

STUDI SU ORIGINE ED ATTUALITÀ DEL SISTEMA ROMANO

Nuova serie – 2

ROBERTA MARINI

**PRIUS TESTAMENTUM
RUPTUM EST**

**IL PROBLEMA DELLA
REVOCA DEL TESTAMENTO
IN DIRITTO ROMANO**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

Quello della revocabilità testamentaria è principio giuridico che i diritti privati odierni ereditano dal diritto romano¹.

Il principio romano, tuttavia, non si esprime oggi nelle stesse forme e con la medesima ampiezza, ma quale idea di fondo che segna una 'continuità nella discontinuità' degli strumenti di sua possibile realizzazione².

La stessa inesistenza nel diritto romano classico di un negozio 'autonomo' di revoca testamentaria, come la dottrina più attenta ha da tempo rilevato³ e, al contrario, la sua piena ricorrenza nei

¹ A titolo esemplificativo si veda l'art. 587 del CcIt/1942, il quale salda dogmaticamente la caratteristica della revocabilità testamentaria alla stessa nozione di testamento quale atto di ultima volontà: «Il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse». Per una adeguata lettura dogmatica della funzione dell'autonomia privata nell'ambito delle successioni *mortis causa* fondamentale N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, in particolare p. 5 ss. In relazione al 'modello' proposto sul punto dal diritto attuale mi sia permesso di rinviare anche a quanto avevo osservato in R. MARINI, *Osservazioni sul problema della revoca delle disposizioni testamentarie: diritto romano e diritto cinese*, in AA.VV., *Casi controversi in materia di diritto delle successioni II. Esperienze straniere*, Napoli, 2019, p. 831 ss.

² Rileva «la frattura che nell'evoluzione storica del concetto di testamento, si è progressivamente venuta a determinare tra il dato della tradizione romanistica e la concezione moderna» N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 50 ss. (e p. 58 per la citazione). D'altronde è recente ed importante notazione che proprio il diritto ereditario sia fortemente innervato nelle culture giuridico-religiose dei popoli e che al fine di realizzarne una attenta interpretazione comparativa non sia possibile rinunciare agli studi storico-giuridici, R. ZIMMERMANN, *Kulturelle Prägung des Erbrechts?*, in *JuristenZeitung*, 2016, p. 321 ss.

³ Puntualmente M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p.

diritti civili odierni, segna la distanza tra i due ‘modelli’, conseguenza di una ampia deformalizzazione della rilevanza della dichiarazione di revoca, strettamente connessa alla rilettura volontaristica a cui è stato sottoposto il diritto privato nell’età liberale del XIX secolo⁴.

*

Nel *ius civile*, la revocabilità quale caratteristica tipica del testamento è incanalata in una rigida realizzazione nella inderogabile forma di un testamento successivo (*‘posterius’/‘secundum testamentum’*), perfezionatosi validamente (*‘iure facto’/‘iure perfecto’*).

Come autorevolmente rilevato da Giuseppe Grosso «il testamento successivo sempre e comunque revocava il precedente, anche senza e contro la volontà del testatore, e per la revoca di un testamento occorreva un testamento nuovo»⁵.

Questa ‘gabbia’ giuridico-concettuale affonda, come vedremo,

757 rileva come il diritto romano «non conoscesse la revoca del testamento come negozio a sé stante» attraverso il quale il testatore dichiarava «la volontà diretta a far cessare l’efficacia di un testamento precedente», poiché per modificare un testamento era necessario «erigerne uno nuovo, il quale produce la completa inefficacia del precedente».

⁴Sul punto si vedano le puntuali considerazioni svolte da G. ASTUTI, s.v. *Contratto (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, 9, Milano, 1961, p. 760, in relazione alla ‘supremazia’ della autonomia privata. Significative le osservazioni di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 183, il quale evidenzia già nell’opera di Domat «la proposta di interpretazioni generalizzanti nel diritto privato, che porta all’unificazione del concetto di contratto come categoria generale centrata sulla volontà; che porta alla volontà il principio costitutivo dell’istituto della successione testamentaria». Sulla «centralità assegnata alla volontà dell’autore di un atto giuridicamente rilevante – anche *mortis causa* – ed al potere di autonormazione individuale» connessa alle «più significative e note vicende della cultura europea continentale prima dell’affermarsi dei grandi processi codificatori» si veda l’analisi svolta in V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis» e la volontà del testatore*, Napoli, 1989, pp. 1-33 e p. 13 per la citazione.

⁵Così G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Torino, 1962², p. 317 (lo spaziato è mio).

le sue radici in un modello archetipico proprio dell'eredità arcaica, collegato ad un effetto distruttivo di rimbalzo sul '*prius testamentum*', che le fonti a noi giunte esprimono significativamente col verbo '*rumpere*'⁶.

Non è casuale che uno storico del diritto con una solidissima formazione romanistica come Giulio Vismara, sensibile a cogliere la 'discontinuità' nella storia senza tuttavia mai perdere il disegno generale del quadro⁷, abbia ritenuto che in diritto romano si potesse parlare di «piena revocabilità dell'atto di ultima volontà» soltanto con la comparsa del «testamento *per aes et libram*»⁸.

Non è, altresì, casuale che il noto brocardo '*ambulatoria voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*'⁹, tratto dal commentario al trentatreesimo libro *ad Sabinum* di Ulpiano (D. 34.4.4; D. 24.1.32.3), sia divenuto nella tradizione romanistica successiva, a partire dallo straordinario Duecento bolognese, simbolo del principio stesso della revocabilità testamentaria¹⁰, anche se, una

⁶ Si vedano a titolo esemplificativo D. 28.3.16 (Pomp. l. 2 ad Q. Muc.) *Cum in secundo testamento heredem eum qui vivit instituimus sive pure sive sub condicione (si tamen condicio existere potuit, licet non exstiterit), superius testamentum erit ruptum [...]; D. 28.3.2 (Ulp. l. 2 ad Sab.) Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est [...]; Gai. 2.144, Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur [...]; I. 2.17.2 Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur. [...].*

⁷ Si veda A. PADOA SCHIOPPA, *Ricordo di Giulio Vismara*, in *Quaderni Fiorentini*, 35 (2006), pp. 1107-1116.

⁸ Si veda G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986 (rist. anastatica 1941), p. 63 ss. ed in particolare per la citazione p. 70.

⁹ Per D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München, 2007⁷, A. 89, p. 35, la valorizzazione di una così ampia *voluntas defuncti* sarebbe anche la conseguenza del divieto romano dei patti successori.

¹⁰ Fondamentale, nella rivalorizzazione del testamento e del principio romano della revocabilità testamentaria nello straordinario Duecento bolognese, proprio quanto troviamo scritto nel cap. VIII della '*Summa totius artis notariae*' di Rolandino Passeggeri e nel *Flos testamentorum: testamentum est voluntatis alicuius legitima dispositio, iusta sententia, i. de eo quod post mortem suam fieri voluit cum institutione haeredis, vel sic. testamentum est quaedam solennis ordinatio, sive voluntas cum institutione haeredis. Unde sine haeredis institutione non valet testamentum. In quo testamento nemo potest sibi legem dicere a qua recedere non liceat, cum ambulatoria sit voluntas defuncti usque ad exitum vitae,*

volta ricontestualizzato nell'alveo problematico che stava a cuore al giurista severiano, esso attiene alla sola volontà di revoca nei legati, nei fedecommessi e nelle donazioni, istituiti nei quali la forza propulsiva dell'autonomia di disposizione ha evidentemente amplissima espressione di non semplice contenimento¹¹.

* *

Le fonti sono notissime.

Quella ora contenuta in D. 34.4.4 (Ulp. *l. 33 ad Sab.*), nella quale Ulpiano, al fine di giustificare la revoca da parte del testatore della precedente revoca di un legato o di un fedecommesso per l'amicizia reintegrata con l'onorato, valorizza la natura '*ambulatoria*' della '*voluntas defuncti*' sino al momento della morte¹².

