

Annotatiunculae (II)

Qualche puntualizzazione sull' «infanti proximus» ed il «pubertati proximus»

1. In un recente contributo Francesca Lamberti si è soffermata a discutere *Su alcune distinzioni riguardo all'età dell'impubere nelle fonti giuridiche romane*¹, un tema del quale in passato, anche se marginalmente, ho avuto occasione di occuparmi in riferimento a problematiche relative all'*aditio hereditatis*.

Le conclusioni alle quali in proposito la collega è pervenuta sono largamente condivisibili, soprattutto per quanto riguarda la genuinità di un testo molto criticato in dottrina, e cioè D. 36.1.67 [65].3 di Meciano², da me già ampiamente difeso in un contributo apparso in «Jura» del 2002³.

C'è tuttavia un profilo in riferimento al quale non ritengo di potere essere pienamente in sintonia con la Lamberti: l'accettata correzione di Gai., *inst.* 3.109 risalente a Huschke⁴, che ha indotto la studiosa ad emendare il brano gaiano in questi termini:

Sed quod diximus de pupillo, utique de eo verum est qui iam aliquem intellectum habet. Nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent; sed in his pupillis, <qui infanti proximi sunt> p<ropt>er utilitatem benignior iuris interpretatio facta est⁵.

¹ Il contributo è apparso in «Scritti di Storia per Mario Pani», Bari, 2011, p. 211 ss.

² Cfr. in particolare F. LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 225 nt. 58 e p. 227 e nt. 70.

³ G. COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3 di Maecianus: un testo ingiustamente sospettato*, in «Jura», LIII, 2002 (pubbl. 2005), p. 199 ss.

⁴ Ph.E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*³, Leipzig, 1874, p. 296 e nt. 2.

⁵ In maniera ancora più invasiva opera sul testo classico A. BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli impuberes in diritto classico* in «AG.», s. 6^a, XIX, 1956, p. 57 ss., in particolare p. 60, che infatti così lo ricostruisce: «*Nam infans [et qui infanti proximus est] non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent; [sed in his] <et in ceteris> pupillis, <etiamsi nondum intellegant quid agant, tamen> propter utilitatem benignior iuris interpretatio facta est*». Critica LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 219 nt. 35. Ritengono glossato il nostro passo però anche F. KNIEP, *Gai Institutionum Commentarius Tertius*, Jena, 1917, p. 168 ss., C. TUMEDEI, *Distinzioni postclassiche riguardo all'età. «Infanti proximus» e «pubertati proximus»*, Bologna, 1922, p. 17 ss., E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, in «BIDR.», XXXIII, 1923, p. 71 ss., in particolare p. 76, e *Infanti proximus e pubertati proximus (A proposito di un recente studio)*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 93 ss., nonché S. SOLAZZI, *Saggi di critica romanistica. IV. L'età dell' «infans»*, in «BIDR.», II-L, 1947 (= *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, p. 657 nt. 69), e «*Qui infanti proximi sunt*», in «Labeo», 1, 1955 (= *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 588 s.). A favore della genuinità di Gai., *inst.* 3.109 si è invece pronunciato S. DI MARZO, *In difesa del Gaio veronese*, in «Studi E. Besta», I, Milano, 1937, p. 111 ss., seguito da S. TONDO, *Acquisto del possesso da parte del pupillo*, in «Studi E. Besta», IV, Milano 1962, p. 378 s. e nt. 32. Più di recente, comunque, anche H. ANKUM, *Les infanti proximi dans la jurisprudence classique*, in «Estudios F. Hernandez-Tejero», II, Madrid, 1994, p. 56 ss., e M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, p. 54 ss., pur sostenendone la classicità, hanno affermato che l'espressione «*sed in his ... facta est*» farebbe riferimento solo agli *infanti proximi*. Il che sarebbe confermato dal corrispondente passo delle *Istituzioni* di Giustiniano, ove appunto i Compilatori, modificando l'originale passo gaiano, hanno affermato che «*in proximis infanti propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi*».

La lettura proposta⁶ sarebbe, a giudizio della studiosa, avvalorata dal corrispondente passo delle *Istituzioni* giustinianee:

Iust. Inst. 3.19.10: Sed quod diximus de pupillis, utique de his verum est, qui iam aliquem intellectum habent; nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent: sed in proximis infanti propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi,

in cui appunto i Compilatori sarebbero stati più espliciti nel delineare la diversificazione dei pupilli in tre categorie, diversificazione ulteriormente precisata da Teofilo nella sua *Parafrasi* (3.19.10):

Ἄλλ' ὅπερ εἰρήκαμεν περὶ τῶν ρυπίλλων περὶ τούτων δηλαδὴ ἀληθές ἐστὶν οἵτινες ἤδη τινὰ τῶν γενομένων αἰσθησὶν ἔχουσιν· ὁ γὰρ infans ἢ ὁ πρόξimos infanti οὐ πολὺ τοῦ μεμνηότος ἀφεστήκασιν· οἱ γὰρ ταύτην ἄγοντες τὴν ἡλικίαν οὐδεμίαν αἰσθησὶν ἔχουσιν νομίζονται. ἐπειδὴ δὲ ρύπιλλον εἶπον, καθολικῶς μάνθανε ὅτι ἢ τοῦ ρυπίλλου εἰς τρία διαιρεῖται ἡλικία. τῶν γὰρ ρυπίλλων οἱ μὲν εἰσιν infantes, οἷον οἱ ἔτι θηλάζοντες καὶ οἱ μικρῶ μείζονες, οἱ δὲ λέγονται πρόξimos infanti οἷον οἱ ἀρξάμενοι λαλεῖν καλῶς, οἱ δὲ πρόξimos pubertati. καὶ ὁ μὲν infans ἐπερωτᾶν οὐ δύναται διὰ τὸ μὴ δύνασθαι φεγγεσθαι, οὐ μὴν οὐδὲ ὁ πρόξimos infanti, ὁποῖός ἐστιν ὁ ἕβδομος ἢ ὄγδοος ἄγων ἐνιαυτόν. Οὗτος γὰρ εἰ καὶ ἐκφωνεῖν τὰ ῥήματα δύναται ἀλλὰ διακρίνειν οὐ δύναται ὁ, τίποτε νοεῖ τὰ λεγόμενα. ὁ δὲ πρόξimos pubertati ἰσχυρῶς ἐπερωτᾶ, ἐπειδὴ καὶ τοῦ ἐκφωνεῖν καὶ τοῦ αἰσθάνεσθαι τῶν λεγομένων ἐστὶ δεκτικός. ἤρεσε δὲ οὐ κατὰ τὸ ἀκριβές ἀλλὰ κατὰ φιλάγαθον λογισμόν, ὥστε καὶ τὸν πρόξimon infanti ἰσχυρῶς ἐπερωτᾶν, ὥσπερ τὸν τῆ ἡβῆ πλησιάζοντα⁷

ove viene introdotto un discrimine tra *infantes* ed *infanti proximi* collegato però non più solo alla capacità di *fari*, ma anche al raggiungimento di una data età, oscillante tra i sette e gli otto anni.

Bene, a mio giudizio, il confronto tra la lezione del Gaio Veronese ed i corrispondenti passi delle *Istituzioni* giustinianee e della *Parafrasi* non deve necessariamente essere interpretato in termini di contraddizione, potendo appunto le discordanze tra il manoscritto veronese e le altre due opere essere intese piuttosto come espressione di una evoluzione storica connessa al recepimento di alcune istanze, forse già presenti nella giurisprudenza tardo classica, volte a fissare in modo esplicito la fine dell'infanzia al raggiungimento del settimo anno circa. Ma procediamo con ordine.

2. Il contesto nel quale Gaio si muove riguarda sì la *stipulatio*, e precisamente la *stipulatio inutilis*; il discorso appare comunque ampliarsi, proprio in riferimento ai furiosi ed ai pupilli, a qualsiasi *negotium*:

Gai., *inst.* 3.105: Mutum neque stipulari neque promettere posse palam est. Idem etiam in surdo recep-

⁶ Lettura che quindi contrasta con la lezione del manoscritto Veronese, accolta dalla maggior parte degli editori delle *Institutiones* gaiane: cfr. KNIEP, *Gai Institutionum*, cit., p. 11, P. KRÜGER, G. STUEMUND, *Gai Institutiones. Ad Codicis Veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum*⁷, Berlin, 1923, p. 126, F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, I, Oxford, 1951, p. 186, M. DAVID, *Gai Institutiones secundum Codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas*, Leiden, 1964, p. 97, P.F. GIRARD, F. SENN, *Textes de droit romain*⁷, Paris, 1967, p. 144, e H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones*, III, Berlin, 1999, p. 37. La corruzione testuale, secondo la studiosa, potrebbe infatti essere il frutto di un errore meccanico derivante «dalla mancata trascrizione nel Veronese della relativa 'qui infanti proximi sunt' dopo 'in his pupillis'» (cfr. in particolare p. 218 s.).

⁷ «Set quod diximus de pupillis, de his utique verum est, qui iam aliquem intellectum eorum quae geruntur habeant: infans enim et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant. Qui enim hanc aetatem agunt nullum intellectum habere intelleguntur. Cum vero 'pupillum' dixi, generatim admonendus est pupilli aetatem trifariam dividi; pupillorum enim alii infantes sunt, veluti lactantes paullove maiores natu, alii proximi infanti dicuntur, qui recte loqui incipiunt, alii denique proximi pubertati. Et infans quidem stipulari nequit, cum ne loqui quidem possit; et nihilo magis proximus infanti qui septimum vel octavum agit annum. Hic enim, licet exprimere verba possit, nequit intellegere quid dicta significant. Proximus vero pubertati valide stipulatur, cum et verba pronuntiare et quae dicit intellegere possit. Placuit vero non secundum iuris supilitatem, sed per benigniorem interpretationem proximum infanti valide stipulari, sicuti proximum pubertatis» («Istitutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa», ed. C. FERRINI [Berlin, 1897], Aalen, 1967, II, p. 338 s.).

tum est; quia et is qui stipulatur verba promittentis, et qui promittit verba stipulantis exaudire debet. 106: Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat. 107: Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur <tutor>, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. 108: Idem iuris est in feminis quae in tutela sunt.

