

Testamenta e propinquitus nella declamatio minor 308 (Duo testamenta)

1. È stato opportunamente detto, e da diverso tempo, che le declamazioni latine «si vanno ... rivelando con sempre maggiore chiarezza una fonte di prima mano per ricostruire mentalità e modelli culturali, una sede privilegiata di mediazione dei valori e di costruzione sociale dell'individuo, uno spazio intellettuale al cui interno si rinegoziano e si problematizzano le norme che regolano la vita sociale»¹.

Per quel che attiene alla ricerca romanistica, l'attenzione al materiale declamatorio come fonte utile a ricostruire istituti e regole nell'esperienza del principato ha una storia recente, che può farsi risalire, salvo rare eccezioni, agli ultimi vent'anni². Come già da tempo annotato, tale genere letterario rappresenta un

* Il presente contributo è apparso, in versione lievemente diversa, negli *Scritti per Francesco Maria Silla* (a c. di L. D'Amati e L. Garofalo), Napoli 2024. Mi è di sollievo poter dedicare un rinnovato pensiero a Francesco, nel ricordo della sua soavità, *comitas*, e costante dedizione agli studi. Sono assai grata a una serie di amici che hanno, con la loro sapiente lettura, fornito un contributo al presente lavoro: Raffaele D'Alessio, Laura D'Amati, Mario Lentano, Giunio Rizzelli e Antonio Stramaglia.

¹ M. Lentano, *La declamazione latina. Rassegna di studi e stato delle questioni (1980-1998)*, in *Bollettino di Studi Latini*, XXIX 1999, 571 ss.

² Si v. però già prima J. Sprenger, *Quaestiones in rhetorum Romanorum declamationes iuridicae*, diss., Halle 1911 e soprattutto F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano 1938, in dialettica specie con l'allora recente repertorio di A. Guarneri Citati, *Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*, Milano 1927. Per quanto attiene alla ricerca romanistica degli ultimi decenni, per tutti D. Nörr, *Texte zur 'lex Aquilia'*, in *'Iuris professio'. Festgabe M. Kaser*, Wien 1986, 211 ss. (anche in Id., *'Historiae iuris antiqui'*, T.J. Chiusi, W. Kaiser und H.-D. Spengler (hrsgg.), III, Goldbach 2003, 1701 ss., 1708 s.); D. Mantovani, *I giuristi, il retore e le api. 'Ius controversum' e natura nella 'Declamatio maior' XIII*, in *Sem. Compl.*, XIX, 2006, 205 ss., poi riedito in Id. e A. Schiavone (a c. di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 323 ss.; Id., *Declamare le Dodici tavole: una parafrasi di 'XII tab.' V, 3 nella 'declamatio minor' 264*, in *Fundamina* XX, 2014, 597 ss.; V.I. Langer, *'Declamatio Romanorum': Dokument juristischer Argumentationstechnik, Fenster in die Gesellschaft ihrer Zeit und Quelle des Rechts?*, Frankfurt am Main - Berlin - Bern - Bruxelles - New York - Oxford - Wien 2007; M. Lentano, *Retorica e diritto. Per una lettura giuridica della declamazione latina*, Lecce 2014 (seconda edizione, rivista e aggiornata, Lecce 2023); G. Rizzelli, *'Adulterium'. Immagini, etica, diritto*, in F. Milazzo (a c. di), *'Ubi tu Gaius'. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato*, Milano 2014, 145 ss.; Id., *Declamazione e diritto*, in M. Lentano (a c. di), *La declamazione latina. Prospettive a confronto sulla retorica di scuola a Roma antica*, Napoli 2015, 211 ss.; Id., *Padri romani. Discorsi, modelli, norme*, Lecce 2017; L. Pasetti, A. Casamento,

serbatoio di argomenti, riflessioni, visuali non di rado corrispondenti a quanto rinveniamo negli scritti della giurisprudenza classica. È il motivo per il quale, nonostante la complessità del materiale tradito, un rinnovato studio delle declamazioni dalla prospettiva del giurista, e un loro utilizzo a supporto dell'analisi di fonti giurisprudenziali (o viceversa), è di sicura importanza.

Vorrei fermarmi in questa sede su una *Declamatio minor* (la 308) che potrebbe essere utilmente sottoposta a nuova riflessione.

La raccolta denominata 'declamazioni minori', attribuita convenzionalmente a Quintiliano, ma datata dai più fra il finire del I e la prima metà del II secolo, può essere paragonata a un moderno libro di esercitazioni³: era una tipologia di testi diffusa nelle scuole di retorica del tempo, sui quali i giovani retori in formazione si allenavano a svolgere la complessa pratica della declamazione⁴.

Si trattava di elaborare e recitare ad alta voce, dinanzi all'insegnante e agli altri studenti, un discorso su un dato tema: era l'anticamera di quel che sarebbe avvenuto poi nell'attività forense, o *lato sensu* pubblica (ad esempio funzionariale). Nell'orazione confluivano elementi più basilari, che lo studente aveva appreso nelle fasi precedenti del suo percorso (*progymnasmata*): ad esempio impostare discorsi rivolti a rappresentare visivamente persone, cose, luoghi, situazioni (*ekphrasis*), sviluppare «una singola argomentazione (*anaskeuè* e *kataskeuè*), o ... immaginare con quali parole un certo personaggio avrebbe commentato una determinata situazione (*ethopoiia*)»⁵.

Il declamatore, nel contesto di tale addestramento, doveva anch'egli immede-

G. Dimatteo, G. Krapinger, B. Santorelli, C. Valenzano, *Le Declamazioni minori attribuite a Quintiliano*, I. (244–292), Bologna 2019; A. Stramaglia, M. Winterbottom, B. Santorelli, [*Quintilian*]. *The Major Declamations*, I-III, Cambridge (Mass.), London 2021; recente restatement degli studi di interesse romanistico in C. Masi Doria, *Immagini del processo nelle declamazioni pseudoquintilianee*, in A. Lovato, A. Stramaglia e G. Traina (a c. di), *Le Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee nella Roma imperiale*, Berlin-Boston 2021, 267 ss.

³ Edizione critica completa è quella di M. Winterbottom, *The Minor Declamations Ascribed to Quintilian*, Berlin-New York 1984, seguita da quelle di D.R. Shackleton Bailey, *Quintilianus. Declamationes minores*, Stuttgart 1989, e Id., *Quintilian. The Lesser Declamations*, Cambridge (Mass.)-London 2006. Ulteriori indicazioni per tutti in A. Stramaglia, *Come si insegnava a declamare? Riflessioni sulle 'routines' scolastiche dell'insegnamento retorico antico*, in L. Del Corso, O. Pecere (a c. di), *Libri di scuola e pratiche didattiche dall'Antichità al Rinascimento. Atti del Convegno internazionale di studi (Cassino, 7-10 maggio 2008)*, Cassino 2010, 111 ss. (sulla datazione a p. 145).

⁴ Un vivido ritratto delle lezioni presso grammatici e retori in Stramaglia, *Come si insegnava a declamare?* cit. 144 ss. e nt. 92. Si v. per alcuni aspetti puntuali anche L. Pasetti, *Le 'Declamationes minores': funzione e tradizione di un libro di scuola*, in Pasetti, Casamento, Dimatteo, Krapinger, Santorelli, Valenzano (a c. di), *Le Declamazioni minori* cit. XI ss.

⁵ Pasetti, *Le 'Declamationes minores'* cit. XI s.

simarsi in un ruolo, per sostenere le affermazioni della ‘persona’ che interpretava. Le *Declamationes minores*, per come ci sono pervenute, sono impostate nella forma della *controversia*, ossia ambientate in uno scenario di carattere giudiziario.

Disponiamo, per quanto attiene alle *minores*, di 145 pezzi, a fronte di un *corpus* originariamente molto più ampio, comprendente in origine (stando alla numerazione conservata nei manoscritti) 388 declamazioni. Ogni ‘esercizio declamatorio’ è introdotto da un titolo, cui fa seguito un breve testo (*thema* o *argumentum*) che descrive la situazione controversa (di regola finzionale) che fornisce spunto al giovane retore per sviluppare le argomentazioni *ad hoc*: l’allievo, quale parte della sua formazione, doveva assumere il ruolo del rappresentante di (oppure impersonare direttamente) una delle due parti ‘in lite’, in una causa giudiziale fittizia. L’orazione (di difesa o di accusa) costituiva appunto la *declamatio*.

Di solito nel *thema* si allude a ‘norme’ che nel contesto declamatorio vengono definite *leges*: la vicenda immaginaria (non di rado paradossale) sulla quale si incentrava la controversia prendeva spunto, di regola, da una *lex*, posta spesso in correlazione con una o più altre *leges*. Le *leges* coinvolte nei *corpora* declamatori a noi noti di solito non hanno contatto con la realtà, non presentano nessi con disposizioni giuridiche realmente presenti nell’ordinamento romano: esse scaturiscono dalla fantasia dei maestri di retorica, ma – nel corso del tempo – si cristallizzano in buona misura «in formulazioni fisse» che danno vita «a un vero e proprio diritto parallelo, che ha corso e vigenza solo nell’ambito delle scuole»⁶. Rinveniamo dunque *virī fortes* (eroi conclamati), adulteri per i quali le punizioni esulano da quelle previste dal diritto, *raptores* (cioè stupratori) nei cui riguardi colei che ha subito violenza può scegliere fra le nozze e la messa a morte, e così via elencando.

