

Spoliatus ante omnia restituendus.

Quaestio disputata sul procedimento possessorio come paradigma del processo di matrice geometrica

Premessa una ricostruzione sintetica del contesto storiografico in cui il tema del procedimento possessorio può essere oggi trattato, nel presente contributo si intende evidenziare la crisi del formalismo di stampo positivista e la contrapposta istanza di una fondazione realistica dell'ordinamento giuridico; l'indagine, che prende le mosse attingendo all'esperienza personale e professionale di un caso concreto, realmente affrontato nella quotidiana frequentazione delle aule giudiziarie, si svilupperà partendo dalla formulazione di un problema, per il quale prenderò in considerazione almeno due tesi alternative.

Non sfuggirà come questo modo di procedere segua, a grandi linee, la struttura della Quaestio tomistica che, per altro, come è stato notato da Elvio Ancona e Marcello Fraconzani ([1]), integrata dalla ricerca delle aporie della geometria legale così come metodologicamente strutturata nel libro *Filosofia del Diritto* di Francesco Gentile ([2]), si presenta come la forma tipica di problematizzazione processuale. Quanto alla determinazione delle conclusioni mi limiterò alla definizione dei principi, per un verso con attenzione particolare al linguaggio utilizzato con lo scopo di superarne la polisemia, che è la principale fonte di equivoci nella prassi e, per altro verso, evidenziandone il dinamismo teleologico, considerando che la definizione dialettica si dà in base al fine, alla causa finale, alla forma compiuta di ciò che viene definito e quindi con la consapevolezza dell'inesauribile varietà delle opinioni e dell'inesausta attualità dei principi.

Se la tutela possessoria riconosca o non riconosca giuridicità al fatto oggetto del procedimento (Utrum Sit)

Il caso concreto

Il possesso della servitù di scarico

Tizio si rivolge al proprio legale rappresentando la circostanza che il suo vicino di casa, Caio, aveva intrapreso nei suoi confronti un'azione possessoria.

Tizio – infatti - aveva iniziato dei lavori per la rimozione della tubatura (di sua proprietà) ed interrata nel proprio fondo attraverso la quale avveniva uno scarico di acque saponate (e quindi inquinanti) che provenivano dalla sua abitazione, tubatura alla quale, circa nove anni prima, senza averne alcun titolo, si era, abusivamente, collegato Caio. La tubatura di Tizio, quindi, conduceva le acque (inquinanti) provenienti dalle due abitazioni (quella di proprietà di Tizio e quella di proprietà di Caio) e le faceva confluire nel vicino fiume;

Tizio evidenziava come aveva eseguito questi lavori perchè il Comune, alla luce di una recente legge regionale, già entrata in vigore, aveva emesso un'ordinanza con cui intimava ai due confinanti di allacciarsi alla condotta comunale e di cessare con l'immissione inquinante entro un termine da molto tempo spirato.

Si deve necessariamente premettere che la scelta della traccia, occasione della presente indagine, è stata suggerita dalla circostanza che il possesso è una fattispecie nella quale, probabilmente con maggior forza, si pone e propone il problema relativo al potenziale conflitto tra giuridicità del fatto e qualificazione giuridica del fatto ad opera della norme.

Non dobbiamo dimenticare, infatti, che il principio primo su cui si fonda la concezione moderna del diritto è la capacità (ed esclusività) della norma positiva di dare una qualificazione ai fatti materiali. La norma "positiva" riesce a dare ordine nel disordinato vivere quotidiano delimitando per un verso i fatti che possano avere giuridica rilevanza e, per altro verso, regolamentandone i rapporti. In questa prospettiva la relazione tra norma e fatto è sempre univoca, procedendo dalla norma verso il fatto: la concezione moderna del diritto si basa, infatti, proprio sull'idea che la norma giuridica è frutto della volontà del sovrano e non certo lettura della forza normativa dei fatti stessi ([3]).

Come avremo modo di sottolineare in seguito, invece, la forza normativa dei fatti è stato un momento pregnante dell'esperienza giuridica precedente a quella moderna, nella quale, a differenza di questa, come è stato osservato in dottrina ([4]), "la vitalità dei fenomeni materiali è tale da divenire immediata effettività giuridica, senza il benchè minimo apporto di volontà da parte di un soggetto qualsivoglia, posto che quei secoli non ne vedono alcuno che possa sovraordinarsi all'ordine naturale delle cose".

Il caso prospettato, quindi, ripropone l'eterna contrapposizione tra fatto e diritto, tra realtà e norma, acuendone, però, gli aspetti problematici in quanto la detta contrapposizione trova il suo apice proprio nella quotidiana applicazione pratica nel procedimento possessorio, ove le questioni giuridiche vengono inevitabilmente amplificate.

Passando all'analisi della traccia, si deve immediatamente dire che il caso che ci viene prospettato appare essere, nella sua ricostruzione storica, di estrema semplicità. Si tratta di un caso nel quale Tizio, rimuovendo la tubatura collocata nella sua proprietà e alla quale illo tempore Caio si era allacciato, viene ad impedire lo scarico che Caio stava effettuando, malgrado i divieti, attraverso la detta tubatura.

Volendo dare una rappresentazione giuridicamente più precisa, dovremmo sottolineare come, in virtù del principio dell'accessione, previsto e disciplinato dall'art. 934 c.c. ([5]), Tizio è proprietario della tubatura interrata nel proprio fondo e, sempre per il medesimo principio, anche della parte della tubatura che, partendo dalla casa di Caio, corre sotto il terreno (di proprietà di Tizio) collegandosi alla prima; mentre Caio esercita un possesso dello scarico di acque saponate, attraverso la tubatura di proprietà di Tizio.

La traccia sembra suggerire la questione di quale sia l'eventuale diritto di Caio in relazione all'attuato scarico, ossia se lo stesso abbia, a qualche titolo, acquistato una servitù o altro diritto (reale) che lo legittimi all'uso della tubatura di Tizio.

La soluzione del punto è semplice in quanto è la traccia stessa che ci dice che Caio non aveva alcun titolo e che si era collegato solo nove anni prima (tempo non sufficiente per un'eventuale usucapione). Tale questione, nell'economia del caso, sembra però avere un valore marginale o solo prospettico, in quanto, è evidente che, a prescindere dall'esistenza o meno di un diritto in capo a Caio, questione prettamente petitoria e che quindi potrebbe rilevare (eventualmente) solo in un secondo momento, non può essere revocato in dubbio che, ad ogni modo, Caio possedesse, esercitasse di fatto lo scarico attraverso la tubatura di Tizio e, giuridicamente, possedesse una servitù di scarico.

