

MAREK SOBCZYK

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

‘TESTAMENTUM PESTIS TEMPORE CONDITUM’

1. WPROWADZENIE

Jednym z największych osiągnięć prawa rzymskiego jest koncepcja, aby każdy mógł dysponować swoim majątkiem ze skutkiem po śmierci, ustanawiając spadkobiercę w treści czynności prawnej nazywanej testamentem. Rzymianie bardzo cenili sobie swobodę testowania, postrzegano ją jako jedno z najważniejszych ich praw¹. Spora liczba zachowanych źródeł poświęconych prawu spadkowemu, a dziedziczeniu testamentowemu w szczególności, świadczy o tym, że była to swoboda, z której Rzymianie często korzystali i z którą łączyło się wiele szczegółowych problemów prawnych². Jak słusznie zauważa Franciszek Longchamps de Bérier, Rzymianie musieli sporządzać sporo testamentów, a bogactwo materiałów źródłowych świadczy o powszechnym społecznym zainteresowaniu kwestiami z zakresu następstwa na wypadek śmierci³. Jednym z podstawowych problemów skutecznej realizacji tej

¹ Por. T. RÜFNER, *Testamentary formalities in Roman law*, [w:] *Comparative Succession Law, I, Testamentary formalities*, eds. K.C. REID, M.J. DÉ WAAL, R. ZIMMERMANN, Oxford University Press 2011, s. 1 i n.

² Prawu spadkowemu poświęcona jest aż jedna czwarta objętości Digestów i jedna trzecia Instytucji Gaiusa i Justyniana.

³ F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, [w:] W. DAJCZAK, T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018, s. 253.

koncepcji był wybór samej formy tej realizacji, a zatem ustanowienie takich wymogów formalnych testamentu, które zapewniają urzeczywistnienie woli spadkodawcy, a z drugiej strony pewność obrotu prawnego w zakresie testamentu, zwłaszcza zapobiegną potencjalnym nadużyciom lub fałszerstwom. Na przestrzeni dziejów prawo rzymskie wypracowało kilka form testamentu, różniących się stopniem złożoności i starań, jakie musiał przedsięwziąć testator, aby skutecznie urzeczywistnić swój zamiar rozdysponowania majątkiem *mortis causa*.

Nie ma potrzeby szerszego przedstawienia wszystkich tych form w niniejszym artykule, bowiem jego przedmiotem jest tylko szczególna forma testamentu⁴ uznana w reskrypcie cesarza Dioklecjana i Maksymiana z 290 r. (C. 6,23,8), przewidziana na wypadek szczególnych okoliczności w postaci zarazy (*pestilentia*). Formę tę określa się tradycyjnie jako *testamentum pestis tempore conditum*, a zatem testament sporządzony w czasie zarazy, co ma podkreślić specyficzny charakter okoliczności, w których była dopuszczalna i ze względu na które ją wprowadzono. Jej analizę warto jednak poprzedzić przypomnieniem w zarysie podstawowych form testamentu w prawie klasycznym⁵, a nawet jest to konieczne w celu wykazania cech specyficznych tej formy testamentu, której dotyczy niniejsze opracowanie. Jeszcze istotniejsze znaczenie mają syntetyczne odniesienia do zwyczajnej formy testamentu stosowanej po 290 r., bowiem to ona wyznaczała wymogi formalne rzymskiego testamentu, a *testamentum pestis tempore conditum* stanowiło w istocie jej złągodzoną co do wymogów formalnych wersję. Dość wspomnieć, że testament w czasie zarazy utrzymał się przez cały okres prawa poklasycznego, został uznany w prawie justyniańskim, o czym świadczy recepcja

⁴ Przez formę szczególną testamentu rozumiem formę, w której przesłanką różnicującą testament od formy zwykłej jest określona okoliczność o charakterze przedmiotowym (np. szczególne okoliczności sporządzenia), co należy odróżniać od przywileju testamentowego, u którego podstaw leży przesłanka o charakterze podmiotowym, np. testament sporządzany przez żołnierza (por. J. RUDNICKI, *Testament żołnierski i testamenty wojskowe w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków 2015, s. 15 i n.).

⁵ Pomijam tu najstarsze formy testamentu, wzmiankowane w G. 2,101 i I. 2,10,1 testament sporządzany na zgromadzeniach ludowych (*testamentum calatis comitiis*) i testament w szyku bojowym (*in procinctu*), bowiem już dla żyjącego w II w. n.e. Gaiusa stanowiły one tylko ciekawostkę historyczną.

relewantnego reskryptu w kodeksie Justyniana, i był stosowany jeszcze długo potem, czego najlepszym dowodem jest cytowany w niniejszym artykule fragment Bazylik opracowanych na przełomie IX i X w. Nie można zatem dokonywać analizy tej szczególnej, złagodzonej formy testamentu bez syntetycznego odniesienia do formy zwyczajnej.

2. ZWYCZAJNE FORMY TESTAMENTU W PRAWIE RZYMSKIM

Formą testamentu właściwą dla *ius civile* był testament mancypanyjny, *testamentum per aes et libram*, tj. sporządzany przy użyciu spizu i wagi, oparty na znanej już w prawie archaicznym *mancipatio*⁶. W formie nazywanej *mancipatio familiae* testator przekazywał powiernikowi (*familiae emptor*⁷) swój majątek w drodze wymagającej udziału pięciu świadków i osoby trzymającej wagę (*libripens*) mancypancji z poleceniem, aby powiernik wydał ten majątek także poprzez *mancipatio* po śmierci testatora określonej osobie⁸. Skutek rozrządzenia *mortis causa* osiągnano zatem poprzez dwie czynności prawne *inter vivos* z udziałem pięciu świadków, powiernika i osoby trzymającej wagę⁹. W prawie przedklasycznym i klasycznym decydujące znaczenie miała nie mancypancja¹⁰, która ówczesnie była już czynnością pozorną, nadającą jedynie formę

⁶ XII tab. 5,3, G. 2,102-104, I. 2,10,1.

⁷ Termin *familiae emptor* oznacza dosłownie nabywcę majątku, jednakże w istocie chodzi tu o nabycie o charakterze powierniczym w celu dalszego przekazania majątku innej osobie zgodnie z wolą testatora.

⁸ G. 2,102 i 103.

⁹ Ze względu na te cechy można w tym miejscu postawić pytanie, czy *mancipatio familiae* w ogóle była formą testamentu; por. S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el derecho romano y en el Código Civil*, [w:] *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, dir. M. PEREÑA VICENTE, P. DELGADO MARTÍN, Madrid 2015, s. 929.

¹⁰ Z zachowanych dokumentów praktyki prawnej wynika, że w okresie pryncypatu tylko w znikomym stopniu korzystano z mancypancji; zob. M. NOWAK, *Losy mancypancji i testamentum 'per aes et libram' w okresie pryncypatu i późnego cesarstwa w świetle dokumentów praktyki prawnej*, «CPH» 63.2/2011, s. 241-259; EADEM, *Wills in the Roman Empire. A documentary approach*, «JJP» 45/2015, s. 25.

dokonywanej czynności prawnej¹¹, lecz treść oświadczenia testatora (*nuncupatio*). Testament *per aes et libram* stał się w istocie jednostronną czynnością prawną testatora ze skutkiem po jego śmierci, kiedy to spadek przypadał dziedzicom bezpośrednio, a nie dopiero poprzez czynności zdziałane przez powiernika. Oświadczenie testatora spisywano na drewnianych tabliczkach pokrytych woskiem¹² (*tabulae testamenti*), które następnie pieczętowano, a na sznurku wiążącym tabliczki z tekstem przykładano pieczęcie pięciu świadków oraz koniecznych w mancypacji osoby trzymającej wagę i powiernika. Spisania testamentu mógł dokonać testator osobiście lub mogła to uczynić osoba trzecia¹³, której testator podyktował swą wolę. Podobieństwa treści zachowanych testamentów skłaniają do tezy, że tabliczki testamentowe redagowano przy użyciu formularzy¹⁴. Testator mógł ujawnić treść swojego oświadczenia równocześnie obecnym świadkom (*nuncupatio heredis*), ale nie było to konieczne, bowiem jeżeli testator chciał zachować treść testamentu w tajemnicy, to mógł, okazując im wcześniej przygotowane tabliczki, ograniczyć się do oświadczenia, że jest to jego testament¹⁵, prosząc, aby przyłożyli swoje pieczęcie (*nuncupatio testamenti*). W konstytucji cesarza Arkadiusza i Honoriusza z 396 r. wprowadzony został dodatkowo wymóg podpisu testamentu przez co najmniej pięciu świadków, choć w dalszym ciągu nie wymagano podpisu samego testatora¹⁶, a treść testamentu mogła

¹¹ Szczegółowy opis podejmowanych czynności zawierają *Institucje* Gaiusa w G. 2,104.

¹² Materiałem piśmienniczym mogły być także papirus, pergamin lub inny materiał (D. 37,11,1pr.; I. 2,11,12).

¹³ Osoba ta była zaliczana także do świadków testamentu; zob. D. 28,1,27.

¹⁴ Szeroko zob. M. NOWAK, *Losy...*, s. 241 i n.; EADEM, *Wills...*, s. 105 i n.

¹⁵ G. 2,104: *Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote* (tak jak napisane jest na tych tabliczkach i wosku, tak to daję, tak zapisuję, tak sporządzam testament i dlatego wy, kwiryści, dawajcie mi świadectwo).

¹⁶ W praktyce jednak, mimo braku formalnego wymogu, podpis testatora pojawiał się już w I i II w. n.e.; szerzej zob. M. NOWAK, *Wills...*, s. 64 i n.

zostać świadkiem nieujawniona¹⁷. W IV w. n.e. pozorna mancypancja wyszła już z użycia¹⁸.