Il (giovane) declamatore, muovendo dalla necessità di applicazione della *lex* o delle *leges* in un caso - si è detto - fittizio che inscena un conflitto fra norme, o mette in crisi il funzionamento della specifica norma enunciata nel *thema*, dovrà allenare le proprie capacità argomentative in vista dell’uso futuro della tecnica oratoria in un tribunale reale o in funzione dell’ufficio che sarà destinato a rivestire. Siamo all’interno di un universo parallelo (o, per così dire, ‘una realtà virtuale’) governato da regole proprie e affollato di accuse di adulterio, di padri severi o troppo miti, di matrigne e figliastri, di maghi, indovini e pirati – e gli esempi potrebbero moltiplicarsi⁷. È il motivo per cui i moderni studiosi di que-

⁶ Lentano, *Retorica e diritto* cit. 29.

⁷ G. Brescia, M. Lentano, *Le ragioni del sangue. Storie di incesto e fratricidio nella declamazione latina*, Napoli 2009; *Le «Declamazioni minori» dello Pseudo-Quintiliano. Discorsi immaginari tra letteratura e diritto*, a c. di A. Casamento, D. van Mal-Maeder e L. Pasetti, Berlin-Boston 2016; Lentano, *Retorica e diritto* cit. 25 ss.

sto genere letterario spesso parlano di ‘mondo di Sofistopoli’⁸.

La raccolta delle *Minores* contiene esempi di porzioni di discorso destinate ad essere (memorizzate e) imitate, con una struttura alquanto prossima agli standard della prosa letteraria. Questi *specimina* (volti, come si diceva, ad argomentare in favore o contro un determinato assunto), chiamati *declamationes* nei manoscritti stessi delle *Minores*, possono essere introdotti o inframezzati da ciò che quei medesimi manoscritti titolano *sermo*. Il *sermo* è la ‘voce’ dell’insegnante che interpella gli allievi; in esso sono proposte in certo qual modo «istruzioni per l’uso, suggerimenti sul modo migliore di impostare l’arringa, sugli argomenti da addurre e le possibili obiezioni da fronteggiare»⁹, ponendo in risalto aspetti su cui approfondire o arrotondare l’impianto discorsivo. La raccolta in esame presenta una varietà di soluzioni: quella ‘standard’ è data da un *sermo* cui fa seguito una *declamatio*; vi sono tuttavia anche casi in cui è presente la sola *declamatio* o il solo *sermo*, casi in cui la prima precede il secondo, e ipotesi di intercalare plurimo *declamatio-sermo*¹⁰. Essendo la struttura non uniforme, si è dubitato della natura di ‘manuale’ della raccolta: i più immaginano che si trattasse di una sorta di ‘prontuario’, una antologia di *exempla*, corredati di commenti più o meno sintetici, non derivante da appunti di allievi, ma messa insieme da un retore e destinata ad essere sviluppata (anche nel dialogo con gli uditori) nel corso delle lezioni; non diretta, pertanto, a una diffusione pubblica, ma ad un uso privato¹¹.

2. Per quanto attiene alla nostra *declamatio minor* 308, l’attenzione su di essa si è ridestata in tempi recenti, grazie a una rilettura della studiosa Ana María Rodríguez González apparsa nel 2013 in *Athenaeum*¹² e alle riflessioni di Dario

⁸ L’inventore della definizione è D.A. Russell, *Greek Declamation*, Cambridge 1983; per un uso del termine fra i romanisti, per tutti G. Rizzelli, *Fra giurisprudenza e retorica scolastica. Note sul ‘ius’ a Sofistopoli*, in *Iura & Legal Systems* VI, 2019, 102 ss.

⁹ M. Lentano, *L’etopea perfetta. I declamatori e il prestito della voce*, in *I Quaderni del ramo d’oro on-line* VI, 2013-2014, 66 ss., 68 s.

¹⁰ J. Dingel, ‘Scholastica materia’. *Untersuchungen zu den ‘Declamationes minores’ und der ‘Institutio oratoria’ Quintilians*, Berlin-New York 1988, 11 ss.; specificamente sul *sermo*, per tutti M. Winterbottom, *The Words of the Master* (2018), ora in Id., *Papers on Quintilian and Ancient Declamation*, a c. di A. Stramaglia, F.R. Nocchi e G. Russo, Oxford 2019, 283 ss.

¹¹ Winterbottom, *The Minor Declamations* cit. XIII: «The doublets and floating passages will arise from the second thoughts that the Master will have added in his margins over a long teaching career. The *sermones* will be the notes, to be expanded in front of the class, on the treatment of each topic. The *declamationes* will be fair copies for dictation or performance»; v. anche, ad esempio, Stramaglia, *Come si insegnava a declamare?* cit. 145; Pasetti, *Le ‘Declamationes minores’* cit. XIV.

¹² A.M. Rodríguez González, ‘Duo testamenta’ (*Ps.-Quint. decl. min. 308*). *El derecho en la escuela*, in *Athenaeum* 101, 2013, 569 ss.

Mantovani (del 2014) nel quadro di un lavoro dedicato alla *declamatio minor* 264¹³. Essa è altresì oggetto di riedizione, traduzione e commento, a firma di Biagio Santorelli, nella raccolta delle *Declamationes minores* (in corso di pubblicazione) a cura di Lucia Pasetti¹⁴. Mi pare vi sia spazio per qualche ulteriore considerazione, almeno per quel che concerne i primi 15 §§ della *declamatio* (rinviando a un ulteriore esame i successivi paragrafi, introdotti e intercalati da *sermones*, e di assai minore interesse per il giurista).

Ne ripropongo anzitutto il *thema*, per poi fermarmi sugli aspetti di maggiore rilievo dello svolgimento declamatorio. Salvo diversa indicazione, ho seguito ovunque il testo di Santorelli.

Decl. min. 308:

(*Thema*)

TESTAMENTA ULTIMA RATA SINT. INTESTATORUM SINE LIBERIS MORTUORUM BONA PROXIMI TENEANT. Quidam primo testamento instituit heredem amicum, secundo facto alterum. Decessit. Posterius testamentum damnatum est. Ambigunt de bonis priore testamento heres scriptus et propinqui.

SIANO VALIDI I TESTAMENTI CONFEZIONATI PER ULTIMI. I BENI DI CHI MUORE PRIVO DI FIGLI E INTESTATO SIANO OTTENUTI DAI PARENTI PROSSIMI. Un tale istituì erede un amico nel primo testamento, ne confezionò poi un secondo istituendo un altro amico. (Il testatore) morì. Il testamento più recente venne invalidato. L'erede istituito tale nel primo testamento e i parenti si disputano i beni (ereditari)¹⁵.

Le due *leges* enunciate in apertura paiono corrispondere a principi vigenti nell'esperienza romana.

Stando alla prima delle due *leges*, l'ultimo testamento è quello valido ai fini della successione testamentaria¹⁶. La formulazione «*TESTAMENTA ULTIMA RATA SINT*» sembra in qualche modo rievocare le affermazioni di Gai 2.144: *Posteriore quo-*

¹³ Mantovani, *Declamare le Dodici tavole* cit. 597 ss. Riferimenti ad alcuni aspetti della *declamatio* 308 anche in A. Castro Saenz, *Herencia y mundo antiguo. Estudio de Derecho sucesorio romano*, Sevilla 2002, 62 s.; M. Avenarius, 'Ordo testamenti'. *Pflichtdenken, Familienverfassung und Gemeinschaftsbezug im römischen Testamentsrecht*, Tübingen 2024, 442 ss.

¹⁴ Sono grata a Biagio Santorelli per avermi posto a disposizione il testo in anticipo rispetto alla pubblicazione.

¹⁵ La traduzione è a mia cura: alcuni punti sono stati discussi con Antonio Stramaglia.

¹⁶ La si ritrova anche in un frammento ulpiano (da taluni reputato però di fattura giustiniana): Ulp. 2 *ad ed.* D. 28.3.2: *Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est, ...* V. in particolare L. De Sarlo, *Il principio: 'prius testamentum rumpitur cum posterius perfectum est'*, in *AG. CLXII*, 1952, 69 ss.; G. Gandolfi, 'Prius testamentum ruptum est', in *Studi in onore di E. Betti III*, Milano 1962, 211 ss.; P. Voci, *Diritto ereditario romano II. Parte speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria*, Milano 1963², 488 ss.; R. Marini, 'Prius testamentum ruptum est'. *Il problema della revoca del testamento in diritto romano*, Torino 2022, 68 ss. (ivi ulteriore bibliografia).

que testamento, quod iure factum est, superius rumpitur. Nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an existere potuerit: ideoque si quis ex posteriore testamento, quod iure factum est, aut noluerit heres esse aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit aut per cretionem exclusus fuerit aut condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate, ... et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius aequè nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit. Il giurista antonino tuttavia – vi ritorneremo – si fermava nel suo excursus sugli effetti di un *posterior testamentum iure factum* e sull’ipotesi di invalidità sopravvenuta di quest’ultimo. Come vedremo non necessariamente la ‘fattispecie’ di partenza della nostra *declamatio* è inquadrabile nella casistica esaminata da Gaio.

