

L'ETÀ PER FIDANZARSI NEI LIBRI DIFFERENTIARUM DI MODESTINO

Francesca Lamberti* **

1. Le icastiche affermazioni sull'età "minima" a partire dalla quale sia possibile fidanzarsi, presenti in un frammento dei *libri differentiarum* di Modestino, suscitano da svariate decadi motivi di perplessità in dottrina.

D. 23.1.14 (Modest. 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 quam septem annis.*

Le proposizioni contenute nel frammento appaiono al lettore, per come esso è concepito, almeno in parte contraddittorie. Modestino parte dal constatare che là dove nei matrimoni è stabilita (*definita*) l'età minima per le nozze, così non è nei fidanzamenti. Prosegue affermando che a) ci si può fidanzare sin *a primordio aetatis*; b) purché entrambi i fidanzati intendano la portata dell'atto; c) vale a dire se abbiano non meno di sette anni. Prese in quanto tali esse appaiono portare in sé delle aporie: dapprima il giurista sostiene che sia possibile un fidanzamento fra bambini anche piccolissimi, poi richiede che costoro debbano avere una qualche comprensione delle conseguenze del fidanzamento, infine collega l'*intellegere* al limite minimo del compimento dei sette anni (palesamente in contrasto con l'affermazione d'esordio, relativa al *primordium aetatis*). Onde il motivo per cui sul frammento (sulla chiusa, in particolare modo) si sono appuntati gli strali della critica fra Otto- e prima metà del Novecento¹.

1 Si v. sul punto part. E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains* (Paris, 1928) 210 nt. 7; P. Bonfante, *Corso di diritto romano* 1. *Diritto di famiglia* (Roma, 1925; rist. Milano, 1963) 311 e nt. 2; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, 2a ed., 1 (Roma, 1928) 462 nt. 1; E. Volterra, *Sul consenso della filia familias agli sponsali* (Roma, 1929) 6 (= *Scritti giuridici* 1, Napoli, 1991, 295); S. Solazzi, *Saggi di critica romanistica* (IV. *L'età dell' "infans"*), in *BIDR.* 49-50 (1947), 350 ss. (= *Scritti di diritto romano* 4, Napoli, 1963, 633 ss.); A. Burdese, *Sulla capacità intellettuale degli "impuberes" in diritto romano*, in *AG.* (1956) 150, 9 ss.; G. Wesener, sv. *Pubertas*, in *PWRE.* Suppl. 14 (1974) 571 ss.; da ultimo ancora R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, 3a ed. (Padova, 1994) 58 ss.; C. Fayer, *La "familia" romana* 2 (Roma, 2005) 75 s. e ntt. 219 ss.

* Professoressa ordinaria (diritto romano) presso l'Università del Salento.

** Mi è assai lieto dedicare queste brevi riflessioni, con cui torno su miei precedenti studi, al carissimo amico e collega Laurens Winkel, che tanto ha animato in questi anni il dibattito romanistico internazionale.

Da alcuni decenni l'opinione dottrinale è sostanzialmente mutata: pur rilevando incongruenze (interne al frammento e nel rapporto di esso con altre fonti – giuridiche e letterarie – relative all'*infantia*), diversi autori osservano come il limite dei sette anni fosse già “corrente” in alcuni dibattiti (di carattere retorico e giuridico) dell'avanzato principato, e ne fanno salva la menzione (fra l'altro) all'interno di D. 23.1.14².

I tentativi più recenti riconducono le possibili incongruenze da un lato alla natura dell'opera di Modestino, che (da una prospettiva giuridica) utilizzava lo schema retorico e definitorio fondato sul *pendant* fra *genus* e *differentia*³, dall'altro al tentativo, da parte del giurista, di sintetizzare in poche, brevi battute, le divergenti opinioni dottrinali succedutesi sino all'epoca sua⁴.

I *libri differentiarum* appaiono aver avuto natura di trattatello didattico, impostato sulla contrapposizione definitoria fra istituti di diritto e sull'analisi (di tipo alquanto elementare) degli stessi: a differenza di altri manuali istituzionali, la disposizione degli argomenti appare conforme a quella editale⁵. Le *differentiae* di Modestino dovettero avere una fortuna e una diffusione notevole nel tardo-antico, con conseguenti, numerosi interventi rielaborativi, che ne modificarono non poco la struttura originaria. Da tali rielaborazioni dipende, assai plausibilmente, la redazione attuale anche del nostro frammento.

