

ALESSANDRO CASSARINO

ANNOTAZIONI RETORICHE A MARGINE DELL'INOFFICIOSITÀ
SUCCESSORIA NEL *DE INVENTIONE* DI CICERONE
E NELLA *RHETORICA AD HERENNIUM*

1. *Premessa*

L'interazione tra retorica e diritto¹ trovava nella formazione dei giovani la sua precipua fonte di collegamento. Così non poteva non essere, essendo noto come, fin dalla primissima infanzia, essi imparassero a leggere e a scrivere sul testo delle XII Tavole, il quale, nel caso di specie, con un'espressione felice, assumeva un ruolo di «abecedario»². Si assiste, già in questa prima fase dell'educazione del giovane romano, ad un apprendimento mnemonico della fonte principale dello *ius civile* scritto, quale era appunto il Codice decemvirale, secondo una metodologia di cui ci informa lo stesso Cicerone in un passaggio di *leg. 2, 23, 59* (*Discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit*).

Accanto a tale forma primaria di preparazione, nell'ultimo quinquennio di studi, tra i 15-20 anni, venivano impartiti insegnamenti di retorica, del diritto «vero e proprio», e di letteratura³. È alla luce di tale interazione tra retorica e diritto che si ascrive questo nostro contributo, che trova la propria ragion d'essere da un incontro di studi su Cicerone e il *Digesto*⁴.

¹ Come correttamente si esprime Bellodi Ansaloni 2016, 21 n. 2: «la letteratura in tema di retorica, nei suoi rapporti con il diritto, è sterminata» e, su tale scia, rinvio all'ulteriore bibliografia da lei riportata. Per quello che riguarda il nostro contributo, qui cercheremo, senza pretesa di completezza, di offrire qualche aggiunta: Lanfranchi 1938; Lausberg 1969; Barthes 1972; Kennedy 1972; Calboli Montefusco 1986; Calboli Montefusco 1988; Patillon 1990; Cavarzere 2000; Martini 2004, 1 ss.; Pernot 2006; Beltrani 2009; Calboli 2009, 185 ss.; Procchi 2009, 237 ss.; Cavarzere 2011; Bellodi Ansaloni 2012; Lentano 2014; Biccari 2017. Sulla tarda antichità, cf. Giomaro 2019. Cf., ancora sul tema, Donadio 2020, 29 ss.; Sposito 2020.

² Diliberto 2017, 145.

³ Cf. Lanfranchi 1938, 33.

⁴ Sappiamo che il Retore è riportato, ad esempio, da Ulpiano (59 *ad ed.*) in D. 42, 4, 7, 4, che lo critica per l'interpretazione di latitante, inteso all'uopo come colui che «fugge». Cicerone, secondo quanto incontriamo nel passo giurisprudenziale, avrebbe inteso la latitanza



Se, da un lato, come magistralmente non manca di precisare lo Schulz⁵, nella maggior parte dei casi i giuristi non avevano velleità di carriera oratoria, come del resto si può chiaramente comprendere dalla diversità lemmatica che li qualifica, deducibile *ab origine* dall'*Enchiridion* di Pomponio (1, 2, 2, 40)⁶, dall'altro, non sembra essere inusuale che possa sussistere un'interazione tra le due discipline, che esuli dallo studio scolastico di cui sopra, allorquando un giurista fruisca dell'apporto pratico dell'oratore per la propria *scientia iuris*⁷.

Tra i molteplici esempi che possono riflettere tale forma di «dipendenza funzionale», in questa sede ci occuperemo di quell'istituto processuale, nato tra i «banchi» dei tribunali, noto come querela di testamento inofficioso (*querela inofficiosi testamenti*), da intendersi quale forma di «lamentela» posta dal potenziale erede - caso basico - estromesso dalla successione testamentaria dal proprio *pater*.

Tuttavia, è bene precisare che, nelle righe che seguiranno, non procederemo ad una ricostruzione dell'istituto, il quale è stato ed è oggetto di ampi studi⁸, ma analizzeremo come la querela si muovesse sul piano pratico, ovvero, quale dovesse essere la struttura argomentativa posta dai «difensori» delle parti in causa, al fine di poter convincere l'organo giudicante della «bontà» delle proprie ragioni, in assenza di qualche norma atta a dirimere in modo diretto la controversia.

come fraudolenta occultazione di sé stesso (*latitare est turpis occultatio sui*), ma, come precisa il giurista di Tiro, tale identificazione non può essere accolta (*non, ut Cicero definit*), poiché esistono altre cause poziori che possono indurre un uomo a nascondersi e fuggire, come la crudeltà di un tiranno, la violenza dei nemici o sedizioni interne (*tyranni crudelitatem timet aut vim hostium aut domesticas seditiones*). A mio avviso, la critica mossa appare corretta su di un piano sostanziale, essendo del tutto illogico considerare sempre e comunque doioso l'abbandono volontario del proprio paese o comunità. Cf. Cassarino 2012, 533 ss.

⁵ Schulz 1968, 106 s.

⁶ *Ab his profecti sunt Publius Rutilius Rufus, qui Romae consul et Asiae proconsul fuit, Paulus Verginius et Quintus Tubero ille stoicus Pansae auditor, qui et ipse consul. Etiam Sextus Pompeius Gnaei Pompeii patruus fuit eodem tempore: et Coelius Antipater, qui historias conscripsit, sed plus eloquentiae quam scientiae iuris operam dedit: etiam Lucius Crassus frater Publii Mucii, qui Mucianus* [Mommsen-Krüger ad hoc l.; Munianus codd.] *dictus est: hunc Cicero ait iuriconsultorum disertissimum.*

⁷ Cf., ancora, Cassarino 2012, 543 ss.

⁸ Gli studi in materia sono vastissimi, anche solo osservando quelli ove si fa esplicito riferimento al nome dell'istituto processuale o all'organo giudicante. A titolo di esempio, si rinvia a: Marrone 1955, 74 ss.; Marrone 1959, 114 s.; Marrone 1962a; Marrone 1962b, 401 ss.; Marrone 1967, 670 ss.; Marrone 1970, 42; Gagliardi 2002; Longchamps De Bériet 2003, 397 ss.; Gulina 2009a, 261 ss.; Gulina 2009b, 555 ss.; Arcaria 2009, 51 ss.; Di Ottavio 2009, 293 ss.; Di Ottavio 2012a; Di Ottavio 2012b, 81 ss.; Gagliardi 2012, 339 ss.; Fercia 2013, 5 ss. e 2015, 287 ss.; Gagliardi 2015, 381 ss.; Gulina 2016, 59 ss.; Pérez Simeón 2017, 239 ss.; Gagliardi 2017. Anche Coppola Bisazza 2020, 47 ss.

2. Qualche riflessione sui retori alla luce delle parole ciceroniane del *De Oratore*

Secondo quanto leggiamo nel *de orat.* 1, 197, Cicerone si sofferma sul ruolo che avrebbe dovuto avere la conoscenza dello *ius civile* nella preparazione dell'oratore:

Percipietis etiam illam ex cognitione iuris laetitiam et voluptatem, quod, quantum praestiterint nostri maiores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intellegetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim, quam sit omne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum; [...] cum hominum nostrorum prudentiam ceteris omnibus et maxime Graecis antepono. His ego de causis dixeram, Scaevola, iis qui perfecti oratores esse vellent iuris civilis esse cognitionem necessariam.

