



**TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO**

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL  
ISSN: 2036-2528

Giulia Maria Guida

**Alcune riflessioni sul rapporto fra  
*corpus*, idoneità fisica e  
'acquisto' della capacità di agire  
nell'esperienza giuridica romana**

**Numero XIV Anno 2021**  
*www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com*

Proprietario e Direttore responsabile  
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso) P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro  
Via R. Morghen, 181  
80129 Napoli, Italia  
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)  
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

## Alcune riflessioni sul rapporto fra *corpus*, idoneità fisica e ‘acquisto’ della capacità di agire nell’esperienza giuridica romana

**SOMMARIO:** 1. La nozione di *corpus* e di *persona* nei loro momenti ‘costitutivi’ – 2. Prime considerazioni in materia di capacità giuridica e i tre *status* dell’ordinamento romano – 3. Capacità giuridica e capacità di agire – 4. Tra impuberi e puberi: dagli *infantes* all’ *infantia maiores* – 5. La tutela dei minori di venticinque anni – 6. Brevi osservazioni sull’evoluzione dei criteri di accertamento della maggiore età dal Medioevo all’attualità – 7. Considerazioni conclusive.

### 1. La nozione di ‘*corpus*’ e di ‘*persona*’ nei loro momenti ‘costitutivi’

L’analisi condotta sul significato assunto dal termine ‘corpo’<sup>1</sup>, sin dal suo apparire negli ordinamenti giuridici più antichi, mostra la coesistenza

---

<sup>1</sup> M. LUBRANO, *‘Persona’ e ‘homo’ nell’opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino, 2002, 194 ss.; A. TRISCIUOGGIO, *Il corpo umano vivente dopo la nascita: osservazioni storicocomparatistiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 389 ss.; E. STOLFI, *La nozione di ‘persona’ nell’esperienza giuridica romana*, in *Filosofia Politica*, 3, 2007, 379 ss.; U. VINCENTI, *‘Persona’ e diritto: trasformazioni della categoria giuridica fondamentale*, in *Individuo e persona. tre saggi su chi siamo*, a cura di G. Boniolo, G. De Anna e U. Vincenti, Milano, 2007, 139 ss.; G. DE ANNA, *‘Persona’: analisi storico-critica di una babele filosofica*, in *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, a cura di G. Boniolo, G. De Anna e U. Vincenti, Milano, 2007, 61 ss.; P. CATALANO, *L’inizio della ‘persona’ umana secondo il diritto romano*, in *Valori e principi del diritto romano*, a cura di A. Triscioglio, Napoli, 2009, 31 ss.; U. AGNATI, *‘Persona iuris vocabulum’. Per un’interpretazione giuridica di ‘persona’ nelle opere di Gaio*, in *RDR*, 9, 2009, 1-41; L. PEPPE, *Fra corpo e patrimonio. ‘Obligatus, addictus, ductus, persona in causa mancipi’*, in *Homo, caput*,

di due accezioni concettualmente molto differenti. Tale termine viene, infatti, utilizzato sia per significare la materia, la massa, e, quindi, un'entità fisica ed inanimata assimilabile alla *res* della cultura romana, sia per fare, invece, riferimento ad un essere vivente declinato, di volta in volta, come uomo, individuo o persona, in analogia ma senza la pregnanza tecnica dei concetti presenti negli ordinamenti moderni. Ed a tal proposito occorre osservare come il piano terminologico e quello tassonomico non possano che convivere e dialogare ai fini di una prima ricostruzione di questo concetto. In tal senso, la presente indagine, ponendo il focus su quest'ultimo significato, ha l'intento specifico di analizzare le modalità attraverso le quali la persona poteva acquisire la facoltà di porre in essere atti giuridicamente vincolanti.

Al riguardo, secondo un parere largamente condiviso a livello dottrinario<sup>2</sup>, viene evidenziato come l'uso ricorrente nelle fonti romane

---

*persona*'. *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto ad Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 455 ss.; R. ESPOSITO, *Il dispositivo della persona*, in *'Homo, caput, persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pisa, 2010; G.L. FALCHI, *La persona e il suo diritto*, in *La persona, il suo diritto, la sua la sua continuità nell'esperienza tardoantica. Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno Internazionale in onore di G. Crifò*, I, a cura di S. Giglio, Roma, 2010, 1021-1027; F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *'Serta iuridicia'. Scritti dedicati dalla facoltà di giurisprudenza a F. Grelle*, 1, a cura di F. Lamberti, N. De Liso, E. Sticchi Damiani e G. Vallone, Napoli, 2011, 303 ss.; R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Torino, 2014, 13, 73 ss. Relativamente all'attuale panorama normativo, interessanti spunti di riflessione in G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 809.

<sup>2</sup> S. SCHLOSSMAN, *'Persona' und προσωπον im Recht und im christlichen Dogma*, Kiel, 1906, 1-73; ID., *Nachträgliches zu «Persona und προσωπον»*, in *ZSS*, 27, 1906, 358 ss.; C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910, 7 ss.; F. MAROI, *Elementi religiosi nel diritto romano arcaico*, in *AG*, 109, 1933, 10 ss.; S. MOCHI ONORY, *'Personam habere'*, in *Studi Besta*, Milano, 1938, 417 ss.; F. DE MARTINO, voce *Persona fisica*, in *Noviss. dig. it.*, 9, 1939, 928 ss.; M. NÉDONCELLE, *Πρόσωπον et persona dans l'antiquité classique. Essai de bilan linguistique*, in *Révue de sciences religieuses*, 22, 1948, 277 ss.; F. MAROI, *Contributi della sociologia giuridica allo studio della personalità umana*, in *Studi Cicu*, I, Milano, 1951, 490 ss.; G. LE BRAS, *Capacité personnelle et structures sociales dans le très ancien droit de Rome*, in *Mélanges Lévy-Brühl*, Parigi, 1959, 417 ss.; M.A. DE DOMINICIS, *Punti di vista vecchi e nuovi in tema*

del termine *persona*<sup>3</sup> non consenta di ritenere che allo stesso termine fosse attribuito uno specifico valore tecnico; ciò *a fortiori* tenuto conto che il suo contenuto originale, che era quello di ‘maschera teatrale’<sup>4</sup>, sarebbe stato prima esteso al ruolo interpretato da tale maschera, per essere usato successivamente anche nell’accezione di ‘uomo’, senza che tale estensione, tuttavia, comportasse alcuna implicazione di carattere giuridico<sup>5</sup>.

---

*di fonti postclassiche*, in *Studi Biondi*, II, Milano, 1965, 682 ss.; G.B. IMPALLOMENI, voce *Persona fisica*, in *Noviss. dig. it.*, 12, 1965, 1015 ss.; R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*<sup>1</sup>, Torino, 1968, 8.

<sup>3</sup> Sull’utilizzo del termine *persona* si è espresso recentemente il Melillo sostenendo che «... *persona* è nei fatti il termine che traduce l’*homo*, soggetto di natura, in agente sociale all’interno di una collettività ricca di stratificazioni sociali, condizioni giuridiche, mestieri e disuguaglianze». Così G. MELILLO, ‘*Persona*’, ‘*status*’ e ‘*condicio*’ nell’esperienza romana. *La dogmatica moderna*, in *SDHI*, 73, 2007, 94. Vedasi anche U. VINCENTI, ‘*Persona*’ e diritto: trasformazioni della categoria giuridica fondamentale, in *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, a cura di G. Boniolo, G. De Anna e U. Vincenti, Milano, 2007, 139 ss.; L. PEPPE, *Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*, in *Studi in onore di Remo Martini*, 73, Milano, 2009, 69-86. Si riporta anche il pensiero del Cotta che ha sostenuto come il termine *persona* fosse antichissimo tanto che «quella del termine *persona* è un’avventura semantica». S. COTTA, voce *Persona (filosofia)*, in *Enc. dir.*, 33, 1983, 159.

<sup>4</sup> Sul significato del termine *persona* è possibile riferirsi ad un frammento di Gellio, riportante il pensiero di Gavio Basso, per cui l’etimologia della parola deriverebbe dal ‘risuonare’ rifacendosi alla struttura della maschera che, data la sua conformazione, fa uscire la voce forzatamente da un’unica fessura rendendo i suoni più forti e chiari. Tale testimonianza è contenuta nelle *Gell. n. A.*, 5.7.1-2: 1. *Lepide mi hercules et scite Gavius Bassus in libris, quos de origine vocabulorum composuit, unde appellata ‘persona sit, interpretatur; a personando enim id vocabulum factum esse coniectat.* 2. *Nam ‘caput’ inquit’ et os coperimento personae tectum undique unaque tantum vocis emittendae via pervium, quoniam non vaga neque diffusa est, set in unum tantummodo exitum collectam coactamque vocem ciet, magis claros canorosque sonitus facit. Quoniam igitur indumentum illud oris clarescere et resonare vocem facit, ob eam causam ‘persona’ dicta est ‘o’ littera propter vocabuli formam productiore’.* BLUMENTHAL, voce ‘*Persona*’, in *RE*, 29, Stuttgart, 1937, 1036-1040.

<sup>5</sup> R. ORESTANO, *Il «problema»*, cit., 9 ss.

L'etimologia del termine latino 'persona', che rappresenta una derivazione del verbo *personare*<sup>6</sup> e corrisponde all'italiano 'persona', secondo la lettura dell'Orestano<sup>7</sup>, può offrire la chiave per comprendere quale fosse il significato insito nell'uso di tale termine. Il lemma risulta, infatti, costituito da 'per' – attraverso – e da 'sonare' – produrre dei suoni – e questo spiegherebbe il motivo dell'impiego di 'persona' per definire chi potesse far valere (*sonare*) la propria volontà sul piano giuridico<sup>8</sup>.

Aderendo a tale lettura si determinano i presupposti per una prima riflessione sulle diversità ravvisabili, nei differenti periodi storici, nel reale significato di alcuni concetti basilari, anche allorquando gli stessi abbiano mantenuto, come nel caso in esame, una perfetta identità terminologica.

Se, infatti, intendiamo per persone solo gli individui in grado di assumere il ruolo proprio di un soggetto di diritto, cosa che trova riscontro, di norma, nel mondo contemporaneo, evidenziamo, di converso, come nella società romana un uomo e una donna non fossero, spesso, titolari di diritti che consentissero di considerarli persone nella piena accezione di questo termine.

Rafforza tale riflessione la constatazione che la condizione giuridica delle persone costituisse oggetto di riflessione per i giuristi romani<sup>9</sup>, che

---

<sup>6</sup> H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1958, 56 ss.; R. ORESTANO, *Il «problema»*, cit., 9. L'etimologia del termine viene ripresa anche da: V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*<sup>2</sup>, Torino, 2018, 209 ss.

<sup>7</sup> R. ORESTANO, *Il «problema»*, cit., 9.

<sup>8</sup> A tale specifico riguardo si evidenzia come nel diritto romano i soggetti suscettibili di rilievo giuridico fossero, quasi esclusivamente, le persone fisiche risultando del tutto marginale il ruolo riconosciuto alle organizzazioni di beni o di uomini; questo preclude la possibilità di prefigurare l'elaborazione teorica dei presupposti della più generale categoria della persona giuridica. V. MANNINO, *Introduzione*, cit., 277 ss.

<sup>9</sup> A tal riguardo è possibile fare riferimento al primo libro delle *Institutiones* di Gaio dedicato al *ius personarum*, come alla parte iniziale dei *Libri regularum* di Nerazio Prisco riportati in D. 26.1.18 e D. 26.3.2. G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice nel diritto romano classico*, in *BIDR*, 67, 1964, 87-166; T. MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e i Severi*, Napoli, 1979, X-107.

erano soliti dedicare a tale argomento la parte introduttiva delle loro opere di natura più elementare<sup>10</sup>.