Ricordiamo, a questo proposito, che il possesso è una realtà certamente complessa ([6]) e, per certi versi, come è stato definito in dottrina, dal volto enigmatico e inafferrabile ([7]), nel quale convivono due aspetti uno prettamente oggettivo (c.d. corpus) ossia la relazione materiale con la cosa oggetto del possesso, l'altro soggettivo (c.d. animus possidendi), ossia il convincimento del soggetto di esercitare un proprio diritto.

Parallelamente, in dottrina, si sono evidenziate due correnti di pensiero; quella c.d. soggettiva, la cui origine si deve a Savigny ([8]), secondo la quale l'elemento essenziale del possesso è l'animus e quella c.d. oggettiva, che ha avuto in Jhering ([9]) il suo fondatore, secondo la quale l'animus non costituirebbe elemento essenziale ma si valorizza l'aspetto dell'apprensione e del rapporto di fatto con la cosa; qualunque sia la prospettiva nella quale ci si colloca, ad ogni modo, è pacifico che il possesso è una situazione giuridica soggettiva che, pur trovando tutela nel nostro ordinamento, non è un diritto ([10]) ed, anzi, sussiste in quanto, di fatto, si presenta come l'esercizio di un diritto, a prescindere che poi il possessore sia effettivamente titolare del relativo diritto.

Come è stato autorevolmente chiarito da Perlinger, infatti, "il possesso non è la conseguenza automatica della titolarità del diritto, ma è esercizio concreto di un potere, attività effettiva espletata sia dal titolare del diritto (possesso come esercizio del diritto: ius possidendi), sia da chi non è titolare del diritto (puro possesso). In entrambe le ipotesi si ha un factum possessionis, che prescinde dalla circostanza che esso sia attuato dal titolare di un diritto. Dal factum sorge lo ius possessionis, cioè il diritto di possedere e d'invocare la tutela possessoria ([11]).

Ciò che, nella fattispecie descritta, è certamente singolare e merita una riflessione è la circostanza che lo scarico di acque, oggetto del detto possesso, sia giuridicamente illegittimo (inteso come contra ius), in quanto espressamente vietato (perchè inquinante) da una normativa regionale e, per giunta, oggetto di un'ordinanza comunale con cui l'ente pubblico ordinava l'allacciamento alla condotta comunale.

La vicenda come descritta, quindi, evidenzia un conflitto tra la tutela (a priori) del fatto possessorio e una tutela dello stesso alimentata da una visione della sua giuridicità. Valorizzando una prospettiva, quindi, si evidenzia l'esistenza di un possesso (quello di Caio) che, in quanto tale, in quanto pura situazione di fatto, a prescindere da ogni ulteriore valutazione giuridica, richiede tutela; valorizzando una seconda prospettiva si pone il problema della illegittimità dello scarico e del danno che tale scarico potrebbe arrecare alla comunità.

La prima ipotesi interpretativa: una (semplice) conciliazione tra gli interessi in gioco (Videtur)

Il caso che viene prospettato sembrerebbe poter avere una soluzione alquanto semplice. Una lettura, seppur sommaria, della traccia, infatti, ci fa comprendere come l'azione di Tizio (mirante alla rimozione della tubatura attraverso la quale sia il suo immobile che quello di proprietà di Caio scaricava nel vicino fiume le acque saponate) altro non sia che un atto con cui lo stesso ottempera ad un ordine dell'autorità ([12]), ossia all'ordinanza del Comune che invitava i confinanti ad allacciarsi alla condotta comunale. Non può sfuggire, quindi, come la condotta di Tizio sia, sotto una determinata prospettiva, un atto dovuto e, ad ogni modo, perfettamente conforme ed aderente alla normativa esistente.

Sotto un'ulteriore visione prospettica, inoltre, non si può non evidenziare come l'azione di Tizio, se può ritenersi lesiva del possesso di Caio (spogliandolo del possesso del diritto di servitù), ad ogni modo, appare una condotta che evita la

lesione di un bene giuridico, quale quello dell'ambiente, che, avendo una valenza e una vocazione pubblica ([13]), deve ritenersi in una gerarchia dei beni giuridici meritevoli di tutela, preferibile rispetto al possesso del singolo Caio.

In ultima analisi, circostanza rilevante, la pronuncia che accogliesse le lamentele di Caio, finirebbe per ordinare a Tizio la commissione (o tollerare la commissione) di un atto illecito, in quanto contrario alla normativa generale, che vieta lo scarico diretto dei liquami saponati (e per questo inquinanti) in fiume.

La soluzione del conflitto, quindi, non può che essere, per logiche ragioni, quello di riconoscere, nell'atto di Tizio, un atto che, seppur ha leso il possesso di Caio, ad ogni modo persegue un interesse superiore, che, non può non essere preferito al mero interesse particolare dello spossessato, anche e soprattutto in quanto avviene con una modalità attuativa pienamente legittima e conforme all'ordinamento giuridico. Solo in questo modo, la tutela possessoria potrà attingere all'autentica giuridicità del fatto preso in esame.

L'ipotesi interpretativa prevalente: ante omnia restituendus (Praeterea)

Secondo un approccio prettamente processuale, e certamente maggiormente diffuso, la soluzione del caso appare altrettanto semplice. Secondo il noto brocardo, spoliatus ante omnia restituendus, che ha trovato pieno e monolitico accoglimento nel nostro sistema processuale, il giudice, che si vedesse prospettare tale questione, non dovrebbe aver dubbi nel ripristinare il possesso leso, ordinando a Tizio di ripristinare la tubatura danneggiata e di permettere a Caio di scaricare, come stava facendo, nel fiume.

Tale soluzione appare la più semplice e la più coerente in relazione alle ragioni che da sempre hanno legittimato e, in parte, giustificato, il processo possessorio. Tra questi, certamente il principale, è evitare che i cittadini pongano in essere delle azioni miranti a farsi ragione da sè ([14]), usando la forza arbitrariamente con lo scopo di aver il riconoscimento delle proprie ragioni giuridiche che, altrimenti, dovrebbero essere veicolate in un iter processuale ordinario. Il farsi giustizia da sè, è sempre stato visto come uno dei maggiori ostacoli alla convivenza pacifica della comunità, i cui componenti devono rivolgersi alle Autorità, per trovare riconoscimento alle proprie ragioni.

