

Formalismo negoziale e deroghe emergenziali: il cd. *testamentum tempore pestis conditum**

ENRICO SCIANDRELLO

Università di Torino

ALICE CHERCHI

Università di Cagliari

1. Premessa

Tra gli argomenti di riflessione che lo scoppio della pandemia da Covid-19 ha prepotentemente imposto all'attenzione del giurista vi è, senza dubbio, quello legato alla tenuta di una serie di regole e principi in grado di reggere le categorie generali del diritto più direttamente sollecitate dal contesto emergenziale. Accanto all'esigenza di cogliere il modo attraverso cui l'ordinamento giuridico risponde alle necessità determinate da una situazione eccezionale, se ne può scorgere un'altra, meno evidente, ma ugualmente se non addirittura più importante: mi riferisco all'esigenza di considerare il diritto prodotto in un contesto emergenziale secondo una prospettiva di medio-lungo periodo, ossia tenendo presenti i possibili sviluppi (interpretativi e applicativi) di una regola creata per dare risposta ad un bisogno urgente ed attuale.

Su entrambi i versanti il contributo dello storico del diritto, in particolare del romanista¹, si rivela imprescindibile, data la sua abitudine ad osservare il fenomeno giuridico in una prospettiva diacronica, e difatti non sono mancati negli ultimi mesi interventi che hanno messo al centro del dibattito giuridico contemporaneo questi due aspetti. Tra i diversi lavori collegati, *lato sensu*, al tema dell'emergenza sanitaria in atto, un certo numero ha avuto ad oggetto lo studio di un provvedimento normativo di età diocleziana

* Il contributo è destinato alla pubblicazione negli Atti del Webinar '*Le categorie generali nell'emergenza sanitaria*'; si ringrazia, pertanto, il prof. Cristiano Cicero, promotore dell'iniziativa e curatore del volume, per aver acconsentito alla pubblicazione anticipata dello scritto, che segue lo schema espositivo del dialogo intercorso tra i due autori in occasione della comunicazione orale: i §§ 1, 3 e 5 sono stati composti da Enrico Sciandrello, i §§ 2 e 4 da Alice Cherchi.

1. In questo senso faccio mio il pensiero più volte espresso dal compianto Maestro torinese Filippo Gallo circa il ruolo che deve ricoprire il giusromanista nell'ambito della scienza giuridica contemporanea; per un manifesto di questo pensiero si veda GALLO, *Un modello*, 7-27.

recante disposizioni in materia di testamento redatto in tempo di malattia contagiosa², argomento che ben si presta ad essere indagato secondo le due direttrici poc' anzi ricordate. Il dato non è sfuggito all'attenta analisi della collega Alice Cherchi, autrice di uno dei contributi sul tema³, alla quale va la mia gratitudine per avermi coinvolto in questa iniziativa di discussione dei contenuti della sua ricerca in un contesto allargato ai cultori del diritto positivo.

Come già accennato, l'indagine ruota intorno all'interpretazione di un testo conservato nel *Codex Iustinianus* (C. 6.23.8), che affronta il problema della redazione di un testamento in circostanze considerate eccezionali, perché interessate dalla diffusione di un'epidemia e, quindi, tali da richiedere opportune cautele per i soggetti partecipanti alla celebrazione dell'atto negoziale. L'importanza di questa fonte rispetto al problema dell'osservanza delle forme testamentarie in contesti emergenziali è dimostrata dal fatto che gli interpreti della tradizione romanistica si sono spinti a parlare, con riguardo ad essa, di *testamentum tempore pestis (conditum o confectum)*, associandola quindi al problema della diffusione del contagio da peste, a prescindere da un qualsiasi effettivo collegamento con questa malattia, che nel testo della costituzione diocleziana non viene esplicitamente menzionata⁴.

A ciò si aggiunga quanto evidenziato da Alice Cherchi nella premessa al suo lavoro, laddove ella constata, sulla scorta di un'opinione consolidata in letteratura⁵, come spesso la terminologia 'pestis' o 'pestilentia' risulti impiegata per fare riferimento alle diverse malattie ad alto contagio occorse in Roma antica. Anche in ragione di questo dato, pertanto, non deve stupire che il passo in questione abbia assunto, nella tradizione giuridica successiva, una rilevanza tale da essere considerato un manifesto della normazione emergenziale nell'esperienza giuridica romana, perlomeno in campo privatistico. Vediamo, dunque, in che modo questa costituzione diocleziana si sia inserita nella disciplina fino ad allora esistente in materia di testamentaria.

2. Si vedano CHERCHI, *L'indulgenza*, 143-161; VINCI, *Il testamento*, 283-313; MUÑOZ CATALÁN, *Aplicación*, 103-125; LÁZARO GUILLAMÓN, *El testamento*, 1-34; WILLEMS, *Zwischen Infektionsschutz*, 616-634.

3. Cfr. CHERCHI, *L'indulgenza*, 143-161.

4. Sul punto rinvio alle annotazioni di VINCI, *Il testamento*, 284 s. n. 5.

5. Cfr. CHERCHI, *L'indulgenza*, 144 n. 3.

2. La deroga al formalismo introdotta da Diocleziano per il testamento redatto in occasione di una malattia contagiosa

Per comprendere il contenuto ed il campo di applicazione della deroga al formalismo testamentario cui abbiamo fatto riferimento – e, soprattutto, per verificare in quale misura questa fosse specificamente calibrata sulle esigenze legate al diffondersi di un’epidemia –, appare opportuno dedicare alcuni cenni preliminari al regime ordinario del testamento, così come alle modalità di confezione del medesimo che avevano trovato diffusione nella prassi provinciale all’epoca di Diocleziano.

