *iure dominii*, quanto dall'ottenerla *sine interpellatione*, individuando in quest'ultima espressione «una situazione reale di appartenenza»⁸¹ dal contenuto 'intermedio' rispetto alla proprietà e al mero possesso⁸².

Per quanto concerne invece la seconda aspettativa – il *possidere* –, essa è ben distinta da entrambe le accezioni in cui si caratterizza l'*habere* – *iure domini e obtinere sine interpellatione* –, non solo sotto il profilo contenutistico, per cui rileva anche quanto precisato in Ulp. 32 *ad ed. D.* 19.1.11.8, ma anche sotto quello della tutela integrata dall'ordinaria protezione interdittale⁸³.

Da ultimo, si vuole aggiungere ciò che la letteratura ha più volte messo in luce relativamente alla figura dell'*emptio suae rei*. Senza addentrarsi nell'intricato tema dell'efficacia o inefficacia di tale figura contrattuale⁸⁴, utile è richiamare quanto contenuto all'interno di un altro frammento paolino:

Paul. 33 *ad ed. D.* 18.1.34.4: *Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio id agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in iudicio possessionis potior esset*⁸⁵.

⁸⁰ S.A. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 132.

⁸¹ S.A. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 138.

⁸² Paul. 2 *ad ed. aedil. curul. D.* 21.2.35; Paul. 33 *ad ed. D.* 18.1.34.6; Paul. 1 *ad ed. aedil. curul. D.* 21.1.43.6; Paul. 33 *ad ed. D.* 50.16.188.

⁸³ S.A. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 137.

⁸⁴ Cfr. A. CARCATERRA, *I negozi giuridici sulla cosa propria*, in *AUPA*, 3, 1940, 1 ss.; G. LONGO, *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SDHI*, 45, 1979, 121 ss.; C. RUSSO RUGGIERI, *'Suae rei emptio consistere non potest'*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VI, Napoli, 1984, 2813 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 56 s., in specie nt. 146.

⁸⁵ Con riferimento alla ricostruzione del passo v. P. LAMBRINI, *Il problema del 'concursum causarum'*, Padova, 2000, in specie 113; A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma*, cit., 103; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 60 ss.

Paolo ritiene che si possa correttamente configurare un' *emptio* avente per oggetto la *possessio* di una *res* nel caso in cui *ab initio agatur, ut possessionem emat* e, quindi, quando tale effetto sia stato esplicitamente voluto dalle parti contraenti, cosicché, dal punto di vista processuale, il compratore possa dirsi destinato a prevalere in un giudizio possessorio.

Sul terreno di efficacia della vendita di cosa propria troverebbe dunque spazio anche la figura della circolazione autonoma del possesso; ove, invece, *a contrario*, il contratto di *emptio suae rei* fosse intrepreatato nel senso dell'inefficacia, si escluderebbe del tutto la concettualizzazione – nonché, di conseguenza, una soluzione in senso positivo – del medesimo problema.

12. *Riflessioni conclusive*

Ciò che si è cercato di valorizzare in questa sede, dapprima con attenzione al contemporaneo e poi guardando alle fonti romane, è una nuova prospettiva di studio della materia possessoria vista nella sua dinamicità; più in particolare, il tentativo è stato quello di aprire uno 'squarcio' con riguardo ai problemi della disponibilità negoziale del possesso.

Sullo sfondo di quanto osservato sin qui, appare indubbio che la prospettiva paolina sviluppata in Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.1, nel concepire la circolazione autonoma del possesso, non fosse quella del contratto di vendita. Inoltre, quanto messo in luce da Paolo, supportato nella sua interpretazione dalla residuale ipotesi della validità dell' *emptio suae rei cum ab initio id agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit*, non può certamente condurre a una generalizzazione della portata di tale affermazione relativamente alla validità di un contratto di vendita avente per oggetto il mero possesso della *res*.

Tuttavia, pur senza essere approdati a esiti di ampio raggio, lo studio del testo prescelto – Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.1 – sembra consentire di valorizzare il fatto che l'oggetto del trasferimento – la situazione possessoria – gode, tanto dal punto di vista sostanziale, quanto processuale, di una propria autonomia concettuale, a tal punto che anche *omnium rerum, quas quis ... possidere ... venditio recte fit*.

La considerazione appena svolta permette di rivalutare il significato tecnico del possesso in termini di autonoma attribuzione patrimoniale: a tale proposito, si è avuto modo di verificare un margine nelle fonti ritenendo l'ipotesi della vendita della sola *possessio* valida ed efficace in base alle circostanze del caso di specie, ossia quando ciò sia l'effetto voluto dalle parti; tale fattispecie può anche dare vita a un'*emptio venditio* «della quale la *possessio* non è l'oggetto esclusivo, ma l'unico effetto possibile»⁸⁶, in quanto manifestato dalle parti contraenti.

Ecco allora che la prospettiva di Paolo, che, come visto, interviene più di ogni altro giurista a innovare l'elaborazione concettuale che impegna la giurisprudenza romana in materia di possesso, vale a testimoniare l'esistenza di un ulteriore spazio di riflessione intorno alla figura della *possessio* dalla specola delle forme della sua circolazione.

Abstract

L'articolo affronta il tema della disposizione negoziale del possesso in una prospettiva di comparazione tra antico e contemporaneo. In particolare, una situazione possessoria – tradizionalmente inidonea al trasferimento *inter vivos* – può circolare in forza di un contratto atipico di immissione nel possesso con riguardo al diritto civile positivo; nelle fonti classiche, attraverso un contratto di *emptio venditio*, nel quale la manifestazione di volontà delle parti è idonea a plasmare il suo contenuto, come risulta dallo studio del frammento paolino contenuto in Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.1. La relazione di materiale disponibilità tra un soggetto e la *res* oggetto di cessione può dunque essere valorizzata nei termini di 'attribuzione patrimoniale': ciò consente di aprire una nuova prospettiva di studio dei differenti modelli di circolazione negoziale di una situazione possessoria.

The essay focuses on the negotiating disposition of possession in a historical-comparative perspective. In particular, the paper seeks to

⁸⁶ Così S.A. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 61.

highlight that also a possessory situation – traditionally qualified in terms of factual situation, therefore, as such, unsuitable to circulate *inter vivos* – may be the object of a negotiating provision (*emptio venditio*) in the Roman Law (as evidenced in Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.1), or an atypical contract for entering into possession in the civil law in force. The relation of material availability between a subject and the *res*, object to assignment can be enhanced in terms of a capital allocation: this allows you to provide a new study perspective on different models of negotiating movement of a possessory situation.

Parole chiave

Possesso, circolazione negoziale, comparazione diacronica, contratto di vendita, volontà, attribuzione patrimoniale

MARTA BEGHINI
Assegnista di ricerca
Università di Verona
Email: marta.beghini@univr.it