ROLANDINI RODULPHINI bononiensis, *Summa totius artis notariae*, Venetiis, apud Iuntas, 1546 (Bologna, 1977), pars II, cap. VIII, f. 232v.; *Flos testamentorum*, ff.240r-241r. Si veda al riguardo lo studio fondamentale di G. CHIODI, *Rolandino e il testamento*, in G. TAMBA (a cura di), *Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa. Atti del Convegno internazionale di studi storici sulla figura e l'opera di Rolandino (Bologna, 9-10 ottobre 2000)*, Milano, 2002, pp. 459-582. Si vd. altresì G. ROSSI, *Il testamento nel medioevo fra dottrina giuridica e prassi*, in M.C. ROSSI (a cura di), *Margini di libertà: testamenti femminili nel Medioevo*, Caselle di Sommacampagna (VR), 2010, pp. 45-70, sul testo pp. 58-60, ove la sottolineatura che «i giuriconsulti hanno il compito fondamentale di riacquisire la piena padronanza delle norme romane per poi travasare tale conoscenza in stampi adatti all'esperienza medievale, dando vita per via d'*interpretatio* (nient'affatto pedissequamente imitativa dei modelli classici ed anzi realmente creativa, ogni volta che occorra) ad una rilettura adeguativa in grado di essere compresa e recepita dalla prassi coeva» (p. 59).

¹¹ Si vd. al riguardo quanto ora sottolineato nello studio di R. CARDILLI, *Traduzione e legato mortis causa*, in *Roma e America*, 42 (2021), pp. 181-210, in relazione alle leggi limitatrici della autonomia testamentaria in materia di *legata*: «il *legare* arcaico sembra paragonabile ad una fonte di acqua che sgorga con ampia pressione, sollevando il problema di un suo convogliamento in un corso d'acqua più regolato» (p. 186). Sull'individualismo che influenza la moderna materia ereditaria, vd. anche M. VINCI, s.v. *Successione*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, IX, Napoli, 2017, p. 1005.

¹² Sulla fonte sebbene con posizioni differenziate si vedano C. APPLETON, *Le testament romain. La méthode du droit comparé et l'authenticité des XII tables*, Paris, 1903, p. 47 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, *Parte speciale, Successione ab intestato. Successione testamentaria*, Milano, 1963², p. 481; S. SERANGELI, *Sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo alle forme testamentarie*, Milano, 1982, p. 7 ss.; M. TALAMANCA *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 757; M. AME-

D. 34.4.4 Ulpianus *l. 33 ad Sab.*

Quod si iterum in amicitiam redierunt et paenituit testatorem prioris offensae, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur: ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.

Il ragionamento di Ulpiano appare coerente ed esprime una logica del tutto comprensibile anche nella prospettiva del giurista attuale¹³.

Qualora, infatti, tra il testatore e il legatario (o il fideicommissario) fosse cessata l'inimicizia, *'legatum vel fideicommissum relictum'* si considereranno reintegrati (*'redintegratur'*)¹⁴, ciò in quanto ricorda Ulpiano *'la volontà del defunto è mutabile fino all'ultimo istante di vita'*¹⁵ (*'ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum'*).

La richiamata formulazione finale del frammento sembra effettivamente scolpire – tanto più la si astrae dal contesto specifico della fonte – il principio dell'autonomia testamentaria in una chiave fortemente *'volontaristica'*.

LOTTI, s.v. *Testamento (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, 44, Milano, 1992, p. 468; da ultimo S. LO IACONO, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui "patti successori" istitutivi*, Milano, 2019, p. 210 ss. A ciò era, peraltro, legato analogamente a quanto avviene per l'esperienza giuridica contemporanea, il divieto di rinunciare a tale facoltà di revoca, vd. D. 32.22 pr. Herm. *l. 4 iuris ep.: Si quis in principio testamenti adscripserit: 'cui bis legavero, semel deberi volo', postea eodem testamento vel codicillis sciens saepe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur: nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi paenituisse et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.*

¹³ Sulla *'revocazione della revocazione'* ex art. 681 del CcIt/1942, anche in comparazione con il precedente regime previsto dall'art. 919 del Cc/1865, si vedano le considerazioni svolte in M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie. Della revocazione delle disposizioni testamentarie – delle sostituzioni – degli esecutori testamentari. Art. 679-712*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1965, p. 62 ss.

¹⁴ Sulla revoca del legato e (per analogia) del fedecommissario per inimicizie sopravvenute P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 528.

¹⁵ Mutuo qui la traduzione ora contenuta in S. SCHIPANI (dir.), A. PETRUCCI-A. SACCOCCIO (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, V.2, Torino, 2021, p. 142.

Tuttavia, proprio la limitazione delle ipotesi prese in considerazione, ossia il legato ed il fedecommesso, i quali assumono come noto nella storia del diritto successorio romano un ruolo di forte apertura dinamica alla libertà del testatore di disporre della sua eredità¹⁶, impone, a mio parere, di considerare con particolare prudenza il senso della regola ulpiana¹⁷.

La medesima ‘*regula*’ si trova espressa anche in un’altra fonte ulpiana, nuovamente escerpita dal trentatreesimo libro del suo commentario *Ad Sabinum*, in materia di donazione tra coniugi.

D. 24.1.32.3 Ulpianus *l. 33 ad Sab.*

Paenitentiam accipere debemus supremam. proinde si uxori donavit, deinde eum paenituit, mox desiit paenitere, dicendum est donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium, quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis cum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum.

In un caso di revoca ‘*ex poenitentia*’¹⁸ della donazione da parte

¹⁶Sul ruolo svolto dal legato e dal fedecommesso all’interno del diritto ereditario romano, per un primo riferimento si veda P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 223 ss. Sulla natura primigenia ed indisponibile della nozione di ‘erede’, anche in comparazione con quella più matura di ‘successione’ e sulla significativa resistenza di entrambi i termini nel vocabolario giuridico dei modelli successori nel diritto attuale, per tutti R. CARDILLI, *Considerazioni romanistiche sulla resistenza dei termini ‘erede’ e ‘successione’*, in S. SCOLA-M. TESCARO (a cura di), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, I, *Esperienze italiane*, Napoli, 2019, in particolare p. 31 ss.

¹⁷Per una corretta contestualizzazione del pensiero ulpiano in Ulp. *l. 33 ad Sab.* D. 34.4.4 e D. 24.1.32.3, si veda M.A. LIGIOS, *Studi sull’alienazione del bene oggetto di legato in diritto romano*, II, Vercelli, 2012, pp. 111-116, in cui si trova l’importante precisazione secondo la quale, in base all’*ambulatoria voluntas*, «il giurista debba considerare non solo la volontà ‘interna’ al testamento, cioè quella enunciata nella clausola testamentaria, ma anche quella esterna e successiva rispetto alla confezione delle *tabulae*, volontà che può intervenire in un qualsiasi momento della vita del testatore, fino all’ultimo istante di questa, per mutare il destino di legati e fedecommessi» (p. 116).

¹⁸A tal proposito si veda anche la riflessione ulpiana contenuta in D. 34.9.9 Ulp. *l. 14 ad leg. Iul. et Pap.: Si inimicitiae capitales intervenerunt inter legatarium et testatorem et verisimile esse coeperit testatorem noluisse legatum sive fideicommissum*.

del marito alla moglie, successivamente reintegrata (*'si uxori donavit, deinde eum paenituit, mox desiit paenitere'*), il giurista severiano non ha dubbi sulla effettiva validità della donazione proprio sulla base del *'supremum iudicium'* del marito, e ciò analogamente a quanto si è soliti ritenere nei casi di opposizione di *exceptio doli* in materia di legati e fedecommessi¹⁹, in ragione della constatazione che *'ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum'*.

I dubbi avanzati in dottrina sulla ripetizione del brocardo in entrambi i passi²⁰, non intaccano la sostanza della regola, la quale è perfettamente coerente a risolvere i problemi trattati dal giurista.