La mia sensazione è che le affermazioni di Modestino riproducano un dibattito a lui precedente, del quale il giurista riportava i diversi punti di vista succedutisi nel tempo. Nell'originale sarebbe stato presente sia il riferimento all'*intelligere* da parte di entrambi i fidanzati, che l'accento ai sette anni di età, tuttavia in un contesto più ampio di quello in cui leggiamo attualmente le proposizioni in esame. Il dettato originario sarebbe stato sottoposto a una sintesi, in epoca pre-giustiniana, che avrebbe prodotto la formulazione poi accolta nei *Digesta* giustiniane, e il (parziale) difetto di coerenza fra l'esordio e la

- 2 M. Kaser, *Das Römische Privatrecht 2. Die nachklassischen Entwicklungen*, 2a ed. (München, 1975) 116 nt. 3; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo, 1979) 434: “Si venne affermando in età classica una tendenza a far coincidere la fine dell'*infantia* con il compimento del settimo anno; ma siffatta tendenza non fu mai elevata a regola, neppure in epoca giustiniana” e in nt. 13: “Cfr. D. 23,1,14 e D. 26,7,1,2 (sospetti sostanziali non sembrano fondati)”; H.-G. Knothe, *Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung* (Frankfurt a. M.–Bern, 1983) 9 ss.; H.L.W. Nelson, U. Manthe, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar* (Berlin, 1999) 147; F. Lamberti, *Su alcune distinzioni riguardo all'età dell'impubere nelle fonti giuridiche romane*, in *Scritti di storia per Mario Pani* (Bari, 2011) 211 ss.; Ead., “*Infantia*”, capacità di “fari/intelligere”, e minore età nelle fonti giuridiche classiche e tardoantiche, in *Iuris Antiqui Historia* 4 (2012) 29 ss.; M. Casola, *L'età del fidanzamento secondo Modestino*, in *Diritto @ Storia*, sez. *Tradizione romana*, 10 (2011-2012).
- 3 Sul punto M. Talamanca, *Lo schema “genus-species” nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca ed il diritto romano. Colloquio italo-francese-Roma, 14-17 aprile 1973* 2 (Roma, 1977) 31 ss.
- 4 Casola, *L'età del fidanzamento* (n. 2) § 2 ss.
- 5 F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar, 1961; tr. it. Firenze, 1968, a cura di G. Nocera, dall'originale inglese *History of Roman Legal Science*², Oxford, 1953) 221 ss.; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte. 2. Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike* (München, 2006) 147 s.; G. Viarengo, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e opere per l'insegnamento del diritto* (Torino, 2012) 17 ss.

chiusa. Nel contenuto la testimonianza può esser fatta risalire integralmente al giurista: la forma dovè tuttavia andar soggetta ad epitome, con tutte le conseguenze del caso.

E' opportuno dunque sottoporre il testo a una rinnovata lettura, per verificare l'ipotesi da me formulata.

2. Il giurista afferma in apertura che, per quel che attiene al fidanzamento, l'età dei contraenti non è soggetta a una definizione normativa, come invece avviene per i matrimoni. Il riferimento è ovviamente ai limiti previsti, per contrarre *iustae nuptiae*, all'interno della legislazione matrimoniale augustea. La *lex Iulia de maritandis ordinibus* prevedeva, come noto, che gli uomini fra i 25 e i 60 anni compiuti e le donne fra i 20 e i 50 dovessero essere uniti in matrimonio o vincolati da fidanzamento. I *caelibes*, ovvero coloro che non ottemperassero a tali disposizioni, erano sanzionati con l'*incapacitas*, ovvero l'impossibilità di ricevere (*capere*) legati ed eredità loro devoluti, a meno che non si sposassero o fidanzassero entro 100 giorni dal lascito⁶. Quanto ai fidanzamenti *in fraudem legis*, o di durata superiore ai due anni, essi non valevano al fine di evitare l'*incapacitas* prevista per i *caelibes*. Valevano tuttavia per tutti gli altri effetti previsti da norme diverse dalla *lex Iulia et Papia*⁷: onde la considerazione di cui essi godevano nelle opere giurisprudenziali. Non fa meraviglia dunque che anche Modestino si occupasse di ipotesi di fidanzamento contratte in età ben anteriore alla pubertà, né che il giurista accogliesse l'opinione per cui nel fidanzamento "*aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis*".