Natomiast w prawie pretorskim ukształtowała się w I w. p.n.e. forma testamentu pretorskiego (*testamentum iure praetorio factum, testamentum praetorium*)¹⁹, dokumentu opatrzonego pieczęciami co najmniej siedmiu świadków, tj. dawnych pięciu świadków mancypancji, *libripens* i *familiae emptor*, ale już bez konieczności dokonywania pozornej mancypancji²⁰. Na jego podstawie pretor udzielał dziedzicowi w nim ustanowionemu *bonorum possessio secundum tabulas*, dopiero jednak od czasów Antoninusa Piusa dziedzic pretorski był chroniony przed roszczeniami do spadku (*hereditatis petitio*) ze strony cywilnego dziedzica beztestamentowego²¹. Odtąd w praktyce ta forma testamentu stała się równorzędna testamentowi sporządzanemu według *ius civile*²², o ile w ogóle uznać by ją za formę samodzielną.

Obok tych dwóch form pisemnych funkcjonowała także ustna forma testamentu, bowiem *testamentum per aes et libram* mogło zostać sporządzone również w formie ustnej²³, natomiast w prawie poklasycznym stosowano testament nunkupacyjny (*testamentum per nuncupationem*), wymagający ustnego oświadczenia złożonego w obecności siedmiu

¹⁷ C.Th. 4,4,3.

¹⁸ Problem *desuetudo* mancypancji podejmuje w kilku pracach M. NOWAK, zob. 'Mancipatio' and its life in late Roman law, «JJP» 41/2011, s. 49-68; EADEM, *Losy...*, s. 241 i n.; zob. ostatnio także C. SÁNCHEZ MORENO, *The late Roman law of inheritance: The Testament of five or seven witnesses*, [w:] *Inheritance, law and religions in the ancient and mediaeval worlds*, red. B. CASEAU, S.R. HUEBNER, Paris 2014, s. 233 i n.

¹⁹ W nauce toczy się dyskusja, czy w ogóle wyróżniono testament pretorski jako odrębną formę testamentu. Szeroko wyrażone poglądy relacjonuje S. KURSA, *Testator i formy testamentu w rzymskim prawie justyniańskim*, Warszawa 2017, s. 170 i n., zajmując stanowisko zaprzeczające istnieniu testamentu pretorskiego jako samodzielnej formy testamentu; por. także M. NOWAK, *Wills...*, s. 34; T. RÜFNER, *op. cit.*, s. 8.

²⁰ G. 2,119, I. 2,10.2.

²¹ G. 2,119-120, G. 2,147-149, *Reg. Ulp.* 28,6.

²² T. RÜFNER, *op. cit.*, s. 7 i n.

²³ Dowodem tego jest wzmiankowany przez Swetoniusza ustny testament Horacego, który ustanowił swym dziedzicem cesarza Augusta (Suetonius, *Vita Horati* 16).

świadków²⁴. Testator musiał złożyć to oświadczenie na tyle głośno, aby został usłyszany przez zawezwanych specjalnie w tym celu równocześnie obecnych świadków²⁵. Z oczywistych względów treść testamentu ustnego, a zwłaszcza osoba spadkobiercy nie mogły tu zostać zachowane w tajemnicy przed świadkami.

Koniunkcję wyżej opisanych form pisemnych, z dodatkowym wymogiem podpisu złożonego przez samego testatora²⁶, stanowił wprowadzony w Cesarstwie wschodnim w 439 r. n.e. konstytucją cesarza Teodozjusza II²⁷, a w Cesarstwie zachodnim w 448 r. konstytucją Walentyniana III²⁸, testament nazwany później *testamentum tripertitum*²⁹, wymagający sporządzenia jednym ciągiem (*uno contextu, unitas actus*), podpisania go przez testatora oraz opieczetowania go i podpisania przez siedmiu świadków równocześnie obecnych³⁰. Testament ten mógł zostać spisany osobiście przez testatora lub podyktowany osobie trzeciej, która go spisała³¹, przy czym obecność świadków nie była konieczna przy czynności jego spisywania, co umożliwiała testatorowi zachowanie w tajemnicy jego treści i uniknięcie potencjalnych nacisków³². Podobnie jak w prawie klasycznym wystarczyło, że testator okazał świadkom swój uprzednio spisany testament³³, choć bez zapoznawania ich z jego treścią,

²⁴ Wymogi sporządzenia testamentu nunkupacyjnego określił Teodozjusz II w konstytucji z 439 r. (NT. 16,6), przejętej w C. 6,23,21,4 (Theod., Valent., 439 r.).

²⁵ D. 28,1,21 pr. (Ulp. 2 *ad Sab.*), C. 6,23,21,4 (Theod., Valent., 439 r.).

²⁶ W praktyce już znacznie wcześniej testatorzy składali podpisy pod treścią testamentu; zob. M. NOWAK, *Wills...*, s. 64.

²⁷ NT. 16. Formę tę zachował Justynian (C. 6,23,21).

²⁸ NV. 26.

²⁹ Termin ten został wyjaśniony w samych Instytucjach Justyniana (I. 2,10,3), gdzie podkreślono, że ta forma testamentu łączy dawne wymogi *ius civile* (wymóg obecności świadków i sporządzenia testamentu w jednym i tym samym czasie), prawa pretorskiego (liczba świadków i wymóg ich pieczęci) i prawa cesarskiego (wymóg podpisów testatora i świadków).

³⁰ I. 2,10,3.

³¹ C. 6,23,22 (Zenon, 480 r.). Taką osobą mógł być zwłaszcza profesjonalny pisarz dokumentów, który zadbał o zachowanie niezbędnych formalności.

³² C. 6,23,21pr. (Theod., Valent., 439 r.).

³³ Co interesujące, świadkowie nie musieli nawet znać łącziny (D. 28,1,20,9, Ulp. 1 *ad Sab.*).

i podpisał go w ich obecności, po czym świadkowie złożyli swoje podpisy i pieczęcie³⁴. Tym samym zadaniem świadków nie było zapoznawanie się z treścią ostatniej woli testatora, lecz jedynie zapewnienie, że ten konkretny dokument opatrzone pieczęciami i z czasem także podpisami rzeczywiście stanowi testament danej osoby³⁵. Podczas okazywania, podpisywania i opieczętowywania testamentu świadkowie musieli być równocześnie obecni³⁶.

Koniecznymi wymogami zachowania ważności testamentu³⁷ były jednoczesność miejsca i czasu (*unitas loci et temporis*). Czynności podejmowane przez świadków musiały mieć miejsce *in conspectu testatoris*, tj. w obecności czy też na oczach testatora³⁸. Oznacza to, że testator i świadkowie musieli być obecni jednocześnie w tym samym miejscu i czasie i obserwować podejmowane czynności³⁹, przez co niedopuszczalne było składanie oświadczenia woli wobec każdego z nich z osobna pod nieobecność pozostałych świadków. Ponadto testament powinien zostać sporządzony jednym ciągiem (*uno contextu actus testari oportet*)⁴⁰, bez podejmowania czynności, które by ten ciąg przerywały⁴¹, co w przypadku testamentu spisane wcześniej odnosiło się do czynności okazania, podpisywania, zamykania i opieczętowywania tego testamentu. Wymogi te miały na celu gwarancję, że testament nie

³⁴ C. 6,23,21pr. (Theod., Valent., 439 r.), C. 6,23,21,2 (Theod., Valent., 439 r.).

³⁵ T. RÜFNER, *op. cit.*, s. 8.

³⁶ C. 6,23,21,2 (Theod., Valent., 439 r.).

³⁷ W opisanych powyżej formach testamentu, choć jak zauważa S. KURSA, *op. cit.*, s. 176, z zachowanych źródeł nie wynika, że wymogi te obowiązywały także w prawie pretorskim.

³⁸ C. 6,23,9 (Diocl., Maxim., 290 r.); zob. także *coram testatore* (C. 6,23,12, Diocl., Maxim., 293 r.) i *sub preasentia ipsius testatoris* (C. 6,23,30, Iust., 531 r.). Wymóg ten zawiewał również Edykt Teodoryka (ET 28).

³⁹ Wymóg równoczesnej obecności podkreślono w konstytucji Teodozjusza II z 439 r. (C. 6,23,21,1-4).

⁴⁰ D. 28,1,21,3 (Ulp. 2 *ad Sab.*), I. 2,10,3.

⁴¹ Wymóg ten został doprecyzowany w konstytucji Teodozjusza II z 439 r. (C. 6,23,21,4) i Justyniana z 528 r. (C. 6,23,26).

zostanie podmieniony, zmieniony lub w inny sposób sfałszowany⁴². Sprzyjały także zapewnieniu, że stan zdrowia testatora pozostawał na tyle dobry, aby mógł on skutecznie powziąć i wyrazić wolę⁴³.

W prawie justyniańskim zasadniczą formą testamentu pozostawało *testamentum tripertitum*, chociaż wymóg ciągłości (integralności) aktu został o tyle złagodzony, że dopuszczalne były przerwy z poważnego powodu, chwilowe oddalenie się testatora lub świadka, a nawet zastąpienie osoby świadka innym świadkiem⁴⁴. Od 530 r. nie był też konieczny podpis samego testatora, o ile sam spisał w całości treść testamentu⁴⁵. Justynian wymagał natomiast, aby imię spadkobiercy zostało spisane ręką testatora lub świadków, co miało na celu zapewnienie wiarygodności testamentu⁴⁶. Zachowano także możliwość sporządzenia testamentu w formie ustnej, w obecności siedmiu świadków, którym testator objawiał wolę⁴⁷.

Charakterystyczną cechą rzymskiego testamentu była konieczność obecności specjalnie w tym celu zwołanych⁴⁸ świadków przy jego sporządzeniu; dopiero uznany w 446 r.⁴⁹ w części zachodniej cesarstwa testament holograficzny (*testamentum per holographam scripturam*), a zatem spisany własnoręcznie przez testatora, zrywał z tym wymogiem⁵⁰. Co więcej, uznanie testamentu holograficznego miało na względzie fakt, że w pewnych okolicznościach zachowanie wymogu udziału świadków jest

⁴² E. ACKERMANN, *Über das Testament zur Pestzeit*, «Archiv für die civilistische Praxis» 32/1849, s. 58 i n.; M. VINCI, *Il testamento redatto in tempo di malattia contagiosa: radici romanistiche e letture attualizzanti*, «BIDR» 114/2020, s. 289.