Come è noto, la disciplina del testamento avente applicazione generalizzata negli anni in cui regnò Diocleziano risentiva tanto dell’antico regime di *ius civile*, che imponeva, ai fini della validità del testamento, un rigido formalismo, quanto degli sviluppi che, soprattutto nel periodo preclassico e classico, avevano inciso su di esso mediante l’elaborazione del regime del cd. testamento pretorio⁶. In particolare, la forma classica del testamento *per aes et libram* prevedeva che il testatore, mediante la *nuncupatio heredis*, disponesse del suo patrimonio oralmente, di fronte a cinque testimoni, i quali dovevano, tutti insieme, presenziare al rito⁷. Sempre nel periodo classico, il testamento poteva essere validamente concluso anche in maniera in parte diversa: il testatore, attraverso la cd. *nuncupatio testamenti*, poteva rinviare alle disposizioni da lui espresse per iscritto nelle tavolette testa-

6. Come osservato da DESANTI, *Dominare la prassi*, 529, Diocleziano, in materia successoria, si trovò a fronteggiare questioni collegate «a processi evolutivi ‘interni’ al diritto romano, che si traducevano nella progressiva omogeneizzazione fra *ius civile*, *ius honorarium*, *ius extraordinarium* e dunque fra le disposizioni appartenenti a tali diversi sistemi».

7. Ai fini della validità del negozio era comunque indispensabile il rispetto delle formalità imposte dall’antica *mancipatio familiae*, anche se quest’ultima, così come l’intervento del *familiae emptor*, conservava un rilievo soltanto formale: non vi era effettivo trasferimento del patrimonio del *de cuius* al *familiae emptor*, poiché la *nuncupatio* conteneva disposizioni imperative direttamente efficaci. Ciò si deduce chiaramente da quanto riferito nella prima parte di Gai. 2.104: *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio, eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adiciunt, aeneaque libra, esto mihi emptas; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco [...]*, sul quale, cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, 88 ss.

mentarie, le *tabulae ceratae*⁸, configurando in questo modo un negozio *per relationem*⁹.

In tale ipotesi, i testimoni, nel presenziare al negozio, sottoscrivevano le tavole ed apponevano ad esse i loro sigilli – che si aggiungevano a quelli del testatore e del *libripens* – in modo da evitare l’apertura e l’alterazione delle medesime. Era perciò indispensabile, quale requisito essenziale per la validità del testamento, l’osservanza dell’*unus contextus* (o la cd. *unitas actus*), che implicava che non ci dovesse essere alcuna interruzione nel compimento delle varie fasi del negozio e che, di conseguenza, esse avvenissero tutte alla presenza del testatore e dei testimoni¹⁰.

Va inoltre segnalato che, sebbene sul regime appena descritto avesse inciso in maniera significativa l’attività giurisdizionale del pretore, che permise di superare il rilievo di alcuni requisiti formali previsti dal *ius civile* ai fini della validità del testamento (come, verosimilmente, la menzione della *mancipatio familiae*), un simile superamento non si registra con riguardo al numero dei soggetti che dovevano necessariamente partecipare al negozio, il cui numero complessivo era pari a sette, e alla contestuale apposizione dei sigilli da parte loro¹¹.

8. Gai. 2.104: [...] *deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

9. TALAMANCA, *Istituzioni*, 721.

10. Così MANFREDINI, *La volontà*, 34.

11. Sul punto, oltre a quanto osservato *supra* n. 6, va sottolineato che il pretore, già dal principio del I sec. a.C., prometteva la *bonorum possessio secundum tabulas* a coloro che fossero stati istituiti eredi in un testamento contrassegnato da almeno sette sigilli (Gai. 2.119: *Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur* [...]). Una simile tutela, come rammentato di recente da LAMBERTINI, *Gai. 2, 119-120*, 803-816 (ove ulteriore letteratura), si fondava sull’esistenza di un documento che presentasse, sotto il profilo formale, i requisiti minimi richiesti ai fini della validità del testamento mancipatorio, a prescindere dall’effettivo compimento della *mancipatio familiae* e della *nuncupatio*. Nei sette soggetti che dovevano sigillare il testamento a tale scopo erano evidentemente ricompresi i cinque testimoni del rito librare, il *familiae emptor* ed il *libripens* (sebbene gli ultimi due avessero perso la loro funzione originaria, l’apposizione dei sigilli da parte loro era infatti necessaria, alla stregua di quella dei testimoni, per conferire al documento la ‘parvenza’ di un valido testamento civile). Che tali requisiti siano rimasti invariati fino all’epoca diocleziana emerge inoltre dalla *lex* del medesimo Imperatore conservata in C. 6.23.12 pr. (*Si unus de septem testibus...*),

Ciononostante, le tavolette cerate a noi pervenute da alcuni contesti provinciali paiono attestare che, nella prassi del periodo tardoantico immediatamente precedente e coeva a Diocleziano, i testamenti erano sovente confezionati in maniera irregolare, senza che venissero rispettate le formalità relative alla presenza e alla contesuale apposizione dei sigilli da parte dei testimoni¹². La reazione di Diocleziano a queste degenerazioni della prassi è stata ritenuta in dottrina particolarmente severa, dal momento che i suoi interventi normativi, ad uno sguardo complessivo, si mostrano volti a perseguire con fermezza il ritorno all'osservanza del formalismo testamentario classico¹³.