Nel frammento si prosegue poi affermando che, data l'assenza di una definizione normativa, il fidanzamento può contrarsi "*a primordio aetatis*", purché tuttavia entrambe le parti comprendano la portata dell'atto. L'uso del sintagma "*a primordio aetatis*" è andato soggetto a contrastanti ipotesi interpretative. Vi è chi reputa che esso sia da intendersi nel senso di "fin dalla nascita"⁸, la qual cosa tuttavia è in opposizione con la necessità che ai due fidanzati sia chiara l'efficacia dell'atto che vanno compiendo. Altri, in modo pragmatico, intendono l'espressione come "sin dalla prima infanzia", in tal modo reputando possibile conciliare la prima parte della frase (che ammette la possibilità di fidanzare i figli sin da piccolissimi) con la seconda, che richiede un qualche barlume di comprensione nei fanciulli⁹.

6 Gai 2.111, 144, 286; Tit. Ulp. 14.1, 22.3; Tert. *Apol.* 4.8; Suet. *Aug.* 34.2; Cass. Dio 54.16.7. In letteratura, per tutti, A. Wallace-Hadrill, *Family and Inheritance in the Augustan Marriage Laws*, in *PCPhS.* 27 (1981) 58 ss.; S. Treggiari, *Roman Marriage. "Iusti coniuges" from the Time of Cicero to the Time of Ulpian* (Oxford, 1991) 57 ss.; R. Astolfi, *La "lex Iulia et Papia"*, 4a ed. (Padova, 1996); T.A.J. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome* (Oxford, 2003) 70 ss.; T. Spagnuolo Vigorita, "*Casta domus*". *Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, 3a ed. (Napoli, 2010).

7 Cfr. Astolfi, *La "lex Iulia et Papia"* (n. 6) 7 ss.

8 S. Solazzi, *Le nozze della minorene*, in *Atti Accad. Torino* 51 (1926) 758 nt. 2 (= *Scritti di dir. rom.* 2, Napoli, 1957, 155 nt. 25 n. 3). Adesivo, fra altri, G. Knothe, *Zur 7-Jahresgrenze der "infantia"* (n. 2), 246 s.

9 S. Perozzi, *Istituzioni* 2 (n. 1) 356 nt. 1; E. Volterra, *Sul consenso* (n. 1) 6 ss.; Id., *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR* 40 (1932) 101; vastità di esempi in Fayer, *La "familia" romana* 2 (n. 1) 440 ss., part. 441 nt. 357; si v. altresì Lamberti, *Su alcune distinzioni* (n. 2) 222 s.

Di recente Maria Casola è tornata sul punto¹⁰, stimando che il giurista avesse riferimento all'abitudine (nelle classi elevate) di fidanzare i propri figli fra loro anche a pochissimi mesi d'età, e derivandone che il significato da attribuire al sintagma in questione sia "sin dalla nascita". L'a. sostiene che nelle rade fonti giuridiche in cui compare il termine *primordium* esso sia sempre da intendere come "principio"¹¹; analoga sarebbe la declinazione corrente della locuzione nelle fonti letterarie¹². In base a tali affermazioni, reputa che il giurista intendesse riferirsi, fra l'altro, ai fidanzamenti stipulati in realtà dai genitori per conto dei figli, sin dalla più tenera età.

