

7.1 Situazioni di fatto e leggi scientifiche

Ancorché il possesso sia un fenomeno intuitivo (*possideo quia possideo*), riferibile alla differenza tra avere una cosa ed essere titolare del diritto sulla cosa, il passaggio dal piano empirico al piano giuridico non è semplice.

Nell'ordinamento giuridico le entità concettuali rilevanti sono i diritti non i fatti. I fatti sono fonte dei diritti, mentre nel possesso fatto e diritto coincidono. Se ne dovrebbe concludere che c'è un fatto – l'impossessamento – che genera un altro fatto – il possesso – e che il fatto generato è una situazione giuridicamente rilevante, pur non potendo essere qualificato come diritto soggettivo.

Prima di esaminare la soluzione all'enigma occorre capire perché esso si pone, cioè per quali ragioni il legislatore ha ritenuto di codificare il possesso come istituto giuridico. Al riguardo le risposte date in dottrina sono numerose:

- a) il divieto di autotutela privata, poiché il disconoscimento del possesso legittimerebbe il farsi giustizia da se;
- b) la pace sociale, poiché il riconoscimento del possesso stabilizza i rapporti sociali, condizione *ne cives ad arma ruant*;
- c) la meritevolezza delle situazioni di fatto, poiché è il possessore che amministra la cosa e ne sfrutta la capacità produttiva;
- d) la difesa anticipata della proprietà, perché il possesso è una situazione di apparenza che rende probabile la sussistenza del diritto.

Queste ragioni sono variamente combinate nei due principali filoni teorici in argomento.

La concezione soggettivistica (Friedrich Carl von Savigny) definisce il possesso la signoria materiale, conforme al contenuto del diritto di proprietà o altro diritto reale, accompagnata dalla volontà di possedere la cosa. Oltre al *corpus possessionis*, requisito essenziale del possesso è l'*animus possidendi*, senza il quale la materiale disponibilità della cosa dà luogo a una semplice detenzione. L'*animus possidendi* è un'entità psichica, che si sostanzia nell'intento di tenere la cosa per sé, negando di doverla restituire o definitivamente consegnare ad altri. Simmetricamente è detentore colui che riconosce di dover conferire la cosa ad altri. Un soggetto può essere tanto possessore pieno (coincidenza di *corpus* ed *animus*), quanto possessore mediato (conserva l'*animus*, ma il *corpus* compete ad un altro soggetto il quale ne è detentore, in adempimento di un suo obbligo, oppure in base ad un rapporto di cortesia).

L'opposta concezione oggettivistica (Rudolf von Jhering) ravvisa nell'*animus* la soggettivizzazione del fondamento giustificativo del dominio sul bene, che è dato dal titolo in virtù del quale si possiede. Questa teoria assume a principale ragione del possesso il suo essere una presunzione di proprietà: «*la protezione del possesso, quale esteriorità, quale posizione di fatto della proprietà, è*

un necessario completamento della protezione della proprietà, una facilitazione della prova a favore del proprietario, la quale ridonda di necessità a vantaggio del possessore». Risolto il possesso in una proprietà interinale, nessun rilievo ha la volontà del possessore ai fini della qualificazione della situazione stessa. Questa teoria lascia, però, in ombra la distinzione tra possesso e detenzione, solo vagamente individuata nella «regola giuridica».

La dottrina posteriore ha cercato di perfezionare la tesi oggettivistica, osservando come nei rapporti sociali c'è un innato rispetto verso la sfera di dominio che ciascuno manifesta e la tendenza a considerare gli oggetti nella proprietà di colui che ne dispone. L'estraneità alla fonte che ha consentito l'instaurazione della situazione di fatto causa un'apparenza di dominio titolato, almeno sin quando non ricorre una circostanza idonea a far attribuire a quella situazione un diverso valore, come accade, ad esempio, rispetto a colui che domina l'oggetto in virtù di una legittimazione derivata dall'atto dispositivo altrui (es. un comodato). Ne consegue che il possesso o la detenzione non sono fattispecie costanti, ma mutevoli a seconda della parte che entra in relazione con colui che ha il governo materiale sulla *res*; esse si mostrano quali fattispecie suscettibili di qualificazione alternativa¹, nel senso che la medesima situazione di fatto può essere qualificata ora come possesso ora come detenzione a seconda della parte con la quale entra in relazione colui che signoreggia la cosa. Una simile ricostruzione prescinde da ogni indagine sullo stato psichico di chi possiede. Secondo questa dottrina il possesso può essere definito come l'apparenza di diritto costituita dal potere, che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale, e che genera una presunzione sulla titolarità del diritto stesso.