La seconda *lex* pare invece una riformulazione dell’enunciato decemvirale (Tab. 5.4) ‘*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*’: la norma – come ben noto – era riferita agli *adgnati proximi* del defunto che si trovassero sullo stesso livello di parentela; sappiamo che, a partire dalla media repubblica, quando vi erano più *adgnati* dello stesso grado (es. più fratelli e sorelle figli dello stesso padre, Tit. Ulp. 26.1) si attribuivano, in assenza di *sui heredes*, quote uguali a ciascun parente¹⁷.

Non era infrequente che gli insegnanti ponessero gli allievi dinanzi a ipotesi di *causa coniuncta* (c.d. *ex diverso iure*)¹⁸: fra esse veniva in considerazione anche quella in cui un unico bene, ad esempio un’eredità, fosse conteso da più persone (che pretendevano una specifica applicazione delle *leges declamatorie*), come appunto quando una delle parti in causa basasse il suo diritto su un testamento che sosteneva essere valido ed efficace e il o gli avversari contestassero la validità dell’atto, affermando il proprio diritto in qualità di *heredes legitimi*¹⁹.

¹⁷ Sterminata la letteratura di riferimento. Si rinvia, per tutti, a O. Diliberto, voce *Successione legittima (diritto romano)*, in *ED. XLIII*, Milano 1990, 1298 ss.; G. Finazzi, *La successione ab intestato*, in M.F. Cursi (a c. di), ‘*XII Tabulae*’. *Testo e commento* I, Napoli 2018, 231 ss., specialmente 244 ss.; M. Humbert, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome 2018, 202 s.; (sulla successione legittima secondo il *ius civile*) M. Wimmer, § 54. *Gesetzliche Erbfolge*, in U. Babusiaux, C. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meissel, J. Platschek, Th. Rübner, *Handbuch des Römischen Privatrechts* I, Tübingen 2023, 1329 ss., 1337 ss.

¹⁸ Cic. *inv.* 1.12; v. fra altri J. Martin, *Antike Rhetorik. Technik und Methode*, München 1974, 23 s.

¹⁹ Ne troviamo un campione appunto in Quintiliano: nel fermarsi, nell’ambito della dottrina degli *status causae*, sulle diverse tipologie di esse, il maestro iberico forniva un esempio del caso in cui, se gli interessati agivano ciascuno in base a una diversa *lex* (a un diverso fondamento di diritto), anche gli *status* delle rispettive orazioni avrebbero dovuto essere differenti. Quint. *inst.* 3.6.94-95: *in coniunctis vero posse duos et tris (scil. status) inveniri. Quod accidit etiam si de una re quaeratur aliqua, sed eam plures petant, vel eodem iure, ut proximitatis, vel diverso, ut cum hic testamento, ille proximitate nitetur.* Significativo è che Quintiliano, nel prosieguo

Formulati gli enunciati ‘normativi’ in esame, nel *thema* della *declamatio* si propone il caso concreto oggetto di disputa. Un tale, evidentemente in assenza di *sui heredes*, aveva confezionato un primo testamento, contenente l’*institutio heredis* di un amico; ne aveva poi redatto un secondo, istituendo erede un altro amico. Dopo la morte del testatore, l’atto confezionato per ultimo viene ‘*dam-natum*’ (tradurrei genericamente con ‘invalidato’²⁰). L’eredità è adesso contesa fra colui che era stato individuato come erede nel primo testamento, l’amico del *de cuius*, e i *propinqui*. Stante il dettato della *lex* enunciata nel *thema* (*INTESTATORUM SINE LIBERIS MORTUORUM BONA PROXIMI TENEANT*), benché gli avversari dell’*heres scriptus priore testamento* vengano chiamati, all’interno della *declamatio*, per lo più *propinqui*²¹, mi pare vi sia poco margine di dubbio per assimilare tali soggetti agli *adgnati proximi* della legge decemvirale, o in ogni caso ai parenti del defunto entro il sesto grado, quei soggetti cioè che il pretore romano ammetteva alla *bonorum possessio sine tabulis*²².

Siamo nell’ambito del cd. *genus iudiciale*: esso si fonda sul confronto fra

del discorso, menzioni, fra le *leges* che potevano venire in considerazione in una *causa coniuncta ex diverso iure*, le seguenti (Quint. *inst.* 3.6.96): *TESTAMENTA LEGIBUS FACTA RATA SINT; INTESTATORUM PARENTIUM LIBERI HEREDES SINT*. La similitudine con le due *leges* enunciate nel *thema* di *decl. min.* 308 è di tutta evidenza, a riprova del fatto che si trattasse di ‘leggi’ retoriche in buona parte modellate sulle norme realmente vigenti nell’ordinamento romano in ambito successorio: deve assumersi, a mio avviso, che le controversie fra *heredes ex testamento* ed eredi legittimi, rispecchiando situazioni di notevole frequenza anche nel ‘mondo reale’ (si pensi soltanto alla notissima *causa Curiana* riferita nel *de inventione* di Cicerone), fossero assai spesso oggetto di esercitazione in ambiente declamatorio. Sulla *divisio* di Quint. *inst.* 3.6.96 si v. da ultimo F. Capizzi, *La viva voce del maestro. Esempi svolti di ‘divisiones’ nell’ ‘Institutio oratoria’ di Quintiliano*, in G. Baffetti, F. Citti, F. Giunti, L. Pasetti (a c. di), *Gli affetti e le ragioni della retorica. Quintiliano e la sua ricezione*, Bologna 2022, 35 ss., specialmente 38 ss.

²⁰ Stessa scelta in B. Santorelli, 308. ‘*Duo testamenta*’ (in corso di stampa).

²¹ *Propinquus* è sostantivo usato nel latino classico a ricomprendere in modo generico parenti e anche affini (si v. *TLL* ahl.: <https://publikationen.badw.de/de/thesaurus/lemmata#74296>). Si v. tuttavia Catull. *carm.* 1.41: *propinqui quibus est puella curae* (dove è difficile non pensare a una tutela affidata agli *adgnati proximi*). Di un *propinquus exheredatus* in favore di un *heres extraneus* è menzione in Cic. *Cluent.* 162.1. Che *propinquus* potesse avere un’estensione più ampia, paragonabile a quella di *necessarius*, risulta da svariate fonti (si v., per tutti, R. Raccanelli, ‘*Cara cognatio*’: la tradizione di una festa fra ‘*propinqui*’, in *Quaderni urbinati di cultura classica* LIII, 1996, 57 ss.). Nel contesto di *decl. min.* 308 l’espressione *propinqui* mi pare si applichi invece ai successibili ammessi alla *bonorum possessio* in assenza di *heredes sui*. V. anche *infra*, nel testo.

²² Sulla posizione dei parenti del *de cuius* all’interno dell’editto sulla *bonorum possessio sine tabulis*, v. part. G. Viarengo, *Gli sviluppi della ‘bonorum possessio’ del figlio emancipato dall’età di Cicerone a Salvio Giuliano*, in *Rivista di diritto romano online* 18, 2018, 1 ss. e, da ultimo, U. Babusiaux, § 57. *Nachlassbesitz* (‘*bonorum possessio*’), in Babusiaux et al., *Handbuch des Römischen Privatrechts* I cit. 1437 ss., specialmente 1499 ss.

parti avverse e le rispettive argomentazioni (*ratio versus infirmatio rationis*²³). L'*heres institutus* nel primo testamento doveva far leva sulla intervenuta invalidità del secondo, che, stando all'applicazione della prima delle due *leges*, avrebbe comportato il rientro in gioco del testamento che lo istituiva erede; i *propinqui* avrebbero invece affermato che, venuto meno il secondo testamento, il *de cuius* fosse da reputarsi *intestatus* – e dunque, alla luce della seconda *lex*, in assenza di *liberi*, l'eredità dovesse toccare a loro²⁴.