Ciò che in questa sede preme rilevare è, poi, la effettiva limitazione della enunciazione a specifici casi, in entrambe le fonti considerate²¹.

sum praestari ei, cui adscriptum relictum est, magis est, ut legatum ab eo peti non possit. 1. Sed et si palam et aperte testatori maledixerit et infaustas voces adversus eum iactaverit, idem erit dicendum. 2. Si autem status eius controversiam movit, denegatur eius quod testamento accepit persecutio: ex qua specie statim fisco deferetur. Ritiene il riferimento al *paenitere* riguardante «verisimilmente, il caso delle maledizioni, esaminato in D. 34.9.9.1» G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis nel diritto ereditario romano*, Padova, 2006, p. 124 nt. 290.

¹⁹ Sottolinea come il riferimento all'*exceptio doli* sia «posto in relazione con il principio secondo il quale si deve tener conto dell'ultima volontà del defunto in ordine di tempo», G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis*, cit., p. 124 s.

²⁰ A tal proposito si veda la ricostruzione palinogenetica proposta in O. LENEL, *Palinogenesia Iuris Civilis*, II, 1889 (rist. Graz 1960), col. 1144, n. 2774. Sul punto P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 481 nt. 1 osserva come «L'aforisma si trova due volte nei Digesti: (24,1) 32, 3; (34, 4) 4, passi tolti da Ulp. 32 ad Sab., 2774. Il giurista trattava della convalidazione della donazione tra coniugi, non revocata, fino alla morte dal donante: dalla revoca *ex poenitentia* gli era facile passare per analogia alla revoca del legato per inimicizie sopravvenute. Naturalmente egli enunciava il suo aforisma una sola volta: i compilatori, dividendo il testo, e riferendolo in due sedi diverse, lo hanno ripetuto»; G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis*, cit., p. 124 nt. 291, ritiene i due passi «strettamente collegati, anche se non è del tutto chiaro in quale modo: poiché la sede era quella de *iure dotium*, dove si trattava anche delle *donationem inter virum et uxorem*, la questione portante doveva essere quella esaminata in D. 24.1.32.3, relativa alla donazione, e l'esempio del venire meno della revoca del legato doveva rilevare in via analogica [...]».

²¹ Sottolineano l'importanza del riferimento 'circoscritto' a casi particolari anche

Dato questo che, mi sembra, debba spingere ad attribuire con estrema prudenza alla regola ulpiana valore di principio generale, in quanto, quale principio, non sarebbe acconcio, come poi lo sarà nella tradizione romanistica successiva, ad assumere il ruolo di fondamento della stessa revocabilità testamentaria, quale diretta espressione della autonomia privata all'interno degli atti di disposizione *'mortis causa'*.

* * *

Proprio la storia 'non lineare' del regime romano della revoca del testamento, d'altronde, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, risulterà una significativa conferma di ciò.

All'interno di tale percorso storico, infatti, tre mi sembrano i momenti di riflessione essenziale da prendere in considerazione.

Il primo, quello relativo ad una adeguata comprensione giuridica del sintagma latino *'testamentum rumpere'*, teso ad indicare le conseguenze che colpiscono il primo testamento in caso di redazione di un testamento successivo e validamente perfezionato²².

Il secondo, relativo all'essenziale forza propulsiva che il pretore e il suo editto avranno – da un certo momento in poi – *a latere* di tale rigido formalismo e ai fini di una adeguata ponderazione della *voluntas testatoris* con finalità di revoca del testamento²³.

Su tale rilevantissima innovazione pretoria, la giurisprudenza dell'età dei Severi enucleerà una *ratio* fondata sul valore essenziale della *'suprema voluntas'*.

G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, cit., p. 73, seppure senza mettere in dubbio la genuinità del principio *'ambulatoria enim est voluntas...'*, il quale risponderebbe «indubbiamente al pensiero dei giuristi, ma è certo che tale principio fu enunciato non a proposito del testamento, ma bensì a proposito di un caso specialissimo, di revoca tacita del legato per sopravvenuta inimicizia del testatore»; più dubbioso anche sulla genuinità della regola M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano, 1953, p. 32 e nt. 97.

²² Cfr. *infra* Cap. I e Cap. II.

²³ Cfr. *infra* Cap. III.

Se il primo filone percorre la tradizione di *ius civile* e giunge sino alle *Institutiones* imperiali, il secondo già nella riflessione dei giuristi dell'età dei Severi ed ancora più intensamente nella politica imperiale giustiniana, contribuisce a gettare le basi per una rilettura 'volontaristica' che caratterizzerà poi la tradizione giuridica successiva sul punto, fino ai Codici civili moderni.

Il terzo momento, infatti, è connesso ad un disegno più ampio di riforma dell'imperatore Giustiniano in materia di tutela della '*voluntas testatoris*', all'interno del quale verrà riconosciuta forza di 'revoca' anche ad una contraria volontà del *de cuius* 'svincolata' dalla forma di un testamento posteriore²⁴.

Desidero esprimere la mia più sincera gratitudine al Prof. Riccardo Cardilli per aver avuto la pazienza di leggere l'intero lavoro, arricchendolo con preziosi consigli e suggerimenti. Desidero, altresì, ringraziare sentitamente il Prof. Giovanni Luchetti per le osservazioni e le integrazioni ricevute, delle quali il lavoro si è indubbiamente giovato.

Per tutto il sostegno e l'aiuto ricevuto nella realizzazione di questo lavoro desidero ringraziare l'amico e collega Prof. Stefano Porcelli. Un ringraziamento sentito va anche al Dott. Lorenzo Doria per l'aiuto nella revisione del volume per la stampa.

²⁴ Cfr. *infra* Cap. IV ed in particolare Cap. V.

'TESTAMENTUM RUMPERE'
E *'IUS CIVILE'*

I

‘TESTAMENTUM RUMPERE’ TRA ‘MORES’ E ‘INTERPRETATIO’

1. *Il ‘testamentum ruptum’ in Quinto Mucio Scevola (D. 28.3.16 Pomp. l. 2 ad. Q. Muc.)*

Nell’esperienza giuridica romana, differentemente da quella odierna e fatta comunque eccezione per il caso del *testamentum militare*¹, non era ammessa la coesistenza di più testamenti destinati a regolare la medesima successione².

¹Proprio in ragione del suo carattere di ‘testamento speciale’. Ai soldati arruolati sul punto di scendere in battaglia o nell’infuriare della battaglia era infatti concesso di dettare le ultime volontà ‘*quoquo enim modo*’ (I. 2.11 pr.), ‘*quomodo velint vel quomodo possint*’ (Gai. 2.114), così come solo per questi particolari casi si ammetteva la coesistenza di più testamenti; rileva il dato P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 489. Nei casi siffatti dunque si sarebbe potuto porre non un problema di validità, quanto piuttosto di ‘volontà’, che mirasse ad accertare se il *miles* con il testamento successivo avesse voluto integrare o revocare quello precedente, vd. a titolo esemplificativo D. 29.1.19 pr. Ulp. *l. 4 disp.*; è lo stesso giurista severiano d’altronde che in un’altra fonte, tratta dalla medesima opera, specifica come un caso analogo non valga per il *paganus* vd. D. 28.3.12.1 Ulp. *l. 4 disp. Si paganus, qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset et in eo comprehendisset fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, omnimodo prius testamentum ruptum est* [...]; sul punto si veda quanto rilevato infra Cap. III, § 4.A.