L'Arpinate chiarisce che dalla conoscenza del diritto si ricava letizia e piacere (*Percipietis etiam illam ex cognitione iuris laetitiam et voluptatem*) di comprendere quanto sia maggiore la saggezza degli antenati dell'Urbe rispetto a quella degli altri popoli (*quod, quantum praestiterint nostri maiores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intellegetis*), fondandosi su di un confronto tra le leggi proprie di Roma e quelle di Licurgo, Dracone e Solone (*si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis*). È ai suoi occhi incredibile, infatti, come tutto lo *ius civile*, tranne quello romano, appaia disordinato e quasi ridicolo (*Incredibile est enim, quam sit omne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum*), con la conseguenza di anteporre la *prudentia hominum nostrorum* a quella di altri, in particolare dei Greci (*cum hominum nostrorum prudentiam ceteris omnibus et maxime Graecis antepono*). È per questo motivo che Quinto Mucio Scevola considerava la conoscenza dello *ius civile* necessaria per coloro che volessero definirsi oratori completi (*His ego de causis dixeram, Scaevola, iis qui perfecti oratores esse vellent iuris civilis esse cognitionem necessariam*).

Sulla medesima scia critica si muove il successivo passo dell'opera (1, 198), nel quale si opera un raffronto diretto tra i giuristi romani e i corrispondenti greci:

Itaque ut apud Graecos infimi homines mercedula adducti ministros se praebent in iudiciis oratoribus, ii qui apud illos pragmatici vocantur, sic in nostra civitate contra amplissimus quisque et clarissimus vir.

Se nel mondo ellenico i giuristi (*Itaque ut apud Graecos*), che prendono il nome di pragmatici (*illos pragmatici vocantur*), scrive Cicerone, sono uomini infimi che si fanno pagare poco per la loro assistenza agli oratori nei giudizi (*infimi homines mercedula adducti ministros se praebent in iudiciis oratoribus*), contrariamente a Roma tale attività è svolta da uomini importanti e illustri (*sic in nostra civitate contra amplissimus quisque et clarissimus vir*).

Da una rapida analisi dei testi qui richiamati, la linea seguita dall'Arpinate pone in evidenza come: a) la letizia scaturisca dalla conoscenza dello *ius civile*; b) appaia predominante la saggezza degli antichi *mores* rifusi nello *ius civile* rispetto a quelli di altri popoli; c) il diritto romano sia organico a differenza del disordine greco; d) l'oratore possa definirsi completo solo se conosce lo *ius civile*; e) i giuristi romani non siano paragonabili ai pragmatici greci, essendo questi ultimi pagati (e in modo modesto) per i loro servigi.

Si comprende chiaramente, al di là di una visione romanocentrica, quanto il binomio tra conoscenza dello *ius* e della pratica forense assumesse i contorni dell'inscindibilità. Se dalle parole di Cicerone si escerpiamo gli elementi che possano identificare un oratore completo, tuttavia, appare interessante notare come la loro interpretazione prodotta nei tribunali, nonostante la precipua preparazione, non venga ritenuta un elemento fondativo del sistema dello *ius civile*. Ed è lo stesso Arpinate nei *top.* 5, 28 a fornirci un elenco delle parti che lo compongono, almeno per quello che riguarda l'età repubblicana:

ut si quis *ius civile* dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.

Nell'opera dedicata all'amico Trebazio Testa, l'Arpinate riferisce che lo *ius civile* è quello che consiste (*consistat*) nelle leggi (*legibus*), nei senatoconsulti (*senatus consultis*), nelle cose giudicate (*rebus iudicatis*), nell'autorità dei giuristi (*iuris peritorum auctoritate*), negli editti dei

magistrati (*edictis magistratum*), negli antichi costumi (*more*) e nell'equità (*aequitate*)⁹.

Proprio l'assenza dell'oratore dal sistema delle fonti ci fa capire che il retore e il giurista non possono ritenersi figure fungibili, bensì rappresentanti di due categorie distinte, ancorché in una visione di rapporto funzionale.

Correttamente lo Schulz¹⁰, nell'affrontare l'argomento della contrapposizione tra retori e giuristi, così scrive: «di regola, i giureconsulti non furono maestri di alti voli retorici e non ebbero alcun desiderio di diventare tali, la verità essendo che essi non stavano a loro agio nell'atmosfera senza scrupoli della retorica forense ellenistica. Fedeli alla tradizione pontificale, essi non erano meri partigiani, pronti a favorire le liti dei clienti con ogni e qualsiasi mezzo utile, incluso il falso, la calunnia, gli appelli patetici, bensì custodi e promotori del diritto». Questo estratto della sua «Storia della giurisprudenza romana» conferma come la contezza e conoscenza approfondita del diritto non debbano ritenersi requisiti essenziali per l'esercizio dell'attività forense, ma, esattamente all'opposto, appariva sufficiente una blanda e superficiale infarinatura dello stesso per la difesa del cliente¹¹: tuttavia, non va qui dimenticato, come abbiamo rilevato poco sopra, sulla scia del pensiero di Quinto Mucio, che la piena padronanza dello *ius civile* riguarda il solo oratore completo (*Scaevola, iis qui perfecti oratores esse vellent iuris civilis esse cognitionem necessariam*). Tale netta separazione tra il mero difensore processuale e colui che, invece, eleva lo *ius* al fine di giungere alla sua più alta elaborazione è, a mio avviso, pienamente condivisibile, se teniamo presente come, sul piano della logica applicata alla realtà

⁹ Il richiamo alla *res iudicata*, da intendersi, dunque, come la sentenza del giudice, non appare isolato, rinvenendosi la medesima definizione anche in altro luogo letterario, quale *Rhet. Her.* 2, 13, 19, dove si afferma *constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto*. Per ovviare all'incertezza dovuta all'emanazione di una pluralità di sentenze, difformi tra loro, ma di tematica giuridica quasi speculare, è stato correttamente rilevato da Palma 2016, 59 come l'autorevolezza di una sentenza fosse «legata alla circostanza che il richiamo venga fatto in maniera appropriata, potendo capire che in cause simili vengano pronunziate due sentenze opposte, sicché occorre tenere conto del giudice che l'ha emanata, del tempo in cui è stata emessa, del numero di sentenze che ricalchino il medesimo orientamento e di quelle di segno contrario».

¹⁰ Schulz 1968, 106.

¹¹ Schulz 1968, 196 ss. Ulteriori esempi pratici possono essere ricavati in altri luoghi della letteratura ciceroniana. Basti qui richiamare la *Pro Quinctio* dove l'Arpinate biasima, pressoché in modo costante, Nevio, controparte processuale del suo cliente Quinzio, attribuendogli la sola qualità della voce (*Quinct.* 3, 11, *cum ei natura nihil melius quam vocem dedisset*).

fenomenica, l'attività precipua di un *advocatus* si traduca nello sposare le ragioni di un individuo, o di una pluralità di questi, senza che ciò si sostanzi in una regola giuridica.

Dalle parole dello Schulz, qui riportate, apprendiamo, dunque, che il metodo retorico era quello di utilizzare «qualsiasi mezzo utile» alla difesa del cliente, annoverando tra questi anche «appelli patetici», da reputarsi, nel comune significato dell'aggettivo, come capacità di influire «con una certa intensità nell'ambito delle emozioni e degli affetti»¹²: infatti, è in questo ambito che prende avvio il nostro discorso.

3. *La querela di testamento inofficioso* (querela inofficiosi testamenti)

Su di un piano di costruzione dei lemmi che lo compongono, l'istituto processuale¹³ ora in esame deriverebbe dall'unione di *queror*, identificativo, come abbiamo visto, di una lamentela o lagnanza, con la inofficiosità del testamento, da intendersi, in questa accezione, contrario al dovere dell'*officium pietatis*¹⁴, che i *patres* avrebbero dovuto avere verso coloro che si trovassero, al momento della loro morte, sotto la *patria potestas*: il riferimento era, *in primis*, ai cd. *heredes sui et necessarii*¹⁵, di cui parla *Gai* 2, 157, il quale riferisce che per *sui* si intendono tutti coloro che abitano la medesima casa del *de cuius* e si reputano in qualche modo già proprietari del patrimonio familiare (*quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur*), e *necessarii* perché avrebbero ricevuto l'eredità, volenti o nolenti, anche senza testamento (*quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt*). Dunque, chi di loro fosse stato diseredato ed estromesso così dalla delazione ereditaria, non avrebbe avuto altra via che ricorrere all'organo

¹² Cf. Devoto-Oli 1971, 1643.