3. Ci è preservata nel testo in esame solo la declamazione in favore dell'erede istituito *priore testamento*. In essa l'accento è naturalmente posto sul fatto che il testamento che lo istituisce sia *ratum* (e non *ruptum*, per rifarsi a una terminologia già usata in Cicerone)²⁵. La prima sezione (§§ 1-15) fornisce dati rilevanti a mio avviso anche per il romanista:

(DECLAMATIO)

1. *Et in more civitatis et in legibus positum est ut, quotiens fieri poterit, defunctorum testamento stetur, idque non mediocri ratione. Neque enim aliud videtur solacium mortis quam voluntas ultra mortem; alioqui potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, ut, cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.* 2. *Proximum locum a testamentis habent propinqui, et ita, si intestatus quis ac sine liberis decesserit: non quoniam utique iustum sit ad hos pervenire bona defunctorum, sed quoniam relicta et velut in medio*

²³ Cic. *inv.* 1.18, su cui fra altri L. Calboli Montefusco, *La dottrina del 'krinomenon'*, in *Athenaeum* 60, 1972, 276 ss. Sintesi delle posizioni scaturenti dall'*excursus* ciceroniano e dalle relative esemplificazioni nell'opera giovanile dell'Arpinate in A.A. Raschieri, *Retorica, pratica oratoria e diritto: le cause di eredità nel 'De inventione' di Cicerone*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino. Classe di Scienze Morali* CXLIX, 2015, 137 ss.

²⁴ Rodríguez González, *'Duo testamenta'* cit. 575.

²⁵ Cic. *de orat.* 1.38.173: *... nam volitare in foro, haerere in iure ac praetorum tribunalibus, iudicia privata magnarum rerum obire, in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac iure certetur, iactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, adluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamatorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumera bilium iura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, qua re denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiae.* Si v. J. Stern, *Aspects de la pratique sociale des testaments à Rome. 'Voluntas' du testateur face aux institutions légales et aux normes sociales et transmission des patrimoines par voie testamentaire à l'époque républicaine et du principat*, Napoli 2022, 21 ss. Importanti rilievi, sul punto, in Marini, *'Prius testamentum ruptum est'* cit. 49 ss. Non escluderei che i *testamenta rupta* riguardo ai quali potesse agirsi in giudizio in epoca ciceroniana fossero in specie quelli affetti da invalidità sopravvenuta per via di una *adgnatio sui heredis*. Sul punto si v. in particolare F. Lamberti, *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana I*, Napoli 1996, e Ead., *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana II*, Milano 2001.

posita nulli propius videntur contingere. Nihil est ergo quod nos onerare temptent nomine isto propinquitatis, iactatione sanguinis et naturae homines binis iam tabulis exheredati. 3. Et sane quotiens quaestio iuris est certi et a maioribus constituti, nihil necesse est laudare leges quibus utimur et ad quas vobis iudicandum est. 4. Quaestio igitur totius causae nostrae, ut opinor, in eo consistit, an amicus meus intestatus decesserit. In qua parte delector nihil tam obscure, nihil tam clam esse factum ut nobis probandum sit. 5. Interrogo vos igitur, propinqui, an hic quem intestatum decessisse dicitis scripserit aliquando testamentum. Interrogo vos an hae tabulae quae ex parte nostra proferuntur testati sint. Intellegitisne signum? An omni iure conscriptas [vel] tabulas soletis damnare? 6. Non id agunt, ut non fecerit testamentum, sed intestatum volunt videri eum quia non semel fecerit. 'Scripsit' inquit 'et alteras tabulas'. Apparet quam noluerit intestatus mori. 7. Neque ego negaverim non uno genere fieri intestatos: aut enim is est intestatus qui non scripsit omnino testamentum, aut qui id scripsit quod valere non possit. Vos eligite quem velitis esse intestatum: si eum qui non scripsit, non est hic cuius de bonis agitur (bis enim scripsit); si eum videri vultis intestatum qui vitiosum scripserit testamentum, hoc confiteamini necesse est, vitiosum testamentum esse pro non scripto. 8. Hoc igitur supremum quaero sitne testamentum. Si confitemini esse testamentum, non potest videri intestatus decessisse; si non est testamentum (sicut non est, quia non iure factum est), nihil obstare priori potest. 9. Venio nunc ad meam legem: 'testamenta ultima rata sint.' Habet sine dubio, si verba tantum ipsa intueri velimus, hoc ius occasionem brevem calumniae. Quid si enim unum aliquis scripserit testamentum? Potest videri non ultimum quod magis iure primum dixerimus. Sed quemadmodum inter plurima testamenta ultimum valere oportet, ita haec manifesta legis voluntas est, ut id testamentum valeat post quod nullum testamentum est. 10. Neque est incredibile sine dubio, etiam ante hoc testamentum quo ego heres factus sum, scripsisse illum alia testamenta, hominem frequenter hoc facientem. Ita et ultimum videri potest si post alia scriptum est, et si primum scriptum est, quia nullum tamen est quod vincat et potentius sit postea <factum>, pro ultimo habendum est. 11. Sublatum dicunt prius testamentum posteriore testamento; neque ego infitior, si iure factum est testamentum, hoc est, si testamentum est, potentissimam esse defuncti proximam quamque voluntatem. Sed nego ullum postea factum testamentum. 12. Quid est enim testamentum? Ut opinor, voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis. Non dixerim ego testamentum cui numerus signatorum deest, non dixerim testamentum cui libripens et emptor familiae et cetera iuri necessaria: tabulae erunt fortasse et scriptum erit. Et hoc, ut paulo ante dicebam, vestra quoque manifestum confessione est non esse illud²⁶ testamentum: facto enim illo dicitis propinquum vestrum intestatum fuisse. 13. Hoc propius colligamus. Putemus enim factum esse unum hoc testamentum quod damnastis: num dubium erit quin ad vos bona pertinuerint tamquam intestati, id

²⁶ Più di un manoscritto reca la lezione *velud* o *velut*. Ho accolto la lettura di Rohde (*apud Ritter*, 1884, 212), contro Winterbottom, *The Minor Declamations* cit. 451. Mi allontano in questo dalla proposta editoriale di B. Santorelli, che sul punto segue Winterbottom.

est, quin ita heredes futuri fueritis tamquam ille omnino testamentum non fecisset? Quod si hoc pro non facto est, nec testamentum quidem videri potest. 14. Fingamus fuisse ultimum testamentum: quando quaerimus? Puto cum res in lite est, cum in disputatione. Nec pertinet ad nos quod fuerit ultimum, sed quod sit. Si ius utrique testamento constaret, fuisset illud ultimum quod postea factum est; illo vero sublato incipit ultimum esse quod relictum est, ut in contentione cursus qui proximus ab ultimo fuerit, si desistat ultimus, in nomen illius locumque succedit. 15. Ergo ut non fuerit ultimum meum aliquando testamentum, nunc ultimum est, et vos id testamentum fecistis damnando id quod postea factum erat.

1. Sia nelle consuetudini della *civitas* che nelle leggi è stabilito che, ogni qual volta sia possibile, ci si debba attenere al testamento dei defunti, e ciò per un motivo non ir-rilevante. Non sembra infatti esservi altro conforto per la morte che (il pensiero che) la volontà persista dopo la morte; diversamente il patrimonio stesso può esser visto come un peso, se sottoposto a una legge incompleta che, riconoscendoci in vita il pieno diritto di disporne, ce lo sottragga al momento della morte. 2. In posizione subito successiva al testamento vengono i parenti, e a condizione che un tale muoia senza figli e senza testamento: non perché sia necessariamente giusto che vadano a loro i beni dei defunti, ma perché si reputa che a nessuno più che a loro tocchino quei beni oggetto di eredità e, per così dire, messi a disposizione. Non vi è dunque motivo che tentino di far pesare su di noi questo nome, ‘parentela’, vantando sangue e natura, costoro che sono stati pre-terminati già in due testamenti. 3. E di sicuro, ogni volta che si versi su norme di diritto accertate e disposte dai nostri antenati, non è necessario citare le leggi che osserviamo e secondo le quali siete tenuti a giudicare. 4. La questione, dunque, su cui a mio avviso si fonda interamente il nostro caso, consiste in questo: se il mio amico sia morto intestato. A tale riguardo mi rallegro che nulla sia stato fatto in modo così oscuro, così nascosto, da costringerci a provare delle circostanze. 5. Vi chiedo dunque, parenti, se quest’uomo, che affermate sia morto intestato, non abbia mai scritto testamento. Vi chiedo se queste tavolette che, per parte nostra, produciamo non siano di una persona che ha fatto testamento. Non vedete i sigilli? O siete soliti negare il valore (finanche) di documenti confezionati secondo tutti i crismi? 6. Costoro non sostengono che non abbia fatto testamento, ma vogliono che lo si reputi intestato perché non lo ha fatto un’unica volta. «Ha scritto anche altri testamenti», dice. Appare evidente quanto abbia tenuto a non morire intestato. 7. Non intendo certo negare che non vi sia una sola tipologia di intestati: è infatti intestato o chi non ha scritto affatto un testamento, oppure chi ne ha scritto uno che non possa valere come tale. Scegliete voi chi intendete si debba considerare intestato: se lo è chi non ha fatto testamento, allora non si tratta del *de cuius*, visto che ne ha scritti ben due; se intendete che lo sia chi ha scritto un testamento viziato, dovete ammettere, per forza di cose, che un testamento viziato vale come non scritto. 8. Vi chiedo dunque se questo che è stato scritto per ultimo sia o meno un testamento. Se ammettete che sia un testamento, non può ritenersi che quest’uomo sia morto intestato; se non è (come non lo è, perché non è stato fatto in modo conforme al diritto) un testamento, nulla può ostare alla validità del precedente. 9. Vengo adesso alla mia legge: SIANO VALIDI I TESTAMENTI CONFEZIONATI PER ULTIMI. Indubbiamente, qualora vogliamo guardare solo al dettato testuale, il diritto