Come vedremo meglio in seguito, infatti, venivano utilizzati termini quali *homo*<sup>11</sup>, riferito all'uomo in generale ma anche con specifica relazione ai servi, *persona* (nella sua accezione giuridica intesa a designare l'essere umano in ogni sua possibile condizione) *caput*<sup>12</sup> e

---

<sup>10</sup> In tal senso, i concetti che venivano sviluppati nel predetto ambito erano quelli relativi allo *ius personarum* ed alla *condicio* o *status* degli *homines* o delle *personae*. In riferimento alle opere istituzionali: C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, I. *La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*, Torino, 1976, 43 ss.; O. BIANCO, S. TAFARO, *Il linguaggio dei giuristi romani*, in *Atti del Convegno internazionale di studi (Lecce 5-6 dicembre 1994)*, Galatina, 2000, *passim*; G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003; G. FACCHETTI, *Le 'Istitutiones' di Gaio. Alle radici della lingua e della cultura occidentale*, Milano, 2017, *passim*. Per un'analisi specifica dei 'generi letterari' utilizzati dalla giurisprudenza romana si veda anche: T. MASIELLO, *Le 'Quaestiones' di Cervidio Scevola*, Bari, 2000; R. ASTOLFI, *I 'libri tres iuris civilis' di Sabino*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, 95, Padova, 2001; E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, I. *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, *passim*.

<sup>11</sup> Quest'ultimo termine pur risultando presente nelle fonti giuridiche in una vasta serie di connessioni non sembra sia stato oggetto di elaborazione teorica o definitoria, finendo per essere adoperato con specifico riferimento alla condizione di una persona nell'ambito dei rapporti tipici di una *familia* come ci viene riportato nel passo delle *Institutiones* di Gaio 2.13-14: 13. *Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles*. 14. *Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum. non extollendi, ne luminibus uicini officiantur: item fluminum et stillicidiorum idem ius ut*. Così B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 8 ss.

<sup>12</sup> Il termine *caput* assume, invece, un rilievo maggiore in virtù di una più ampia articolazione concettuale che ne vede l'uso, unitamente a quelli dallo stesso derivati (*capital*, *capitalis*), con un significato diverso da quello del senso più proprio di testa di uomo o di animale. Per effetto di traslazioni concettuali agevolmente tracciabili nell'ambito delle fonti più antiche, *caput* comincia ad essere usato, in via quasi esclusiva, per indicare tanto l'uomo libero quanto il servo in qualità di soggetti facenti parte di

*status*<sup>13</sup>. Quello che si può escludere, fin da questi primi cenni introduttivi, è che nel linguaggio giuridico romano fossero presenti definizioni del concetto di soggetto di diritto o di quelli che sottendono le moderne locuzioni di capacità giuridica e di capacità di agire. Tale genericità, peraltro, permane anche nella Compilazione giustiniana<sup>14</sup> nella quale il fare riferimento all'uomo mediante l'utilizzo del termine *persona* non assume un particolare significato giuridico.

Ecco, quindi, che diviene opportuno introdurre alcuni concetti che, nel mondo romano, identificano con la nascita e la morte di un individuo i momenti in cui, rispettivamente, si genera e poi si estingue l'entità chiamata *persona*.

Il criterio adottato per stabilire quando si fosse in presenza di una compiuta forma di vita umana assumeva quale momento costitutivo quello del parto; solo a seguito del completo distacco del feto dal ventre materno veniva ammessa l'esistenza di un nuovo individuo, prima di quel momento il nascituro non era altro che una parte delle viscere della

---

una collettività. L'accezione terminologica vede una progressiva e sempre maggiore astrazione, dipanandosi da una iniziale concezione di vita umana correlata alla possibilità della sua soppressione per effetto di una pena, ad un significato che sembra corrispondere ad una condizione personale avente una rilevanza giuridica tale da poter essere comparata alla vita. Suscettibili di ascrizione in tale categoria potevano essere le condizioni di persona libera o di cittadino romano o ancora, nell'ambito del diritto privato ed in particolare della condizione familiare, la specifica categoria della *capitis diminutio*. A testimonianza dell'uso di *caput* vedasi Gai. 3.8: *Et quia placebat nepotes neptesue, item pronepotes proneptesue in parentis sui locum succedere, conueniens esse uisum est non in capita, sed in stirpes hereditatem diuidi, ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat et ex altero filio duo pluresue nepotes alteram dimidiam, item si ex duobus filiis nepotes extent et ex altero filio unus forte uel duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat et ad tres aut quattuor altera dimidia.*

<sup>13</sup> G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano, 1940, 6 ss.; M. BRETONE, voce 'Statuliber', in *Noviss. dig. it.*, 28, Torino, 1971, 380; R. ORESTANO, voce 'Status libertatis, civitatis, familiae', in *Noviss. dig. it.*, 18, 1971, 383-385; G. MELILLO, 'Personae' e 'status' in *Roma antica*, Napoli, 2006, 16 ss.; A. TRISCIUOGGIO, *Concetto di 'status' nel pensiero giuridico*, in *Diritto e processo*, 2017, 13-23; A. PALMA, *Note in tema di cittadinanza romana e sovranità*, in *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista*, a cura di S. Masuelli e L. Zandrino, Napoli, 2014, 18 ss.

<sup>14</sup> R. ORESTANO, *Il «problema»*, cit., 10.

donna<sup>15</sup>. Coerentemente con tale impostazione, basata sul criterio della nascita quale momento di accertamento dell'esistenza della vita, si riteneva che coloro che fossero nati morti dovessero essere considerati come nemmeno concepiti. Quanto alle modalità che comprovassero il sussistere della vita coesistevano criteri diversi; da quello fondato sull'emissione di un grido a quelli che consideravano sufficiente una qualsiasi manifestazione vitale, sia che si trattasse del movimento di parti del corpo, sia che si trattasse della semplice attività respiratoria<sup>16</sup>. Solo con l'imperatore Giustiniano verrà definitivamente uniformato in senso estensivo il criterio di verifica, nell'ambito di una più generale riflessione sul concetto di vitalità sfociata nell'identificazione con la capacità del neonato di vivere al di fuori del ventre materno.

Tale attitudine si riteneva che non potesse sussistere qualora la struttura organica del nuovo individuo non avesse raggiunto un grado di formazione tale da garantirne la possibilità di sopravvivenza e questo requisito era ritenuto sussistente solo nel caso di nascite non anteriori al settimo mese di gravidanza<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Si veda come già dai primi responsi dei *veteres* si sia posto il 'problema' di come considerare un feto in caso di aborto a seguito di un colpo. Giacché tale situazione non risultava essere tutelata dall'ordinamento, mediante un primo parere di Bruto si iniziò ad estendere il terzo capo della *Lex Aquilia* considerando il feto come membro della donna. Paul. 22 ad ed. D. 9.2.27.22: *Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto < fetu >. Et si mulum plus iusto oneraverit and aliquid members ruperit, Aquiliae locum fore*. B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, in *AUPA*, 21, 1950, 5 ss.; C.A. CANNATA, *Il terzo capo della 'Lex Aquilia'*, in *BIDR*, 98, 1995, 111 ss.; ID., *Sul testo della 'Lex Aquilia' e la sua portata originaria*, in *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino, 2012, 173 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *'Dammum iniuria datum'. Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla 'lex Aquilia de damno'*, Bari, 2002, *passim*; G. VALDITARA, *'Dammum iniuria datum'*, Torino, 1996, 5 ss.; L. DESANTI, *La Legge Aquilia. Tra 'verba legis' e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015, 39; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la 'Lex Aquilia'*, Padova, 2008, 102; F. MUSUMECI, *'Quasi ruperit', 'Quasi rupto'*, in *Studi in onore di A. Metro*, IV, Milano, 2010, 358 ss.

<sup>16</sup> M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011, 103 ss.

<sup>17</sup> Pertanto, nel caso in cui per una qualsiasi complicazione successiva al parto, il nato non fosse risultato in grado di rimanere in vita, la vitalità finiva per costituire un dato presupposto, mentre veniva negata in caso di parto avvenuto entro il sesto mese dal concepimento.

Questa idea di 'vitalità' appare ancora un punto centrale nel dibattito della scienza giuridica<sup>18</sup>, che alimenta tuttora letture differenti, rappresentando il discrimine in base al quale un feto può essere considerato come soggetto autonomo.

## 2. Prime considerazioni in tema di capacità di agire e i tre 'status'

Giova premettere ai fini descrittivi che negli attuali ordinamenti, contrariamente all'ordinamento romano, si distingue tra la capacità giuridica e la capacità di agire, delineando fra le stesse una differenza basata su due momenti diversi della soggettività giuridica<sup>19</sup>. La capacità giuridica, che si acquisisce al momento della nascita, rappresenta una fase statica intesa a qualificare la capacità di un soggetto di essere titolare di

---

<sup>18</sup> Sul 'valore' del concepito nel diritto romano: R. AMBROSINO, *Il requisito della vitalità per l'acquisto della capacità giuridica in diritto romano*, in *RISG*, 18, 1940, 4 ss.; G.B. IMPALLOMENEI, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Iura*, 22, 1971, 99 ss.; P. CATALANO, *Osservazioni sulla 'persona' dei nati alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 1988, 45 ss.; M.P. BACCARI, *Alcuni principi del diritto romano per la difesa dell'uomo nella globalizzazione*, in *TSDP*, 1, 2005, 8 ss.; EAD., *Sette note per la vita*, in *SDHI*, 70, 2004, 507 ss.; P. CATALANO, *Il concepito 'soggetto di diritto' secondo il sistema giuridico romano*, in *Procreazione assistita: problemi e prospettive. Atti del Convegno di studi (Roma 31 gennaio 2005)*, Brindisi, 2005, 107 ss.; M.V. SANNA, *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 75, 2009, 147 ss. Data la vastità dell'attuale dibattito si rinvia ad alcune considerazioni di: A. GAMBARO, *I beni*, Milano, 2012, 191 ss.; A. PALMA, *Il nascituro come problema continuo nella storia del diritto*, in *TSDP*, 7, 2014, 2 ss. In chiave più spiccatamente filosofica: A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001, 215-243; L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, in *Politeia*, 65, Milano, 2002, 1-17; S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in *Politica del diritto*, 3, Bologna, 2006, 3-24; C.M. MAZZONI, *La vita nascente: il corpo del nascituro*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 215 ss.; V. FERRARI, *Variazioni socio-giuridiche sul tema dei diritti nell'attualità*, in *Soggetti, diritti, conflitti: percorsi di ridefinizione*, a cura di F.G. Pizzetti e M. Rosti, Milano, 2007, 34-44; S. CANESTRARI, *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, 4 ss. <sup>19</sup> P. RESCIGNO, voce *Capacità giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, 2, Torino, 1958, 861; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 261; F.D. BUSNELLI, *Capacità in genere*, in *Lezioni di diritto civile. Camerino 28 maggio-2 giugno 1990*, Napoli, 1993, 87 ss.; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, 115 ss.; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, 37 ss.

diritti e doveri e, quindi, più in generale, di situazioni giuridiche soggettive. Tale capacità inerisce al soggetto per il solo fatto della sua esistenza e non è suscettibile di un'esplicazione dinamica in quanto il titolare risulta, di fatto, un'entità sostanzialmente assimilabile ad un immobile portatore di interessi. Ben diversa è la nozione di capacità di agire, atteso che la stessa definisce l'idoneità di un soggetto – che ha acquisito quella che l'art. 2 del nostro codice civile definisce come «la capacità di compiere tutti gli atti» – a porre in essere atti giuridicamente validi risultando, quindi, in grado di assumere la funzione di operatore giuridico.

Correlando i predetti aspetti con le assimilabili impostazioni dell'ordinamento romano occorre comprendere, per quanto attiene in particolare alla tutela dei minori, se la *cura minorum* – caratterizzata da un'articolazione diversa e più scaglionata rispetto all'odierna tutela dei minori – avesse raggiunto un'inquadramento ispirato dalla rilevanza attribuita alla figura umana o se, invece, fossero risultate prevalenti, nella definizione della relativa disciplina, esigenze meno nobili di natura patrimoniale.