Se il sordomuto non può stipulare perché la *stipulatio* presuppone che i due contraenti sentano e parlino, il *furiosus* non può compiere alcun *negotium* in quanto incapace di capire ciò che fa: il che lo diversifica dal *pupillus*, cioè dall'impubere, paragonato alle donne, che in quanto in grado già di capire, possono compiere da soli negozi che vanno a loro vantaggio, mentre quando si obbligano abbisognano dell'*auctoritas* del tutore.

Nel § 109, quindi, il giurista ribadisce che ciò che ha detto del pupillo '*utique de eo verum est qui iam aliquem intellectum habet*', mentre l'*infans*, come anche '*qui infanti proximus est*' non differisce di molto dal *furiosus*⁸, '*quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent*'. Ma a loro vantaggio si dà un'interpretazione più benevola '*propter utilitatem*', cioè, come efficacemente è stato sottolineato, «per ragioni oggettive di utilità, che possono essere individuate nell'opportunità che, per la certezza degli scambi commerciali, i negozi conclusi» – a mio giudizio però non solo «dagli *infanti proximi*'», ma dagli *infantes* tout court – «non siano inutili»⁹: i pupilli di quella età, afferma infatti il giurista antoniniano, '*nullum intellectum habent*', espressione attraverso la quale, dunque, viene uniformata la posizione dell'*infans* a quella dell'*infanti proximus*.

Ma a cosa ha voluto alludere Gaio con la precisazione '*sed in his pupillis ... benignior iuris interpretatio facta est*'?

Dalle fonti traspare come il giurista dell'età degli Antonini fosse dell'avviso che il *pupillus*, non appena in grado di parlare, potesse *recte stipulari*:

D. 45.1.141.2 (Gai. 2 *de verb. obl.*): Pupillus, licet ex quo fari coeperit, recte stipulari potest

il che accadeva anche per ragioni di *utilitas*, come nel caso della *satisfactio rem pupilli salvam fore*:

D. 46.6.6 (Gai. 27 *ad ed. prov.*): Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillus abest aut fari non potest: nam si praesens sit et fari potest, etiamsi eius aetatis erit, ut non intellegat quid agat, tamen propter utilitatem receptum est recte eum stipulari.

Nel frammento su riferito Gaio enuncia un principio che appare consolidato alla sua epoca: se il pupillo è assente o non in grado di parlare sarà uno schiavo del fanciullo a pronunciare per suo conto i *verba* della *stipulatio*, mentre se il pupillo è *praesens* e in grado di parlare, ma non ancora in grado di intendere il significato delle parole che pronuncia, che nel caso specifico avrebbero determinato la possibilità di far valere la responsabilità del tutore in giudizio, potrà egli stesso *stipulari*.

Dubbiosità non condivisibili ha suscitato l'espressione '*propter utilitatem receptum est*', che diversi

⁸) L'equiparazione tra *furiosus* ed *infans* è richiamata sovente nelle fonti giurisprudenziali: cfr., a titolo puramente esemplificativo, D. 6.1.60 (Pomp. 29 *ad Sab.*), D. 44.7.1.12-13 (Gai 2 *aureor.*), D. 50.16.209 (Florent. 10 *inst.*), D. 29.2.9 (Paul. 2 *ad Sab.*), D. 41.2.1.3 (Paul. 54 *ad ed.*), D. 50.17.5 (Paul. 2 *ad Sab.*), D. 9.2.5.2 (Ulp. 18 *ad ed.*), D. 48.8.12 (Mod. 8 *reg.*) e Paul. *Sent.* 5.4.2.

⁹) Così NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas*, cit., p. 56 s. L'autrice, a questo proposito, cioè in riferimento al discorso sulla *utilitas*, individua inoltre un mutamento di prospettiva tra le *Institutiones* di Gaio e quelle di Giustiniano: «In Gaio la *benignior iuris interpretatio* è determinata da ragioni oggettive di utilità che possono essere individuate nell'opportunità che, per la certezza degli scambi commerciali, i negozi giuridici conclusi dagli *infanti proximi* non siano inutili: è nel contesto della trattazione delle *stipulationes inutiles*, che inizia al § 97 del terzo commentario, che Gaio si occupa infatti della capacità negoziale del *pupillus*. L'applicazione in via eccezionale ai *proximi* del regime dettato nel § 107 va, dunque, ricondotta a tale più ampia problematica. Per Giustiniano, invece, la '*benignior iuris interpretatio facta est*' per l'*utilitas* degli *infanti proximi*. In altre parole quel che per Gaio è un problema di *utile negotium*, per Giustiniano diventa una questione di favore per l'interesse del pupillo». Questo punto di vista è apparso «interessante e convincente» anche a LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 219 nt. 36.

autorevoli studiosi hanno considerato frutto di interpolazione. Il richiamo all'*utilitas*, infatti, appare strettamente legato al fatto che, essendo la *satisfactio* resa dal tutore innanzi al magistrato nell'interesse del pupillo, non potendo il tutore essere *stipulator* e *promissor* al tempo stesso, bisognava impiegare un *servus pupillaris* che pronunciasse i *verba stipulationis, verba* che quindi il pupillo, se in grado di parlare, a prescindere dal fatto che si rendesse o meno conto del significato di ciò che diceva, avrebbe potuto utilmente pronunciare egli stesso¹⁰.

Il principio sarà del resto ribadito anche da Ulpiano:

D. 27.8.1.15 (Ulp. 36 *ad ed.*): Exigere autem cautionem magistratus sic oportet, ut pupilli servus aut ipse pupillus, si fari potest et in presentiarum est, stipuletur a tutoribus, item fideiussoribus eorum rem salvam fore: aut, si nemo est qui stipuletur, servus publicus stipulari debet rem salvam fore pupillo, aut certe ipse magistratus.

Analogamente il giurista severiano si esprime però pure in

D. 46.6.2 (Ulp. 79 *ad ed.*): Si pupillus absens sit, vel fari non possit, servus eius stipulabitur: si servum non habeat, emendus ei servus est: sed si non sit unde ematur aut non sit expedita emptio, profecto dicemus servum publicum apud praetorem stipulari debere¹¹.

L'espedito di avvalersi di uno schiavo o addirittura della capacità di 'loqui' del fanciullo per poter effettuare una *stipulatio* acquisitiva dovette dunque essere ammesso pure nel caso in cui non vi fossero stati conflitti di interesse col tutore. Emblematico d'altronde è il seguente passo:

D. 45.1.1pr. (Ulp. 48 *ad Sab.*): Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. Si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem. Item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.

Il problema che però a questo punto si pone è quello di vedere come un *infans* avrebbe potuto non tanto acquistare diritti, per la quale ipotesi le testimonianze come si è visto sono esplicite, quanto piuttosto assumersi obblighi attraverso l'operato di uno schiavo, visto che in tal caso, come del resto evidenzia chiaramente anche Ulpiano, sarebbe occorso uno *iussum* specifico¹².

Ma pure la situazione di chi 'obligari velit' si sarebbe potuta risolvere: lo attestano due passi di Paolo, precisamente:

D. 15.4.2pr. (Paul. 30 *ad ed.*): Si tutoris iussu servo pupillo creditum sit, puto, si ex utilitate pupilli fuerit

¹⁰ Sul testo in esame si vedano TUMEDEI, *Distinzioni postclassiche*, cit., p. 23, S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in «BIDR.», XXII, 1910 (= *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, p. 304 s.), e «*Qui infanti proximi sunt*», cit., p. 588 s., C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, II, Milano, 1949, p. 71, BURDESE, *Sulla capacità intellettuale*, cit., p. 56, TONDO, *Acquisto del possesso*, cit., p. 379 nt. 33, ANKUM, *Les infanti proximi*, cit., p. 55 s. e 61 ss., NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas*, cit., p. 52 s., COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3*, cit., p. 211 nt. 34, e LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 215 ss.

¹¹ Sul testo si veda anche COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3*, cit., p. 206, con letteratura.

¹² A meno che il servo non avesse operato *peculii nomine*, come si afferma in D. 41.2.32.2: '*Item infans peculiari nomine per servum possidere potest*'. Si confrontino anche D.41.2.1.5 (Paul. 54 *ad ed.*), D. 41.3.28 (Pomp. 17 *ad Sab.*) e C.Th. 8.12.2 (a. 316, = C.I. 8.53.26). Sul punto P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, rist. Milano, 1972, p. 320, E. ALBERTARIO, *L'acquisto del possesso da parte dell'infante e del pupillo infantia maior*, in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, p. 235 s., G. ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur*, in «BIDR.», XXX, 1921, p. 118 nt. 3, G. LONGO, *In tema di acquisto del possesso*, ivi, XXXII, 1934, p. 482, e BURDESE, *Sulla capacità intellettuale*, cit., p. 14 ss. Più in generale, sulle possibilità dell'*infans* di avvalersi di uno schiavo che, sotto il controllo del tutore, avrebbe potuto operare col risultato di trasmettere direttamente, nella sua sfera giuridica, tutti gli effetti favorevoli e sfavorevoli che ne sarebbero conseguiti, si veda comunque *amplius* A. PETRUCCI, *I servi impuberum esercenti attività imprenditoriali nella riflessione della giurisprudenza romana dell'età commerciale*, in «Societas - ius. Minuscula di allievi a Feliciano Serao», Napoli, 1999, p. 193 ss.

creditum, in pupillum esse dandam actionem, “quod iussit tutor”.