qui offre un facile spunto a cavilli. Come dovremmo comportarci infatti se un tale avesse scritto un unico testamento? Quello che in modo più corretto dovremmo definire ‘primo’ potrebbe non apparire come ‘ultimo’. Ma come fra più testamenti è l’ultimo a dover essere quello valido, così la manifesta volontà della legge è che sia valido quel testamento dopo il quale non vi è altro testamento. 10. Ed è senza dubbio credibile che costui abbia scritto altri testamenti prima di quello in cui sono stato istituito erede, considerato che era persona che faceva testamento di frequente. Dunque esso può reputarsi ‘l’ultimo’ sia se è stato scritto dopo altri testamenti, sia se è stato scritto per primo: visto che non ve n’è un altro, confezionato dopo di quello, che lo superi e abbia la preminenza, esso può considerarsi ‘l’ultimo’. 11. Costoro affermano che il testamento precedente sia stato invalidato dal successivo; ed io non contesto che, se questo (ulteriore) testamento fosse stato confezionato in modo valido, cioè se fosse un testamento, qualunque fosse stata la più recente volontà del defunto essa dovrebbe valere in modo assoluto. Nego invece che sia stato confezionato, dopo quello in mio favore, un (atto che possa dirsi) testamento. 12. Che cos’è infatti un testamento? A mio avviso è la volontà di un defunto attestata da sigilli, secondo il diritto e le leggi della *civitas*. Io non potrei quindi definire testamento un atto che difetti del necessario numero di testimoni, non potrei definire testamento un atto cui manchino il *libripens*, il *familiae emptor* nonché tutti gli altri requisiti che richiede il diritto: potrà parlarsi al più di tavolette, o di scritto. E proprio per questo, come dicevo poco fa, per vostra stessa ammissione è manifesto che quello non è un testamento: perché nonostante vi sia quest’atto, affermate che il vostro parente è morto intestato. 13. Entriamo più nel merito del ragionamento. Ipotizziamo che sia stato confezionato solo il testamento di cui negate la validità: sarà allora dubbio che vi spettino i beni, in qualità di eredi di un intestato? Ossia che dobbiate essere eredi come se il defunto non avesse affatto testato? Se però questo testamento deve considerarsi come non scritto, allora non può neppure ritenersi un testamento. 14. Poniamo il caso che il testamento confezionato per ultimo abbia avuto validità: qual è il tempo rispetto al quale ci poniamo il problema? Quando la questione va in giudizio, direi, quando viene dibattuta. E a noi non interessa quale sia stato ‘l’ultimo’, bensì quale *lo sia*. Se entrambi i testamenti fossero conformi a diritto, ‘l’ultimo’ risulterebbe quello confezionato dopo; ma una volta invalidato questo, prende ad essere ‘l’ultimo’ quello rimasto, così come in una competizione di corsa, se l’ultimo si ritira, colui che era penultimo prende il suo posto e la sua qualifica. 15. Pertanto, quand’anche il mio testamento, in un dato momento, non sia stato ‘l’ultimo’, adesso ‘l’ultimo’ lo è: e siete stati proprio voi a renderlo tale, invalidando quello che era stato confezionato successivamente.²⁷

L’andamento della *declamatio* non è privo di ridondanze e di ripetizioni, che tuttavia (è stato da tempo rilevato) sono proprie del genere letterario²⁸. Deve anche tenersi presente la possibilità che il declamatore aggiunga alla sua orazione

²⁷ La traduzione è a mia cura.

²⁸ Pasetti, *Le ‘Declamationes minores’* cit. XIII s.

elementi non enunciati in premessa, che si presumono (fanzionalmente) far parte dell'arringa avversaria (e che vanno dunque confutati), e *colores* ai quali in una controversia concreta non si giustificerebbe il ricorso. Si tratta di aspetti dei quali, nella lettura, è opportuno tenere conto.

I primi paragrafi sono volti a porre in risalto la legittimità della posizione dell'*heres extraneus*. Il *pladoyer* si apre infatti, al § 1, con un significativo riferimento a *mores e leges civitatis*: che siano osservate, nei limiti del possibile, le disposizioni di un testamento è regola che trova fondamento nelle consuetudini della *civitas* e nelle *leges*. All'enunciato fa seguito una riflessione sull'importanza che la *voluntas* dello scomparso si protragga *ultra mortem*: una simile convinzione porta conforto nel pensare alla morte. Che l'espressione *solacium mortis* sia riferita al testatore, e non a chi gli sopravvive, è documentato dal prosiegua del discorso: i suoi beni, infatti, potrebbero essere (da lui) avvertiti come un peso, se oggetto di una legge incompleta²⁹, in forza della quale abbia il diritto di disporre del patrimonio in vita ma non al momento della morte³⁰. La proiezione della *persona defuncti* dopo la sua scomparsa appare avere, nelle pa-

²⁹ Intende *integer* come 'dalla validità parziale', non pienamente efficace, B. Santorelli, 308. *I due testamenti* (in corso di stampa), con riferimento ad esempio a Pomp. 32 *ad Sab.* D. 8.6.19 pr. (*nihil iuris amitto ... sed manet mihi ius integrum*). A me pare tuttavia che anche nelle fonti giurisprudenziali sia sostenibile un utilizzo di *integer* nel senso di 'completo', 'integrale', applicabile a tutte (o quasi) le fattispecie che possano venire in considerazione (e quindi, *e converso*, di '*non integer*' come 'lacunoso', o 'claudicante'). Benché il piano declamatorio sia diverso da quello giuridico, mi sembra che se il retore avesse voluto alludere all'efficacia del disposto normativo avrebbe forse usato il sintagma *lex imperfecta*.

³⁰ Considerazioni vicine a quelle esposte dal declamatore, nel senso della connessione fra *lex* e *testamentum* (là dove tuttavia in *decl. min.* 308 la locuzione potrebbe tradursi anche come «regolamentazione incompleta») si rinvencono ad esempio in Cic. *Phil.* 2.109: ... *cum actorum Caesaris defensor esse deberet, et in publicis et in privatis rebus acta Caesaris rescidit. In publicis nihil est lege gravius; in privatis firmissimum est testamentum. Leges alias sine promulgatione sustulit, alias ut tolleret promulgavit. Testamentum inritum fecit, quod etiam infimis civibus semper obtentum est.* (Antonio avrebbe dovuto essere il massimo difensore degli *acta Caesaris*: invece, per quel che riguardava la sfera pubblica, aveva disapplicato le *leges*, e i progetti di legge, del dittatore, per quel che atteneva a quella privata – in cui i testamenti avevano la massima rilevanza – non si era attenuto alle ultime volontà di Cesare). La dicotomia fra *lex* come atto 'autoritativo' appartenente alla sfera pubblica, e testamento come atto 'avente forza di legge' nella sfera privata, appare sovente in Cicerone (Cic. *Caec.* 18.5, *part.* 37.130, *de orat.* 2.27.166). Con un livello più intenso di correlazione, che vede la subordinazione del testamento alla *lex*, lo stesso motivo è in *decl. min.* 374.4: *Deinde haec lex publica est, ad omnes pertinet: testamentum privatum est. Potentius est, quod in albo lego, quam quod in testamento.* Si v. fra altri A.D. Manfredini, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino 1991, 25 ss.; C. Paulus, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln*, Berlin 1992, 13 ss.; Stern, *Aspects de la pratique sociale* cit. 27 ss., specialmente 35 ss. (ivi bibliografia precedente).

role del declamatore (in connessione con la *lex ivi* difesa), un senso fortemente patrimoniale: le affermazioni giurisprudenziali per cui (Mod. 2 *pand.* D. 28.1.1) ‘*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*’, e (Tit. Ulp. 20.1) ‘*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat*’, benché assai simili alla *definitio* del declamatore, hanno un tenore più generale³¹. L’affermazione è ribadita più avanti nel testo (§ 12), nuovamente in connessione con l’ordinamento romano, col qualificare il testamento *voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis*, con attenzione anche ai sigilli che accompagnano e (ai sensi dell’editto del pretore) conferiscono ufficialità all’atto.