Per conseguire tale scopo è opportuno analizzare in chiave diacronica i criteri e la metodologia utilizzati ai fini dell'accertamento della piena capacità di agire, suscettibili di fornire la percezione dei presupposti e delle finalità del sistema di tutela minorile. Ed in tal senso occorre necessariamente ribadire quanto già osservato preliminarmente, ossia che nell'ordinamento romano la diversificazione fra capacità giuridica e capacità di agire non era presente in maniera compiuta. Di fatto, le distinzioni operate dall'ordinamento volte a suddividere gli individui in ragione dello *status* che agli stessi individui veniva riconosciuto<sup>20</sup> erano basate sulla presenza di specifiche caratteristiche. Il termine *status* non richiamava un concetto astratto ma indicava la situazione di un

---

<sup>20</sup> Da evidenziare come nel diritto romano oltre al termine *status* veniva utilizzato il termine *caput* volto, però, ad attuare una prima distinzione tra lo stato libero e lo stato servile in cui versava l'individuo. In pratica veniva espressa, in senso tecnico, l'appartenenza o meno di un soggetto a una categoria di persone. L'utilizzo del termine *caput* rimaneva più che altro circoscritto alla *capitis deminutio*. Per ulteriori approfondimenti: B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 311 ss.

uomo relazionato ad un gruppo, la stabile condizione di una persona che veniva considerata non in quanto individuo ma come elemento appartenente ad una determinata classe sociale. Il concetto di *status*<sup>21</sup> era, quindi, differente da quello di *condicio*<sup>22</sup> e poteva essere rapportato, secondo quanto riferito da leggi o da regole consuetudinarie, tanto alla posizione della persona sul piano giuridico quanto alla sua condizione sociale<sup>23</sup>. Si pensi alla citazione del termine *status* all'interno della definizione ulpiana di *ius publicum*<sup>24</sup>,

---

<sup>21</sup> Il concetto di *status* vedeva una triplice articolazione, declinata nello *status libertatis* che designava la condizione dell'uomo libero, nello *status civitatis*, che definiva la posizione dell'individuo nei confronti dell'ordinamento in quanto cittadino romano e nello *status familiae* che sanciva l'appartenenza ad una determinata famiglia, *sui iuris* laddove il soggetto non avesse ascendenti legittimi di sesso maschile all'interno della stessa famiglia. La presenza contemporanea dei tre *status*, acquisita, come abbiamo prima evidenziato e laddove ne ricorressero i presupposti, solo a seguito della sopravvivenza al parto, era condizione imprescindibile ai soli fini dell'acquisizione della capacità giuridica. Ma, una volta acquisite, tali condizioni giuridiche personali potevano essere perse o cambiate con altre solo per effetto di condizioni eccezionali; si pensi, a tale proposito, alla perdita della libertà e della cittadinanza nel caso della prigionia determinata da una situazione di guerra, o al venir meno per un *pater familias* dello *status* di *sui iuris* a seguito dell'*adrogatio*. R. ORESTANO, voce '*Status*', cit., 383 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 205 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2000, 175.

<sup>22</sup> Altro termine usato nell'ordinamento giuridico romano, che indicava una situazione personale, transitoria, suscettibile di cambiamento come quella (*condicio servilis*) del servo che poteva essere manomesso

<sup>23</sup> Per rafforzare l'idea di staticità degli *status* romani, vedasi la precisa articolazione presente, ad esempio, nella rubrica del titolo 1.5 del Digesto *De statu hominum*.

<sup>24</sup> Ulp. 1 *inst.* D.1.1.1.2.: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*. Per ulteriori approfondimenti: G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1948, *passim*; H. MÜLLEJANS, '*Publicus*' und '*privatus*' im Römischen Recht und im älteren kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung *ius publicum* und '*ius privatum*', München, 1961, X-200; V. HANCA, '*Ius publicum – ius privatum*', in *Studia Universitatis Babeş-Bolyai, Cluj, Series iurisprudentia*, 1963, 7-20; G. CRIFÒ, *Lezioni di storia del diritto romano*, Bologna, 2000, 210 ss.; R. MARTINI, *Antica retorica giudiziaria. Gli*

ove *status*<sup>25</sup> faceva riferimento alla struttura organizzativa della comunità romana o alla considerazione riservata all'uomo di buona reputazione<sup>26</sup> quale esempio dei diversi elementi suscettibili di determinare la condizione di un individuo nella sua articolazione giuridica e sociale.

L'appartenenza ad un gruppo non implicava, però, nella visione dei Romani, solo il riconoscimento di diritti e privilegi in quanto determinava una contestuale insorgenza di precisi e rilevanti doveri, quali l'obbligo del servizio militare in età repubblicana e gli adempimenti di natura tributaria.

La tendenza, tipica dell'epoca contemporanea, ad enfatizzare i diritti scaturenti da una certa posizione giuridica, quasi sminuendo, di contro, i relativi doveri, sembra pertanto del tutto estranea al concetto romano di *status* in coerenza con i principi ispiratori che hanno guidato la nascita e lo sviluppo di quella civiltà.

Questo aspetto appare di grande rilievo tanto che lo si riguardi sotto un profilo meramente concettuale quanto se si lasci, invece, spazio a quelle che appaiono doverose considerazioni di natura morale.

Sembra, infatti, possibile sostenere che nel tempo si sia verificato un vero e proprio ribaltamento dei principi di legittimazione, dei rapporti di causa ed effetto, nonché del ruolo che ciascun individuo poteva e doveva svolgere in un dato contesto sociale.

Una totale diversità di approccio che vede il mondo romano partire dal piano dell'identificazione dei doveri per poi passare a quello

---

*'status causae'. Tra retorica e diritto: considerazioni a margine di Plin. Ep. 4.9, in Studi in onore di Remo Martini, 3, Milano, 2009, 237 ss.*

<sup>25</sup> In merito a tale accezione si evidenzia che il derivato italiano 'Stato', nel significato di ente pubblico astratto, comincerà ad essere utilizzato, prevalentemente dal Machiavelli, solo a partire dal XV secolo: così R. ORESTANO, *Il «problema»*, cit., 187 nt.5; A. SICARI, *Realtà antiche e categorie moderne. Osservazioni metodologiche*, in M.P. Baccari, a cura di C. Cascione, *Tradizione romanistica e Costituzione*, 2, Napoli, 2006, 1680 ss.

<sup>26</sup> Callistrato sostiene come esistano anche altre situazioni da tenere in considerazione che possono incidere sulla condizione socio-giuridica di un individuo quali, in contrapposizione tra loro, l'*existimatio* e l'*infamia*. Call. 1 de cogn. D. 50.13.5.1: *Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur*. R. BONINI, *I 'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1964, 29 ss.

subordinato dei diritti, laddove gli ordinamenti moderni antepongono la definizione e la tutela dei diritti riconosciuti agli individui, ad una precisa e cogente elencazione dei doveri ai quali gli stessi sono assoggettati.

In tal senso nell'esperienza romana risulta ravvisabile una tendenza piuttosto conservativa nei confronti degli *status*, impressione che viene rafforzata dalla disciplina dei processi – *praeiudicia*<sup>27</sup> – riguardanti la contestazione degli stati personali. In tali contesti venivano punite le iniziative temerarie e l'attore poteva essere a sua volta convenuto in giudizio con l'*actio iniurarum* da colui che, avendo subito una contestazione circa il proprio *status* rivelatasi, poi, infondata, poteva ritenere di essere stato diffamato.

Il ricordato bilanciamento fra i diritti ed i doveri legati agli *status*<sup>28</sup> e la tendenziale stabilità di questi ultimi trova ulteriore riscontro nell'evoluzione verificatasi nel tardo Impero Romano, periodo durante il quale si diede corso all'estensione degli *status* a categorie socioeconomiche dotate di rilevanza giuridica<sup>29</sup>. La motivazione alla base di una tale scelta risiedeva, probabilmente, nell'esigenza di assicurare continuità ad alcuni servizi pubblici essenziali<sup>30</sup>. L'essere, quindi, nato libero, cittadino romano e *sui iuris* non era purtroppo sufficiente per

---

<sup>27</sup> P. L. FALASCHI, *Osservazioni sul carattere incidentale o autonomo dei 'praeiudicia'*, in *Ann. fac. giur. univ. Camerino*, 29, 1963, 145-174; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, 24, 1955, 365 nt. 718; ID., *Sulla funzione delle 'formulae praeiudicales'*, in *Scritti in onore di G. Salemi*, Milano, 1961, 121, ora anche in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 2003, 71; C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II. *Il processo formulare*, Torino, 1982, 126 nt. 3.

<sup>28</sup> A. TRISCIUOGGIO, *Concetto*, cit., 13-23.

<sup>29</sup> G. MELILLO, *'Personae'*, cit., 16 ss.

<sup>30</sup> Come, ad esempio, il caso dei battellieri riuniti in corporazione che erano diventati imprescindibili per il trasporto pubblico così come certe dignità, come quella dei *decuriones* – i senatori delle città disseminate nell'Impero, lo erano ai fini della riscossione delle imposte. Per tale motivo, a partire dal IV secolo d.C., furono emanate disposizioni imperiali che, nel sancire l'ereditarietà dell'appartenenza alla propria categoria, erano in realtà intese ad impedire che si potessero abbandonare le categorie stesse. I figli dei battellieri e quelli dei *decuriones* non potranno che appartenere ai rispettivi ordini, di modo che il far parte di tali tipi di gruppi socioeconomici finiva per implicare la soggezione ad obblighi più che il godimento di diritti o di privilegi.

entrare in possesso di quella che noi attualmente definiamo 'capacità di agire', per la quale bisognava che fossero soddisfatte numerose clausole preclusive che attenevano all'età, al sesso, all'eventuale infermità mentale ed alla prodigalità.

### 3. *Capacità giuridica e capacità di agire*

La circostanza che non fosse stata effettuata una compiuta elaborazione della natura e delle differenze concettuali esistenti fra le attuali nozioni di capacità giuridica e di capacità di agire richiede una certa cautela nell'approccio sostanziale agli elementi costitutivi di tali categorie che dunque non sono traslabili e non trovano una corrispondenza omogenea fra i due contesti ordinamentali. Malgrado ciò si ravvisa una maggiore assimilabilità nelle finalità perseguite allorché si prende, ad esempio, in considerazione la distinzione attuata fra il soggetto *impubere*<sup>31</sup>, quello *pubere* e quello minore di venticinque anni, che sino al raggiungimento di tale limite di età era considerato alla stregua di un individuo inesperto. La carenza di una organica elaborazione teorica non impedisce, infatti, di riconoscere che il vero obiettivo perseguito attuando le predette distinzioni era quello di stabilire le condizioni grazie alla cui concorrenza fosse possibile riconoscere la piena capacità di agire e, quindi, la possibilità di compiere atti giuridici rilevanti.

Questo comporta che l'analisi debba essere incentrata sulla valutazione dell'idoneità dei criteri utilizzati, nei singoli casi, per stabilire quando si maturino i requisiti richiesti e quali modalità consentano l'attribuzione della capacità di agire. La comparazione delle diverse modalità che scaturisce da tale analisi porta a riflettere sulla reale efficacia di talune soluzioni, in special modo per quanto attiene al raggiungimento della capacità di agire grazie al mero compimento di una determinata età, secondo quanto previsto negli attuali ordinamenti.

La possibilità di porre in essere atti giuridicamente vincolanti finisce per dipendere, ad eccezione di alcuni casi particolari, dall'accertamento

---

<sup>31</sup> A. BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli 'impuberes' nel diritto romano*, in *AG*, 150, 1956, 9 ss.; ID., voce *Età (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 16, Milano, 1967, 79 ss.

di requisiti che attengono esclusivamente alla sfera 'esterna' dell'individuo.

La mancata previsione di forme di controllo più sostanziali induce, quindi, fondate perplessità sulla reale efficacia di tali modalità di accertamento automatico che non sembrano offrire le dovute garanzie circa il raggiungimento di una vera maturazione psicologica che rappresenta il non eludibile presupposto di una reale capacità di agire.