⁴³ M. VINCI, *op. cit.*, s. 289.

⁴⁴ C. 6,23,28 (Iust., 530 r.).

⁴⁵ C. 6,23,28,6 (Iust., 530 r.).

⁴⁶ C. 6,23,29 (Iust., 531 r.), I. 2,10,4.

⁴⁷ I. 2,10,14, C. 6,23,26 (Iust., 528 r.).

⁴⁸ Świadcami nie mogły stać się osoby zebrane przypadkowo lub zwołane w innej sprawie; zob. D. 28,1,21,2 (Ulp. 2 *ad Sab.*).

⁴⁹ NV.21,1.

⁵⁰ Abstrahuję w tym miejscu od pewnych nadzwyczajnych publicznych form testamentu prawa poklasycznego, które także nie wymagały świadków – *testamentum apud acta conditum* (oświadczenie złożone do akt sądowych lub gminy) i *testamentum principi oblatum* (testament złożony w ręce cesarza).

utrudnione lub wręcz niemożliwe⁵¹. Wydaje się jednak, że rzadko korzystano z tej formy testamentu⁵², a Justynian ją w ogóle odrzucił⁵³, natomiast przetrwanie i późniejszą karierę zawdzięcza ona uregulowaniu *lex Romana Burgundiorum* z początku VI w., stanowiącej prawo dla ludności rzymskiej w państwie Burgundów⁵⁴ i w Brewiarzu Alaryka z 506 r.⁵⁵, stanowiącemu prawo dla ludności rzymskiej w państwie Wizygotów i zarazem podstawowe źródło prawa w południowej Francji do XII w. Współczesnego prawnika może zaskakiwać, że ta podstawowa przecież forma testowania⁵⁶ przetrwała do naszych czasów nie dzięki kompilacji justyniańskiej, ale *leges* przyjętych w państwach barbarzyńskich.

Obok powyższych form testamentu, stanowiących formy zwyczajne, w prawie poklasycznym i justyniańskim wprowadzono kilka form nadzwyczajnych, ze względu na szczególne okoliczności uzasadniające odstępowanie w jakimś aspekcie od formy zwyczajnej lub jej uzupełnienie o dodatkowy wymóg. Formy nadzwyczajne zatem albo łagodziły, albo zaostrzały wymogi formalne w stosunku do form powyżej opisanych. Dla przykładu, jeżeli testament był sporządzany na wsi (*testamentum ruri conditum*), wystarczyło jedynie pięciu świadków, jeżeli nie można było pozyskać siedmiu piśmiennych⁵⁷, natomiast testament sporządzany przez osobę niewidomą wymagał udziału dodatkowego, ósmego, świadka, chyba że został spisany przez zawodowego pisarza dokumentów⁵⁸. *Testamentum pestis tempore conditum* stanowiło jedną z form

⁵¹ Szerzej zob. M. KURYŁOWICZ, ‘*Testamentum holographum*’, «Krytyka Prawa 7/2015», s. 224; M. NOWAK, *Wills...*, s. 69 i n.

⁵² Jak zauważa T. RÜFNER (*op. cit.*, s. 19), nie zachowały się dokumenty praktyki potwierdzające jej zastosowanie.

⁵³ Forma ta, z uwagi na swą prostotę wyrażającą się przede wszystkim w braku udziału świadków, nie gwarantowała tego samego stopnia pewności co ówczesnie obowiązuje *testamentum tripertitum*; por. M. KURYŁOWICZ, *op. cit.*, s. 225.

⁵⁴ *Lex Romana Burgundiorum* 45,1.

⁵⁵ *Lex Romana Visigothorum* 2,5,16.

⁵⁶ Uznanie tej formy testamentu w 446 r. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER uważa za „najważniejsze wydarzenie w dziejach całego prawa spadkowego Europy” (*Prawo rzymskie...*, s. 313); IDEM, *Law of Succession*, Warszawa 2011, s. 164.

⁵⁷ C. 6,23,31 (Iust., 534 r.).

⁵⁸ C. 6,22,8 (Iust., 521 r.).

złagodzonych, co wymaga podkreślenia – najstarszą z nich i mającą na względzie realne niebezpieczeństwo rychłej śmierci testatora⁵⁹.

3. RESKRYPT DIOKLECJANA I MAKSYMIANA Z 290 R.

Forma testamentu nazywana tradycyjnie testamentem sporządzonym w czasie zarazy (*testamentum pestis tempore conditum*) została uznana konstytucją Dioklecjana i Maksymiana z 290 r.

C. 6,23,8: Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Marcellino: *Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitas 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. ipsius IIII et III A.A. cons. (a. 290).

Konstytucja ta stanowi reskrypt adresowany do niejakiego Marcellinusa, jednakże jej treść jest bardzo zwięzła, żeby nie powiedzieć lakoniczna, co jest przyczyną istotnych wątpliwości i sporów interpretacyjnych. Najogólniej rzecz biorąc, wynika z niej, że ze względu na obawę świadków przed zarażeniem chorobą zakaźną (*timor contagionis*) dopuszcza się pewne odstępstwo od wymogów prawnych testamentu, mianowicie potrzeby spotkania się świadków (*iungi atque sociari*), choć przy zachowaniu pozostałych wymogów, na czele z liczbą świadków. Ta interpretacja, mimo że na pierwszy rzut oka może wydawać się satysfakcjonująca, jest w istocie powierzchowna i stanowi tylko jedną z opcji wykładni reskryptu, bowiem wiele zależy od rozumienia słów *casus maior*, *morbo oppresso* i *iungi atque sociari remissum est*, a nawet od edycji kodeksu Justyniańskiego.

⁵⁹ W prawie rzymskim nie obowiązywała osobna kategoria testamentu sporządzanego z uwagi na obawę rychłej śmierci testatora, którą można by traktować jako pierwowzór art. 952 polskiego kodeksu cywilnego, jednakże testament sporządzany w czasie zarazy miał na względzie jedną z przyczyn zagrażającej rychłej śmierci; zob. S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *El pelígro...*, s. 929.

Na podstawie treści dioklecjańskiej konstytucji nie można z satysfakcjonującą pewnością precyzyjnie ustalić, jakie pytanie zostało zadane, do jakich okoliczności się odnosiła udzielona odpowiedź i na czym polegało poluzowanie wymogów formalnych testamentu (*aliquid de iure laxatum est*), mimo że z mocno podkreślonym zachowaniem pozostałych wymogów (*testamentorum sollemnitas*), na czele z wymaganą liczbą świadków. Nie wiadomo także, czy zadający pytanie Marcellinus jest spadkobiercą testamentowym poszukującym potwierdzenia, że testament pozostaje ważny mimo niezachowania w jakimś aspekcie obowiązujących wymogów formalnych, czy też jest spadkobiercą ustawowym testatora usiłującym wykazać nieważność testamentu. Obie te możliwości są tu równie prawdopodobne, ale pozycja prawna pytającego zasadniczo nie ma wpływu na udzieloną odpowiedź⁶⁰.

Już na pierwszy rzut oka zaskakuje zaś fakt, że nie pojawia się w niej żaden termin określający zarazę lub epidemię, zwłaszcza *pestis* lub *pestilentia*. Tym bardziej próżno w niej szukać frazy *testamentum pestis tempore conditum*. Jedynie wzmianki o obawie świadków przed zakażeniem (*adversus timorem contagionis, quae testes deterret*) i o chorobie (*morbis*) stanowią wskazówkę dotyczącą okoliczności, w których ta forma testowania została dopuszczona, choć powstaje pytanie, jakie znaczenie ma tu termin *casus maior*. Zgodzić się należy zatem z tezą, że desygnat *testamentum pestis tempore conditum* i odpowiadający mu w języku polskim „testament w czasie zarazy” nie ma bezpośredniej podstawy źródłowej, ale wynika z tradycji, u której podstaw leży określona interpretacja treści reskryptu⁶¹.

W pełni podzielam także twierdzenie, że kancelaria cesarska Dioklejana usiłowała pogodzić z sobą dwie poniekąd przeciwstawne potrzeby, z jednej strony złagodzenie wymogów sporządzenia testamentu z uwagi na szczególne okoliczności temu towarzyszące, a z drugiej strony gwarancje, jakie prawo powinno zapewniać każdej osobie, która decyduje się na sporządzenie testamentu, na czele z tą, że testament ten prawidłowo

⁶⁰ M. VINCI, *op. cit.*, s. 286.

⁶¹ S. KURSA, *op. cit.*, s. 220 i n.

odzwierciedla jej wolę⁶². Niewątpliwie wymogi formalne testamentu, jak i w ogóle wymogi co do formy każdej czynności prawnej nie są dobrem samym w sobie ani tym bardziej nie mają ponad konieczną potrzebę utrudniać obrotu prawnego, lecz służą podstawowemu celowi, jakim jest prawidłowe wyrażenie woli i prawidłowe jej odzwierciedlenie w treści czynności prawnej, a także zapobiegają późniejszemu fałszerstwu. Analizowany reskrypt stanowi zatem interesujący przykład interwencji prawodawcy i konieczności wypracowania nowych rozwiązań poddyktowanej szczególną sytuacją. Warto więc bliżej przyjrzeć się temu reskryptowi, stawiając w szczególności dwa fundamentalne pytania, w jakich okolicznościach miał on zastosowanie i na czym polegało owo odstąpienie do zwykłych wymogów formalnych testamentu⁶³.

4. CO NALEŻY ROZUMIEĆ PRZEZ *CASUS MAIOR*?

Treść konstytucji rozpoczyna się od słów *casus maior*, a zatem od jednego z terminów określających siłę wyższą⁶⁴, co sugerować może, że ma ona zastosowanie ogólnie w przypadku każdej siły wyższej.

