

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LXVI
(2023)



G. Giappichelli Editore

Giacomo D'Angelo
(Università di Palermo)

Note esegetiche in tema di acquisto del possesso
da parte del pupillo

ABSTRACT

The author deals with the well-known problem concerning the so-called direct acquisition of possession by a *pupillus* in classical law. An examination of the sources on the subject, substantially genuine and mostly from Paul, shows that there were disputes among jurists and suggests distinguishing between two categories of *pupilli*: on the one hand the pupils *infantes* and *infanti proximi* and on the other the pupils *pubertati proximi*.

As for the former, the oldest opinion was probably that they could not acquire possession because they were incapable of conceiving the conscious will to possess (*animus* or *intellectus possidendi* or *affectio tenendi* or *sensus accipiendi possessionem*), but later, on grounds of utility, they were allowed to begin to possess with the *auctoritas* of the tutor (*tutore auctore*), who exceptionally made up for the pupil's total lack of *animus possidendi*.

As for the latter, some jurists (as Ofilius, Labeo, Nerva filius, Venuleius and Paulus), relying on consideration of possession as *res facti*, admitted that they could begin to possess by themselves, while other jurists (probably of the Sabinian school), relying on consideration of possession as *res iuris*, required for the same purpose the tutor's authority.

PAROLE-CHIAVE/KEYWORDS

Possesso; acquisto del possesso; pupillo; *animus possidendi*
Possession; acquisition of possession; ward; *animus possidendi*

NOTE ESEGETICHE IN TEMA DI ACQUISTO DEL POSSESSO DA PARTE DEL PUPILLO*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Esame di D. 41.2.1.3 (Paul. 54 *ad ed.*), posto in rapporto (per la parte in cui si riferisce l'opinione di Ofilio e Nerva figlio) con D. 41.1.11 (Marcian. 3 *inst.*). – 3. Esame di D. 41.2.32.2 (Paul. 15 *ad Sab.*), posto in rapporto (nella chiusa) con D. 41.2.1.5 (Paul. 54 *ad ed.*). – 4. Esame di D. 41.2.1.11 (Paul. 54 *ad ed.*) e D. 41.2.1.13 (Paul. 54 *ad ed.*), posti in rapporto con D. 41.2.1.9-10 (Paul. 54 *ad ed.*). – 5. Esame di D. 41.3.4.2 (Paul. 54 *ad ed.*). – 6. Esame di D. 43.26.22.1 (Ven. 3 *int.*). – 7. Esame di C. 7.32.3 (Decius, a. 250). – 8. Conclusioni.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

Il problema dell'acquisto (e specialmente dell'acquisto c.d. diretto) del possesso da parte del pupillo¹ è fra i temi più controversi dell'immensa letteratura sul possesso romano,

* Il presente contributo apparirà anche negli *Studi in onore di Letizia Vacca*.

¹ In argomento, limitando le citazioni ai principali contributi (di nostra conoscenza) apparsi dopo lo scritto di G. LONGO, *In tema di acquisto del possesso*, in BIDR 42, 1934, 469 ss. (= *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, 423 ss., da cui citeremo), al quale rinviamo per una ricognizione (*ibid.*, 426 ss.) dello stato della precedente dottrina (a partire dagli inizi del '900), e tenendo conto anche di quelli che trattano del problema senza un esame completo delle fonti e solo con riferimento a profili particolari, segnaliamo: C. ARNÒ, *Corso di diritto romano. Il possesso*. Lezioni dell'anno accademico 1935-36, Torino 1936, 66 ss.; B. KÜBLER, *Die vormundschaftliche Gewalt im römischen Recht*, in *Studi di storia e di diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, III, Milano 1939, 85 ss.; M. LAURIA, *Note sul possesso*, in *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)*, Napoli 1948, 785 ss. (= *Studii e ricordi*, Napoli 1983, 443 ss., da cui citeremo); ID., *Possessiones. Età repubblicana*², Napoli 1957, 85, 86 ss., 93 ss.; H.-G. WEISS, *Das Willensmoment bei der occupatio des römischen Rechts nebst einer vergleichenden Betrachtung des Willensmomentes im Aneignungsrecht des BGB*, Marburg 1955, 119 ss.; A. BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli impubes in diritto classico*, in AG 150, 1956, 14 ss.; ID., *In tema di animus possidendi nel pensiero della giurisprudenza classica (A proposito di taluni recenti studi)*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano 1965, 526 ss.; ID., v. 'Possesso (*dir. rom.*)', in *Enc. dir.*, 34, Milano 1985, 458 s.; C.A. CANNATA, *L'animo possidere nel diritto romano classico*, in SDHI 26, 1960, 96 ss. (= *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, I, Torino 2011, 31 ss., da cui citeremo); ID., v. 'Possesso (*dir. rom.*)', in NNDI 13, Torino 1966, 328; ID., *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 184 s.; S. TONDO, *Acquisto del possesso da parte del pupillo*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, Milano 1962, 363 ss.; A. WATSON, *Acquisition of Possession and Usucapion per Servos et Filios*, in LQR 78, 1962, 222 ss. (= *Studies in Roman Private Law*, London-Rio Grande 1991, 102 ss., da cui citeremo); P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, I, Milano 1977, 223 ss.; P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova 1998, 39 ss.; EAD., *Capacità naturale e acquisto del possesso*, in *Index* 27, 1999, 317 ss.; M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino 2002, 98 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3 di Maecianus: un testo ingiustamente sospettato*, in IURA 53, 2002 (pubbl. 2005), 201 ss.; EAD., *Annotatiunculae (II). Qualche puntualizzazione sull'infanti proximus ed il pubertati proximus*, in RDR 12, 2012, 5 e nt. 13, 8 ss.; F. LAMBERTI, *Su alcune distinzioni riguardo all'età dell'impubere nelle fonti giuridiche romane*, in *Scritti di storia per Mario Pani*, a cura di

nonché fra i più interessanti, a un tempo, soprattutto in ragione dei suoi rapporti con le gravi questioni – oggetto di un dibattito storiografico ancora aperto – concernenti l'origine e il ruolo dell'*animus possidendi*.²

Alla dottrina più recente, principalmente a partire da un denso e stimolante saggio di Salvatore Tondo (già degli inizi degli anni '60 del secolo scorso),³ va il merito di averne rinnovato l'esame nel quadro generale di una mutata impostazione metodologica, non più pesantemente condizionata, come in passato, dagli eccessi della critica interpolazionistica. Si tende così, ormai, ad abbandonare l'idea, un tempo dominante, di un profondo divario fra il regime classico e quello giustiniano;⁴ e ciò a favore della prospettiva dell'esistenza di

S. Cagnazzi, M. Chelotti e A. Favuzzi, Bari 2011, 226 ss. (= *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino 2014, 72 ss., da cui citeremo).

² Sui problemi dell'*animus possidere* si è soffermato di recente P. FERRETTI, *Animus possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino 2017, 1 ss., su cui v. le recensioni di G. D'ANGELO, in TSDP 11, 2018, 1 ss., e L. VACCA, in IURA 67, 2019, 215 ss.; v. anche P. FERRETTI, *Possessio, animus e corpus*, in FHI, 2019, 1 ss.; ID., *Il possesso tra animus e corpus: da Labeone a Paolo*, in *Formazione e trasmissione del sapere: diritto, letteratura e società. VI incontro tra storici e giuristi dell'antichità*, a cura di P. Ferretti e M. Fiorentini, Trieste 2020, 11 ss.

³ V. *supra*, nt. 1.