Tale visione è talmente radicale che ha trovato anche una tutela in sede penale, grazie alla previsione dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni di cui all'artt. 392 e 393 c.p. ([15]). L'unica possibilità che viene lasciata al cittadino è la c.d. autotutela immediata, anche detta in continenti, la possibilità del singolo di reagire al tentativo di spolio perpetrato a suo danno nell'immanenza dello stesso, ma non viene riconosciuta la possibilità di agire in autotutela successivamente, ad avvenuto spolio, per ripristinare, autonomamente, la situazione anteriore all'avvenuto spolio ([16]).

Riprendendo quanto prima sottolineato da Perlingeri, la tutela possessoria, prevista e disciplinata dagli artt. 1168 e segg. c.c., infatti, si preoccupa di dare tutela ad una situazione giuridica, qual è il possesso, per il semplice fatto della sua sussistenza. Il presupposto della tutela possessoria, infatti, non è il riconoscimento di un diritto e della relativa titolarità, ma è il riconoscimento della situazione di fatto (corrispondente in astratto all'esercizio di un diritto) sulla quale l'azione del terzo è intervenuto ad incidere (attuando uno spolio o una lesione); richiamandoci al noto brocardo, possideo quia possideo, colui che agisce in sede possessoria, non deve in alcun modo giustificare e, per l'effetto, provare la sussistenza di un diritto a fondamento del detto possesso, ma deve semplicemente dare la prova della sussistenza in capo suo del solo possesso, ossia del solo esercizio del potere sulla cosa, corrispondente all'esercizio di un diritto reale (in primis proprietà), corrispondenza che viene valutata astrattamente e mai, ripetiamo, in modo da verificarne l'effettiva sussistenza e titolarità di chi agisce in tutela del detto possesso ([17]).

Per converso, colui che abbia subito uno spolio e voglia agire, non nell'immediatezza del fatto ma successivamente all'avvenuto spolio, contro chi l'ha privato del possesso, per ripristinare un'originaria situazione legittima, non potrà mai invocare la legittimità della situazione dallo stesso ripristinata, anche se corrispondente ad un diritto di cui egli stesso possa dare immediata e semplice prova (feci sed de iure feci);

Il classico caso di scuola ([18]), è quello della (ci rendiamo conto paradossale) tutela possessoria del possesso del ladro, per cui il nostro ordinamento nel caso in cui un derubato incontri il ladro che alcuni mesi prima gli aveva rubato (per esempio) la bicicletta, non potrà riprendersela con la forza, ma dovrà agire nelle sedi opportune, in quanto se, come recita il codice, "potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sè medesimo", da un lato il ladro stesso potrà chiedere una tutela possessoria (che il nostro sistema gli riconoscerà) facendosi restituire la bicicletta, che aveva a suo tempo rubato, e dall'altro, il povero derubato potrebbe essere denunciato per esercizio arbitrario delle proprie ragioni ([19]).

Si può quindi dire, con tranquillità, che la tutela possessoria, prescinde completamente dalla giuridicità del rapporto sostanziale sotteso al possesso di cui si chiede la tutela; circostanza poco rilevante nella presente prospettiva in quanto, la

tutela possessoria è una tutela provvisoria, in attesa di una tutela petitoria successiva a quella possessoria, e, quindi, la valutazione della giuridicità del fatto, comunque, anche se successiva, viene garantita dal nostro ordinamento.

La soluzione del caso concreto (Sed Contra)

Certo, si può dire che la tutela possessoria è una tutela provvisoria, in attesa di una tutela petitoria successiva a quella possessoria; nella concreta applicazione del principio, però, tornando al classico esempio di scuola citato, il nostro derubato (della bicicletta), mentre, nel frattempo, sarà certamente condannato penalmente, per esercizio arbitrario delle proprie ragioni, condividendo, con il ladro, almeno questa esperienza giudiziaria, dopo un lungo (visti i tempi medi) processo possessorio civile (che nei due gradi di giudizio può durare anche più di una decina di anni), potrà introdurre il giudizio petitorio (che, ricordiamolo, ex art. 705 c.p.c. non potrà introdurre se non quando il merito possessorio sia terminato, con sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo) con la prospettiva, quindi, di un secondo processo che, sempre per i detti tempi medi, lo porterà, decorsi oramai complessivamente anche più di vent'anni dal furto subito, finalmente a riabbracciare la sua bicicletta che, dato il tempo trascorso, sarà obsoleta ed inutilizzabile ([20]).

Spoliatus ante omnia restituendus, certo, ma non può non sorgere un legittimo dubbio (prima ancora da quibus de populo che da giurista) che l'applicazione concreta del principio, allontani l'ordinamento dal naturale e giusto equilibrio delle cose, di quello che viene detto il *suum quique* ([21]), realizzando un'immediata e immediatamente percepibile ingiustizia, in vista di una lontana, forse certa, ma lenta e sostanzialmente inutile giustizia.

La latente (o evidente) ingiustizia realizzata dal sistema possessorio nel caso di scuola, diviene ancora più evidente e paradossale nel caso prospettato. L'applicazione coerente e processualmente corretta della normativa possessoria, porterà certamente un giudice ad ordinare a Tizio di ripristinare la tubatura attraverso la quale avveniva lo scarico di Caio; un qualsiasi giudice, chiamato ad applicare il codice, dovrà riconoscere, come non potrà non riconoscere anche Tizio, che in precedenza attraverso quella tubatura Caio esercitava un possesso di una (quanto meno possibile) servitù di scarico e non potrà non ripristinarlo.

A questo punto, però, diviene doveroso domandarci quali saranno le conseguenze (paradossali) di questa ordinanza.

Innanzitutto, si deve evidenziare come la pronuncia ripristina un possesso con la piena consapevolezza che lo stesso non corrisponde ad un diritto, in quanto la traccia stessa ci dice che l'immissione nel possesso era avvenuta abusivamente (e che Caio non ne aveva titolo alcuno) e, ad ogni modo, non era trascorso il termine ventennale che giustificerebbe un usucapione del relativo diritto.