¹³ Le prime applicazioni della querela di testamento inofficioso risalirebbero alla fine della repubblica, dunque nel I sec. a.C., assumendo poi, secondo la dottrina, «una stabile fisionomia già alla fine del I secolo d.C.»: così, Coppola Bisazza 2020, 48.

¹⁴ Si segnala come il lemma *inofficiosum* venga riportato, per la prima volta, da Cicerone in *Verr.* 2, 107, proprio in ambito testamentario: *Iure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur testamentum P. Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum: quodsi ita fecisset, tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi iuris constitui oporteret.*

¹⁵ Poco prima, lo stesso *Gai* 2, 123 ricorda l'antica norma per cui sarebbe stata sufficiente la semplice nomina o diseredazione del figlio in potestà (*Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet*).

giudicante per l'ottenimento di quanto vantato, aprendo così la strada alla successione legittima¹⁶.

Proprio perché si parla di una violazione di un dovere morale, e non della mancata applicazione di una norma imperativa, non stupisce che l'ingresso nel mondo del diritto di tale *querela* avvenga ad opera dei retori, i quali peroravano le cause dei propri assistiti.

Competente per materia era, secondo quanto apprendiamo dalle fonti sia letterarie¹⁷ che giuridiche¹⁸, il collegio dei *centumviri* che, ad avviso di gran parte della moderna dottrina, vedrebbe la sua creazione¹⁹ nel medesimo periodo dell'istituzione del pretore peregrino.

Innanzi all'organo, la cui composizione è variata nel corso dei periodi storici²⁰, conseguiva la vittoria il diseredato che fosse riuscito a convincere la metà più uno dei suoi componenti. Forse è proprio in ragione dell'elevato numero dei membri che Plinio il Giovane, *epist.* 6, 12, lo identifica come simile ad un'arena (*in arena mea, hoc est apud centumviros*)²¹.

Nell'arco temporale da noi considerato in questa sede, riferibile al I sec. a.C., in cui si colloca la vita di Cicerone, non possiamo discutere an-

¹⁶ Cf. Ulpiano (14 *ad ed.*) in D. 5, 2, 1, il quale afferma come non siano infrequenti le richieste di azioni contro la violazione dei doveri all'interno del testamento. Queste possono essere pretese sia dagli ascendenti che dai discendenti. Tuttavia, specifica il giurista, che ai cognati che vantino un grado di parentela oltre quello fratello, conviene non tentare una causa, e sperperare inutilmente del denaro, non avendo speranza di vincere (*Sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas: omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent*). O, più nello specifico, Gaio (*l. s. ad l. Glit.*) in D. 5, 2, 3, il quale scrive che non si deve essere consenzienti nei confronti dei genitori che, in ragione del testamento, arrecano un'offesa ai propri figli (*Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt*).

¹⁷ Sul richiamo del collegio dei *centumviri* nelle opere di Cicerone, rinvio a Gagliardi 2002, 99 ss. e 117.

¹⁸ Cf., *exempli gratia*, Scevola (3 *resp.*) in D. 5, 2, 13; Paolo (2 *quaest.*) in D. 5, 2, 17 pr.; Paolo (10 *quaest.*) in D. 34, 3, 30.

¹⁹ Cf., per tutti, Gagliardi 2012, 350.

²⁰ Cf. Fest. 54 M, il quale riferisce che *centumviralia iudicia a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romae triginta et quinque tribus, quae et curiae sunt dictae, terni ex singulis tribus sunt electi ad iudicandum, qui centumviri appellati sunt; et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen, quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti*. Il grammatico del II d.C. lega, dunque, il collegio giudicante alle trentacinque tribù dei comizi curiati, ciascuna delle quali, procedendo all'elezione di una triade di rappresentanti, porta a centocinque la composizione numerica dei membri, ma che per comodità vengono indicati come *centumviri*. Diversa è la struttura attestata da Plinio il Giovane (*epist.* 6, 33), il quale individua quattro ripartizioni, la cui composizione nella loro totalità è di centotanta giudici: *sedebant centum et octoginta iudices (tot enim quattuor consiliis colliguntur)*. Sull'argomento si rinvia a Wlassak 1899, 1935 ss.

²¹ Schulz 1968, 105 e n. 5 per il richiamo all'*epistula*. Cf., in dottrina, Procchi 2012, 31 ss.

cora del ruolo tecnico²² assunto dal *color insaniae*²³, del quale ci informano, ad esempio, due frammenti del *Digesto* di epoca più tarda, rispettivamente di Marciano (4 *inst.*) in D. 5, 2, 2 e di Marcello (3 *dig.*) in D. 5, 2, 5²⁴.

Entrambi i passi parlano di una «coloritura» degli eventi, da proporre in sede processuale, che abbiano condotto il testatore a redigere un documento iniquo, al punto da poterlo considerare al limite (*quasi*) dell'infermità di mente: così Marciano (4 *inst.*) in D. 5, 2, 2, *hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent*, e Marcello (3 *dig.*) in D. 5, 2, 5, *ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret*. In tale contesto si noterà come la congiunzione *quasi*, la cui traduzione «come se»²⁵ appare, a mio avviso, conforme al ruolo che si vuole attribuire all'espressione *non sanae mentis*, ponga un freno al significato letterale dei termini ai quali è associata: nel caso in cui si fosse parlato di un *furiosus*, infatti, lo stesso non avrebbe avuto quella capacità testamentaria (*testamenti factio activa*) per poter redigere un testamento valido²⁶.

4. Il caso

Abbiamo fin qui fatto menzione di quello che può considerarsi genericamente il motore d'avvio della procedura, cioè quella «errata» diseredazione, almeno a detta di colui che si credesse leso di una propria aspettativa ereditaria, che comportava la messa in discussione del documento testamentario.

²² Di Ottavio 2012, 76 scrive che nella «prassi retorica del I sec. a.C. il *color insaniae* di cui parlano le successive fonti giurisprudenziali, rappresenterebbe l'ultimo momento dell'evoluzione compiuta dall'originaria argomentazione, presumibilmente svolta *ex ratiocinatione* ed incentrata artificialmente sull'asserito *furor* del testatore».

²³ Cf. Cossa 2012, 330 e n. 56, il quale suggerisce che il *color*, oltre ad essere accostato all'*ornatus*, faccia parte della *narratio*. In riferimento a quest'ultimo elemento della composizione delle *partitiones oratoriae*, cfr. in dottrina, Sposito 2020, 12 ss. Un'importante testimonianza di poco successiva è quella dell'opera di Valerio Massimo (7, 7; 7, 8), in cui si riscontrano *dementia* o, nella sua forma aggettivata, *demens* e, accanto a queste, anche *insania*. Sui casi da lui trattati e sul ruolo della sua opera, si vedano Querzoli 2000, 42 ss.; Di Ottavio 2012, 115 ss. e, in particolare, Gulina 2022, 91 ss.

²⁴ L'ordine seguito è quello proposto dai Compilatori e non quello temporale in cui si collocano i due giuristi: rispettivamente, Marcello nel II sec. e Marciano nel III sec. Sull'interpretazione di tali passi, si veda, per tutti, Rizzelli 2014, 135 ss.

²⁵ Cf. Schipani 2005, *ad h. l.*

²⁶ La Tavola V. 7a delle *XII Tabulae*. Di questa norma decemvirale parleremo tra breve trattando di *inv.* e *Rhet. Her.*

Come correttamente è stato rilevato dalla moderna dottrina²⁷, il famoso episodio del matricida Malleolo²⁸, del quale discuteremo a breve, «potrebbe [...] aver rappresentato una tappa decisiva [...] nella formazione della *q.i.t.* poiché, presumibilmente, si tratta [...] del primo episodio di scuola, a noi noto, in cui compare la rescissione del testamento attraverso la finzione di follia».