Avendo a mente questo quadro d'insieme, possiamo ora volgere l'attenzione alla costituzione emanata da Diocleziano con riguardo al testamento redatto in occasione di una malattia contagiosa.

C. 6.23.8 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Marcellino): pr. *Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitates perempta est. 1. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata.* (S. k. Iul. Ipsi III et III AA. cons.) [a. 290].

La *lex* risulta emessa, a metà giugno o al massimo ai primi di luglio del 290 d.C.¹⁴, in risposta al quesito posto da un certo *Marcellinus*, un privato che aveva interesse – verosimilmente perché erede del *de cuius* – a sapere se il testamento confezionato da quest'ultimo potesse considerarsi valido¹⁵.

nonché dalla successiva disciplina contenuta in Nov. Theod. 14 (439 d.C.). Alla luce dei requisiti appena evidenziati, risulta agevole comprendere perché nel diritto romano delle diverse epoche risulti tutto sommato costante la tendenza a non riconoscere validità al testamento olografo: questa sembra essere stata ammessa soltanto per la *pars Occidentis* da una costituzione del 446 d.C. (Nov. Val. 21.2), peraltro rigettata nel *Codex repetitae praelectionis* di Giustiniano.

12. Cfr. le accurate rassegne dei documenti della prassi, soprattutto di provenienza egizia, di AMELOTI, *Il testamento*, I, 236 ss., e MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti*, 126 ss.

13. Sul punto, cfr. ancora il recente approfondimento di DESANTI, *Dominare*, 529 ss., ove altri ragguagli bibliografici.

14. In ragione della variante della *subscriptio* accolta da KRÜGER, *Codex Iustinianus (Editio maior)*, 539 (da cui è tratta la versione della *lex* qui riportata), il provvedimento sarebbe stato emanato il primo luglio del 290 d.C.

15. Come osservato da VINCI, *Il testamento*, 286, *Marcellinus* potrebbe essere stato sia un erede testamentario, che avrebbe avuto interesse al riconoscimento della validità del testamento, sia un erede legittimo, portatore dell'interesse opposto (al riconoscimento dell'invalidità del testamento), in modo che venisse aperta la successione *ab intestato* di cui avrebbe potuto giovare.

Dall'indicazione del destinatario capiamo che la *lex* imperiale aveva probabilmente natura di rescritto: si trattava cioè di un provvedimento emanato per porre fine ad una controversia tra privati oppure per prevenirla e, perciò, destinato in origine a ricevere un'applicazione circoscritta al caso concreto sottoposto alla cancelleria imperiale.

Il testo legislativo chiarisce, sin dalle sue prime parole, che le gravi e nuove contingenze, in virtù delle quali era sorto nei testimoni il timore di essere contagiati (*casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret*)¹⁶, giustificavano l'introduzione di una deroga al formalismo testamentario (*aliquid de iure laxatum est*), la quale, però, non avrebbe intaccato le altre formalità indispensabili ai fini della validità del negozio (*non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitas perempta est*).

Dal *principium* della nostra costituzione percepiamo, immediatamente, la tensione tra i due contrapposti interessi che Diocleziano fu chiamato a contemperare: da un lato, la necessità di derogare al regime ordinario del testamento in relazione ad un profilo specifico riguardante i testimoni, in modo da contenere le conseguenze legate al pericolo del contagio ed al timore da questo derivante, e, dall'altro lato, quella di mantenere ferma, per gli altri aspetti, la *testamentorum sollemnitas*. Una siffatta tensione si traduce in una palpabile cautela da parte dell'Imperatore, che ben traspare anche dalle forme verbali utilizzate (*laxatum est* ed il successivo *remissum est*), le quali paiono suggerire che la medesima deroga configurasse un regime semplificato ed eccezionale, da applicare con estrema attenzione, in quanto frutto di una particolare 'indulgenza' imperiale.

Il § 1 della nostra *lex* tratteggia, sempre con particolare cautela, il contenuto della deroga, dapprima precisando che i testimoni, nel caso in cui il testatore fosse malato (*morbo oppresso*)¹⁷, sarebbero stati dispensati dal riunirsi per la confezione del testamento (*eo tempore iungi atque sociari remissum est*), ma ribadendo, subito dopo, che il loro numero complessivo, ai fini della validità del negozio, sarebbe rimasto invariato e, dunque, non avrebbe dovuto consi-

16. Sulle diverse interpretazioni prospettate in dottrina rispetto all'indicazione *casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis*, v. la recente disamina di WILLEMS, *Zwischen Infektionsschutz*, 618 ss.

17. La tradizione manoscritta del testo della costituzione riporta anche la variante *morbo oppressos* (che implicherebbe che fossero i testimoni ad essere malati), peraltro scartata da KRÜGER, *Codex*, 539 n. 11, anche in virtù della versione della costituzione tramandata dai Basilici (B. 35.2.7, il cui testo è riportato *infra* n. 32).

derarsi in alcun modo investito dalla deroga (*non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata*). Sebbene in dottrina la precisa individuazione della deroga abbia dato luogo ad alcuni tentennamenti, tanto che è stata prospettata sia la possibilità che essa avesse dispensato i testimoni dal presenziare alla confezione del testamento da parte di un testatore malato (e avesse quindi concesso loro di sottoscrivere le tavole e apporvi i sigilli in un momento successivo alla medesima), sia come se avesse permesso ai testimoni di affluire separatamente (e, pertanto, di sottoscrivere e sigillare il testamento l'uno dopo l'altro), la prima ipotesi si mostra dotata di maggiore verosimiglianza¹⁸.