²Tale ‘principio della unicità’ è stato rilevato e riportato in dottrina al dato per cui il testamento, come ‘*imaginaria mancipatio familiae*’, aveva tradizionalmente ad oggetto la totalità del patrimonio del ‘*pater familias*’, motivo per il quale il testamento successivo sarebbe stato sostanzialmente incompatibile con il precedente, così G. GANDOLFI, *Prius testamentum ruptum est*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, p. 211 ss. in particolare p. 219 ss. Questa idea ‘forte’ dell’unicità che il diritto romano conserva, consente, d’altronde, di guardare ai problemi che la ‘revoca’ del testamento pone in una prospettiva differente; come, infatti, autorevolmente evidenziato una revoca testamentaria non è acconcia alla stessa natura bilaterale della *mancipatio familiae*, vd. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971², p. 691 nt. 12, mentre, verrebbe da notare a margine, sembra perfettamente coerente al testamento comiziale.

La realizzazione di un nuovo testamento (*'posterius'*) validamente perfezionato (*'iure facto'*) comporta per il *ius civile* la definitiva *ruptio* del precedente. Sembra, pertanto, mancare in diritto romano quella idea di collegamento negoziale presente nei nostri codici civili, per cui il testamento successivo revoca nel precedente solo le disposizioni con esso incompatibili³.

Nelle fonti romane si parla a tal proposito ed in maniera piuttosto omogenea di *testamentum ruptum*.

In un frammento escerpito dal commentario di Pomponio ai *XVIII libri iuris civilis* di Q. Mucio Scevola ed inserito dai giustiniani sotto la rubrica *'De iniusto rupto irrito facto testamento'* (D. 28.3) si trova una importante concretizzazione di tale immagine giuridica della *ruptio* del testamento attraverso un *'secundum testamentum'*.

D. 28.3.16 Pomponius *l. 2 ad Q. Mucium*

Cum in secundo testamento heredem eum qui vivit instituimus sive pure sive sub condicione (si tamen condicio existere potuit, licet non exstiterit), superius testamentum erit ruptum. multum autem interest, qualis condicio posita fuerit: nam aut in praeteritum concepta ponitur aut in praesens aut in futurum. in praeteritum concepta ponitur veluti 'si Titius consul fuit': quae condicio si vera est, id est si Titius consul fuit, ita est institutus heres, ut superius testamentum rumpatur: tum enim ex hoc heres esset. si vero Titius consul non fuit, superius testamentum non est ruptum. quod si ad praesens tempus condicio adscripta

³ A titolo esemplificativo si veda art. 682 CcIt/1942 *"Il testamento posteriore che non revoca in modo espresso i precedenti, annulla in questi solo le disposizioni che sono con esso incompatibili"*. Per una lettura dogmatica in tema di collegamento negoziale, per tutti R. SCOGNAMIGLIO, s.v. *Collegamento negoziale*, in *Enciclopedia del diritto*, 7, Milano, 1960, p. 377 ss. Sulla lettura da parte della civilistica moderna dell'effetto revocatorio del testamento posteriore si veda G. D'AMICO, s.v. *Revoca del testamento*, in *Enciclopedia del diritto*, 40, Milano, 1989, p. 233 ed in particolare p. 265 ss. La differenza tra diritto attuale e diritto romano sul punto, è evidenziata significativamente da M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 691 («Das neue [Testament] hebt das alte vollständig auf, nicht nur die Anordnungen, in denen es dem alten widerspricht, und zwar selbst dann, wenn keine der neuen Erbinsetzungen zu eine Erbfolge führt», lo spaziato è mio), il quale traduce il verbo latino *'rumpi'* con *'zerschlagenwerden'*.

est herede instituto, veluti 'si Titius consul est', eundem exitum habet, ut, si sit, possit heres esse et superius testamentum rumpatur, si non sit, nec possit heres esse nec superius testamentum rumpatur. in futurum autem collatae condiciones si possibiles sunt existere potuerunt, licet non exstiterint, efficiunt, ut superius testamentum rumpatur, etiamsi non exstiterint: si vero impossibiles sunt, veluti 'Titius si digito caelum tetigerit, heres esto', placet perinde esse, quasi condicio adscripta non sit, quae est impossibilis.

La fonte viene solitamente analizzata dalla dottrina in relazione al tema delle *condiciones*⁴.

Per il discorso che ci occupa appare particolarmente rilevante il profilo connesso al tema delle *condiciones* apposte alla istituzione di erede, volto ad indagare il rapporto tra due testamenti riferibili a momenti temporali differenti ('*superius testamentum*'/'*secundum testamentum*').

Nel passo è possibile ravvisare due parti, con alta probabilità attribuibili rispettivamente a Quinto Mucio Scevola e a Pomponio⁵.

Nella prima parte ('*Cum in secundo testamento...superius testamentum erit ruptum*')⁶ si riflette sugli effetti prodotti su un

⁴ Coerentemente alla ricostruzione paligenetica leneliana del passo sia in relazione al giurista repubblicano commentato, vd. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, 1889 (rist. Graz 1960), col. 759, n. 12 (= D. 28.3.16) che in relazione al giurista commentatore, vd. IDEM, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col., 60, n. 223 (= D. 28.3.16). Sul passo si vedano per un primo riferimento e con posizioni differenziate C. COSENTINI, *Condicio impossibilis*, Milano, 1952, p. 86 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 611 nt. 102 e 107; E. BUND, *Die Fiktion* «pro non scripto habetur» als Beispiel fiktionsbewirkter interpretatio, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow*, Berlin, 1970, p. 361 s.; G. MACCORMACK, *Impossible Conditions in Wills*, in *RIDA*, 21 (1974), p. 263 ss.; G. COSSA, 'Regula sabiniana'. *Elaborazioni giurisprudenziali in materia di condizioni impossibili*, Milano, 2013, p. 451 ss.; E. STOLFI, *Commento ai testi*, in J.L. FERRARY-A. SCHIAVONE-E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018, p. 184 ss.

⁵ La presenza di uno strato iniziale di pensiero muciano non è più contestato in dottrina; sul punto si rimanda per tutti a E. STOLFI, *Commento ai testi*, cit., p. 184 e nt. 7 per i riferimenti bibliografici.

⁶ Si veda ancora quanto chiarito in E. STOLFI, *Commento ai testi*, cit., p. 184 ss.

precedente testamento da un *secundum testamentum*, vuoi che questo contenga una *heredis institutio*⁷ pura e semplice, vuoi che la stessa sia *sub condicione*⁸.

In un caso siffatto, chiarito che avrebbe dovuto trattarsi di una condizione possibile anche se poi non avverata (*...si tamen condicio existere potuit, licet non exstiterit*)⁹, il giurista repubblicano non sembra avere alcun dubbio, concludendo per la *ruptio* del primo testamento (*superius testamentum erit ruptum*).

Nella seconda parte del passo, dal tenore effettivamente differente rispetto alla prima¹⁰, senza abbandonare la dialettica sullo scioglimento del rapporto tra i due testamenti – la quale evidentemente resta un punto particolarmente rilevante della riflessione giuridica nella fonte considerata – si chiariscono i termini del riferimento alla *heredis institutio* sotto condizione contenuta in un eventuale testamento successivo.

A tal proposito, nel tentativo di ‘ricostruire’ tutti gli scenari giuridicamente verificabili, vengono richiamate le tre tipologie

⁷ L'esempio scelto non sembra essere casuale, sulla «saldatura logica di *heredis institutio* e *testamentum*» si veda quanto chiarito in M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'*. *Problemi di origine*, Torino, 1996, p. 3 per la citazione e in particolare 71 ss. D'altronde, sulla «profondità del contenuto giuridico-religioso della nozione di erede» e il connesso valore della '*heredis institutio*' quale «scopo» e «ragione fondativa caratterizzante» il testamento stesso, vd. per tutti R. CARDILLI, *Considerazioni romanistiche sulla resistenza dei termini di 'erede' e 'successione'*, cit., in particolare p. 31 ss.

⁸ Sul problema della apposizione delle condizioni alle disposizioni *mortis causa*, per un primo riferimento P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 590 ss.