⁴ In particolare, sotto il profilo che più ci interessa (v. oltre nel testo), largamente prevalente tra i seguaci del metodo critico, sia pur non senza qualche voce contraria [cfr. S. SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, Modena 1911, estr. da *Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti in Modena XI (Sezione Scienze)*, 1911, 18 ss. = *Scritti di diritto romano*, I (1899-1913), Napoli 1955, 308 ss., da cui citeremo; G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidendi*, in BIDR 30, 1921, 118 s. (= *Scritti giuridici*, III. *Studii varii di diritto romano ed attuale*, a cura di P. De Francisci, Milano, 1922, 219 s., da cui citeremo); S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Il possesso*. Lezioni dell'anno accademico 1933-34, Roma s.d. (1934 ?), 83 s.; v. anche H. LEWALD, Rec. di S. SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, in ZSS 34, 1913, 451 s., con dubbi], era soprattutto la tesi che la possibilità di un acquisto del possesso da parte dell'infante *tutore auctore*, ignota ai classici, sarebbe stata ammessa solo da Giustiniano: cfr. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Il possesso*. Lezioni dell'anno accademico 1912-13, Camerino 1914 (d'ora innanzi *Corso I.1*), 277 ss., 287 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Il possesso*, Milano 1939 (d'ora innanzi *Corso II*), 275 ss., 287 ss.; ID., *L'acquisto del possesso da parte dell'infante e del pupillo infantia maior*, in *Studi di diritto romano*, II. *Cose-diritti reali-possesso*, Milano 1941, 235 ss., 242 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Possesso e quasi possesso*, Milano 1946 (d'ora innanzi *Corso III*), 107 ss.; G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II². *Parte generale – proprietà – possesso e iura in re aliena*, Torino 1920, 352 s.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I². *Introduzione – Diritto delle persone – Le cose e i diritti sulle cose – Il possesso*, Roma 1928, 861, 861 s. nt. 3 (ma v. già ID., *Istituzioni di diritto romano*, I. *Introduzione – Diritto delle persone – Le cose e i diritti sulle cose – Il possesso*, Firenze 1906, 556 e nt. 1); H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II. *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 44 s.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III. *Diritti reali*, ristampa corretta della I edizione (Roma 1933) con l'aggiunta degli indici delle fonti, a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1972, 316 s., 319 ss., 324 s., 328; ID., *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, ristampa corretta della X edizione (Torino 1946) a cura di G. Bonfante e G. Crifò, con una prefazione di E. ALBERTARIO e una nota di G. CRIFÒ, Milano 1987, 295 [ma v. già ID., *Corso di diritto romano. Parte I. Teoria del possesso (anno 1905-1906 – primo semestre)*, Pavia 1906, 98 s.]; G. LONGO, *In tema cit.*, 429 s., 432 ss., 443 s.; S. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano 1946, 291; M. LAURIA, *Note cit.*, 443; ID., *Possessiones*² *cit.*, 93 ss.; A. BURDESE, *Sulla capacità cit.*, 15 ss., 23 [v. anche ID., Rec. di G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, in *Labeo* 8, 1962, 415 (= *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, I, Padova 2009, 157 s.); ID., *In tema cit.*, 528, ma con un pensiero più articolato in ID., v. '*Possesso (dir. rom.)*' *cit.*, 458 s.]; G. NICOSIA, *L'acquisto del*

un *ius controversum* fra gli stessi *prudentes*.⁵ D'altra parte, però, la ricostruzione delle divergenze di pensiero e dei precisi orientamenti della giurisprudenza dall'ultima età repubblicana alla fine del Principato – l'arco di tempo a cui si riferiscono in massima parte⁶ le nostre testimonianze sul tema – non è pacifica fra gli studiosi e resta spazio per ulteriori riflessioni.

Qui esporremo su basi esegetiche la nostra opinione concentrandoci sul punto più discusso in argomento: quello della necessità o meno dell'*auctoritas tutoris* in rapporto al grado dello sviluppo intellettuale dell'impubere.

I testi che analizzeremo – per la maggior parte di Paolo – sono nell'ordine i seguenti: D. 41.2.1.3 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 41.2.32.2 (Paul. 15 *ad Sab.*); D. 41.2.1.5, 11 e 13 (Paul. 15 *ad Sab.*); D. 41.3.4.2 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 43.26.22.1 (Ven. 3 *int.*); C. 7.32.3 (Decius, a. 250).

2. ESAME DI D. 41.2.1.3 (PAUL. 54 AD ED.), POSTO IN RAPPORTO (PER LA PARTE IN CUI SI RIFERISCE L'OPINIONE DI OFILIO E NERVA FIGLIO) CON D. 41.1.11 (MARCIAN. 3 INST.).

D. 41.2.1.3 (Paul. 54 *ad ed.*): *Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant,*

posse mediante i potestati subiecti, Milano 1960, 221 s., 390 nt. 16, 392. Inoltre, secondo P. BONFANTE, *Corso III cit.*, 316 s., 321 ss. (che ribadiva ivi con maggiore convinzione un'ipotesi già avanzata nel corso del 1906 sopra citato), il divario fra diritto classico e diritto giustiniano avrebbe riguardato anche la posizione del pupillo c.d. *infantia maior*: tale pupillo, giusta l'opinione prevalsa fra i classici, avrebbe potuto acquistare il possesso di persona solo *tutore auctore*, mentre in diritto giustiniano sarebbe stato ammesso ad acquistarlo pure senza l'*auctoritas* del tutore (conforme G. NICOSIA, *L'acquisto cit.*, 221 s.; similmente G. PACCHIONI, *Corso II² cit.*, 353). Di diverso avviso era invece S. PEROZZI, *Istituzioni I² cit.*, 861 e nt. 3, convinto che per il pupillo *infantia maior* il requisito dell'*auctoritas tutoris* non sarebbe stato necessario già per diritto classico. Sulla scia di Perozzi, la cui tesi è prevalsa su quella di Bonfante, cfr. S. SOLAZZI, *Di alcuni punti cit.*, 307 s.; E. ALBERTARIO, *Corso I I cit.*, 283 ss., 291 s., 324; ID., *Corso di diritto romano. Il possesso. Lezioni dell'anno accademico 1913-14*, Camerino 1914, 27; ID., *Corso II cit.*, 285 ss., 291 s., 336, 451; ID., *L'acquisto cit.*, 233 nt.*; 239 ss.; ID., *Corso III cit.*, 110 ss., 128, 176; H. LEWALD, *Rec. di S. SOLAZZI, Di alcuni punti cit.*, 450 s.; G. ROTONDI, *Possessio cit.*, 219 s.; G. LONGO, *In tema cit.*, 424, 432 ss. (ma non senza incongruenze: v. infatti *ibid.*, 430, dove Longo sembrerebbe piuttosto accogliere la tesi di Bonfante); S. DI MARZO, *Istituzioni⁵ cit.*, 291; W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian³*, a cura di P. Stein, Cambridge 1963, 199 nt. 6, 201 e nt. 3.

⁵ Di tale prospettiva fu un sagace precursore, pur nel pieno fiorire, ancora, della critica interpolazionistica, C. ARNO, *Corso cit.*, 68 ss., per il quale i compilatori giustiniani avrebbero rimaneggiato i testi classici al solo scopo di cancellarvi le tracce delle dispute giurisprudenziali in materia; v. inoltre, ma solo con riferimento al pupillo *infantia maior*, S. RICCOBONO, *Corso cit.*, 81 s., che già prima si era approcciato al tema, applicando anch'egli il metodo critico, in ID., *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse [Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta.]*, in ZSS 31, 1910, 330 ss., 364 s., 369, consultabile ora in rete nella *Digitale Bibliothek des Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte*, all'indirizzo <http://dlib-zs.mpijg.de/pdf/2085098/31/1910/20850983119100327.pdf>, e ripubblicato a cura di P. Buongiorno con una *Introduzione* di G. NICOSIA in RDR 12, 2012; ID., *Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso*, in *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, I. *Diritto privato*, Torino 1915, 420 s.

