

*Perseverantia voluntatis e furor**

I. Presentazione del problema

Il punto di partenza di questa riflessione è il contratto di società¹. La *societas* rientra fra i contratti *consensu*: Gaio (Gai. *inst.* 3.154) spiega che basta per contrarla il mero *consensus*², incontro della *nuda voluntas* espressa da tutte le parti.

Al contrario degli altri contratti consensuali, ossia della vendita, della locazione, e del mandato³, è necessaria per la validità della società l'espressione del *consensus perseverans* dei soci, cioè un consenso che s'inscrive nel tempo, che deve essere durevole⁴. Il requisito concernente il "rimanere nella stessa volontà" è espresso da Gaio (Gai. *inst.* 3.151): *Manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseverant* ("La società sussiste finché tutti rimangono della stessa volontà")⁵. La terminologia usata nelle fonti è: *consensus* o *sensus perseverans*, *perseverantia voluntatis*⁶, in

* Il presente articolo è la versione scritta di un intervento svolto in occasione delle prime Giornate Tridentine di Diritto Romano, organizzate nell'ottobre 2012. Per il suo gentile aiuto con il testo italiano, ringrazio la Dott. Elena Giannozzi.

¹ P. Panero Oria, *La vida de la sociedad: El consensus perseverans*, in *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M. Reimundo Yanes*, II, Burgos 2000, 153 ss., spiega che il *consensus perseverans* è presente in Gai. *inst.* 3.151, ma anche in *Ep. Gai.* 2.9.17, I. 3.25.4, e C. 4.37.5. A suo parere, i verbi *maneo* e *duro* «vienen a expresar una misma idea: la permanencia, persistencia o duración en el tiempo ...».

² C. Cascione, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale prospettive sistematiche*, Napoli 2003, 433 ss.

³ Gai. *inst.* 3.89, Gai. *inst.* 3.119a.

⁴ H. Heumann, E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1958, s.v. *perseverantia*, *severus*, 424, 539; secondo A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine, Histoire des mots*, Paris 1959, s.v. *per*, 97 e *severus*, 620, il primo indica il tempo, e il secondo il fatto di essere duraturo.

⁵ A. Guarino, *Societas consensu contracta*, Napoli 1972, 53, ricorda: «che la caratteristica della *societas* fosse la *perseverantia consensus* risulta esplicitamente dai testi in cui si afferma che *manet societas eo usque, donec in eodem consensu (socii) perseverant*».

⁶ Un atto non valido all'inizio può diventare valido grazie al *consensus perseverans*. Secondo J. Gaudemet, *Perseverantia voluntatis*, in *Mélanges P. Meylan*, I, Lausanne 1963, 139 ss., saremmo in un'ipotesi di applicazione del *favor negotii*: l'a. ricorre - a tale proposito - all'esempio della donazione fra coniugi. L'autore ricorda anche che i termini *perseverare* et *perseverantia* erano di uso abbastanza raro nel linguaggio classico. È soltanto con «la grande triade de Papinien, Paul et Ulpian» che *perseverare* ricorre con maggiore frequenza, prima di tornare raro in seno alla letteratura post-classica. Gaudemet conclude che «l'emploi de *perseverare*... ne prend quelque importance chez les juristes qu'au IIIe siècle et restera à peu près l'apanage de la langue des IIIe et IVe siècles»; anche Panero Oria, *La vida de la sociedad* cit., 153-173.

"
"
"
"

*eadem voluntate perseverare*⁷.

Si deve dunque distinguere un consenso ‘iniziale’ da tale consenso duraturo; per la società si parla più semplicemente dell’*affectio* o *animus societatis*.

Una manifestazione di volontà durevole nel tempo s’incontra in tre casi: la società, il matrimonio-società tra due sposi⁸ – con l’*affectio/animus maritalis*, e infine a proposito del possessore che manifesti un’*affectio/animus possidendi* – vale a dire l’intenzione di tenere presso di sé la cosa oggetto del possesso⁹. Per tutti questi rapporti c’è bisogno dunque di due manifestazioni di volontà.

Ora, la volontà iniziale non deve essere simulata, fittizia, viziata, ed è necessario che sia espressa da una persona dotata di capacità giuridica. Il *furiosus* non può dunque manifestarla¹⁰. Questo principio è affermato da Gaio (Gai. *inst.* 3.106), ma anche da Pomponio, D. 50.17.40 (Pomp. 34 *ad Sab.*). Per il primo il *furiosus* non può compiere nessun negozio perché non è in grado di intendere la rilevanza del suo comportamento¹¹; per il secondo il *furiosus* non ha nessuna volontà¹².