W zachowanych źródłach prawa nie doszukałem się żadnego innego, w którym zarazę zaliczono do siły wyższej, analizowana konstytucja jest jedynym źródłem wiążącym zarazę z siłą wyższą. Natomiast w źródłach nieprawniczych *pestilentia* jest już wzmiankowana wśród przykładów siły wyższej, choć bez towarzyszącego jej użycia desygnatu *vis maior*,

⁶² M. VINCI, *op. cit.*, s. 288.

⁶³ W literaturze podejmowane są także inne problemy badawcze związane z tym reskryptem, np. zakres jego obowiązywania. Roztrząsanie każdej z tych kwestii wymagałoby jednak pracy o rangi monografii, dlatego ograniczam się do tych zagadnień, które uważam za najważniejsze.

⁶⁴ Termin *casus maior* został użyty przez Gaiusa (D. 44,7,1,4, Gai. 2 aureor.) dla określenia siły, której słabość ludzka nie może się oprzeć (*cui humana infirmitas resistere non potest*). W konstytucjach Dioklecjana siłę wyższą także określano terminem *casus* (C. 4,35,13, 294 r.), *casus fortuitus* (C. 4,35,13, 294 r.), *improvisus casus* (C. 4,35,13, 294 r.). Szerzej zob. M. SOBczyk, *Siła wyższa w rzymskim prawie prywatnym*, Toruń 2005, s. 169 i n.

casus maior lub innego terminu określającego siłę wyższą⁶⁵. Często przyczyn zarazy upatrywano w woli bogów, a później chrześcijańskiego Boga, zwłaszcza uważano ją za karę za grzechy i występki⁶⁶. Skłania mnie to do wniosku, że zaraza była uważana za siłę wyższą i to już w okresie republiki, mimo że na gruncie jurydycznym brakuje na to jednoznacznego dowodu. Takim dowodem może być jedynie analizowany reskrypt Dioklecjana. Nie ulega natomiast wątpliwości, że za siłę wyższą była uważana poważna choroba, bowiem jest ona wzmiankowana w tym charakterze zarówno w źródłach literackich⁶⁷, jak i źródłach prawa (*morbis*⁶⁸, *valetudo*⁶⁹).

Jeszcze w XIX w. poparcie znajdowała hipoteza, że termin *casus maior* oznacza tu epilepsję (*morbis caducus*, *morbis comitialis*), której atak dotknął jednego ze świadków testamentowych, z takim dodatkowym skutkiem, że był przyczyną obawy innych świadków przez zakażeniem, gdyż uważano ją za chorobę zakaźną⁷⁰. Hipoteza ta została pod-

⁶⁵ Cicero, *De natura deorum* 2,5,14; Seneca, *Ad Helviam matrem De consolatione* 7,4; Arnobius, *Adversus Nationes* 2,76.

⁶⁶ Zob. szeroko I. MAZZINI, *La malattia conseguenza e metafora del peccato nel mondo antico, pagano e Cristiano*, [w:] *Cultura e promozione umana. La cura del cuerpo e dello spirito nell'antichità classica e nei primi secoli cristiani. Un magistero ancora attuale?*, *Atti del I Conv. Intern. (Troina, 29 ottobre-1 novembre 1997)*, ed. E. Dal Covolo, I. GIANETTO, Troina 1998, s. 159-172; W. SUDER, *Gniew bogów. Etiologia religijna epidemii w Republice Rzymskiej*, «Acta Universitatis Wratislaviensis» 3063, «Prawo» 300/2008, s. 391-397; IDEM, *‘Et forte annus pestibus erat’: Epidemie w Republice Rzymskiej*, Wrocław 2007, s. 47; J. IWAŃSKA, *Przyczyny, zapobieganie i leczenie chorób epidemicznych w starożytnej Grecji i Rzymie*, «Seminare. Poszukiwania Naukowe» 28/2010, s. 223-237; R. PAURA, *L'ermeneutica delle epidemie nel pensiero Cristiano e l'idea del Dio Punitore*, «Orbis Idearum» 8.1/2020, s. 41-67.

⁶⁷ Arnobius, *Adversus Nationes* 2,76.

⁶⁸ D. 2,11,2,3 (Ulp. 74 *ad ed.*), D. 13,6,5,4 (Ulp. 28 *ad ed.*), D. 17,1,26,6 (Paul. 32 *ad ed.*). Szerzej na temat kwalifikacji choroby jako siły wyższej zob. M. SOBczyk, *op. cit.*, s. 139 i n. z przywołaną tam literaturą.

⁶⁹ D. 2,11,2,3 (Ulp. 74 *ad ed.*).

⁷⁰ Zob. szeroko G.L. MAREZOLL, *Über die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes, des Tages, der Zeit des Rechtsactes*, «Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß» 4/1831, s. 54 i n. z przywołaniem wcześniejszej literatury. Ostatnio wyrażane przez wieki propozycje wykładni reskryptu szeroko opisał C. WILLEMS,

dana gruntownej krytyce w 1849 r. przez Ernsta Ackermanna⁷¹ i dzisiaj wzmiankowana jest już jedynie jako ciekawostka⁷². Podobnie, za daleko idącym uproszczeniem jest uznanie, że termin *casus maior* sam w sobie oznacza tu zarazę i może być wprost w ten sposób przetłumaczony. Nie jest to termin techniczny oznaczający zarazę i nie może zostać potraktowany zamiennie z *pestis* lub *pestilentia*, w treści reskryptu oznacza raczej szerszą kategorię pojęciową – siłę wyższą, której zaraza jest jedynie przykładem.

W mojej ocenie można rozważać dwojaką interpretację terminu *casus maior* w analizowanym reskrypcie. Po pierwsze, termin ten może oznaczać ogólnie siłę wyższą, co sugerowałoby, że analizowana konstytucja miała zastosowanie do każdego przypadku, w którym zachowanie wszystkich wymogów formalnych testamentu byłoby utrudnione lub niemożliwe z powodu siły wyższej, a zatem nie tylko zarazy, ale w szczególności napadu wroga (*vis hostium*), trzęsienia ziemi (*terrae motus*) lub działania innej siły natury (*vis naturalis*). Po drugie, w tym przypadku termin *casus maior* został użyty tylko w celu podkreślenia faktu, że zaraza jest siłą wyższą, a nie po to, aby dozwolone konstytucją poluzowanie wymogów testamentu mogło być wykorzystywane w każdym przypadku siły wyższej. Uważam, że z uwagi na dalszą treść reskryptu bardziej uprawniona jest druga interpretacja, bowiem w kontekście innych zdarzeń siły wyższej nie byłoby mowy o obawie zakażenia ani o chorobie testatora lub świadków⁷³. Innymi słowy, kontekst sytuacyjny

Zwischen Infektionsschutz und Schutz des Erblasserwillens: Das sogennante testamentis tempore pestis conditum, «ZSS» 138/2021, s. 616 i n.

⁷¹ E. ACKERMANN, *op. cit.*, s. 55 i n.

⁷² We współczesnej literaturze szerzej nawiązuje do niej C. WILLEMS, *op. cit.*, s. 620 i n.

⁷³ Por. E. ACKERMANN, *op. cit.*, s. 55 i n.; S. KURSA, *op. cit.*, s. 221 i n.; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad*, «Revista Internacional de Derecho Romano» 26/2021, s. 425; IDEM, *El peligro...*, s. 933; E. MUÑOZ CATALÁN, *Aplicación jurídica del testamentum tempore pestis o testamento en caso de pandemia como la generada actualmente por el coronavirus*, «Foro, Revista De Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva época» 23/2020, s. 113 i n.; L. DESANTI, *Dominare la prassi. I rescritti diocleziane in materia di successioni*, [w:] *Diocleziano la frontiera giuridica dell'impero*, a cura di W. ECK, S. PULIATTI, Pavia 2018, s. 543.

opisany w reskrypcie nie uzasadnia tezy, że szczególne rozwiązanie zaprobowane przez Dioklecjana miało zastosowanie także w odniesieniu do innych zdarzeń utrudniających zebranie się w jednym czasie i miejscu wymaganej liczby świadków i testatora, na przykład najazdu wroga.

Niewątpliwie wpływ na omawianą konstytucję mogły mieć dość często powracające w świecie antycznym, w tym państwie rzymskim, różnego rodzaju epidemie zarówno o rozmiarze lokalnym, regionalnym, jak i dotyczące znaczne obszary państwa⁷⁴. Zachowane źródła nieprawnicze dowodzą, że ówcześni ludzie mieli świadomość łatwości, z jaką rozprzestrzeniają się epidemie⁷⁵. Ostatnią z dużych epidemii poprzedzających wydanie konstytucji była epidemia datowana na lata 249-262 zwana zarazą Cypriana⁷⁶. Choć jest mało prawdopodobne, że to akurat na jej tle zostało zadane pytanie Marcellinusa, gdyż wydaje się, że upłynęło zbyt wiele czasu, to jednak świadomość pojawiającego się co pewien czas zagrożenia miała wpływ na decyzję o poluzowaniu wymogów testamentowych, tym bardziej że w czasach panowania Dioklecjana odnotowywano epidemie o mniejszej skali⁷⁷.

Oczywiście znając historię rzymskich epidemii na przestrzeni wieków⁷⁸, można snuć domysły, do epidemii jakich konkretnie chorób

⁷⁴ Na podstawie wzmianek o epidemiach u Liwiusza obliczono, że wybuchały one średnio co osiem lat, a w pewnych okresach nawet co cztery lata; zob. E. BUGAJ, *Zaraza w świecie rzymskim w czasach Antoninów*, [w:] *Epidemie, klęski, wojny*, red. W. DZIEDUSZYCKI, J. WRZESIŃSKI, Poznań 2008, s. 117 z przywołaną tam literaturą. Zestawienie pandemii w okresie Republiki rzymskiej zawiera praca W. SUDERA, *Epidemie...*, s. 28 i n. Zob. także J. IWAŃSKA, *Epidemie w antycznych źródłach greckich i rzymskich*, «Seminare. Poszukiwania Naukowe» 30/2011, s. 209-221.