⁶ Con la sola eccezione di una costituzione di Costantino (di data incerta, ma non anteriore all'anno 316) conservataci nel Codice Teodosiano (8.12.2) e riprodotta con modifiche in una versione più breve in C. 8.53.26; costituzione in cui parrebbe doversi presupporre l'acquisto del possesso *per servum* da parte di un infante.

sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.

Questo primo testo è particolarmente importante perché ci offre una panoramica generale, per dir così, del pensiero di Paolo in argomento e in più, come osserva Tondo,⁷ «contiene precisi richiami a taluni precedenti, di cui ci si può valere come sicuri termini di riferimento» per ricostruire, almeno in parte, la storia del problema che ci occupa. Il discorso si articola in tre parti, che conviene analizzare separatamente.

1) Con riguardo alla prima parte (*'Furiosus-incipiet possidere'*) valgono i rilievi che ci apprestiamo a svolgere.

a) Molti studiosi (anche recenti) espungono come interpolate o glossematiche le parole *'et pupillus sine tutoris auctoritate'*⁸ e almeno nel più dei casi, coerentemente, volgono al singolare (quando non tagliano anche il tratto *'quia-contingant'*)⁹ i verbi *habeo* e *contingo*,

⁷ S. TONDO, *Acquisto* cit., 365.

⁸ Cfr. – nel quadro, talora, di critiche più vaste – S. RICCOBONO, *Zur Terminologie* cit., 365; S. SOLAZZI, *Di alcuni punti* cit., 305 ss.; E. ALBERTARIO, *Corso I.1* cit., 286 s.; ID., *Corso II* cit., 285 ss.; ID., *L'acquisto* cit., 240 s.; ID., *Corso III* cit., 111; H. LEWALD, *Rec. di S. SOLAZZI, Di alcuni punti* cit., 451; G. PACCHIONI, *Corso II*² cit., 353 nt. 648; G. ROTONDI, *Possessio* cit., 139 nt. 1, 220 nt. 1; C. TUMEDEI, *Distinzioni postclassiche riguardo all'età: infanti proximus e libertati proximus*, Bologna 1922, 20 s. nt. 4; S. PEROZZI, *Istituzioni I*² cit., 861 nt. 3 (implicitamente); H. SIBER, *Römisches Recht II* cit., 138; G. LONGO, *In tema* cit., 426, 429 s.; F. DE ZULUETA, *Digest 41, 1 & 2 with translation and commentary*, Oxford 1950, 83 *ad h.l.*; G. BRANCA, *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III. *Diritto privato*, Padova 1950, 392, che risale fino a Bartolo (*ibid.*, 392 nt. 1); H.-G. WEISS, *Das Willensmoment* cit., 123 e nt. 227; A. BURDESE, *Sulla capacità* cit., 22 s.; M. LAURIA, *Possessiones*² cit., 86, 88 s.; C.A. CANNATA, *L'animo possidere* cit., 31; ID., *Corso I* cit., 184 e nt. 21; W.W. BUCKLAND, *A Text-book*³ cit., 201 nt. 3 (implicitamente); A. CASTRO SÁENZ, *Concepciones jurisprudenciales sobre el acto posesorio: un ensayo sobre la evolución del animus en derecho romano*, in *IURA* 52, 2001 (pubbl. 2005), 86 s.; L. GAROFALO, *Il possesso tra fatto e diritto*, in *Le situazioni possessorie. Convegno ARI-STECA (Roma 19-21 novembre 2015)*, a cura di L. Vacca, con un *Omaggio a Letizia Vacca (Roma 21 novembre 2015)*, a cura di G. Rossetti, Napoli 2018, 5 (sulla scia di Cannata); v. anche, con dubbi, P. LAMBRINI, *L'elemento* cit., 53; EAD., *Capacità* cit., 323, e P. FERRETTI, *Animo* cit., 131, nonché G. NICOSIA, v. *'Possesso nel diritto romano'*, in *Digesto*⁴. *Discipline privatistiche. Sezione civile* 14, Torino 1996, 92 nt. 52 (= *Il possesso nella plurisecolare esperienza romana. Profilo storico-dogmatico*, in *Problemi possessori nell'esperienza giuridica romana*, Catania 1997, 219 nt. 52, e in *Silloge. Scritti 1956-1996*, II, Catania 1998, 799 nt. 52, da cui citeremo), che giudica la prima parte del passo «non completamente ... a posto» per «la sconcordanza del singolare *potest* e il richiamo all'*auctoritas tutoris*, che può valere solo per il pupillo e non per il *furiosus*».

⁹ Così Albertario in tutti i contributi citati nella precedente nota, eccetto che nel primo; v. anche G. LONGO, *In tema* cit., 431 nt. 24, che reputava insiticia la motivazione *'quia-habent'*. L'intero tratto *'quia-contingant'*, poi, veniva espunto pure da F.E. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano*, II. *L'antitesi ius-factum nelle fonti giustiniane*, in *AUPE* 28, 1914, 31 [= *Studi giuridici*, III.1. *Studi di diritto romano (1906-1921)*, Milano 1960, 405 s., da cui citeremo], che a differenza degli autori citati nella precedente nota, però, riteneva spuria nell'*incipit* del passo (*'Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere'*) la menzione del *furiosus* anziché quella del *pupillus*; *contra* G. ROTONDI, *Possessio* cit., 220 nt. 1, e G. LONGO, *In tema* cit., 427.

si da leggere: *Furiosus non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habet, licet maxime corpore suo rem contingat*. Ora, tale restituzione non inciderebbe di per sé¹⁰ sulla sostanza del pensiero di Paolo, ma non vediamo comunque ragione di discostarci dalla lezione attuale del passo perché: α) la sconcordanza *'Furiosus et pupillus ... non potest'*, contro la quale si punta principalmente il dito, non è impossibile secondo le regole della grammatica,¹¹ e comunque verrebbe meno se solo pensassimo a una erronea trascrizione di *'et'* in luogo di *'ut'*,¹² sottintendendo poi sia il *furiosus* che il *pupillus* (come sarebbe parimenti necessario leggendo *'et'*) quali soggetti del tratto *'quia-contingant'*; β) il paragone del *pupillus* (oltre che del *furiosus*) con il dormiente (*'sicuti-ponat'*) non è invero inappropriato, come è apparso invece a taluni,¹³ alla stregua dell'accezione in cui nel contesto, come vedremo a breve,¹⁴ si discorreva secondo noi di *'pupillus'*; γ) eliminando il riferimento al *pupillus* dopo la menzione del *furiosus*, il contrasto introdotto dalla frase *'sed pupillus tutore auctore incipiet possidere'* fra la posizione del *pupillus* e quella del *furiosus* ci parrebbe sovrappiungere in forma troppo brusca e improvvisa.

b) Anche della genuinità della frase *'sed pupillus tutore auctore incipiet possidere'*, che pure non si è sottratta a critiche,¹⁵ non ci sembra lecito dubitare. È vero che tale frase si limita a esplicitare quanto già si può comunque desumere dalla precedente dichiarazione *'Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere'*: dire che un pupillo non poteva cominciare a possedere senza l'*auctoritas* del tutore implica in positivo, come è ovvio, che un pupillo poteva cominciare a possedere con l'*auctoritas* del tutore. Ma è anche vero che l'esplicitazione di quest'ultima conclusione vale a legare meglio la prima parte del brano alla seconda. A ben vedere, infatti, l'affermazione *'Ofilius quidem et Nerva filius*

¹⁰ Lasciando inalterato, cioè, il prosieguo del brano, e in particolare a condizione di non espungere anche la frase *'sed pupillus tutore auctore incipiet possidere'*, per cui v. oltre nel testo, lett. b).