#### 4. *Tra impuberi e puberi: dagli 'infantes' all' 'infantia maiores'*

L'approccio rimediale tipico dell'ordinamento romano trova conferma nella tematica inerente alla tutela dei minori<sup>32</sup>, per cui è possibile rifarsi ad un frammento di Paolo, riportante il pensiero del giurista Servio, per testimoniare come veniva configurato il concetto di tutela:

Paul. 38 *ad ed. D. 26.1.1 pr.: Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa.*

Servio definisce la tutela come la possibilità, consentita dall'ordinamento, di assoggettare una persona libera ad un potere e una potestà per proteggerla dalla sua incapacità di 'difendersi' da sola a causa dell'età. L'idea di tutela che sembra scaturire dall'esegesi di questo frammento, risulta afferente alla possibilità, prevista dall'ordinamento, di esercitare una 'autorità'<sup>33</sup>: appare, del pari, evidente che l'insieme dei poteri riferiti alla tutela e la natura della stessa venissero concepiti come strumento in grado di garantire la necessaria protezione ai minori

---

<sup>32</sup> G. PUGLIESE, *Appunti sugli impuberi e i minori in diritto romano*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, 4, Milano, 1993, 470 ss.

<sup>33</sup> G. SCHERILLO, *'Pauli de iniuriis liber singularis'*, in *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantesimo anno del suo insegnamento universitario*, Napoli, 1949, 439-450; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *Annali Sem. Giur. Univ. Palermo*, 30, 1967, 103-664; J.M. THOMSON, *'Arra' in Sale in Justinian's Law*, in *The Irish Jurist*, 5, 1970, 179-187.

definiti, appunto, come coloro che, a causa dell'età, non erano in grado di 'difendersi' da soli.

La soggezione alla *patria potestas*<sup>34</sup> non era una situazione temporanea o reversibile<sup>35</sup> e modificava la struttura rimediale garantita al minore<sup>36</sup>. Tale soggezione faceva sì che non fosse sufficiente il raggiungimento di una determinata età<sup>37</sup> affinché il figlio potesse essere ritenuto 'autonomo' e, quindi, capace di porre in essere atti giuridicamente vincolanti. In questo modo si diversificava e penalizzava la situazione del minore rispetto a quella del coetaneo, non soggetto ad una potestà familiare ed affidato ad un tutore<sup>38</sup> che ne salvaguardasse gli interessi patrimoniali, per il quale il requisito dell'età garantiva, invece, la capacità di agire.

---

<sup>34</sup> La presenza, infatti, della *patria potestas* faceva venire meno lo *status familiae*, uno dei tre *status* necessario per considerare un soggetto *sui iuris*.

<sup>35</sup> Questa era considerata permanente e si estingueva solo a seguito di un atto del *pater familias* che emancipava esplicitamente il figlio, in mancanza del quale la situazione poteva mutare unicamente a seguito di vicende che riguardavano personalmente o il *pater*, come la morte, o la persona soggetta, come la *capitis deminutio*. Gai. 1. 160: *Maxima est capitis diminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit*. La *capitis deminutio* era, infatti, la perdita di uno dei tre '*status*' di cui godevano i cittadini Romani: la cittadinanza, la libertà e lo *status familiae*. Vi potevano essere varie tipologie di *capitis deminutio*: si parla di *capitis deminutio maxima* nel caso di perdita della libertà; con la *capitis deminutio media* si realizzava la perdita della cittadinanza; e con la *capitis deminutio minima* venivano abbracciati tutti quei casi di esclusione dalla famiglia, avvenisse per l'ingresso in un'altra famiglia o per la costituzione di una famiglia propria. Vedasi in materia: M. BRETONE, '*Capitis deminutio*', in *Noviss. dig. it.*, 2, Torino, 1964, 916 ss.; R. QUADRATO, *Le 'Institutiones' nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli, 1979, 4 ss.; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 302 ss.; C. FAYER, *La 'familia' romana: aspetti giuridici ed antiquari. 'Sponsalia' matrimonio e dote*, Roma, 2005, 207 ss.; R. SIGNORINI, '*Adisignare libertum*'. *La disponibilità del 'patronatus' tra normazione senatoria ed 'interpretatio' giurisprudenziale*, Milano, 2009, 76 ss.; V. MANNINO, *Introduzione*, cit., 2011, 244.

<sup>36</sup> A. SPINA, *I volti della 'fides' e la 'tutela impuberum'. Dal 'tutor suspectus' al 'falsus tutor'*, Roma, 2018, 54 ss.

<sup>37</sup> A.M. RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas'*, I. *Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979, 408 ss.; A. BURDESE, *Diritto privato romano*, Torino, 1977, 221 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1984, 309 ss.

<sup>38</sup> S. SOLAZZI, *Tutele e curatele*, in *Riv. ital.*, 54, 1914, 17 ss.; S. SOLAZZI, voce *Tutela e curatela (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, 19, Torino, 1937, 912-918; L. FERRARA, *La 'Lex*

L'ottica della protezione del minore non rappresenta, infatti, l'unica motivazione della genesi dell'assoggettamento del minore stesso alla tutela di un altro soggetto, visto che risultava anche espressione di una *potestas* conferita al tutore – assimilabile a quella conferita al *pater* – intesa a garantire i suoi interessi e quelli della sua famiglia<sup>39</sup>. Una simile concezione, ispirata da una precisa logica di tutela del patrimonio familiare, risultava del tutto lineare ed omogenea, in particolare nell'ambito del diritto più antico, con quella che era la struttura autoritativa e patriarcale propria della famiglia romana. Solo intorno al 200 a.C. questa impostazione fu modificata con l'emanazione della *Lex Atilia*<sup>40</sup>, con la quale si prescriveva il potere per il pretore urbano di assegnare all'impubere che ne fosse privo un tutore designato dalla maggioranza dei tribuni. Con tale norma furono attuate due importanti modificazioni della *ratio* perseguita con tale istituto che rappresentano la sintesi dei rilevanti valori sottostanti. Se per un verso, infatti, l'interesse del minore iniziò ad assumere un peso sempre maggiore e la sua tutela a trasformarsi sempre più in un *munus*, per l'altro si verificò una variazione concettualmente molto importante dello stesso angolo visuale della tutela. La circostanza per cui ad un magistrato fosse demandata la cura di quello che, fino a quel momento, era stato considerato come un interesse puramente privato sembra, infatti, realizzare una significativa forma di armonizzazione fra l'interesse pubblico e quello privato. E

---

*Plaetoria*' e la *'cura minorum'*, Filangeri, 24, 1899, 416-424; O. LENEL, *La 'cura minoris' nel diritto classico*, in *ZSS*, 35, Weimar, 1914, 129-213.

<sup>39</sup> Spesso, infatti, la figura del *tutor* sostituiva, in caso di morte, quella del *pater*: dopo la morte del capo della famiglia, il tutore agiva come vicario dell'autorità paterna, soprattutto in riferimento ai soggetti più deboli del gruppo, come ad esempio i minori. M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011, 154.

<sup>40</sup> Il testo di tale *Lex* ci viene riportato da Gaio in *Inst.* 1.185-187: 185. *Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in prouinciis uero a praesidibus prouinciarum ex lege Iulia et Titia.* 186. *Et ideo si cui testamento tutor sub condicione aut ex die certo datus sit, quamdiu condicio aut dies pendet, tutor dari potest; item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus est; qui desinit tutor esse, posteaquam aliquis ex testamento tutor esse coeperit.* 187. *Ab hostibus quoque tutore capto ex his legibus tutor peti debet; qui desinit tutor esse, si is, qui captus est, in ciuitatem reuersus fuerit: nam reuersus recipit tutelam iure postliminii.*

determina, altresì, una svolta concettuale e operativa che porta ad affermare che, da quel momento, la natura dell'istituto non si estrinseca più solo nell'esercizio di un potere ma si permea della preminente finalità di una sostanziale 'protezione' del minore. Idea di protezione che inizia a configurarsi, quindi, non solo in un'ottica patrimoniale ma, anche, secondo una concezione di tutela più propriamente personale.

È forse opportuno sottolineare che nell'ordinamento romano la nozione di minore non corrispondeva ad una formulazione univoca, essendo declinata secondo una triplice articolazione e distinzione tra soggetti *infantes*<sup>41</sup>, soggetti nell'*infantia maiores* e soggetti *puberi*. Quanto ai primi due la distinzione<sup>42</sup> si basava, unicamente, sul criterio dell'età del fanciullo, che, fino al raggiungimento del settimo anno di età<sup>43</sup>, era considerato totalmente incapace perché si riteneva che non fosse in grado di comunicare in modo corretto. Questo tipo di discriminazione si basava su di un'esigenza assolutamente pratica, di cui si comprende la rilevanza e la concretezza ove si consideri che, nella fase iniziale, gli atti giuridici e negoziali erano conclusi principalmente in forma orale<sup>44</sup>. La

---

<sup>41</sup> S. SOLAZZI, *Saggi di critica romanistica. L'età dell' 'infans'*, in *BIDR*, 49, Napoli, 1947, 354; E. ALBERTARIO, *'Infanti proximus' e 'pubertati proximus'*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, 82 ss.

<sup>42</sup> Come osservato dalla Lamberti questa distinzione non viene testualmente citata dalle fonti classiche ma è un sintagma creato successivamente che è divenuto tralaticio e appare utile ad inquadrare maggiormente le distinzioni che venivano poste nella tutela dei minori. F. LAMBERTI, *Su alcune distinzioni riguardo all'età dell'impubere nelle fonti giuridiche romane*, in *Scritti di storia per M. Pani*, Bari, 2011, 213.

<sup>43</sup> Il sette era quasi considerato come un numero 'magico' intorno al quale si riteneva che si dovessero scandagliare gli eventi più importanti della vita umana: come la *civitas* di Roma nasceva da una combinazione di sette (sorgeva sui sette colli, si riteneva che il cielo fosse suddiviso in sette parti), così l'esistenza dell'uomo doveva essere scandita con ritmo settenario. Così ci riporta Gellio il quale si ricollega ad un pensiero di Varrone: Gell., 3.10.16: *Haec Varro de numero septenario scripsit admodum conquisite. Sed alla quoque ibidem congerit frigidiuscula: veluti septem opera esset in orbe terrae miranda et sapientes item veteres septem fuisse et curricula ludorum circensium solemnia septem esse et ad oppugnandos Thebas duces septem delectos*. R. GELSOMINO, *Varrone e i sette colli di Roma. Per il bimillenario romaniaco*, in *Università degli studi di Siena Collana di studi e testi*, I, Siena, 1975, 63.

<sup>44</sup> Da non sottovalutare come nei negozi più arcaici, ad esempio la *mancipatio*, era necessaria per la loro conclusione la pronuncia di parole solenni da parte dei contraenti:

capacità di esprimersi correttamente<sup>45</sup>, ossia la capacità di *fari*<sup>46</sup>, finiva con il coincidere con la capacità di intendere e di volere un determinato atto, in quanto esprimeva in maniera chiara e consapevole la *voluntas* del soggetto<sup>47</sup>.

Di rilievo appare la testimonianza di Teofilo contenuta nelle Parafrasi in cui ci viene riportato non solo il discrimine, legato alla capacità di *fari*, per distinguere un soggetto *infantes* da un *infanti proximi*, ma il raggiungimento di un determinata età – sette o otto anni – quale requisito ulteriore:

Theoph. *Paraphr.* 3.19.10: Ἄλλ' ὅπερ εἰρήκαμεν περὶ τῶν pupillon περι τούτων δηλαδὴ ἀληθὲς ἔστιν οἵτινες ἤδη τῶνγενομένων αἰσθησιν ἔχουσιν· ὁ γὰρ infans ἢ ὁ πρόximos infanti οὐ πολὺ τοῦ μεμνηότος ἀφεστίκασιν· οἱ γὰρ ταύτην

---

ecco allora che la capacità di *fari* appariva più centrale per considerare un soggetto capace di concludere un contratto. M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 274 ss; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, a cura di L. Vacca e F. Sitzia, Torino, 1991, 53 ss.

<sup>45</sup> C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, a cura di A. Corbino e A. Metro, Soveria Mannelli, 2002, 60.

