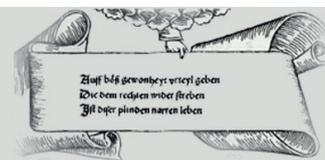




Jurisdiction



Storia e prospettive della Giustizia

N. 2-2021 - SAGGI 5

ISSN 2724-2161

Stefano Vinci

IL TESTAMENTO *TEMPORE PESTIS*
E LA FEBBRE SPAGNOLA
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE
DEL REGNO D'ITALIA

THE *TEMPORE PESTIS* WILL
AND THE SPANISH FLU
ACCORDING TO THE DECISIONS
OF THE COURT OF CASSATION
DURING THE KINGDOM OF ITALY

Editoriale Scientifica

Stefano Vinci

IL TESTAMENTO *TEMPORE PESTIS*
E LA FEBBRE SPAGNOLA
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE
DEL REGNO D'ITALIA
THE *TEMPORE PESTIS* WILL AND THE SPANISH FLU
ACCORDING TO THE DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION
DURING THE KINGDOM OF ITALY

Il saggio esamina alcune questioni, portate al vaglio di legittimità, relative all'applicazione dell'art. 789 del Codice Pisanelli durante l'epidemia di febbre spagnola. In particolare, vengono esaminati due casi giudiziari: il primo – deciso dalla Corte di Appello di Napoli e confermato dalla Cassazione – relativo alla individuazione delle persone idonee a ricevere il testamento tempore pestis e il secondo – deciso dalla Corte di Appello di Roma e cassato in sede di legittimità – relativo alle forme di quell'atto speciale di ultima volontà.

Parole chiave: Codice Pisanelli, febbre spagnola, testamento speciale

The essay examines some questions, brought to the attention of Italian Court of Cassation in Rome, relating to the application of Article 789 of the Pisanelli Code during the Spanish flu. In particular, two judicial cases are examined: the first – decided by the Court of Appeal of Naples and confirmed by the Court of Cassation – relating to the identification of the persons eligible to receive the tempore pestis will and the second one – decided by the Court of Appeal of Rome and quashed in the Court of Cassation – relating to the forms of that special act of last will.

Key words: Pisanelli Code, Spanish flu, special will

1. *Il testamento tempore pestis nel Codice Pisanelli*

La diffusione dell'epidemia di febbre spagnola in Italia, che toccò particolari livelli di criticità soprattutto nella seconda metà del 1918¹

¹ Sull'influenza spagnola in Italia cfr. G. MORTARA, *La salute pubblica in Italia du-*

con elevato tasso di mortalità², determinò l'avvio di un dibattito giurisprudenziale sull'applicazione dell'art. 789 del codice civile del 1865³

rante e dopo la guerra, Laterza, Bari 1925; P. GIOVANNINI, *L'influenza spagnola: controllo istituzionale e reazioni popolari (1918-1919)*, in Aa. Vv., *Sanità e società, II, Emilia-Romagna, Toscana, Marche, Umbria, Lazio, secoli XVI-XX*, cur. A. Pastore, P. Sorcinelli, Casamassima, Udine 1987; ID., *L'influenza "Spagnola" in Italia (1918-1919)*, in Aa. Vv., *La grande guerra e il fronte interno. Studi in onore di George Mosse*, cur. F. Magni, A. Staderini, L. Zani, Università degli Studi di Camerino, Camerino 1998, pp. 123-141; E. TOGNOTTI, *La "spagnola" in Italia. Storia dell'influenza che fece temere la fine del mondo (1918-1919)*, Franco Angeli, Milano 2015; L. R. ANGELETTI, G. MOTTA, *"In bona salute de animo e de corpo". Malati, medici e guaritori nel divenire della storia*, Franco Angeli, Milano 2007; A. FORNASIN, M. BRESCHI, M. MANFREDINI, *Spanish Flu in Italy: New Data, New Questions*, in *Le Infezioni in Medicina*, 26.1 (2018), pp. 97-106; F. CUTOLO, *L'influenza spagnola nel regio esercito (1918-1919)*, in *Annali. Museo Storico Italiano della Guerra*, n. 27/2019, pp. 33-61; ID., *L'influenza spagnola del 1918-1919. La dimensione globale, il quadro nazionale e un caso locale*, I.S.R. Pt. Editore, Pistoia 2020; ID., *La quotidianità in tempo di pandemia. L'esperienza della "spagnola" in Italia (1918-1919)*, in *Al presente*, aprile 2020; Aa. Vv., *Non è la prima volta ... Epidemie e pandemie. Storie, leggende e immagini*, cur. R. Dionigi, F. M. Ferro, Nomos Edizioni, Varese 2020. Più numerosi risultano gli studi di storia locale: D. MARAFFINO, B. CARROCCIA, D. GUIDI, *Quel terribile autunno del 1918: progresso civile-sanitario e pandemia di spagnola nel Lazio meridionale*, Comunità montana dei monti Lepini, Priverno 2003; G. CERASOLI, *L'epidemia di spagnola in Romagna: una guerra nella guerra*, in Aa. Vv., *La Grande Guerra nel Ravennate (1915-1918)*, cur. A. Luparini, Longo, Ravenna 2010, pp. 117-143; F. RATTI, *«Qui sono diventati 'spagnoli' in molti»*. Storia sociale comparata della pandemia influenzale 1918-1919 nella provincia di Modena e nel Land Salisburgo, in Aa. Vv., *Una regione ospedale. Medicina e sanità in Emilia-Romagna durante la prima guerra mondiale*, cur. F. Montella, F. Paoletta, F. Ratti, Clueb, Bologna 2010; R. GHIRARDI, *La febbre cattiva: storia di una epidemia e del suo passaggio per Mantova*, Mondadori, Milano 2013; V. MUSARDO TALÒ, *L'altro volto della Guerra: l'epidemia influenzale di Spagnola a Taranto e nel suo Distretto*, in Aa. Vv., *1915-1918: La Guerra a Taranto e nel suo distretto*, cur. V. Musardo Talò, Filocalia, Manduria 2016, pp. 235-254; F. DEGLI ESPOSTI, *La grande retrovia in territorio nemico. Bologna e la sua provincia nella Grande Guerra (1914-1918)*, Unicopli, Milano 2017, pp. 764-769; Aa. Vv., *La Grande Guerra lontano dal fronte. Barberino Val d'Elsa e Tavarnelle Val di Pesa*, cur. R. Bianchi, Pacini, Pisa 2018.

² Si legge nella *Statistica delle cause di morte per l'anno 1918*, Società Anonima Poligrafica Italiana, Roma 1924, p. IX: «La grande mortalità verificatasi in quest'ultimo anno si deve attribuire alla pandemia influenzale che fu causa [...] di circa 400.000 morti». Al 31 dicembre 1918 si registrarono 1.268.299 morti, di cui 74.293 perdite dovute alla guerra. Ivi, p. VII.