Tale ragionamento cade in una fallacia *ad ignorantiam*, assumendo per vero (la titolarità del diritto) ciò di cui non si può dimostrare che è falso (la corrispondenza tra fatto e diritto). D'altra parte, di codesta presunzione non c'è traccia nell'ordinamento giuridico, non potendosi confondere la tutela del possesso con una presunzione legale (*iuris tantum*) di titolarità della proprietà, la quale dovrebbe comportare nel giudizio petitorio un'inversione dell'onere della prova in ordine al diritto di proprietà, e non semplicemente una difesa anticipata della proprietà (le azioni possessorie).

L'indagine sulla natura del possesso non può restare affidata esclusivamente alle scienze umane (l'intima sicurezza che la sovranità sulla cosa genera in chi la esercita), poiché la rilevanza delle situazioni di fatto, prima che una giustificazione psicologica, antropologica o sociologica, ha un fondamento nelle scienze naturali.

¹ Non è corretto – come fanno molti autori – parlare di qualificazione plurima, per violazione del principio del terzo escluso.

Il possesso – come molti altri istituti giuridici – recepisce le leggi fondamentali della fisica classica: *ex nihilo nihil fit e natura non facit saltus*².

L'enunciato *ex nihilo nihil fit* è un'esemplificazione della legge di conservazione dell'energia, secondo cui la quantità totale di energia all'interno di un sistema isolato è una costante. Nella sua accezione più generale non appare tuttavia corretto parlare di legge, poiché in fisica esistono numerose leggi che riguardano la conservazione della materia e dell'energia, sia a livello macroscopico che subatomico e nucleare. Pertanto nella letteratura scientifica la definizione adottata è quella di principio di conservazione dell'energia totale, in quanto comprensivo di tutte le possibili forme di energia (meccanica, termica, elettromagnetica, di massa, etc.): «perché non si tratta di una semplice conseguenza di altre leggi, ma di un assioma ricavato per induzione da moltissime esperienze, di un vero e proprio principio universale, in base al quale in natura nulla si crea e nulla si distrugge ma tutto si trasforma».

L'enunciato *natura non facit saltus* è un corollario del principio di causalità, secondo cui nella natura tutto è progressivo ed ordinato, sia nei processi di derivazione dei fenomeni inanimati (causalità fisica), sia nei processi di evoluzione dei generi e delle specie viventi (causalità biologica).

Il legislatore, adeguandosi a questi due enunciati, attribuisce diretta rilevanza giuridica alle situazioni di fatto che si manifestino con i connotati tipici dei diritti sulle cose. Il possesso è, inevitabilmente, il prodotto di un'azione umana nel mondo naturale, un effetto esteriormente analogo a quello delle transazioni giuridiche. Può aggiungersi che l'apparenza di titolarità non si fonda su un fallace ragionamento sociale (l'interlocutore 'si fida' di ciò che vede fino a quando non può smentirlo), ma sul principio metodologico di semplificazione (*entia non sunt multiplicanda*), enunciato da Guglielmo di Occam, per cui, a parità di condizioni, è preferibile spiegare il possesso come corrispondente a una situazione di diritto piuttosto che no.

Occorre adesso verificare come questa ipotesi scientifica si sia tradotta nella definizione legale dell'istituto.

L'art. 1140, comma 1 c.c. stabilisce: “*Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale*”.

Per comprendere la nozione di possesso è utile la comparazione con la proprietà (art. 832 c.c.): “*Il proprietario ha il diritto di godere e di disporre delle cose*”.

Nel definire la proprietà si usa il termine “diritto”, nel definire il possesso si usa il termine “potere”.