¹¹ Rinviando sul punto alle giuste considerazioni di S. TONDO, *Acquisto* cit., 366 s. (seguito da G. COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3* cit., 204 e nt. 16, 210; EAD., *Annotatiunculae* cit., 9 e nt. 35): «Nel delineare la critica del costruito corrispondente alla prima parte del testo (*'furiosus-possidere'*), s'è trascurato di valutare il discorso nella sua genesi logica. Sembra agevole, per contro, scoprirne il tratto caratteristico nella posizione del secondo termine (*'et pupillus sine tutoris auctoritate'*), non già sullo stesso piano del primo (*'furiosus'*), ma come soggetto semplicemente aggiunto, per virtù cioè d'una assimilazione fondata sull'aspetto sostanziale che, a parere dello scrittore, doveva ritenersi decisivo ai fini d'un conforme trattamento: il che appare più che sufficiente quanto a giustificare l'uso del singolare nella formulazione del corrispondente predicato (*'non potest incipere possidere'*)». Opportunamente, inoltre, lo stesso studioso richiama (*ibid.*, 367 s. nt. 8) come termine di confronto Gai 3.109 (FIRA, II², *Florentiae* 1968, 124): ... *Nam infans et qui infanti proximus est non multum a furiosus differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent* rell. (della cui genuinità non dubitiamo), svalutando a ragione, secondo noi, la lieve discordanza derivante dalla espressa indicazione del soggetto nella motivazione gaiana *'quia-habent'* (diversamente che nel periodo *'quia-contingant'* del passo di Paolo).

¹² Peraltro, mettendo a confronto sin dall'inizio la posizione del pazzo con quella del pupillo, *'ut'* farebbe risaltare ancor più di *'et'* la successiva differenziazione introdotta (*rectius*: esplicitata) dalla frase *'sed pupillus tutore auctore incipiet possidere'*.

¹³ Cfr. G. ROTONDI, *Possessio* cit., 139 nt. 1, 220 nt. 1; H.-G. WEISS, *Das Willensmoment* cit., 123; M. LAURIA, *Possessiones*² cit., 89; *contra* S. TONDO, *Acquisto* cit., 367 nt. 5, con cui concorda G. COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3* cit., 204 nt. 16; EAD., *Annotatiunculae* cit., 9 nt. 35.

¹⁴ *Infra*, sempre in questo n., alla lett. c).

¹⁵ Cfr. Albertario, Lewald, Perozzi, Longo, Burdese e Buckland, citati tutti *supra*, nt. 8, nonché Vasalli, citato *supra*, nt. 9.

etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt' segna nel discorso una progressione di pensiero ('Ofilio e Nerva figlio, anzi,¹⁶ sostengono che un pupillo può cominciare a possedere anche senza l'*auctoritas* del tutore') che non risulterebbe altrettanto perspicua, in rapporto a quanto detto prima nel testo, senza un espresso cenno alla asserita possibilità che il pupillo (a differenza del *furiosus*)¹⁷ acquistasse il possesso *tutore auctore*.

c) L'accostamento del *pupillus* al *furiosus* (soggetto del tutto incapace di intendere e di volere),¹⁸ l'assimilazione della condizione di entrambi a quella di chi dorme (e versa dunque in uno stato di incoscienza)¹⁹ e soprattutto, senza nessuna possibilità di equivoco, la motivazione '*quia-habent*' impongono di riferire l'intero discorso (per quanto concerne specificamente i pupilli, e con riguardo anche alla frase '*sed-incipiet possidere*')²⁰ agli impuberi privi dell' *affectio tenendi*, cioè della cosciente volontà – possiamo dire – di tenere la cosa. Ora, privi dell' *affectio tenendi* erano sicuramente gli infanti;²¹ ma non crediamo che Paolo intendesse riferirsi solo a questi ultimi.²² Dal punto di vista dello sviluppo intellettuale, infatti, dagli infanti non si differenziavano nella sostanza, per i classici, gli *infanti proximi*:²³ impuberi non più infanti (*infantia maiores*, per usare la terminologia degli interpre-

¹⁶ Rendiamo così '*quidem*', che nel contesto ha un indubbio significato avversativo.

¹⁷ Di qui l'*incipit* della frase '*sed pupillus tutore auctore incipiet possidere*' con una congiunzione avversativa.

¹⁸ Basti qui citare Gai 3.106 (FIRA II² cit., 124): *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat*.

¹⁹ Per l'equiparazione del *furiosus* al dormiente v. anche D. 41.3.31.3 ([Paul] <Pomp.> 32 *ad Sab.*) e D. 50.16.209 (Flor. 10 *inst.*), che prende in considerazione pure l'*infans*.

²⁰ Come già, infatti, si è rilevato *supra*, lett. b), tale frase riprende il confronto della posizione del *pupillus* con quella del *furiosus* limitandosi a esplicitare la differenza già implicita nella precedente dichiarazione '*Furiosus-incipere possidere*', sicché ci sembra forza ammettere che Paolo dovesse continuare a parlare di *pupillus* nella stessa accezione in cui ne aveva parlato poco prima. Non crediamo, dunque, si possa seguire P. LAMBRINI, *L'elemento* cit., 49 e nt. 52, 53, EAD., *Capacità* cit., 321 e nt. 43, 323, 329 nt. 43, laddove da un lato, esaminando il tratto '*Furiosus-ponat*' (ma senza dare per sicura la genuinità del riferimento al *pupillus*), interpreta *pupillus* nel senso specifico di *infans* e dall'altro, invece, propone di riferire in generale la frase '*sed pupillus tutore auctore incipiet possidere*' «agli impuberi di qualunque età» (*infantes e infantia maiores*).

²¹ Esplicito, in tal senso, è lo stesso Paolo in D. 41.2.32.2 (Paul. 15 *ad Sab.*), che prenderemo in esame nel successivo §: ... *nullus sensus est infantis accipiendi possessionem* rel.

²² In tal senso cfr. invece, fra molti, G. CORNIL, *Traité de la possession dans le droit romain pour servir de base a une étude comparative des législations modernes*, Paris 1905, 92 s. C. ARNÒ, *Corso* cit., 70 s.; S. TONDO, *Acquisto* cit., 367 nt. 5, 368 s.; P. ZAMORANI, *Possessio* cit., 225 ss., 240; G. COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3* cit., 205; EAD., *Annotatiunculae* cit., 9 s.; F. LAMBERTI, *La famiglia* cit., 75 s.; v. anche A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig 1927, 116 nt. 1, che proponeva di sopprimere la menzione del *furiosus* e di sostituire in tutto il passo la menzione dell'*infans* a quella del *pupillus* (conforme K. OLIVECRONA, *The Acquisition of Possession*, in *Three Essays in Roman Law*, Lund 1938, rist. Copenhagen 1949, 70 e nt. 39, che prendeva in considerazione il solo tratto '*Furiosus-ponat*').

²³ L'espressione '*infanti* (o *infantiae*) *proximi*' trova fondamento solo in Gai 3.109, trascritto *supra*, nt. 11, e nel corrispondente brano delle Istituzioni di Giustiniano (I. 3.19.10; v. anche PT. 3.19.10), nei quali si parla del pupillo '*qui infanti proximus est*'. Tuttavia, al di là del dato strettamente terminologico, la categoria degli impuberi così convenzionalmente designati ha radici sicure nel pensiero dei *prudentes*, incluso – per quanto qui importa specialmente rilevare – lo stesso Paolo, per il quale arg. ex D. 29.2.9

ti)²⁴ ma ancora vicini all'*infantia*²⁵ e pertanto, come gli infanti, ritenuti del tutto incapaci di comprendere la portata dei propri atti e assimilati ai *furiosi*.²⁶ Pure gli *infanti proximi*, dunque, erano senz'altro privi dell'*affectio tenendi* e anche per essi, di conseguenza, Paolo doveva secondo noi ritenere necessaria l'*auctoritas tutoris* ai fini dell'acquisto del possesso;²⁷ e ciò tanto più che egli, come vedremo, dispensava espressamente dalla necessità dell'*auctoritas* i soli pupilli in grado di prendere possesso di una cosa con cosciente volontà,²⁸ quali non erano gli *infanti proximi*.