D. 41.2.1.13 (Paul. 54 *ad ed.*): Pupillus per servum sive puberem sive impuberem acquirit possessionem, si tutore auctore iusserit eum ire in possessionem.

E' vero, nei brani su riferiti si parla di ‘*pupillus*’, termine che si attaglia a designare sia l’ ‘*infans*’ che il ‘*pubertati proximus*’; ma nulla esclude che nei testi in esame esso sia stato utilizzato in maniera generica, facendosi riferimento non solo all’impubere bensì anche all’infante, essendo utile, in entrambi i casi, l’*auctoritas tutoris* ai fini dello *iussum* dato allo schiavo, nella prima ipotesi, naturalmente, con funzione integrativa¹³, nella seconda con funzione suppletiva. Una funzione quest’ultima della quale non può del resto dubitarsi, visto che analogamente poté in questo caso operare pure il *curator* in riferimento al *furiosus*, un soggetto che la giurisprudenza, come si è visto, fu solita porre sullo stesso piano dell’*infans*: ‘*Si curatore adulescentis vel furiosi vel prodigi iubente cum servo contractum sit, putat Labeo dandam quod iussu actionem in eos quorum servus fuerit ...*’¹⁴.

Il che a *fortiori* sarà valso anche per l’*infanti proximus* il quale, essendo in grado di parlare, aveva certamente la possibilità pure di *promittere*:

D. 44.7.1.12-13 (Gai 2 *auror.*): Furiosus, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est. Huic proximus est, qui eius aetatis est, ut nondum intellegat, quid agatur: sed quod ad hunc benignius acceptum est: nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse.

In questo brano il Gaio delle *res cottidianae* prende ancora una volta le mosse dalla situazione del *furiosus* il quale non è in grado di stipulare, né come *stipulator*, né come *promissor*, il che lo avvicina al fanciullo che, pur essendo in grado di parlare, non è tuttavia in condizioni di capire ciò che dice, anche se, in riferimento a quest’ultimo, si è accolto un criterio più favorevole, permettendogli non solo di *stipulari*, ma anche di *promittere*, ovviamente, in quest’ultima ipotesi, nonostante il testo non lo dica esplicitamente, sempre con l’*auctoritas tutoris*. Se, infatti, per l’acquisto di diritti è plausibile supporre che l’*infanti proximus* potesse operare da solo, difficilmente ciò può ammettersi per l’assunzione di obblighi, per i quali è da presumere quindi che dovesse necessariamente intervenire il tutore, alla stregua del resto di quanto già avveniva per il *pubertati proximus*, un intervento che non sarebbe potuto essere però, nell’ipotesi dell’ ‘*infans, qui nullam intellectum habet*’, semplicemente integrativo¹⁵.

Con riguardo al negozio formale di *stipulatio* si può dunque concludere che, fermo restando la possibilità dell’*infans* in grado di *loqui* di pronunciare egli stesso le parole della *stipulatio* acquisitiva, pronuncia ammessa *propter utilitatem*, specie qualora vi fossero stati dei conflitti di interesse con il tutore, e fermo restando la possibilità dell’*infans* non in grado di *loqui* di poter ugualmente operare

¹³ E sempre che si accetti l’ipotesi che il *pubertati proximus* acquisti il possesso quanto meno ‘*maxime tutore auctore*’ (cfr. D. 41.2.1.11 di Paolo). Si veda però TONDO, *Acquisto del possesso*, cit., p. 372, il quale ritiene ugualmente che D. 41.2.1.13 si riferisca esclusivamente all’*infans*. Sul punto cfr. comunque anche ALBERTARIO, *L’acquisto del possesso*, cit., p. 243, S. SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell’acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, in «Memorie della Regia Accademia delle Scienze di Modena», XI, 1911 (= *Scritti*, I, cit., p. 306 s.), e ID., *Le azioni del pupillo*, cit., p. 455 nt. 4 (riguardo però solo a D. 15.4.2 pr.), LONGO, *In tema di acquisto del possesso*, cit., p. 486 ss., BURDESE, *Sulla capacità intellettuale*, cit., p. 22, e P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, Milano, 1977, p. 230.

¹⁴ D. 15.4.1.9 (Ulp. 29 *ad ed.*), su cui si vedano SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., p. 455 nt. 4, A. CLAUS, *Ge-willkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlin, 1973, p. 152 ss., e G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della rappresentanza. Corso di diritto romano*, Milano, 2008, p. 169 e 259 s., con altra bibliografia.

¹⁵ Cfr. a questo riguardo infatti anche D. 50.17.5 (Paul. 2 *ad Sab.*): ‘*In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fieri possunt, quamvis actum rei non intellegerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore potest*’, su cui cfr. in particolare SOLAZZI, «*Qui infanti proximi sunt*», cit., p. 584, TONDO, *Acquisto del possesso*, cit., p. 378, COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3*, cit., p. 210 nt. 34, e LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 223 nt. 50. Su D. 44.7.12-13 cfr. invece, tra gli altri, pure TUMEDEI, *Distinzioni postclassiche*, cit., p. 23 s., SOLAZZI, «*Qui infanti proximi sunt*», cit., p. 584 s. e 587 s., FADDA, *Concetti fondamentali*, II, cit., p. 71, TONDO, *Acquisto del possesso*, cit., p. 379, ANKUM, *Les infanti proximi*, cit., p. 59, NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas*, cit., p. 53 s., COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3*, cit., p. 211 nt. 34, e LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 222.

attraverso uno schiavo, in ogni caso, per l'assunzione di obblighi sia per l'una che per l'altra figura sarebbe occorso sempre l'intervento sostitutivo del tutore.

3. D'altronde l'utilizzo dell'*auctoritas tutoris* in funzione sostitutiva è ravvisabile pure con riguardo all'*aditio hereditatis*.

Le fonti attestano che se l'*infans* in grado di *loqui*, ma non ancora in grado di *intelligere*, poteva acquistare l'eredità attraverso la *cretio*, pronunciando egli stesso le parole dell'*aditio*, quantunque sempre con l'*auctoritas* del tutore, l'*infans tout court* poteva, sempre con l'*auctoritas* del tutore, operare anche una *gestio pro herede*.

Per la *cretio* il testo fondamentale è rappresentato da

D. 29.2.9 (Paul. 2 *ad Sab.*): Pupillus si fari possit, licet huius aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intellegat, quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis puer (neque enim scire neque decernere talis aetas potest, non magis quam furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest: hoc enim favorabiliter eis prestatatur.

Non starò qui a discutere dell'interpretazione del passo che, sulla scia di autori della levatura del Bonfante¹⁶, del Perozzi¹⁷ e del Solazzi¹⁸, è stata seguita da buona parte della dottrina dello scorso secolo¹⁹. Partendo proprio da questo brano, infatti, gli autori su riferiti hanno affermato che sarebbe stato ammesso ad acquistare l'eredità solo il pupillo *qui fari possit*, intendendo però questa espressione come riferita all'impubere, onde l'*infans* non avrebbe potuto acquistarla nemmeno con l'*auctoritas tutoris*.

Ma, come del resto ha anche più di recente ribadito la Lamberti²⁰, col termine '*pupillus*' si è qui voluto far riferimento non ad un fanciullo che ha già la capacità di *intelligere* la portata dell'atto che compie, e quindi al *pubertati proximus*, ma al fanciullo che ha solo la capacità di *fari*, quindi all'*infanti proximus*.

Il saper già parlare avrebbe costituito, quindi, il presupposto di fatto necessario perché il fanciullo, pur non essendo ancora consapevole di ciò che diceva, non fosse escluso dall'accettazione dell'eredità formale; il giurista riteneva pertanto che egli potesse compiere, sempre comunque con l'*auctoritas tutoris*, l'atto della *cretio*. L'*auctor* però, anche in questo caso, non avrebbe potuto avere una funzione semplicemente integrativa²¹, bensì avrebbe avuto una funzione sostitutiva, non avendo appunto il pupillo la capacità di '*intelligere causam acquirendae hereditatis*'.

Una funzione, quest'ultima, che avrebbe permesso, infatti, pure ad un *infans*, incapace ancora di *loqui*, di compiere atti di gestione concreta del patrimonio ereditario:

D. 36. 1.67(65).3 (Maec. 5 *fideicom.*): Si pupillo infanti restituere hereditatem quis rogatus sit, si sponte adierit, etiam servo eius et ipsi pupillo tutore auctore restituetur hereditas: si quidem eo, quod fari non potest, non magis ea res impeditur, quam in muto pubere volente sibi restituiti hereditatem. Si autem

¹⁶ Per P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, Roma, 1930, rist. Milano, 1974, p. 238, anzi, anche questa adizione dell'impubere che ha superato l'infanzia con l'*auctoritas tutoris*, prevista nella legge di Paolo, sarebbe da considerare «una disposizione di favore, alla quale i principii starebbero contro».

¹⁷ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma, 1928, p. 629 nt. 4.

¹⁸ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, II, Napoli, 1933, p. 75; si veda anche «*Qui infanti proximi sunt*», cit., p. 589.

¹⁹ Cfr. BURDESE, *Sulla capacità intellettuale*, cit., p. 55 s., nt. 159, P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, p. 40 s. e nt. 28, EAD., *Capacità naturale e acquisto del possesso*, in «*Index*», XXVII, 1999, p. 318 e nt. 20. Il testo è stato sottoposto anche a critiche di ordine formale che riguardano particolarmente l'espressione '*huius aetatis*', l'inciso '*quamvis ... furiosus*' e l'uso del plurale '*eis*': si veda in proposito TUMEDEI, *Distinzioni postclassiche*, cit., p. 22 s., G. BESELER, *Miszellen*, in «*ZSS.*», XLIII, 1922, p. 549, S. SOLAZZI, *Miscellanea*, in «*AG.*», XCIV, 1925 (= *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 66), «*Qui infanti proximi sunt*», cit., p. 589, e BURDESE, *Sulla capacità intellettuale*, cit., p. 55 s. nt. 159. Per una sua rivalutazione, sotto questo profilo, cfr. comunque TONDO, *Acquisto del possesso*, cit., p.377, nt. 30: adde COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3*, cit., p. 207 ss.