Se il *testamentum* trova il proprio fondamento nel *ius* e nelle *leges civitatis*, sono analogamente il diritto e la legge ad imporre che, defunto il *de cuius* senza un testamento e senza figli, l’eredità spetti ai *propinqui*. Il retore, nel § 2, nel soffermarsi sulla condizione dei *propinqui*, concorda sul fatto che sia giusto che ricevano l’eredità in assenza di testamento e di discendenti diretti del defunto: questo perché (come mi pare possa intendersi il *videntur*) è previsto dall’ordinamento che essi ottengano il patrimonio ereditario, essendo i parenti stretti coloro a cui più spetta il potersene impossessare³². Tanto noto è lo stato di diritto in materia, afferma il declamatore, che neppure è necessaria la menzione delle leggi su cui esso si fonda³³. Stabilito però che il diritto dei *propinqui* può affermarsi solo subordinatamente alla mancanza di un testamento, non può valere – sostie-

³¹ Il legame fra *mens* e *contestatio* si rinviene già in Servio, tuttavia come espressivo di una paraetimologia: Gell. 7.12.1-2: 1. *Quod neque ‘testamentum’, sicuti Servius Sulpicius existimavit, neque <saecellum>, sicuti C. Trebatius, duplicia verba sunt, sed a testatione productum <alterum>, alterum a sacro imminutum.* 2. *Servius Sulpicius iureconsultus, vir aetatis suae doctissimus, in libro ‘de sacris detestandis’ secundo qua ratione adductus ‘testamentum’ verbum esse duplex scripserit, non reperio; nam compositum esse dixit a mentis contestatione.* V. M. D’Orta, *Saggio sulla ‘heredis institutio’*, Torino 1996, 169 ss.; A. Spina, *Il diritto oltre la vita. Aspetti ideologico-religiosi del diritto successorio romano*, in S. Randazzo (a c. di), *Religione e diritto romano. La coerenza del rito*, Tricase 2014, 373 ss., 401 ss.; da ultimo Avenarius, ‘*Ordo testamenti*’ cit. 82 s.

³² Mi sembra possa rinvenirsi un nesso fra le espressioni di *decl. min.* 308.2, per cui *Proximum locum a testamentis habent propinqui ... quoniam relicta et velut in medio posita nulli propius videntur contingere* (che possiedono un evidente senso di apprensione materiale dei *bona defunctorum*) e l’enunciato normativo di XII Tab. 5.3 (*adgnatus proximus familiam habeto*): onde può legittimamente credersi che il declamatore alludesse qui alla legge decemvirale, nella quale trovava fondamento il diritto dei parenti prossimi.

³³ Non è qui certo che il declamatore abbia riferimento al (reale) diritto della *civitas*. Del resto, addentellati quanto ad una sorta di *favor testamenti* a fronte della successione *ab intestato* si ricavano solo dalla giurisprudenza dell’avanzato principato: v. ad esempio Ulp. 46 *ad ed.* D. 29.2.39: *Quam diu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*. Sulla possibilità di proiettare la personalità del defunto al di là della vita, attraverso le ultime volontà, per tutti Manfredini, *La volontà oltre la morte* cit. 13 s.; Avenarius, ‘*Ordo testamenti*’ cit. 169 s.

ne il declamatore – il loro insistere sul legame di parentela, considerato che il *de cuius*, avendo confezionato ben due testamenti, non ha tenuto conto di tale legame e li ha estromessi (§ 3). Appare qui sottesa la premessa, che il declamatore esplicherà più avanti (§§ 8 ss.), che il primo testamento, caduto il secondo, sia da considerarsi *ratum* e dunque applicabile – escludendo dunque che si possa aprire una successione legittima.

4. A questo punto si passa ad esaminare, per confutarli, gli argomenti degli avversari. La *lex* declamatoria afferma che solo il testamento più recente può essere considerato valido. Occorre dunque in primo luogo negare la pretesa dei *propinqui* per cui, essendo invalido l'*ultimum*, si apra la successione *ab intestato*.

È proprio sul significato del termine *intestatus* che si appuntano una serie di argomenti del declamatore³⁴. I *propinqui* asseriscono che il *de cuius* debba reputarsi morto *intestatus* perché, nonostante il secondo testamento sia stato invalidato (*damnatum*), il primo è stato *sublatum* dal secondo³⁵. Che l'argomento oggetto di confutazione sia principalmente la qualità di *intestatus* o meno del defunto, si evince sia dalle affermazioni al § 6 (*Non id agunt, ut non fecerit testamentum, sed intestatum volunt videri eum quia non semel fecerit*) che da quelle al § 11 (*sublatum dicunt prius testamentum posteriore testamento*)³⁶. Il declamatore oppone agli avversari diversi argomenti: essi non sono tutti nell'ordine in cui li attenderemmo e sono in parte condizionati dal dettato delle due *leges* enunciate in apertura. (A) In primo luogo si ferma sul senso letterale di *intestatus*: non può intendersi tale colui che abbia tout court redatto un testamento (§ 5: *Interrogo vos ... an hic quem intestatum decessisse dicitis scripserit aliquando testamentum*); (B) non può intendersi tale colui che si sia preoccupato di confezionare *omni iure* (ossia secondo diritto) tavole testamentarie; (C)

³⁴ Anche per tale aspetto (chi e in quali circostanze possa definirsi *intestatus*) si rinvencono già precedenti in Cicerone (testamento di Malleolo, Cic. *inv.* 2.148-149).

³⁵ Nel contesto delle norme effettivamente vigenti nell'ordinamento romano, essi avrebbero dovuto ottenere dal pretore – in quanto *adgnati proximi* - la *bonorum possessio sine tabulis*. La posizione giudiziale delle parti in caso di contesa ereditaria è già chiara in Cicerone (*Verr.* II 1.114): gli eredi legittimi possono ottenere la *bonorum possessio sine tabulis*; se taluno intenda affermare la propria qualità di erede testamentario nei riguardi del *bonorum possessor*, può esperire una *hereditatis petitio*, le cui condizioni sono dettate nell'editto del pretore. Valga, per tutti, il rinvio sul punto a Babusiaux, § 57 *Nachlassbesitz* ('*bonorum possessio*') cit. 1440 s., 1442 ss. (ove bibliografia precedente). Mette appena conto di rilevare che la declamazione non tocca i profili in esame.

³⁶ L'espressione *testamentum sublatum* è usata dai giuristi sia nel senso di testamento dichiarato giudizialmente invalido (Ulp. 4 *opin.* D. 3.5.44) che nel senso di testamento revocato da un secondo testamento (ad esempio Marcian. 4 *inst.* D. 36.1.30 pr.).

non può dirsi *intestatus* chi ha confezionato un secondo testamento, pur avendo intenzione, in tal modo, di revocare il primo (§ 6: *Apparet quam noluerit intestatus mori*); (D) se il (secondo) testamento posto in essere è invalido (*quod valere non possit*), il *de cuius* non è comunque morto *intestatus*, perché deve reputarsi valido il primo testamento³⁷.

Una volta argomentato nel senso che il defunto non sia morto *intestatus* occorre stabilire quali siano da considerarsi le ‘ultime’ volontà dell’ereditando. I *propinqui* potrebbero infatti controargomentare in vario senso: (A) il ‘primo’ testamento non potrebbe essere definito l’ultimo; (B) in subordine il secondo doveva considerarsi quello che avesse propriamente contenuto le ‘ultime’ volontà del defunto.

Quanto alla prima obiezione il declamatore obietta che, anche qualora un tale avesse scritto un unico testamento (che dunque, letteralmente, dovrebbe intendersi come ‘il primo’), si deve considerare manifesta la *voluntas legis* (e dunque non fermarsi su una mera interpretazione letterale) nel senso che sia valido quel testamento dopo il quale non esiste altro (valido) testamento (*ut id testamentum valeat post quod nullum testamentum est*). Non può d’altro canto escludersi che il testatore abbia confezionato altri testamenti: in tal caso l’*ultimum* da reputarsi valido sarebbe senz’altro quello che ha istituito erede l’*amicus* impersonato dal declamatore (§§ 9 e 10)³⁸.

Per la seconda linea argomentativa un indizio è nel § 14: in esso il declamatore ammette, per ipotesi, che il secondo testamento possa essere stato (per un periodo?) *ultimum*, e definito tale nel quadro di una controversia giudiziale (*cum res in lite est, cum in disputatione*). Tuttavia, sostiene, esso era stato ‘ultimo’ solo sino all’invalidazione (*illo ... sublato*). Una volta invalidato il secondo testamento, occorre tornare all’assunto di partenza, e considerarsi *ultimum* il primo.

Uno snodo fondamentale appare, all’interno della nostra *declamatio minor*, l’affermazione presente al § 11: *Sublatum dicunt prius testamentum posteriore testamento; neque ego infitior, si iure factum est testamentum, hoc est, si testamentum est, potentissimam esse defuncti proximam quamque voluntatem*.

³⁷ Rodríguez González, ‘Duo testamenta’ cit. 577: «El análisis de la *voluntas legis* refuerza este argumento de naturaleza formal: ante el hecho incontrovertible de que la voluntad del hombre es cambiante y en ocasiones hay que decidir entre varias manifestaciones de la misma, la norma decide (*lex voluit*) que sea vinculante la expresada en último lugar, porque refleja mejor lo que el difunto quiso justo antes de morir. Lo importante es que esta voluntad perdure en el tiempo, que no haya sido modificada, por ello, cuando el testamento posterior es inválido, debe considerarse que la voluntad inmediatamente anterior permanece (*durat*)».