⁷⁵ Zob. zwłaszcza uwagi, jakie na temat *pestis* poczynił Izydor z Sewilli, *Etymologiarum* 4,16,17-19, a wcześniej Tukidydes, *Wojna Peloponeska* 2,47; Arystoteles, *Zagadnienia przyrodnicze* 859a,7; Euzebius Caesariensis, *Historia ecclesiastica* 7,22,7; Ammianus Marcellinus, *Res gestae* 19,4,8; Plinius, *Nat. hist.* 26,1-5.

⁷⁶ Według różnych szacunków epidemia ta mogła trwać nawet do 270 r. Nazwano ją od mienia Cypriana biskupa Kartaginy (jednego z ojców Kościoła, męczennika za wiarę i późniejszego świętego), który ją opisał.

⁷⁷ C. WILLEMS, *op. cit.*, s. 626.

⁷⁸ Ograniczając się jedynie do tych najbardziej znanych epidemii, które pochłonęły najwięcej ofiar poza zarazą Cypriana, należałoby jeszcze dodać zarazę Antoninów (*pestis Antonini*), zwaną też zarazą Galena w czasach Marka Aureliusza i dżumę Justyniana.

konstytucja mogła mieć zastosowanie, podając takie przykłady, jak dżuma, cholera, ospa, odra⁷⁹, i podzielałam tezę, że również trąd, skoro do dziś pozostaje on symbolem wymuszonej izolacji, a nawet odtrącenia społecznego chorego⁸⁰. Pewną wskazówkę w tej kwestii stanowi fakt, że terminy *pestis* lub *pestilentia* służyły określeniu każdej choroby zakaźnej, bez względu na patogen (wirus, bakterię, grzyb) i jej bliższą kwalifikację medyczną⁸¹. Sławomir Kurša stawia jednak dalej idącą tezę, że w grę wchodzić mogła nie tylko choroba spowodowana epidemią, lecz także jakakolwiek inna zakaźna choroba, nieuleczalna lub niosąca za sobą ryzyko śmierci, co skłania do wniosku, że nazwa *testamentis pestis tempore conditum* nie tylko nie jest źródłowa, lecz także zawęża zakres okoliczności, które uprawniały do sporządzenia tego rodzaju testamentu⁸². Owszem jest to teza godna rozważenia, choć wydaje się, że prawnicy redagujący treść reskryptu mieli na względzie zagrożenie o szerszej skali, dotyczące wielu osób, o czym świadczy właśnie użycie terminu *casus maior*.

Nie popieram także krytyki samej nazwy *testamentum pestis tempore conditum* jako zbyt wąskiej⁸³, bowiem należy mieć na względzie, że istotnie nazwa ta nie ma bezpośredniej podstawy w treści źródła, a pełni

Poza pracami wzmiankowanymi powyżej zob. ostatnio M. WÓJCIK, *Plaga Justyniana. Cesarstwo wobec epidemii*, «Zeszyty Prawnicze» 11.1/2011, s. 377-401; B. SIŃTEK, 'Pestis Antoni'. Reakcja Antoniusza na globalną starożytną epidemię, «Teka Komisji Prawniczej PAN. Oddział w Lublinie» 13.1/2020, s. 389-399; M. SIWICKA, Człowiek w obliczu epidemii – relacja Tukidydesa i Prokopiusza z Cezarei, «Vox Patrum» 78/2021, s. 25-64 z przywołaną w tych pracach literaturą.

⁷⁹ Bynajmniej nie jest to kwestia oczywista, bowiem S. CASTÁN PERÉZ-GÓMÉZ (*Formas testamentarias posclásicas especiales. I. 'Testamentum tempore pestis'*, [w:] *Estudios jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, I, Salamanca 2002, s. 213-235; IDEM, *Testar...*, 425 i n.) uważa, że inne poza dżumą epidemie (np. malarii lub cholery) nie miały aż tak dużego znaczenia, aby uzasadniać złagodzenie wymogów testamentowych.

⁸⁰ S. KURSA, *op. cit.*, s. 222.

⁸¹ E. BUGAJ, *op. cit.*, s. 116; A. CHERCHI, *L'idulgenza nel emegenza. Brevi note sul c.d. testamentum tempore pestis nel diritto romano*, [w:] *Emergenza e diritti tra presente e futuro*, red. V. CORONA, M.F. CORTESI, Napoli 2020, s. 144.

⁸² S. KURSA, *op. cit.*, s. 222.

⁸³ *Ibidem*.

od dawna w nauce i dydaktyce rolę wygodnego desygnatu złagodzonej formy testamentu sporządzanego w czasie zarazy. Tak jak w przypadku wielu innych terminów funkcjonujących w romanistyce prawniczej powyższy termin nie w każdym przypadku jest w pełni adekwatny do sytuacji, do której się go odnosi, co nie stanowi wystarczającego argumentu za rezygnacją z niego.

5. W JAKICH OKOLICZNOŚCIACH DOPUSZCZALNA BYŁA FORMA *TESTAMENTUM PESTIS TEMPORE CONDITUM*?

Powstaje także pytanie, czy stan zagrożenia spowodowany zarazą powinien przybrać bardzo konkretny wymiar, co ma miejsce w sytuacji, w której testator, ewentualnie któryś z przywołanych świadków, już jest zakażony, czy też wystarcza przeświadczenie, że spotkanie podczas trwającej epidemii tylu osób w jednym miejscu i czasie może spowodować zakażenie, nawet jeżeli żadna z tych osób nie zdradza jeszcze objawów choroby. Podstawowy problem dotyczy więc tego, kogo miała dotknąć choroba zakaźna: testatora (interpretacja pierwsza), któregoś ze świadków (interpretacja druga), czy też wystarczało samo odczucie zagrożenia zakażeniem ze względu na panującą pandemię w danym miejscu i czasie, mimo że testator ani żaden z przywołanych świadków nie miał objawów choroby (interpretacja trzecia). Teoretycznie każda z tych okoliczności może stanowić przyczynę podkreślonej w reskrypcie obawy świadków przed zakażeniem (*timor contagionis*) i tym samym utrudniać zachowanie wymogów zwykłej formy testamentu⁸⁴. Wydaje się natomiast, że ta złagodzona forma testamentu nie była stosowana w przypadku innej, nawet ciężkiej i bezpośrednio zagrażającej życiu, choroby testatora niż zakaźna⁸⁵.

Odpowiedź na powyższe pytanie zależy od wydania kodeksu Justyniana i użytego w § 1 sformułowania *morbo oppresso*⁸⁶ albo *morbo*

⁸⁴ M. VINCI, *op. cit.*, s. 288.

⁸⁵ E. ACKERMANN, *op. cit.*, s. 73; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *El peligro...*, s. 933.

⁸⁶ Treść w P. KRÜGER, ‘*Codex Iustinianus*’ (*editio maior*), Berolini 1877, oparta na pochodzącym z VI w. manuskrypcie weroneskim kodeksu.

*oppressos*⁸⁷ i jego tłumaczenia. Okazuje się bowiem, że różniąca te sformułowania litera „s” ma bardzo duże znaczenie, gdyż decyduje o tym, czy rzeczownik *morbus* odnosi się do testatora (*morbo oppresso*), czy do świadków (*morbo oppressos*). W cytowanej powyżej edycji Paula Krügera kluczowe w tym aspekcie zdanie *testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est* można przetłumaczyć na język polski jako „uchylony zostaje [wymóg], aby świadkowie w tym samym czasie byli obecni, gdy testator jest dotknięty tego rodzaju chorobą”, natomiast to samo zdanie w brzmieniu *testes enim huiusmodi morbo oppressos eo tempore iungi atque sociari remissum est* należałoby przetłumaczyć jako „uchylony zostaje [wymóg], aby świadkowie dotknięci tego rodzaju chorobą w tym samym czasie byli obecni”. Na podstawie dostępnych edycji reskryptu nie można zatem rozstrzygnąć, czy to testator ma być dotknięty chorobą, czy też świadkowie lub przynajmniej jeden z nich.

Pierwsza z powyższych interpretacji prezentowana była już przez Cuiaciusa, według którego chodzi tu o chorobę zakaźną testatora, wywołującą strach świadków przed zakażeniem⁸⁸. Spotkała się ona z aprobatą licznych zwolenników⁸⁹ i nadal jest prezentowana⁹⁰. Druga interpretacja (choroba świadków) jest mało przekonująca z przyczyn niżej podanych, zaś trzecia (stan pandemii jako taki) uzyskała ostatnio poważne wsparcie⁹¹.

⁸⁷ Treść zachowana w edycji *Codex Casinas 49 i Berolensis 273*.

⁸⁸ Najstarsze poglądy szeroko omawia E. ACKERMANN, *op. cit.*, s. 55 i n. oraz ostatnio C. WILLEMS, *op. cit.*, s. 616 i n.

⁸⁹ L. PIĘTAK, *Prawo spadkowe rzymskie*, I, Lwów 1882, s. 236. P. VOCI, *Diritto hereditario romano*, Milano 1956, s. 101.

⁹⁰ O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Testamentary succession in the constitutions of Diocletian*, Zutphen 1982, s. 27; G.P. SAHAGÚN, *Derecho Romano*, Mexico 2008, s. 301; A. CHERCHI, *op. cit.*, s. 143 i n.; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Testar...*, s. 425, s. 429; J. KOREDZUK, *Uprzywilejowane rozporządzenia ostatniej woli sporządzone podczas zarazy w prawie i orzecznictwie sądów byłego zaboru austriackiego w okresie międzywojennym*, «Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa» 14.2/2021, s. 190 i n.; C. WILLEMS, *op. cit.*, s. 630.

⁹¹ M. VINCI, *op. cit.*, *passim*; L. CLIMENT ESCRIVÁ, *Análisis comparativo entre los testamentos actuales y los del derecho romano*, s. 33 = <http://dspace.umh.es> (dostęp 19 kwietnia 2022 r.).