Il *furiosus* non può dunque:

- Entrare in società (senza volontà non c’è consenso iniziale)
- Sposarsi
- Iniziare un possesso

Le fonti sono molto chiare¹³. L’impossibilità per il possesso è spiegata da Paolo, D. 41.2.1.3 (Paul. 54 *ad ed.*)¹⁴ adducendo la giustificazione che il *furiosus*

⁷ Abbiamo menzione del *eadem voluntate perseverat*, e della *perseverantia voluntatis*, in D. 23.2.65.1 (Paul. 7 *resp.*), D. 18.7.3 (Paul. 50 *ad ed.*); D. 23.1.16 (Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*), e D. 23.2.27 (Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*), D. 24.1.32.18 (Ulp. 33 *ad Sab.*), D. 43.3.1.14 (Ulp. 67 *ad ed.*), D. 23.3.44 pr. (Iul. 16 *dig.*), D. 23.2.4 (Pomp. 3 *ad Sab.*), D. 5.2.15.1 (Pap. 14 *quaest.*), D. 29.1.33 pr. (Tertull. *l.s. de cast. pecul.*), D. 40.8.3 (Call. 3 *de cognit.*), C. 5.4.6, C. 5.16.10, C. 5.16.15 pr., CTh. 2.24.2.

⁸ D. 23.2.1 (Mod. 1 *reg.*) chiama il matrimonio *consortium omnis vitae*. Su questo punto e per la bibliografia: Panero Oria, *La vida de la sociedad* cit., 157; S. Müller-Kabisch, *Die Kündigung bei societas und locatio conductio rei. Zur Frage ihrer rechtsgeschäftlichen Natur in vorklassischer und klassischer Zeit*, Berlin 2011, 121 ss.

⁹ Questo è spiegato da P. Lambrini, *Capacità naturale e acquisto del possesso*, in *Index* 27, 1999, 317 ss.

¹⁰ Secondo C. Lanza, *Ricerche su ‘furiosus’ in diritto romano*, Roma 1990, 89, al *furiosus* manca la «potestà di volere».

¹¹ Gai. *inst.* 3.106: *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat*.

¹² D. 50.17.40 (Pomp. 34 *ad Sab.*): *Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est*. Sull’incapacità del *furiosus* di contrarre un negozio, D. 50.17.5 (Paul. 2 *ad Sab.*): *nam furiosus nullum negotium contrahere potest*. E. Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano 1983, 235.

¹³ Anche se il *furiosus* ha fatto una stipulazione o una promessa, l’atto non avrà alcun valore, D. 44.7.1.12 (Gai. 2 *aur.*): *Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est*.

¹⁴ D. 41.2.18.1 (Cels. 23 *dig.*). Sull’incapacità totale del *furiosus*. Lambrini, *Capacità naturale*

non ha l' *affectio tenendi*, cioè può avere una cosa fra le mani ma sarà senza la volontà di tenerla, come il dormiente.

È necessario adesso comprendere cosa accada quando uno di questi atti sia stato posto in essere da una persona che era inizialmente sana di mente, e che, nel corso della società, dell'usucapione, o del matrimonio, sia diventata *furiosus*.

II. *Societas e furor*

Ulpiano, D. 17.2.63.10 (Ulp. 31 *ad ed.*)¹⁵ enuncia i casi di scioglimento della società: *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione ... Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte ... Voluntate distrahitur societas renuntiatione*. (“La società si scioglie per motivi personali, per motivi reali, in base alla volontà, a causa di azioni ... Così le persone vengono meno per una *capitis deminutio*, massima o media, o per la morte ... In base alla volontà la società si scioglie per recesso”).

Ci si può chiedere se la follia sia inclusa nel frammento in esame. Essa non appare rientrare né nel *solvitur ex personis*, né nel *solvitur ex voluntate*. La prima ipotesi riguarda infatti la *capitis deminutio maxima aut media* o la morte¹⁶, e la seconda è relativa al recesso¹⁷. Nonostante il caso del *furor* non sia menzionato, non si può dedurre dal silenzio di Ulpiano che la società sussista.

La risposta si trova tuttavia in una costituzione di Giustiniano molto probabilmente dell'anno 531¹⁸, e presente in C. 4.37.7: *Sancimus veterum dubitatione semota licentiam habere furiosi curatorem dissolvere, si maluerit, societatem furiosi, et sociis licere ei renuntiare ...* (“Decretiamo, per rimuovere i dubbi degli antichi, che il curatore del furioso abbia la licenza di sciogliere, se è preferibile, la società di cui fa parte il furioso, e che sia permesso ai soci di recedere”).

cit., 318; Lanza, *Ricerche* cit., 89. Sui sospetti d'interpolazione di questo frammento, E. Rabel, *Index Interpolationum, quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur, Tomus III*, Weimar 1935, 177-178. Per la sua ricostruzione, C.A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 184.

¹⁵ Su questo punto e per la bibliografia, F.-S. Meissel, *Societas, Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Wien 2003, 41 ss.

¹⁶ Su questo, Gai. *inst.* 3.152, D. 17.2.52.9 (Ulp. 31 *ad ed.*): ...*societatem non posse ultra mortem porrigi*, D. 17.2.59 pr. (Pomp. 12 *ad Sab.*): ... *morte socii solvitur societas*. Lanza, *Ricerche* cit., 36 ss., considera che non si può realizzare un'equiparazione con la morte civile, dal momento che il *paterfamilias furiosus* non è privato della *patria potestas*.