A mio modo di vedere, il termine *primordium*, nel contesto in esame, non può intendersi nel senso proposto dall'a. Mi sembra piuttosto che si debba aderire sul punto all'opinione comune, che lo interpreta nella valenza di "fase iniziale". Direi inoltre che in D. 23.1.14 la parola *primordium* vada letta in combinazione col termine *aetas* e – in quanto tale – considerata quale sinonimo di espressioni quali "*a primis aetatis annis*"¹³, "*a primis temporibus aetatis*"¹⁴, "*prima aetate*" o

- 10 M. Casola, *L'età del fidanzamento* (n. 2) § 2.
- 11 Secondo l'a. *primordium* avrebbe il senso di "momento iniziale" nei (radi) frammenti in cui si ri viene, vale a dire in D. 1.13.1.3 (Ulp. *l.s. de off. quaest*): *Hodieque optinuit indifferenter quaestores creati tam patricios quam plebeios ingressus est enim et quasi primordium gerendorum honorum sententiaequae in senatu dicendae*; in D. 31.76.3 (Pap. 7 resp.): "*Heres meus Titio dato, quod ex testamento Sempronii debetur mihi*". *Cum iure novationis, quam legatarius idemque testator ante fecerat, legatum ex testamento non debeatur; placuit falsam demonstrationem legatario non obesse, nec in totum falsum videri, quod veritatis primordio adiuveretur*; e in D. 41.3.45.1 (Pap. 10 resp.): *Post mortem domini servus hereditarius peculii nomine rem coepit tenere, usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditae quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?* A mio modo di vedere sicuramente nel primo frammento "*primordium*" ha riferimento alle "fasi iniziali" (più che ad un "momento iniziale") del *cursus honorum* (si v., per tutti, L. Fanizza, *Autorità e diritto. L'esempio di Augusto*, Roma, 2004, 22 s.); nel secondo frammento, concernente un legato di somma di denaro che il testatore affermava dovergli pervenire analogamente a titolo di legato, la decisione di Papiniano (in caso di invalidità del primo legato), doversi applicare il principio "*falsa demonstratio non nocet*", reputando valido il secondo legato, si fondava sul fatto che l'originaria affermazione del testatore poggiava "su un barlume di verità": anche in tal caso dunque *primordium* non ha necessariamente il senso che l'a. intenderebbe assegnarli. Solo nel terzo frammento *primordium* appare effettivamente riguardare l'inizio dell'usucapione e dunque possedere la valenza che l'a. reputa invece generale.
- 12 Casola, *L'età del fidanzamento* (n. 2) nt. 12, tuttavia non individua nel suo lavoro le fonti letterarie cui allude, archiviando il problema con un generico riferimento ai lessici e *Thesauri* più diffusi nelle nostre discipline.
- 13 Quint. *Decl. mai.* 9.3.6: *Sine dubio a primis aetatis annis iunxerat nos potentissimus amor ille puerilis, dum aut nulla erant inter parentes odia aut a nobis non intellegebantur.*
- 14 Si v. ad es. Cic. *Tusc.* 5.5: *Sed et huius culpa et ceterorum vitiorum peccatorumque nostrorum omnis a philosophia petenda correctio est. cuius in sinum cum a primis temporibus aetatis nostra voluntas studiumque nos compulisset, his gravissimis casibus in eundem portum, ex quo eramus egressi, magna iactati tempestate confugimus*; Cic. *ad fam.* 4.4(3).4: *nihil faciam insolenter neque te tali vel scientia vel natura praeditum hortabor ut ad eas te referas artis quibus a primis temporibus aetatis studium tuum dedisti* (nella stessa *epistula*, in 4.4(3).3 l'espressione, sinonimica, "*ab initio aetati*", nella frase "*te autem ab initio aetatis memoria teneo summe omnium doctrinarum studiosum fuisse ...*"); *ad fam.* 6.12.4: *... quod ego non mirabar, cum recordarer te et a primis temporibus aetatis in re publica esse versatum et tuos magistratus in ipsa discrimina incidisse salutis fortunarumque communium et in hoc ipsum bellum esse ingressum non solum ut victor beatus sed etiam [ut], si ita accidisset, victus ut sapiens esses.*

“*prima aetas*”¹⁵. Nelle declinazioni indicate, gli autori classici usano il sintagma riferendolo ai primi anni dell’infanzia, come è evidente dal fatto che per lo più lo colleghino a talenti rivelati da persone della loro epoca “sin da bambini”.