Z przedstawionych powyżej trzech możliwości interpretacyjnych za każdą przemawiają jakieś argumenty i trudno jest jednoznacznie i z przekonaniem przesądzić tę kwestię. Co więcej, okazuje się, że rozstrzygnięcie tego problemu pozostaje w ścisłym związku z kolejnym – na czym polegała wprowadzona reskryptem *relaxatio* wymogów testamentu.

Poważne argumenty przemawiają za tym, że konstytucja miała na względzie chorobę zakaźną testatora (interpretacja pierwsza), a nie chorobę świadków (interpretacja druga) ani też nie po prostu stan epidemii jako taki (interpretacja trzecia). Gdyby testator był zdrowy, a dotknięta zarazą byłaby któraś z osób, którą zamierzał wezwać na świadka testamentowego, to zapewne tę osobę można byłoby zastąpić inną zdrową, a przynajmniej nie wydaje się, żeby sytuacja taka stanowiła aż tak dużą trudność, aby wprowadzać rozwiązanie zmniejszające wymogi testamentowe, choć zachowujące wymaganą liczbę świadków⁹². Gdyby istota trudności tkwiła w zgromadzeniu wymaganej liczby świadków, czy to z powodu choroby potencjalnego świadka, czy to z powodu obawy świadków przed zakażeniem, to zapewne złagodzenie wymogów polegałoby na zmniejszeniu liczby wymaganych świadków, tak jak uczyniono w 534 r. dla testamentów sporządzanych na wsi. Możliwość zmniejszenia liczby świadków brano pod uwagę, skoro w analizowanym reskrypcie odrzucono to rozwiązanie. Wydaje się zatem, że to osoba testatora, a ściślej jego choroba zakaźna stanowi przeszkodę w zachowaniu zwykłej formy testamentu i jest przyczyną obawy świadków. Należy też założyć, że to trudności dotyczące bezpośrednio testatora, a wynikające z doskwierającej mu choroby i obawy innych osób przed kontaktem z nim, stanowiły w oczach prawników dioklecjańskich redagujących konstytucję argument o znacznie większej wadze niż choroba któregoś z przywołanych świadków⁹³. Dobrem chronionym była tu swoboda testowania, zagrożona w wyższym stopniu chorobą dotyczącą testatora niż chorobą świadka. Reskrypt z jednej strony więc ułatwiał choremu testatorowi sporządzenie testamentu, ponieważ zmniejszał

⁹² Por. O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *op. cit.*, s. 27.

⁹³ Por. S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Testar...*, s. 429.

obawy świadków przed zakażeniem i tym samym ułatwiał ich zebranie, z drugiej strony miał też na względzie zdrowie samych świadków. Czy było to jednak rozwiązanie konieczne po to, aby testator w ogóle mógł sporządzić testament?⁹⁴ Zapewne w części przypadków tak, jednakże nie postawiłbym takiej generalnej tezy.

Poważny argument za tą wykładnią stanowi fragment Bazylik odnoszący się do tej formy testamentu:

Bas. 35,2,7: Δεδίотες οί μάρτυρες πλησίάσαι τῷ διατιθεμένῳ διὰ τὸ μὴ τῇ νόσου μεταλαβεῖν, συγχωρεῖσθωσαν κεχωρισμένως ἐξ αὐτοῦ σφραγῖσαι τὴν διαθήκην. [*Testibus, qui metuunt proprius ad testatorem accedere, ne morbi participes fiant, permittatur, ut separatim ab eo testamentum signent*].

Świadkowie, którzy obawiają się podejść do testatora, aby się nie zarazić, mogli złożyć swoje pieczęcie osobno od niego (*separatim ab eo*). Nie jest to jednak, moim zdaniem, argument przesądzający, nie można bowiem zapominać o tym, że Bazyliki zostały ukończone dopiero na przełomie IX i X w. i w cytowanym fragmencie nie zawierają dokładnej treści reskryptu Dioklecjana, ale tylko jego interpretację. Powstaje także problem, w jaki sposób pogodzić tę interpretację z zawartą w treści reskryptu frazą *iungi atque sociari* sugerującą jednak coś więcej niż tylko spotkanie świadka z testatorem⁹⁵. Źródło to można traktować jako dowód najczęstszej sytuacji, w których przez setki lat po wydaniu reskryptu miał on zastosowanie, jednakże nie dostarcza ono wystarczającego argumentu, że była to zarazem sytuacja jedyna objęta reskryptem. Nie jest też wykluczone, że wykładnia reskryptu ewoluowała i po około sześciuset latach zawarte w nim złagodzenie stosowano wężej niż pierwotnie.

Przyjęcie interpretacji pierwszej ma wszakże tę wadę, że problem obawy świadków, czy też ogólnej prewencji przed rozprzestrzenianiem się epidemii rozwiązuje jedynie częściowo. Każdy ze świadków musi mieć jednak styczność z chorym testatorem, choćby w stopniu

⁹⁴ S. KURSA, *op. cit.*, s. 223.

⁹⁵ Por. wątpliwości dotyczące miarodajności tego źródła dla wykładni konstytucji Dioklecjana E. ACKERMANN, *op. cit.*, s. 57.

umożliwiający testatorowi obserwację czynności podejmowanych przez świadków z uwagi na podkreślony wyżej wymóg, aby czynności te miały być podejmowane *in conspectu testatoris*. W tym miejscu dotykamy problemu, na czym precyzyjnie polegało złagodzenie wymogów testamentowych, zwłaszcza jeżeli celem reskryptu była ochrona świadków przed zakażeniem od chorego testatora.

Także trzecią z zarysowanych interpretacji da się uzasadnić i to co najmniej w dwojaki sposób, w obu przypadkach zakładający szerszą niż powyższa wykładnię kluczowych sformułowań w treści reskryptu. Pierwszy argument zakłada, że w oryginalnej treści reskryptu użyta została odnoszona do świadków fraza *morbo oppressos*, której w dodatku nie należałoby rozumieć dosłownie, jako choroby fizycznie dotykające świadków, ale w szerszym, nieco przenośnym sensie, dla podkreślenia uczucia strachu, który wywołuje u świadków⁹⁶.

Drugi argument na rzecz trzeciej interpretacji jest bardziej złożony. Mianowicie, wyrażenie *morbo oppresso* w połączeniu z *eo tempore* oznaczają stan, w którym w danym miejscu i czasie panuje epidemia⁹⁷. Ścisłej, ani *morbus*, ani *oppressus* nie odnoszą się tu do konkretnej osoby, lecz do rzeczownika *tempus*, zatem to „czas” jest „dotknięty epidemią”, a nie człowiek. Z kolei rzeczownik *tempus* odnosi się tu nie do chwili testowania, ale rozumiany jest szeroko jako czas zarazy. Nie jest zatem konieczne, aby testator lub świadkowie byli osobiście dotknięci chorobą, ponieważ istotniejsze znaczenie ma fakt, że zaraza rozprzestrzeniła się w miejscu, w którym ma zostać sporządzony testament. Proponowana wykładnia źródła wskazuje zatem na szerszą dopuszczalność odstępstwa od zwykłych wymogów procesu testowania, gdyż wystarcza tu stan epidemii jako taki. Moim zdaniem argument za tą wykładnią stanowi użycie terminu *casus maior* w *principium* reskryptu, bowiem jeżeli miałyby pod nim się kryć epidemia stanowiąca siłę wyższą, to należałoby przyjąć, że prawnicy redagujący konstytucję mieli tu na myśli zdarzenie o szerszej skali i nie traktowali choroby indywidualnej osoby jako koniecznej przesłanki zastosowania wprowadzonego rozwiązania.

⁹⁶ Por. B. BIONDI, *Successione testamentaria*, Milano 1943, s. 67.

⁹⁷ M. VINCI, *op. cit.*, s. 291; por. O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *op. cit.*, s. 28.

Jeżeli natomiast opowiedzieć by się za węższą wykładnią, przywiązującą wagę do choroby testatora, to znaczenie terminu *casus maior* staje się marginalne, gdyż przesądza i tak rozumienie frazy *morbo oppresso* jako choroby dotykającej testatora.

Niemniej i w stosunku do tej interpretacji można postawić argument przeciw, jeżeli bowiem już w *principium* mowa o sile wyższej i odczuciu obawy przed zarażeniem, to podkreślenie w § 1 tych samych okoliczności użyciem tak rozumianych słów *morbo oppresso* lub *morbo oppressos* musiałyby być już tylko zabiegiem retorycznym, niewnoszącym niczego nowego. Wydaje się, że rzeczownikowi *morbus* należy tu przypisać istotniejsze, konkretyzujące w stosunku do ogólnego terminu *casus maior* i zarazem samodzielne znaczenie niż traktować go jako wzmocnione powtórzenie tej samej myśli, którą zawiera już *principium* reskryptu.

Żadna z powyższych trzech interpretacji reskryptu nie znajduje wyraźniej lepszego uzasadnienia od dwóch pozostałych ani też żadnej nie można wykluczyć, choć druga wydaje się najmniej prawdopodobna. Być może zatem należałoby przyjąć kolejną, czwartą już, interpretację zakładającą, że w danym miejscu panuje zaraza i testator zdążył już zachorować. Ta interpretacja nadaje właściwe znaczenie użytemu w *principium* terminu *casus maior*, jak i uzasadnia tradycyjne rozumienie *morbo oppresso* jako choroby dotykającej testatora. W praktyce ta możliwość zwykle pokrywałaby się z pierwszą z proponowanych wykładni, a jedynie w rzadkich sytuacjach, w których nie można byłoby mówić o zarazie panującej choćby lokalnie, oznaczałaby, że złagodzona forma testamentu jednak nie znajdzie zastosowania, mimo choroby testatora⁹⁸.