<sup>46</sup> Come attestato dalle fonti contenute in Gai. 28 *ad ed. prov.* D. 46.6.6: *Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillus abest aut dari non potest: nam si praesens sit et dari potest, etiamsi eius aetatis erit, ut non intellegat quid agat, tamen propter utilitatem receptum est recte eum stipulari.* S. SOLAZZI, *Qui infanti proximi sunt*, *Labeo*, 1, 1955, 7-20; A. BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli 'impuberes' in diritto classico*, in *AG*, 150, 1956, 10-66; S. TONDO, *Acquisto del possesso da parte del pupillo*, in *Studi Betti*, IV, Milano, 1962, 363-399. Ed inoltre: Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.1.2: *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.* H.G. KNOTHE, *Zur 7-Jahresgrenze der 'infantia' im antiken Römischen Recht*, in *SDHI*, 48, 1982, 239-256.

<sup>47</sup> Da segnalare la lettura data dalla Lamberti che evidenzia come si potrebbe, addirittura, rinvenire una tripartizione rispetto alla conclusione di negozi in forma orale: una prima fase in cui il soggetto *infantes* non riusciva ad esprimersi, una seconda in cui *qui dari possunt* e, infine, una terza in cui i fanciulli erano tanto in grado di *loqui* quanto di *intellegere*. Tale lettura avallerebbe ulteriormente l'ipotesi di una crescente attenzione nei confronti dell'elemento soggettivo dell'individuo agente e il maggior peso della *voluntas* nella conclusione di un negozio. Per ulteriori approfondimenti: F. LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., 214.

ἄγοντες τὴν ἡλικίαν οὐδεμίαν αἰσθησὶν ἔχειν νομίζονται. ἐπειδὴ δὲ ρύριλλον εἶπον, καθολικῶς μάνθανε ὅτι ἡ τοῦ ρύριλλυ εἰς τρία διαιπεῖται ἡλικία. τῶν γὰρ ρυρίλλων οἱ μὲν εἰσιν *infantes*, οἷον οἱ ἔτι θηλάζοντες καὶ οἱ μικρᾷ μείζονες, οἱ δὲ λέγονται πρόξιμοι *infanti* οἷον οἱ ἀρξάμενοι λαλεῖν καλῶς, οἱ δὲ πρόξιμοι *pubertati*.

καὶ ὁ μὲν *infans* ἐπερωτᾶν οὐ δύναται διὰ τὸ μὴ δύνασθαι φθέγγεσθαι, οὐ μὴν οὐδὲ ὁ πρόξιμος *infanti*, ὁποῖός ἐστιν ὁ ἑβδομον ἢ ὄγδοον ἄγων ἐνιαυτόν. οὗτος γὰρ εἰ καὶ ἐκφορεῖν τὰ ῥήματα δύωται ἀλλὰ διακρίθειν οὐ δύωται ὅ, τίποτε ωοεῖ τὰ λεγόμενα. ὁ δὲ πρόξιμος *pubertati* ἰσχυρῶς ἐπερωτᾷ, ἐπειδὴ καὶ τοῦ ἐκφορεῖν καὶ τοῦ αισθάνεσθαι τῶν λεγομένων ἐστὶ δεκτικός. ἤρесе δὲ οὐ κατὰ τὸ ἀκριβες ἀλλὰ κατὰ φιλάγαθον λογισμόν, ὥστε καὶ πρόξιμον *infanti* ἰσχυρῶς ἐπερωτᾶν, ὥσπερ τὸν τῆ ἡβῆ πλησιάζοντα, ὁ δὲ ὑπεξούσιος ἄνηβος οὐδὲ αὐθεντοῦντος τοῦ πατρὸς ἔνοχος γίνεται<sup>48</sup>.

Partendo dalla situazione del soggetto *infans*, genericamente assimilata a quella del *furiosus*, Teofilo effettua una triplice distinzione tra *infantes* o neonati, *infanti proximi* quali soggetti in grado di parlare correttamente e

---

<sup>48</sup> Il brano in questione può essere posto in relazione con un frammento contenuto nelle Istituzioni di Giustiniano (3.19.10) e una testimonianza gaiana (3.109). In merito alla testimonianza giustinianea si sottolinea come la tripartizione inerente alle tre tappe della crescita del minore fossero ripartite distinguendo tra *pubertati proximi*, *infantes* ed *infanti proximi* ove i *pubertati proximi* erano i soggetti dotati di intelletto, mentre gli *infantes* e gli *infanti proximi* coloro i quali non avevano ancora l' 'intelletto' ed erano per questo accostati al soggetto *furiosus*. Anche la testimonianza gaiana riporta la tripartizione già affrontata ma sul frammento la dottrina si è interrogata sulla possibile interpolazione soprattutto riguardo il passaggio finale «*infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent. sed in his pupillis propter utilitatem benignior iuris interpretatio facta est*». Tutti e tre i frammenti riportano la tripartizione inerente alla 'crescita' del fanciullo con una distinzione fondamentale: solo Teofilo associa esplicitamente un'età (sette/otto anni) al passaggio alla qualità di *infanti proximus*. Per ulteriori approfondimenti vedasi: C. TUMUDEI, *Distinzioni postclassiche riguardo all'età: 'infanti proximus' e 'pubertati proximus'*, Bologna 1922, 23; A. BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli 'impuberes' in diritto romano*, in *AG*, 19, 1956, 57ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 434 nt. 14; A. PALMA, *'Benignior interpretatio'. Benignitas' nella giurisprudenza e nella formazione da Adriano a Severi*. Corso di lezioni, Torino 1997, 87 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *'Annotatiunculae'. Qualche puntualizzazione sull' 'infanti proximus' ed il 'pubertati proximus'*, in *Scritti di storia per Mario Pani*, Bari, 2011, 211 ss.

i *pubertati proximi*. Nel descrivere come, in un primo momento, sia gli *infantes* sia gli *infantes proximi* fossero stati considerati incapaci di concludere atti negoziali, fa altresì presente, come successivamente, per gli *infantes proximi* che avessero compiuto i sette od otto anni di età si consolidò una prassi conservativa – una sorta di *benignor interpretatio* – volta a mantenere le *stipulationes* da questi concluse in qualità di soggetti *pubertati proximi*<sup>49</sup>.

Il successivo distinguo formale fra *impuberi* e *puberi* era invece basato su una motivazione completamente diversa da quella dell'età. Fin dall'epoca più arcaica tale distinzione era fissata al compimento del dodicesimo anno di età per le ragazze<sup>50</sup>, mentre dipendeva dall'esito di un'ispezione corporale per i ragazzi<sup>51</sup>. In questo caso la *ratio* sottesa alla distinzione non verteva più sul conseguimento di un certo grado di maturità intellettuale o di un sufficiente livello di esperienza di vita, ma sul raggiungimento di una conclamata maturità sessuale, in senso

---

<sup>49</sup> F. LAMBERTI, *Su alcune distinzioni*, cit., 220; B. ALBANESE, *Personae*, cit., 434 nt.13. Per ulteriori approfondimenti sull'originalità della Parafrasi di Teofilo: C.A. MASCHI, *La Parafrasi greca delle Istituzioni attribuita a Teofilo e le glosse a Gaio*, in *Scritti Ferrini Pavia*, Milano, 1946, 321 ss.; B. SANTALUCIA, *Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo*, in *SDHI*, 31, 1965, 171 ss.; G. FALCONE, *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, in *RHD*, 68, 2000, 417 ss.

<sup>50</sup> L'identificazione della pubertà delle ragazze fissata a dodici anni non aveva particolare importanza in quanto determinava solamente il passaggio dalla tutela dell'impubertà alla tutela muliebre, il cui contenuto non si distanziava profondamente da quello della prima. G. PUGLIESE, *Tutela*, cit., 475.

<sup>51</sup> Il passaggio all'età pubere veniva celebrato con una cerimonia socio-religiosa che segnava la fine della fanciullezza e comportava, oltretutto, l'abbandono della *toga praetexta* e l'assunzione di quella *virilis* o *pura* (come ci testimonia Cicerone nel suo *ad Attico* 6.1.12: *Cicerones pueri amant inter se, exercentur, sed discunt, alter, uti dixit Isocrates in Ephoro et Theopompo, frenis eget, alter calcaribus. Quinto togam puram Liberalibus cogitabam dare; mandavit enim pater. ea sic observabo quasi intercalatum non sit. Dionysius mihi quidem in amoribus est; pueri autem aiunt eum furenter irasci; sed homo nec doctior nec sanctior fieri potest nec tui meique amantior*). La cerimonia soleva svolgersi il 17 marzo, giorno che nel calendario romano coincideva con la festa dei *Liberalia*.

intrinsecamente fisiologico, che demarcava il passaggio alla 'giusta' età<sup>52</sup> per non essere più considerati *impuberes*.

Da quanto precede, dunque, discende che la piena capacità di agire era considerata, nell'ordinamento romano, la naturale ed automatica conseguenza del raggiungimento, da parte del soggetto, di una piena maturità sessuale e che non fosse, di conseguenza, necessario procedere ad alcun ulteriore tipo di verifica, con particolare riguardo ad eventuali accertamenti di tipo psicologico, per sancire il definitivo passaggio dalla condizione di *impubere* a quella di *pubere*. Un'impostazione sicuramente peculiare, che univa la scelta di un'età molto precoce all'unico requisito della 'maturità' sessuale e che rifletteva un'esigenza interna alla società romana indotta dalla sua struttura organizzativa. La logica sottesa appare, infatti, del tutto coerente con quello che non poteva che essere un obiettivo primario di una comunità sicuramente rudimentale, con una *civitas* a conformazione 'pubblica' ancora marcatamente agropastorale, ma anche in progressiva trasformazione e con un potenziale di crescita che si traduceva in una forte spinta all'espansione. Una società con tali caratteristiche non poteva che avere l'obiettivo di aumentare la propria popolazione in tempi brevi e nella maggiore misura possibile, quale logico ed imprescindibile presupposto

---

<sup>52</sup> Nel periodo classico il requisito per i ragazzi vide un'integrazione che affiancò all'ispezione corporale il compimento del quattordicesimo anno di età. Questo avvenne in aderenza alla visione della scuola proculiana – mentre rimasero di contrario avviso i sabiniani - che considerava tale età quale requisito sostanziale per l'acquisizione della capacità di porre in essere atti giuridicamente vincolanti. Quest'ultima concezione finì con il prevalere, ma questo avvenne solo con Giustiniano che, tenendo anche in maggior conto le esigenze di rispetto della dignità della persona, stabilì i quattordici anni di età quale unico requisito necessario per poter ritenere un fanciullo maggiorenne, abolendo definitivamente l'*inspectio corporis* come ci viene testimoniato in C. 5.60.3 *IMP. IUSTINIANUS A. MENAE PP. Indecoram observationem in examinanda marum pubertate rescentes iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere indicantur, ita et mares post excessum quattuordecim annorum puberes existimentur, indignatione corporis inbonesta cessante. D. VIII ID. APRIL. CONSTANTINOPOLI DECIO VC. CONS. A.B. SCHWARZ, Die justinianische Reform des Pubertätsbeginns und die Beilegung Juristischer Kontroversen, in ZSS, 69, 1952, 345-387; C. CASTELLO, Sull'età dell'adottante e dell'adottato in diritto romano, in *Annali fac. giur. univ. Genova*, VII, 1968, 293-373.*

non solo della sua continuità ma anche della sua possibilità di crescita e di affermazione. La sintesi delle varie esigenze ha portato a cercare un percorso che fosse il più semplice ed efficace per il raggiungimento dello scopo, che fu individuato nel rendere emancipati ed autonomi i vari *filii familias* non appena questo potesse diventare possibile. La scelta di rendere una, sotto diversi aspetti, prematura presunzione di maturità sessuale il perno di tale vitale meccanismo si rivelò efficace, perché fu in grado di assicurare da un lato la continua formazione di nuovi nuclei familiari e dall'altro la continuità del lavoro avviato dalla famiglia di origine.