³ Sul testamento nel Codice Pisanelli cfr. S. SOLIMANO, *«Il letto di Procuste»*. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861), Milano, 2003, p. 331-341; G. ALPA, *«Le code civil et l'Italie»*, in *Revue internationale de droit comparé*, 57/3, 2005, p. 613-614; Aa. Vv., *Sempre più uguali. I diritti successori del*

(mutuato dagli artt. 985-987 del *Code Napoléon*) che dettava regole speciali per la forma di quei testamenti redatti in tempi eccezionali, come in quelli in cui domini «la peste, quel terribile flagello, che, in breve dilatandosi, spopola intere città, getta nello squallore ad un tratto colle famiglie la società, oppure in tempo in cui infierisca qualche morbo reputato in generale contagioso, p.e. il cholera asiatico, il vaiuolo nero e simili»⁴. In tali ipotesi, nelle quali sarebbe stato impossibile serbare la forma dei testamenti ordinari, il legislatore aveva ritenuto doveroso garantire il diritto di testare, conciliando la necessità di forma con le circostanze di tempo e di luogo e richiedendo minori formalità per la validità dell'atto, in considerazione delle circostanze straordinarie in cui si trovava chi voleva testare⁵.

coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal codice civile, cur. G. Chiodi, Giuffrè, Milano 2013; I. SOFFIETTI, *Il testamento olografo e il codice civile unitario*, in Aa. Vv., *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, cur. S. Borsacchi e G.S. Pene Vidari, Il Mulino, Bologna 2014, p. 301-312; Aa. Vv., *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarili. Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 – Genova, 27 maggio 2016 – Vicenza, 1° luglio 2016*, Gruppo24Ore, Roma 2016. Sul diritto successorio durante la Grande Guerra cfr. R. BRACCIA, *La legislazione della Grande Guerra e il diritto privato*, in Aa. Vv., *Il diritto come forza. La forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, cur. A. Sciumè, Giappichelli, Torino 2012, pp. 187-215; C. LATINI, *The Great War and the reorientation of italian private law*, in *Comparative legal history*, 2 (2), (2014), pp. 242-263; L. MOSCATI, *La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n.s., 7 (2016), pp. 349-367; ID., *Nugae civilistiche. Sulla scuola romana del primo Novecento*, in *Jus civile*, 6 (2017), pp. 568-606; F. ROGGERO, «Uno strumento molto delicato di difesa nazionale». *Legislazione bellica e diritti dei privati nella Prima guerra mondiale*, *Historia et Ius*, Roma, 2020, pp. 13-14; Aa. Vv., *Il diritto al fronte. Trasformazioni giuridiche e sociali in Italia nella Grande Guerra*, cur. F. Roggero, Rubbettino, Soveria Mannelli 2020.

⁴ F. VOLTOLINA, *Commento al codice civile del regno d'Italia 25 giugno 1865 colle relative leggi romane, colle opinioni e dottrine de' più celebri scrittori di diritto e di legislazione, colle indicazioni delle leggi napoleoniche ed austriache nonché delle patri sparse in altri codici*, Tipografia Municipale di Gaetano Longo, Venezia 1873, p. 977.

⁵ Cfr. E. CARABELLI, *La pratica del codice civile ossia esposizione del codice civile italiano corredata di esempi, di formole per atti e testamenti, di figure e tavole genealogiche col riferimento dei codici e delle leggi che vi hanno attinenza*, ed. E. Sonzogno, Milano-Firenze 1865, p. 237 e V. CALCATERRA, *Genesi e sviluppo del codice civile del Regno d'Italia*, vol. III, tip. Migliaccio, Salerno 1873, p. 83. Secondo quest'ultimo Autore, per conciliare la necessità di una forma con le circostanze di tempo e di luogo si presentavano tre sistemi possibili: 1. prescindere da qualunque forma purché si avesse la dichiarazione di volontà e lasciare alle parti il carico di provare la impossibilità di testare con la forma ordinaria; 2. prevedere i casi nei quali dovesse presumersi e ritenersi

Infatti, nel caso in cui il testatore si fosse trovato in un luogo in cui circolasse una epidemia⁶, gli sarebbe stato consentito, ai sensi dell'art. 789 c.c., manifestare le sue ultime volontà alla presenza del notaio, oppure del giudice, del sindaco o di chi ne faceva le veci e persino del ministro di culto alla presenza di due soli testimoni idonei, compresi minorenni e donne, purché avessero compiuto l'età di anni sedici. Ai fini della validità dell'atto sarebbe stata sufficiente la firma di chi lo avesse ricevuto, anche in mancanza di sottoscrizione del testatore e dei testimoni presenti, purché si fosse fatta menzione delle ragioni che avevano impedito a costoro di apporre la propria sottoscrizione.

Si trattava di una restrizione di forme – come avrebbe scritto Luigi Borsari nel fortunato *Commentario del Codice civile italiano*⁷ – che consentiva l'ampliamento dei soggetti autorizzati a ricevere il testamento, i quali pur non essendo soggetti alle discipline e alle prerogative dei notai, avevano la loro stessa fede in quanto incaricati di ricevere la deposizione del testatore. La scelta di investire di autorità questi «funzionari di circostanza», che potevano essere invocati «al bisogno dei testamenti, in quel tempo in cui l'addio che si dà a questo mondo è per così dire continuo», derivava dalla constatazione secondo cui costoro fossero chiamati per dovere a restare «in mezzo alle popolazioni travagliate dalla peste»⁸. Le circostanze eccezionali in cui tali soggetti

la impossibilità del testamento ordinario, salva agl'interessati la prova contraria; 3. attaccare a determinati casi la presunzione *juris et de jure* della impossibilità del testamento ordinario ed autorizzare per essi un testamento speciale. Poiché il primo ed il secondo sistema avrebbero aperto il campo a liti interminabili (in quanto qualunque testamento siffatto avrebbe potuto essere attaccato per vizio di forma e la sola prova possibile in tali giudizi sarebbe stata quella testimoniale), il legislatore scelse di adottare il terzo sistema, consistente nello stabilire che il testamento speciale fosse possibile solo in tre casi – peste, viaggio di mare, servizio militare – e determinare per ciascuno di questi casi una forma possibile da serbarsi a pena di nullità.

⁶ Si legge in *Il codice civile italiano annotato dagli avvocati Vincenzo Cattaneo e Carlo Borda coll'opera e consiglio di altri giureconsulti*, vol. 3, Ed. Camilla e Bertolero, Torino 1873, p. 610, che la locuzione «nei luoghi in cui domini la peste» andava interpretata nel senso che non potevano ritenersi sufficienti uno o due casi di contagio, ma che se ne esigessero diversi per poter ritenere un luogo «signoreggiato o padroneggiato già dal morbo letale». Anche se il luogo fosse già infetto e vi fosse stata una dichiarazione in tal senso dell'autorità sanitaria e governativa competente, sarebbe stato necessario che il contagio fosse dominante: *testamentum tempore saevae pestis conditum*.