Le fonti di età classica appaiono dare rilievo al fatto che a “consentire” al fidanzamento dovessero essere i fidanzati stessi, e non solo i relativi *patres familiarum*. Giuliano enunciava la regola con riferimento al consenso della *filia familias*¹⁶, dato che (verosimilmente) là dove si ammettesse il *consensus* della donna, a fortiori tale necessità doveva valere anche per il *filius familias*. Perciò la prassi di decidere da parte dei genitori, per conto dei figli, quando essi fossero in giovanissima età, ovviava al problema del loro consenso: Ulpiano reputava ad esempio che il requisito si allentasse, affermando che il consenso in particolare della *filia familias* potesse presumersi, se costei non dissentiva apertamente¹⁷. Lo stesso frammento di Modestino appare in sintonia con l’orientamento espresso da Ulpiano: non è richiesto, in esso, il “consenso” da parte del minore che viene fidanzato in tenera età, ma semplicemente che costui (o costei) “*intellegat*”, intenda, il significato dell’atto che viene posto in essere¹⁸.

3. Quel che appare potersi desumere, dall’analisi sinora operata, è che il dibattito giurisprudenziale (del quale Modestino doveva dare, nelle proprie *differentiae*, almeno sommariamente conto) vertesse sul se l’impubere di giovanissima età al quale fosse fatto

15 Cic. *de or.* 1.3.1: *Quam spem cogitationum et consiliorum meorum cum graves communium temporum tum varii nostri casus fefellerunt; nam qui locus quietis et tranquillitatis plenissimus fore videbatur, in eo maximae moles molestiarum et turbulentissimae tempestates exstiterunt; neque vero nobis cupientibus atque exoptantibus fructus otii datus est ad eas artis, quibus a pueris dediti fuimus, celebrandas inter nosque recolendas. Nam prima aetate incidimus in ipsam perturbationem disciplinae veteris, et consulatu devenimus in medium rerum omnium certamen atque discrimen, et hoc tempus omne post consulatum obiecimus eis fluctibus, qui per nos a communi peste depulsi in nosmet ipsos redundarent;* Quint. *Inst. Or.* 1. pr. 6: *Quod opus, Marcelle Vitori, tibi dicamus, quem cum amicissimum nobis tum eximio litterarum amore flagrantem non propter haec modo, quamquam sint magna, dignissimum hoc mutuae inter nos caritatis pignore iudicabamus, sed quod erudiendo Getae tuo, cuius prima aetas manifestum iam ingenii lumen ostendit, non inutiles fore libri uidebantur quos ab ipsis dicendi uelut incunabulis per omnes quae modo aliquid oratori futuro conferant artis ad summam eius operis perducere festinabimus, atque eo magis quod duo iam sub nomine meo libri ferebantur artis rhetoricae neque editi a me neque in hoc comparati.*

16 D. 23.1.11 (Iul. 16 dig.): *Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet.*

17 D. 23.1.12 pr. (Ulp. *l.s. de spons.*): *quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur.* E. Volterra, *Sul consenso della “filiafamilias”* (n. 1) 6; P. Voci, *Storia della “patria potestas” da Augusto a Diocleziano*, in *Iura* 31 (1980), 37 ss., part. 42 ss. (= Id., *Studi di diritto romano* 2, Padova, 1985, 397 ss. part. 404 ss.); Astolfi, *Il fidanzamento* (n. 1) 71 ss.; M.V. Bramante, “*Patres’, filii’ e filiae’ nelle commedie di Plauto. Note sul diritto nel teatro*”, in E. Cantarella, L. Gagliardi (curr.), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma* (Milano, 2007) 95 ss., part. 110 ss.; S.C. Pérez Gomez, *El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último tramo de la república*, in *RidRom* 7 (2011) 367 ss. Più in generale sui temi del consenso, C. Cascione, “*Consensus*”. *Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche* (Napoli, 2003).