Appare tuttavia chiaro, alla luce del testo legislativo qui brevemente illustrato, non solo che la deroga al regime ordinario derivasse dalla necessità di arginare tanto le conseguenze del *timor contagionis* quanto quelle dell'effettivo propagarsi della malattia contagiosa, ma anche che tale necessità venisse fronteggiata, così come avviene oggi, mediante il distanziamento tra le potenziali vittime del contagio, cioè rinunciando, ai fini della validità del testamento, al requisito dell'*unus contextus*.

3. L'attenuazione del formalismo con riguardo ai negozi solenni *inter vivos*. Cenni alla normazione tardoantica della *stipulatio*

Un aspetto che colpisce, osservando l'intervento normativo diocleziano sul cd. *testamentum tempore pestis*, è quello legato al venir meno di formalità considerate essenziali nella disciplina classica del testamento, ma sopprimibili in un contesto emergenziale, che sembra così svolgere, sul piano dei fenomeni che presiedono alla formazione del diritto, il ruolo di acceleratore di processi messi in moto da istanze della prassi e aventi, solitamente, uno sviluppo più graduale.

Su questo versante vale la pena di ricordare ciò che accadde in epoca tardoantica alla *stipulatio*, contratto notoriamente caratterizzato, per il diritto classico, da oralità, congruenza dei termini usati per lo scambio di domanda e risposta e contestualità delle stesse – ancora la cd. *unitas actus* –, per cui era

18. Essa è stata ritenuta più plausibile dalla dottrina maggioritaria alla luce dell'indicazione *morbo oppresso*, sulla quale cfr. n. precedente, che implicherebbe che la malattia si fosse manifestata nel testatore (per l'esame delle diverse opinioni sul punto mi permetto di rimandare a CHERCHI, *L'indulgenza*, 147 ss.). Sulla questione, è inoltre intervenuto di recente VINCI, *Il testamento*, 293 s., il quale ha ritenuto che la generica indicazione della costituzione indurrebbe a ritenere che il provvedimento fosse in realtà volto ad ammettere entrambe le ipotesi.

richiesto che la risposta del promittente facesse seguito alla domanda dello stipulante in un tempo ragionevolmente breve¹⁹. Il superamento di alcune di queste formalità ebbe inizio nel III secolo d.C., quando si venne affermando la prassi di redigere documenti in grado di attestare, sul piano probatorio, l'avvenuto compimento del rito stipulatorio, a prescindere da un'effettiva *congruentia verborum*.

Il distacco dal regime classico fu però riconosciuto, a livello normativo, soltanto a partire dal 472 d.C., grazie ad una costituzione dell'Imperatore Leone²⁰, il quale ammise la validità di tutte le stipulazioni concluse con qualsiasi espressione idonea ad attestare il consenso delle parti, aprendo così la strada alla successiva disciplina giustiniana volta a realizzare la trasformazione della *stipulatio* in un *instrumentum*²¹. Fu infatti Giustiniano che, con una *lex* del 531 d.C.²², permise il definitivo superamento del requisito che ci interessa principalmente in questa sede, cioè la necessaria compresenza delle parti ai fini della validità del negozio, disponendo che il documento dovesse comunque considerarsi redatto tra presenti, a meno che non venisse dimostrata l'assenza di una delle parti, per l'intero giorno, dalla *civitas* in cui era stato confezionato²³.

L'esperienza della *stipulatio* appare emblematica se si prendono in considerazione i modi e le tempistiche attraverso i quali vennero offerte soluzioni ai bisogni espressi dai privati durante l'epoca tardoantica, caratterizzata dall'assenza di una scienza giuridica capace di recepire ed orientare i cambiamenti auspicati dalla società. A ciò si aggiunga quanto ricordato prece-

19. Cfr. CANNATA, *Corso*, II,1, 88 ss.

20. C. 8.37.10 (Imp. Leo A. Erythrio pp.): *Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem.* (D. k. Ian. Constantinopoli Marciano cons.) [a. 472].

21. Su questi temi si veda, da ultimo, l'opera di LOMBARDO, *Studi*, 21 ss.

22. C. 8.37.14.2 (Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.): *Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum scriptum est, nisi is, qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit sese vel adversarium suum eo die civitate afuisse: sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas.* (D. k. Nov. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.) [a. 531].

23. Come osservato da LOMBARDO, *Studi*, 35 ss., la costituzione giustiniana avrebbe nella sostanza introdotto una presunzione di veridicità del documento.

dentemente²⁴ a proposito dell'atteggiamento diocleziano in merito alle degenerazioni della prassi, perlopiù accomunate dall'abbandono di un formalismo tipico delle epoche precedenti. Tale atteggiamento, volto al mantenimento dei principii e delle regole vigenti per diritto classico, si colloca in un periodo storico coincidente con l'avvio di una nuova fase dell'esperienza giuridica romana, non più imperniata su di un sistema prudenziale, ma basata sul ruolo centrale ricoperto dall'Imperatore nella produzione del diritto. Non può sorprendere, allora, che la combinazione di questi due fattori abbia determinato una certa lentezza nell'accoglimento delle istanze della prassi da parte della cancelleria imperiale²⁵.