⁷ L. BORSARI, *Commentario del Codice Civile italiano*, III, Unione tipografica editrice torinese, Roma-Napoli 1874, p. 358. Sull'Autore cfr. G. CAZZETTA, s.v. «Borsari, Luigi», in *DBGI*, I, Il Mulino, Bologna 2013, pp. 308-309.

⁸ BORSARI, *Commentario*, cit., p. 358.

erano chiamati ad operare incidavano altresì sulle formalità delle sottoscrizioni e sul corredo testimoniale «poiché niuno può dolersi delle diminuite guarentigie sotto lo impero di necessità a cui lo stesso legislatore obbedisce». Per queste ragioni, essendo ritenuto sufficiente che il testatore potesse esprimere la sua volontà e che ci fosse tempo per riportarla in iscritto «durante quel periodo d'intelligenza che ancora gli rimane»⁹, due sole solennità venivano richieste ai fini della validità dell'atto *mortis causa*: la sottoscrizione del soggetto autorizzato alla ricezione, il quale era sempre tenuto a dichiarare per quale causa il testatore non avesse apposto la sua sottoscrizione¹⁰, e la presenza di due testimoni, ammettendo anche donne, minori di anni sedici, stranieri e condannati «perché non ha tempo di scrutare le loro qualità civiche o morali»¹¹.

Come precisato dall'art. 790 cod. civ., queste disposizioni privilegiate avrebbero avuto effetto nel caso in cui il testatore fosse morto durante l'epidemia; esse sarebbero però divenute nulle ove il testatore fosse sopravvissuto e fossero trascorsi sei mesi dalla cessazione dello stato eccezionale o da quando egli fosse giunto in un luogo immune da morbi¹² (oppure, ai sensi dell'art. 803 cod. civ., tre mesi da quando il testatore fosse giunto in un luogo in cui avrebbe potuto fare un nuovo testamento nelle forme ordinarie)¹³.

⁹ *Ibidem*. La sottoscrizione del testatore era richiesta solo quando fosse stata possibile, perché tante volte si moriva «in compendio» e non si aveva tempo o forza per sottoscrivere.

¹⁰ La causa sarebbe stata quasi sempre l'oppressione del male e una impotenza sopraggiunta. *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Ivi, p. 359: «Più facile del primo sarà il secondo caso essendochè questo fatto personale possa meglio determinarsi. Le pestilenze spietate lasciarono i paesi deserti; e la gente atterrita e ancora sbattuta dalla malattia, penò lungamente a raccogliersi. Anche quando il morbo va diminuendo e cessi di dominare, la impressione e l'effetto morale continua, e l'ordine regolare dei negozi non si rimette per breve spazio. Tuttavia la legge non poteva dire di più, e spetterà ai magistrati estimare il tempo, tenendo conto di quelle funeste appendici che si estendono ancora a perturbare la pubblica tranquillità».

¹³ Per conservare quelle disposizioni, il testatore avrebbe dovuto fare un nuovo testamento nelle forme ordinarie. Ivi, p. 979. Cfr. CALCATERRA, *Genesi e sviluppo del codice civile*, cit., p. 84, il quale ritenne che, per quanto difficile fosse la posizione di un uomo in occorrenza di peste o altra epidemia contagiosa, fosse chiaro che non potevano essere seri ostacoli per un testamento a forma così largheggiata: «Se questa forma eccezionale neanche fu serbata è chiaro che non si è voluta anzicchè non si è potuta serbare, ed il testamento è nullo. Cessata la condizione eccezionale cessa il bisogno di declinare dalla legge comune».

Tutte queste disposizioni venivano efficacemente sintetizzate dall'avvocato Enrico Carabelli ne *La pratica del Codice Civile ossia esposizione del codice civile italiano corredata di esempi, di formole per atti e testamenti, di figure e tavole genealogiche* edita nel 1865:

Nei luoghi in cui domini peste od altra malattia riputata contagiosa è valido il testamento ricevuto in iscritto da un Notajo, o dal giudice, o dal sindaco o da chi ne fa le veci, o dal ministro del culto in presenza di *due* testimonj. Sarà sempre sottoscritto da chi lo riceve, e se le circostanze lo permettono dal testatore e dai testimoni, rimanendo però valido anche senza quest'ultime sottoscrizioni, purchè si faccia menzione della causa che impedi di adempiere tale formalità. Anche le donne ponno essere testimoni, e basta che il testimonio abbia compiti i sedici anni. Diverranno nulli i detti testamenti sei mesi dopo cessata di dominare la malattia nel luogo in cui si trova il testatore, ovvero sei mesi dopo che questi siasi trasferito in luogo immune dalla malattia. Ove il testatore muoja nell'intervallo, il testamento sarà depositato, tosto che sia possibile, nell'ufficio di registro del luogo ove è stato ricevuto (789, 790)¹⁴.

Sulla formulazione di queste norme, i commentari che accompagnarono la promulgazione del Codice Pisanelli evidenziarono le principali aggiunte ed innovazioni introdotte rispetto ai codici precedenti. Fra le novità, l'art. 789 aveva previsto la designazione del ministro del culto fra le persone pubbliche abilitate a ricevere il testamento nei luoghi travagliati da peste ed altra malattia contagiosa, reputando quel ministero il più operoso ed efficace nei grandi flagelli¹⁵. Inoltre, era stata utilizzata l'espressione *malattia reputata contagiosa* (e non più solo *malattia contagiosa*), ponendo così fine ad ogni discussione medica sulla natura del morbo, oltre che non essere più prevista l'interruzione di tutte le comunicazioni col luogo in cui imperversava il morbo al fine di poter riconoscere la validità del testamento privilegiato¹⁶.

¹⁴ CARABELLI, *La pratica del codice civile*, cit., p. 247. Cfr. A. MASSIRONI, s.v. «Carabelli, Enrico», in DBGI, I, Il Mulino, Bologna 2013, p. 439.

¹⁵ *Il codice civile italiano annotato*, cit., p. 553.