L'osservazione avanzata dalla citata dottrina è, a mio avviso, pienamente condivisibile, tenuto conto che: a) il fatto narrato si fonda su di una «presunta» follia; b) prende avvio da una «lamentela» di un erede, altrimenti partecipe secondo il dettame che dispone la successione legittima; c) il testamento è redatto secondo le regole prescritte; d) la discussione sulla sua validità avviene in ambito processuale; e) è nell'arte del convincimento, essendo la nascita della «querela» attribuita ai retori, che si può scegliere la via della validità o meno del testamento.

Come è a tutti noto, il caso è riferito, privo del nome dell'omicida nonché della vittima, da *inv.* 2, 148-149 di Cicerone, opera giovanile e prettamente scolastica, redatta, parrebbe, all'incirca nell'87 a.C., e da *Rhet. Her.* 1, 23, coeva alla prima, la quale dà qualche maggiore informazione, oltre all'indicazione dei personaggi coinvolti.

Per nostra comodità espositiva procederemo partendo dal riferimento del *De inventione*, per poi esaminare, considerata la presenza di alcuni dettagli aggiunti al fatto narrato, l'episodio descritto dall'*Auctor*.

4.1. ...parentem occidisse...

Secondo quanto riporta Cicerone in *inv.* 2, 148-149:

Ex ratiocinatione nascitur controversia, cum ex eo, quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est, venit, hoc pacto: lex: «si furiosus est, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto». Et lex: «pater familias uti super familia pecuniaque sua legasset, ita ius esto». Et lex: «si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto». Quidam iudicatus est parentem occidisse et statim, quod effugiendi potestas non fuit, lignee soleae in pedes inditae sunt; os autem obvolutum est

²⁷ Diliberto 1988, 177 ss.; Di Ottavio 2009, 293 ss.; Di Ottavio 2012, 76.

²⁸ L'episodio è stato preso in esame da autorevole dottrina sotto vari punti di vista: cf., ad esempio, oltre ai riferimenti nella n. prec., Zuccotti 1987, 229 ss.; Guarino 1994, 165 ss.; Agnati 2005, 238 ss.; Finazzi 2018, 231 ss.

folliculo et praeligatum; deinde est in carcerem deductus, ut ibi esset tantisper, dum culleus, in quem coniectus in profluentem deferretur, compararetur. Interea quidam eius familiares in carcerem tabulas afferunt et testes adducunt; heredes, quos ipse iubet, scribunt; tabulae obsignantur. De illo post supplicium sumitur. Inter eos, qui heredes in tabulis scripti sint, et inter agnatos de hereditate controversia est. Hic certa lex, quae testamenti faciendi iis, qui in eo loco sint, adimat potestatem, nulla profertur. Ex ceteris legibus et quae hunc ipsum supplicio eiusmodi afficiunt et quae ad testamenti faciendi potestatem pertinent, per ratiocinationem veniendum est ad eiusmodi rationem, ut quaeratur, habueritne testamenti faciendi potestatem.

La controversia, spiega l'Arpinate, nasce *ex ratiocinatione* (*Ex ratiocinatione nascitur controversia*), da intendersi come argomentazione giuridica di tipo analogico²⁹, quando da ciò che è scritto in qualche norma, se ne ricava un'altra che non è riportata da nessuna parte (*cum ex eo, quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est, venit*). Per spiegare l'ambito applicativo di tale *status* legale, Cicerone procede ad un esempio (*hoc pacto*) che possa aiutare il lettore a capire. Fornisce dunque l'elencazione di tre norme del testo decemvirale, una riferita al *furiosus* e le altre due inerenti alla successione di un *pater familias*. Così si afferma: a) *si furiosus est, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*; b) *pater familias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto*; c) *si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto*. Le norme decemvirali assumono il ruolo di base testuale, il cui unico scopo è quello di offrire delle linee guida alle parti processuali, siano queste nella veste attorea o in quella di convenuto.

Un tale (*Quidam*) fu giudicato colpevole di parricidio (*iudicatus est parentem occidisse et statim*) e, per evitare che si desse alla fuga, gli furono imposti ai piedi dei ceppi di legno (*quod effugiendi potestas non fuit, lignae soleae in pedes inditae sunt*). Gli fu allacciato e messo sul capo un cappuccio di pelle e venne condotto in carcere per il tempo necessario a preparare un sacco di cuoio per inserirlo all'interno e gettato nel fiume (*deinde est in carcerem deductus, ut ibi esset tantisper, dum culleus, in quem coniectus in profluentem deferretur, compararetur*).

²⁹ Greco 1998, 295, traduce il termine con «analogia». Per una applicazione della *ratiocinatio* intesa in tal modo, cf. la norma di tab. 5, 7a (riportata *infra* 18 nel corpo del testo). Per le diverse accezioni del termine si rinvia al *ThLL* 11, 2, 204, 34 – 206, 75, s.v. *ratiocinatio*.

Da queste prime battute apprendiamo come il fatto tratti dell'uccisione di un uomo libero³⁰, che prevedeva per l'omicida l'inflizione della cd. *poena cullei*.

Nell'arco temporale tra lo stato di detenzione e la preparazione di tutto il necessario per l'esecuzione capitale, in carcere si presentano dei suoi amici stretti con le tavolette cerate e alcuni testimoni (*Interea quidam eius familiares in carcerem tabulas afferunt et testes adducunt*): il reo indica gli eredi e si scrive e si sigilla il testamento (*heredes, quos ipse iubet, scribunt; tabulae obsignantur*).

Eseguita la condanna (*De illo post supplicium sumitur*), nasce una controversia tra coloro che sono designati come eredi nel testamento e gli agnati (*Inter eos, qui heredes in tabulis scripti sint, et inter agnatos de hereditate controversia est*).

È in questo contesto, pertanto, che si pone lo *status* legale della *ratiocinatio*, poiché, non essendo presente nessuna legge che vieti di redigere un testamento a chi è in carcere in attesa di essere giustiziato, si pone la questione se possa farlo o meno (*Ex ceteris legibus et quae hunc ipsum supplicio eiusmodi afficiunt et quae ad testamenti faciendi potestatem pertinent, per ratiocinationem veniendum est ad eiusmodi rationem, ut quaeratur, habueritne testamenti faciendi potestatem*).

A mio avviso, è interessante notare come i richiami normativi non presuppongano una loro congiunta applicazione, dato che le norme sono contrapposte. Parrebbe che il loro ruolo, funzionale a determinare come debba intendersi ed applicarsi la *ratiocinatio*, sia quello di mostrare il modo con cui predisporre le rispettive linee di difesa.

Se le leggiamo così come sono riportate, tali norme trattano: a) di coloro cui spettano i beni di un «furioso»; b) quale sia la portata e la validità del testamento di un *pater familias*; c) come debbano essere distribuiti i suoi beni nel caso in cui muoia *ab intestato*.

La struttura argomentativa della *ratiocinatio*, come suggerita da Cicerone, dovrebbe far supporre che, se il parricida è definito fin da subito

³⁰ La dottrina si è interrogata su quale sia il reale significato da attribuire al termine parricidio, ovverosia se debba essere inteso quale uccisione di un «pari», dunque di un uomo libero, oppure identifihi la mera sottrazione della vita al proprio *pater*. Cf., in dottrina, Riccobono 1968, 13 dove si riporta, alla n. 16, la *lex regia* di Numa, *Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto*. Si aggiunga, poi, come alla n. 4, il maestro palermitano riferisca come vada inteso il termine parricidio: *Parrici[di] quaestores appellabantur, qui solebant creari causa rerum capitalium quaerendarum. Nam parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed quaecumque hominem indemnatum*. Cf. anche Santalucia 1979, 885 ss.; Falcon 2022.