Questa breve digressione sulle vicende che interessarono la *stipulatio* in età tardoantica evidenzia ancora di più il carattere eccezionale dell'intervento normativo diocleziano in materia testamentaria, confermando l'idea che il contesto emergenziale abbia rappresentato un'occasione per accogliere, con particolare solerzia, le richieste di deroga alla disciplina ordinaria, già manifestate dal mondo della prassi²⁶ e fino a quel momento mai recepite sul piano legislativo. Resta da capire se l'accoglimento di queste istanze abbia prodotto un risultato limitato al momento storico in cui il provvedimento è stato emanato, vista anche la natura di rescritto della *lex* diocleziana, oppure capace di collocarsi stabilmente nel quadro delle regole destinate a comporre la disciplina dei testamenti speciali. Per chiunque abbia una certa dimestichezza con le fonti del diritto romano la risposta a questo interrogativo può apparire scontata, considerato che stiamo parlando di un testo accolto nel *Codex* di Giustiniano e, perciò, avente valore di legge al tempo di questo Imperatore. Tuttavia, non è solo questo il dato che occorre tenere presente per valutare tale aspetto, come dimostra ancora una volta l'analisi condotta da Alice Cherchi²⁷, alla quale passo volentieri il testimone per una sintesi del suo pensiero al riguardo.

24. Si veda *supra* § 2, nonché CHERCHI, *L'indulgenza*, 150.

25. Non è da escludere che su questo versante abbiano avuto un certo peso anche le novità riguardanti la formazione consuetudinaria del diritto a cavallo tra II e III secolo d.C., quando alla *receptio moribus* tipica dell'esperienza repubblicana e del primo principato si sostituì la *consuetudo* come fonte extra autoritativa ammessa in via sussidiaria; sul punto v. GALLO, *Interpretazione*, 189 ss.

26. Sul punto v. la bibliografia raccolta da CHERCHI, *L'indulgenza*, 150 n. 23.

27. Cfr. CHERCHI, *L'indulgenza*, 150 ss.

4. La sopravvivenza del regime diocleziano sul cd. *testamentum tempore pestis*: da disposizione emergenziale a norma di sistema

Nell'evidenziare come la deroga diocleziana in materia testamentaria (che, come abbiamo visto, ebbe in origine natura eccezionale, in quanto 'norma emergenziale', ed un campo di applicazione circoscritto al caso sottoposto alla cancelleria imperiale), sia divenuta nel corso dei secoli una 'norma di sistema', dobbiamo tenere conto, in primo luogo, del contenuto di un'altra costituzione diocleziana, emessa verosimilmente nei medesimi giorni di quella che abbiamo appena analizzato.

Si tratta, ancora una volta, di un rescritto²⁸, il quale sancì, in risposta ad una certa *Patroclia*, che il testamento confezionato senza che i testimoni si trovasero al cospetto del testatore (*testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt*) sarebbe stato nullo, a meno che il negozio provenisse da un luogo in cui era previsto un regime che derogava a quello ordinario (*si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est*).

Per quanto la disposizione appena ripercorsa, a differenza di C. 6.23.8, non faccia espresso riferimento al pericolo del contagio quale motivo dell'applicazione del regime derogatorio, essa consente di capire che, al di là della cautela dell'Imperatore, percepibile anche in questa sede, questi non escludesse *tout court* che, in determinati luoghi, con riguardo alle modalità di partecipazione dei testimoni alla celebrazione del testamento, potessero trovare applicazione regimi derogatori rispetto alla disciplina ordinaria. Si potrebbe quindi pensare che l'atteggiamento di Diocleziano non fosse del tutto chiuso alla possibilità che la disciplina speciale prevista per il testamento concluso in occasione di una malattia contagiosa trovasse applicazione – in virtù della concessione imperiale di un 'privilegio' analogo quello introdotto da C. 6.23.8 – anche in località diverse da quella in cui si sarebbe applicato il provvedimento sollecitato da *Marcellinus*, laddove ci fosse una situazione di carattere sovrapponibile (situazione che, evidentemente, non era ravvisabile nella località da cui proveniva l'istanza di *Patroclia*)²⁹.

28. C. 6.23.9 (Idem AA. Patrocliae): *Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet.* (S. k. Iul. Ipsi III et III AA. conss.) [a. 290].

29. Va però evidenziato che, vista l'assenza di un esplicito riferimento al contagio in C. 6.23.9, si può addivenire ad una siffatta conclusione soltanto in via indiretta, sebbene una parte della dottrina (cfr., in particolare, O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Testamentary Succession*, 27 s.) abbia ritenuto che il provvedimento indirizzato a *Patroclia*, tanto perché

Vi è inoltre un altro dato indubbiamente rilevante sotto il profilo che andiamo esaminando, ossia la circostanza che la costituzione sul testamento redatto in occasione di una malattia contagiosa sia stata probabilmente inserita nel *Codex Gregorianus* del 292-293 d.C.³⁰, un codice che, pur essendo una raccolta non ufficiale di *leges*, dovette avere lo scopo di favorire la conoscibilità, e dunque l'applicazione, dei rescritti in esso conservati. Quanto appena sottolineato induce allora a credere che il campo di applicazione della nostra *lex* si sia via via ampliato già nel periodo immediatamente successivo alla sua emanazione.

Tuttavia, il momento più significativo per ritenere che C. 6.23.8 sia effettivamente diventata una norma di sistema appare l'accoglimento di essa nel *Codex repetitae praelectionis*, promulgato da Giustiniano nel 529 d.C. Difatti, i Commissari giustiniani, nel predisporre il *Codex*, avrebbero dovuto selezionare, su indicazione dello stesso Imperatore, le *leges* precedenti soltanto se si trattava di costituzioni ritenute ancora applicabili ai loro tempi (nella prima metà del VI sec. d.C.), e scartare, di conseguenza, quelle cadute in desuetudine, superflue o comunque capaci di ingenerare contraddizioni e problemi applicativi³¹.