¹⁶ Ivi, p. 610. Le ragioni di tale esclusione venivano colte nel fatto che non erano più attuabili le interruzioni piene delle comunicazioni attraverso cordoni sanitari, ritenuti inutili e dannosi. Vedi anche V. CATTANEO, *Codice civile del regno d'Italia cogli argomenti e colla correlazione degli articoli fra loro e con le disposizioni dei codici di procedura civile, di commercio e penale e delle leggi, dei regii decreti e regolamenti che vi hanno rapporto: sono aggiunti gli articoli o paragrafi di confronto dei quattro principali*

Infine, furono indicate alcune inesattezze contenute nel testo della norma: in particolare, sull'utilizzo della voce *giudice* nell'art. 789 c.c. in luogo di quella di *pretore*, sulla base della considerazione secondo cui solo il pretore, e non anche le altre autorità giudiziarie, fossero chiamate a ricevere in iscritto i testamenti sia di persone colpite dal morbo sia di quelle non inferme nei luoghi in cui dominava la malattia reputata contagiosa¹⁷.

2. *La natura eccezionale dell'epidemia e le persone idonee a ricevere il testamento*

Tale previsione normativa trovò applicazione durante l'epidemia di febbre spagnola e determinò alcuni interventi di legittimità atti a definire se quel morbo rientrasse nella categoria delle malattie che potevano dar luogo a testamento speciale e a chiarire alcuni dubbi interpretativi sui requisiti relativi alle forme dell'atto o ai soggetti che potevano ricevere le dichiarazioni di ultima volontà.

Costituisce un esempio il caso deciso il 24 luglio 1922 dalla Corte di Appello di Napoli in ordine alla validità del testamento speciale rilasciato nelle forme dell'art. 789 c.c. al parroco da Bernardo Trojanello il giorno prima del suo decesso, a causa di febbre spagnola, occorso in Casanova di Carinola, comune di appena 2000 abitanti, nel quale si era sviluppato il contagio a partire dall'agosto del 1916, che aveva colpito quattrocento persone, di cui quaranta morti¹⁸. Il convincimento dei giudici si formò sulla base degli atti e documenti esibiti, tra cui quattro testamenti ricevuti ai sensi della medesima norma in paesi limitrofi nei quali si dichiarava che l'epidemia di influenza faceva strage.

codici civili già in vigore in Italia l'Albertino, l'Austriaco, il Napoletano ed il Francese con alcune note, tip. frat. Lobetti-Bodoni, Saluzzo 1868, p. 327-328.

¹⁷ C. BAUDANA-VACCOLINI, *Disposizioni del codice civile del Regno d'Italia da correggersi secondo le osservazioni dell'avvocato Cesare Baudana-Vaccolini*, tip. N. Savini, Camerino 1869, p. 62. Secondo l'Autore, la prima parte dell'art. 789 c.c. avrebbe dovuto essere riformulata nel modo seguente: «Nei luoghi in cui domini la peste od altra malattia riputata contagiosa, è valido il testamento ricevuto in iscritto da un notaio o dal pretore o dal sindaco, o da chi ne fa le veci, o dal ministro del culto in presenza di due testimoni».

¹⁸ Quattro erano morti nel mese di dicembre, tra cui Bernardo Trojanello, il cui decesso era avvenuto il 25 dicembre. Il giorno prima aveva fatto testamento raccolto dal parroco. Cass. Civ., sez. I, sentenza 25 ottobre 1924, Pres. Venzi, Est. Jodice, P.M. Montalenti, Trojanello (avv. Bellotta) c. Trojanello (avv. Mirabello), in *Il Foro Italiano*, Vol. 50 (1925), parte prima, c. 303.

La sentenza fu impugnata da uno degli eredi e portata al vaglio della I sezione civile della Corte di Cassazione con sede in Roma (a cui il Regio Decreto 24 marzo 1923 n. 601 aveva attribuito tutta la competenza in materia civile, fino ad allora suddivisa tra cinque Corti¹⁹) la quale, il 25 ottobre 1924²⁰, ritenne che la critica mossa dal ricorrente alla valutazione espressa dai giudici di merito in ordine alla contagiosità della malattia - fatta in assenza di dichiarazione ufficiale dell'autorità preposta alla tutela della pubblica salute - dovesse ritenersi infondata, in quanto il predetto accertamento rientrava naturalmente nei limiti della libera attività del giudice, mercè l'impiego normale dei suoi poteri d'indagine e di giudizio:

La Corte [...] osserva che manca ogni base giuridica al ricorso, che nei cinque mezzi suesposti, principalmente, si risolve nella critica di un apprezzamento insindacabile dei giudici di merito. L'art. 789 cod. civi. Presuppone uno stato di fatto «nei luoghi in cui domini la peste od altera malattia reputata contagiosa», il cui accertamento rientra naturalmente, nei limiti della libera attività del giudice mercè l'impiego normale dei suoi poteri d'indagine e di giudizio, non occorrendo dichiarazione ufficiale della autorità preposta alla tutela della pubblica salute, né l'interruzione delle ordinarie manifestazioni della vita civile, per sorprendere una situazione eccezionale, nella quale trovi la sua specifica ragione di essere la provvida tutela della legge nel rendere più agevole in un determinato periodo l'esercizio del diritto di far testamento, che in tempi normali è soggetto a forme più rigide e complicate²¹.

La natura eccezionale dell'epidemia, rimessa al libero apprezzamento del magistrato di merito, poteva quindi dar luogo all'ipotesi

¹⁹ Dopo l'Unità, l'Italia mantenne un sistema di quattro Corti di Cassazione: Torino, Firenze, Napoli e Palermo. Nel 1875, dopo la presa di Roma, se ne istituì una quinta con sede nella capitale, che nel 1888 avocò a sé tutta la competenza in materia penale e nel 1923 anche la competenza in materia civile, con conseguente abolizione delle altre Corti. Cfr. M. MECCARELLI, *Le corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Giuffrè, Milano 2003; F. MASTROBERTI, *Gli avvocati e la cassazione unica (1865-1872)*, in Aa. Vv., *Avvocati protagonisti e rinnovatori*, pp. 773-759; Aa. Vv., *La Corte di Cassazione: dalle origini ai nostri giorni*, curr. U. De Martino, N. Picardi, P. Rescigno, G.P. Trifone, Gangemi, Roma 2010.

²⁰ Cass. Civ., sez. I, sentenza 25 ottobre 1924, cit., cc. 301-303.

²¹ Ivi, c. 303.

prevista dalla legge per rendere più agevole l'esercizio del diritto di fare testamento (che in tempi normali era soggetto a forme più rigide e complicate) anche in assenza di una dichiarazione ufficiale dell'autorità sanitaria e senza interruzione delle ordinarie manifestazioni della vita civile²².

Fu altresì rigettato dalla Cassazione il motivo avente ad oggetto il presunto errore interpretativo sull'indicazione delle persone atte a ricevere il testamento, tra cui, secondo il ricorrente, non andava ricompreso il parroco se non quando fosse stata cercata inutilmente la cooperazione degli ufficiali indicati dalla disposizione codicistica. In particolare, si rimproverava alla Corte d'Appello di aver ritenuto «libera e non graduale» l'indicazione delle persone atte a ricevere il testamento, sulla base della considerazione secondo cui fosse necessario il rispetto di un ordine di priorità secondo quanto previsto dalla norma, per cui avrebbe dovuto individuarsi in prima battuta il notaio e, in sua mancanza, il giudice, poi il sindaco e in ultimo il parroco.