2) Nella seconda parte del brano ('*Ofilii-esse*') Paolo riferisce il pensiero di Ofilio e Nerva figlio. Entrambi questi giuristi erano del parere che un pupillo potesse acquistare il possesso anche senza l'*auctoritas* del tutore e motivavano la loro opinione affermando '*eam enim rem facti, non iuris esse*'.²⁹ Ma come intendere questa motivazione? E a quale pupillo

(Paul. 2 *ad Sab.*) e D. 50.17.5 (Paul. 2 *ad Sab.*). Fondamentale, in argomento, resta lo studio di H. ANKUM, *Les infanti proximi dans la jurisprudence classique*, in *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernandez-Tejero*, II, Madrid, 1992 (pubbl. 1994), 53 ss., che illustra il trattamento giuridico degli *infanti proximi* nel campo degli atti negoziali e in quello della responsabilità *ex delicto*; v. inoltre, almeno, F. LAMBERTI, *La famiglia* cit., 62 s., 66.

²⁴ Come bene avverte F. LAMBERTI, *La famiglia* cit., 53, «l'espressione '*infantia maior*', '*infantia maiores*', non si rinviene mai nel *Corpus iuris*: si tratta di una 'invenzione' successiva, non di sintagma usato dalla giurisprudenza classica o nelle costituzioni imperiali».

²⁵ In età classica, secondo l'opinione prevalente fra gli studiosi (v. per tutti P. LAMBRINI, *L'elemento* cit., 40 nt. 25, con citazione di altra letteratura), la fine dell'*infantia* (la prima fase di vita dell'essere umano non ancora in grado di esprimersi correttamente) non era legata a un'età fissa ma veniva decisa caso per caso. A quanto sembra, tuttavia, almeno a partire dalla giurisprudenza severiana [arg. ex D. 23.1.14 (Mod. 4 *diff.*) e D. 26.7.1.2 (Ulp. 35 *ad ed.*)] la tendenza (poi consolidatasi in epoca postclassica: sul punto v. F. LAMBERTI, *La famiglia* cit., 84 ss.) fu nel senso di far cessare l'*infantia* con il compimento del settimo anno.

²⁶ Per l'assimilazione dell'*infans* e dell'*infanti proximus* al *furiosus* cfr. Gai 3.109 (= I. 3.19.10; PT. 3.19.10) e – implicitamente – D. 44.7.1.12-13 (Gai 2 *aur.*); adde D. 29.2.9 (Paul. 2 *ad Sab.*), che allude specificamente all'*infanti proximus*, nonché almeno, per quanto riguarda l'*infans* (e tenendo conto anche di quei testi che si limitano a menzionare quest'ultimo unitamente al *furiosus*, senza fare espresso riferimento alla incapacità di entrambi, comunque presupposta, di intendere e di volere), Paul. Sent. 5.4.2; D. 6.1.60 (Pomp. 29 *ad Sab.*); D. 9.2.5.2 (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 41.2.1.5 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 41.3.8 pr. (Paul. 12 *ad ed.*), emendato nel senso che vedremo *infra*, nt. 81; D. 41.3.28 (Pomp. 17 *ad Sab.*); D. 48.8.12 (Mod. 8 *reg.*); D. 50.16.209 (Flor. 10 *inst.*).

²⁷ In contrario non ci parrebbe possibile pensare che la giurisprudenza potesse riservare in materia agli *infanti proximi*, come avveniva per gli atti negoziali (sul punto v. H. ANKUM, *Les infanti* cit., 55 ss.), un trattamento diverso da quello che si applicava agli *infantes*; e ciò in quanto ai fini dell'acquisto del possesso, come osserva anche P. LAMBRINI, *L'elemento* cit., 41; EAD., *Capacità* cit., 318, rilevava in generale più la capacità di capire (quella che consentiva di concepire, per l'appunto, l'*affectio tenendi*, e della quale non erano dotati né gli *infantes* né gli *infanti proximi*) che la capacità di parlare (della quale gli *infanti proximi*, a differenza degli *infantes*, erano invece provvisti).

²⁸ Ciò risulta sia dalla chiusa del passo ('*quae-cipiant*'), da leggere in connessione al tratto '*Ofilii-esse*' (v. oltre nel testo, nn. 2-3), sia da D. 41.3.4.2 (Paul. 54 *ad ed.*), che prenderemo in esame *infra*, § 5.

²⁹ Non si concilia con la lettera del passo (in cui il verbo '*esse*', certamente, dipende sempre da '*aiunt*') l'ipotesi di A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle 1873, 221 (condivisa da E. CUQ, v. '*Infans*', in DS, III.1, Paris 1900, 487; A. LAST, *Fragen der Besitzlehre*, in JJB 62, 1913, 14 nt. 1; S. TONDO, *Acquisto* cit., 383 e nt. 45, 390; v. anche, ma con maggiore cautela, A. MANTELLO, *Beneficium servile – debitum naturale. Sen., de ben. 3.18.1 ss. – D.*

si riferivano Ofilio e Nerva figlio? A tali domande risponderemo svolgendo nell'ordine le considerazioni che seguono.

a) C'è chi³⁰ vorrebbe riferire le parole '*eam enim rem facti, non iuris esse*' solo all'*incipere possidere*', cioè alla presa di possesso della cosa, e non già al possesso in quanto tale. Ma è facile obiettare che l'*incipere possidere*, in generale, implicava pur sempre un *possidere*, posto che si possedeva, come è ovvio, a partire dal momento stesso in cui si acquistava il possesso. Non a caso, in alcuni testi si parla semplicemente di *possidere* per alludere all'acquisto del possesso.³¹ Ofilio e Nerva figlio, dunque, non potevano concettualmente separare l'atto dell'*incipere possidere* dal risultato che ad esso conseguiva – il *possidere* – e riteniamo, anzi, che proprio al possesso, come è opinione largamente dominante,³² si riferisca in definitiva la motivazione '*eam-esse*'.³³

35.1.40.3 (*Iav., 2 ex post. Lab.*), I, Milano 1979, 383 nt. 323, e F. LAMBERTI, *La famiglia* cit., 76; incerto A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1968, 83 nt. 4), che la motivazione '*eam-esse*' deriverebbe soltanto da Nerva figlio; né d'altronde vediamo come Ofilio avrebbe potuto altrimenti giustificare l'opinione che nel testo gli viene attribuita.

³⁰ Cfr. F.B. CICALA, *Per la teoria generale del possesso secondo il diritto romano*, Città di Castello 1925, 28 s.; G. BRANCA, *Il possesso* cit., 392; C.A. CANNATA, *L'animo possidere* cit., 32, 34; ID., *Dalla nozione di animo possidere all'animo possidendi come elemento del possesso (epoca postclassica e diritto bizantino)*, in SDHI 27, 1961, 77 (= *Scritti scelti* I cit., 65, da cui citeremo); ID., v. '*Possesso (dir. rom.)*' cit., 326; ID., Rec. di P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, in IURA 50, 1999 (pubbl. 2003), 271; ID., *Corso* I cit., 184 e nt. 22, 185; G. NICOSIA, *Il possesso* cit., 799; I. PIRO, *Damnum corpore suo dare. Rem corpore possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli 2004, 276 nt. 142; v. anche F.E. VASSALLI, *Miscellanea* II cit., 406, e P. LAMBRINI, *L'elemento* cit., 44 e nt. 39; EAD., *Capacità* cit., 319, 328 nt. 29.