La stessa pronuncia si pone in aperta ed evidente contraddizione con una precedente pronuncia (ordinanza) del Comune, con cui questa ordinava l'allacciamento alla condotta comunale e (implicitamente forse) la cessazione dell'immissioni inquinanti;

La stessa pronuncia finisce per legittimare un possesso che, per sua stessa natura, è lesivo di un bene giuridico protetto (ossia quello dell'ambiente) in quanto legittima uno scarico di acque inquinanti nelle pubbliche acque di un fiume; se ci è consentita un'immagine, certamente suggestiva, potremmo quasi dire che l'ordinanza del giudice "commette un reato", se non il reato di inquinamento o di concorso in quel reato (previsto dalla citata legge regionale), il reato di favoreggiamento ([22]).

Inutile dire che, attesi i risultati conseguenti alla prospettiva maggiormente diffusa, ci si dovrebbe auspicare una differente regolamentazione.

considerazioni conclusive (Respondeo)

I. I caratteri della tutela possessoria.

E' evidente che i risultati paradossali evidenziati, sono diretta conseguenza, dei particolari caratteri della tutela possessoria.

La detta tutela, infatti, è la tutela del "fatto" inteso come lo status quo ante dell'intervenuto spolio e la cui unica preoccupazione è il ripristino della situazione anteriore allo spolio stesso.

Tale fatto, inoltre, è il possesso, ossia il "potere" sulla cosa. Ricordiamo, infatti, che la definizione codicistica di possesso ([23]) è, proprio il "potere" sulla cosa. Oggetto della tutela è quindi un rapporto di potere, di dominio sulla cosa che prescinde da una lettura giuridica del rapporto tra il titolare del possesso (del potere quindi) e il bene oggetto del possesso stesso.

Come abbiamo avuto modo di evidenziare, poi, tale tutela prescinde da ogni valutazione (anche sommaria) dell'esistenza di un fondamento giuridico del possesso. Anche a questo proposito, non si può non notare la singolare e significativa differenza tra il procedimento possessorio e gli altri procedimenti a cognizione sommaria, cautelari e d'urgenza, presenti nel nostro ordinamento processuale civile, in ordine ai quali, viceversa, il giudice è chiamato, malgrado la necessaria (per motivi di tempo) sommarietà dell'indagine, a valutare anche il c.d. *fumus boni iuris*, ossia il fondamento giuridico della domanda di cui si chiede tutela provvisoria, rifiutandola quando, ab initio, si appalesi la non corrispondenza della stessa ad una pretesa giuridicamente fondata.

La sapienza dei brocardi, nella loro mirabile capacità di sintesi, infatti, ci ricorda, come i due aspetti fondamentali ora evidenziati della tutela possessoria siano da un lato il fatto che è sufficiente dimostrare il possesso e non la sua fondatezza (*possideo quia possideo*) ([24]) e dall'altro come un'eccezione petitoria, ossia la prova (anche evidente e immediata) della fondatezza del diritto di chi ha attuato lo spolio e l'insussistenza di un diritto in capo allo spoliato (il c.d. *feci sed de iure feci*) non sia, invece, per nulla rilevante ([25]).

La tutela possessoria del nostro codice non lascia alternativa al giudice. Questi deve decidere il caso attraverso una rappresentazione del fatto storico – puro e semplice – senza attingere all'intrinseca giuridicità del fatto storico stesso, che viene così considerato privo di giuridicità (o la cui giuridicità non viene considerata rilevante e quindi è come inesistente);

Sempre il giudice è chiamato a decidere sulla base di una rappresentazione meramente virtuale della realtà, virtualità intesa come ricostruzione sommaria ed astratta del fatto che, in tal modo e per quanto appena detto, si separa dalla reale giuridicità del fatto rappresentato, prescindendone totalmente. Si giunge, infine, alla paradossale conseguenza che il giudice deve decidere in un determinato modo, pur avendo acquisito la piena consapevolezza della diversa giuridicità della cosa e l'impossibilità di dare, nel seguito del processo, una tutela petitoria alla pretesa possessoria.

II. La tutela possessoria come paradigma della tutela giudiziaria di tipo geometrico

I risultati paradossali a cui conduce la soluzione della traccia sono, a nostro avviso, ascrivibili alla matrice culturale geometrica che è sottesa alla disciplina della tutela possessoria.

Innanzitutto è evidente come, in questa prospettiva, il fatto sia una realtà priva di una sua giuridicità, una materia prima informe che deve essere plasmata dall'opera del legislatore (o, nel caso del processo, dal giudice); si può dire che la realtà del possesso viene vista solamente per la sua fisicità senza però domandarsi l'ordine giuridico sotteso a detto fatto; il giudice, nella sua pronuncia, deve prescindere da una lettura della giuridicità del fatto da regolare, dovendosi solo domandare quale fosse la situazione di fatto prima della lamentata lesione, ricostruendola nella sua astratta fisicità, attraverso l'esercizio del proprio potere autoritativo.

Altrettanto geometrica è l'attenzione che il legislatore, tramite il giudice "patentato" ([26]), pone sui rapporti di potere sull'oggetto del contendere. Viene dato valore prioritario e preponderante proprio al potere, come misura del dominio di fatto (e per questo, esclusivo ossia escludente quello della controparte) sulla cosa. Dovendo ripristinare il possesso, il giudice viene chiamato a valutare chi avesse il potere, il dominio sulla cosa senza valorizzare alcun altro aspetto, ancor meno se giuridico ([27]). Proprio perchè la pronuncia possessoria riconosce rilievo al potere (*rectius dominio*) sulla cosa, non permette la comunicazione delle parti (attraverso il reciproco riconoscimento del diritto sulla cosa) e, per l'effetto, impedisce la trasformazione del conflitto in controversia ([28]), alimentando semmai proprio quel potenziale conflitto che il suo intervento sarebbe chiamato in realtà a sedare; appare evidente che dare tutela immediata (anche se provvisoria) anche laddove *ictu oculi* colui che chiede la tutela del possesso non ha (o peggio ancora non invoca) un diritto corrispondente al suo possesso, non fa altro che rendere ancora più conflittuali i rapporti tra le parti, in quanto l'uno si fa scudo della tutela possessoria per protrarre il proprio (ci sia consentito illegittimo) possesso nel tempo il più possibile, mentre lo spoliante (legittimo titolare del proprio diritto) vede allontanarsi (per opera del legislatore) sempre di più il momento in cui potrà esercitare il proprio diritto.