L'orientamento proposto non era una originale posizione assunta dal ricorrente, se si considera che anche la dottrina si era espressa nel senso di ritenere che l'obbligazione di rogare il testamento incombesse principalmente sui notai. Si leggeva, infatti, nel *Codice civile italiano annotato* dagli avvocati Vincenzo Cattaneo e Carlo Borda:

Sebbene poi il Codice autorizzi vari altri funzionarii, cioè il pretore, il sindaco, o chi ne faccia le veci, il parroco od altro ministro del culto a ricevere le disposizioni di ultima volontà, la cosa non fa che l'obbligazione di rogarlo non incumba principalmente ai notai o notaio del Comune, ove alcuno ve ne risieda, se richiesto, sotto le pene discipli-

²² In tal senso si era già espressa la Corte di Appello di Catania, sent. 16 aprile 1923, Di Natale c. Di Natale, in *Il Foro Italiano*, Rep. 1923, voce *Testamento*, n. 36, che aveva ritenuto «valido il testamento redatto nella forma di cui all'art. 789 codice civile durante il mese di ottobre 1918, in cui infierì la 'grippe spagnuola', trattandosi di malattia di intensa propagabilità per contagio diretto». Sull'argomento si registravano precedenti orientamenti conformi: Corte di Appello di Torino, sent. 4 maggio 1888, *ivi*, Rep. 1888, voce *Testamento*, nn. 63-66, secondo cui non occorre che la malattia fosse contagiosa nel significato scientifico della parola, bastando che tale fosse ritenuta dalla pubblica opinione dominante, senza che occorresse una interruzione nella ordinaria vita civile; Corte di Appello di Venezia, sent. 12 aprile 1881, *ivi*, 1881, I, c. 683, secondo cui il testamento a forma dell'art. 789 c.c. era ammesso quando l'autorità politica, fin dal primo manifestarsi di una malattia contagiosa, avesse ordinato il sequestro delle persone che ne erano affette.

nari coi danni che provenire ne potessero agli interessati da un rifiuto, le cui cause non fossero bene dallo stesso notaio giustificate, essendo il notariato ufficio pubblico e necessario, specialmente per chi non sappia o non possa scrivere le sue disposizioni testamentarie²³.

Il vizio exceptio non fu però condiviso dalla Cassazione, la quale ritenne che la norma in questione avesse avuto l'obiettivo di agevolare, e non di intralciare, l'esercizio della facoltà di testare. Perciò non doveva ritenersi sussistente un ordine graduale che vincolasse ad una difficile ed alternativa ricerca di persone sotto la pressione dell'urgenza, ma «la maggiore semplicità di forma *iuris subtilitatibus non subiecta*, proporzionata alla necessità di assicurare alla redazione dell'atto la maggiore efficacia probatoria, *solaque naturalis probatio sufficiat*, con il concorso di persone probe e con la deroga alle più rigorose guarentigie richieste pei testamenti ordinari»²⁴. Pertanto, con riferimento all'attitudine giuridica del parroco a ricevere il testamento *tempore pestis conditum*, la Cassazione ritenne che, per istituzione canonica, costui era proprio il ministro del culto assistente *in articulo mortis*, eccezionalmente rappresentato dal suo coadiutore, che, nell'adempimento di quell'ufficio inerente al suo ministero, agiva come un delegato *loco parochi*, come prescritto dal *Codex iuris canonici* ai canoni 462 n. 3, 468 e 938.

3. *Il problema delle forme del testamento*

La maggiore libertà di forme prevista per i testamenti speciali consentì anche alla giurisprudenza, in altra fattispecie, di conservare validità a quelli ordinari che difettassero di alcuni requisiti. Si veda l'esempio della causa Sforza c. Palanca decisa dal Tribunale civile di Roma l'11 giugno 1923. L'organo giudicante, in questa occasione, ri-

²³ *Il codice civile italiano annotato*, cit., p. 610: «Sebbene poi il Codice autorizzi varii altri funzionarii, cioè il pretore, il sindaco, o chi ne faccia le veci, il parroco od altro ministro del culto a ricevere le disposizioni di ultima volontà, la cosa non fa che l'obbligazione di rogarlo non incumba principalmente ai notai o notaio del Comune, ove alcuno ve ne risieda, se richiesto, sotto le pene disciplinari coi danni che provenire ne potessero agli interessati da un rifiuto, le cui cause non fossero bene dallo stesso notaio giustificate, essendo il notariato ufficio pubblico e necessario, specialmente per chi non sappia o non possa scrivere le sue disposizioni testamentarie».

²⁴ Cass. civ., sez. I, sentenza 25 ottobre 1924, cit., c. 303.

tenne nullo per vizio di forma il testamento di Pietro Palanca, il quale aveva manifestato al notaio le sue ultime volontà in assenza di testimoni. Questi ultimi, infatti, erano giunti a casa del testatore quando l'atto era stato già formato, e avevano presenziato soltanto alla sua lettura. Ciò violava l'art. 778 c.c. che richiedeva l'indispensabile controllo dei testimoni sulla manifestazione della volontà del testatore. Avverso tale sentenza propose appello Maddalena Sforza, la quale ritenne che l'atto dovesse considerarsi valido ai sensi dell'art. 789 previsto per il testamento *tempore pestis*, in quanto il testamento era stato redatto a Roma quando infieriva l'epidemia detta «spagnola» e il testatore stesso si trovava affetto da quel morbo. E la disposizione dell'art. 789 non richiedeva espressamente che il testamento fosse dettato al notaio alla presenza dei testi, bensì soltanto che esso, eventualmente già scritto in precedenza, fosse “ricevuto” dal notaio alla presenza appunto dei testi.