Powyższe wątpliwości co do prawidłowej wykładni konstytucji Dioklecjana mają jak najbardziej wymiar praktyczny, bowiem tylko w pewnym stopniu wszystkie opisane możliwości interpretacyjne mają wspólny zakres zastosowania. Nie ma wątpliwości, że złagodzona forma testamentu mogła być zastosowana, gdy w danym miejscu panowała zaraza i testator oraz któryś ze świadków mieli już widoczne objawy choroby. Bezpiecznie można przyjąć także, że wystarczał stan epidemii

⁹⁸ Zdaniem M. VINCI, *op. cit.*, s. 292, choroba testatora sama w sobie nie wystarczała; odmiennie S. KURSA, *op. cit.*, s. 221 i n.

i choroba testatora. Można zakładać, że stany te były w praktyce najczęstsze, co nie oznacza, że jedyne, które kancelaria cesarska miała na względzie. Problem wykładni reskryptu nabierał znaczenia, gdy testator i świadkowie byli zdrowi, choć w okolicy już rozprzestrzeniała się zaraza. Wtedy tylko przedstawiona wyżej szeroka wykładnia reskryptu uzasadniała jego zastosowanie.

6. NA CZYM POLEGAŁO ZŁAGODZENIE WYMOGÓW FORMALNYCH TESTAMENTU?

Zwięzła treść konstytucji nie pozwala także na precyzyjne i pewne ustalenie, na czym polegało dopuszczone reskrytem odstępstwo od zwyczajnej formy sporządzania testamentu. Jak już wyżej zauważyłem, pozostaje to w związku z rozstrzygnięciem kwestii, w jakich okolicznościach ta forma testamentu miała być stosowana. Pewne jest wszakże, że było to złagodzenie o ograniczonym charakterze, skoro zgodnie z wyraźną treścią konstytucji testator nie mógł zrezygnować z którejś z czynności składających się na sporządzenie testamentu i musiał w tym celu przywołać zwykłą liczbę świadków, ostatecznie ustaloną w 439 r. na siedmiu. Podobnie, świadkowie także musieli podjąć wymagane od nich czynności w postaci złożenia pieczęci, a z czasem również podpisów. Nie można tu zatem mówić o radykalnie nowej formie testamentu i o przełomie podobnym, jakim było późniejsze uznanie w cesarstwie zachodnim testamentu holograficznego⁹⁹. Z konstytucji wyraźnie wynika, że chodzi tu o konieczną i ograniczoną modyfikację obowiązującej formy zwyczajnej, a nie o kreację czegoś nowego.

Złagodzenie dopuszczone reskrytem ukryte jest pod słowami *iungi atque sociari remissum est*, co wskazuje na brak konieczności bezpośredniego spotkania się, a zatem brak konieczności obecności w tym samym miejscu i czasie. Wyrażenie to może odnosić się zarówno do spotkania świadków z testatorem, jak i poszczególnych świadków ze sobą, choć

⁹⁹ Ówczesnie jednak ten przełom nie znalazł jeszcze odzwierciedlenia w praktyce, skoro testament holograficzny nie stał się popularny.

nie oznacza to samo przez się, że reskrypt zezwalał na brak jakiegokolwiek styczności świadka z testatorem lub z pozostałymi świadkami. Wykładnia cytowanego sformułowania musi mieć bowiem na względzie opisane wyżej przesłanki ważności testamentu, w tym zwłaszcza wymóg podejmowania czynności w obecności testatora (*in conspectu tutoris*) i gwarancyjny charakter udziału świadka w procesie testowania.

W typowym ujęciu sformułowanie *iungi atque sociari* jest objaśniane w nauce jako brak konieczności spotkania się wszystkich świadków w tym samym miejscu i czasie (odstępstwo od *unitas temporis et actus*), wystarczało bowiem, że każdy z nich z osobna, tj. sukcesywnie jeden po drugim, złożył swoją pieczęć¹⁰⁰. To ujęcie jest jednak tylko z pozoru satysfakcjonujące, gdyż co najwyżej eliminuje niebezpieczeństwo zarażenia od innego świadka. Oczywiście wystarcza ono przy założeniu, że reskrypt ma na względzie stan pandemii jako taki lub chorobę potencjalnego świadka testamentu, o ile sam testator pozostawał zdrowy. Jego zaletą jest też poszanowanie wymogu, aby świadkowie składali pieczęcie i podpisy na oczach testatora i osobiście dowiedzieli się od testatora, że opieczętowują jego testament. Powstaje jednak pytanie, w jaki sposób można pogodzić je z bardziej uprawnioną hipotezą, że omawiana złagodzona forma testamentu była stosowana w przypadku choroby samego testatora. Jeżeli zachowano by wymóg podjęcia tej czynności w obecności testatora, a ten byłby już chory, to rozwiązanie to nie chroniłoby świadków przed zarażeniem i nie zmniejszałoby ich obawy, przynajmniej w istotnym stopniu. Innymi słowy, wydaje się, że wprowadzone złagodzenie nie sprawdziłoby się w najczęstszym przypadku, co skłania do wniosku, że prawdopodobnie autorom reskryptu nie chodziło o to, aby znieść wymóg obecności wszystkich świadków w tym samym miejscu i czasie, jeżeli nadal pozostawałby aktualny wymóg podejmowania przez każdego świadka czynności w obecności chorego testatora. Z tego względu poszukuje się alternatywnej interpretacji konstytucji Dioklecjana.

¹⁰⁰ P. VOCI, *op. cit.*, s. 101; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Law...*, s. 168; J. KOREDCZUK, *op. cit.*, s. 90 i n.; L. CLIMENT ESCRIVÁ, *op. cit.*, s. 33.

Można wyobrazić sobie różne sytuacje, w których dane osoby skutecznie pełniły funkcję świadków testamentowych, mimo braku bliskiego fizycznego kontaktu pomiędzy każdą z nich a testatorem, jak i pomiędzy nimi samymi, choć przy założeniu, że osoby te się jednak spotkały¹⁰¹. W wieloizbowym budynku testator mógłby podejmować swe czynności w jednej izbie, a świadkowie mogli być zgromadzeni w innej izbie lub w pozostałych izbach, jednakże w taki sposób, aby pozyskali wiedzę, jakie czynności są podejmowane, i sami dopełnili oczekiwanych od nich formalności, czyniąc to na oczach testatora. Świadkowie mogli też zebrać się na zewnątrz budynku, zachowując kontakt z testatorem przez otwarte okno do jego pokoju. W przypadku formy ustnej testamentu oznaczałoby to, że każdy z nich musiałby wyraźnie słyszeć i widzieć testatora, co oznacza, że kontakt tych osób musiał być dość bliski, choć nie bardzo bliski. Łatwiej byłoby sporządzić testament w formie pisemnej, bowiem testator mógłby oświadczyć oddalonym od niego w pewnej odległości świadkom, że w tym i w tym miejscu znajduje się spisany jego testament, po czym każdy z nich z osobna udawałby się tam, aby złożyć swoją pieczęć i podpis¹⁰². Dopuszczone reskryptem złagodzenie polegałoby zatem na rezygnacji z *unitas loci*¹⁰³. Poza tym cała czynność testowania mogłaby się odbyć w ogóle poza budynkiem, na wolnym powietrzu, przy zachowaniu pewnych odległości pomiędzy jej uczestnikami. W tych sytuacjach wydaje się, że wymóg działania *in conspectu tutoris* został zachowany¹⁰⁴.

Pozostaje jeszcze wzmiankowana wyżej możliwość wskazywana przez Bazyliki – opieczętowywania testamentu przez każdego ze świadków osobno od testatora (*separatim ob testatore*). W cytowanym powyżej

¹⁰¹ Od dawna w literaturze rozważa się podobne możliwości; zob. G.L. MAREZOLL, *op. cit.*, s. 77 i n.; E. ACKERMANN, *op. cit.*, s. 56 i n.; L. PIĘTAK, *op. cit.*, s. 236. Wzmiankowane prace przedstawiają wcześniej wyrażane poglądy innych autorów.

¹⁰² Por. S. KURSA, *op. cit.*, s. 225.

¹⁰³ L. PIĘTAK, *op. cit.*, s. 236.

¹⁰⁴ Nie jest to jednak oczywiste, bowiem można zastanawiać się, jaki dystans pomiędzy uczestnikami czynności powinien zostać zachowany, aby z jednej strony zachować gwarancję ważności i autentyczności testamentu, a z drugiej uchronić ich od zakażenia; por. E. ACKERMANN, *op. cit.*, s. 59.

fragmencie brakuje jednak wzmianki o tym, czy każdy ze świadków mógł złożyć pieczęć nie tylko osobno od testatora, ale również osobno od pozostałych świadków, czyli także bez potrzeby równoczesnej obecności wszystkich świadków. Niewątpliwie zaś brak konieczności spotkania się danego świadka nie tylko z testatorem, lecz także z pozostałymi świadkami najbardziej sprzyjałaby bezpieczeństwu świadka i minimalizował jego obawy. Taka wykładnia reskryptu i wzmiankowanego fragmentu Bazylik jest więc dość prawdopodobna¹⁰⁵. Powstaje jednak pytanie, w jaki sposób pogodzić to z opisanymi wyżej przesłankami ważności testamentu. W literaturze rozważa się tu możliwość, że testator złożył spisany i zamknięty testament w miejscu publicznym, na przykład urzędzie miejskim lub świątyni, po czym przez posłańca powiadomił o tym świadków, prosząc ich o złożenie pieczęci i podpisów¹⁰⁶. W takim przypadku jednak świadkowie nie pozyskują bezpośrednio od testatora wiedzy o tym, że złożone tabliczki testamentowe zawierają jego testament, co może budzić wątpliwości¹⁰⁷, gdyż nie mogą później w sposób pewny zaświadczyć o tej podstawowej okoliczności, ze względu na którą zostali powołani, mogą jedynie przekazać słowa posłańca. Czynności świadków nie byłyby tu zdziałane *in conspectu testatoris*, skoro nie dochodziłoby do spotkania świadków z testatorem w jakiegokolwiek formie, a właśnie ten wymóg miał zapewnić wzmiankowaną pewność. Ponadto dopuszczenie możliwości działania *per nuntium* mogłoby stanowić okazję do nadużyć, zwłaszcza w postaci podmienienia lub sfałszowania testamentu przez posłańca lub inną osobę, z którą pozostałby on w zмовie¹⁰⁸.