Sorge il legittimo dubbio, che la previsione della tutela possessoria, ad opera del nostro legislatore, sia maggiormente preoccupata di legittimare e giustificare l'intervento dello Stato, unico legittimo detentore della forza, che è chiamato non a trasformare il conflitto in controversia ma a neutralizzare, con la forza, i conflitti;

sorge il dubbio ancora più legittimo che il legislatore sia stato più preoccupato di "punire" chi "osa" farsi giustizia da sè, sostituendosi nella funzione principale proprio al sovrano e, proprio per questo, non si preoccupa di leggere la giuridicità dei fatti; la pronuncia possessoria mira semplicemente a ribadire la posizione dello Stato geometrico, il più forte dei privati, il Partigiano Divino ([29]), unico legittimo detentore della forza, unico legittimato a usare la forza per neutralizzare i conflitti degli anomici individui;

la pronuncia del giudice, in sede possessoria, si basa, dunque, su una rappresentazione virtuale della realtà, alla luce dello schematismo ricostruttivo preordinato, dato dal sistema delle norme, mirante semplicemente a ripristinare la rappresentazione fattuale e virtuale interrotta dalla lite; nel momento in cui questa opera ricostruttiva dà vita a una rappresentazione del fatto completamente scissa dalla sua giuridicità sostanziale ed intrinseca, attraverso la quale andrebbe invece letto, la pronuncia del giudice possessorio, può raggiungere risultati paradossali come quelli evidenziati, ossia che, anche laddove emerge evidente la mancanza di un fondamento giuridico al possesso o al titolo del suo acquisto, ripristina la rappresentazione virtuale della realtà, priva di giuridicità.

Questo è il motivo principale per cui la pronuncia del giudice "patentato" conferma l'idea, tipicamente geometrica, dell'essere umano come incapace di leggere l'ordine giuridico delle cose, grazie alla propria autonomia, ma al quale si dovrà, con la forza, imporre l'ordine astratto voluto dal sovrano (o dal giudice che, del caso concreto, è il sovrano), unico legittimo detentore della forza.

III. Necessità di superamento della prospettiva geometrica e di recupero della giuridicità del fatto

Per venire a svolgere delle considerazioni conclusive, alla luce di quanto sino ad ora illustrato, appare evidente la necessità di evitare i risultati paradossali ai quali il sistema possessorio attuale ([30]) conduce; unica via da seguire appare essere quella del superamento della matrice culturale che ne ha determinato il dettato, quella geometrica, in vista di un recupero dell'autentica giuridicità del fatto possessorio.

L'opera del giurista, come è stato autorevolmente sottolineato ([31]), è quella di ordinare le relazioni intersoggettive, turbate dalla lite, ma non attraverso un'opera di sovrapposizione di un proprio ordine a quello rappresentato dalle parti, ma attraverso una attenta e sapiente lettura della giuridicità del fatto che deve essere giudicato, ossia del suo di ciascuno, unica via per far sì che il conflitto, basato sulla contrapposizione delle due volontà di potere delle parti, venga risolto attraverso la trasformazione dello stesso in controversia, basata sulla rappresentazione giuridica dei fatti oggetto della lite, e, quindi, presupposto, perchè le parti, attraverso il reciproco riconoscimento della fondatezza giuridica di quelle che prima erano vuote pretese di potere e dominio, possano effettivamente dialogare ([32]).

Come è stato acutamente indicato in dottrina ([33]), per fare questo, il giudice dovrà approcciarsi al fatto (anche possessorio) da giudicare con delle lenti, le c.d. lenti del giurista le quali, "che pure consentono di rappresentare e pertanto reinterpretare il fatto, non possono coincidere con le disposizioni legislative, seppure non se ne possa prescindere, dal momento che tali lenti altro non rappresentano se non ciò che fino a quel momento egli è riuscito a cogliere (e fissare) dell'esperienza giuridica che lo circonda, ma nella quel è anche immerso".

Anche nel processo possessorio, sorge, quindi, ineludibile l'esigenza di una ricostruzione giuridica del fatto stesso, di una rappresentazione che colga non solo l'aspetto fattuale della realtà possessoria ma, più approfonditamente, anche il giuridico fondamento della stessa, la sua essenza, intervenendo a ripristinare un possesso solo dopo che, una lettura, anche se necessariamente sommaria, possa far ritenere fondata la pretesa di chi ha subito lo spolio, rispolverando, anche per le azioni possessorie, quel principio fondamentale, dei procedimenti d'urgenza, del *fumus boni iuris*.

Così il giudice non dovrebbe intervenire a ripristinare un possesso se, *ictu oculi*, sia privo di un fondamento giuridico, in quanto non corrispondente ad una situazione giuridica di diritto ritenuta meritevole di tutela (come il possesso del ladro) o, peggio ancora, se l'esercizio di quel possesso, a prescindere dal titolo d'acquisto dello stesso, configuri un illecito (come nel caso prospettato dello scarico inquinante) ([34]);

Qualcuno potrà dire che questa sarebbe una rivoluzione copernicana, una rivoluzione che ci porterebbe a rovesciare radicalmente la visione della tutela possessoria così come maturata nei secoli, portandoci da una rappresentazione virtuale della realtà possessoria a una rappresentazione giuridica della realtà stessa.

In verità, tale assetto non sarebbe per nulla nuovo e tanto meno rivoluzionario, ma sarebbe un semplice recupero dell'originaria e originale intuizione dei maestri del nostro diritto, ossia dei giuristi romani.

Non dobbiamo, infatti, dimenticare che, anche nel diritto romano, e in particolare già nello *ius civile* esisteva l'istituto del possesso, come situazione di fatto che aveva una sua valenza e rilevanza giuridica; il possesso, nel diritto romano, trova tutela da parte del pretore, mediante particolari mezzi processuali, c.d. *interdicta*, che trovano probabilmente la loro origine storica in provvedimenti di carattere amministrativo a tutela dell'antica *possessio* dell'*ager publicus* ben presto estesi ai rapporti privatistici; i giuristi romani furono i primi che si posero il problema della tutela del possesso, e che si chiesero se la tutela possessoria dovesse tutelare, *sic et simpliciter*, il possesso o se, viceversa, avrebbe dovuto estendersi a valutare il fondamento giuridico di quella situazione di fatto e della sua corrispondenza all'ordinamento giuridico ([35]); questi conclusero che in tema di tutela del possesso andava distinta la *possessio iusta*, vale a dire una situazione giuridica di fatto che corrispondeva ad un diritto di cui il possessore era titolare, dalla *possessio iniusta*, vale a dire una situazione

giuridica di fatto alla quale non corrispondeva un legittimo diritto in capo al possessore, in quanto acquistato vi, clam o precario riconoscendo solo alla prima la tutela possessoria ([36]).