La Corte di Appello di Roma, con sentenza del 24 febbraio 1924, rigettò l'appello proposto, ritenendo che il requisito della presenza dei testimoni alla dichiarazione delle ultime volontà dovesse ritenersi applicabile a qualsiasi specie di testamento (e quindi anche a quello speciale) in quanto requisito inerente all'essenza del testamento pubblico. La questione fu portata al vaglio della II sezione civile della Corte di Cassazione del Regno d'Italia. La Suprema Corte ritenne fondata la censura proposta dalla Sforza sulla base della considerazione secondo cui il testamento in contesa era stato redatto in luogo in cui infieriva una malattia contagiosa e quando l'efficienza del contagio era di tale entità da integrare precisamente l'ipotesi di cui all'art. 789 c.c. Poiché nessuna norma di legge portava ad escludere – come avrebbe voluto, invece, la controparte – che un testamento nullo nella sua forma potesse valere sotto altra forma, purché concorressero i necessari elementi, la Cassazione ritenne potesse riconoscersi la validità di quel testamento sulla base del principio della conversione delle disposizioni testamentarie ammesso dall'art. 804 c.c., secondo cui il testamento segreto invalido poteva valere come olografo, se ne avesse avuto i requisiti della scrittura, datazione e sottoscrizione per mano del testatore²⁵. La Corte estendeva cioè per analogia il principio di conversione previsto per il testamento segreto anche al caso del testamento ordinario, ritenendo

²⁵ Inserito nel § III rubricato *Disposizione comune alle varie specie di testamenti*, l'art. 804 c.c. stabiliva che le formalità prescritte dagli articoli 775 c.c. e seguenti dovessero osservarsi sotto pena di nullità, salva l'ipotesi del testamento segreto che avrebbe potuto valere come olografo ove ne avesse avuto i requisiti.

non accoglibile l'obiezione secondo cui *qui dicit de uno, negat de altero*, giacché «non sempre è lecito ricavare un precetto negativo da una *norma juris* che contiene soltanto una disposizione positiva per il caso nella stessa contemplato; mentre d'altronde risaputo che qualora una controversia non possa risolversi con una precisa disposizione di legge debesi avere riguardo alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe»²⁶.

Sulla base di tale principio, la Corte ritenne errata la decisione dei giudici di appello che avevano esteso le disposizioni di legge regolanti i testamenti ordinari (tra i quali sono i pubblici) ai testamenti speciali, in considerazione del fatto che ciascuna norma poteva ritenersi applicabile solo alla relativa specie²⁷. A sostegno di tale assunto richiamò le disposizioni sui testamenti speciali dai quali si rilevava che il legislatore aveva disciplinato in modo esauriente e completo la materia senza alcun riferimento, né espresso né tacito, alla disciplina dei testamenti ordinari, per cui doveva ritenersi arbitrario pensare che anche quelle norme dovessero essere tenute presenti ed osservate nella formazione dei testamenti speciali. Pertanto, doveva escludersi che anche per questa specie di testamenti dovesse risultare che il testatore aveva manifestato la sua volontà al notaio in presenza dei testimoni, prima che costui avesse iniziato la redazione dell'atto, in quanto questa formalità non era richiesta dall'art. 789 c.c. Al contrario, tale ultima norma prevedeva espressamente che il testamento fosse «ricevuto in iscritto»²⁸, con ciò significando che il legislatore avesse voluto escludere l'obbligo della oralità della manifestazione della volontà del testatore proprio in considerazione della scelta di non pretendere nessun controllo sui testamenti firmati durante una malattia contagiosa, non essendo agevole «ottenere che persone estranee si trattengano con pericolo di contagio a presenziare e sentire quello che il testatore dice al notaio e che questi

²⁶ Cass. civ., sez. II, sentenza 19 novembre 1924, Pres. Barcellona, Est. Rossi, P.M. Bobba, Sforza (avv. Vassallo, Lombardo) c. Palanca (avv. Sandrini), in *Il Foro Italiano*, vol. 50 (1925), parte prima, cc. 448-451.

²⁷ Si legge in sentenza: «Se così non fosse il legislatore non avrebbe dato collocazione separata e distinta ai due gruppi di norme sulle modalità dei testamenti (§ I e II della Sezione. Della forma dei testamenti)». *Ibidem*.

²⁸ Tale previsione non trovava corrispondenza nell'art. 985 del codice napoleonico in cui si leggeva «Les testaments pourront être faits», né tantomeno nelle altre disposizioni del codice Pisanelli riguardanti i testamenti fatti in viaggio, per mare, sulle navi della marina militare e mercantile ed in guerra (art. 791, 792, 742), nei quali era detto «saranno ricevuti», «possono essere ricevuti», «può essere ricevuto». *Ivi*, p. 451.

deve poi indurre in iscritto»²⁹. Per questa ragione era consentito che il testamento, al momento della ricezione, potesse essere già stato scritto in precedenza dal testatore oppure da quest'ultimo dettato e quindi redatto anche per mano di un notaio o di un terzo qualsiasi. Tale ultima ipotesi era quella che la Cassazione ritenne essersi verificata nel caso di specie, in quanto il notaio aveva ricevuto, in effetti, in presenza di testimoni, il testamento del Palanca già scritto dal medesimo notaio: pertanto l'atto in contesa poteva essere considerato quale testamento *tempore pestis* in quanto rispondente a tutte le condizioni volute dalla legge per la sua validità³⁰.

Con tale motivazione la Corte Suprema annullò con rinvio la citata sentenza, che venne portata al nuovo vaglio della Corte di Appello di Roma. I giudici di merito tornarono ad esprimersi sul problema delle forme nelle quali la legge consentiva alla volontà del testatore di manifestarsi legittimamente in tempo di contagio³¹. Secondo i giudici, la speciale locuzione «testamento ricevuto in iscritto» contenuta nell'art. 789 c.c. doveva essere intesa nel senso di ammettere l'impiego alternativo di due diverse forme di manifestazione della volontà: una orale, da tradursi successivamente in iscritto ad opera della persona munita dalla legge della potestà di ricezione, l'altra prevalentemente scritta, consistente in una scheda già vergata consegnata dal testatore al ricevente. Tale interpretazione derivava dalla considerazione secondo cui non vi era un significativo divario tra la formulazione dell'art. 789 c.c. e le norme relative agli altri testamenti speciali (sul mare e militare), e consentiva di tener conto delle esigenze speciali che si ricollegavano allo stato epidemico, in presenza del quale occorreva assicurare una rapida formazione dell'atto testamentario, al fine di evitare «una pericolosa protratta radunanza di più persone costrette a venire a necessario, reciproco contatto per l'adempimento delle formalità dalla legge dettate»³². Questa eccezione non doveva però condurre al risultato antigiuuridico di assicurare «l'imperio di una volontà non genuinamente, né sicuramente manifestata»³³, frustrando così le supreme finalità della

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Corte di Appello di Roma, sent. 10 settembre 1925, pres. Del Giudice, Est. Telesio, Sforza (Avv. Silvestri, Vassallo, Lombardo) c. Palanca (Avv. Sandrini, Mastrofini, Mucci), in *Il Foro Italiano*, vol. 50 (1925), parte prima, cc. 1048-1053.

³² *Ivi*, c. 1049.

³³ *Ibidem*: «con che si frusterebbero le supreme finalità della *certezza* e della *spon-taneità* cui tendono le forme preordinate dalla legge a governo di una podestà giuridi-

certezza e della spontaneità cui tendevano le forme preordinate dalla legge a governo di una potestà giuridica rilevante quale quella di testare.