²⁰ LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 223 ss.

²¹ Così invece LAMBERTI, *op. cit.*, p. 224 s., che parla di *auctoritatis interpositio* del tutore.

heres recuset adire hereditatem, quemadmodum res expediri possit, difficile est, quia neque tutore desiderante periculo pupilli adiri hereditatem <Trebelliano> [Pegasiano]²² senatus consulto locus sit futurus neque pupillus ipse id desiderare possit, cum dari non possit. Quod aliquatenus circa mutos expediri potest, nam si auditus capaces sunt vel interrogati nutu possint significare velle se periculo suo hereditatem adire. Quomodo absentes per nuntium. Sed et infanti non dubito omnimodo subveniendum idque ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est: sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur, sive de bonorum possessione ageretur, peti ei per tutorem posset. Ideoque et heres compelli per tutorem potest adire et restituere hereditatem quo exemplo et mutus, qui nihil intellegere potest, per curatorem adiuvatur.

La fattispecie su riportata, in effetti, è alquanto articolata. Meciano prospetta in primo luogo il caso di una eredità fedecommissaria da restituire ad un *infans* e sostiene che essa può essere acquistata, oltre che tramite un suo servo, anche dal medesimo *infans tutore auctore*. Più complessa è invece, a suo giudizio, da risolvere l'ipotesi in cui l'erede ricusi di accettare l'eredità, non potendo né il tutore, né il pupillo che non sia in grado di parlare indurre il chiamato ad adire, anche se a rischio dell'effettivo beneficiario. Ma, così come si va incontro alle esigenze di un muto, capace tuttavia di udire, che in una simile situazione può, con un cenno, far capire di volere che l'erede adisca l'eredità, si dovrà venire incontro alle esigenze dell'*infans*. E ciò dovrà farsi, afferma il giurista, adottando una soluzione che trova il suo fondamento e nel diritto civile e nell'onorario. Pertanto, come l'infante, istituito erede, potrà «*non dubie pro herede tutore auctore gerere*», o chiedere la *bonorum possessio*, analogamente potrà, sempre tramite il tutore, costringere l'erede ad adire. *Suo exemplo*, inoltre, anche il muto eventualmente incapace di parlare, potrà essere soccorso dal suo *curator*²³.

Ebbene, l'affermazione secondo la quale l'*infans*, istituito erede, «*non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur*», ha indotto precipuamente il Solazzi²⁴ a sostenere come «il passo» sia «fortemente rimaneggiato»²⁵; «nulla» sarebbe infatti «più contrario ai principii che la dottrina onde l'*auctoritas* del tutore sostituirebbe la volontà del pupillo anziché integrarla. Diciamo che la sostituirebbe, perché la volontà dell'*infans* giuridicamente non esiste». Il brano sarebbe pertanto, per l'illustre autore, un rimpasto opera non dei giustiniani²⁶, i quali tra l'altro avrebbero ammesso la rappresentanza²⁷, bensì di un interprete che avrebbe rifiuto un ampio commento postclassico²⁸.

Quanti sostengono la non genuinità della soluzione meciana non s'avvedono però che il caso

²² Com'è noto, la menzione del Pegasiano fu costantemente eliminata dai Compilatori, lasciando essi sussistere il regime del Trebelliano. Si veda per tutti, in proposito, B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1972, p. 724 ss., in particolare p. 726 s. *Amplius*, ID., *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, p. 475 ss., in particolare p. 483.

²³ La figura alla quale qui si allude è quella del *curator debiliū personarum*, su cui si veda per tutti A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, p. 620 e nt. 47.4.1.

²⁴ SOLAZZI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 76 s.; si veda pure già ID., *Di alcuni punti controversi*, cit., p. 310 s. e nt. 44.

²⁵ In tal senso cfr. comunque, tra gli altri, anche BONFANTE, *Corso*, VI, cit., p. 238 s., PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 629 e nt. 4, FADDA, *Concetti fondamentali*, II, cit., p. 72 ss., B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954, p. 289; in maniera parzialmente difforme si veda invece P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967, p. 640 nt. 79, a giudizio del quale il testo in discussione, pur avendo subito delle interpolazioni, conterrebbe tuttavia «il ricordo di una opinione classica». Hanno sospettato della genuinità del brano, o quanto meno di singoli punti, pure G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 55, ID., *Miszellen*, in «ZSS.», XLV, 1924, p. 476, L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, München-Leipzig, 1935, p. 206, nt. 8, e BURDESE, *Sulla capacità intellettuale*, cit., p. 16. Tendono a rivalutarne invece la originalità, TONDO, *Acquisto del possesso*, cit., p. 374 s., B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 435 s. nt. 20, p. 489 nt. 290 e p. 494 s. nt. 308, ANKUM, *Les infanti proximi*, cit., p. 64 nt. 40, LAMBRINI, *L'elemento soggettivo*, cit., p. 49 s. nt. 57, EAD., *Capacità naturale*, cit., p. 330 nt. 49, e, più di recente, LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 225 nt. 58 e p. 227 nt. 70.

²⁶ Diversamente BONFANTE, *Corso*, VI, cit., p. 238 s., FADDA, *Concetti fondamentali*, II, cit., p. 73 s., e BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 289, secondo i quali le alterazioni del nostro testo sarebbero state invece opera dei compilatori giustiniani.

²⁷ Cfr. C.I. 6.18.pr. e 2. Si veda SOLAZZI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 76 e 97 ss.

²⁸ «Si potrebbe credere quindi» – continua SOLAZZI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 78 – «che le regole di D. 36.1.67.3 imperino nel fedecommissato, ma per l'eredità lasciata direttamente all'*infans* valga la norma di D. 29.2.9, che è posta nella sede della materia».

in discussione non costituisce l'unico esempio in cui viene attribuito un ruolo sostitutivo all'*auktoritas tutoris*²⁹. Oltre che in tema di *stipulatio* e di *cretio*, già presi in considerazione, un altro esempio di *auktoritas tutoris* con funzione sostitutiva è offerto infatti da alcuni testi, sempre di Paolo, riguardanti l'acquisto del possesso:

D. 41.2.32.2 (Paul. 15 *ad Sab.*): Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. Item infans peculiari nomine per servum possidere potest.

Certo, il fatto che ivi si dica chiaramente che l'*auktoritas* del *tutor* supplisce il *iudicium infantis* ha lasciato perplessi non pochi autori moderni che pure in questo testo hanno creduto di scorgere il frutto di nuove concezioni giustiniane. Da ciò una serie di critiche mosse alla sua genuinità. Il passo, si è detto, risulterebbe mal composto, in quanto comincia col parlare dell'*infans*, poi dell'*infantia maior*, e successivamente torna sull'*infans*³⁰.

C'è stato tuttavia chi, più giustamente, ne ha rivalutato la genuinità³¹. Anzi, si è detto, esso serberebbe «un nucleo di pensiero originario di Sabino», desumibile dal termine '*infans*', contrapposto a '*pupillus*', del quale si è invece servito Paolo, anche se con l'uso di opportune connotazioni atte a far individuare il concreto riferimento sempre all' '*infans*'; mentre sarebbero riferibili a quest'ultimo le parti introdotte dal '*nam*': «un chiaro indizio di ciò» sarebbe ravvisabile, a giudizio del Tondo, «nello stesso fatto ch'esse vengono a spezzare il discorso, per cui parrebbe congruo argomentare che siano state inserite allo scopo di apprestare un chiarimento di natura dogmatica ad affermazioni profilate da una diversa e precedente mano»³².

Bene, a prescindere se si possa o meno individuare nel brano il pensiero di entrambi i giureconsulti in questione, è evidente che il trattamento di favore assegnato all'*infans* riflette l'atteggiamento del giurista autore del testo. A conferma di quanto detto, si legga d'altronde anche:

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, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet possidere ...³³.

²⁹) Ruolo, si badi, che la dottrina tradizionale ha avuto difficoltà ad accogliere soprattutto sulla base della trattativa concezione secondo la quale i Romani non avrebbero concepito una sostituzione diretta nell'attività negoziale da parte di *extranei*. Sul tema rinviamo ai nostri lavori *Lo iussum domini e la sostituzione negoziale nell'esperienza romana*, I, Milano, 2003, p. 1 ss., e *Dallo iussum domini alla contemplatio domini*, cit., p. 3 ss.

³⁰) Si vedano, ad esempio, BONFANTE, *Corso*, III, cit., p. 324 s., PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 861 nt. 3, ALBERTARIO, *L'acquisto del possesso*, cit., p. 238 ss., G. LONGO, *In tema di acquisto del possesso*, cit., p. 480 ss., A. BURDESE, *Sulla capacità intellettuale*, cit., p. 15 ss., *Sull'acquisto del possesso per intermediario*, in «Labeo», VIII, 1962, p. 415, e *In tema di animus possidendi nel pensiero della giurisprudenza classica*, in «Studi B. Biondi», I, Milano, 1965, p. 526 ss., nonché G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i «potestati subiecti»*, Milano, 1960, p. 221 ss. Diversamente orientati invece SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi*, cit., p. 309 ss., e ROTONDI, *Possessio*, cit., p. 118 s. e nt. 5.