Dal momento che i Compilatori giustiniani scelsero di inserire la disposizione diocleziana sul testamento redatto in occasione di una malattia contagiosa nella raccolta di *leges* che sarebbe entrata in vigore alla fine del 529 d.C., possiamo supporre che, oltre a considerarla ancora applicabile ai loro tempi, essi sentirono l'esigenza di una sua applicazione futura. Attraverso l'accoglimento nel *Codex* giustiniano, quindi, la costituzione di Diocleziano che aveva introdotto il regime speciale per il testamento redatto in occasione di una malattia contagiosa venne non solo confermata, tanto che se ne trova ulteriore traccia nelle fonti del diritto romano d'Oriente (IX-X sec. d.C.)³²,

emesso in concomitanza con la *lex* conservata in C. 6.23.8, quanto perché caratterizzato da un linguaggio simile e dalla medesima natura di rescritto, facesse riferimento allo stesso regime derogatorio previsto da quest'ultima. In senso contrario, cfr. VINCI, *Il testamento*, 286, ad avviso del quale C. 6.23.9 avrebbe riguardato un'ipotesi diversa – e ben più irregolare – rispetto a quella presa in considerazione in C. 6.23.8, cioè il caso in cui il testamento fosse stato posto in essere senza che alcun testimone avesse presenziato alla dichiarazione del testatore.

30. SPERANDIO, *Codex Gregorianus*, 158 e n. 66, 289 s. e n. 66.

31. Tali note indicazioni sono conservate in C. *Cordi* 2-3.

32. In B. 35.2.7 (Scheltema, A V, 1566): Δεδιότεις οἱ μάρτυρες πλησιάσαι τῷ διατιθεμένῳ διὰ τὸ μὴ τῆς νόσου μεταλαβεῖν, συγχωρεῖσθωσαν κεχωρισμένως ἐξ αὐτοῦ σφραγίσαι τὴν διαθήκην. Τί.

ma anche generalizzata, in quanto assunse il valore di *lex generalis*, giungendo fino a noi con la denominazione, diffusasi nella successiva tradizione romanistica, di regime relativo al *testamentum tempore pestis*.

Le vicende storiche successive all'entrata in vigore del *Codex repetitae praelectionis* consentono infine di valutare la scelta legislativa appena descritta come assolutamente – e drammaticamente – opportuna, perché pochi anni dopo la conclusione della Compilazione si diffuse a Costantinopoli una pestilenza di eccezionale gravità e durata (la cd. peste giustiniana) che determinò il contagio dello stesso Giustiniano e, con tutta verosimiglianza, condusse alla morte il suo prezioso *quaestor sacrii palatii* Triboniano³³.

5. Osservazioni conclusive

Giunti al termine di questa breve analisi dedicata alla legislazione emergenziale diocleziana in materia testamentaria, possiamo riannodare i fili del nostro discorso, svolgendo qualche riflessione conclusiva sui due aspetti menzionati in apertura di questo intervento. Mi riferisco all'opportunità di considerare il tema della tenuta delle categorie generali nell'emergenza sanitaria sia sotto il profilo della capacità di un ordinamento giuridico di recepire con una certa sollecitudine le istanze della prassi, sia sotto quello della tenuta di medio-lungo periodo delle regole create per venire incontro ai bisogni della collettività.

Per quanto riguarda il secondo dei profili menzionati, la storia del rescritto diocleziano ci permette di constatare come una norma introdotta per fronteggiare una situazione emergenziale possa dare vita ad una disciplina specia-

Heimb. (III, 545): *Testibus, qui metuunt propius ad testatorem accedere, ne morbi participes fiant, permittatur, ut separatim ab eo testamento signent*. La versione della costituzione diocleziana conservata nei Basilici presenta, come appare evidente, una redazione più concisa e piana rispetto a C. 6.23.8, poiché si limita ad affermare che i testimoni, che temevano di avvicinarsi al testatore, potevano procedere all'apposizione dei sigilli separatamente da lui, in modo da evitare di essere contagiati. Dal testo dei Basilici risultano espunte quelle parti del provvedimento di Diocleziano (*non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitas perempta est e non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata*) che mostravano l'estrema cautela dell'Imperatore nel permettere la deroga al regime generale. Tale differenza si collega probabilmente alla circostanza che, all'epoca della compilazione dei *Libri Basilicorum*, una simile cautela non fosse più reputata necessaria, in quanto l'applicazione della deroga dovette essersi ormai consolidata nei secoli precedenti.

33. BRAVO BOSCH, *La peste*, 518-549, e PEZZATO, *Il morbo*, 1 ss., ove ulteriori ragguagli bibliografici.

le affiancata a quella ordinaria, da cui si distacca per il venir meno di requisiti normalmente giudicati insuperabili, ma che, in caso di malattia ad alto contagio, devono necessariamente essere bilanciati con esigenze di segno opposto. Nell'ipotesi presa in carico dalla cancelleria di Diocleziano è il solo requisito dell'*unus contextus* ad essere considerato sopprimibile, onde evitare di compromettere la *testamentorum sollemnitas*; ciò appare evidente se si confronta questa testimonianza con l'altro intervento diocleziano conservato in C. 6.23.9, avente ad oggetto il problema della validità di un testamento redatto in assenza di testimoni³⁴.