Su tale premessa, la Corte di Appello passava quindi ad esaminare i requisiti necessari per la validità delle due forme di manifestazione di volontà sopra citate: quella orale e quella scritta. Per la prima, i giudici di merito convenivano nell'insegnamento del Supremo Collegio secondo cui le disposizioni di legge regolanti ciascuna specie di testamento dovevano essere applicate alla relativa specie e non potevano estendersi alle altre: sicché le norme disciplinanti i testamenti ordinari non potevano applicarsi ai testamenti speciali³⁴. Tuttavia, benché non fosse previsto, sotto pena di nullità, che una manifestazione orale della volontà in presenza di testimoni precedesse la redazione per iscritto ad opera del notaio del testamento privilegiato, ai fini della sua validità la Corte d'Appello di Roma ritenne comunque necessario che constasse, mediante un accertamento reale e positivo, l'esistenza di una manifestazione di volontà fatta direttamente e spontaneamente dal testatore al notaio in presenza dei testimoni.

Relativamente poi alla manifestazione scritta, analogamente i giudici dichiararono di aderire alla linea interpretativa dell'art. 789 c.c. secondo cui era consentito al testatore di presentare al notaio la scheda testamentaria già vergata e contenente le dichiarazioni di ultima volontà. In tal modo, si addiveniva sostanzialmente ad una semplificata estensione della forma del testamento segreto al testamento privilegiato *tempore pestis*, tuttavia purché non fossero pretermesse le garanzie fondamentali della consegna diretta dal testatore al notaio della scheda testamentaria e della simultanea dichiarazione che in essa erano contenute le ultime volontà del medesimo disponente. Tali requisiti erano ritenuti imprescindibili, in quanto preordinati a stabilire la certezza e la spontaneità della manifestazione di volontà proveniente dal testatore e costituenti la stessa essenza strutturale della forma segreta.

ca di cotanta rilevanza quale quella di testare, in virtù della quale attuasi dal diritto, nella forma più alta ed energica, il riconoscimento della volontà individuale di cui viene ad essere garantito il rispetto e l'imperio anche al di là del *supremus vitae exitus*.

³⁴ Ivi, p. 1050. Riconosceva di conseguenza che la necessaria precedenza della dichiarazione orale alla redazione in iscritto richiesta, col significato di una formalità solenne, dall'art. 778 c.c. in relazione al testamento pubblico ordinario, non trovavasi ripetuta nell'art. 789 c.c. che dettava le forme per il testamento privilegiato *tempore pestis*, per cui riteneva meritevole di censura l'arbitrario trasporto dell'osservanza di quella formalità dall'uno all'altro campo.

Ciò significava che non solo era necessaria una *traditio* in cui tradente e ricevente potevano essere solamente costituiti, rispettivamente, dal testatore e dal notaio³⁵, ma era altresì necessario che non si trattasse di una *nuda traditio*, bensì di una *traditio* qualificata, ossia accompagnata dalla succitata esplicita dichiarazione che avrebbe conferito il significato ed il valore di univocità dell'atto di consegna della scheda³⁶.

Applicando tali principi al caso di specie, la Corte ritenne - nella fattispecie tornata al suo esame in sede di rinvio - che difettesse ogni accertamento della *traditio* qualificata nei suoi elementi costitutivi della consegna della scheda da parte del testatore e della dichiarazione di rinvio. In particolare, il principio affermato dalla Cassazione, secondo cui la redazione materiale del testamento speciale poteva avvenire anche per mano del notaio o di un terzo, non poteva ritenersi sufficiente a superare la mancanza del requisito della dichiarazione di rinvio da parte del testatore al contenuto della scheda testamentaria da qualunque persona redatta³⁷. Né tantomeno, sotto lo stesso profilo, poteva

³⁵ Come nella forma orale non era consentito che la dichiarazione fosse fatta da un terzo, così nella forma mista era ritenuto necessario che la *traditio* qualificata fosse effettuata direttamente dal testatore al fine di evitare dolose sostituzioni della scheda testamentaria ove questa fosse stata consegnata da soggetto diverso dal disponente.

³⁶ Osservava la Corte di Appello di Roma, cit., p. 1050: «È chiaro, quindi, che la *traditio qualificata* di cui si è testè specificato il lineamento giuridico sia di essenza per la costituzione stessa della forma testamentaria in esame, nella quale rappresenta e sostituisce ciò che nella forma orale trovasi integrato dalla dichiarazione per intero, oralmente fatta dal disponente». Mentre, infatti, nella forma orale la dichiarazione di volontà era tutta *ex ore testatoris*, in quella scritta, o mista, la dichiarazione di volontà si esplicava con riferimento al contenuto della scheda consegnata, al quale il disponente rinviava per la piena ed esatta conoscenza dei termini della sua dichiarazione.

³⁷ Ivi, pp. 1051-1052: «Può bene ammettersi col Supremo Collegio che "poiché nulla dispone l'art. 789 circa la persona, dalla quale debba il testamento in tali casi essere stato scritto, deve riconoscersi che tanto può avvenire, oltre che ad opera dello stesso testatore, anche per mano del notaio o di un terzo qualsiasi"; ma in siffatta ipotesi, deve tenersi ben distinto il fatto della vergatura della scheda testamentaria, dalle forme del testamento; costituendo il primo un *quid facti* antecedente, ossia un atto preparatorio del testamento che precede la formazione del medesimo e resta fuori della sfera di redazione formale dell'atto testamentario, appunto perché la scheda testamentaria può essere differentemente scritta dal testatore, dal notaio o dal terzo, non occorre ricercare chi l'abbia vergata ed in virtù di quale mandato. Ciò che occorre invece necessariamente ricercare, è se la scheda, da qualsivoglia persona scritta, sia stata direttamente dal testatore, *in presenza dei testimoni*, consegnata al notaio con la *dichiarazione di rinvio* al suo contenuto; dall'adempimento di cotal forma potendo soltanto derivare l'accertamento per riconoscimento e adozione della scheda da parte del testatore, il che vale a dire la certa ricognizione della legale manifestazione di volontà

ritenersi valido il testamento sulla sola base dell'attestazione finale fatta dal notaio, secondo cui «il presente testamento ... viene da me letto in presenza dei testimoni al testatore, e dal medesimo approvato e riconosciuto conforme alla sua volontà», in quanto difettavano nel testamento gli estremi per la ricostruzione di una volontà del testatore validamente manifestata in una delle forme consentite dalla sintetica formula dell'art. 789 c.c.³⁸. Pertanto, la Corte d'Appello confermò il giudizio di nullità del testamento sulla base della considerazione secondo cui più che un testamento fatto dal testatore e ricevuto dal notaio, si trattava di un testamento fatto dal notaio ed approvato dal testatore. Tale stato di cose non consentiva neppure alle eccezionali esigenze del contagio di legittimare «una forma similiante di testare, la quale si traduce in un *assentimento* alla volontà da altri *elaborata e manifestata* e non costituisce un atto *libero e spontaneo* di volizione del disponente»³⁹.