³¹) Così TONDO, *Acquisto del possesso*, cit., p. 373 e 393 ss.: ma si vedano anche A. WATSON, *Acquisition of Possession and Usucaption 'per servos et filios'*, in «LQR», LXXVIII, 1962, p. 223 s., ZAMORANI, *Possessio e animus*, cit., p. 227 e 239, LAMBRINI, *L'elemento soggettivo*, cit., p. 50 ss., EAD., *Capacità naturale*, cit., p. 322, R. ASTOLFI, *I libri iuris civilis di Sabino*, Padova, 2001², p. 53 s., e NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas*, cit., p. 98 ss. (ove altra bibliografia). Per la genuinità del testo si è pronunciato pure ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 435 nt. 20 e p. 493 s. e nt. 308; cfr. anche COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3*, cit., p. 201 s.

³²) Secondo sempre S. TONDO, *op. cit.*, p. 395, risulterebbe con ciò confermato che, soprattutto nella prima età classica, «vi sarebbe stato un vero e proprio conflitto di tendenze: conflitto che si sarebbe poi risolto, nell'ambito della più avanzata giurisprudenza, in favore di quella propugnata dai giuristi di scuola Sabiniana, perché la meglio rispondente alla esigenza di una congrua valutazione del rapporto possessorio sotto il profilo subiettivo». Sul punto si veda anche LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 226 s.

³³) «... *O filius 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*». A giudizio del TONDO, *Acquisto del possesso* cit., p. 364 ss., il testo in esame conterrebbe tra l'altro precisi richiami ad alcuni precedenti a cui potrebbe farsi riferimento per l'esatta identificazione dei vari orientamenti giurisprudenziali che hanno contrassegnato l'evoluzione

In effetti in questo testo l'accostamento al *furiosus* del *pupillus* non solo potrebbe apparire insitico, dato il verbo successivo 'non potest incipere' al singolare³⁴, bensì porta pure a riflettere se con tale ultima qualifica si faccia riferimento all'*infans* o piuttosto al *pubertati proximus*.

Riguardo al primo profilo, però, le successive forme verbali 'habent' e 'contingant' inducono ad una conclusione opposta e permettono di giustificare l'uso del primo singolare, com'è stato del resto acutamente posto già in risalto³⁵, nella prospettiva di una iniziale assimilazione sostanziale tra i due soggetti in questione, di per sé decisiva ai fini di un conforme trattamento.

Ciò posto, occorre inoltre mettere in risalto che il termine 'pupillus', che la corrente dottrina ritiene allusivo al *sui iuris* che si trovi sottoposto alla tutela di un altro soggetto per non avere ancora raggiunto la pubertà, non implica alcuno specifico e necessario riferimento a quella figura che la dottrina qualifica come *infantia maior*³⁶ in antitesi all'*infans*; l'interprete ha pertanto il compito di individuare il concreto valore dell'espressione in questione, al fine di scoprire l'implicanza in un senso o nell'altro, sulla base del particolare contesto in cui si inquadra³⁷. Ebbene, nel caso in esame, pro-

del pensiero giuridico in tema di acquisto del possesso da parte del pupillo. Se infatti si tien conto che il discorso sulla tesi di Ofilio e Nerva è stato introdotto in forma avversativa ('quidem') – afferma l'autore – si deve concludere che Paolo ha inteso rifiutare in parte tale tesi, che comportava l'indiscriminato riconoscimento per il pupillo, anche se *infans*, di poter fare a meno nell'acquisto del possesso dell'intervento del tutore, e che quindi prescindeva dalla considerazione dell'*animus possidendi* quale elemento essenziale per la costituzione e persistenza della situazione possessoria. Della suddetta difformità di orientamenti «una esplicita testimonianza» sarebbe da ravvisare in C.I. 7.32.3 (Imp. Decius A. Rufo, a. 250): 'Donaturum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultissimi Papiniani responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri'. Secondo Tondo è probabile che l'imperatore, seguendo il pensiero di Papiniano, abbia ritenuto che l'espedito della sostituzione del tutore in riferimento all'*animus possidendi*, di matrice sabiniana, sfociasse sostanzialmente in una forma di rappresentanza; di conseguenza, considerato pure il carattere gratuito dell'attribuzione al pupillo infante, avrebbe ammesso *tout court* la conseguibilità del possesso da parte dello stesso, in base alla semplice apprensione materiale della cosa (cfr. TONDO, *Acquisto del possesso* cit., p. 395 ss.: ma si veda anche, più di recente, F. LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 228 s.). Non è mia intenzione affrontare in questo contesto una problematica così complessa come quella dell'acquisto del possesso da parte del pupillo; quest'ultimo testo, ad esempio, potrebbe anche riferirsi alle consuete donazioni fatte ai fanciulli: giocattoli, dolci, monete, etc., per le quali, quindi, non sorprende che Decio abbia permesso l'acquisto direttamente all'*infans*, in contrapposizione alla posizione di Papiniano ('alioquin...'), il quale era dell'avviso che l'acquisto del possesso da parte dell'*infans* dovesse avvenire sempre *per tutorem*. Del resto, deroghe di tal fatta, in riferimento all'*infans*, appunto, la stessa giurisprudenza ne dovette operare, come ad esempio quella in materia di servitù, della quale ci informa D. 8.2.5 (Ulp. 17 ad ed.): 'Imitum autem in servitutibus accipere debemus non eum qui contra dicit, sed eum qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragesimo et infantem et furiosum invitos recte dici ait: non enim ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referuntur'. Per un approfondimento della questione cfr. comunque, oltre che TONDO, *Acquisto del possesso*, cit., p. 363 ss., ed gli autori ivi citati alla nt. 11, anche C.A. CANNATA, L' 'animus possidere' nel diritto romano classico, in «SDHI.», XXVI, 1960, p. 96 ss., *Dalla nozione di 'animus possidere' all' 'animus possidendi' come elemento del possesso*, ivi, XXVII, 1961, p. 56 ss., nonché ZAMORANI, *Possessio e animus*, cit., p. 223 ss., LAMBRINI, *L'elemento soggettivo*, cit., p. 38 ss., EAD., *Capacità naturale*, cit., p. 321 ss., e NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas*, cit., p. 98 ss.

³⁴ Questa argomentazione è stata addotta da S. RICCOBONO, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse*, in «ZSS.», XXI, 1910, p. 365, ed è stata ripresa, tra gli altri, da ALBERTARIO, *L'acquisto del possesso*, cit., p. 240 s., ROTONDI, *Possessio*, cit., p. 119 nt. 5, TUMEDEI, *Distinzioni postclassiche*, cit., p. 20 nt. 4, G. LONGO, *In tema di acquisto del possesso*, cit., p. 473 ss., e BURDESE, *Sulla capacità intellettuale*, cit., p. 15 s.

³⁵ Si veda TONDO, *Acquisto del possesso*, cit., p. 365 ss., al quale rinvio per il superamento di ulteriori rilievi critici, come quello, formulato da ROTONDI, *Possessio*, cit., p. 119 nt. 5, secondo cui il confronto con lo stato transitorio del dormiente non sarebbe calzante rispetto al *pupillus*. Esso infatti, a giudizio del Tondo (*op. cit.*, p. 367 nt. 5) è agevolmente superabile «ove, in conformità con quanto si cercherà di mettere in luce, il termine *pupillus* venga considerato siccome allusivo all'*infans*». Inteso in tal senso si può pertanto, a conferma, rinviare all'insegnamento di Fiorentino, contenuto in D. 40.16.209: 'Coram Titio aliquid facere iussus non videtur praesente eo fecisse, nisi is intelligat: itaque si furiosus aut infans sit aut dormiat, non videtur coram eo fecisse'.

³⁶ Cfr. in proposito TONDO, *Acquisto del possesso*, cit., p. 368. Critica, e a ragione, sulla classicità dell'espressione '*infantia maior*' LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 212 s.

³⁷ Si veda, a titolo puramente esemplificativo, D. 37.1.7.2 di Ulpiano: 'Quia tutor pupillo et pater infanti filio bonorum possessionem petere possunt, dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet', in cui la correlazione tra '*pupillus*' e '*infans*' evidenzia come anche col primo soggetto si intende una persona infante. In tal senso cfr. ancora TONDO, *Acquisto del*

prio l'accostamento al *furius*, termine che designa un soggetto che per cause patologiche è incapace di intendere e di volere, induce a ritenere che qui il termine *pupillus* è riferito piuttosto all'*infans*³⁸, permettendoci di concludere che anche in tema di acquisto del possesso, e quindi anche qui di un'attività fattuale, si sarebbe permesso pure a chi non fosse stato ancora in grado di *fari*, di operare tramite un tutore la cui *auctoritas* avrebbe supplito l'*iudicium infantis*, e ciò ancora una volta si afferma essere stato *receptum utilitatis causa*.

Sulla base delle testimonianze passate in rassegna si può dunque concludere, con un certo grado di plausibilità, che con l'espressione '*in his pupillis*' Gai., *inst.* 3.109 si sia voluto riferire a tutti gli *infantes*, cioè a quelli non ancora in grado di *loqui* ed a quelli già in grado di parlare, ma non in grado di comprendere l'importanza di ciò che dicevano. Entrambe queste due categorie, infatti, un tempo escluse dal compimento di attività negoziali che comportassero effetti diretti nella loro sfera giuridica – attività lasciate alla *gestio* tutelare³⁹ –, con l'evolversi della concezione stessa della tutela, quando venne progressivamente meno l'idea primitiva che i tutori fossero essi i titolari (almeno fiduciari) del patrimonio pupillare, furono maggiormente coinvolte nella gestione del loro patrimonio non solo in riferimento agli acquisti, che avrebbero potuto fare direttamente se in grado di *loqui* o attraverso un servo, o, se il fanciullo non ne aveva, attraverso un servo dello Stato che dichiarava di acquistare per lui, bensì anche per l'assunzione di obblighi. Per questi ultimi di fondamentale importanza restava però l'*auctoritas tutoris*, funzione caratteristica del tutore romano che comunque, per *infantes* ed *infanti proximi*, non poteva esercitarsi alla stregua dell'*auctoritas* relativa al *proximus pubertati*, assumendo, nei contesti in cui l'abbiamo vista operare, una vera e propria funzione sostitutiva, giustificabile proprio sulla base di quella *utilitas* che spesso motivava le soluzioni giurisprudenziali⁴⁰ che fanno eccezione a regole generali⁴¹, quale, nel nostro caso, quella della totale incapacità dei soggetti di cui discutiamo.