⁹ Più complessa la problematica della paternità dell'inciso riportato tra parentesi, teoricamente attribuibile ad entrambi i giuristi. Per una attenta ricostruzione di tutti gli elementi da considerare si rinvia ora a E. STOLFI, *Commento ai testi*, cit., 184 s. con il quale si concorda anche nel ritenere ben più verosimile l'attribuzione al giurista repubblicano dell'inciso considerato, come già in O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 759, n. 12. D'altronde, eventuali dubbi sulla genuinità dell'inciso *de quo* erano superati già in P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 611 e nt. 102.

¹⁰ Come evidenziato in E. STOLFI, *Commento ai testi*, cit., p. 184, il quale segnala una «netta cesura stilistica che interviene dopo la *sententia 'superius testamentum erit ruptum'*».

possibili di *condiciones*, rispettivamente riferite al passato, al presente e al futuro.

Tutte e tre le tipologie sono successivamente concretizzate nella fonte attraverso esempi.

Il primo caso, quello relativo ad una condizione congegnata in riferimento al passato (*‘si Titius consul fuit’*), non sembra comportare particolari problemi.

Se la condizione è vera, l’erede sarà istituito in forza della stessa *heredis institutio* con la conseguenza che il *superius testamentum* sarà *ruptum*.

Diversamente, ossia qualora la condizione congegnata al passato non sia vera, il precedente testamento *‘ruptum non est’* (*‘si vero Titius consul non fuit, superius testamentum non est ruptum’*).

Allo stesso modo dovrà ritenersi qualora la condizione sia formulata al tempo presente (*‘si Titius consul est’*).

Nel caso in cui, invece, la condizione sia congegnata in riferimento al futuro, dovrà ragionarsi diversamente. In questo caso, infatti, le *condiciones* congegnate al futuro, purché possibili, renderanno in ogni caso *ruptum* il precedente testamento, a prescindere dal fatto che poi si realizzeranno oppure no.

Infatti, nella sola ipotesi in cui la *condicio* sia impossibile, questa dovrà essere considerata come non apposta (*‘si vero impossibiles sunt, veluti ‘Titius si digito caelum tetigerit, heres esto’, placet perinde esse, quasi condicio adscripta non sit, quae est impossibilis’*)¹¹ e quindi il *testamentum superius* è ugualmente *ruptum*¹².

Ciò che preme qui rilevare è, in primo luogo, la centralità della riflessione giuridica tesa a sciogliere il rapporto tra un precedente ed un posteriore testamento, all’interno della dialettica *‘testamentum ruptum’/‘non ruptum’*.

¹¹ Si pone in evidenza come «il riferimento alle condizioni impossibili venga operato con riguardo alle sole *condiciones in futurum collatae*», così E. STOLFI, *Commento ai testi*, cit., p. 185 s. al quale si rimanda anche per una spiegazione verosimile di tale dato.

¹² Secondo P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 610 ss. a fronte di un dibattito tra le scuole sul regime da attribuire alla *condicio* impossibile avrebbe alla fine prevalso l’impostazione per cui la stessa dovesse essere considerata come non apposta così che «la disposizione *mortis causa* risulta valida e pura».

Centralità ravvisabile, mi sembra, in entrambe le parti individuate nella fonte, sia quella attribuibile a Quinto Mucio Scevola, sia quella riferibile a Pomponio.

Significativa è, d'altronde, proprio la qualifica muciana di *ruptum* per il primo testamento a seguito dell'esistenza di un secondo *testamentum* validamente posto in essere.

Il giurista repubblicano non ha dubbi nell'affermare la *ruptio* del primo *testamentum*, a prescindere dalla natura pura o condizionata della *heredis institutio* in esso contenuta, e dall'avveramento o meno della condizione in questo secondo caso.

Allo stesso modo, la riflessione di Pomponio sugli effetti delle diverse *'condiciones'* appare tutta tesa a verificarne l'incidenza proprio all'interno della dialettica *'superius'/'posterius testamentum'* in chiave di *rumpere* in diatesi passiva.

Le prospettive dei due giuristi evocano un'immagine giuridica forte, ossia quella della conseguente 'distruzione' giuridica (*ruptio*) del primo testamento in ragione di un testamento successivo e validamente perfezionato.

L'immagine del *rumpere* rievocata dal testo muciano non trova addentellati nei dogmi moderni sull'invalidità del testamento.

Tale discontinuità terminologica (che non necessariamente esprime una discontinuità concettuale) è comprensibile in quanto la dogmatica odierna dell'invalidità del testamento è stata eretta soprattutto attraverso la terminologia dei profili patologici dei contratti.

Ciò può assumere agli occhi dello storico del diritto il valore di un 'enigma concettuale'.

Questo lavoro vuole, appunto, tentare di esprimere lo sforzo di comprensione del significato giuridico del *testamentum rumpere* e della sua incidenza sulla portata del principio romano della revocabilità testamentaria.

2. Modelli archetipici del 'rumpere'

A. Il problema terminologico

La terminologia muciana del *testamentum rumpere* per indicare

la irrimediabile ‘rottura’¹³, ossia la distruzione dal punto di vista giuridico, di un testamento al quale sia seguito un testamento successivo validamente perfezionato, deve essere in tale sede enfatizzata, proprio in quanto forma verbale che possiede nelle fonti giuridiche di epoca arcaica una carica semantica significativa¹⁴.

Proprio il verbo *rumpere*, infatti, e la sua evidente tecnicità nella continuità d’uso tra Quinto Mucio Scevola, Pomponio (in D. 28.3.16 Pomp. *l. 2 ad Q. Muc.*) e Giustiniano (nella rubrica D. 28.3), impone un serio approfondimento¹⁵.

Rumpere è verbo radicato nel latino arcaico del *ius civile*.

Si rende quindi necessario chiarire, almeno per quei profili che qui interessano, i contesti arcaici d’uso ed i significati di sua ricorrenza per tentare di comprendere quale possa essere il nesso di essi con il sintagma ‘*testamentum rumpere*’.

¹³ Si segnala come proprio la difficoltà di comprensione della categoria giuridica della ‘*ruptio testamenti*’ abbia determinato nella dottrina romanistica più sensibile ‘oscillazioni’ significative nella resa in italiano di tale categoria. In particolare alcuni hanno preferito scegliere la via del calco terminologico, laddove altri (più numerosi) hanno scelto la categoria dell’invalidità. A titolo esemplificativo, si veda per il primo orientamento E. STOLFI, *Fragmenta*, in J.L. FERRARY-A. SCHIAVONE-E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018, p. 121; per il secondo la traduzione italiana dei *Digesta*, S. SCHIPANI (dir.), A. PETRUCCI-A. SACCOCCIO (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae, Testo e traduzione*, V.1, Milano, 2014, p. 26 ad esempio. Significativo, peraltro, come sia possibile ritrovare la stessa impostazione del calco terminologico anche nella traduzione in lingua spagnola di D. ILDEFONSO L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1892, *Primera Parte Digesto*, II, p. 351 ss.

¹⁴ Sull’utilizzo del verbo ‘*rumpere*’ per indicare attività specificamente determinate, sebbene in tema di responsabilità, si veda S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1969, in particolare 340 ss.; sul punto anche A. BIGNARDI, *Frangere e rumpere nel lessico normativo e nella interpretatio prudentium*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, Napoli, 1997, p. 11 ss.

¹⁵ Scelta significativa, peraltro, anche a fronte del dato, opportunamente sottolineato in dottrina, per cui in generale non è possibile ravvisare una elaborazione giurisprudenziale unitaria in tema di ‘invalidità’ e/o ‘inefficacia’ del testamento, che si riflette inevitabilmente su una pluralità della terminologia coinvolta; sul punto si veda quanto rilevato ora da S. PULIATTI, in A. LOVATO-S. PULIATTI-L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*, Torino, 2017, p. 684 ss.

B. 'Rumpere' nelle XII Tavole

Merita in primo luogo di essere richiamato il noto utilizzo del verbo *rumpere* fra i precetti decemvirali relativi alla violazione dell'integrità fisica della persona¹⁶.