La questione fu portata dinanzi alle Sezioni Unite della Cassazione che, con sentenza del 25 novembre 1926, confermarono i principi già enunciati nella stessa causa dalla sezione II con la sentenza 19 novembre 1924, cassando la sentenza della Corte d'Appello di Roma del 10 settembre 1925 la quale, ad avviso della Suprema Corte, li aveva disapplicati in sede di rinvio⁴⁰. In particolare, le SS.UU. riconobbero nella sentenza di appello difetto di motivazione e violazione di legge nella parte in cui essa negava che la approvazione fatta in sede di lettura del testamento, già redatto in precedenza, fosse precisamente quella enunciazione di volontà, reputata sufficiente a dar vita al testamento speciale. Invero non poteva dubitarsi, come già era stato affermato nella precedente decisione, che in tema di testamenti *tempore pestis* redatti in

del medesimo. Or nella specie, non solamente non si afferma nemmeno dallo stesso notaio di essere stato egli incaricato della redazione della scheda testamentaria, ma non vi ha traccia nell'atto di menzione veruna con la quale si attesti essere stata la scheda, dopo la sua vergatura, venuta in possesso del testatore e da questi, in presenza dei testimoni, consegnata al notaio con la dichiarazione di rinvio al suo contenuto».

³⁸ Ivi, p. 1052: «[...] così è giocoforza riconoscere che quella clausola finale, avente mero valore confirmatorio o di riferimento ad una volontà anteriormente manifestata, resta del tutto sterile e vacua perché *confirmatio nihil dat novi* e non si può approvare e confermare ciò di cui non consta la pregressa esistenza».

³⁹ Ivi, p. 1053.

⁴⁰ Cass. Civ., Sez. Unite, sentenza 25 novembre 1926, Pres. D'Amelio, Est. Giacquinto, P.M. Santoro, Sforza (avv. Vassallo, Lombardo) c. Palanca (avv. Sandrini), in *Il Foro Italiano*, vol. 52 (1927), parte prima, cc. 312-315.

momenti di calamità (nei quali dall'un canto non era agevole attendere alla formazione di atti solenni, pieni di forme sacramentali e dall'altro non era possibile, senza grave pericolo di diffusione di contagi, riunire, in unico luogo, più persone e trattenerle a lungo) il legislatore avesse inteso il bisogno di adottare discipline più semplici di quelle prescritte per i testamenti ordinari, consentendo a soggetti diversi dal notaio la ricezione dei testamenti, riducendo il numero dei testimoni a due, scelti oltretutto fra persone maggiori di appena 16 anni, e sopprimendo altresì tutto il rigore delle forme adottate per i testamenti ordinari, come quello del «triplice momento» (dichiarazione di volontà precedente, successiva redazione del testamento, lettura ed approvazione dello stesso), quello della menzione espressa dell'osservanza avvenuta delle varie forme e persino quello della essenzialità della sottoscrizione del testatore e dei testimoni⁴¹.

Sulla base di questi principi il Supremo Collegio ritenne manifesto l'errore giuridico contenuto nell'assunto secondo cui anche nei testamenti *tempore pestis* fosse necessario che il testatore dichiarasse oralmente al notaio, in presenza dei testimoni, la propria volontà, prima che questa fosse tradotta per iscritto dal notaio stesso (dichiarazione orale); ovvero che il testatore consegnasse personalmente lo scritto, già redatto da altri, e dichiarasse, in quel momento, sempre alla presenza dei testimoni, che quello scritto contenesse il proprio testamento (consegna con dichiarazione esplicativa). Questi adempimenti non risultavano, infatti, prescritti dalla legge e non era consentito all'interprete prescrivere l'osservanza. Soggiungeva la Suprema Corte: «se diversa fu la disciplina espressamente stabilita dal codice per i differenti testamenti, questa differenza fu l'effetto di un meditato disegno»⁴².

Se la semplicità delle forme richieste per i testamenti speciali non doveva esimere dalla necessità di ricercare il requisito di innegabile sostanza consistente nel fatto che effettivamente il testamento conteneva la enunciazione della volontà del testatore, detto requisito non andava però ricercato in forme indeclinabili, come invece richiesto dalla Corte

⁴¹ Ivi, c. 314. Tali semplificazioni formali rivelavano il chiaro intendimento del legislatore secondo cui non si doveva ricercare in questi testamenti speciali alcuna osservanza di forme esteriori, essendo sufficiente la sostanzialità della dichiarazione di volontà del disponente, comunque espressa. Unica garanzia introdotta a temperamento di questa larghezza e semplicità di forme fu fatta consistere nella breve durata del periodo di efficacia delle disposizioni testamentarie in parola.

⁴² *Ibidem*.

d'Appello, ma poteva rinvenirsi anche in una posteriore approvazione data dal testatore a schede già in precedenza redatte. Con queste argomentazioni, le SS.UU. cassarono la sentenza del giudice di merito, ritenendo che:

Or quando il giudice di merito questa possibilità disconobbe, non quale risultato di una indagine concreta di fatti, ma quale enunciazione di un principio teorico, incorse appunto nell'anzidetto errore di diritto, ed impose, di sua iniziativa, forme sacramentali alla realizzazione del l'elemento volitivo per cui il legislatore non le richiese. Ma v'ha dippiù. Altro è che un requisito essenziale di un negozio giuridico sussista, altro è che si debba dare la dimostrazione della sussistenza di esso, ed altro è che quella dimostrazione debba esser fatta in forma precostituita, e debba risultare dallo stesso scritto, in cui il negozio giuridico è contenuto. Di regola l'avvenuto compimento del negozio impone a quegli, che ne impugna l'esistenza e validità, l'onere di dimostrare che i requisiti, che del primo sono leciti presupposti, non siano sussistiti nel concreto caso: solo eccezionalmente il legislatore deroga a questo normale ordinamento e domanda che la prova dei primi risulti dallo stesso atto. Così appunto esso fa per i testamenti ordinari, relativamente ai quali espressamente, sotto sanzione di nullità, richiede che la prova degli elementi stessi risulti dallo stesso testamento; non segue invece identico sistema per i testamenti speciali. Il giudice di merito invece, in manifesta contraddizione del su esposto criterio, non pure richiese che il testatore dichiarasse al notaio la propria volontà, ma altresì pretese che la effettuazione di questa dichiarazione risultasse adempiuta, a mezzo del testamento medesimo⁴³.

Con queste parole la Cassazione interpretò le regole del codice in materia di testamento *tempore pestis* come ispirate alla *ratio* della semplificazione delle forme, contraddicendo l'orientamento di segno contrario espresso dai giudici di merito.

⁴³ Ivi, p. 315.