¹⁷ Sulla *renuntiatio*, Th. Mayer-Maly, *Renuntiatio*, in *Festschrift W. Waldstein*, Stuttgart 1993, 261-265.

¹⁸ F. Bona, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano 1973, 36 nt. 59, riprende F. Wieacker per la datazione di questa costituzione.

Si deduce da questa costituzione che, se la società può essere sciolta dal curatore del socio *furiosus*, tale possibilità implichi che il furore del socio non ponga fine alla società¹⁹.

Tuttavia non c'è soltanto questa testimonianza indiretta. In un frammento di Paolo, D. 17.2.65.7 (Paul. 32 *ad ed.*)²⁰, sulla possibilità di rinuncia ad una società tramite l'intermediazione di un'altra persona, è evocata una discussione tra giuristi, a proposito della quale Paolo prende posizione con le parole *quod est verius*. Ora avviene la stessa cosa nella costituzione di Giustiniano che evoca *veterum dubitatione semota*.

A giudizio di F. Wieacker, K.-H. Schindler, e F. Bona²¹, nel C. 4.37.7, Giustiniano ratificherebbe soltanto l'opinione di Paolo, e sarebbe molto probabile che nel testo originario di Paolo la questione del *curator furiosi* a proposito della società fosse spiegata. Il fatto che la discussione sia persa per noi è spiegabile con il divieto fatto da Giustiniano di ripetere nel Digesto ciò che è stato deciso da una costituzione imperiale²². Secondo F. Bona «che Paolo abbia trattato tra gli attuali §§ 7 e 8 anche la questione relativa al *curator furiosi* non cambia nulla circa l'ordine seguito dal giurista nella trattazione delle cause di scioglimento della società. La sua soppressione è, però, significativa»²³.

Da quanto detto possiamo dunque concludere che la società non si scioglia con l'insania del socio²⁴, poiché, anche in caso di furore, il *consensus perseverans* o *affectio societatis* sussiste.

Anche se le fonti non permettono di capire perché questo sia possibile, possiamo preliminarmente proporre qualche considerazione:

- Il *furiosus* non può fare atto di rinuncia alla società, soltanto il suo curatore.

¹⁹ C. Arnò, *Il contratto di società. Corso di diritto romano*, Torino 1938, 352; J. H. Lera, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid 1992, 211 ss.

²⁰ D. 17.2.65.7 (Paul. 32 *ad ed.*): *Renuntiare societati etiam per alios possumus: et ideo dictum est procuratorem quoque posse renuntiare societati. Sed utrum de eo dictum sit, ..., videamus, an vero ...? Quod est verius....*

²¹ F. Wieacker, *Societas, Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, Weimar 1936, 34 ss., riporta che la questione è controversa, «Die Konstitution 7 bezog sich also wirklich auf das Ediktwerk des Paulus»; su questo punto, K.-H. Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln 1966, 150 ss.; Bona, *Studi sulla società* cit., 36.

²² Const. *Deo auctore* 9. Bona, *Studi sulla società* cit., 36 nt. 59, con bibliografia sull'argomento.

²³ Bona, *Studi sulla società* cit., 36.

²⁴ Per Panero Oria, *La vida de la sociedad* cit., 160, anche in caso di follia, il *nudus consensus* e il *consensus perseverans* fondatore della società, si mantengono, anche se è teoricamente impossibile a causa del «mantenimiento – que en principio se produce incluso cuando se comprueba la imposibilidad teórica de subsistir, como el caso del socio que deviene loco».

È dunque evidente che, se non può essere sciolta, la società sussista. La rinuncia deve essere fatta dal curatore nell'interesse del *furiosus*, e questo è diverso dal fatto che il socio non abbia più una volontà.

- L'altro o gli altri soci manifestano la volontà di rimanere in società con il *furiosus*. La loro volontà, intera, può supplire all'assenza di volontà del *furiosus*. In questo senso, in molti casi nelle fonti il *furiosus* è equiparato all'assente.

- Il funzionamento della società è assicurato.

In effetti, il curatore del *furiosus* è competente per prendere tutte le misure per il buon funzionamento della società, che perdura.

III. *Affectio maritalis e furor*

Le *nuptiae* non sono contratte con la consumazione dell'unione fra uomo e donna²⁵, ma grazie al *consensus*, anche chiamato *affectio maritalis*. Si tratterà di un *iustum matrimonium* o *iustae nuptiae* se i coniugi hanno tra loro il *conubium*. Sappiamo anche che basta che tale consenso sia nudo come per la società, D. 23.1.4 pr. (Ulp. 35 *ad Sab.*): *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsa*. Da questo deriva la regola: *consensus facit nuptias*²⁶. Tuttavia, come ha rilevato E. Volterra, questo consenso doveva sussistere per mantenere in piedi il matrimonio: gli sposi dovevano *in eadem voluntate perseverare*²⁷.

Il furioso senza volontà non può dunque sposarsi²⁸.