Tab. 8.2 (FIRA, I², p. 53)

SI MEMBRUM RUP[S]IT, NI CUM EO PACIT, TALIO ESTO.

Si tratta del precetto delle XII Tavole che, in ordine al *membrum ruptum*, riconosceva all'accordo compositivo tra offensore e offeso l'efficacia di escludere la *talio*.

Tuttavia, a prescindere dalle problematiche relative al *pacisci* quale strumento atto ad evitare la *talio*¹⁷, mi sembra importante, al fine di questo studio, comprendere il significato dell'uso del verbo *rumpere* nel contesto decemvirale.

¹⁶ Sull'argomento vi è una bibliografia molto ampia; ai fini del rilievo terminologico-concettuale del 'rumpere' si vedano G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, I, Milano, 1941, in particolare p. 5 ss.; M. MARRONE, *Considerazioni in tema di iniuria*, in *Syntheleia Arangio Ruiz*, I, Napoli, 1964, p. 475 ss.; S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., p. 340 ss.; A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, in particolare p. 16 ss.; M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, in particolare p. 224 ss.; G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Torino, 2005², in particolare p. 3 ss.; M. MIGLIETTA, *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo intorno al certum dicere nell'editto generale de iniuriis*, Lecce, 2002, in particolare p. 9 ss.; IDEM, «Il terzo capo della lex Aquilia è, ora, il secondo». *Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina*, in *AUPA LV* (2012), p. 403 ss.; R. CARDILLI, *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, II, Napoli, 2018, p. 841 ss.

¹⁷ Una disposizione analoga era contemplata, come noto, anche per il *furtum*, vd. D. 2.14.7.14 Ulp. l. 4 ad ed.: *Si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, ut si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat: quae distinctio vera est. et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit*, e da ciò la giurisprudenza riconobbe al *nudum pactum* l'efficacia di estinguere *ipso iure* l'*actio iniuriarum* e l'*actio furti*, sul punto specifico mi sia permesso di rinviare a R. MARINI, *Contrarius consensus*, Milano, 2017, p. 146 ss.

La dottrina ha da tempo riconosciuto come all'interno del verdetto delle XII tavole, il *membrum rumpere* esprimesse il significato di una «lesione fisica e irreparabile alla persona»¹⁸.

L'idea espressa dal *rumpere* connesso a *membrum* nel testo decenvirale sarebbe, quindi, concreta, materiale e tanto più grave rispetto all'*os frangere*, da giustificare di per sé la conservazione della sanzione arcaica della *talio*¹⁹.

A tacer d'altro, proprio il profilo della volontarietà non troverebbe nel *membrum ruptum* una sua separazione dall'oggettiva rilevanza dell'evento prodotto dalla condotta²⁰.

Si tratta di un delitto tipizzato consuetudinariamente²¹ e separato dall'*os fractum* sin da età precivica²².

Se il *membrum rumpere*, infatti, era diretto ad esprimere una condotta dolosa produttiva di una lesione fisica irreparabile alla persona umana (sia questa libera o schiava), l'*os frangere* era inve-

¹⁸ Mutuo qui l'efficace espressione contenuta in R. CARDILLI, *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII tavole*, cit., p. 842 (lo spaziato è mio), al quale si rimanda anche per i riferimenti bibliografici. G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, I, cit., p. 30 riporta il noto passo ulpiano ora contenuto in D. 9.2.27.17 Ulp. l. 18 ad ed. *Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnīs cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit, sed ita demum, si damnum iniuria datum est [...]*, ad «interpretazioni antiche» (sulla fonte cfr. *infra* in questo Cap. § 2.C).

¹⁹ Sulla 'tutela' dell'ordine sociale che attraverso tale prescrizione i decemviri miravano a realizzare, evitando la pena della *talio* con la *pactio*, vd. A. BIGNARDI, *Frangere e rumpere nel lessico normativo e nella interpretatio prudentium*, cit., p. 11 ss.; R. CARDILLI, *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII tavole*, cit., p. 842.

²⁰ Non è possibile in questa sede richiamare il problema dell'irrelevanza del momento soggettivo come strettamente connessa alla tipologia dell'illecito considerato pure discussa nelle fonti, penso in particolare a Gell. *Noct. Att.* 20.1.14; 33 ed alla notissima disputa tra il filosofo Favorino e Sesto Cecilio Africano, per la quale da ultimo si vedano le osservazioni svolte in R. CARDILLI, *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole*, cit., in particolare p. 842 ss.

²¹ Rileva come «secondo l'uso linguistico più risalente, i verbi usati individuano una condotta ed un evento, ne disegnano, ne vincolano la forma», S. SCHIPANI, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2009, p. 41 (lo spaziato è mio).

²² Sul punto vedi ora le puntuali considerazioni svolte in R. CARDILLI, *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole*, cit., p. 845.

ce diretto a produrre – con la mano o con un bastone²³ – una lesione grave, ma comunque consapevolmente riparabile²⁴, quale è la frattura di un osso²⁵.

Il *discrimen* dunque appare significativo per l'argomento che ci occupa poiché cristallizza un valore risalente della forma verbale *rumpere* che nel *membrum ruptum* non esprimerebbe soltanto una condotta oggettiva o un fatto separati dalla volontà dell'agente, quanto piuttosto una condotta o un fatto tipicamente volontari dell'esito che producono.

C. 'Rumpere' nella lex Aquilia

Come rilevato in dottrina²⁶, il significato concreto e materiale

²³ Tab. 8.3 <Manu fustive> si os fregit, sull'utilizzo del 'manu fustive' già nei verba decemvirali si veda l'ampia discussione in dottrina ricordata ora in R. CARDILLI, *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole*, cit., p. 844 ss., in particolare p. 845, secondo il quale tale inserimento sarebbe «in realtà meno rilevante di quanto si possa ritenere partendo da una prospettiva normativo-formalistica, in quanto che i verba legis scolpiti nel testo delle XII tavole recassero soltanto si os fregit, ma venissero poi calati in una interpretatio pontificum che li intendesse in termini di manu fustive si os fregit, coglierebbe comunque il senso vero della normatività decemvirale, che non è semplicemente connessa al valore formale delle parole della legge, ma deve essere calata nel contesto di valori considerati fondamentali in quella società».

²⁴ Un ruolo determinante assume lo strumento utilizzato, arma da taglio in un caso (*membrum ruptum*), mano o bastone nell'altro (*os fractum*) tanto da produrre «una valutazione del momento volontaristico non tanto come elemento qualificante la condotta ed implicito in essa, ma come consapevolezza che se si colpisce qualcuno con un'arma da taglio le conseguenze saranno gravi e irreparabili (Tab. 8.2) o addirittura mortali (*paricidas*), mentre se lo si colpisce con il pugno o con un bastone, si è consapevoli di arrecare lesioni gravi, ma riparabili [...]», come puntualmente rilevato in R. CARDILLI, *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole*, cit., p. 846 e nt. 151 il quale sul tema approfondisce uno spunto di A. VÖLKL, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 149 ss.

²⁵ Sulla tendenza della dottrina di estendere la irrilevanza della intenzionalità nel *membrum ruptum* di Gell. *Noct. Att.* 20.1.14 anche all'*os fractum*, vedi quanto osservato ora in R. CARDILLI, *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole*, cit., p. 846 e in particolare nt. 151 al quale si rimanda anche per i riferimenti bibliografici sul punto.

²⁶ Sul punto da ultimo R. CARDILLI, *Il problema dell'elemento soggettivo nelle*

del *rumpere* è riscontrabile nel sapere giuridico al tempo della redazione del terzo *caput* della *lex Aquilia*²⁷.

Circa il plebiscito fatto votare dal tribuno della plebe Aquilio²⁸, sappiamo abbastanza da poter ricostruire, sebbene non senza qualche incertezza, il testo corrispondente ai tre *capita* della *lex*²⁹.