In ultima analisi, esigenze pratiche imposero di trovare rimedi, o meglio adottare rimedi esistenti, per sopperire alle lacune del sistema. *Auctor* venne quindi considerato il tutore, e nel caso in cui dava il suo assenso ad un atto compiuto dal pupillo, e quando si sostituiva a lui non solo nel comportamento materiale, bensì anche nel *iudicium infantis* e quindi nel suo *animus*, fosse esso *possidendi* che *inbendi* che *pro herede gerendi*, assumendo, in quest'ultima ipotesi, una funzione che oscillava tra il garante ed il rappresentante⁴².

4. Cosa può allora avere indotto i compilatori delle *Institutiones* a riservare agli *infanti proximi* soltanto un trattamento più di favore, paragonandoli oltretutto ai *pubertati proximi*?

La risposta può trovarsi leggendo il passo di Teofilo il quale introduce un discrimine tra *infantes* ed *infanti proximi*, connesso non più solo alla capacità di *fari*, bensì anche al raggiungimento di una età precisa: sette o otto anni.

In *Paraphr.* 3.19.10 Teofilo precisa infatti la triplice suddivisione dell'età dei *pupilli*: agli *infantes*, lattanti o poco più, seguono gli *infanti proximi*, i fanciulli già in grado di parlare correttamente, ed i *pubertati proximi*. Prosegue poi sottolineando che gli *infantes*, proprio perché non in grado di parlare, non potevano stipulare, non altrimenti che gli *infanti proximi*, cioè i fanciulli tra i sette e gli otto anni, i quali, benché in grado di parlare, non erano tuttavia in grado di capire la portata dell'atto compiuto.

possesso, cit., p. 368 nt. 10.

³⁸) Si vedano in tal senso ZAMORANI, *Possesso e animus*, cit., p. 225 s., LAMBRINI, *L'elemento soggettivo*, cit., p. 52 s. e nt. 63, EAD., *Capacità naturale*, cit., p. 323 e nt. 55, e COPPOLA BISAZZA, *D. 36.1.67(65).3*, cit., p. 203 ss.

³⁹) Cfr. per tutti GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 599 ss.

⁴⁰) Sulla rilevanza della categoria dell'*utilitas* nel pensiero dei giuristi classici rinvio, oltre che al lavoro di NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas*, cit., p. 1 ss., anche ad H. ANKUM, *Utilitatis causa receptum. Sur le méthode pragmatique des juristes romain classiques*, in «*RIDA*», 3^a s., XV, 1968, p. 119 ss., e a U. LEPTIEN, '*Utilitatis causa*'. *Zweckmässigkeitsentscheidungen im römischen Recht*, in «*SDHI*», XXXV, 1969, p. 51 ss.

⁴¹) Sul punto *amplius* NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas*, cit., p. 195 ss.

⁴²) Cfr. «*Th.L.L.*», II.1, Leipzig, 1900-1906, sv. '*auctor*', c. 1194 ss., ove trapela chiaramente questo doppio significato.

to; e ciò al contrario dei *pubertati proximi*, i quali avrebbero potuto validamente stipulare perché in grado di parlare e di rendersi conto degli atti posti in essere. Tuttavia, a proposito degli *infanti proximi*, sulla base di un'interpretazione più benevola si permise che potessero stipulare validamente, alla stregua del *pubertati proximus*.

Come può ben notarsi, nel legare la qualità di *infanti proximus* al compimento di un'età precisa (sette o otto anni), la testimonianza teofilina si distacca dai testi paralleli delle *Istituzioni* di Gaio e di Giustiniano⁴³.

A questo punto bisogna allora vedere quali siano stati i motivi che hanno indotto l'*antecessor* a fissare la fine dell'infanzia al settimo od ottavo anno e il perché tale limite non sia stato menzionato nelle *Istituzioni* imperiali, sebbene anche in queste ultime, al contrario delle *Istituzioni* gaiane, si legghi la figura dell'*infanti proximus* a quella del *pubertati proximus*.

In proposito è opportuno ricordare che a Teofilo, illustre *iuris peritus*⁴⁴, e come tale quindi in possesso di una vasta cultura giuridica, derivatagli dagli anni di insegnamento e di studio condotti sui testi classici, Giustiniano aveva affidato pure l'incarico di far parte delle commissioni che si sarebbero dovute occupare di redigere il primo Codice, i *Digesta* e le *Institutiones*.

Così come il suo attivo coinvolgimento alla redazione del nuovo manuale istituzionale dovette costituire l'occasione per un ulteriore approfondimento dello studio del manuale gaiano, sul quale, fino al 533, l'*antecessor* aveva tenuto i suoi corsi di insegnamento di primo anno e che ora, assieme a Triboniano e Doroteo, era stato chiamato a rivedere in una prospettiva attualizzante⁴⁵, analogamente la partecipazione ai lavori di predisposizione del Codice e dei *Digesta* dovette indurre Teofilo ad una attenta e sistematica lettura delle costituzioni imperiali e delle opere giurisprudenziali da utilizzare, anche aggiornandole, per realizzare le nuove raccolte⁴⁶.

Ora, se si tien conto di queste circostanze, si può ipotizzare con una certa plausibilità che nel commentare il dettato delle *Istituzioni* giustinianee il Parafraste abbia attinto non solo a Gaio, ma anche e soprattutto a quel patrimonio culturale accumulato nei lunghi anni del suo insegnamento e durante la partecipazione alle compilazioni di cui si è detto⁴⁷.

Da dove può allora egli aver ricavato le informazioni che lo hanno portato a riportare la figura dell'*infanti proximus* al compimento di una precisa età (sette o otto anni), accomunandola a quella del *proximus pubertati*?

Bene, dalle fonti in nostro possesso sappiamo che nel principato il limite dei sette anni era stato già oggetto di particolare attenzione in riferimento a questioni riguardanti l'educazione del *puer*, anche se, a questo proposito, le opinioni non risultavano del tutto convergenti⁴⁸:

⁴³ In tal senso si veda del resto anche LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 221: «Si tratta di un dato» afferma l'autrice «che ... ricorre in alcuni frammenti dei *Digesta*, ma che non troviamo menzionato né da Gaio né nelle *Institutiones* di Giustiniano. E' vero che Teofilo sembra menzionare il requisito a titolo 'esemplificativo' (l'espressione *οποιός ἐστιν ὁ ἑβδομον ἢ ὄγδοον ἄγων ἐνιαυτόν* potrebbe rendersi con 'quale è quello che compie il settimo o l'ottavo anno d'età'): tuttavia non mi sembra possibile ignorare il dato del collegamento, nel testo della *Parafrasi*, fra la condizione di chi è visto non più come *infans*, ma *infanti proximus*, e il compimento del settimo (ottavo) anno di età».

⁴⁴ Lo sottolinea Giustiniano nelle diverse costituzioni introduttive al *Corpus iuris*: cfr. le costituzioni *Haec quae necessario* (§ 1), *Summa* (§ 2), *Imperatoriam* (§ 3), *Tanta-Δέδοκεν* (§§ 9 e 11), *Omnem* (§ 9) e *Cordi* (§ 2).

⁴⁵ A questo riguardo G. FALCONE, nella sua stimolante indagine su *Il metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano*, Palermo, 1998, seguendo l'intuizione di A.M. HONORÉ, *Tribonian*, Oxford, 1978, p. 189 ss., ha congetturato che Teofilo e Doroteo avessero curato l'esposizione del materiale classico, mentre Triboniano avrebbe provveduto all'aggiornamento del testo sulla base delle innovazioni postclassiche e giustinianee. Quanto alla divisione del lavoro tra Teofilo e Doroteo, essa sarebbe avvenuta per materie: il primo avrebbe redatto le parti relative alle persone e alle successioni, il secondo quelle riguardanti le *res*, le obbligazioni e le successioni. A Teofilo andrebbero pertanto attribuiti il libro I (tranne il § 7) ed alcuni titoli del II (§§ 10-24) e del III libro (§§ 1-11).

⁴⁶ Cfr. da ultima C. RUSSO RUGGERI, *Teofilo e la spes generandi*, in «Jura», LVIII, 2010, in particolare p. 175 ss., con ampio apparato bibliografico.

⁴⁷ In tal senso si veda del resto anche LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 221.

⁴⁸ Cfr., tra i tanti, H.I. MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'antiquité*, Paris, 1948, trad. it. – *Storia dell'educazione nell'antichità* –, Roma, 1950, p. 353 ss., S.F. BONNER, *Education in Ancient Rome. From the elder Cato to the younger Pliny*, London, 1977, trad. it. – *L'educazione nell'antica Roma. Da Catone il Censore a Plinio il Giovane* –, Roma, 1986, p. 52 ss.,

Quint., *inst. orat.* 1.1.15-17: [15] Quidam litteris instituendos qui minores septem annis essent non putaverunt, quod illa primum aetas et intellectum disciplinarum capere et laborem pati posset. In qua sententia Hesiodum esse plurimi tradunt qui ante grammaticum Aristophanem fuerunt (nam in primis, in quo libro scriptum hoc invenitur, negavit esse huius poetae). [16] Sed alii quoque autores, inter quos Eratosthenes, idem praeceperunt. Melius autem qui nullum tempus vacare cura volunt, ut Chrysippus. Nam is, quamvis nutricibus triennium dederit, tamen ab illis quoque iam formandam quam optimis institutis mentem infantium iudicat. [17] Cur autem non pertineat ad litteras aetas quae ad mores iam pertinet? Neque ignoro toto illo de quo loquor tempore vix tantum effici quantum conferre unus postea possit annus; sed tamen mihi qui id senserunt videntur non tam discentibus in hac parte quam docentibus pepercisse. [18] Quid melius alioquin facient ex quo loqui poterunt (faciant enim aliquid necesse est)? Aut cur hoc quantumcumque est usque ad septem annos lucrum fastidiamus? Nam certe quamlibet parvum sit quod contulerit aetas prior, maiora tamen aliqua discet puer ipso illo anno quo minora didicisset.