³¹ Per restare in tema di acquisto del possesso da parte del pupillo, si possono addurre in proposito D. 41.2.32.2 (Paul. 15 *ad Sab.*): *Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit ... item infans peculiari nomine per servum possidere potest*; e D. 41.3.4.2 (Paul. 54 *ad ed.*): *Pupillus si tutore auctore coeperit possidere, usucapit: si non tutore auctore possideat rell.; adde D. 43.26.22.1 (Ven. 3 int.)*, in cui Labeone, come vedremo *infra*, § 6, giustificava l'acquisto del possesso da parte del pupillo (il fenomeno che egli aveva certamente in mente nel tratto '*Si-possessionem*': sul punto v. *supra*, ntt. 107 e 109) esprimendosi sempre in termini di *possidere* ('*nam quo magis naturaliter possideretur, nullum locum esse tutoris auctoritatis*').

³² Cfr., fra molti, F.C. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*⁷, Wien 1865, 44 e nt. 1; A. PERNICE, *Marcus* cit., 221; P. BONFANTE, *La possessio civilis e naturalis*, in RISG 16, 1894, n.v. (= *La possessio civilis e la possessio naturalis*, in *Scritti giuridici varii*, III. *Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino 1926, con abbreviazioni, aggiunte tra parentesi quadre, contronote e postilla finale, 556, 573 e nt. 2); ID., *Corso* III cit., 229, 316, 322; ID., *Istituzioni*¹⁰ cit., 295; G. ROTONDI, *Possessio* cit., 220 nt. 2; S. PEROZZI, *Istituzioni* I² cit., 842 e nt. 2; S. RICCOBONO, *Corso* cit., 60, 82; G. LONGO, *In tema* cit., 430, 431, 433 (che per una ripetuta svista si riferisce a Proculo e Nerva anziché a Ofilio e Nerva figlio); C. ARNÒ, *Corso* cit., 71; F. BOZZA, *Il possesso. Parte prima. Corso di Pandette svolto nella R. Università di Catania (1934-35)*, Napoli 1936, 176; E. ALBERTARIO, *Corso* II cit., 107 s., 183; ID., *Distinzioni e qualificazioni in materia di possesso*, in *Studi* II cit., 226; ID., *Corso* III cit., 43; F. DE ZULUETA, *Digest* cit., 83 *ad h.l.*; F. LEIFER, v. '*Possessio, possessor, possidere*', in PWRE 22.1, Stuttgart 1953, 857; A. BURDESE, *Sulla capacità cit.*, 20; ID., *In tema* cit., 530, 542; ID., *Capacità naturale e perdita del possesso*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, II, Napoli 1984, 766, 767; ID., v. '*Possesso (dir. rom.)*' cit., 453; ID., *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino 1993, 388 e nt. 1; R. MÖHLER, *Der Besitz am Grundstück, wenn der Besitzmittler es verläßt*, in ZSS 77, 1960, 54 e nt. 12; S. TONDO, *Acquisto* cit., 383 s., 390; U. LEPTIEN, *Utilitatis causa. Zweckmäßigkeitsentscheidungen im römischen Recht*, in SDHI 35, 1969, 67 nt. 82; F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen 1969, 118 s., 150 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I. *Das altrömische, das vorklassische und*

b) Escludiamo che Ofilio e Nerva figlio potessero sostenere, come crede invece una parte della dottrina,³⁴ che la possibilità di un acquisto del possesso *sine tutoris auctoritate* valesse indiscriminatamente per qualsiasi pupillo, sia *infans* che *infantia maior*.

Ciò – si badi – equivarrebbe a postulare, come avverte giustamente Tondo,³⁵ a cui fa capo l'opinione da cui dissentiamo, che i due giuristi ora citati prescindessero dall'*animus possidendi* quale presupposto necessario per cominciare a possedere, dal momento che tale *animus* non poteva certamente imputarsi all'*infans* (e neppure, per quanto abbiamo già detto,³⁶ all'*infanti proximus*). Con il risultato che i classici, sempre a parere di Tondo,³⁷ si sarebbero divisi fra quanti, come Ofilio e Nerva figlio,³⁸ avrebbero consentito anche a un infante di cominciare a possedere senza bisogno dell'intervento del tutore, e quanti (giuristi di scuola sabiniana, il cui orientamento sarebbe prevalso in età classica avanzata) avrebbero invece richiesto nella specie l'*auctoritas tutoris* (in funzione suppletiva della deficiente volontà dell'*infans*) giacché, diversamente dai primi, avrebbero reputato in generale necessario per l'acquisto del possesso l'*animus possidendi*.

Senonché, a nostro avviso, l'ipotesi di Tondo non si concilia a monte con la motivazione ('*eam enim rem facti, non iuris esse*') posta da Ofilio e Nerva figlio a fondamento della loro opinione. D'accordo, infatti, che il possesso, se considerato soltanto nella sua struttu-

*klassische Recht*² (d'ora innanzi *RP I*²), München 1971, 384 e nt. 2; P. ZAMORANI, *Possessio* cit., 226; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, 12 e nt. 16, 16 e nt. 36; G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis*, Palermo 1996, 45 nt. 112; F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator*, I. *L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano 2007, 443 nt. 405; P. LAMBRINI, *La natura del possesso nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, I, Napoli 2014, 422 e nt. 38 (= *Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo*, Napoli 2019, 35 e nt. 38), che mostra così di avere rivisto la diversa opinione espressa nei due lavori citati *supra*, nt. 30; P. FERRETTI, *Animo* cit., 124 nt. 416, 131; L. GAROFALO, *Il possesso* cit., 3, 6; P. CERAMI, *Il possesso dei municipia*, in *Le situazioni possessorie. Convegno ARISTEC (Roma 19-21 novembre 2015)*, a cura di L. Vacca, con un *Omaggio a Letizia Vacca (Roma 21 novembre 2015)*, a cura di G. Rossetti, Napoli 2018, 27.

³³ In contrario non varrebbe obiettare con G. NICOSIA, *Il possesso* cit., 799, che in tal modo si finirebbe per attribuire a Ofilio e Nerva figlio un pensiero in contrasto con il fatto – incontestabile – che il possesso era comunque produttivo di conseguenze giuridiche. Tale obiezione si spunta contro il rilievo che nella rappresentazione di Ofilio e Nerva figlio (funzionale alla soluzione di un problema pratico) il possesso, come ribadiremo nel testo, veniva in considerazione esclusivamente quale fenomeno materiale, e non anche con riguardo ai suoi effetti. Si consideri, inoltre, che del possesso (e non soltanto della presa di possesso, come ritiene G. NICOSIA, *Il possesso* cit., 800 s.) in termini di *res facti* si parla pure, secondo noi (sempre per l'accennata impossibilità di separare l'esistenza del possesso dal momento del suo inizio), in D. 41.2.1.4 (Paul. 54 *ad ed.*), cioè nel § immediatamente successivo (anche nella trattazione originaria di Paolo: v. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig 1889, rist. Graz 1960, Paul. 657, 1063) a quello in commento: *Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest* rell. E d'altra parte – si può ancora rilevare – la natura 'di fatto' dell'operazione che conduceva all'acquisto del possesso, per cui v. anche D. 41.1.53 (Mod. ? 14 *ad Q.M.*), non poteva che derivare dalla base fattuale del possesso stesso: ecco perché 'in definitiva' è a quest'ultimo, come diciamo nel testo, che preferiamo riferire le parole '*eam enim rem facti, non iuris esse*'.

³⁴ Cfr. S. TONDO, *Acquisto* cit., 370, 383 ss., con citazione di altra letteratura, *ibid.*, 370 nt. 14; A. WATSON, *The Law* cit., 82; U. LEPTIEN, *Utilitatis* cit., 67 nt. 82; M. NAVARRA, *Ricerche* cit., 101, 101 s. nt. 134 (con prudenza); F. LAMBERTI, *La famiglia* cit., 76.

³⁵ S. TONDO, *Acquisto* cit., 364 nt. 2, 398.