18 Voci, *Storia della “patria potestas”* (n. 17) 405 s.: “Il regime degli sponsali lascia ... al padre maggiori iniziative che nel matrimonio. Il principio giuridico è quello del concorso necessario delle due volontà; ma, di fatto, la volontà della figlia non sempre è spontanea, perché è il padre a trovarle marito, cioè ... a collocarla in matrimonio. In atti che sono, o si ritengono, a vantaggio dei *filii familias*, e in genere, di persone d’età assai giovane, è frequente che si sorvoli sul requisito della volontà effettiva”.

contrarre fidanzamento dovesse essere in grado di comprendere o meno la portata dell'atto che compiva. Un simile dibattito era d'altronde diffuso in riferimento al se il minore uscito dalla prima infanzia, in grado di pronunciare il formulario di negozi produttivi di *obligationes verbis*, dovesse intendere gli effetti dell'atto che stava compiendo¹⁹. Nulla di singolare che esso venisse esteso anche a negozi almeno originariamente di impianto verbale, come gli *sponsalia*²⁰. Deve credersi che oramai, all'epoca di Modestino, si fosse affermato l'indirizzo che richiedeva nei minori, in grado di *fari*, per alcuni atti negoziali (incluso, fra essi, il fidanzamento) anche *aliquis intellectus*, una certa comprensione di quanto andavano compiendo²¹. Del resto, svincolando l'istituto del fidanzamento dal legame originario con la *sponsio*, diveniva possibile richiedere ciò che per la *sponsio* non era necessario: per tale atto le fonti appaiono concordi nell'affermare che nel minore è sufficiente la capacità di *fari*, di pronunciare i *verba* negoziali, senza necessità che egli intenda la portata dell'atto²²; una volta "distanziato" il fidanzamento dalla *sponsio* diveniva possibile invece richiedere l'*intellectus* dei contraenti, vale a dire il reale *consensus* dei fidanzati. Ciò è coerente con il tenore dei numerosi frammenti altoclassici che richiedono, per il valido compimento di *sponsalia*, non l'adesione a un regolamento verbale, ma il *consensus* dei fidanzati²³. Requisito per il quale a tratti i giuristi sembrano allentare il rigore (come nel caso, sopra considerato, del *consensus* della *filia familias*), ma che appare ad ogni buon conto affermato, per l'avanzato principato, nell'ipotesi degli *sponsalia*. Non vi sarebbe pertanto contrasto patente fra l'affermazione iniziale di Modestino, potersi fidanzare dei fanciulli anche in assai tenera età ("*a primordio aetatis*"), e la successiva, che richiede che in essi vi sia un barlume di comprensione di quanto vanno compiendo ("*si modo id fieri ab utraque persona intellegatur*"), dato che anche bambini piccoli possono intendere il senso del "fidanzarsi".

4. Dubbi e scetticismo ha suscitato altresì l'affermazione di chiusura del frammento, che appare invece legare la comprensione degli effetti dell'atto al compimento del settimo

- 19 Sul punto part. Lamberti, *Su alcune "distinzioni"* (n. 2) 211 ss.; Ead., *Infanti* (n. 2) 29 ss.; e, da ultimo, G. Coppola, *Annotatiunculae* II. *Qualche puntualizzazione sull' "infanti proximus" ed il "pubertati proximus"*, in *Rivista di diritto romano* 12 (2012).
- 20 D. 23.1.2 (Ulp. *l. s. de spons.*). Sulla progressiva desuetudine della *sponsio* come produttiva di obbligo al successivo matrimonio, a partire dalla tarda repubblica, per tutti Astolfi, *Il fidanzamento* (n. 1) 43 s.; Fayer, *La "familia" romana* (n. 1) part. 22 ss.
- 21 Si v. le asserzioni in Gai 3.109: *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 ...*. Sul punto Lamberti, *Su alcune distinzioni* (n. 2) 211 ss.; Ead., *Infantia* (n. 2) 29 ss. (con una divergente interpretazione della chiusa di Gai 3.109); G. Coppola, *Annotatiunculae* II (n. 19) § 2.
- 22 Per tutti Lamberti, *Su alcune distinzioni* (n. 2) 211 ss.; Ead., *Infantia* (n. 2) 29 ss.; G. Coppola, *Annotatiunculae* II (n. 19).
- 23 Sin da età adrianea, se da attribuirsi effettivamente a Giuliano sono le affermazioni presenti in D. 23.1.11 (Iul. 10 dig.): *Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet*; si v. altresì D. 23.1.7.1 (Paul. 35 ad ed.): *In sponsalibus contrahendis etiam consensus eorum exigendus est quorum in nuptiis desideratur*; D. 23.1.12 pr. (Ulp. *l. s. de spons.*): *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur*. 1. *Tunc autem solum dissentienti a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat*; D. 23.1.13 (Paul. 5 ad ed.): *Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt*; D. 23.1.4 (Ulp. 35 ad Sab.): *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*.