«furioso», non ha capacità di poter disporre dei propri beni, essendo lo stesso sotto la curatela di agnati e gentili (*tab. 5, 7a*)³¹. In tale ipotesi, non si solleva alcuna questione sulla validità del testamento, in quanto, proprio perché redatto da un «furioso», ne risulta del tutto privo.

La seconda norma riprodotta, invece, non fa altro che ribadire la regola che un *pater*, data la sua piena capacità sia giuridica che di agire, può disporre del proprio patrimonio, ritenendosi tale volontà come *ius* (*tab. 5, 3*). In questo caso, in applicazione della suddetta norma, il parricida, nonostante la condanna alla *poena cullei*³², rimane perfettamente capace di poter decidere delle proprie sostanze.

L'ultimo riferimento normativo, letto *a contrario* all'interno del contesto processuale qui considerato, sancisce le conseguenze dell'invalidità del testamento redatto, prevedendo la successione degli agnati e dei gentili (*tab. 5, 4*). Dunque, all'omicida viene attribuita la qualifica di *pater familias*, ma il confezionamento dell'atto, proprio perché avvenuto in quelle circostanze, è da ritenersi irritato.

L'alternativa applicazione della prima o dell'ultima norma porta alle medesime conseguenze, su di un piano pratico, poiché in caso di follia o di invalidità del testamento, comunque, parteciperanno alla successione legittima *in primis* gli agnati e tale risulta essere il loro precipuo fine in sede processuale. È in questo gioco strutturale e funzionale delle norme che potrebbe trovare un appiglio l'idea del *color insaniae*³³: del resto non esiste alcuna disposizione che vieti a colui che ha commesso un omicidio e sia stato condannato di redigere un testamento, ma, proprio per averlo fatto, il suo comportamento integra ciò che oggi si identifica con il «*raptus* di follia».

Sembra, dunque, che, se queste sono le norme dalle quali partire, nella prospettiva della presenza di due retori contrapposti, uno nominato dagli eredi testamentari e l'altro dall'agnato di grado più vicino, al difensore

³¹ La numerazione della presente *tabula*, nonché delle successive, è di Riccobono 1968, 37 ss.

³² Apprendiamo da Tito Livio, nelle *perioch.* 68, che Malleolo (anni 102-101 a.C.), condannato per aver ucciso la madre, fu il primo a subire la *poena cullei* e gettato in mare (*Publicius Malleolus matre occisa primus in culleo insutus in mare praecipitatus est*). Secondo l'interpretazione di Guarino 1994, 165 n. 5, appare improbabile, come si legge nelle *Periochae*, che il matricida sia stato il primo a subire la pena del sacco. Forse, commenta il maestro napoletano, andrebbe considerato che fu il «primo ad essere gettato in mare, anziché nel Tevere (ma Cicerone e l'*Auctor ad Herennium* lo dicono destinato, dopo la condanna, ad essere gettato *in aquam profluentem*)».

³³ Giusta osservazione ribadita da Di Ottavio 2012, 76.

dei primi non rimane altra via che addurre la piena «capacità civile» del *de cuius*, sostenendo la validità del testamento. Diversamente, il retore dell'agnato avrà un maggiore spazio di manovra, potendo richiedere, in un gioco di incastri, o la conferma di una pazzia, motivata dall'uccisione dell'uomo libero, con le sue inevitabili conseguenze, o direttamente l'invalidità del testamento, essendo stato redatto in una situazione, luogo o momento non conformi alle prescrizioni necessarie. Il successo di quest'ultima linea di difesa avrebbe prodotto il medesimo risultato: l'apertura della successione legittima.

4.2. ...Malleolus iudicatus est matrem necasse...

Diversa appare la narrazione del caso proposta da *Rhet. Her.* 1, 23, dove incontriamo sia il nome dell'omicida che quello della vittima, nonché il riferimento normativo alla *poena cullei*. In esso leggiamo:

Ex ratiocinatione controversia constat cum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudine quadam aucupatur. Ea est huiusmodi: Lex: «Si furiosus existet, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto». Et lex: «Qui parentem necasse iudicatus erit, ut is obvolutus et obligatus corio devehatur in profluentem». Et lex: «Paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto». Et lex: «Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentilium esto». Malleolus iudicatus est matrem necasse. Ei damnato statim folliculo lupino os obvolutum est et soleae lignae in pedibus inductae sunt; in carcerem ductus est. Qui defendebant eum tabulas in carcerem adferunt, testamentum ipso praesente conscribunt, testes recte adfuerunt; de illo supplicium sumitur. Ii qui heredes erant testamento hereditatem adeunt. Frater minor Malleoli, qui eum oppugnaverit in eius periculo, suam vocat hereditatem lege adgnationis. Hic certa lex in rem nulla adfertur, et tamen multae adferuntur, ex quibus ratiocinatio nascitur quare potuerit aut non potuerit iure testamentum facere. Constitutio legitima ex ratiocinatione.

L'*Auctor* afferma che la controversia si fonda sulla *ratiocinatio* (un'argomentazione giuridica di tipo analogico)³⁴, quando in giudizio si arriva senza una norma specifica adatta al caso, ma che per similitudine può essere ricercata in altre (*Ex ratiocinatione controversia constat cum*

³⁴ Cancelli 1992, 251, traduce *ratiocinatio* solo come «argomentazione».

res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudine quadam aucupatur).

Si passa, allora, all'elenco di quattro norme, dove, seguendo l'esposizione del passo, la prima, la terza e la quarta (*Si furiosus existet, adgnatum gentiliisque in eo pecuniaque eius potestas esto [...] Paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto [...]. Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentilius esto*) sono speculari, nella loro veste, a *inv.* 2, 148-149, mentre la seconda riferisce la pena alla quale soggiace il parricida: si afferma, infatti, *Qui parentem necasse iudicatus erit, ut is obvolutus et obligatus corio devehatur in profluentem*³⁵. Successivamente si descrive la fattispecie esemplificativa.

Malleolo è giudicato colpevole per aver ucciso la madre (*Malleolus iudicatus est matrem necasse*); perciò subito gli viene coperto il volto con una pelle di lupo e ai piedi gli sono posti dei ceppi di legno (*Ei damnato statim folliculo lupino os obvolutum est et soleae ligneae in pedibus inductae sunt*). Condotta in carcere (*in carcerem ductus est*), i suoi difensori (*qui defendebant eum*) gli portano delle tavolette, alla presenza di testimoni, per redigere l'atto di ultima volontà (*tabulas in carcerem adferunt, testamentum ipso praesente conscribunt, testes recte adfuerunt*). Eseguita la pena (*de illo supplicium sumitur*), gli eredi nominati adiscono l'eredità (*ii qui heredes erant testamento hereditatem adeunt*), ma il fratello minore di Malleolo (*frater minor Malleoli*), che si era scagliato contro di lui nel processo (*qui eum oppugnaverit in eius periculo*), ne reclama i beni per vincolo di agnazione (*suam vocat hereditatem lege adgnationis*). Poiché, per il caso di specie, non esistevano norme specifiche, se ne sarebbero potute addurre molte, facendo uso della *ratiocinatio*, per stabilire se il reo avesse o meno diritto di testare (*Hic certa lex in rem nulla adfertur, et tamen multae adferuntur, ex quibus ratiocinatio nascitur quare potuerit aut non potuerit iure testamentum facere*). Si pone così fine all'analisi di questo stato legale (*Constitutio legitima ex ratiocinatione*).

Da quanto detto veniamo a sapere che le differenze nella narrazione della vicenda, tra le due opere, consistono: 1) nella specifica menzione di un figlio che pone fine alla vita della madre, dovendosi correttamente parlare, come rilevato in dottrina³⁶, di matricidio, e 2) nell'aggiunta di

³⁵ Guarino 1994, 169-170.