Questa assenza di volontà significa che non ha neanche la possibilità di divorziare²⁹, poiché anche il divorzio necessita di una manifestazione di volontà, D. 24.3.22.7 (Ulp. 33 *ad ed.*): *... quae furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse* ("La persona posseduta dal *furor*, la quale non ha volontà, non può inviare una dichiarazione di ripudio"). Questo è confermato da un passo di Ulpiano in cui è citato Giuliano che dichiara nullo il divorzio della donna furiosa, D. 24.2.4 (Ulp. 26 *ad Sab.*)³⁰: *... repudiare autem non posse ne-*

²⁵ D. 35.1.15 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *non concubitus*; D. 24.1.32.13 (Ulp. 33 *ad Sab.*): *non coitus*.

²⁶ D. 35.1.15 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *nuptias ... consensus facit*; D. 50.17.30 (Ulp. 36 *ad Sab.*): *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*.

²⁷ E. Volterra, *Consensus facit nuptias* (1980), in *Scritti giuridici*, III. *Famiglia e successione*, Napoli 1991, 589; R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Milano 2006, 33-44.

²⁸ Astolfi, *Il matrimonio cit.*, 94, nt. 144, sul fatto che il demente non può sapere e non può volere.

²⁹ Sulla dissociazione *divortium/repudium*, Astolfi, *Il matrimonio cit.*, 301 ss.; Lanza, *Ricerche cit.*, 76 ss.; Nardi, *Squilibrio cit.*, 182.

³⁰ Lanza, *Ricerche cit.*, 98; Müller-Kabisch, *Die Kündigung cit.*, 142 ss.; Nardi, *Squilibrio cit.*, 181 ss.

que ipsam propter dementia (“che tuttavia non può ripudiare a causa del suo furor”).

L'impossibilità di uscire dal rapporto matrimoniale per il *furiosus* può dunque essere equiparata al caso del socio. Inoltre notiamo che, come per la società, il divorzio può essere realizzato da un'altra persona. Questa volta non dal curatore, ma dal padre della donna furiosa: ... *neque curatorem eius, patrem tamen eius nuntium mittere posse* (“non il suo curatore, ma suo padre, può inviare il ripudio”). Questa disposizione si spiega col fatto che la *patria potestas* del padre prevale sulla *potestas* del curatore³¹.

Tornando sulla *perseverantia voluntas* dei coniugi, si deve sottolineare che in questo caso la sussistenza del rapporto è espressa esplicitamente nelle fonti³².

Nel proseguo di D. 24.2.4, Ulpiano precisa in effetti che Giuliano non avrebbe menzionato il ripudio della donna furiosa se non gli fosse risultato evidente che il furore non scioglie il matrimonio: ... *quod non tractaret de repudio, nisi constaret retineri matrimonium* (“non avrebbe trattato del ripudio, se non fosse partito dal presupposto che sussiste il matrimonio”) e questo è confermato da altre fonti, come D. 23.2.16.2 (Paul. 35 *ad ed.*): *Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est, sed recte contractum non impedit* (“Il furor non permette di contrarre il matrimonio, per il quale è richiesto il consenso, ma non impedisce quello già contratto in modo legittimo”)³³.

È dunque espressamente affermato nelle fonti che il furore della sposa o dello sposo non scioglie il matrimonio. Questo è attestato anche per il fidanzamento³⁴.

Per capire come questo sia possibile, possiamo ricordarci che, per sussistere, il matrimonio necessita dell' *affectio maritalis* e anche della convivenza dei coniugi³⁵. Questa convivenza basterebbe per spiegare la sopravvivenza del rappor-

³¹ Astolfi, *Il matrimonio* cit., 334 ss.; D. 23.1.10 (Ulp. 3 *disput.*), e D. 24.3.22.9 (Ulp. 3 *disput.*). C'è un limite a questa possibilità, esposta da Ulpiano, D. 43.30.1.5 (Ulp. 71 *ad ed.*): il *paterfamilias* non deve esercitare il suo potere con crudeltà, e soltanto in caso di motivi giusti e gravi. Nardi, *Squilibrio* cit., 181 ss.

³² D. 24.3.22.7 (Ulp. 33 *ad ed.*); D. 23.2.16.2 (Paul. 35 *ad ed.*): *Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est, sed recte contractum non impedit*. Su questo e per la bibliografia, Astolfi, *Il matrimonio* cit., 94 ss. secondo il quale la regola sembrerebbe provenire dell'autorità di Giuliano, perché è lui che dichiara nullo il divorzio del *furiosus*; Volterra, *Consensus facti nuptias* cit., 595, riprendendo Ulpiano spiega che «il *furiosus* non può costituire un matrimonio legittimo, ma può conservare quello esistente»; Panero Oria, *La vida de la sociedad* cit., 167.

³³ Nardi, *Squilibrio* cit., 181.

³⁴ D. 23.1.8 (Gai. 11 *ad ed. prov.*). Nardi, *Squilibrio* cit., 181.

³⁵ E. Chevreau, *Le temps et le droit, la réponse de Rome: l'approche du droit privé*, Paris 2001, 297 ss., secondo cui il *postliminium* non può riguardare il matrimonio perché « le *mutuus consensus* ne suffit pas à maintenir l'union. C'est le défaut de cohabitation qui est source de la rupture du mariage ».

to matrimoniale senza la manifestazione di un' *affectio maritalis*?