Si consideri che, quantunque il termine '*impubes*' non possa essere tradotto come 'incapace', nella pratica rifletteva tale concetto portando alla distinzione, nella reale prassi giuridica, fra la capacità giuridica e la capacità di agire<sup>53</sup>. Questo fece sì che in epoca classica e postclassica fossero considerati automaticamente invalidi gli atti posti in essere da soggetti che non avevano raggiunto l'età richiesta, a meno che gli stessi non fossero ratificati dal tutore mediante l'interposizione dell'apposita *auctoritas*. La circostanza che gli atti posti in essere da un minore debbano essere sottoposti alla ratifica di un soggetto responsabile del minore stesso, quale ad esempio il tutore, non risulta dissimile da quanto si riscontra, nei moderni ordinamenti civilistici, in relazione alla produzione di atti da parte di minori soggetti alla potestà genitoriale o a quella di un tutore legale. Tale possibilità di ratifica non aveva, tuttavia,

---

<sup>53</sup> L'utilizzo del termine *capax* all'inizio identificava l'attitudine di un soggetto a prendere i beni ereditari (come testimoniato Pap. 6 *resp.* D. 28.5.81 e Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 34.3.29); solo successivamente, in epoca classica, abbiamo testimonianza di come il termine *capax*, nell'accezione aggettivale, fosse utilizzato per indicare la qualità di un soggetto ritenuto idoneo psichicamente a voler danneggiare altri e, quindi, adatto ad essere considerato centro di imputazione della relativa responsabilità (si veda: Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.5.2 e Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.4.3.2). A. BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli impuberes in diritto classico*, in *AG*, 150, 1956, 10-66; A. BISCARDI, *L'imputabilità dell'atto delittuoso in diritto romano*, in *Apollinaris*, 52, 1979, 150-165; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, 21 ss.

valenza generale atteso che la sostituzione dei 'giovani'<sup>54</sup> poteva avvenire solo, nel caso degli *infantes*, nel compimento degli atti di amministrazione e di disposizione dei loro beni e, per quanto riguarda, invece, gli *infantia maiores* attraverso l'integrazione della volontà attuata mediante l'*auctoritas*. L'ambito di possibile applicazione era, quindi, principalmente rappresentato dai negozi giuridici, mentre per gli atti quali il matrimonio, l'*adrogatio* o il testamento, non era consentito derogare al criterio del compimento dell'età pubere e non poteva farsi, quindi, ricorso all'*auctoritas* del tutore

### 5. *La tutela dei minori di venticinque anni*

Un'importante regola che emerge dapprima a livello casistico e che rappresenta un significativo aspetto dell'evoluzione del sistema di tutela dei minori nell'ambito dell'ordinamento romano, sembra derivare dalla consapevolezza che la precocità dei requisiti fissati per l'acquisizione dell'equivalente della capacità di agire potesse minare ed essere di ostacolo alla capacità del fanciullo di porre in essere atti giuridicamente vincolanti. Conseguenza di tale consapevolezza fu la previsione di un sistema di tutela per i minori di venticinque anni<sup>55</sup>, nel presupposto che, pur avendo maturato il requisito della pubertà, la capacità del giovane potesse essere inficiata dalla sua inesperienza<sup>56</sup>. L'adozione di una previsione normativa<sup>57</sup> coincise, non a caso, con un periodo di notevole

---

<sup>54</sup> G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli, 1978, 39 ss.

<sup>55</sup> G. CERVENCA, *Studi sulla 'cura minorum'. 'Cura minorum' e 'restitutio in integrum'*, in BIDR, 75, Milano, 1970, 245.

<sup>56</sup> Tanto era sentita la tutelata dei minori di venticinque anni che gli venne dedicato un titolo del libro quarto del Digesto, *De minoribus viginti quinque annis*.

<sup>57</sup> Tale correttivo fu introdotto con la *lex Laetoria o Plaetoria de circumspicione adulescentium* del II sec. a.C. che rese possibile richiedere una tutela e la conseguente, eventuale inefficacia dell'atto giuridico in caso di comprovato raggiro posto in essere dal maggiorenne. Nel processo formulare, infatti, il pretore poteva concedere al minore citato in giudizio l'*exceptio Legis Plaetoriae* per paralizzare le pretese dell'attore oppure, se gli effetti del negozio si erano già esauriti, la possibilità di richiedere la *restitutio in integrum ob aetatem*. Conseguenza diretta di tale ulteriore tutela, per cui mi sento di condividere la lettura data

intensificazione dei traffici commerciali a seguito della continua espansione di Roma, periodo durante il quale lo sviluppo delle attività economiche e delle transazioni finanziarie aveva fatto emergere l'impreparazione a tali fini dei giovani, che incorrevano sempre più frequentemente nel rischio di essere raggiunti dall'altro contraente<sup>58</sup>.

La confutazione del raggio del minore non comportava direttamente l'invalidazione dell'atto, poiché la condanna prevista per chi avesse indotto il minore stesso a compiere un atto per lui pregiudizievole consisteva, semplicemente, nel versamento di una somma di denaro. In tal modo si otteneva solo un parziale ristoro ma non si impediva che la *circumscriptio* raggiungesse, comunque, il suo scopo consentendo all'autore di garantirsi il risultato voluto. Tale situazione inficiava, di fatto, la *ratio* normativa, non riuscendo ad evitare che si producessero, in ogni caso, gli effetti che si volevano impedire, e creò le condizioni per incentivare interventi correttivi da parte dei pretori, sul tipo dell'editto '*de minoribus vigenti quinque annis*'<sup>59</sup> con cui veniva prevista una *restitutio in integrum* del bene oggetto del negozio.

---

dal Sitzia, fu che «questa normativa fece sì che i maggiorenni fossero indotti a non avere rapporti patrimoniali con i minori di venticinque anni la cui posizione privilegiata portò così di riflesso ad una limitazione di fatto, se non di diritto, della capacità di agire». F. SITZIA, voce *Tutela e curatela (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, 19, Torino, 1957, 918-919; G.G. ARCHI, voce *Curatela (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 11, Milano, 1962, 489-493.

<sup>58</sup> G. PUGLIESE, *Appunti*, cit., 480.

<sup>59</sup> Questi ultimi cominciavano a godere di una maggiore libertà grazie all'introduzione del processo formulare e si avvalsero dell'*aequitas* per iniziare a concedere provvedimenti che garantissero una reale tutela al minore muovendosi secondo due piani di azione paralleli. Nel caso in cui il minore fosse chiamato in giudizio, per tutelarlo dagli impegni assunti in maniera ingannevole e paralizzare gli effetti di un'eventuale condanna, gli veniva concessa un'*exceptio* così come testimoniato in Paul.3 *ad Plaut.* D. 44.1.7.1: *Rei autem cobaerentes exceptiones etiam fideiusoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussoi. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fideiussoi competit. Idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fideiusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto: quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussoi danda est exceptio.* L. DE SARLO, *Sulla dottrina della 'causa petendi' nel diritto romano*, in *BIDR*, 51, 1948, 99-186. Qualora, invece, l'atto avesse, già, avuto pratica attuazione l'inesperto poteva ottenere, anche nel caso in cui non fosse stato chiamato in giudizio, di

Un esempio pratico di tale correttivo pretorio ci viene testimoniato da Ulpiano:

Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.13.1: Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum. Ut puta rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio. Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emptor rursus eum alienavit, si quidem emptor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam: si ignoravit et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam: sin vero non esset solvendo, aequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emptor est.*

Nel suo commentario all'editto Ulpiano ci riporta un caso di doppia vendita, in cui il primo venditore risultava essere un minore di venticinque anni, evidenziando la possibilità di quest'ultimo di ottenere la reintegrazione del bene, alienato a seguito di un negozio 'viziato', anche dal soggetto con cui non aveva concluso nessun contratto<sup>60</sup>. Mediante, infatti, la concessione di una cognizione pretoria era possibile per il minore richiedere la restituzione del bene, sulla base dell'editto *de minoribus viginti quinque annis*, al soggetto risultante in quel momento possessore. Nel motivare la soluzione Ulpiano riporta un pensiero

---

essere sollevato dagli effetti che si erano prodotti avendo la possibilità di richiedere una *restitutio in integrum ab aetate* che risolvesse l'atto da lui compiuto. Per ulteriori approfondimenti sulla tematica della *restitutio in integrum*: M. SARGENTI, *Studi sulla 'restitutio in integrum'*, in *BIDR*, 49, Napoli, 1966, 2 ss.; E. CARRELLI, *'Decretum' e 'sententia' nella 'restitutio in integrum'*, I, Bari, 1938, 129 ss.; B. KUPISCH, *'In integrum restitutio' und 'vindictio utilis' Eigentumsübertragungen im klassischen Römischen Recht*, Berlin, 1974, 113 ss.

<sup>60</sup> G. IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958, 12 ss.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla 'restitutio in integrum'*, Milano, 1965, 61 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*, in *Pubbl. della fac. giur. dell'univ. di Napoli*, 128, Napoli, 1971, 5 ss.; B. KUPISCH, *'In integrum'*, cit., 113 ss.; M. KASER, *Zur in 'integrum restitutio', besonders wegen metus un dolus*, in *ZSS*, 94, 1977, 101-183.

labeoniano basato sulla buona fede<sup>61</sup>: nel caso in cui il secondo compratore fosse a conoscenza del negozio viziato, risultando, quindi, in mala fede, era possibile per il minore esperire la *restitutio* nei suoi confronti. Qualora invece il secondo compratore fosse stato in buona fede e, soprattutto, il primo compratore avesse adempiuto alla sua obbligazione, non sarà concessa la *restitutio* ma sarà possibile per il minore rifarsi sul primo compratore; viceversa, se il primo compratore *non esset solvendo*, Labeone riteneva più equo tutelare il minore, anche nei confronti del compratore in buona fede, in quanto altrimenti non avrebbe potuto recuperare il bene incautamente venduto o il suo valore<sup>62</sup>.

Dal caso riportato si può vedere come l'ordinamento romano<sup>63</sup> avesse, quindi, articolato, nel corso degli anni, un sistema di tutela dei minori molto graduale, secondo una concezione diametralmente opposta rispetto a quanto previsto sia nel nostro attuale ordinamento sia nella maggior parte degli ordinamenti moderni. Partendo, infatti, dal considerare il soggetto maggiorenne esclusivamente sulla base della sua

---

<sup>61</sup> Sul ruolo della *bona fides* si rinvia brevemente a: L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961, 165 ss.; M.J. SCHERMAIER, 'Bona fides' in *Roman Contract Law*, in *Good faith in European Contract Law*, a cura di R. Zimmermann e S. Whittaker, Cambridge, 2000, 63-92; M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 1 ss.; M.J. SCHERMAIER, 'Bona fides' in *römischen Vertragsrecht*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2003, 387-416; E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, 147 ss.; R. FIORI, 'Fides' e 'bona fides', *Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, a cura di R. Fiori, Napoli, 2008, 238 ss.; R. CARDILLI, *Bona fides' tra storia e sistema*, Torino, 2010, *passim*;

<sup>62</sup> L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012, 163.

<sup>63</sup> Bisogna evidenziare, a tale proposito, che la circostanza che la tutela accordata al minore fosse stata sancita dall'azione pretoria determinava, per un verso, che nel *ius civile* l'atto apparisse e rimanesse valido e, per l'altro, che lo stesso atto venisse invalidato nel *ius praetorium*, senza, oltretutto che venisse dichiarata l'incapacità del minore.

età, si passò a tenere nella giusta considerazione anche un parametro rilevante quale quello dell'inesperienza, suscettibile di compromettere la liceità della conclusione dell'atto giuridico. Questo correttivo si rese necessario proprio per arginare gli effetti negativi causati dall'aver fissato il raggiungimento della maggiore età in un momento assai precoce con la conseguente esigenza di un'efficace tutela per tutti quei soggetti che si affacciavano al mondo del commercio senza essere salvaguardati dalla famiglia e senza possedere quel minimo di esperienza che consentisse loro di riconoscere un raggio. Si tratta di un ulteriore segno rivelatore della costante evoluzione e del continuo divenire insiti nella società romana che, per effetto delle conquiste territoriali e del conseguente incremento dei traffici commerciali, stava perdendo la precedente connotazione di organizzazione di stampo agropastorale per trasformarsi in una *societas* a vocazione principalmente commerciale. La modificazione della struttura economica e sociale conseguente all'espansione militare<sup>64</sup> ha determinato, anche, una diversa definizione degli obiettivi perseguiti dall'ordinamento. Le conquiste e la continua annessione di nuovi territori hanno fatto sì che l'obiettivo principale non fosse più quello, tipico della prima fase di sviluppo della società romana, di perseguire il massimo sviluppo demografico. È, infatti, maturata la consapevolezza della prioritaria importanza di disporre di un assetto negoziale adeguato alle nuove esigenze anche per quanto riguarda la correlata implementazione del relativo sistema di tutela.