In relazione al terzo *caput*³⁰, accanto alle notizie che dello stesso ci sono riportate nella tradizione istituzionale (*Gai.* 3.217; I. 4.3.13)³¹, particolarmente utile sembra essere un frammento

XII Tavole, cit., p. 842, al quale si rimanda anche per i riferimenti bibliografici sul punto.

²⁷ Sulla metodologia dell'*interpretatio* della *lex* da parte dei giuristi romani A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, 1966, in particolare sulla 'tipizzazione' analitica della condotta attraverso diverse forme verbali, p. 51 ss. Sul punto vd. anche S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., p. 46 ss.

²⁸ Cfr. D. 9.2.1 pr.-1. Ulp. *l.* 18 *ad ed. Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse.* 1. *Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit.*

²⁹ Per una ricostruzione del testo della *lex Aquilia*, si vedano S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., p. 41 ss.; C.A. CANNATA, *Il terzo capo della lex Aquilia*, in *BIDR*, 98-99 (1995-96), p. 111 ss. [ora in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, p. 239 ss.] G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, cit., p. 8 ss.; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*, Padova, 2005, p. 31 ss.; M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., p. 167 ss.

³⁰ In relazione al primo ed al secondo *caput* della *lex*, che evidentemente esulano dall'indagine qui proposta si tengano presenti le fonti D. 9.2.2 pr. *Gai. l.* 7 *ad ed. provinc.: Lege Aquilia capite primo cavetur: 'ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto'*, e *Gai.* 3.215: *Capite secundo adversus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur.* In relazione al secondo *caput* ed al problema della desuetudine si vedano le precisazioni svolte in A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, cit., p. 35 ss.

³¹ Si vedano *Gai.* 3.217: *Capite tertio de omni cetero damno cauetur. itaque si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit siue eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, velut canem, aut feram bestiam, velut ursum, leonem, vulneraverit uel occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere;*

ulpiano ora contenuto in D. 9.2.27.5 Ulp. *l. 18 ad ed.*, nel quale il giurista severiano ricorda, più o meno fedelmente³², il contenuto di questa parte della *lex* (*'tertio autem capite ait eadem lex Aquilia'*).

D. 9.2.27.5 Ulpianus *l. 18 ad ed.*

Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: 'Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto'.

A prescindere dai problemi che il testo della legge nel terzo *caput* ha posto³³, i quali esulano dall'indagine in corso, ciò che in questa sede preme rilevare è l'utilizzo della forma verbale *rumperere*, accanto a *urere* e *frangere*.

Si tratta di forme verbali che, come evidenziato, insieme al verbo *occidere* presente nel primo *caput*, «individuano insieme l'even-

ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est; unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo uitata aut perempta atque deteriora facta hoc uerbo continentur; e I. 4.3.13: Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem quae pecudum numero est, vulneraverit, sive eam quadrupedem quae pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur: quamquam poterit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere: 'ruptum' enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum. unde non solum usta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo perempta atque deteriora facta hoc uerbo continentur [...].

³²Ipotizza (estendendo la considerazione anche al primo *caput*) si possa trattare di un testo prossimo all'originale «benché in una versione in qualche aspetto forse linguisticamente ammodernata nella tradizione giurisprudenziale che se ne feces», A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, cit., p. 32

³³Sia in relazione alla parte iniziale del frammento *'ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit'*, che all'inciso *'quanti ea res erit'*, come rilevato in A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, cit., p. 32; sui problemi testuali che la fonte presenta si veda anche quanto osservato in M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., p. 186 ss. alla quale si rimanda anche per l'ampia bibliografia sul punto.

to e la condotta tipica», riferendosi ad una «attività fisica, per lo più – ad eccezione di *urere* – violenta che realizza un materiale intervento del soggetto agente sull'oggetto leso»³⁴.

D'altronde, che il nucleo centrale del significato di *rumpere* al tempo della *lex Aquilia*³⁵ fosse ancora quello del tempo delle XII tavole, trova riscontro in un duplice confronto di testi che tramandano in età classica l'*interpretatio prudentium* sul verbo.

D. 9.2.27.17 Ulpianus *l. 18 ad ed.*

Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnīs cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit, sed ita demum, si damnum iniuria datum est: ceterum si nullo servum pretio viliores deterioresve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum dumtaxat: Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur. ergo etsi pretio quidem non sit deterior servus factus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec mihi videri damnum datum: atque ideoque lege Aquilia agi posse.

Coll. 2.4.1 Ulpianus *l. 18 ad ed.*

Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnīs caedit, vel telo quoque alio vis genere sciderit hominis corpus vel tumorem fecerit: sed ita demum, si damnum datum est. ceterum si in nullo servum pretio viliores deterioresve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum. ergo et si pretio quidem non sit deterior factus servus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec nec mihi videri damni Aquilia lege agi posse.

³⁴ Così puntualmente S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., p. 47.

³⁵ Resta incerta la datazione del plebiscito, comunque collocabile in un momento successivo alle XII Tavole. Un attento tentativo di datazione si trova in G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, cit., p. 5 ss., il quale rileva come il plebiscito doveva essere sicuramente anteriore al II sec. a.C. in quanto già conosciuto dal giurista Giunio Bruto, ma che elementi linguistici consentano di alzare ulteriormente la datazione agli ultimi anni del III sec. a.C. Sulle ragioni dell'impossibilità di una datazione certa, si vedano anche le considerazioni svolte in M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., p. 147 ss. Un dettagliato tentativo di datazione si trova da ultimo in M.V. SANNA, *Rumpere e quasi rumpere tra lex e interpretatio*, in *BIDR*, 111 (2017), p. 348 ss. alla quale si rimanda anche per la discussione della più importante bibliografia in materia.

La fonte ulpiana, in una stratificazione che denota la complessità storica della testimonianza³⁶, sembra cogliere nella parte iniziale del passo un significato fondamentale e primigenio della forma verbale *rumpere* nel terzo *caput* della *lex Aquilia*.

La declinazione del *rumpere*, nel senso di 'ledere'³⁷, trova concreto riscontro nel ferire ('*vulneraverit*'), nel colpire '*vel virgis vel loris vel pugnis*', o con un'arma da taglio, o in qualsiasi altro modo ('*vel telo vel quo alio*') atto a lacerare o tumefare il corpo di un altro ('*vel scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit*') e, così facendo, ad arrecare, in sostanza, un danno ingiusto ('*si damnum iniuria datum est*')³⁸.

Il giurista severiano, come si può notare, nella prima indicazio-

³⁶ Si vedano con posizioni differenziate E. FRAENKEL, '*Rupti*' appellatio, in ZSS, 67 (1950), p. 612; A. WATSON, *Two Studies in Textual History*, in TR, 30 (1962), p. 209 ss.; R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972, p. 100 s.; S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., pp. 341 ss., 341 nt. 6 e 416 nt. 12; A.D. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria*, cit., p. 57; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 43 s. nt. 91; O. BEHREND, *La nuova traduzione tedesca dei Digesta e la critica interpolazionistica*, in Index, 25 (1997), p. 13 ss.; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine: damnum iniuria datum*, 1997, Bâle, p. 29 nt. 41; A. BIGNARDI, *Frangere e rumpere nel lessico normativo e nella interpretatio prudentium*, cit., p. 38 s.; G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, p. 252 ss.; M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., p. 113 ss.; I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare rem 'corpore possidere'. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, 2004, p. 22.

³⁷ Mutuo qui l'espressione contenuta in S. SCHIPANI (a cura di), *Digesta seu Pandectae, Testo e traduzione*, II, Milano, 2005, p. 249.