³⁶ Watson 1971, 23 s.; Diliberto 1988, 177 ss.; Zuccotti 1987, 229 ss.; Agnati 2005, 238 ss.

una norma che, dobbiamo supporre, avrebbe potuto essere di ulteriore ausilio a stabilire la validità o meno dell'atto di ultima volontà.

Nonostante, anche in questo contesto, possano valere le medesime considerazioni, da noi avanzate poco sopra, sull'impiego analogico delle norme in sede processuale, il riferimento al precetto che punisce l'uccisione dell'uomo libero, attraverso l'applicazione della *poena cullei*, può considerarsi un aggancio ulteriore a quella linea argomentativa mirata ad indurre l'organo giudicante a riconoscere un'instabilità mentale di Malleolo: nei fatti, si attira l'attenzione del collegio su quel concetto comune di *pietas*³⁷, che ogni essere umano dovrebbe rivolgere ad un proprio simile, ancor maggiore se la perdita della vita di una madre avvenga per mano di chi ha generato. Se poniamo tale riferimento all'interno dell'*argumentatio*, che la dottrina annovera come «il cuore del discorso persuasivo»³⁸, la via seguita dal retore del fratello minore di Malleolo avrebbe potuto sfruttare un'ulteriore *chance* privilegiata.

5. *Tabulas afferunt et [...] tabulae obsignantur / testamentum ipso praesente conscribunt*

Nessuno in dottrina parrebbe dubitare del fatto che l'atto di ultima volontà dell'omicida sia un *testamentum per aes et libram* con *nuncupatio*. Ciò sarebbe agevolmente deducibile dalla «menzione delle *tabulae* e della loro scritturazione [...] e della loro sigillatura»³⁹.

Una conferma testuale, a supporto dell'opinione che si tratti di un testamento *per aes et libram*, escludendo il c.d. testamento pretorio, può ricavarsi, a mio avviso, anche dal passo di *Gai* 2, 119. Nel descrivere questa seconda forma redazionale, si dice infatti chiaramente che il pretore promette (*praetor tamen*) a coloro che sono indicati come eredi, all'interno di un testamento confezionato con il sigillo di sette testimoni (*scriptis heredibus secundum tabulas testamenti si septem signis testium signatum sit testamentum*), il possesso di beni ereditari *secundum tabulas* (*bonorum possessionem pollicetur*), se non vi sia nessuno (*et si nemo sit*) che, secondo la legge (delle XII Tavole), ne abbia diritto (*ad quem ab inte-*

³⁷ Sul come intendere la *pietas*, si rinvia a Querzoli 2000, 59 ss.; Di Ottavio 2012, 65 ss.; Cunningham 2020, 84 ss.

³⁸ Sposito 2020, 15.

³⁹ Così si esprime Finazzi 2018, 234 n. 25.

stato iure legitimo pertineat hereditas), quale, ad esempio, il fratello figlio di uno stesso padre (*velut frater eodem patre natus*)⁴⁰.

Il passo appena richiamato, come si può facilmente evincere, ben si ascrive al nostro episodio⁴¹, perché, nel caso in cui l'atto di ultima volontà fosse stato redatto secondo le regole dello *ius honorarium*, il fratello di Malleolo sarebbe risultato comunque vittorioso in una lite, non potendo gli eredi nominati prevalere sull'*adgnatus proximus*. In altre parole, non vi sarebbe stata neanche la necessità di presentare il caso come paradigmatico per spiegare la *ratiocinatio*.

Un punto che invece appare interessante analizzare, all'interno delle due opere, considerata anche l'ottica con la quale affrontiamo l'argomento, è chi abbia portato in carcere le tavolette cerate e perché lo abbia fatto.

Se leggiamo il passo di *inv.* 2, 148-149, si specifica che sono state introdotte da alcuni amici stretti (*interea quidam eius familiares in carcerem tabulas afferunt*) insieme ai testimoni (*testes adducunt*). Sembrerebbe così, dalla semplice lettura del testo tradito, che un gruppo di persone legate da un forte rapporto di amicizia con Malleolo, piuttosto che di consanguineità, abbia introdotto il supporto su cui scrivere il testamento, o su richiesta del condannato o – una possibilità da tener presente – per loro volontà, onde evitare che egli morisse intestato, ma condizionandone comunque il contenuto⁴².

L'*Auctor* riporta la notizia, invece, in modo diametralmente opposto, evidenziando un elemento di difformità e di notevole interesse sul piano di un'argomentazione processuale. In quest'ultima opera, infatti, sarebbero stati coloro che avevano difeso Malleolo (*qui defendebant eum*) ad

⁴⁰ *Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur, si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius. Et ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.*

⁴¹ Il riferimento potrebbe essere anche al cd. testamento pretorio, visto che si può notare come Cicerone (*testes adducunt*) e l'*Auctor* (*testes recte adfuerunt*) omettano il ruolo assunto dal *libripens*: infatti, la veste giuridica attribuita al "pesatore" non può considerarsi secondaria in un ordinamento, soprattutto nel periodo in esame, dominato dal formalismo dello *ius civile*.

⁴² Naturalmente manca, nel caso di specie, una risposta certa. Tuttavia, qualora le tavolette fossero state introdotte per volontà degli amici, si configurerebbe, già in questa prima fase, una violazione di quella regola, fondativa anche oggi, che consente ad ogni individuo di poter scegliere se morire o meno intestato.

introdurre in carcere le tavolette (*tabulas in carcerem adferunt*) e a scrivere il testamento in sua presenza (*testamentum ipso praesente conscribunt*). Se così fosse, non si tratterebbe di appartenenti alla «cerchia di amicizie», bensì degli oratori, incaricati della difesa di Malleolo contro le prove dell'accusa, ancorché con scarso successo, considerato l'esito della vicenda. Dovremmo allora supporre che, in vista della futura e certa morte di Malleolo, i «suoi legali» lo abbiano assistito nella redazione materiale del testamento alla presenza dei testimoni (*testes recte adfuerunt*).

Secondo questa fonte, pertanto, alla luce di quanto abbiamo osservato nella premessa del presente lavoro sullo studio dello *ius civile* nella formazione dei giovani, parrebbe potersi affermare che, in realtà, il testamento di Malleolo andava considerato fin dall'inizio valido, perché confezionato con l'aiuto e sotto la «supervisione» di esperti⁴³.

6. *Il metodo su come affrontare la ratiocinatio*

Dopo l'esposizione dei fatti e dei problemi potenziali che si pongono in punto di diritto, Cic. *inv.* 2, 150 si sofferma, in particolare, sull'atteggiamento processuale che entrambe le parti, agnati ed eredi nominati, avrebbero dovuto seguire.

La linea argomentativa si deve muovere secondo schemi nei quali sviluppare l'analogia giuridica, utilizzando certi «luoghi comuni» che lo stesso Arpinate indica (*locos autem communes in hoc genere argumentandi hos et huiusmodi quosdam esse arbitramur*).

Si procede innanzitutto all'elogio del testo che si invoca (*primum eius scripti, quod proferas, laudationem et confirmationem*), da identificare, se ci poniamo *ex parte actoris* nella nostra fattispecie, con le due norme richiamate all'inizio della narrazione dell'episodio, descrittive, l'una, dell'incapacità del furioso di gestire il proprio patrimonio (*si furiosus est, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*) e l'altra, *a contrario*, dell'invalidità del suo testamento, aprendosi così la successione intestata del *pater familias* (*si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto*).

⁴³ Il rilievo che, ammessa l'assistenza tecnica nella redazione del testamento, l'atto si potesse considerare esente da violazioni delle regole proprie dello *ius civile* giustifica l'esistenza stessa dello *status* legale della *ratiocinatio*.