Ulpiano in D. 24.3.22.7 (Ulp. 33 *ad ed.*)³⁶ risponde a tale domanda. In questo passo si esaminano le condizioni che permettono di ripudiare una moglie diventata furiosa³⁷, *an autem illa repudianda est, considerandum est* (“Però è da considerare che quella può essere ripudiata”).

Il fatto è che Ulpiano distingue due tipi di furore, con conseguenze diverse sul matrimonio.

Il primo tipo di furore concerne il furore con intervalli di lucidità, ...*si quidem intervallum furor habeat ...* (“si ha questo *furor* per intervalli”), o il furore permanente ma sopportabile per le persone dell'entourage *si ... furor ... perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt...* (“se ... il *furor* ... è una malattia perpetua, ma sopportabile per quelli che le stanno vicino”). In questo caso se lo sposo o la sposa divengono furiosi, non si deve sciogliere il matrimonio ... *tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium* (“allora in nessun modo è opportuno che si sciolga il matrimonio”), perché non c'è niente di più umano³⁸ che il fatto di partecipare alle disgrazie dello sposo o della sposa : ... *quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse* (“che cose vi è di più umano che il marito partecipi al caso fortuito della moglie e la moglie a quello del marito?”).

Nel caso in cui venga comunque sciolto il matrimonio, la sposa o lo sposo che si è tirato indietro sarà considerato colpevole e responsabile dello scioglimento del matrimonio, verosimilmente con conseguenze sulla restituzione della dote: ... *sciente ea persona, quae, cum compos mentis esset, ita furenti quemadmodum diximus nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas ...* (“deve sapere il coniuge, che è sano di mente, che se ha mandato questa dichiarazione ad una furiosa nel modo che abbiamo detto, le nozze saranno sciolte con sua colpa”).

La differenza tra questo tipo di furore e il secondo risiede nel fatto che il secondo non è sopportabile: la convivenza dei coniugi non è più possibile quando

³⁶ Lanza, *Ricerche* cit., 129 ss., e particolarmente nt. 22; per Nardi, *Squilibrio* cit., 183 ss., i bizantini sotto l'etichetta d'Ulpiano hanno fatto «un compromesso fra l'assoluta libertà di scioglimento del matrimonio antico e la programmatica indissolubilità del matrimonio cristiano: ripudio incolpevole soltanto in casi limiti».

³⁷ Ulpiano all'inizio di D. 24.3.22.7 (Ulp. 33 *ad ed.*), spiega che il proposito è di esaminare che cosa succede quando un marito o una donna divengono furiosi mentre sono sposati: *Si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint, quid faciendum sit, tractamus*.

³⁸ In questo senso, si ritrova la concezione di umanità a proposito della concubina del patrono pazzo. D. 25.7.2 (Paul 12 *ad leg. Iul. et Pap.*) precisa in effetti che se il patrono diviene furioso, si deve considerare, per ragioni umane, che il concubinato sussiste: *Si patronus libertam concubinam habens furere coeperit, in concubinatu eam esse humanius dicitur*. Su questo Nardi, *Squilibrio* cit., 181.

il furore è grave, feroce, pericoloso, e senza speranza di guarigione. In questo caso dice Ulpiano, al coniuge sano, a causa di questo furore o perché ancora non ha ma vuole dei figli, sarà consentito ripudiare il coniuge incapace senza danno per l'uno o per l'altro: ... *sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris vel, quia liberos non habet, procreandae subolis cupidine tenta est: licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat.* (“Però se il *furor* è tanto, così feroce, così pernicioso, che non c'è alcuna speranza di guarigione possibile, e così terribile per i servitori, e che l'altra persona o per la crudeltà del *furor*, o perché non ha figli, ed è tentata dal desiderio di avere una discendenza; la persona sana di mente avrà la possibilità di mandare la dichiarazione – di ripudio – e lo scioglimento del matrimonio non sarà considerato essere avvenuto per colpa di nessuno: né l'una né l'altra parte supporterà dei danni”).

Ciò significa che anche in caso di furore estremo, caratterizzato da una convivenza divenuta quasi impossibile, il matrimonio non si scioglie *ipso iure*, poiché che colui che è sano di mente dovrà manifestare la volontà di sciogliere il matrimonio.

Si può anche concludere da questa considerazione che la volontà della moglie non furiosa, la *perseverantia voluntatis* della stessa, è sufficiente per fare sussistere il rapporto. Abbiamo dunque una conferma che, per la società, se almeno un altro socio, sano di mente, vuole rimanere nel rapporto giuridico, allora la sua volontà sarà sufficiente a mantenere il *perseverans consensus* o *affectio societatis* anche senza la volontà del furioso.