In un'ottica di medio-lungo periodo – come si diceva – è possibile scorgere un consolidamento di queste scelte normative nell'ambito della legislazione giustiniana, che, da un lato, insiste nel considerare essenziale la partecipazione dei testimoni alla redazione del testamento³⁵, ammettendo, dall'altro, alcuni temperamenti al requisito dell'*unitas actus* anche al di fuori di un perimetro strettamente emergenziale³⁶. L'introduzione di una disciplina speciale, pertanto, costituisce solo uno dei possibili sviluppi di questi fenomeni legati alla produzione del diritto in un contesto emergenziale, visto che talvolta essi possono interessare anche il regime ordinario di una determinata materia o di uno specifico istituto. Al giorno d'oggi, un terreno fertile per questo secondo genere di sviluppi sembra essere rappresentato dal settore giuslavoristico, come dimostra la pratica, ormai generalizzata sia nel settore privato, sia in quello pubblico, di fare ricorso al lavoro agile (cd. *smart working*), di cui si prevede l'applicazione anche una volta cessata l'emergenza sanitaria.

Tornando al discorso in tema di forme testamentarie, merita un cenno la disciplina del nostro codice civile, ovviamente richiamata da più parti nel corso degli ultimi due anni³⁷, nonostante la scarsa applicazione ricevuta in precedenza³⁸, visto il disposto dell'art. 609 che ammette la validità del testamento pubblico «quando il testatore non può valersi delle forme ordinarie, perché

34. Cfr. *supra* n. 28.

35. Come giustamente osserva CHERCHI, *L'indulgenza*, 155, quando ricorda la mancata recezione nel *Codex Iustinianus* di una *lex* del 446 d.C. (Nov. Val. 21.2), che aveva ammesso per la *pars Occidentis* la validità del testamento olografo (sul punto, v. altresì i ragguagli forniti *supra* n. 11).

36. Così in una costituzione giustiniana dell'anno 530 e conservata in C. 6.23.28.

37. Volendo restare ai contributi della scienza romanistica, oltre a CHERCHI, *L'indulgenza*, 157 ss., si veda VINCI, *Il testamento*, 300 ss.

38. Dato che il nostro ordinamento, a differenza di quello romano, accorda piena validità al testamento olografo (art. 602 cod. civ.).

si trova in luogo dove domina una malattia reputata contagiosa», a patto che esso sia «ricevuto da un notaio, dal giudice di pace del luogo, dal sindaco o da chi ne fa le veci, o da un ministro di culto, in presenza di due testimoni di età non inferiore a sedici anni». A questo proposito c'è chi ha fatto leva sulle potenzialità applicative derivanti dalle omissioni di questa disposizione rispetto a quella prevista per il testamento pubblico ordinario (art. 603), prospettando la possibilità di un testamento da remoto³⁹, che si sostanzierebbe in una dichiarazione di ultima volontà resa per mezzo di uno strumento di collegamento audio-video, utile anche ai fini di un'eventuale registrazione. In particolare, secondo questa visuale, risulterebbero decisivi nella disciplina dei testamenti speciali i mancati rinvii alla riduzione per iscritto della volontà del testatore da parte del ricevente e alla rilettura del documento al testatore in presenza dei testimoni, requisiti entrambi richiesti dall'art. 603⁴⁰. Posto che, naturalmente, non si tratta di immaginare un superamento della forma scritta, prevista a pena di nullità dall'art. 619 anche per i testamenti speciali, ciò che appare convincente di questa proposta è la possibilità di avvalersi di strumenti tecnologici, ormai di largo impiego in molte attività umane, per ricevere le ultime volontà del testatore; dal punto di vista dell'interprete, quindi, si tratta di individuare nelle menzionate lacune normative uno spazio per andare oltre il limite dell'*unitas actus* e separare i momenti di partecipazione all'atto, differendo la redazione del documento scritto dal ricevimento delle disposizioni di ultima volontà⁴¹.

Come si può osservare da questo rapido cenno ad una proposta interpretativa concernente la disciplina dei testamenti redatti in tempo di malattie contagiose, le esigenze collegate all'emergenza sanitaria in atto possono essere soddisfatte non solo tramite un puntuale intervento del legislatore,

39. Così VINCI, *Il testamento*, 304 e 311.

40. Appaiono funzionali all'esigenza di riduzione delle formalità dei testamenti speciali le altre due differenze rispetto alla disciplina ordinaria, ossia la possibilità di non sottoscrivere il documento da parte dei testimoni (espressamente prevista dall'art. 609, c. 2) e quella di non indicare luogo e data di ricezione delle ultime volontà.