anno d'età²⁴. Era in realtà dubbio, sia per gli autori che più genericamente si occupavano di pedagogia, sia all'interno degli scritti giurisprudenziali, se fosse possibile collegare una qualche "capacità di intendere e di volere" del fanciullo minore al compimento di una determinata età. E' certo, come ho rilevato altrove, che il *discrimen* del "settimo anno" giocava un ruolo nel dibattito intellettuale, in Roma, sin dagli esordi almeno del principato²⁵.

Esso viene in considerazione anche nel dibattito giurisprudenziale, già nell'avanzato principato, se deve darsi fede, oltre alla testimonianza di Modestino, a quanto affermato a proposito della necessità (e opportunità) per il minore di comparire in giudizio unitamente al proprio tutore, in un frammento di Ulpiano. In D. 26.7.1.2 (Ulp. 35 *ad ed.*) si dibatteva della possibilità per il minore di assumere in prima persona la difesa delle proprie posizioni, affiancato dall'*auctoritas* del tutore, e il giurista ammetteva tale evenienza per il minore *praesens* e che avesse compiuto almeno il settimo anno d'età²⁶.

Se dunque la "chiusa" del frammento dei *libri differentiarum*, considerata solo nel rapporto con le affermazioni precedenti di D. 23.1.14, potrebbe indurre a (non

24 *Retro*, nt. 1.

25 Lamberti, *Su alcune distinzioni* (n. 2) 211 ss.; Ead., *Infantia* (n. 2) 29 ss. Si v. sulla questione del settimo anno d'età, oltre la letteratura ivi citata, part. Quintil., *Inst. Or.* 1.1: 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 Aristophanen fuerunt (nam is primus ὑποθήκας in quo libro scriptum hoc invenitur; negavit esse huius poetae); 16. Sed alii quoque auctores, 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; Iuv. Sat. 5.14.10 ss.: ... cum septimus annus / transierit puerum, nondum omni dente renato, / barbatus licet admoveas mille inde magistros, / hinc totidem, cupiet lauto cenare paratu / semper et a magna non degenerare culina. Sul "significato simbolico" del numero sette, v. part. S. Tafaro, *Brevi note sugli "infantes"*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna* (Napoli, 2007) 5467 ss.*

26 D. 26.7.1.2 (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.* Maggiori dettagli, sul punto, in Lamberti, *Su alcune distinzioni* (n. 2) 211 ss.; Ead., *Infantia* (n. 2) 29 ss. Si rinvia altresì alla cauta apertura, in argomento, di Astolfi, *Il fidanzamento* (n. 1) 61 s.: "È probabile che la regola, ai tempi di Ulpiano, non fosse ancora assoluta, ma costituisse soltanto una presunzione. Lo lascerebbe capire lo stesso Ulpiano. Egli scrive che chi è immaturo non può stare in giudizio; precisa che è maturo chi ha sette anni; tace sulla maturità di chi ne ha meno ... Il giurista non è in grado di pronunciarsi sulla immaturità di chi ha meno di sette anni, perché essa è un dato di fatto, da accertarsi di volta in volta. La si potrà presumere, ma non darla sempre per certa ... Era possibile che in casi eccezionali fosse ammessa la costituzione personale di un pupillo inferiore ai sette anni. Come, d'altra parte, non si può escludere che venisse eccezionalmente approvata la decisione del tutore di assumere su di sé la difesa del pupillo ancora troppo immaturo, nonostante i suoi sette anni."