Si prosegue quindi con la comparazione del caso da decidere con uno simile che è già stato definito (*deinde eius rei, qua de quaeratur, cum eo, de quo constet, collationem eiusmodi, ut id, de quo quaeritur, ei, de quo constet, simile esse videatur*), in modo che si possa così valutarne la similitudine, per poi manifestare stupore che, attraverso il paragone, qualcuno, pur individuando una soluzione come equa, neghi che sia più equa o di eguale equità (*postea admirationem per contentionem, qui fieri possit, ut, qui hoc aequum esse concedat, illud neget, quod aut aequius aut eodem sit in genere*). Infine, si deve concludere che il caso in oggetto non era regolato normativamente perché, essendo simile ad uno già regolato, chi aveva scritto la norma aveva ritenuto che non vi fossero dubbi per ricondurvelo (*deinde idcirco de hac re nihil esse scriptum, quod, cum de illa esset scriptum, de hac is, qui scribebat, dubitaturum neminem arbitratus sit*)⁴⁴.

Il caso dell'eredità di Malleolo andava trattato come una *causa iuridicialis absoluta*, da intendersi, come aveva spiegato in precedenza Cicerone in *inv. 2, 69*, come quella che conteneva in sé, in modo evidente e aperto, il problema del giusto e dell'ingiusto (*absoluta est, quae ipsa in se, non ut negotialis implicite et abscondite, sed patentius et expeditius recti et non recti quaestionem continet*)⁴⁵.

L'argomentazione proposta secondo l'andamento appena esposto sarebbe stata pienamente idonea, sul piano processuale, ad enfatizzare le tesi degli eredi legittimi di Malleolo (il fratello minore, secondo *Rhet. Her. 1, 23*). Del tutto opposta avrebbe dovuto essere la difesa del convenuto che, nel nostro caso, è quella degli eredi testamentari.

Ad essi infatti, sulla base di quanto aveva precisato anteriormente l'Arpinate, incombeva di smontare l'analogia dell'attore (*contra autem qui dicet, similitudinem infirmare debet*), affermando che la fattispecie era diversa da quella regolata per genere, natura, significato, importanza, tempo, luogo, persona, opinione (*diversum esse genere, natura, vi magnitudine, tempore, loco, persona, opinione*)⁴⁶, mettendo in luce le differenze tra una situazione ed un'altra (*deinde, quid res cum re differat, demonstrabitur, ut non idem videatur de utraque existimari oportere*).

⁴⁴ Ascheri 2015, 150 scrive che «Cicerone presenta, attraverso un elenco scandito dall'anafora dei connettivi *primum, deinde, postea*, i mezzi che possono essere usati dal difensore».

⁴⁵ La si distingue perciò dalla *negotialis* menzionata in *inv. 2, 62*, *negotialis est, quae in ipso negotio iuris civilis habet implicatam controversiam*. Cf. Calboli 2009, 214 ss.

⁴⁶ Tutti riferimenti analizzati precedentemente: cf. *inv. 1, 82*.

7. Conclusioni

A quali considerazioni finali possiamo giungere?

Chi si cimenti per la prima volta nel vasto mondo della retorica forense antica, come lo scrivente, non può che essere affascinato dalla metodologia proposta dai nostri autori, i quali, insieme alla magnifica figura di Quintiliano, con la sua celeberrima *Institutio Oratoria*, offrono anche al lettore moderno una visione della tecnica argomentativa processuale che, oggi come ieri, appare necessaria al fine di risolvere quelle controversie che non appaiono corrispondenti al dato normativo.

La scelta dell'argomento su un episodio relativo alla *querela inofficiosi testamenti*, come abbiamo accennato nel nostro *exordium* – mi sia consentito l'uso di uno *status* legale – ha permesso una riflessione sul dato pratico di come si dovessero muovere i difensori delle parti, al fine di poter condurre l'organo giudicante verso una decisione volta a sposare le ragioni di una di esse.

L'elemento della *ratiocinatio* si presta a ricoprire un ruolo determinante per sopperire all'assenza di riferimenti normativi che contemplino il caso concreto. Se si eliminasse il «peso» processuale dell'analogia o dell'argomentazione per applicarla, tra i «banchi» di un tribunale, il rischio, niente affatto infondato, sarebbe quello di dover attendere l'intervento del «detentore del potere normativo» per dettare una regola idonea per quel determinato evento.

La visione offerta dall'*Auctor* e da Cicerone, in particolare, ci consente di osservare da vicino il metodo seguito dai retori, nel solco di schemi che, invero, risultano connotati da una stringente logica (potremmo dire «aristotelica»), essenziale, se non determinante, per comprendere l'interpretazione evolutiva dello *ius*, applicato al caso concreto.

Del resto, se ci riflette bene, quale è lo scopo principale di un qualunque discorso? Portare dalla nostra parte chi è indeciso.

Bibliografia

- Agnati 2005: U. Agnati, *Sequenze decemvirali. Analisi di Cicerone De Inventione 2.148 e Rhetorica ad Herennium 1.23*, in M. Humbert (ed.), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, pp. 238-265.
- Arcaria 2009: F. Arcaria, *Septemviralia iudicia. Contributo alla storia della quere-la inofficiosi testamenti in età classica*, in C. Russo Ruggeri (ed.), *Studi in onore di A. Metro*, I, Milano 2009, pp. 51-100.
- Baldus-Miglietta-Santucci-Stolfi 2012: C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi (edd.), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi*, Atti del seminario internazionale, Montepulciano, 14-17 giugno 2011, Trento 2012.
- Barthes 1972: R. Barthes, *La retorica antica*, trad. it. Milano 1972.
- Bellodi Ansaloni 2012: A. Bellodi Ansaloni, *Scienza giuridica e retorica forense. Appunti da un corso di metodologia giuridica romana*, Santarcangelo di Romagna 2012.
- Bellodi Ansaloni 2016: A. Bellodi Ansaloni, *L'arte dell'Avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, Bologna 2016.
- Beltrani 2009: M. Beltrani, *Gli strumenti della persuasione: la saggezza retorica e l'educazione alla democrazia*, Perugia 2009.
- Biccari 2017: M. L. Biccari, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica (e vice-versa). Spunti di riflessione sulla formazione dell'avvocato romano e la sua azione*, Torino 2017.
- Calboli 2009: G. Calboli, *Introduzione alla inventio*, in B. Santalucia (ed.), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia 2009, pp. 185-221.
- Calboli Montefusco 1986: L. Calboli Montefusco, *La dottrina degli status nella retorica greca e romana*, Zürich-New York 1986.
- Calboli Montefusco 1988: L. Calboli Montefusco, *Exordium narratio epilogus. Studi sulla teoria retorica greca e romana delle parti del discorso*, Bologna 1988.
- Cancelli 1992: F. Cancelli, *La retorica a Gaio Erennio*, Milano 1992.
- Cassarino 2012: A. Cassarino, *Brevi note su alcune scelte individuali compiute dai giuristi del principato in tema di bonorum venditio*, in Baldus-Miglietta-Santucci-Stolfi 2012, pp. 533-550.
- Cavarzere 2000: A. Cavarzere, *Oratoria a Roma. Storia di un genere pragmatico*, Roma 2000.
- Cavarzere 2011: A. Cavarzere, *Gli arcani dell'oratore: alcuni appunti sull'actio dei Romani*, Padova 2011.