Quintiliano ricorda infatti la pratica diffusa ai suoi tempi, ossia quella di avviare il fanciullo alle lettere a partire dai sette anni, e riferisce in proposito le opinioni di Aristofane grammatico ed Eratostene favorevoli appunto a tale prassi. Egli mostra tuttavia di aderire all'opposto orientamento di Crisippo, secondo il quale, invece, sarebbe stato opportuno non perdere tempo ed iniziare quindi prima, sfruttando la capacità intellettuale del fanciullo non appena essa si fosse evidenziata.

Del resto, lo stesso Cicerone ricorda come il figlio Marco fosse stato affidato, per la propria istruzione, ad Aristodemo di Nysa, prima ancora del compimento del sesto anno⁴⁹.

Quindi, nonostante alcuni orientamenti filosofico-pedagogici, volti a favorire la scansione delle diverse fasi della vita di un individuo utilizzando il numero sette ed i suoi multipli (in particolare il quattordici, un numero che rispondeva ad una forte ed ancestrale carica sacrale⁵⁰, legata anche ad evidenti aspetti fisiologici)⁵¹, alcuni autori come Crisippo, e sulla sua linea, anche Quintiliano, se ne discostano. Del resto, pure la giurisprudenza romana mostra di non aderire in pieno a queste nette ripartizioni, nelle quali si fa riferimento, almeno per il raggiungimento della pubertà, al quattordicesimo anno, spesso solo per ragioni contingenti, come nel caso degli *spadones*. Il pensiero della giurisprudenza classica riguardo alla scansione delle varie fasi della vita di un individuo appare infatti basato più su presupposti pragmatici e quindi tendenzialmente oscillante.

K. BRADLEY, *Discovering the Roman Family: studies in Roman Social History*, New York - Oxford, 1991, p. 103 ss., e B. RAWSON, *Children and Childhood in Roman Italy*, Oxford, 2003, p. 158 ss. Sul passo di Quintiliano qui citato si veda comunque anche LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 230 s.

⁴⁹ Cic., *ad Att.* 27.5, *ad Q. frat.* 8.2, su cui si vedano in particolare BRADLEY, *Discovering*, cit., p. 103 s., RAWSON, *Children*, cit., p. 159 s., e LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 230 nt. 78.

⁵⁰ Sul punto insiste particolarmente S. TAFARO, *La pubertà a Roma. Profili giuridici*, Bari 1991, p. 117 ss., secondo cui le dottrine incentrate sul numero sette, sorte ed elaborate dalla cultura greca, si sarebbero diffuse nella cultura romana a partire dalla tarda repubblica, grazie a Varrone e Cicerone. In proposito si vedano comunque anche G. PACE, *Il discernimento dei fanciulli. Ricerche sulla imputabilità dei minori nella cultura giuridica moderna*, Torino, 2000, p. 11 ss., e C. FAYER, *La famiglia romana*, II, Roma, 2005, p. 428 nt. 319.

⁵¹ Cfr. Plin., *nat. hist.* 11.37.65 [174] ('... Ceteris (lingua) septimo ferme anno sermonem exprimit ...'), Sen. *benef.* 7.1.5 ('Licet nescias ... quare septimum quisque annus aetati signum imprimat ...'), Gell., *noct. Att.* 3.10.7-8 (M. Varro '... ad homines quoque nescendos vim numeri istius porrigi pertinereque ait: 'nam cum in uterum - inquit - mulieris genitale semen datum est, primis septem diebus conglobatur coagulaturque fitque ad capiendam figuram idoneum. Post deinde quarta hebdomade, quod eius virile secus futurum est, caput et spina quae est in dorso informatur; septima autem fere hebdomade, id est nono et quadragesimo die, totus - inquit - homo in utero absolvitur. Illam quoque vim numeri huius observatam refert, quod ante mensem septimum neque mas neque femina salubriter ac secundum naturam nasci potest et quod hi qui iustissime in utero sunt post ducentos septuaginta tres dies postquam sunt concepti, quadragesima deinde hebdomade inita, nascuntur'), 10 ('Praeter hoc modum esse dicit summum adolescendi humani corporis septem pedes'), 12-15 ('Dentes quoque et in septem mensibus primis et septenos ex utraque parte gigni ait et cadere annis septimis et genuinos adnasci annis fere bis septenis. Venas etiam in hominibus, vel potius arterias, medicos musicos dicere ait numero moveri septenario, quod ipsi appellant τὴν διὰ τεσσάρων συμφωνίαν, quae fit in collatione quaternarii <et ternarii> numeri. Discrimina etiam periculorum in morbis maiore vi fieri putat in diebus qui conficiuntur ex numero septenario, eosque dies omnium maxime, ita ut medici appellant, κρισίμους [cui] videri primam <completes> hebdomadam et secundam et tertiam. Neque non id etiam sumit ad vim facultatesque eius numeri augendas, quod quibus inedia mori consilium est septimo demum die mortem oppetunt') e Isyd., *etym.* 11.2.2-3 ('Prima aetas infantia est pueri nascentis ad lucem, quae porrigitur in septem annis. Secunda aetas pueritia, id est pura et necdum ad generandum apta, tendens usque ad quartumdecimum annum').

Gaio, ad esempio, da buon sabiniano, non collega quasi mai il raggiungimento della pubertà ad un'età fissa, anche se non nasconde l'opinione di quanti avrebbero invece richiesto, per i maschi, il compimento del quattordicesimo anno: *'Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. Puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt; sed diversae scholae autores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant qui XIII annos explevit'* (inst. 1.196).

La divergenza tra le due scuole della giurisprudenza classica⁵² consisteva infatti proprio in ciò che i Sabiniani avrebbero legato il passaggio alla maggiore età ad una *inspectio corporis*, là dove i Proculiani avrebbero richiesto invece per il conseguimento della pubertà il compimento del quattordicesimo anno di età. La posizione di Sabino e Cassio, comunque, non appare del tutto escludere, in ipotesi particolari, come nel caso degli *spadones*, che l'età della pubertà potesse essere individuata avvalendosi di un criterio oggettivo: *'sed in his qui pubescere non possunt, ... eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt'*. E verso questa direzione appare orientarsi anche Gaio a proposito ad esempio della capacità di far testamento per cui *'masculus minor annorum XIII testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit'* (Gai., inst. 2.113: ma si veda anche inst. 1.40)⁵³.

D'altra parte, forse proprio per l'impossibilità di individuare nell'*inspectio corporis* un parametro da poter utilizzare in tutti i casi avrebbe spinto il non meglio specificato «Prisco»⁵⁴, ad adottare la soluzione di compromesso documentata in *tit. Ulp. 11.28*, secondo cui *'verum Priscus cum puberem esse, in quem utrumque concurrat et habitus corporis et numerus annorum'*: una notizia, questa, che trova conferma, oltre che in Fest., *verb. sign.*, sv. *'pubes'* (Lindsay p. 296.18), anche e soprattutto in Servio (*ad Aen. 7.53* e *ad egl. 8.39-40*). Solo con Giustiniano, com'è a tutti noto, eliminato il requisito dell'*inspectio corporis*, venne fissata, proprio nelle *Institutiones* (1.22.pr.), il limite della pubertà, per i maschi, definitivamente al quattordicesimo anno di età. Quindi, fino al sesto secolo, al requisito oggettivo del raggiungimento dei quattordici anni, requisito che in ogni caso si reputava bastasse per il compimento di alcuni atti quali il testamento, fu comunque ancora associato quello soggettivo del raggiungimento della capacità di generare⁵⁵.

Ma a difficoltà ed incertezze non minori la giurisprudenza dovette andare incontro anche per individuare il passaggio dalla fase dell'infanzia a quella dell'impubertà, cioè da un'età in cui *pupilli nullum intellectum habent*, come ricorda Gai., inst. 3.109, a quella in cui essi hanno una seppur limitata capacità di capire ciò che fanno. Il giurista antoniniano per primo non la specifica, limitandosi a ricordare semplicemente che *'infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia – appunto – huius aetatis pupilli nullum intellectum habent'*. L'uscita dall'infanzia e l'entrata nell'impubertà rimaneva quindi legata fondamentalmente all'individuazione, caso per caso, della capacità del fanciullo non

⁵² Cfr. anche *tit. Ulp. 11.28*: *'Liberantur tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit: Proculiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit: verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrat et habitus corporis et numerus annorum'*. La contrapposizione tra le posizioni delle due scuole è ricordata pure da Quint., *inst. orat. 4.2.5*: *'Id accidit aliquando utrique parti, cum vel nulla expositio est, vel de re constat, de iure quaeritur, ut apud centumviros: 'filius an frater debeat esse intestatae heres', 'pubertas annis an habitu corporis aestimetur'*. Amplius sul punto FAYER, *La famiglia romana*, II, cit., p. 412 ss., in particolare p. 425 ss., con bibliografia.

⁵³ Cfr. in proposito, per tutti, BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p. 95 s., e FAYER, *La famiglia romana*, II, cit., p. 426 s. nt. 313.