³⁸ È attestato letterariamente l’uso di *ultimum* (oltre che di *supremum*) per indicare l’atto di ultima volontà (o l’ultimo atto, in ordine di tempo, di ultima volontà): Mart. epigr. 4.70: *Nihil Ammiano praeter aridam restem / moriens reliquit ultimis pater ceris*.

Sed nego ullum postea factum testamentum. In essa è esplicitato il punto di diritto: i *propinqui* affermano che il secondo testamento aveva tolto validità al primo, l'*heres ex testamento* sostiene che, essendo il secondo non *iure factum*, riacquista validità l'atto che lo istituiva erede. Come già anticipato, in età antonina il principio vigente era quello per cui (Gai 2.144) *Posteriore ... testamento, quod iure factum est, superius rumpitur.* Il primo testamento sarebbe stato *ruptum* anche là dove, una volta apertasi la successione sulla base del secondo testamento *iure factum*, questo fosse poi risultato inefficace per mancata *aditio* o per morte dell'erede o per altre ipotesi assimilabili³⁹. La regola, confermata anche da testimonianze giuridiche più tarde, appare formulata quasi negli stessi termini nel § 11 della declamazione: un testamento che sia *iure factum* conduce alla revoca di un testamento precedente. *E converso* (ne deriva il declamatore) non toglie valore al primo un testamento *non iure factum* o (per usare la terminologia presente nel *thema*) *damnatum*: di esso non può predicarsi che *testamentum est*⁴⁰. In termini moderni, se il secondo testamento fosse andato incontro a una invalidità sopravvenuta, il primo ne sarebbe risultato caducato; se invece fosse stato affetto da invalidità originaria non sarebbe stato (evidentemente, verrebbe da dire) efficace ad annullare il primo.

5. Dopo aver seguito l'andamento argomentativo della declamazione, vi è forse spazio per qualche spunto di riflessione. Da un canto l'esercizio declamatorio si dipana avendo stretto riferimento al tenore delle due *leges* proposte in apertura: la prima, nella formulazione data, è finzionale, laddove la seconda, sia pur con l'uso di *verba* differenti, appare parafrasare il dettato di XII Tab. 5.3 (*si intestato moritur, ...*). Come si è visto, la difesa dell'applicazione della prima *lex* è l'obiettivo fondamentale dell'arringa, che è pronunciata dall'*heres scriptus* 'priori testamento'. Alcuni degli argomenti usati dal declamatore non sarebbero stati utili in un giudizio reale, considerato che non siamo a conoscenza di una norma, nell'ordinamento romano, il cui tenore letterale fosse «*testamenta ultima rata sint*». Il giovane oratore era spinto a reperire argomenti oscillando (è questo almeno il caso di *decl. min.* 308) fra lo *scriptum* e la *voluntas* (della *lex* declama-

³⁹ *Supra* e nt. 16.

⁴⁰ Rodríguez González, 'Duo testamenta' cit. 586 nt. 52: «la metáfora de la carrera que utiliza el declamador para explicar que, caído el segundo testamento, debe considerarse último el realizado en primer lugar, guarda cierto paralelismo con el modo en que los juristas explican cómo hay que proceder para el llamamiento de los *agnati proximi*: Ulp. 13 *ad Sab. D.* 38.16.2» (in ispecie D. 38.16.2.6: *Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit cum moreretur pater familias, sed eum, qui tunc fuit cum intestatum decessisse certum est. secundum quae et si suus erat qui praecedebat, vel consanguineus, si nemo eorum, cum repudiatur hereditas, vixit, proximum eum accipimus, qui tunc, cum repudiatur hereditas, primus est*).

toria)⁴¹: in ciò consisteva il suo ‘allenamento’, e in tale ottica devono leggersi, nella *declamatio*, interpretazioni non strettamente rispondenti allo stato di diritto del tempo del termine *intestatus*, e di *ultimum* e *damnatum* riferiti a un testamento.

E pure non escluderei che il caso proposto nel *thema* potesse verificarsi nella realtà dei fatti: di due testamenti successivi, che istituivano due diversi eredi *extranei*, il primo era risultato valido, il secondo no; non è impensabile che si instaurasse allora una contesa fra *heredes ab intestato* (che, in assenza di *sui*, erano gli *adgnati* del defunto) e l’erede istituito nel primo testamento. Del resto l’*excursus* di Gai 2.144 verteva solo sull’efficacia revocatoria di un *testamentum posterius iure factum*, non invece sulle posizioni giurisprudenziali concernenti un secondo testamento *non iure factum*⁴².

Al di là della casistica che potrebbe aver dato luogo a una disputa come quella descritta nella declamazione⁴³, deve rilevarsi come, in età antonina, il caso in cui un testatore, dopo aver confezionato un primo testamento, ne avesse posto in essere un secondo con l’idea di revocare il primo, e il *posterius testamentum* per un qualche motivo fosse stato invalido, aveva effettivamente fornito materia di discussione. L’argomento che probabilmente si avanzava nella disputa, poi accolto da una delibera senatoria che tradizionalmente si colloca sotto Antonino Pio⁴⁴, è che, se il *de cuius* aveva confezionato un nuovo atto di ultima volontà, egli intendesse senz’altro togliere l’eredità agli istituiti nel testamento precedente; e tale dato non poteva essere inficiato dal fatto che il *posterius testamentum* risultasse *non iure factum*⁴⁵. Se l’erede istituito nel primo testamento avesse

⁴¹ Sullo *status legalis* ‘*scripti et voluntatis*’ valga il rinvio per tutti a Martin, *Antike Rhetorik* cit. 46 ss.; sulla declinazione di tale *status* nella nostra *declamatio*, v. Santorelli, 308. *I due testamenti* (in corso di stampa).

⁴² Voci, *Diritto ereditario romano* II cit. 513 ss.; Marini, ‘*Prius testamentum ruptum est*’ cit. 25 ss.; Avenarius, ‘*Ordo testamenti*’ cit. 475 s.

⁴³ Potremmo infatti, in via ipotetica, immaginare la seguente successione di eventi: essendo a conoscenza di un unico testamento (il secondo) gli eredi *ab intestato* agiscono nei riguardi dell’*heres institutus* e ottengono una rescissione del testamento e la *bonorum possessio* sui beni del defunto; a quel punto si fa avanti un *heres institutus* in un testamento precedente, che si afferma non essere stato revocato dal successivo: quest’ultimo, nel quadro di una *hereditatis petitio*, afferma il suo diritto nei riguardi dei ‘*propinqui*’ *bonorum possessores*. A quel punto l’esercizio retorico avrebbe avuto un senso anche nella vita (giudiziaria) reale (si v. anche le varianti casistiche vagliate dagli autori citt. *infra* nelle ntt. successive).

⁴⁴ Per la natura del provvedimento e la sua datazione valga il rinvio a quanto osservato da Voci, *Diritto ereditario romano* II cit. 514 e da Lo Iacono, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui ‘patti successori’ istitutivi*, Milano 2019, 221 s. V. altresì gli autori citati *infra*, nt. 47.

⁴⁵ Voci, *Diritto ereditario romano* II cit. 514 s.: «il secondo testamento, quando nomina eredi diversi da quelli del primo, mostra chiaramente, nonostante la sua invalidità, che il testatore non voleva che l’eredità spettasse ai primi istituiti». Nello stesso senso S. Serangeli, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo alle forme testamentarie*, Milano 1982, 234 ss.

conseguito l'eredità, ciò sarebbe avvenuto (ingiustamente) contro il volere del testatore. Il senato deliberò, per l'ipotesi in esame, che gli *heredes scripti* nel primo testamento dovevano considerarsi indegni e che l'eredità fosse avocata allo stato.

Pap. 16 *quaest.* D. 34.9.12: *Cum quidam <in secundo testamento>⁴⁶ scripsisset heredes quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem senatus hereditatem ...⁴⁷.*

Parte della dottrina ipotizza, alla luce della testimonianza in esame, e del lacunoso passaggio di Gai 2.151a (*Quid ergo est? Si quis ab intestato bonorum possessionem petierit et is qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem <...> perveniat hereditas: et id rescripto imperatoris Antonini significatur*) che, prima degli interventi attribuiti al principato di Antonino Pio, da fattispecie come quella (o analoghe a quella) descritta da Papiniano potessero scaturire non solo controversie giudiziarie fra *heredes scripti* nel secondo testamento ed *heredes* istituiti nel primo⁴⁸, ma altresì controversie in cui gli *heredes ab intestato* fronteggiavano

⁴⁶ Arg. ex Bas. 60.42.12: Ἐάν ἐν δευτέρα διαθήκη γράψω κληρονόμων ...