- Coppola Bisazza 2020: G. Coppola Bisazza, *Ancora una riflessione sulla successione di M. Anneo Carseolano*, in G. D'Angelo, M. De Simone, M. Varvaro (edd.), *Scritti per il novantesimo compleanno di M. Marrone*, Torino 2020, pp. 47-55.
- Cossa 2012: G. Cossa, *I giuristi e la retorica*, in Baldus-Miglietta-Santucci-Stolfi 2012, pp. 299-363.
- Cunningham 2020: G. Cunningham, *The place of rhetoric in late republican law: some thoughts on pietas and the querela inofficiosi testamenti*, in B. Spagnolo, J. Sampson (eds.), *Principle and pragmatism in Roman law*, Oxford 2020, pp. 79-98.
- Devoto-Oli 1971: G. Devoto, G. C. Oli, v. *Patetico*, in *Dizionario della lingua italiana*, Firenze 1971.
- Diliberto 1988: O. Diliberto, *Il testamento del matricida*, «Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari» 52, 1988, pp. 177-196.
- Diliberto 2017: O. Diliberto, *La giurisprudenza romana nelle opere letterarie*, in A. Schiavone (ed.), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris romani*, Torino 2017, pp. 141-160.
- Di Ottavio 2009: D. Di Ottavio, *Sui precedenti retorici della querela inofficiosi testamenti nel I sec. a.C.*, «Index» 37, 2009, pp. 293-317.
- Di Ottavio 2012a: D. Di Ottavio, *Ricerche in tema di querela inofficiosi testamenti. 1. Le origini*, Napoli 2012.
- Di Ottavio 2012b: D. Di Ottavio, *Una bibliografia ragionata in tema di querela inofficiosi testamenti: schede di lettura*, in U. Petronio, O. Diliberto (edd.), *Scritti di storia del diritto e bibliografia giuridica offerta a G. Bonfanti*, Macerata 2012, pp. 81-220.
- Donadio 2020: N. Donadio, *Ragionamento giuridico e argomentazione retorica in Cicerone*, in N. Donadio, A. Maniaci (a cura di), *Tecniche e strategie difensive nel processo civile tra storia e attualità*, Milano 2020, pp. 29-108.
- Falcon 2022: M. Falcon, *L'omicida nelle leggi di Numa*, Napoli 2022.
- Fercia 2015: R. Fercia, *Querela inofficiosi testamenti e iudicatum: problemi e prospettive tra II e III secolo*, «Diritto@Storia» 11, 2013, pp. 5-22 [= L. Garofalo (ed.), *Res iudicata*, II, Napoli 2015, pp. 287-313].
- Finazzi 2018: G. Finazzi, *La successione ab intestato*, in M. F. Corsi (ed.), *XII Tabulae. Testo e commento*, I, Napoli 2018, pp. 231-296.
- Gagliardi 2002: L. Gagliardi, *Decemviri e centumviri. Origini e competenze*, Milano 2002.
- Gagliardi 2012: L. Gagliardi, *I collegi giudicanti: decemviri, centumviri, septemviri, recuperatores. Idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, in L. Garofalo (ed.), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, II, Padova 2012, pp. 339-383.

- Gagliardi 2015: L. Gagliardi, *Querela inofficiosi testamenti con pluralidad de herederos forzosos (derecho romano y bizantino)*, «SCDR» 28, 2015, pp. 381-396.
- Gagliardi 2017: L. Gagliardi, *Studi sulla legittimazione alla querela inofficiosi testamenti in diritto romano e bizantino*, Milano 2017.
- Giomaro 2019: A. M. Giomaro, *Quattro passi fra le scuole (e le scuole di diritto) nella tarda antichità*, Urbino 2019.
- Greco 1998: M. Greco (ed.), M. Tullio Cicerone, *De Inventione*. Introduzione, traduzione e note, Galatina 1998.
- Guarino 1994: A. Guarino, *Le XII Tabulae e il caso di Malleolo*, in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, pp. 165-179.
- Gulina 2009a: G. Gulina, *La querela inofficiosi testamenti nella testimonianza di Plinio il Giovane*, «SDHI» 75, 2009, pp. 261-330.
- Gulina 2009b: G. Gulina, *Ancora sulla testimonianza pliniana circa il regime processuale della querela inofficiosi testamenti (Plin. ep. 6.33.2-6 e 9)*, in A. Palma (ed.), *Scritti in onore di G. Melillo*, II, Napoli 2009, pp. 555-578.
- Gulina 2016: G. Gulina, *Hereditatis petitio e querela inofficiosi testamenti nella successione di M. Anneo Carseolano*, «Iuris Antiqui Historia» 8, 2016, pp. 59-86.
- Gulina 2022: G. Gulina, *Querela principale, incidentale diretta e in modo contradictionis. Le forme della deduzione processuale della inofficiosità testamentaria tra repubblica e principato*, «Iuris antiqui historia» 14, 2022, pp. 91-120.
- Kennedy 1972: G. A. Kennedy, *The art of rhetoric in the roman world*, Princeton 1972.
- Lanfranchi 1938: F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano 1938.
- Lausberg 1969: H. Lausberg, *Elementi di retorica*, trad. it. di L. Ritter Santini, Bologna 1969.
- Lentano 2014: M. Lentano, *Retorica e diritto. Per una lettura giuridica della declamazione latina*, Lecce 2014.
- Longchamps De Bérier 2003: F. Longchamps De Bérier, *La buona fede mortis causa? Le disposizioni poenae nomine e la querela inofficiosi testamenti*, in L. Garofalo (ed.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, Padova, Venezia, Treviso, 14-16 giugno 2001, II, Padova 2003, pp. 397-415.
- Marrone 1955: M. Marrone, *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, «SDHI» 21, 1955, pp. 74-122.
- Marrone 1959: M. Marrone, *Centumviri, NNDI* 3, Torino 1959, pp. 114-115.
- Marrone 1962a: M. Marrone, *Querela inofficiosi testamenti. Lezioni di diritto romano*, Palermo 1962.

- Marrone 1962b: M. Marrone, *Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano 1962, pp. 401-410.
- Marrone 1967: M. Marrone, *Querella inofficiosi testamenti*, *NNDI* 14, Torino 1967, pp. 670-673.
- Marrone 1970: M. Marrone, *Septemviri*, *NNDI* 17, Torino 1970, p. 42.
- Martini 2004: R. Martini, *Antica retorica giudiziaria (Gli status causae)*, «Diritto@Storia» 3, 2004, pp. 1-45.
- Palma 2016: A. Palma, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino 2016.
- Patillon 1990: M. Patillon, *Éléments de rhétorique classique*, Paris 1990.
- Pérez Simeón 2017: M. Pérez Simeón, *La facultas agendi en la querela inofficiosi testamenti clasica*, «Iura» 65, 2017, pp. 239-276.
- Pernot 2006: L. Pernot, *La retorica dei Greci e dei Romani*, trad. it., Palermo 2006.
- Procchi 2009: F. Procchi, *Medium quiddam tenere. Tra retorica e diritto: considerazioni a margine di Plin. Ep. 4.9* in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano 2009, pp. 237-252.
- Procchi 2012: F. Procchi, *Plinio il Giovane e la difesa di C. Iulius Bassus. Tra norma e persuasione*, Pisa 2012.
- Querzolini 2000: S. Querzolini, *I testamenta e gli officia pietatis. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli 2000.
- Raschieri 2015: A. A. Raschieri, *Retorica, pratica e diritto: le cause di eredità nel De inventione di Cicerone*, in «Atti Accademia delle Scienze di Torino. Scienze Morali» 149, 2015, pp. 137-153.
- Riccobono 1968: S. Riccobono, *FIRA*, 1, Firenze 1968.
- Rizzelli 2014: G. Rizzelli, *Modelli di "follia" nella cultura dei giuristi romani*, Lecce 2014.
- Santalucia 1979: B. Santalucia, *v. Omicidio (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 39, 1979, pp. 885-896.
- Schipani 2005: S. Schipani (ed.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, Testo e traduzione, II, Milano 2005.
- Schulz 1968: F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze 1968.
- Sposito 2020: G. Sposito, *Manuale di retorica forense*, Fano 2020.
- Watson 1971: A. Watson, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford 1971.
- Wlassak 1899: M. Wlassak, s.v. *Centumviri*, *RE* 3.2, Stuttgart 1899.
- Zuccotti 1987: F. Zuccotti, *Il testamento di Publicio Malleolo (Cic., De Inv. 2, 50, 148 s.; Auct. ad Her., Rhet. 1, 13, 23)*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano 1987, pp. 229-265.