In tale contesto l'esistenza di un istituto quale quello della *cura minorum* era inteso a garantire la protezione del singolo mediante un'orientata articolazione delle forme di tutela concesse ai soggetti più deboli quale, ad esempio, la tutela dei minori dai rischi insiti nello svolgimento di attività commerciali intraprese con un bagaglio di esperienza che non poteva che essere necessariamente modesto.

---

<sup>64</sup> L'avvio di tale periodo è da rinvenirsi nelle guerre puniche che Roma combatté contro Cartagine, intorno al III sec. a.C., per il controllo dei traffici commerciali e dei territori fino allo Stretto di Messina.

Questo porta a ritenere che l'offesa alla persona<sup>65</sup> fosse percepita e contrastata alla stregua di una vera e propria minaccia all'interesse pubblico e che, anche un ordinamento non privo di contraddizioni dal punto di vista della gestione del *populus* quale quello romano, avesse iniziato ad occuparsi dei reali problemi della 'persona' in quanto tale.

6. *Brevi osservazioni sull'evoluzione dei criteri di accertamento della maggiore età dal Medioevo all'attualità.*

Nel quadro fin qui delineato parrebbe utile inserire alcune brevi osservazioni sull'evoluzione delle finalità e dei criteri perseguiti nel periodo medioevale ai fini dell'accertamento della maggiore età quale fase di raccordo fra l'impostazione romana e quella che sarà adottata nelle successive codificazioni. Da un punto di vista generale va premesso che sia il criterio mediante il quale si definiva il significato del termine 'impubere' sia le regole che determinavano la fine dell'età impubere subirono delle modificazioni che, per effetto dell'intervenuta frammentazione di quello che aveva rappresentato, per tanti secoli, un sistema unitario ed omogeneo, portarono a delle differenziazioni localizzate per aree geografiche. Se volgiamo lo sguardo ai territori bizantini, all'Italia meridionale, alla Sicilia ed alla Sardegna riscontriamo un notevole cambiamento nell'individuazione della soglia della maggiore età che i fanciulli varcavano solo al compimento del diciottesimo anno di età. Di segno opposto e più in continuità con la precedente impostazione romana fu il criterio adottato dai Longobardi che mantennero quello dei dodici anni fino al periodo del regno di Liutprando, che lo innalzò sino a 18 anni<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> S. TAFARO, *Centralità*, cit., 133.

<sup>66</sup> In questo quadro la figura della donna risultava soggetta ad un ulteriore 'controllo' non dovuto all'età ma al sesso e di conseguenza permanente: il *mundio*. Con tale istituto si identifica un vincolo alla capacità di agire della donna, dall'età medievale, che si manifestava nella necessità di approvazione, da parte del marito o di uno dei familiari, degli atti di disposizione della proprietà di cui erano titolari senza contare le eventuali procedure mediante le quali era loro consentito di porre in essere atti sul proprio patrimonio personale e concludere, quindi, negozi validi. Le norme inerenti alla

Ancora diversa e senza l'individuazione di un termine fisso ed univoco risulta, poi, l'impostazione seguita dai Germani che si conformavano ad un criterio generale secondo il quale *virtus facit legitimam aetatem*, di modo che la fine dell'età minore coincideva con il momento della solenne vestizione delle armi. La situazione subì un'ulteriore frammentazione allorché subentrò una nuova distinzione che finì per differenziare il conseguimento della maggiore età in funzione della classe sociale di appartenenza<sup>67</sup>.

Nella penisola italica le regole desumibili dagli statuti vedono la più ampia e diversificata scelta dei criteri atteso che, in alcuni casi, si tenne fermo il termine dei dodici anni, in altri di quattordici o di diciotto anni, come a Firenze, Lucca e Novara, non mancando, anche, quello del compimento dei venti o, addirittura, dei venticinque anni che fu il criterio adottato a Milano e nel Friuli. Solo in un secondo tempo la situazione si indirizzò verso una maggiore omogeneità e si arrivò, anzi, alla previsione elaborata dai giuristi nell'alveo dei loro predecessori

---

capacità di agire femminile contengono, infatti, una perdurante e irrisolvibile ambivalenza, che si esplica nel fatto che sono da intendersi non esattamente come divieti bensì come procedure attraverso cui le proprietà femminili sono gestite e impiegate in operazioni concrete e valide da parte delle titolari. Anche su tale istituto, però, non c'è un'uniformità legislativa ma la soggezione femminile, in particolare al controllo maritale, permane nel corso dei secoli. Per ulteriori approfondimenti sul tema: E. CORTESE, *Per la storia del 'mundio' in Italia*, in *Riv. it. sc. giur.*, 8, 1955, 324-474; T. J. KUEHN, *Figlie, madri, mogli e vedove. Donne come persone giuridiche*, in *Tempi e spazi di vita femminile tra medioevo ed età moderna*, a cura di S. Seidel Menchi, A.J. Schutte e T.J. Kuehn, Bologna, 1999, 431-460; M. FIORAVANZO, *Sull'autorizzazione maritale. Ricerche sulla condizione giuridica femminile nell'Italia unita*, in *Clio*, 30, 1994, 641-725

<sup>67</sup> Tale conseguenza fu determinata dal peculiare assetto dei feudi, per i quali si registrava sempre più spesso l'obbligo della milizia che produceva quale effetto collaterale che il coscritto finisse per entrare nella maggiore età in un momento diverso da quello in cui ciò avveniva ai fini dei rapporti di diritto comune. Poiché nella gran parte dei paesi europei i feudi rientravano nella sfera di competenza della nobiltà, l'effetto combinato delle predette norme fu che l'appartenere o meno alle classi nobili determinava, anche, un momento diverso per la fine della minore età. Stato di cose che in Francia durò molto a lungo, fino al 1780, anche estendendosi al di fuori della sola classe dei nobili, e che in Inghilterra portò invece ad una duratura distinzione fra il borghese ed il contadino.

romani, di due periodi propedeutici alla maturazione della piena capacità di agire. Il primo di tali periodi si concludeva con il compimento del diciottesimo anno di età, a decorrere dal quale si otteneva la piena amministrazione e la libera disposizione dei beni ma solo subordinatamente all'obbligatoria assistenza dei parenti o di un giudice. Tale stato di cose perdurava per sette anni, ossia per il lasso temporale intercorrente fra il termine dei diciotto anni e quello dei venticinque anni, previsto dal periodo successivo ai fini della maturazione della piena capacità di agire, portando di fatto a distinguere nuovamente fra pubertà e maggiore età. Il periodo storico avviatosi con il Medioevo<sup>68</sup> rappresenta, dunque, per quanto attiene alla regolamentazione della capacità di agire, una sorta di raccordo, frastagliato e disomogeneo, fra i risultati cui erano pervenuti i romani e quelli che sarebbero stati oggetto delle successive codificazioni. Questo, anche, perché un'analisi 'qualitativa' incentrata sull'elaborazione dei presupposti delle scelte di volta in volta adottate, dimostra, al più, un 'mantenere' quanto raggiunto dall'ordinamento romano. Non è, infatti, possibile rilevare significativi passi in avanti nei criteri che supportavano l'attribuzione della capacità di agire e nei correlati meccanismi di tutela, per i quali permaneva un criterio formale che la regolava in maniera decrescente al crescere dell'età.

La breve rassegna svolta dimostra come, ad una prima considerazione, si appalesi una sorta di 'arbitrarietà'<sup>69</sup> nei meccanismi utilizzati nel tempo, secondo una metodologia rimasta invariata nel corso dei secoli, per definire i parametri in base ai quali un giovane potesse o meno essere considerato capace di agire. E l'ordinamento italiano non risulta del tutto estraneo a questo genere di riflessioni ove si

---

<sup>68</sup> E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, Roma, 1995, *passim*.

<sup>69</sup> Il raggiungimento della piena capacità di agire è, quindi, completamente rimesso al solo raggiungimento di una determinata età, escludendo qualsiasi accertamento in concreto: che si tratti di una 'verifica' dei requisiti di conoscenza minima in campo giuridico-economico o che sia subordinato, ad esempio, alla frequenza di un corso di preparazione. Probabilmente non si è del tutto consci dell'enorme potere che viene lasciato ai neomaggioranni ed ai rischi subordinati alla mancanza di requisiti ulteriori per definirli veramente *sui iuris*.

consideri che, in età moderna, lo stesso ha conosciuto due diverse 'stagioni' in merito a quando fosse possibile considerare un minore adulto e, quindi, responsabile degli atti giuridici dal medesimo posti in essere; il relativo requisito è rimasto, infatti, fissato al ventunesimo anno di età sino alla riforma del diritto di famiglia del 1975 nell'ambito della quale fu sostituito da quello del diciottesimo anno. Volgendo lo sguardo verso gli altri stati del mondo moderno riscontriamo un preponderante livellamento sul requisito dei diciotto anni, ancorché si rilevino non poche eccezioni per quanto riguarda la materia matrimoniale e l'attività imprenditoriale. Questa significativa convergenza non impedisce, però, il permanere di numerose situazioni basate su presupposti non omogenei e spesso notevolmente divergenti, che determinano un ventaglio di soluzioni molto ampio i cui estremi sono rappresentati, per un verso, dall'Iran, per la particolare situazione della donna che viene considerata maggiorenne già al compimento dei nove anni, secondo un criterio la cui precocità supera di gran lunga perfino quella dei romani, e, per l'altro, il Porto Rico o l'Egitto che sono tuttora ancorati al requisito dei ventuno anni. Rispetto a tale quadro la situazione della Germania costituisce un'importante eccezione con profili molto peculiari da un punto di vista concettuale. Basti pensare che i §§ 104 e 106<sup>70</sup> del BGB, mostrando una chiara eredità dalla cultura pandettistica, prevedono un trattamento differente se il minore ha più o meno dei sette anni di età. In particolare, il soggetto che non ha, ancora, compiuto i sette anni di età viene

---

<sup>70</sup> §104: Geschäftsunfähig ist: 1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat; 2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. §106: Ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist nach Maßgabe der §§ 107 bis 113 in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. § 104: «Incapacità negoziale: è giuridicamente incapace: 1. Chi non ha ancora compiuto il settimo anno di età; 2. Chi si trovi in uno stato, che esclude la libera formazione della volontà, di disturbo patologico dell'attività intellettuale, a meno che tale stato, per sua natura, sia transitorio». Ai §§ 106 e seguenti vengono, invece, descritte in maniera dettagliata le attività che i minori di sette anni possono porre in essere e a cui l'ordinamento tedesco riconosce validità giuridica. Sul tema vedasi: D.S.M. LÖHNIG, *La legge sulla limitazione di responsabilità del minore*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 1215 ss.; H. DESCHENAUX, P.H. STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, Stämpfli, 2001, 27.

considerato legalmente incapace, mentre per i minori che hanno più di sette anni e meno di diciotto<sup>71</sup> viene sancita una capacità di agire limitata. Ed è agevole riscontrare, nella diversità di tale approccio rispetto ai modelli vigenti, quasi un retaggio della cultura romana che, come abbiamo visto, aveva elaborato un sistema di tutela improntato a criteri di gradualità, i cui livelli erano scanditi in funzione dello sviluppo della capacità di discernimento del fanciullo.