³⁶ *Supra* in questo §, n. 1, lett. c).

³⁷ S. TONDO, *Acquisto* cit., 397 ss.

³⁸ Nonché Labeone, seguito da Venuleio, in D. 43.26.22.1 (Ven. 3 *int.*).

ra, era un fatto materiale (un potere di fatto esercitato da una persona su una cosa) e non giuridico (*res facti, non iuris*). Ma si trattava forse, per Ofilio e Nerva figlio, di un fatto incosciente e involontario (come l'ipotesi che criticiamo esigerebbe di pensare)? Ciò non risulta dalle parole '*eam enim rem facti, non iuris esse*' e ci parrebbe una forzatura piegare tali parole a significare quel che esse di per sé non dicono.³⁹ In altri termini, vera l'interpretazione propugnata da Tondo, Ofilio e Nerva figlio avrebbero dovuto piuttosto giustificare la loro opinione affermando '*eam enim rem facti, non animi* (o similmente: *intellecti, affectionis* etc.) *esse*', cioè ponendo in rilievo che il possesso si risolveva esclusivamente nella disponibilità di fatto di una cosa, non anche in una disponibilità di fatto cosciente e volontaria. Peraltro, come vedremo,⁴⁰ la possibilità di un acquisto del possesso da parte del pupillo *sine tutoris auctoritate* fu ammessa anche da Labeone (con particolare riferimento alla *possessio precaria*) con una motivazione che ricalca nella sostanza quella addotta da Ofilio e Nerva figlio; e il giurista augusteo, come è noto, considerava certamente l'*animus possidendi* un presupposto essenziale per l'acquisto del possesso.⁴¹

C'è di più: l'interpretazione di Tondo trascura anche di considerare il tratto '*Ofilius esse*' nel più ampio quadro in cui si inserisce. L'opinione di Ofilio e Nerva figlio, in particolare, viene riferita nel passo subito dopo la frase '*sed pupillus tutore auctore incipiet possidere*'; frase con cui Paolo, come si è visto,⁴² intendeva rimarcare che a differenza del *furiosus*, a cui pure poteva essere assimilato per la sua totale incapacità di intendere e di volere, un pupillo *infans* (e *infanti proximus*) poteva nondimeno acquistare il possesso con l'*auctoritas* del tutore. Ora, l'opinione di Ofilio e Nerva figlio, per il modo in cui Paolo la incastrona nel contesto generale del suo discorso, dovrebbe valere a differenziare ulteriormente la posizione del *pupillus* da quella del *furiosus*. Come a voler dire, insomma: 'un *pupillus*, diversamente da un *furiosus*, non solo può cominciare a possedere *tutore auctore* ma, giusta quanto sostengono Ofilio e Nerva figlio, può finanche acquistare il possesso pure senza l'*auctoritas* del tutore'. Mentre ogni differenza fra il *pupillus* e il *furiosus* verrebbe meno nella prospettiva secondo cui Ofilio e Nerva figlio avrebbero ammesso che qualunque pupillo (*infans* e *infantia maior*) potesse cominciare a possedere senza bisogno dell'*auctoritas* del tutore muovendo dal generale presupposto che per l'acquisto del possesso non sarebbe stato necessario l'*animus possidendi*. Forse che in quest'ottica, infatti, anche un *furiosus* non avrebbe potuto cominciare a possedere per il solo fatto di instaurare (ciò di cui era sicuramente capace, non diversamente dal *pupillus*) una relazione materiale con la cosa?

Per conto nostro, dunque, non esitiamo a credere che Ofilio e Nerva figlio, lungi dal prescindere dall'*animus possidendi* quale presupposto necessario ai fini dell'acquisto del possesso, e proprio postulandone, anzi, la necessità,⁴³ dovessero riferirsi esclusivamente al

³⁹ Alquanto faticoso, infatti, e in ultima analisi non conducente è il ragionamento svolto da S. TONDO, *Acquisto* cit., 383 ss., per cercare di adattare la motivazione '*eam enim rem facti, non iuris esse*' alla presunta tesi, sostenuta da Ofilio e Nerva figlio, di una irrilevanza dell'*animus possidendi* ai fini dell'acquisto del possesso da parte di qualunque pupillo (sia *infans* che *infantia maior*).

⁴⁰ *Infra*, § 6.

⁴¹ Arg. ex D. 41.2.51 (*Iav. 5 ex post. Lab.*), dove Labeone ammette la possibilità di un acquisto (*solo animo*) del possesso di merci (una catasta di legna; un insieme di anfore di vino) non suscettibili di essere apprese in blocco.

⁴² *Supra* in questo §, n. 1, lett. b) e nt. 20.

⁴³ Ciò, se siamo nel giusto, avvalorata ulteriormente un'ipotesi che in più occasioni e sulla base di altre considerazioni abbiamo già avuto modo di avanzare [cfr. spec. G. D'ANGELO, *A proposito di animo possidere*, in TSDP 11, 2018, 11 ss.; v. anche ID., *La perdita della possessio animo retenta nei casi di occupazione*,

pupillo *infantia maior*⁴⁴ che fosse altresì in grado (come non era il pupillo *infanti proximus*, anch'egli *infantia maior*) di concepire tale *animus*, cioè in sostanza al pupillo che nel linguaggio della giurisprudenza più matura⁴⁵ (e agli effetti, in particolare, della responsabilità *ex delicto*)⁴⁶ fu designato come *pubertati proximus* (o con espressioni simili).⁴⁷ In questo ordine di idee, le parole *'eam enim rem facti, non iuris esse'* possono ricevere una spiegazione del tutto soddisfacente se consideriamo che al possesso (e conseguentemente alla capacità intellettuale ritenuta necessaria per il suo acquisto) si poteva guardare da due diversi punti di vista: dal punto di vista del mondo fisico e dal punto di vista del mondo del diritto; ovvero, detto altrimenti, dal punto di vista del sostrato pregiudiziale (o della struttura) dell'istituto e dal punto di vista dei suoi effetti.⁴⁸

Torino 2007, 40 ss.; ID., *Il possesso nell'opera di Riccobono*, in *L'eredità di Salvatore Riccobono. Atti dell'incontro internazionale di studi (Palermo, 29-30 marzo 2019)*, a cura di M. Varvaro, in HLLH 2, 2020, 176 nt. 43]: l'ipotesi per cui l'*animus possidendi*, la cui considerazione era implicita già nella riflessione di Ofilio, seguito poi da Nerva figlio (v. anche oltre nel testo), dovette venire in rilievo nella dottrina romana del possesso ancor prima di Labeone; giurista a cui la prevalente dottrina (citazioni in G. D'ANGELO, *Il possesso* cit., 176 nt. 44), influenzata ancor oggi dalle indagini di Riccobono (per le quali ci permettiamo di rinviare di nuovo a G. D'ANGELO, *Il possesso* cit., 172 ss.), vorrebbe ascriverne invece l'introduzione sulla base di D. 41.2.51 (Iav. 5 *ex post. Lab.*).