Nel caso di scuola, quindi, il ladro di biciclette non avrebbe potuto chiedere, ad un giudice romano, la tutela del possesso nel caso in cui il proprietario, a suo tempo derubato, gli avesse strappato, con la forza, la bicicletta che gli era stata rubata mesi prima, in quanto la sua possessio sarebbe apparsa "iniusta" e, quindi, non meritevole di tutela.

Tale prospettiva cominciò forse a vacillare proprio nell'esperienza successiva medioevale, in cui si giunse a distinguere due definizioni di possessio ([37]), ossia possessio naturalis e possessio civilis ([38]). Il giurista medioevale, infatti, era "stretto tra le esigenze postegli dall'osservazione della giuridicità naturale dei fatti e quelle partecipate dal testo antico e autorevole. Il diritto vivo nella prassi richiede la diretta validità del possesso fattuale, della relazione immediata e diretta fra il soggetto e la cosa, il segno attorno al quale il medioevo costruisce naturalmente la più gran parte della sua civiltà giuridica. Il diritto del Corpus Iuris, sedimento cristallizzato di un'esperienza diversa e lontana, portatrice di metodologie superiori ma ormai vuote di un vero contenuto, procede invece dall'esigenza di ricostruire la relazione fattuale tra soggetto e cosa a partire dal concreto titolo di legittimazione" ([39]).

Tale bipartizione fu al centro del dibattito giuridico della dottrina medioevale, originato dalla prima indicazione a cura della Summa Trecensis ([40]), alimentato dai contributi di Giovanni Bassiano ([41]), dell'allievo di lui Azone ([42]) per giungere, attraverso numerosi e frequenti interventi, anche autorevoli ([43]), all'insegnamento di Bartolo da Sassoferrato ([44]) che sviluppa ulteriormente la tradizione introducendo un terzo tipo di possessio, ossia la possessio corporalis. Già nel Medioevo, quindi, questa contrapposizione tra normatività del fatto e valenza normativa e regolatrice del testo di legge positum e autorevole, cominciava ad essere avvertita, aprendo le porte, proprio nell'istituto del possesso, terreno particolarmente fertile, all'affermazione di quella prospettiva giuridica che troverà la sua celebrazione proprio nell'età moderna.

Sarebbe, invece, semplice e al contempo necessario recuperare e sviluppare ulteriormente ([45]) l'insegnamento dei giuristi romani e rivedere l'attuale regolamentazione dell'istituto della tutela possessoria, concedendo una maggiore libertà ricostruttiva del fatto possessorio ai giudici, che si estenda anche al fondamento giuridico del fatto stesso, attraverso una lettura autenticamente giuridica del possesso. Nel caso contrario, continueremo, nella quotidiana esperienza processuale, ad imbatterci in pronunce possessorie, giuridicamente coerenti ma, di fatto, lontane (e, in alcuni casi, molto lontane) dalla giuridica realtà del fatto oggetto del giudizio, così lontane da realizzare (come nei casi illustrati) un'autentica ed essenziale (perchè riferita all'essere) ingiustizia.

[1]) Vedi l'Opuscolo di ANCONA E. e FRACANZANI M. Struttura e svolgimento della Quaestio, Padova, 1998.

[2]) Cfr GENTILE F. Filosofia del Diritto, Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi, Padova, 2006.

[3]) La fattualità del diritto come prospettiva centrale della visione del diritto nel medioevo è oggetto di un interessante analisi di GROSSI P. L'ordine giuridico medioevale, Roma Bari, 1995 p. 56 – 60.

[4]) Ci si vuole richiamare alla profonda analisi del diritto comune di VOLANTE R., Fatto normativo e interpretatio iuris. La definizione del possesso nel Diritto Comune in AA.VV. Ordo iuris Storia e forme dell'esperienza giuridica, Milano, 2003

[5]) Art. 934 c.c. Opere fatte sopra o sotto il suolo.

Qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo, salvo quanto è disposto dagli articoli 935, 936, 937 e 938 e salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge.

[6]) Per una completa bibliografia si richiama SACCO R., CATERINA R., Il possesso in Trattato di diritto civile e Commerciale diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L. Milano, 2000.

[7]) Per un compiuta analisi dell'istituto, si rimanda a TROISI B. e CICERO C. I possessi, Napoli, 2005

[8]) In particolare si rimanda a SAVIGNY F.C. von, Possesso in Commentario alle Pandette, § 25, Milano, 1895, pag. 287

[9]) Tra le le opere dell'autore, particolare interesse nel nostro caso riveste JHERING R. von Sul fondamento della protezione del possesso: revisione della teoria del possesso, Milano, 1872.

[10]) BARASSI L., Diritti reali e possesso, II, Milano, 1952, pag. 485; FUNAIOLI G.B., Enc. Del Dir. 134. Solo per una limitata (e nettamente minoritaria) parte della dottrina il possesso è un diritto.

[11]) PERLINGERI P., Il Diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, Napoli, 2006, pagg. 599.

[12]) Un caso simile ma non identico è stato già risolto dalla Cassazione a Sezioni Unite "Qualora il privato recinga un fondo per impedirvi l'accesso a terzi, in ottemperanza di un ordine, con il quale l'autorità amministrativa, per ragioni di sicurezza pubblica, abbia imposto tale recinzione, sia pure in via alternativa ad altre opere idonee ad eliminare una situazione di pericolo, l'esperibilità di un'azione di reintegrazione nel possesso, da parte di chi di fatto utilizzava detto bene, trova ostacolo non in ragioni di difetto di giurisdizione, tenuto conto che quel privato non ha agito come "longa manus" della amministrazione, alla quale anzi si contrappone come soggetto obbligato ad intervenire su un proprio bene, ma bensì nel venir meno dei presupposti del preteso spoglio, atteso che l'indicato ordine ha inciso autoritativamente sulla situazione in cui si concretava il dedotto possesso, precludendone l'ulteriore esercizio nello stato di fatto preesistente, e che inoltre il destinatario dell'ordine medesimo, di contenuto alternativo, non può ritenersi obbligato all'esecuzione di opere innovative, per riportare il fondo in condizione di utilizzabilità senza pericolo. Cassazione civile , sez. un., 07 febbraio 1981, n. 766.