² «Nulla nasce dal nulla» e «la natura non procede per salti». Il concetto si fa risalire ad un'intuizione di LUCREZIO, *De rerum natura*, ma nel pensiero scientifico le formule non possono essere attribuite prima, rispettivamente, di Cartesio e di Leibniz.

Eppure i diritti null'altro sono che poteri giuridici. La differenza è nel rapporto tra le due entità, che nel possesso è ribaltato:

a) proprietà = diritto → potere;

b) possesso = potere → diritto;

Nella proprietà il diritto è la causa, il potere (godere, disporre) l'effetto; nel possesso il potere è la causa, il diritto è l'effetto (frutti, rimborsi, acquisti, azioni).

Il potere del possessore è giuridicamente rilevante nella misura in cui si espliciti sulla cosa in termini corrispondenti al contenuto della proprietà o di altro diritto reale. È bene osservare che il potere sulla cosa non coincide con la situazione di fatto, che piuttosto ne rappresenta la manifestazione.

Nozione di possesso

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Potere sulla cosa	Art. 1140 c.c.	Possesso

Effetti del possesso

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Possesso	Artt. 1148 ss. c.c.	Effetti giuridici

Questo schema segna il passaggio dal concetto empirico a quello giuridico, sicché può concludersi che il possesso è un potere giuridico di primo grado, cioè rispetto al quale il procedimento di qualificazione normativa è diretto, non mediato da un titolo giuridico (contratto o altro fatto giuridico).

A seconda che si tratti di possesso a titolo di proprietà o di diritto reale, si distingue tra possesso pieno e possesso minore.

L'art. 1140, comma 2 c.c. stabilisce: “*Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa*”. Questa disposizione è essenziale per passare dalla nozione alla struttura del possesso, poiché, riconoscendo come possesso sia quello immediato, che quello mediato, ossia esercitato a mezzo del detentore, dimostra che il possesso non si esaurisce nel *corpus*, il quale anzi – nella ristretta accezione di materiale disponibilità della cosa – può temporaneamente mancare, senza che il possesso venga meno. La conservazione del possesso non richiede, infatti, l'esplicazione di continui e concreti atti esercizio, essendo sufficiente che il bene posseduto, in relazione alla sua natura e destinazione economico-sociale, si trovi nella ideale disponibilità del possessore, nel senso che questi possa quando lo voglia ripristinare il rapporto

materiale con lo stesso. In definitiva il potere sulla cosa può manifestarsi anche senza una relazione fisica immediata, qualora il possessore eserciti un controllo totale sulla cosa³.

Dalla possibilità di scissione tra possesso e disponibilità materiale del bene origina la figura della detenzione, termine che può designare due concetti diversi: la relazione materiale con la cosa e il possesso in nome altrui. Nel senso di relazione materiale con la cosa, la detenzione non indica un fenomeno giuridico a sé stante, ma la base di tutti i fenomeni possessori, i quali presuppongono appunto quella relazione; nel senso di possesso in nome altrui, la detenzione postula la presenza dell'*animus detinendi* e presuppone che il titolare riconosca in altri la qualità di possessore della cosa su cui si esercita il potere. Ogniquale volta vi sia questo riconoscimento il detentore non può essere possessore, quand'anche il potere esercitato sulla cosa abbia ad atteggiarsi esteriormente come esercizio di facoltà che costituiscano il contenuto di un diritto reale.

La detenzione può avere luogo sia nell'interesse proprio (es. conduttore, comodatario), che in quello altrui (es. mandatario, depositario, commesso). Tra le varie forme di detenzione nell'interesse altrui il codice considera espressamente, escludendola dalla tutela in caso di spoglio, la detenzione a titolo di servizio e di ospitalità, considerata detenzione non autonoma, laddove quella che si fonda su un titolo che legittima la tutela possessoria, ancorché esercitata nell'interesse altrui, è una detenzione autonoma.

La detenzione per ragioni di servizio è una relazione materiale con la cosa che deriva da un rapporto di lavoro subordinato, che può svolgersi in luoghi produttivi (azienda, ufficio, esercizio commerciale) o privati (domicilio).