Questo è possibile quando uno dei due coniugi resti sano di mente. Se invece entrambi i coniugi impazziscono, si deve ricorrere ad un'altra soluzione. Possiamo trovarla in modo indiretto nelle fonti a proposito dello statuto dei figli concepiti e nati mentre i due genitori erano furiosi. Secondo Ulpiano, D. 1.6.8 pr. (Ulp. 26 *ad Sab.*)³⁹ il figlio o la figlia sarà nato sotto la *patria potestas* del padre: ... *si ambo in furore agant et uxor et maritus et tunc concipiat, partus in potestate patris nascetur* (“se entrambi sono nello stato di *furor*, il marito e la moglie, il figlio concepito in quel momento nascerà in potestà del padre”).

³⁹ D. 1.6.8 (Ulp. 26 *ad Sab.*): *Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt*. Su questa fonte e la bibliografia: Astolfi, *Il matrimonio* cit., 95; Nardi, *Squilibrio* cit., 185; Lanza, *Ricerche* cit., 20 ss., i quali sottolineano che la *potestas* del padre è un elemento materiale. Riprendono la parafrasi di Teofilo, dove il padre non perde la sua *patria potestas*, perché la *potestas* non ha a che vedere con la salute mentale, ma è collegata ad un elemento esterno: il matrimonio. Se il padre furioso non può esercitare questo diritto, ciò non impedisce che ne rimanga il detentore.

Pertanto, la soggezione alla *patria potestas* del padre è possibile soltanto in caso di *iustum matrimonium*, ossia un matrimonio con *consensus perseverans* o *affectio maritalis*, la convivenza, e il *conubium* dei due coniugi.

In questo caso non si può dire che la volontà di uno basti per fare sussistere il matrimonio.

Per spiegare il fenomeno Ulpiano ricorre ad un'analogia. A suo parere, se si può dire che il matrimonio non sia sciolto quando un coniuge diviene *furiosus*, *nam furiosus... retinere tamen matrimonium potest* ("in effetti sebbene furioso ... continua ad esser titolare del rapporto matrimoniale"), allora con ragioni ancora più forti, se tutti due divengono furiosi, il matrimonio sussiste: ... *nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque* ("infatti, così come si conserva il rapporto matrimoniale quando uno dei due è furioso, così avviene quando lo sono entrambi"), e questo è possibile grazie alla finzione di un residuo di volontà per il *furiosus*: ... *quasi voluntatis reliquiis in furiosis manentibus*⁴⁰ ... ("come se rimanessero dei residui di volontà nei furiosi"). Questo residuo basta per fare sussistere il *consensus perseverans* dei coniugi, ma è insufficiente per sposarsi: *furiosus licet uxorem ducere non possit*.

Questi residui di volontà indicano che il matrimonio non è totalmente privo di volontà, e grazie a tale finzione i figli sono sottomessi alla *patria potestas* del padre.

Per quel che attiene al contratto di società, si potrebbe allora ipotizzare che se tutti soci divenissero pazzi si dovrebbe giungere alle stesse conclusioni, e l'*affectio societatis* dovrebbe conservarsi grazie alla finzione di residui di volontà, quella volontà – vale a dire – manifestata all'inizio del rapporto giuridico. Questo comunque è coerente con il fatto che il *furiosus* non possa svincolarsi dal rapporto correttamente iniziato. Era necessario che questo rapporto fosse continuato e fosse sciolto soltanto se il rappresentante del *furiosus*, o il curatore nel caso della società, lo decidesse nell'interesse del *furiosus*.

Dalle disposizioni in merito alla società e al matrimonio si può già sospettare l'esistenza di una regola secondo la quale il *perseverans consensus* del *furiosus* rimane in piedi, là dove il *furiosus* stesso non è più capace di volontà. L'ultimo caso di esistenza di una *perseverantia voluntatis* ci permetterà di confermare o invalidare questa regola.

⁴⁰ Lanza, *Ricerche* cit., 20 ss.; Astolfi, *Il matrimonio* cit., 95, che parla di «tracce di una valida volontà di continuare il matrimonio». Cioè il pazzo conserverebbe un residuo di volontà che permetterebbe la permanenza del consenso necessario all'*iustum matrimonium*.

IV. *Animus possidendi e furor*

Per avere il possesso ci sono due requisiti: il *corpore*, cioè l'esercizio di un controllo fisico sulla cosa oggetto del possesso, il fatto di tenerla, ma anche l'*animus*, la volontà di tenerla per sé, come se fosse propria, D. 41.2.3.1 (Paul. 54 *ad ed.*)⁴¹: *Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.*

Per quest'*animus* si parla anche nelle fonti di *animo retineri possessionem*⁴². Soltanto il possesso legittimo, continuato, e di buona fede, può permettere l'usucapione della cosa. Per questo è richiesta quindi una *perseverantia voluntatis* per due anni per gli edifici e i terreni, e per un anno per le cose mobili⁴³.

Come menzionato prima, il *furiosus* non può iniziare un possesso. Invece, il *furiosus* non perde l'*animus possidendi*, e l'usucapione del possessore non viene meno con il *furor*.