[13]) Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 all'Articolo 37 prevede come diritti fondamentale la Tutela dell'ambiente: "Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile".

[14]) Da sempre la Cassazione ha evidenziato tale elemento come imprescindibile nella tutela possessoria. Si veda, solo a titolo di esempio Cassazione civile , sez. I, 06 giugno 1983, n. 3827 "In materia di azione di reintegrazione, l'animus spoliandi non è escluso dalla presenza di un titolo di concessione amministrativa, poiché questa non fa venir meno l'intenzione di attendere al possesso altrui; pertanto ove il bene oggetto della concessione sia posseduto da altri, il concessionario non può farsi ragione da sè, sottraendo al detentore il materiale possesso della cosa, venendosi così a realizzare proprio quel comportamento perseguibile con l'azione di spoglio.

[15]) Art. 392 Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose.

Chiunque, al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sè medesimo, mediante violenza sulle cose, è punito, a querela della persona offesa, con la multa fino a 516 euro.

Agli effetti della legge penale, si ha violenza sulle cose allorchè la cosa viene danneggiata o trasformata, o ne è mutata la destinazione.

Si ha, altresì, violenza sulle cose allorchè un programma informatico viene alterato, modificato o cancellato in tutto o in parte ovvero viene impedito o turbato il funzionamento di un sistema informatico o telematico.

Art. 393 Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone.

Chiunque, al fine indicato nell'articolo precedente, e potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sè medesimo usando violenza o minaccia alle persone, è punito, a querela dell'offeso, con la reclusione fino a un anno.

[16]) Sul punto è pacifica la giurisprudenza. Vedi Cassazione civile, sez. II, 19 maggio 2000, n. 6510 "La reazione del soggetto che consideri lesi i propri diritti su di un bene a causa dell'abusiva utilizzazione di esso da parte di altri mediante attività corrispondenti all'esercizio di diritti reali, può consistere in comportamenti di fatto impeditivi di tale attività (ad esempio, apposizione di un cancello al proprio fondo illegittimamente utilizzato da altri come passaggio) solo nell'immediatezza del fatto, e non quando la situazione originata dall'altrui attività abbia raggiunto un anche minimo grado di stabilità, dovendo, in tali casi, ottenere la tutela delle proprie ragioni solo per via giudiziaria".

[17]) E tale assunto è talmente radicale da valere anche quando il possesso non è continuo ed è limitato: "In tema di azione di spoglio, il possesso (o compossesso) di un bene, concretandosi in un potere di fatto sulla cosa, che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà, non presuppone l'effettiva e continua utilizzazione della cosa in ogni sua parte, essendo sufficiente una relazione con il bene unitariamente considerato, anche se si concreti, per le particolari esigenze del possessore, in forme di godimento limitato. Cassazione civile , sez. II, 29 marzo 2006, n. 7267

[18]) TRABUCCHI A., Istituzioni di Diritto Civile, XXVII Ed., Padova, 1985, pag. 436

[19]) Ritornano di disarmante attualità le parole tratte da Le Arringhe Officiose dell'Avvocato Giambattista Dattino pubblicato a Napoli nel lontano 1863 nel quale si legge di "Altra è l'azione possessoria, altra è la petitoria nei loro differenziali caratteri, e su' principi dinamici che le informano. Quando si contende del possesso di un fondo, di cui altri fu spogliato con vie di fatto, vale l'antico brocardico, Spoliatus ante omnia restituendus. Ed allora compete l'azione possessoria civile detta tecnicamente reintegrarla, e l'azione penale di uso privato previsto dall'articolo 168 LL. penali. Alla sentenza così civile che penale si aggiungono di dritto l'arresto per la reintegra del possesso, e le civili riparazioni. Quando si contendo della proprietà, avvi bisogno di una seconda sentenza munita di arresto avverso chi non vuol ubbidire alla prima passata in cosa giudicata. Eccone le ragioni. Nello stadio possessorio si chiarisce il delitto di colui che invade l'altrui possesso con violenza privata, ancorchè ne fosse il legittimo padrone. Nello stadio petitorio il possessore attuale è reputato padrone, ed anco condannato al rilascio può in buona fede, e sotto l'usbergo de'suoi titoli credersi autorizzato a conservare il possesso, talchè il Magistrato invitato a conoscere della riluttanza al rilascio, può nel suo prudente arbitrio anco negare l'arresto con una seconda sentenza, chè la legge rimette a lui l'estimazione delle circostanze di fatto".

[20]) E' importante ricordare che la recente riforma del codice di procedura civile non ha modificato in modo così radicale la regolamentazione dell'istituto in modo da superare tale problema.

[21]) GENTILE F. avverte che "ciò che è indispensabile tener presente è che il suum cuique tribuere costituisce da sempre il proprio dell'ufficio di un giurista" GENTILE F. Filosofia del Diritto, cit., pag. 180.

[22]) Art. 379 Favoreggiamento reale.

Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648, 648bis e 648 ter, aiuta taluno ad assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo di un reato, è punito con la reclusione fino a cinque anni se si tratta di delitto, e con la multa da 51 euro a 1.032 euro se si tratta di contravvenzione.

[23]) Art. 1140 c.c. "Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale (...)."

[24]) A questo proposito si ricorda anche la giurisprudenza relativa all'azione di rivendica che tutela il possessore del bene nei confronti del legittimo proprietario: "Il rigore della regola secondo la quale chi agisce in rivendicazione deve provare la sussistenza dell'asserito dominio sulla cosa anche attraverso i propri danti causa, fino ad un acquisto a titolo originario o dimostrando il compimento dell'usucapione, non è attenuato dalla proposizione della domanda riconvenzionale o dalla eccezione di usucapione, in quanto chi è convenuto nel giudizio di rivendicazione non ha l'onere di fornire alcuna prova, potendo avvalersi del principio "possideo quia possideo", anche se opponga un proprio diritto di dominio sulla cosa rivendicata, poiché tale difesa non implica alcuna rinuncia alla vantaggiosa posizione di possesso". Cassazione civile, sez. II, 12 aprile 2001, n. 5472

[25]) Sul punto vedasi in particolare la Cassazione Civile n. 3532 del 1983. Vedi inoltre una più recente: "Ai fini dell'esercizio dell'azione di reintegrazione ex art. 1168 c.c., il presupposto dell'animus spoliandi è da ritenersi insito nel fatto stesso del privare altri del possesso in modo violento o clandestino, ciò implicando la consapevolezza da parte dell'autore dello spoglio di agire contro la volontà espressa o presunta del possessore, indipendentemente dalla convinzione dell'agente di operare secondo diritto". Cassazione civile, sez. II, 13 febbraio 1999, n. 1204

[26]) L'acuta definizione è di GENTILE F. Filosofia del Diritto, cit., pag. 59 e segg.