41. Ad ulteriore sostegno di questa proposta VINCI, *Il testamento*, 312, immaginando che tali disposizioni siano rese da un soggetto costretto in ospedale, rileva opportunamente come il «problema del riconoscimento dell'identità del testatore...può dirsi superato dalla certificazione della struttura di ricovero, che attesti come egli corrisponda al paziente allora in cura, identificato al momento del suo ingresso e registrato sulla cartella clinica. Si otterrebbe così...una certezza, sulla quale il soggetto ricevente il testamento ex art. 609 potrebbe sicuramente fare affidamento, anche nel caso di un atto concluso a distanza».

ma anche grazie ad operazioni ermeneutiche capaci di adeguare il dettato normativo alla realtà concreta in cui l'interprete si trova ad operare. Nel caso di specie, inoltre, si deve ricordare che, addirittura con riferimento al testamento pubblico, esiste già una tendenza a ridurre gli effetti distorsivi di una rigida interpretazione del requisito dell'*unus contextus*: difatti, secondo un orientamento espresso dalla Corte di Cassazione e seguito dalla giurisprudenza di merito⁴², ai fini della validità del testamento, non occorre che le operazioni relative al ricevimento delle disposizioni testamentarie e quelle riguardanti la confezione della scheda si svolgano nell'ambito di un unico contesto temporale, essendo condizione necessaria e sufficiente che il notaio, prima di dare lettura della scheda, faccia nuovamente manifestare al testatore le sue ultime volontà in presenza dei testimoni. A ben vedere, dunque, anche nel quadro della disciplina ordinaria può emergere la necessità di separare il momento della effettiva emanazione verbale della volontà da quello della redazione del documento scritto, salvando il requisito di forma dell'atto attraverso una riproposizione delle disposizioni testamentarie alla presenza dei testimoni. E non è difficile immaginare in quali casi ciò possa accadere: si pensi al caso di un asse ereditario particolarmente cospicuo e, perciò, tale da richiedere tutta una serie di verifiche ad opera del notaio prima della confezione della scheda.

Comparando questa situazione a quella configurabile nell'ipotesi di un testamento redatto in tempo di malattie contagiose, appare ancora più evidente come risulti opportuna una certa elasticità nell'interpretazione del requisito dell'*unitas actus*, visto che l'art. 609 prevede altre figure, oltre a quella del notaio, per il ricevimento delle ultime volontà del testatore, nessuna delle quali avente le competenze necessarie per un'immediata riduzione per iscritto delle disposizioni testamentarie nei casi di particolare complessità.

In conclusione, visti anche i profili di somiglianza tra le situazioni che possono ricadere nella disciplina ordinaria ed in quella speciale, ci pare auspicabile che le istanze qui rappresentate possano trovare accoglimento e più compiuta regolamentazione in un intervento legislativo, che tenga conto degli approdi giurisprudenziali e dottrinali, arricchendo così il quadro degli strumenti a disposizione dei privati per la realizzazione degli atti di ultima volontà.

42. In tempi recenti v. Cass. Civ., 23 gennaio 2017, n. 1649 e Trib. Cuneo, 19 febbraio 2021.

Abstract: Starting from a constitution of Diocletian (C. 6.23.8) which granted an exception to the provision of unity of act in drafting wills to avoid the spread of contagious diseases, the authors consider the influence of emergency legislation on the formalism of legal transactions in the history of private law.

Keywords: Diocletian, will, contagious diseases, formalism, witnesses, unity of act.

BIBLIOGRAFIA

- AMELOTTI M., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I, Firenze 1966.
- BRAVO BOSCH M.J., *La peste en Constantinopla*, *Glossae* 17 (2020) 518-549.
- CANNATA C.A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino 2003.
- CHERCHI A., *L'indulgenza nell'emergenza. Brevi note sul c.d. testamentum tempore pestis nel diritto romano*, in *Emergenza e diritti tra presente e futuro*, a cura di V. Corona - M.F. Cortesi, Napoli 2020, 143-161.
- DESANTI L., *Dominare la prassi. I rescritti diocleziani in materia di successioni*, in *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, a cura di W. Eck - S. Puliatti, Pavia 2018, 527-564.
- GALLO F., *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano. Edizione completata con la parte relativa alla fase della codificazione*, Torino 1993.
- GALLO F., *Un modello di romanista*, *Labeo* 47 (2001) 7-27 (= *Opuscula selecta*, II, a cura di M. Miglietta - M.A. Fenocchio - E. Sciandrello, Alessandria 2018, 83-103).
- LAMBERTINI R., *Gai. 2, 119-120: bonorum possessio secundum tabulas e rescriptum Antonini. In tema di exceptio doli generalis nel settore ereditario*, *KOINΩNIA* 44.1 (2020) 803-816.
- LÁZARO GUILLAMÓN C., *El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español: crónica para la validez de una institución pretérita en pleno Siglo XXI*, *RGDR* 35 (2020) 1-34.
- LOMBARDO F., *Studi su stipulatio e azioni stipulatorie nel diritto giustiniano*, Milano 2020.
- MANFREDINI D.A., *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino 1991.
- MIGLIARDI ZINGALE L., *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto. Silloge di documenti dal I al IV secolo d.C.*, Torino 1997³.
- MUÑOZ CATALÁN E., *Aplicación jurídica del Testamentum Tempore Pestis o Testamento en caso de pandemia como la generada actualmente por el coronavirus*, *Foro. Rev. cien. jur. soc.* 23.1 (2020) 103-125.
- PEZZATO E., *Il morbo di Giustiniano e la legislazione imperiale*, *TSDP* 14 (2021) 1-26.
- SPERANDIO M.U., *Codex Gregorianus. Origini e vicende*, Napoli 2005.

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990².

TELLEGEN-COUPERUS O.E., *Testamentary Succession in the Constitutions of Diocletian*, Zutphen 1982.

VINCI M., *Il testamento redatto in tempo di malattia contagiosa: radici romanistiche e letture attualizzanti*, BIDR 114 (2020) 283-313.

VOCI P., *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*, Milano 1967².

WILLEMS C., *Zwischen Infektionsschutz und Schutz des Erblasserwillens: Das sogenannte testamentum tempore pestis conditum in C. 6,23,8 (290)*, ZSS 137 (2021) 616-634.