### 7. *Considerazioni conclusive*

Per cominciare a trarre alcune conclusioni in merito a quanto sin qui esposto, possiamo partire da un dato, forse l'unico, connotato da prerogative di generalità e certezza: il concetto di capacità di agire è intensamente influenzato dall'evoluzione del pensiero giuridico ed è suscettibile di interpretazioni e metodi applicativi conformi alle scelte operate nel tempo dalle diverse civiltà. Portando a sintesi gli elementi sin qui analizzati di natura tanto sostanziale quanto formale, tale concetto risulta definibile come la capacità di porre in essere fatti giuridici e di provocare la costituzione di effetti giuridici a cui è connessa la possibilità di rilevare interessi pratici previsti dal diritto o incidere su di essi<sup>72</sup>. Nella definizione è, quindi, insito un parametro che potremmo definire di relatività, intendendo per tale la variabilità del concetto in base al tipo di atto che si vuole porre in essere ed all'età o alla situazione giuridica di un determinato soggetto. Ed è in relazione a tali caratteristiche che possono

---

<sup>71</sup> Ricordiamo, inoltre, il § 21 del codice civile austriaco del 1811 il quale distingue sostanzialmente seguendo la tripartizione romana: bambini fino ai 7 anni, minori fino ai 14 anni e altri minori fino ai 25 anni. Nell'attuale disposizione, invece, si è mantenuta solamente una bipartizione fra minori di 14 anni e minori di 18 anni come di seguito riportato: Minderjährige und Personen, die aus einem anderen Grund als dem ihrer Minderjährigkeit alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen nicht vermögen, stehen unter dem besonderen Schutz der Gesetze. Sie heißen schutzberechtigte Personen. (2) Minderjährige sind Personen, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben; haben sie das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, so sind sie unmündig

<sup>72</sup> A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 10, Milano, 1960, 16.

insorgere perplessità e scaturire interrogativi allorché ci si ponga la domanda, da un punto di vista più conclusivamente valutativo, se sia veramente sufficiente il mero compimento di una determinata età per considerare un giovane pienamente in grado di comprendere gli effetti degli atti di cui risulta legittimato a porli in essere grazie alla 'capacità' acquisita. O se a tal fine non sarebbe più opportuno, in particolare sotto il profilo dell'efficacia dell'accertamento della 'maturità' del singolo, adottare modalità che non siano esclusivamente formali, essendo basate sul riscontro di elementi effettivi e sostanziali. Dubbi ed interrogativi che integrano una problematica sicuramente dibattuta già nell'ambito della definizione della disciplina formatasi nell'ordinamento romano, al punto da arrivare, come abbiamo visto, a garantire un'ulteriore tutela ai minori di venticinque anni a causa della condivisa valutazione dell'inesperienza di questi ultimi. Viceversa, la circostanza di essere tornati, ai nostri giorni, quasi generalmente ad un criterio meramente quantitativo, sembrerebbe indicare un radicale cambiamento di approccio che potrebbe essere visto anche come una sorta di passo indietro. A livello dottrinario<sup>73</sup> non mancano dubbi a tale proposito, che vengono posti in relazione ad una più specifica e meno astratta definizione del concetto di capacità. Laddove, ad esempio, venga privilegiata, come parametro di riferimento, una chiave di lettura 'economica' del concetto di capacità, ponendolo, quindi, in connessione al fatto che «il soggetto possieda la maturità sufficiente a valutare la convenienza economica degli atti che compie»<sup>74</sup>, il solo raggiungimento di quella che viene definita 'maggiore età' non viene valutato il modo più efficace per qualificare un soggetto come capace di agire. Avendo, prima, sottolineato la relatività del criterio nel

---

<sup>73</sup> Si riportano alcune delle voci più autorevoli della dottrina civilistica italiana in materia: A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 60 ss.; P. RESCIGNO, *Situazione e 'status' nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1973, 209 ss.; N. LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Studi in onore di Angelo Falzea*, I. *Teoria generale e filosofia del diritto*, Milano, 1991, 391 ss.; F.D. BUSNELLI, *Capacità*, cit., 87 ss.; S. RODOTÀ, *Dal soggetto*, cit., 37 ss.; P. ZATTI, *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti 'dell'uomo'*, in *Il diritto civile tra principi e regole. 'Liber amicorum' per Francesco D. Busnelli*, 2, Milano, 2008, 121 ss.

<sup>74</sup> P. RESCIGNO, voce *Capacità*, cit., 861 ss.

suo divenire storico, l'annosità della problematica inerente all'adeguatezza del criterio stesso ai fini della valutazione della 'maturità' può essere, in un certo senso, data per scontata, visto che il grado di maturazione e di coscienza di un giovane tende a mutare in relazione all'epoca storica in cui si sviluppa il suo percorso di vita. E non appare, quindi, sorprendente né, tantomeno, privo di fondamento chiedersi se, in una società in cui il compimento della maggiore età coincide con il termine delle scuole secondarie, un soggetto possa essere ritenuto giuridicamente maturo sulla base di un mero criterio di anzianità. Anche, perché, questa anticipazione incondizionata appare in singolare controtendenza rispetto all'estensione quantitativa e qualitativa dell'esistenza umana, le cui tappe, fino a tempi recenti, erano scandite in maniera molto più ravvicinata; nonostante questo, il compimento della maggiore età era previsto in un momento successivo rispetto a quello attuale, cosa che potrebbe alimentare ulteriori perplessità considerato che il nuovo requisito dovrebbe garantire una piena capacità di agire nei termini previsti dal nostro codice civile. Il livello di maturazione che rappresenta il presupposto di una piena capacità, potrebbe, infatti, essere pesantemente inficiato non solo da un'età del soggetto troppo acerba ma, anche, dalla mancanza di una sua cultura giuridica ed economica di base. Ed al riguardo appare pertinente richiamare il pensiero di Stanzone, secondo il quale «l'età ... è elemento in perenne movimento, dinamico, che proprio nella continua mutevolezza scopre la sua ragion d'essere: essa, identificandosi col divenire e col trascorrere del tempo, rifiuta i connotati della fissità, della datità»<sup>75</sup>. Non sembra possa essere messo in dubbio che ogni soggetto segue un ciclo di maturazione differente da quello di un altro individuo, in dipendenza di infiniti fattori, fra i quali l'ambiente politico, sociale ed economico in cui si cresce, che influenzano il bagaglio di vita che caratterizza ognuno di noi. La scelta di una determinata età, alla luce delle precedenti considerazioni, appare allora una scelta abbastanza arbitraria, ingenerando perplessità che possono solo essere acuite dalla contemporanea mancanza di gradualità nella tutela del minore. Carezza questa che non viene attenuata dal fatto

---

<sup>75</sup> P. STANZIONE, *Capacità*, cit., 261 ss.

che, per gli atti personalissimi e per lo svolgimento dell'attività lavorativa, sia prevista un'età diversa e minore rispetto a quella necessaria per gli atti negoziali.

Appare, infatti, logico che tali ultimi atti abbiano un peso maggiore all'interno dell'ordinamento, non solo in quanto frutto dell'attività di due parti contraenti<sup>76</sup> ma, soprattutto, per il peso socioeconomico che finiscono per avere all'interno di un sistema. Come abbiamo visto nell'ambito dell'ordinamento romano, il concetto di atto negoziale dovrebbe essere sviluppato in stretta connessione con i correlati meccanismi a tutela del singolo soggetto. La maturità intellettuale o, quantomeno, un sufficiente grado di consapevolezza non si acquistano, in modo automatico e generalizzato, con il raggiungimento di una determinata età, ma si conseguono, spesso, solo molti anni dopo. La scelta di un'età per discriminare tra la possibilità di compiere o meno atti giuridici dovrebbe essere attuata in funzione dell'obiettivo di individuare persone socialmente mature, prescindendo dagli elementi che integrano l'ambito patrimoniale del fenomeno. Nell'Emilio di Rousseau viene teorizzata una crescita 'progressiva', in cui ad ogni tappa corrispondeva una maturazione ed una capacità di apprendere differenziata: ad esempio l'età dell'educazione 'politica' ricadeva nel lasso di età che andava dai diciannove ai venticinque anni, detta, anche, l'età della saggezza, ossia in una fase adulta della crescita di un individuo, mentre nelle 'tappe precedenti' si privilegiava l'insegnamento dei principi morali e lo sviluppo dell'intelletto. Appare, fra l'altro, un dato assolutamente pacifico e figlio dell'esperienza comune che l'evoluzione dell'uomo non avviene mediante bruschi passaggi di stato, ma trova attuazione mediante un lento e graduale sviluppo, cosa che si pone in netto contrasto con l'individuazione di un rigido criterio di demarcazione a livello normativo. Sembrerebbe, pertanto, naturale pensare alla necessità di un correttivo basato sulla reintroduzione di una tutela più articolata, tale da garantire sia una maggiore stabilità all'ordinamento sia

---

<sup>76</sup> Non solo conclusione di atti negoziali bilaterali; il fanciullo avrà, anche, la possibilità di concludere atti unilaterali (come una donazione) o atti posti in essere tra più persone (come può essere la costituzione di una società).

un'adeguata protezione del 'maggiorrente' mediante la graduazione della sua capacità di agire. Ed essendo, sempre, la necessità di sviluppare criteri e norme aventi una valenza quanto più possibile generale una delle esigenze fondamentali di un ordinamento giuridico, appare evidente come non sia possibile ipotizzare la praticabilità di percorsi 'personalizzati'. Sembra, pertanto, che rimanga percorribile solo la valutazione dell'ipotesi di prevedere degli scaglioni non solo per quanto concerne gli atti personalissimi ma, soprattutto, nell'ambito degli atti di disposizione patrimoniale per i quali lo sviluppo di nuove tutele potrebbe essere suscettibile di garantire, oltre alla maturità fisica, una maggiore e più correlata maturità psichica e culturale dei soggetti interessati.

Una tale impostazione potrebbe essere sviluppata nell'ambito della più generale tematica delle tutele dell'individuo che ha assunto un rilievo crescente, nella maggior parte degli ordinamenti moderni; con effetti significativi a partire dagli anni immediatamente successivi alla fine della Seconda guerra mondiale, grazie alla nascita delle prime Costituzioni contenenti i diritti dei cittadini e della produzione di atti, a livello internazionale, intesi al riconoscimento dei diritti dell'uomo nella sua natura di persona e non di semplice cittadino. Quanto sopra dimostra come con il tempo, la tematica della tutela dell'individuo abbia assunto un ruolo centrale, oggetto di significativi sviluppi derivanti da un dibattito<sup>77</sup> sempre vivo ed approfondito; nel suo ambito la protezione dei minori riveste un'importanza fondamentale quale nucleo imprescindibile di quella diversificata e complessa entità che integra il concetto di 'persona'.

---

<sup>77</sup> M. TALAMANCA, *L'antichità e i diritti dell'uomo*, in *Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Atti dei Convegni Lincei*, Roma, 2001, 51 ss.; G. GILBERTI, *'Omnium una libertas'. All'origine dell'idea di diritti umani*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, a cura di M.P. Baccari e C. Cascione, I.2, Napoli, 2006, 1992 ss.; S. TAFARO, *Centralità dell'uomo (persona)*, in *Studi per G. Nicosia*, VII, Milano, 2007, 97 ss.

## ABSTRACT

Il contributo effettua una breve ricognizione, dall'ordinamento romano, dei criteri adottati per determinare il conseguimento della pubertà da parte del minore. La riflessione, in un'ottica critica, si focalizza sull'analisi del rapporto tra maturità fisica, accertata quindi con criteri esteriori, e psicologica, necessaria a conferire al soggetto quella consapevolezza che, ad oggi, viene disciplinata ed indicata come «la capacità di compiere tutti gli atti».

Come si stabilisce qual è l'età più giusta affinché un minore si possa considerare capace di fare scelte giuridicamente vincolanti?

The aim of this contribution is to make a brief exam, starting from the Roman legal system, of the criteria adopted to determine the achievement of puberty by the child, which involves the acquisition of the legal capacity in order to validly enter into legal agreements. The reflection, from a critical point of view, focuses on the analysis of the relationship between physical maturity, ascertained therefore with external criteria, and psychological, which is necessary to give the person that awareness that, to date, is regulated and indicated by art. 2 c.c. as 'the ability to perform all acts'.

How is it established what is the right age for a minor to be considered an adult and therefore able to make legally binding choices?

GIULIA MARIA GUIDA

Email: [giulia.guida@uniroma3.it](mailto:giulia.guida@uniroma3.it)