³⁸ Mi sembra sia qui da ritenere genuino il riferimento al '*damnum iniuria datum*', nonostante nella versione contenuta nella *Collatio* manchi il riferimento all'*inturia*, che pure parte della dottrina ha diversamente ritenuto spurio (F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 233 s.; G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei*, cit., p. 254 ss.). M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., p. 115 s. sottolineata, invece, come il richiamo a '*iniuria*' nel testo ulpiano tramandato nei *Digesta*, non presente nel testo tramandato dalla *Collatio*, potrebbe in ogni caso avere un significato idoneo a precisare la portata giuridica del *rumpere*.

ne dei significati del verbo, segue una linea stratificata di condotte tipiche che alluvionalmente³⁹ – verrebbe da sottolineare – si aggiungono, quasi a disegnare una casistica di ipotesi della condotta rilevante⁴⁰, per poi concludere con una vera e propria clausola generale, non letteralmente ricorrente nel testo della legge Aquilia, quella del ‘*damnum iniuria datum*’⁴¹.

Tale ‘espansione’ per accostamento dei significati tipici del *rumpere iniuria*, la quale va ascritta ai contenuti più antichi che la tradizione giurisprudenziale possedeva sulla *interpretatio* alla *lex*, si arresta poi nella parte successiva della fonte, dove, un po’ bruscamente, la prospettiva del giurista muta.

Qui non è più protagonista in positivo la condotta del reo, quanto piuttosto gli effetti dell’evento cagionato ai fini della configurabilità dell’*actio ex lege Aquilia*.

Ciò è tanto vero che, qualora il servo non abbia subito una concreta diminuzione di valore, si dovrà agire attraverso l’*actio iniuriarum*, proprio in quanto con la *lex Aquilia* si perseguono ‘*eas ruptiones, quae damna dant*’⁴².

Ossia, è proprio l’assenza del *damnum*, nel senso di diminuzio-

³⁹ Rileva, del tutto condivisibilmente, come dei tre verbi quello più significativo sia senza dubbio il *rumpere* e come «il suo risalente carattere ampio» appaia fuori discussione, G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, cit., p. 25.

⁴⁰ A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, cit., p. 76 le riferisce ad una «maturazione interpretativa»; M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., p. 114 ritiene che il tentativo del giurista si inserisca «coerentemente nel filone interpretativo tardo-repubblicano e classico sul valore del verbo in esame».

⁴¹ Sulla quale si vedano G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, cit., p. 17 ss. e M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., in particolare p. 271 ss.; sul complesso rapporto tra la parola ‘*damnum*’ all’interno della *lex Aquilia* ed il ruolo svolto dall’*interpretatio prudentium*, R. CARDILLI, *Danno alla cosa e ‘iniuria’ alla persona*, in *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, I, Milano, 2015, p. 381 ss. e in particolare p. 384 ss.

⁴² Sottolinea l’importanza del rapporto tra *actio legis Aquiliae* e *actio iniuriarum* «per tracciare la distanza tra l’*iniuria* e il *damnum iniuria datum*» M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., p. 113, alla quale si rimanda anche per le considerazioni sul concorso tra le due azioni, p. 113 ss.

ne patrimoniale⁴³, a far sostenere al giurista l'esperibilità dell'*actio iniuriarum*⁴⁴.

Il frammento si conclude con una ulteriore deduzione da quanto appena affermato ('*ergo*'), in base alla quale, anche qualora il servo non sia stato reso deteriore nel suo valore, ma siano state sostenute delle spese per la sua salute e per la sua guarigione, si potrà agire '*ex lege Aquilia*', poiché deve ritenersi che le spese stesse siano da considerare comunque un danno subito.

Nella tradizione della *Collatio* (che conferma fino ad '*agendum*' la versione del testo di Ulpiano tramandata dai *Digesta*) la fonte si chiude, invece, negando l'attrazione delle spese mediche nella tutela aquiliana.

L'incongruenza testuale, nel confronto del frammento tratto

⁴³ Ritieni che *damnum* in questo contesto sia da intendere come «pregiudizio patrimoniale che interessa il proprietario del bene» anziché nell'accezione di «materiale distruzione del bene», M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., p. 116 s., alla quale si rimanda anche per il ragguaglio bibliografico delle posizioni assunte sul punto dalla dottrina (in particolare ntt. 87,88,89). In tale accezione si vedano peraltro Varr. *De lingua lat.* (Goetz-Schoell) 5.176 '*damnum, a demptione, cum minus re factum quam quanti constat [...]*'; D. 39.2.3 Paul. l. 47 ad ed.: *Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt*.

⁴⁴ Rileva come la *ruptio* non abbia, in questo secondo caso riportato nella fonte, realizzato un pregiudizio patrimoniale per il *dominus* e concretizzi per questo una *iniuria* M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., p. 116. D'altronde il giurista severiano mostra di riflettere sul punto da diverse prospettive nel suo commentario editale, vd. D. 9.2.27.28 Ulp. l. 18 ad ed.: *Et si puerum quis castraverit et pretiosiore fecerit, Vivianus scribit cessare Aquiliam, sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium aut in quadruplum*; e D. 47.10.7.1 Ulp. l. 57 ad ed.: *Si dicatur homo iniuria occisus, numquid non debeat permittere praetor privato iudicio legi Corneliae praeiudicari? idemque et si ita quis agere velit 'quod tu venenum dedisti hominis occidendi causa?' rectius igitur fecerit, si huiusmodi actionem non dederit. adquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt iudicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quo minus et privato agamus. est hoc verum, sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem. quid ergo de lege Aquilia dicimus? nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum non principaliter: nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciat. quid ergo, si quis idcirco velit iniuriarum agere, quod gladio caput eius percussum est? Labeo ait non esse prohibendum: neque enim utique hoc, inquit, intenditur, quod publicam habet animadversionem. quod verum non est: cui enim dubium est etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?*

dai *libri ad edictum* di Ulpiano come tramandato dalla tradizione giustiniana e dalla tradizione presente nella *Collatio*, è stata spiegata ritenendo genuino il brano post-classico ed interpolato quello giustiniano⁴⁵.

In particolare, la richiamata diversa tradizione espressa nella parte finale del passo è stata riferita a due prospettive contrapposte: una 'economica' dello schiavo come *res*, riflessa nel testo ulpiano come trådito dalla *Collatio* e da ascrivere più genuinamente a Ulpiano⁴⁶, ed una tesa invece alla valorizzazione della natura umana dello schiavo⁴⁷, introdotta nel passo dai giustianaei.

Al riguardo, si segnala l'importante lettura di Carlo Augusto Cannata, secondo il quale, in realtà, il testo della *Collatio* non escluderebbe il ristoro delle spese mediche per il proprietario dello schiavo ferito, ma soltanto la possibilità di agire *ex lege Aquilia* ogni qual volta il ferimento non avesse concretamente diminuito il valore economico del servo stesso⁴⁸.

D'altronde, proprio ad Ulpiano dobbiamo la riflessione più pregnante sulla *libertas naturalis* dello schiavo e sul principio che '*iure naturali omnes <homines> liberi nascerentur*', come risulta dal noto D. 1.1.4 (Ulp. *l. 1 Inst.*)⁴⁹.

⁴⁵ Si veda l'attenta ricostruzione svolta ora in G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei*, cit., p. 252 ss. al quale si rimanda anche per un ragguglio bibliografico sul punto p. 253 nt. 156.

⁴⁶ In questo senso G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei*, cit., p. 252 ss. che attribuisce ad Ulpiano «una considerazione del servo alla stregua di una comune *res*» e vede di contro i commissari giustiniani portatori di un «progressivo riconoscimento della personalità dello schiavo» (così p. 257 s.).

⁴⁷ Per la quale mi sia permesso di richiamare quanto avevo osservato in R. MARINI, *Persona e centralità dell'uomo. Alcune riflessioni di diritto romano attuale (durante la pandemia)*, in R. MARINI (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone/Pandemia y derecho de las personas*, Milano, 2021, p. 475 ss., in particolare p. 486 ss. ed alla dottrina richiamata.

⁴⁸ Si vd. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., p. 43 s. nt. 91.

⁴⁹ *Manumissiones quoque iuris gentium sunt. est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. quae res a iure gentium originem sumpsit,*