ingiustificati) sospetti, là dove la si colleghi con un dibattito già precedente a Modestino (del quale sono indizio soprattutto gli accenni contenuti nel frammento ulpiano) è fondato supporre che il discorso originario del giurista contenesse una menzione di opinioni dottrinali ai sensi delle quali si reputava opportuno fissare un “limite minimo” (almeno in linea orientativa) ai sette anni d’età. I riferimenti di dettaglio sarebbero andati perduti nel successivo processo di volgarizzazione e sintesi (che investì questa ed altre opere) nella tarda antichità. Spia della presenza di un più elaborato dibattito potrebbe ravvisarsi nello *Scholium* a Bas. 28.1.12, che – nel richiamare la possibilità di fidanzamento sia fra *puberes* che *impuberes*, secondo un’affermazione che rinveniamo anche in altre fonti giurisprudenziali²⁷ – riproduceva appunto una sorta di *disputatio*, in base alla quale, potendo il fidanzamento realizzarsi anche fra *impuberes*, era ipotizzabile appunto un atto del genere fra fanciulli che avessero compiuto almeno il settimo anno d’età²⁸.

Sia pur nella convinzione della riferibilità allo stesso Modestino delle affermazioni presenti nel frammento esaminato, non mi spingerei tuttavia ad affermare, con Casola, che esse contengano “il frutto della sintesi delle discipline succedutesi dall’età repubblicana sino al tempo di Modestino”, né che fosse quest’ultimo a tentarne un’armonizzazione²⁹. La sintesi fu verosimilmente successiva al nostro giurista, e dovuta ai molteplici rimaneggiamenti che l’opera subì, proprio a cagione della sua fortuna, nell’antichità tardiva³⁰.

27 D. 23.1.9 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint ante duodecimum annum si fuerint nuptiae collatae ...*); PS. 2.19.1: *Sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi possunt.*

28 Sch. ad Bas. 28.1.12: *Ἐρώτησις. Εἶπας, ὅτι ἐπὶ τῆς μνηστείας οὐκ ἔστιν ὀρισμένος χρόνος τῶν συναλλαττόντων ἔπειτα, ὡς δεῖ τοὺς συναλλάττοντας ἑπτὰ ἔτους τηγάνειν χρόνον, τοῦτο οὐδὲν ἕτερόν ἐστιν, ἢ χρόνον καὶ ἐπὶ τῆς μνηστείας ὀρίσαι. Λύσις. Οὐκ ἐναντιοῦται, μὴ γένοιτο, εἰ αὐτῷ ὁ Μοδεστίνος ὁ γὰρ θέλει εἰπεῖν, τοῦτό ἐστιν ὀρισμένος μὲν ἔστι καὶ ἐπὶ τῆς μνηστείας τῶν συναλλασσόντων ὁ χρόνος, οὐχ οὕτω μέντοι, ὡς περ ἐπὶ τῶν γάμων οὐτε γὰρ πάντως ἐφήβους εἶναι δεῖ τοὺς μνηστευομένους, ὡς περ ἐφήβους εἶναι δεῖ τοὺς γαμοῦντας καὶ γὰρ ἑπταετίας τηγάνοντες χρόνου δύναται μνηστείαν συστήσασθαι. (Interrogatio. Dixisti, in sponsalibus non esse definitam aetatem contrahentium deinde contrahentes aetatem septem annorum habere debere. Hoc nihil aliud est, quam aetatem etiam in sponsalibus definire. Solutio. Non adversatur, quod absit, sibi Modestinus quod enim dicere vult, hoc est definita quidem est etiam in sponsalibus aetas contrahentium, non tamen ita, uti in nuptiis neque enim omnino puberes esse oportet eos, qui sponsalia contrahunt, sicut puberes esse oportet eos, qui nuptias contrahunt etenim aetatem septem annorum nacti sponsalia contrahere possunt.)*

29 Casola, *L'età del fidanzamento* (n. 2) § 4.

30 Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* (n. 5): “Eine Schrift dieser Art kam der nachklassischen Unterrichtsmethode besonders entgegen. Sie ist im Westen wie im Osten verbreitet; dementsprechend ist sie früh überarbeitet worden”.

Abstract

The article examines the fragment D. 23.1.14 of the Digest with reference to a recent debate on the age of entering into engagements. The author considers the arguments that the fragment is not authentic, but rejects them. D. 23.1.14 contains original statements by the Roman jurist Modestinus, which were summarised and epitomised by scholars in late antiquity. It was debated whether an *impubes*, in order to be allowed to enter into an engagement, should understand the nature of an engagement, and whether an *impubes* who had reached the age of seven might do so.