[27]) Singolare è la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione che, nel confronto tra compossessori, interviene persino a regolare i rapporti di forza tra gli stessi (Cass. Civ. 22227 del 2006)

[28]) Per la trasformazione del conflitto in controversia vedi GENTILE F. Filosofia del Diritto, cit., pag. 214 segg.

[29]) La definizione di Partigiano Divino con la quale si vuole indicare lo Stato Moderno è ripresa da GENTILE F. Intelligenza Politica e Ragion di Stato, Milano, 1984 pag. 97 che la conia cogliendo gli spunti forniti dalla teoria del Dio Mortale di Hobbes e dalle suggestioni della Theorie des Partisanen di Carl Schmitt.

[30]) La recente riforma di cui al D.L. 14 marzo 2005, n.35 convertito con L. 14 maggio 2005 n.80 in realtà non ha risolto il problema, anche dei tempi della giustizia possessoria, in quanto, ferme le premesse metodologiche, ha lasciato alle parti solo la possibilità di continuare o meno il procedimento possessorio anche nella fase di merito. Se, quindi, un possessore sine titulo ha interesse a procrastinare l'accertamento dell'insussistenza del suo titolo, può comunque agire nella c.d. fase di merito possessorio a fini dilatori.

[31]) GENTILE F. Filosofia del Diritto, Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi, Padova, 2006 pag. 180 e, più dettagliatamente, 215 e segg.

[32]) GENTILE F. Filosofia del Diritto, cit., pag. 215 e segg.

[33]) CASA F. L'architettura del caso in un parere di diritto civile in appendice a GENTILE F. Filosofia del Diritto, cit., pag. 269.

[34]) Nella traccia affrontata, in questa sede, infatti, qualcuno potrebbe obiettare che, appunto, l'ordinamento tutela anche il possesso del ladro e che quindi deve, prescindere, dalla valutazione del contenuto del possesso (inquinamento). A questo proposito, però, è altrettanto doveroso sottolineare che il possesso del ladro è illegittimo nel titolo di acquisto (furto) mentre è legittimo nelle modalità di esercizio del possesso (correre con la bicicletta); nel caso che ci occupa, invece, ciò che è illegittimo non è (tanto o solo) il titolo di acquisto ma proprio l'effettivo esercizio del possesso (lo scarico inquinante) e, quindi, riconoscerli tutela sarebbe sotto una duplice prospettiva ingiusto.

[35]) La questione della problematicità del possesso è centrale in tutta l'esperienza medioevale in cui la capacità normativa del fatto (proveniente dall'esperienza giuridica precedente) poneva il problema del suo inquadramento all'interno dell'architettura del Corpus giustiniano.

[36]) Sul punto vedi BURDESE A. Manuale di Diritto Privato Romano, Torino, 1985, pag. 398.

[37]) Emblematica è la definizione di una tra le prime opere giuridiche medioevali, la Summa Trecensis secondo la quale "possessio est pedum quasi positio seu assessio, cum corpus corpori incumbit seu naturaliter assidet: quodo interpretazione iuris civilis latius porrigitur" Summa Trecensis, 7, 23, de acquirenda et retinenda possessione, n. 3.

[38]) Per una analisi della distinzione vedi DIURNI G. Possesso (diritto intermedio) in Enciclopedia del Diritto, Milano, 1985 vol. 34 e in Digesto, sezione civile, vol. 4, Torino, 1996.

[39]) Cfr. VOLANTE R., Fatto normativo e interpretatio iuris. La definizione del possesso nel Diritto Comune in AA.VV. Ordo iuris Storia e forme dell'esperienza giuridica, Milano, 2003;

[40]) "Possessio est pedum quasi positio seu assessio, cum corpus corpori incumbit seu naturaliter assidet: quodo interpretazione iuris civilis latius porrigitur" in Summa Trecensis, 7, 23, de acquirenda et retinenda possessione, n. 3

[41]) Per l'autore il possesso è ius; in questi prevale infatti la visione normativa dell'istituto, in quanto solo definendo il possesso come una situazione giuridica soggettiva si riesce ad ottenere una nozione unitaria che riesca a comprendere tutte le ipotesi che il Corpus Iuris e la prassi segnalano all'operatore. Cfr. GIOVANNI BASSIANO, Glossa a pedibus in I. Possessio appellata est, ff de acquirenda vel emittenda possessione.

[42]) Azone, dopo una evoluzione che parte dall'insegnamento del maestro, giunge ad una tesi definitiva secondo la quale il possesso è factum, in quanto solo la materialità del rapporto di fatto tra soggetto e cosa può definire il fenomeno in modo adeguato. Cfr. a tal proposito AZONE Quia naturaliter in I. Possessio appellata est, ff. de acquirenda vel amittenda possessione

[43]) Tra questi da ricordare certamente BALDO DEGLI UBALDI, Commentarius in VII lib. Codicis, s.e., Venetiis 1581 in I. Licet possessio, C. de acquirenda et retinenda possessione, n. 4

[44]) Quaero quae est possessio corporalis et volo quod scias quod ista corporalis potest dici naturalis propter actum naturalem (...) Sed gratia evidentioris locutionis eam appello corporalem. Dic ergo corporalis possessio est ius insistenti rei non prohibente possideri retentionis et recuperationis producens effectum" BARTOLO DA SASSOFERRATO, ad I. Possessio appellata est ff. de acquirenda et retinenda possessione n. 10 (Commentaria in prima Digesti Novi partem, Venetiis 1526 a cura di POLARA G., Roma, 1998)

[45]) Il concetto della possessio iniusta, infatti, era comunque un concetto relativo in quanto la tutela del possesso poteva continuare ad essere riconosciuta al ladro nei confronti dei terzi (non titolari di diritti sulla cosa). "Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet" Digesto. 41.2.53. Per un'approfondita analisi dell'istituto si rimanda anche a MARRONE M. Istituzioni di diritto romano, Palermo, 2006.