⁴⁷ Sul frammento, *ex multis*, in particolare G. Gandolfi, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, 152; H. F. Wieling, *Testamentauslegung im römischen Recht*, München 1972, 199 s.; Serangeli, *Studi sulla revoca del testamento* cit. 10 ss., 232 ss.; M. Amaya Calero, *Un famoso pleito sucesorio que decide Marco Aurelio*, in *Labeo* XXXIV, 1988, 18 ss.; F. Arcaria, 'Senatus censuit'. *Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano 1992, 164 ss.; R. Zimmermann, 'Unworthiness' in the Roman Law of Succession', in *Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford 2013, 325 ss.; A. Guasco, *L'indegnità a succedere tra bona ereptoria e diritto di rappresentazione*, Napoli 2018, 45 s.; M. Vinci, *Ut indignis: rispetto della suprema voluntas e rivalutazione della dignità a succedere*, in *BIDR.* 116, 2022, 169 ss.; da ultimo Marini, 'Prius testamentum ruptum est' cit. 111 ss.

⁴⁸ È questa l'opinione (che esclude invece l'eventualità di un conflitto fra eredi legittimi ed *heredes scripti* nel primo testamento) di Vinci, *Ut indignis* cit. 176: «La questione si svolgerebbe ... direttamente tra gli eredi istituiti nel primo testamento e quelli nel secondo. Questi ultimi agiscono con una *petitio hereditatis* contro i primi che, evidentemente già in possesso dei beni ereditari, in seguito ad accettazione espressa dell'eredità o ad una *pro herede gestio* (poco importa), resistono argomentando in base alla prospettiva civilistica prima esaminata: il primo testamento sarebbe rimasto valido ed efficace perché mai *ruptum*. Il decisore di primo grado – difficile dire se ancora i *centumviri* o i giudici della *cognitio extra ordinem* ... – respinge la domanda attrice, assai presumibilmente con la motivazione, condensata da Papiniano, che la seconda *institutio non valeret*». Nonostante la brillante ricostruzione operata dall'a. della fattispecie sottesa a D. 34.9.12, non vedo perché – considerato che verosimilmente il senato giudicava in grado di appello – l'*appellatio* non potesse (anche) eventualmente essere stata esperita dagli *heredes ab intestato* sconfitti nella *hereditatis petitio* promossa dagli *heredes scripti primo testamento* (così già C. Sanfilippo, *Studi sull'hereditas I*, in *AUPA.* 17, 1937, 86 s.; Arcaria, *Senatus* cit. 167).

l'*heres* o i più *heredes* istituiti nel *superius testamentum*, quello tuttora valido⁴⁹.

È accolto da alcuni che i pretesi eredi legittimi argomentassero, in loro favore, che il defunto voleva comunque escludere dalla successione il o gli *heredes scripti* nel primo testamento, dal momento che ne aveva confezionato uno nuovo⁵⁰. Benché quel *testamentum*, cioè, fosse l'ultimo, il '*supremum*', doveva affermarsi, gli *scripti heredes* non avrebbero avuto dalla loro parte la *suprema voluntas* del *de cuius*⁵¹.

E non escluderei neppure, a questo punto, che gli avversari del o degli eredi testamentari potessero essere parenti stretti (*adgnati* o, nel linguaggio declamatorio, *propinqui*) del defunto che tentavano, con le argomentazioni in esame

⁴⁹ Per tutti G. Finazzi, *L'exceptio doli generalis' nel diritto ereditario romano*, Padova 2006, 56 s., sia pure per l'ipotesi (Gai 2.151) in cui il *de cuius* avesse distrutto le (uniche) tavole testamentarie da lui confezionate: «Nella parte iniziale di Gai 2.151a ... compare un elemento il quale induce ad ipotizzare che Gaio non si limitasse ad esaminare la posizione dell'erede testamentario nel caso che l'eredità spettasse al fisco. Si tratta del riferimento alla richiesta della *bonorum possessio sine tabulis*, che, con ogni probabilità, non consentiva di procedere all'*ereptio* fiscale e alla connessa *denegatio actionis* ... che Gaio richiama anche il mezzo di difesa pretorio appare molto probabile, se si considera che, all'inizio di Gai 2.151a, è fatta l'ipotesi *si quis ab intestato bonorum possessionem petierit* ed è menzionata l'*hereditatis petitio* esperita dall'*heres ex testamento*. Atteso che sarebbe stato iniquo defraudare i *bonorum possessores ab intestato* a favore del fisco, si deve pensare che il giurista, innanzi tutto, precisasse che l'*heres scriptus*, il quale, malgrado la condotta eversiva del testatore, agisse in petizione ereditaria, poteva essere respinto dai successori intestati pretorii con l'*exceptio doli*».

⁵⁰ Serangeli, *Studi sulla revoca del testamento* cit. 234 s.: «Tale riforma era invero ... il diretto portato delle mutate concezioni nel campo delle forme testamentarie e l'istanza che ne stava alla base era quella di far sì che, superandose le arcaiche concezioni dello *ius civile*, improntate a mero formalismo, avesse piena attuazione la *voluntas* espressa del testatore mediante gli atti di eversione talché l'eredità, da un lato non andasse all'*heres scriptus qui non habet voluntatem*, dall'altro venisse raccolta da chi tale *voluntas* aveva per sé all'atto della morte del testatore». L'a. aggiunge, poi, fermandosi sul caso della cancellazione solo della *heredis institutio* in un testamento che il testatore non ha completamente revocato, che «La *voluntas* del testatore è suscettibile di una sola interpretazione: egli vuole conservare valore al testamento (cioè non vuole morire intestato) ma non vuole più quale suo erede quello la cui istituzione ha cancellato. Nei confronti dei successibili *ab intestato* egli ha ... per la seconda volta manifestato *voluntas* di segno decisamente negativo (né più né meno che nel caso ... in cui il testatore, fatto un primo testamento *iure perfectum*, un secondo ne fa formalmente valido, ma in cui istituisce eredi incapaci). L'argomento sotteso al pensiero di Papiniano (che pare evincersi anche, ad esempio, da Pap. 6 *resp.* D. 28.4.4) è esattamente quello di *decl. min.* 308.3: *Nihil est ergo quod nos onerare temptent nomine isto propinquitatis, iactatione sanguinis et naturae homines binis iam tabulis exhereditati*.

⁵¹ Può consentirsi con la visuale espressa da Serangeli (v. sopra, nt. precedente), e ribadita da Marini, '*Prius testamentum ruptum est*' cit. 115, secondo cui «nel testo di Papiniano si coglie un cambiamento di prospettiva – o, se si preferisce, un mutamento di piano – che dalla regola civilistica, attraverso lo *ius novum* introdotto dal senato ..., fa assumere una maggiore centralità al valore della *suprema voluntas*».

(forse all'interno di una *querela inofficiosi testamenti*⁵²), di affermare (eventualmente in un giudizio di secondo grado) la caducazione anche del primo testamento e, appunto, le loro ragioni di eredi *ab intestato*⁵³. Dispute del genere erano verosimilmente frequenti fra fine I e inizi II secolo d.C. (appunto il periodo al quale diffusamente si datano le *declamationes minores*)⁵⁴: ad una di esse potrebbe aver tentato di dare risposta il provvedimento senatorio cui allude Papiniano in D. 34.9.12, verosimilmente di età antonina, avocando allo stato le eredità oggetto di simili contese.

Pur essendo consapevole del fatto che siamo su un piano congetturale, mi pare ben si possa immaginare che le argomentazioni preservate nella *declamatio minor* 308 possano aver avuto una propria importanza anche nelle arringhe pronunciate, all'epoca, nel mondo reale, e non solo entro l'universo di Sofistopoli.

Francesca Lamberti
 Università del Salento
 francesca.lamberti@unisalento.it

⁵² Vinci, *Ut indignis* cit. 176 (ivi ulteriore letteratura).

⁵³ Sanfilippo, *Studi sull'hereditas* cit. 86 s.: «gli eredi istituiti nel primo testamento avevano condotto vittoriosamente la *hereditatis petitio* contro i *bonorum possessores ab intestato* e questi avevano mosso istanza d'appello all'imperatore; il Senato, giudicando per delega imperiale, aveva accolto le ragioni degli appellanti, tutelando la effettiva volontà revocatrice del testatore contro il principio civile».

⁵⁴ Ne fa ampiamente fede l'epistolario di Plinio il Giovane (composto fra il 96 e il 113 d.C.), all'interno del quale l'intellettuale di *Novum Comum* menziona in più di un caso controversie ereditarie, di regola fra *heredes scripti* e parenti stretti diseredati o preteriti (ad es. in testamenti muliebri). V. per tutti J.W. Tellegen, *The Roman Law of Successions in the Letters of Pliny the Younger*, Zutphen 1982; G. Gulina, *La 'querela inofficiosi testamenti' nella testimonianza di Plinio il Giovane*, in *SDHI*. LXXV, 2009, 261 ss.; Id., *Ancora sulla testimonianza pliniana circa il regime processuale della 'querela inofficiosi testamenti'* (Plin. 'epist.' 6.33.2-6 e 9), in A. Palma (a c. di), *Scritti in onore di Generoso Melillo II*, Napoli 2009, 555 ss.; L. Gagliardi, *I collegi giudicanti: 'decemviri', 'centumviri', 'septemviri', 'recuperatores'*. *Idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, in L. Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese II*, Padova 2012, 339 ss.