Parlando di relazione di ospitalità, il codice si riferisce invece a quelle situazioni per cui una persona entra nell'abitazione di un'altra e dispone in una certa misura dei beni in essa contenuti, in forza di un rapporto personale, che può essere determinato da uno speciale sentimento (parenti, invitati, ecc.) o da altri motivi, ma a cui in ogni caso inerisce una presunzione di fiducia. Qui la mancanza di ogni diritto e anche più evidente che nella detenzione per ragioni di servizio: il proprietario non si priva affatto del possesso della cosa, limitandosi visibilmente a lasciarla solo a disposizione dell'ospite che, pertanto, non ha alcuna autorizzazione nei confronti della stessa, e la sua attività appare di fatto come una manifestazione dell'attività del proprietario, che, con la sua volontà e coi suoi poteri di controllo, assorbe ogni movimento dell'ospite.

Per completare l'analisi della nozione di possesso occorre menzionare la distinzione tra *ius possidendi* e *ius possessionis*.

³ Cass. sez. II, n. 1723 del 2016: «Il possesso (o la detenzione) può essere conservato "solo animo", purché il possessore (o il detentore) sia in grado di ripristinare "ad libitum" il contatto materiale con la cosa, sicché, ove tale possibilità sia di fatto preclusa da altri o da una obiettiva mutata situazione dei luoghi, l'elemento intenzionale non è, da solo, sufficiente per la conservazione del possesso (o della detenzione), che si perde nel momento stesso in cui è venuta meno l'effettiva disponibilità della cosa».

Lo *ius possidendi* designa il diritto di possedere, ossia la posizione giuridica soggettiva nel cui contenuto rientra il possesso, che normalmente è un diritto reale. Lo *ius possidendi* non è il possesso, ma il diritto di conseguire il possesso.

Lo *ius possessionis* designa i diritti che discendono dal possesso, ossia il complesso di poteri giuridici (sostanziali e processuali) che trovano il loro fondamento nel possesso in quanto tale. Lo *ius possessionis* è il possesso.

Ius possidendi e *ius possessionis* possono in concreto coincidere o meno, nel quale ultimo caso il possessore non ha il diritto di possedere, ma conserva tutte le prerogative nascenti dal possesso. La distinzione in esame conferma il rapporto invertito tra diritto e fatto: il possesso rileva sia come contenuto del diritto soggettivo (diritto → possesso), sia come fonte di poteri giuridici (possesso → diritto). Poiché, peraltro, ogni diritto soggettivo nasce a sua volta da un fatto, l'autonomia concettuale del possesso risiede nella circostanza di essere contemplato dall'ordinamento giuridico non come fatto produttivo di diritti soggettivi, ma come fatto produttivo di poteri giuridici, a prescindere dal – o anche contro il – diritto soggettivo.

La distinzione tra *ius possidendi* e *ius possessionis* risalta nel conflitto tra proprietario e possessore: il primo ha – salvo che ne abbia disposto per contratto – lo *ius possidendi*, il secondo lo *ius possessionis*, con la conseguenza che il proprietario (non possessore) non potrà difendersi dalle aggressioni dei terzi con le azioni possessorie, e sarà costretto a dare la prova rigorosa del proprio diritto; tuttavia potrà agire contro il possessore per recuperare la cosa.

Ancorché il codice civile del 1942 l'abbia abbandonata, la classificazione del possesso come legittimo o illegittimo conserva rilevanza. Si ha possesso legittimo quando l'impossessamento materiale trovi fondamento in un titolo negoziale o legale, ancorché inidoneo a far acquistare il diritto. Il possesso legittimo va tenuto concettualmente distinto dallo *ius possidendi*, poiché il primo è un attributo del possesso, il secondo è una situazione di diritto che ha per oggetto il possesso; nonché dal possesso di buona fede, poiché anche il possessore legittimo può essere in malafede (es. l'acquirente che sia a conoscenza dello spoglio realizzato dal suo dante causa). Il possesso illegittimo è quello che nasce da un comportamento non corrispondente ad una fattispecie di legittima apprensione materiale del bene. Il possesso illegittimo va tenuto distinto dal possesso di malafede, poiché è ben possibile che il possessore ignori di violare l'altrui diritto (l'esempio del contadino che per errore scusabile coltiva una porzione del fondo confinante).