Questo è enunciato da D. 41.2.27 (Proc. 15 *epist.*)⁴⁴:... *quia furiosus non potest desinere animo possidere* ("il furioso non può perdere la volontà di possedere"). La mancata perdita di questa *perseverantia voluntatis* è anche affermata nel caso del possesso mediante un intermediario. In effetti, anche se l'intermediario diviene furioso, il possesso sarà continuato (D. 41.2.25.1, Paul. 23 *ad Q. Muc.*)⁴⁵.

Ecco la conferma per il possesso di quello che abbiamo visto per la società e per il matrimonio.

⁴¹ P. Zamorani, *Possessio e animus*, Milano 1977, 154, spiega che è uno dei «punti fermi, non suscettibili di discussione, in un campo che presenta invece incertezze numerose»; A. Watson, *The law of property in the later roman republic*, Oxford 1968, 81 ss.; Cannata, *Corso di istituzioni cit.*, 202, con la corrispondenza con le sentenze di Paolo, *Paul. Sent.* 5.2.1.

⁴² A. Burdese, *Possesso tramite intermediario e 'possessio animo retenta'*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano 1971, 381 ss.

⁴³ Lambrini, *Capacità naturale cit.*, 317, nt. 5, evoca le similitudine tra società, matrimonio e possesso.

⁴⁴ Cannata, *Corso di istituzioni cit.*, 188, nt. 30; A. Burdese, *In tema di «animus possidendi» nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano 1965, 540; Burdese, *Possesso tramite cit.*, 394 ss.; Lanza, *Ricerche cit.*, 100, nt. 36, tra D. 41.2.1.3 e D. 41.2.27.

⁴⁵ Lanza, *Ricerche cit.*, 76 ss., sottolinea l'assimilazione fra *furiosus* e *mortuus*. Sulla permanenza del possesso, Lambrini, *Capacità naturale cit.*, 317, precisa che «i requisiti, sia di fatto, che di diritto, sono di regola richiesti per l'inizio del possesso, mentre si tende ad ampliare il più possibile le ipotesi in cui si ammette la conservazione del possesso, malgrado non sussistano più tutti i requisiti necessari per il suo acquisito». Nello stesso senso, Cannata, *Corso di istituzioni cit.*, 188, per il quale «se un soggetto, dopo avere acquistato il possesso, divenga demente, non perderà per questo il possesso ed anzi una sua decisione di dismettere il possesso resterebbe – finché duri la demenza – di per se stessa senza effetto»; Burdese, *In tema di animus cit.*, 539 nt. 77.

Per il possesso non si può salvare la volontà del possessore utilizzando la volontà di un'altra parte, poiché il possessore è da solo, non è possibile un *consensus*.

Di nuovo si può argomentare che poiché il furioso non ha nessuna volontà, non può neanche manifestare la volontà di abbandonare il suo possesso, e *de facto*, un rapporto che non può essere finito deve per forza rimanere configurato come quando una volontà era possibile.

Abbiamo conferma di questo da D. 41.3.31.4 (Paul. 32 *ad Sab.*), secondo il quale il possesso cominciato in modo viziato resterà viziato anche qualora il possessore divenga *furiosus*⁴⁶.

Permettere la sopravvivenza dell'*animus possidendi* è una cosa, ma concedere l'usucapione al furioso è un'altra. Evidentemente, il possesso deve essere stato iniziato con una mente sana. La possibilità di acquistare il *dominium* attraverso il possesso continuato è espressa da D. 41.3.4.3 (Paul. 54 *ad ed.*): *Furiosus quod ante furorem possidere coepit, usucapit*. (“Il furioso che ha cominciato a possedere prima del *furor*, usucapisce”).

Per spiegare com'è possibile senza nessuna volontà, possiamo avvalerci di due criteri. *In primis*, la permanenza del *corpus*, cioè l'esercizio di una *potestas* sulla cosa per il possesso tramite intermediario⁴⁷.

Questo requisito è affermato da Paul. 32 *ad Sab.*, D. 41.3.31.3 a proposito dell'usucapione di una cosa dal *pater familias* – anche quando è *ignorans* – per il tramite del peculio di uno schiavo o un *filius familias*. *Si servus meus vel filius peculiari vel etiam meo nomine quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam vel etiam usucapiam ...* (“Se il mio schiavo o figlio tiene una cosa nel peculio o a mio nome, di modo che pure ignorandola la posseggo o la acquisto con usucapione per suo tramite”).

Paolo spiega che se il figlio o lo schiavo diviene furioso ... *si is furere coeperit ...* (“se cade nel *furor*”) il possesso e la possibilità di usucapire rimangono in favore del padre: ... *intellegendum est et possessionem apud me remanere et usucapionem procedere* (“si dovrà intendere che il possesso rimane e procede la usucapione”). Per questo c'è soltanto bisogno, dice Paolo, che il figlio o lo schiavo esercitino lo stesso controllo sulla cosa, la quale deve rimanere nella stessa situazione: *donec in eadem causa res fuerit* (“sinché la cosa rimarrà nello stesso stato”).