⁴⁴ Al pupillo *infantia maior* riferisce l'opinione di Ofilio e Nerva figlio anche la maggior parte degli studiosi: cfr. già, ad es., F.C. SAVIGNY, *Das Recht*⁷ cit., 249, 260; O. RUGGIERI, *Il possesso e gli istituti di diritto prossimi ad esso, Trattato in diritto romano, Parte prima, Il possesso in diritto romano*, I, Firenze 1880, 399 e nt. 1; G. CORNIL, *Traité* cit., 93 s.; A. LAST, *Fragen* cit., 18, 22 nt. 2; E. ALBERTARIO, *Corso* I.1 cit., 284; ID., *Corso* II cit., 283 s.; ID., *L'acquisto* cit., 233 nt.*, 239 s.; ID., *Corso* III cit., 110; G. PACCHIONI, *Corso* II² cit., 352 s., 353 nt. 648; G. ROTONDI, *Possessio* cit., 220 nt. 2; S. PEROZZI, *Istituzioni* I² cit., 861 e nt. 3 (implicitamente); P. BONFANTE, *Corso* III cit., 316, 322; G. LONGO, *In tema* cit., 430; H.-G. WEISS, *Das Willensmoment* cit., 122 ss.; A. BURDESE, *Sulla capacità* cit., 20, 23; ID., *In tema* cit., 528; ID., v. *'Possesso (dir. rom.)'* cit., 458; M. LAURIA, *Possessiones*² cit., 86; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 435 nt. 20 (implicitamente); nonché, più di recente, P. LAMBRINI, *L'elemento* cit., 41 s., 54; EAD., *Capacità* cit., 318 s., 323, e L. GAROFALO, *Il possesso* cit., 6. Non sempre, tuttavia, gli autori ora citati accennano (almeno espressamente) all'ulteriore delimitazione che facciamo seguire nel testo (quella derivante dalla capacità di concepire l'*animus possidendi*) all'interno della categoria dei pupilli *infantia maiores*; delimitazione che a nostro avviso, invece, scaturisce inevitabilmente dalla logica stessa a cui Ofilio e Nerva figlio, come cercheremo di illustrare, ispiravano la loro *sententia*.

⁴⁵ Almeno a partire da Giuliano, citato in D. 44.4.4.26 (Ulp. 76 *ad ed.*): ... *Iulianus quoque saepissime scripsit doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse rell.*

⁴⁶ Cfr. ad es., oltre al passo citato nella precedente nota, Gai 3.208 (= I. 4.1.18); D. 4.3.13.1 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 50.17.111 pr. (Gai. 2 *ad ed. prov.*).

⁴⁷ Per la nozione di *pubertati proximi* (impuberi *infantia maiores* vicini alla pubertà e pertanto ritenuti già provvisti di una limitata capacità di discernimento) v. per tutti H. ANKUM, *Les infanti* cit., 53 s., che tiene giustamente distinta questa speciale categoria di impuberi (simmetrica e contraria a quella degli *infanti proximi*) dalla più ampia categoria degli *infantia maiores* (comprensiva tanto degli *infanti proximi* quanto dei *pubertati proximi*), con cui in dottrina, talora, tende a essere confusa.

⁴⁸ A questi due diversi punti di vista corrisponde la distinzione, latente in molte fonti e già in uso presso i più antichi interpreti (v. per tutti F.C. SAVIGNY, *Das Recht*⁷ cit., 171), fra possesso c.d. materiale e possesso c.d. giuridico (o possesso vero e proprio o possesso in senso tecnico): una distinzione fondamentale per comprendere tanti aspetti del possesso romano destinati altrimenti a restare oscuri e a generare infinite dispute. Si pensi solo, per fare un esempio, che proprio sulla base di tale distinzione il possesso poteva a un tempo essere riconosciuto (in senso materiale) e negato (in senso giuridico) in capo a una stessa persona: valga per tutti il caso degli schiavi, che indubbiamente non possedevano in senso tecnico [basti qui citare D. 43.16.1.22 (Ulp. 69 *ad ed.*)] in quanto giuridicamente incapaci, come si usa dire, sul

Sotto il primo profilo, come già si è accennato, il possesso era un fatto materiale (*res facti*).

Sotto il secondo profilo, invece, il possesso era un fatto giuridico (*res iuris*),⁴⁹ in quanto rilevante per il diritto (sia *iure civili* sia *iure honorario*) sotto vari aspetti, e non si differenziava a questo riguardo da altre situazioni giuridicamente rilevanti.

Ebbene, si può pensare che alcuni giuristi, attribuendo un preminente rilievo alla considerazione del possesso quale *res iuris* e tenendo conto che esso poteva produrre anche effetti svantaggiosi, oltre che vantaggiosi,⁵⁰ esigessero in ogni caso per il suo acquisto da parte di un pupillo *infantia maior* l'intervento del tutore quale *auctor*. A tale ipotesi, almeno per quanto concerne i giuristi appartenenti alla scuola sabiniana, ci sembra offrire un fondamento

D. 41.1.11 (Marcian. 3 *inst.*): *Pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est: quae sententia vera est.*⁵¹

Per quanto specificamente ci interessa, infatti, dal passo risulta che per i Sabiniani, alla cui opinione (verosimilmente già risalente ad alcuni giuristi tardo-repubblicani)⁵² aderiva Marciano, il sostrato materiale del possesso – fenomeno appartenente all'ordine fisico delle relazioni di fatto fra gli uomini e le cose, prima ancora che all'ordine giuridico, e per ciò '*naturalis*' – non poteva comunque dispensare un pupillo non più infante⁵³ dalla necessità di ottenere ai fini della sua alienazione l'*auctoritas* del tutore; onde si può avere ragione di credere che anche per l'acquisto del possesso da parte di tale pupillo i giuristi di scuola sabiniana (o almeno alcuni di essi) richiedessero sempre l'*interpositio auctoritatis*.

piano dei rapporti patrimoniali, ma per i quali pure, non di rado, si adoperavano i termini *possidere* e *possessio* [cfr., ad es., D. 6.2.9.6 (Ulp. 16 *ad ed.*); D. 41.2.1.5 e 19 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 41.2.24 (Iav. 14 *ep.*); D. 41.3.44.7 (Pap. 23 *quaest.*); D. 41.4.2.11-12 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 49.15.22.3 (Iul. 62 *dig.*); D. 49.15.29 (Labeo 6 *pith. a Paulo epit.*)] per fare riferimento al potere di fatto che essi esercitavano su una cosa (e che giuridicamente veniva imputato al *dominus*).

⁴⁹ A tal proposito basti richiamare per tutti D. 41.2.49.1 (Pap. 2 *def.*): ... *possessio non tantum corporis, sed et iuris est.*

⁵⁰ Per quanto riguarda gli effetti vantaggiosi, si pensi principalmente all'usucapione (sul presupposto dell'esistenza di tutti i requisiti necessari a tal fine) e alla tutela interdittale; mentre, per quanto riguarda gli effetti svantaggiosi, si pensi alla legittimazione passiva del possessore a determinati mezzi giudiziari (*rei vindicatio* e *actio Publiciana*, *actio ad exhibendum* e *interdictum quem fundum, hereditatis petitio* e *interdictum quorum bonorum* etc.).

⁵¹ Per la genuinità del passo rinviamo alle considerazioni che abbiamo svolto di recente in G. D'ANGELO, *Civiliter vel naturaliter possidere*, Torino 2022, 198 ss.

⁵² Giuristi la cui dottrina veniva contrastata da Ofilio: v. oltre nel testo.

⁵³ Nel senso che a venire in considerazione fosse un impubere (*sui iuris*) *infantia maior* (di questo avviso v. anche, ad es., M. LAURIA, *Note cit.*, 443; ID., *Possessiones*² *cit.*, 86 ss.; S. TONDO, *Acquisto cit.*, 392 s.; A. BURDESE, *Capacità cit.*, 770 s., 775 s.; ID., v. '*Possesso (dir. rom.)*' *cit.*, 461) si può argomentare già dal fatto che il *pupillus*, secondo Marciano, sarebbe stato legittimato ad acquistare il *dominium* (per un riferimento delle parole '*quantum ad acquirendum*' all'acquisto del *dominium* è decisiva la collocazione palinogenetica del passo, per cui v. O. LENEL, *Palinogenesia* I *cit.*, Marcian. 79, 656) senza bisogno dell'*auctoritas tutoris*: quel che non sarebbe stato possibile per un *infans*, incapace, come è noto, di compiere validamente per proprio conto anche atti che comportassero soltanto l'acquisto di diritti o di situazioni, comunque, vantaggiose.