⁵⁴ Non è stato infatti possibile stabilire con certezza se si tratti di Nerazio Prisco o di Giavoleno Prisco, l'uno proculiano, l'altro sabiniano, vissuti tra il primo e il secondo secolo d.C.: cfr. TAFARO, *La pubertà a Roma*, cit., p. 154, e FAYER, *La famiglia romana*, II, cit., p. 427 e nt. 316.

⁵⁵ Ad un caso di *inspectio corporis* si riferisce Quintiliano in *decl. min. 279.11*: *'Postea nudari filium atque in conspectu iudicum constitui coegisset atque interrogaret, an ille maritus esset, qui fieri pater non posset'*. Si tratta comunque di un caso di particolare gravità, visto che il ragazzo era stato accusato di stupro; conseguentemente, il padre aveva costretto il figlio a denudarsi in pubblico perché i giudici si rendessero conto dell'assurdità dell'accusa. In linea di massima, infatti, l'*inspectio corporis* avveniva tra le pareti domestiche e, talvolta, il raggiungimento della pubertà veniva scoperto per caso, come avvenne per Agostino (*conf. 2.3*): *'Quin immo ubi me ille pater in balneis vidit pubescentem et inquieta indutum adolescentia, quasi iam ex hoc in nepotes gestiret, gaudens matri indicavit ...'*

solo di *fari*, bensì anche e soprattutto di *intelligere*. Fase quest'ultima che coincideva con quella in cui il fanciullo poteva essere avviato senza problemi alla lettura ed alla scrittura e che, come si è visto, solo per alcuni soleva essere fissata al settimo anno.

Al settimo anno sembrerebbe invece richiamarsi con più determinazione la giurisprudenza dell'età severiana, precisamente per la risoluzione di problematiche legate alla capacità di agire del minore, come dimostrano un testo di Modestino relativo agli *sponsalia* ed un altro di Ulpiano in tema di *cautio de rato*, che i Compilatori hanno inserito rispettivamente in D. 23.1.14⁵⁶ e D. 26.7.1.2⁵⁷.

Una tendenza alla generalizzazione di tale limite si ravvisa comunque sicuramente nel tardo antico, quanto meno in riferimento alla capacità di adire una eredità.

Nel 407, infatti, viene fissato autoritativamente a sette anni il limite oltre il quale si attribuisce presuntivamente al minore una propria capacità volitiva ai fini dell'*aditio hereditatis*⁵⁸, con una disposizione che viene confermata ed estesa da Valentiniano III nel 426.

Fu proprio quest'ultima costituzione che i Compilatori giustiniani scelsero per inserirla nel sesto libro del *Codex*:

C.I. 6.30.18.pr.-4 (Impp. Theodosius et Valentinianus AA. ad Senatum): Si infanti, id est minori septem annis, in potestate patris vel avi vel proavi constituto vel constitutae hereditas sit derelicta vel ab intestato delata a matre vel linea ex qua mater descendit vel aliis quibuscumque personis, licebit parentibus eius sub quorum potestate est adire eius nomine hereditatem vel bonorum possessionem petere. Sed si hoc parens neglexerit et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacumque successione ad eundem infantem devoluta iure patrio quasi iam infanti quaesita capere. Parente vero non subsistente, si quidem post eius obitum tutor infanti sit vel datus fuerit, posse eum etiam adhuc infante pupillo constituto nomine eius adire hereditatem sive vivo parente sive post mortem eius ad eum devolutam vel bonorum possessionem petere et eo modo eidem infanti hereditatem quaerere. ... Sin autem septem annos aetatis pupillus excesserit et priore parente mortuo in pupillari aetate fati munus impleverit, ea obtinere praecipimus, quae veteribus legibus continentur, nulla dubitate relicta, quin pupillus post impletos septem annos suae aetatis ipse adire hereditatem vel possessionem bonorum petere consentiente parente, si sub eius potestate sit, vel cum tutoris auctoritate, si sui iuris sit, poterit vel, si non habeat tutorem, adire praetorem et eius decreto hoc ius consequi.

La legge di Teodosio II e Valentiniano III permette al padre, avo o proavo, nella cui potestà si trova l'erede *infans*, di adire '*eius nomine hereditatem vel bonorum possessionem petere*' sia l'eredità della madre che quella degli ascendenti materni, sia l'eredità di eventuali estranei. Qualora il padre non si attivi subito e il figlio muoia '*in memorata aetate*', la possibilità di realizzare l'*aditio* passa al *parens superstes*. In assenza anche di quest'ultimo, legittimato ad agire per conto dell'*infans* sarà il *tutor*. Il fanciullo che ha oltrepassato i sette anni potrà invece egli stesso adire l'eredità o chiedere la *bonorum possessio*, con l'assenso del *pater* o del *tutor*; in mancanza di quest'ultimo, potrà ricorrere al pretore che provvederà con un decreto.

Ora, la costituzione in esame appare particolarmente significativa ai fini del discorso che

⁵⁶ Mod. 4 diff. ('*In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis. Quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est si non sint minores qua septem annis*'), su cui si vedano per tutti FAYER, *La famiglia romana*, II, cit., p. 74 s., e LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 231 s.

⁵⁷ Ulp. 35 ad ed. ('*Sufficit tutoribus ad plenam defensionem sive ipsi iudicium suscipiant sive pupillus ipsis auctoribus, nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur: ita tamen, ut pro his, qui dari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent*'), su cui si veda ancora per tutti LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 232 s.

⁵⁸ C.Th. 8.18.8 (*Arcadius Honorius et Theodosius AAA. Anthemio pp.*): '*Certis annorum intervallis in bonorum possessione maternae hereditatis a patre poscenda aut successione amplectenda infantis filii aetatem nostra auctoritate praescribimus, ut, sive maturius sive tardius filius fandi sumat auspicia intra septem annos aetatis eius pater aut bonorum possessionem imploret aut qualibet actis testatione successionem amplectatur, hac vero aetate finita filius edicti beneficium petat vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem ...*'. Su questa costituzione si veda G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, II, *La valutazione dell'animo nel «gerere pro herede»*, Milano, 1999, p. 344 ss, con bibliografia, cui adde LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 234.

stiamo conducendo. Nella precisazione relativa all'*infans* – ‘*id est minori septem annis*’ – può individuarsi infatti un’apertura verso la fissazione del limite dei sette anni per ogni fattispecie in cui fosse coinvolto un *infans*⁵⁹: limite recepito anche sulla base di istanze sociali già da tempo in atto e che trovano riscontro pure in un erudito come Macrobio⁶⁰.

Nulla di strano quindi che i Compilatori delle *Istituzioni*, tra cui vi fu lo stesso Teofilo, non abbiano specificato in termini numerici questo limite, che in sostanza avrebbero dato per sottinteso. Essi d'altronde dovevano anche attenersi in qualche modo al modello che avevano davanti e cioè alla *Istituzioni* di Gaio. Furono pertanto da ciò indotti a distinguere ancora l'*infans* dall'*infanti proximus* e dal *pubertati proximus*. Ma non si sentirono di andare oltre. Nel momento in cui l'*infans* era considerato ormai il bambino fino ai sette anni, l'*infanti proximus* non poteva essere infatti che il fanciullo che, avendo superato quella soglia di età, finiva coll'identificarsi con il *pubertati proximus*.

Una scelta diversa fece invece Teofilo nella sua *Parafrasi*, scelta dettata plausibilmente pure dal suggerimento derivatogli dalla lettura di quelle fonti che connettevano esplicitamente la fine dell'infanzia al settimo anno e che, come si è detto, egli ebbe modo sicuramente di conoscere e studiare in occasione della sua partecipazione alla redazione del primo *Codex*⁶¹ e dei *Digesta*⁶².

⁵⁹) Diversamente tuttavia LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 236 s. Sulla costituzione in esame si vedano comunque anche SOLAZZI, *Qui infanti proximi sunt*, cit., p. 579 ss., TONDO, *Acquisto del possesso*, cit., p. 382 nt. 44, VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 506 ss., e ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 434 nt. 13.

⁶⁰) *Somn. Scip.* 1.6.70: ‘*Post annos septem dentes qui primi emerant aliis aptioribus ad cibum solidum nascentibus cedunt, eodemque anno, id est septimo, plene absolvitur integritas loquendi ...*’. Su questa testimonianza si veda per tutti LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., p. 236.

⁶¹) E' opinione largamente condivisa, infatti, che l'*antecessor* sia morto non oltre la metà del 534, quindi prima dell'inizio dei lavori relativi alla *repetita praelectio* del Codice: cfr. C. FERRINI, *Delle origini della Parafrasi greca delle Istituzioni*, in «AG.», XXXVII, 1886 (= *Opere*, I, Milano, 1929, p. 117), B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto romano*, Palermo, 1978, p. 64, RUSSO RUGGERI, *Teofilo*, cit., p. 172 s. nt. 14, J.H.A. LOKIN, T. E. VAN BOCHOVE, *Compilazione - educazione - purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scolii*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilica*, Pavia, 2011, p. 123 s. Ora, nonostante sia impossibile ricostruire il contenuto del primo Codice, alla cui redazione sicuramente partecipò Teofilo, sulla base del secondo, è certo comunque che anche in riferimento al primo i Compilatori abbiano consultato le costituzioni pregiustiniane poi confluite nel secondo, tra cui appunto quella su riferita.

⁶²) D'altronde, che nella *Parafrasi* sia contenuto del materiale classico non confluito nelle *Institutiones* è stato già da tempo ammesso: cfr. per tutti C.A. MASCHI, *Punti di vista per la costruzione del diritto classico (da Adriano ai Severi) attraverso una fonte bizantina*, in «Annali Triestini», XVI, 1947, p. 79 ss., e più di recente RUSSO RUGGERI, *Teofilo*, cit., in particolare p. 178.