Questo tipo di possesso non necessita della volontà del possessore che può essere totalmente assente in questo caso. Il possesso si farà secondo le regole

⁴⁶ Cannata, *Corso di istituzioni* cit., 235 ss.

⁴⁷ Burdese, *Possesso tramite* cit., 381-419.

della *patria potestas*. Lo schiavo o il *filius familias* devono soltanto avere un *intellectus tenendi* per fare cominciare il possesso. Questo è ricordato da Paolo con riferimento all'autorità degli altri, D. 41.2.1.5 (Paul. 54 *ad ed.*): *adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Iuliano placuit*.

In effetti, la volontà del padre è presunta dalla volontà dello stesso padre di concedere un peculio: *quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus*. Questo spiega che se divengono furiosi, il possesso continua perché il *corpus* basterà per farlo sussistere. Pertanto non sarà mai possibile iniziare tale rapporto con l'intermediazione di un furioso (D. 41.2.1.10, Paul. 54 *ad ed.*)⁴⁸ perché, come già visto, il furioso non ha l'*intellectus tenendi*.

Il possesso tramite intermediario è un caso speciale, che è conforme alle regole della *patria potestas* che lega il possessore all'intermediario che esercita il controllo sulla cosa.

Tuttavia, il mantenimento del possesso e dell'usucapione è anche possibile grazie a una riflessione sulla *utilitas*.

È Papiniano che fa appello alla nozione di *utilitas* per giustificare la mancata perdita per il furioso dell'*animus possidendi*. Secondo Papiniano, in D. 41.3.44.6⁴⁹, il furioso non deve subire un danno patrimoniale causato dalla sua malattia: *qui ... in furorem incidit ... utilitate suadente relictum est ... ex omni causa implere usucapionem*. (« Colui che ... cade nel *furor*, per ragioni di utilità completerà in ogni caso la sua usucapione ... »).

Possiamo vedere che per la *possessio* non c'è ricorso all'idea di un residuo di volontà del possessore. L'impiego della nozione di *utilitas* nel caso del possesso può essere spiegato facendo ricorso al fatto che al furioso è concessa la possibilità di usucapire. Ossia, non siamo solamente di fronte al mantenimento di una situazione ma anche alla sua realizzazione, e dei meri residui di volontà non bastano per ottenere la proprietà della cosa che è stata oggetto del possesso.

Dall'analisi di questi tre istituti che sono la società, il matrimonio e il possesso si può affermare che nel diritto romano la nozione di *perseverantia voluntatis*

⁴⁸ Al contrario, Paolo (54 *ad ed.*, D. 41.2.1.11) precisa che l'acquisto del possesso è possibile grazie all'intermediazione di un impubere o di un pupillo con il consenso del tutore. Lambrini, *Capacità naturale* cit., 318, nt. 13; Zamorani, *Possessio* cit., 158 ss., nt. 8.

⁴⁹ Lambrini, *Capacità naturale* cit., 318 ss.; Zamorani, *Possessio* cit., 32, nt. 5; Astolfi, *Il matrimonio* cit., 95; per Burdese, *In tema di animus* cit., 539, nt. 77, «La decisione è motivata da Papiniano con richiamo all'*utilitas*, ed è appare analoga a quella per cui si afferma nelle fonti che la pazzia sopravvenuta non inficia il matrimonio»; Burdese, *Possesso tramite* cit., 394 ss. Sul ricorso all'*utilitas* come valore socio-etico e la sua genuinità U. Leptien, «*Utilitatis Causa*». *Zweckmäßigkeitentscheidungen im Römischen Recht*, in *SDHI*. 35, 1969, 61 ss.

è mantenuta in ogni caso, anche quando il possessore, uno dei coniugi, o il socio divenga furioso, qualsiasi sia il tipo di *furor* che lo colpisca.

Possiamo anche chiederci se questa regola valga anche nel caso del *prodigus*⁵⁰.

In effetti, anche il prodigo⁵¹ è privo di volontà (D. 50.17.40, Pomp. 34 *ad Sab.*). L'accertamento della prodigalità e l'assoluta incapacità di rinnovare le obbligazioni se non migliorano le sue condizioni è esplicitata in D. 46.2.3 (Pomp. 1 *ad Sab.*): *Cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam condicionem fecerit.*

Il silenzio delle fonti a proposito del prodigo è notevole ... ma la sua spiegazione è molto semplice: l'assimilazione per i Romani del *prodigus* al *furiosus* è così evidente che non vi è bisogno di esprimere la regola applicabile al prodigo. Si può concludere che la *perseverantia voluntatis* del prodigo sussisterà se il rapporto è stato iniziato prima della pronunzia dell'interdetto contro il *prodigus*.

Sandrine Vallar

(Université de Paris II Panthéon-Assas)
sandrinevallar@hotmail.fr

⁵⁰ Sui termini dell'interdetto, *Paul. Sent.* 3.42.7, D. 27.10.1 pr. (Ulp. 1 *ad Sab.*).

⁵¹ Il prodigo è colui che dilapida il suo patrimonio, e la prodigalità è dichiarata dal pretore mediante la cerimonia solenne dell'*interdictio prodigi*.