Sygnalizowane trudności ustępują, gdyby uznać, że reskrypt Dioklejana zrywał z wymogiem działania *in conspectu tutoris*, ale taki wniosek nie wynika z jego treści. W mojej ocenie nie uzasadnia takiego zerwania sformułowanie *iungi atque sociari remissum est*, gdyż rezygnacja z tego wymogu byłaby wyraźniejsza, gdyby istotnie to o nią chodziło. Powyższe

¹⁰⁵ Por. J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona 1965, s. 612; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Testar...*, s. 428; C. WILLEMS, *op. cit.*, s. 630 i n.

¹⁰⁶ S. KURSA, *op. cit.*, s. 226.

¹⁰⁷ Por. S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Testar...*, s. 431 i n.

¹⁰⁸ Trzeba jednak zauważyć, że fałszerstwo utrudniał wymóg złożenia pieczęci przez samego testatora.

propozycje wykładni wzmiankowanego sformułowania świadczą zaś o tym, że można je racjonalnie odczytać bez konieczności przyjęcia, że nie obowiązywał także wymóg podejmowania czynności w obliczu testatora. Zachowało się jednak źródło, które dostarcza solidniejszego argumentu, że Dioklecjan wcale nie zniósł tego wymogu. Jest nim wydana w tym samym roku, a prawdopodobnie nawet tego samego dnia¹⁰⁹, kolejna konstytucja Dioklecjana i Maksymiana, umieszczona w kodeksie Justyniana bezpośrednio po analizowanym reskrypcie:

C. 6,23,9 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Patrioclaie: *Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet.* PP. k. Iul. ipsis IIII et III AA. cons. (a. 290).

Z treści konstytucji wynika, że o ile prawo miejscowe (*privilegium patriae*) nie znosi wymogu, aby świadkowie testamentowi podejmowali swoje czynności w obecności testatora, to testament sporządzony z naruszeniem tego wymogu jest nieważny. Potwierdzono zatem konieczność działania *in conspectu testatoris*, od której możliwa jest jedynie obowiązująca miejscowo derogacja¹¹⁰.

W samej treści odpowiedzi na pytanie zadane przez bliżej nieznaną Patroklę nie są zawarte odniesienia do zarazy ani nie następuje inne wyraźne nawiązanie do źródła powyżej analizowanego. Nie można mieć zatem pewności, że i ten reskrypt miał na względzie testament sporządzony w czasie zarazy, chociaż fakt umieszczenia go w kodeksie Justyniańskim bezpośrednio po powyżej analizowanej konstytucji, podobnie związała treść i data wydania stanowią ważki argument za taką interpretacją¹¹¹. Można założyć także, że każde odstępstwo od zwyczajnej

¹⁰⁹ To, czy oba reskrypty zostały wydane w tym samym dniu (1 lipca 290 r.), nie jest pewne, co nie zmienia faktu, że pozostawały w bardzo bliskiej koincydencji czasowej; zob. A. CHERCHI, *op. cit.*, s. 146.

¹¹⁰ Być może rację ma S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Testar...*, s. 432, że cesarz usankcjonował tu jedynie miejscowy zwyczaj, jednakże tej hipotezy nie można podeprzeć źródłowo.

¹¹¹ Szeroko na temat powiązań między obiema tymi konstytucjami zob. M. VINCI, *op. cit.*, s. 295 i n. Bez bliższego wyjaśnienia taki związek przyjmują także

formy testamentu musiało być podyktowane szczególnymi okolicznościami, wobec czego i ten reskrypt dotyczył sytuacji wyjątkowej, stanu faktycznego, w którym świadków dotykały poważne trudności, a akurat epidemia w największym stopniu uzasadnia przyjęte w reskrypcie rozwiązanie. Znaczenie ma także argument, że obie konstytucje odnoszą się do tego samego elementu formy testamentu – świadków testamentowych. Istnieją zatem poważne argumenty za tym, że także w czasie zarazy świadkowie testamentowi składali swoje pieczęcie w obecności testatora, choć w pewnej odległości od niego, jak również sami obserwowali podejmowane przez niego czynności, nawet jeżeli ten był chory, chyba że w drodze *privilegium* w danej miejscowości zniesiono także i ten wymóg. Udzielona Patrokli odpowiedź miała na celu zachowanie gwarancji, że świadkowie słyszeli oświadczenie testatora o tym, że okazywane im zamknięte tabliczki to jego testament. Co więcej, wydaje się, że nieprzypadkowo kompilatorzy justyniańscy zestawili w kodeksie oba reskrypty w bezpośrednim sąsiedztwie, aby przeciąć ewentualne wątpliwości, że złagodzenie formy przewidziane w pierwszym z nich nie idzie tak daleko, aby znieść ten podstawowy wymóg. O ile w pierwszym złagodzone wymogi formalne testamentu z uwagi na zarazę, o tyle myśl przewodnia drugiego podąża w przeciwnym kierunku, co do zasady ograniczając zakres tego złagodzenia, ale jednocześnie dopuszczając w drodze wyjątku dalej idące złagodzenie¹¹².

7. KONKLUZJE

Badacz prawa rzymskiego jest przyzwyczajony do tego, że treść analizowanego przez niego źródła jest niejednoznaczna i dopuszcza różne interpretacje. Stanem normalnym jest potrzeba weryfikacji różnych hipotez postawionych dotychczas w nauce, lecz zwykle da się wskazać i uzasadnić tę najbardziej prawdopodobną. Natomiast reskrypt

O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *op. cit.*, s. 28; E. MUÑOZ CATALÁN, *op. cit.*, s. 113; A. CHERCHI, *op. cit.*, s. 152; L. DESANTI, *op. cit.*, s. 544.

¹¹² Por. O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *op. cit.*, s. 28 i n.; M. VINCI, *op. cit.*, s. 300 i n.; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Testar...*, s. 432 i n.; L. DESANTI, *op. cit.*, s. 543 i n.

Dioklecjana i Maksymiana z 290 r. dotyczący złagodzonych wymogów formalnych testamentu sporządzanego w czasie zarazy jest tak zwięzły i aż w takim stopniu niejasny, że prowokuje do wielu pytań, które muszą pozostać bez jednoznacznej odpowiedzi. Tak naprawdę poza ogólnym i niesatysfakcjonującym twierdzeniem, że *testamentum pestis tempore conditum* było sporządzane w czasie zarazy, niewiele pewnego o tej formie testamentu można powiedzieć. Badacz, który zapozna się z wachlarzem dotychczasowych poglądów nauki i uzupełni je o własne przemyślenia, i tak zdany jest ostatecznie na intuicję, która z kilku możliwości wykładni źródła w danym szczegółowym aspekcie jest bardziej prawdopodobna.

Czyniąc powyższe zastrzeżenia, osobiście uważam, że analizowany rekskrypt dotyczył sytuacji, w której w danej miejscowości szerzyła się zaraza i osoba sporządzająca testament zdążyła już zachorować. Nie wystarczy tu zaś stan epidemii jako taki ani też choroba potencjalnego świadka testamentu, jeżeli testator pozostawał zdrowy. Nie wystarczyła też choroba testatora, jeżeli w jego miejscowości nie panowała zaraza. Złagodzenia wymogów formalnych testamentu nie należy rozumieć jako zupełny brak styczności świadków z chorym testatorem, lecz jako przyzwolenie na to, żeby świadkowie nie musieli składać swych pieczęci w bliskim kontakcie z nim. Co prawda, w konstytucji nie zostało wyraźnie powiedziane, czy odnosi się ona wyłącznie do testamentu pisemnego, czy również ustnego, zatem i tej ostatniej możliwości nie można całkowicie wykluczyć, to jednak wydaje się, że tylko forma pisemna pozwalała pogodzić dopuszczone odstępstwo z pozostałymi wymogami, które nadal obowiązywały¹¹³.

¹¹³ Stanowczą tezę, że był to testament sporządzany w formie pisemnej, a nie ustnej, stawia S. KURSA, *op. cit.*, s. 224; z kolei zdaniem O.E. TELLEGEN-COUPERUS obie formy były możliwe (*op. cit.*, s. 27).

‘TESTAMENTUM PESTIS TEMPORE CONDITUM’

Streszczenie

Niniejszy artykuł poświęcony jest szczególnej formie testamentu uznanej w konstytucji Dioklecjana i Maksymiana w 290 r. (C. 6,23,8), nazywanej tradycyjnie *testamentum pestis tempore conditum*. Była to złagodzona co do wymogów forma testamentu, stosowana jedynie w czasie zarazy i mająca na względzie niebezpieczeństwo zarażenia się i związaną z tym obawę świadków testamentowych oraz dotykające testatora trudności w sporządzeniu testamentu. Uwagi na jej temat poprzedzam syntetyczną prezentacją zwyczajnych form testamentu znanych prawu rzymskiego, gdyż analizowana forma szczególna była tylko złagodzoną postacią zwyczajnej.

Stawiam dwa zasadnicze problemy: w jakich okolicznościach *testamentum pestis tempore conditum* było dopuszczalne i na czym polegało odstępstwo od zwyczajnej formy testamentu. Analizie poddaję terminy *casus maior*, *morbo oppresso*, *morbo oppressos* i *iungi atque sociari*. Niestety związała treść reskryptu uniemożliwia precyzyjną i jednoznaczną odpowiedź na powyższe pytania.

W mojej ocenie *testamentum pestis tempore conditum* było stosowane, gdy dotknięty chorobą zakaźną testator sporządzał testament, przebywając w miejscowości, w której panowała zaraza o takim rozmiarach, które pozwalały uznać ją za siłę wyższą. Nie wystarczał tu zaś stan epidemii jako taki ani też choroba potencjalnego świadka testamentu, jeżeli testator pozostawał zdrowy. Złagodzenie wymogów formalnych testamentu polegało na tym, że świadkowie nie musieli składać swych pieczęci w bliskim kontakcie z chorym testatorem, jednakże czynność ta musiała odbyć się w obecności testatora, choć w pewnym dystansie od niego. Nie przekonują mnie zaś propozycje wykładni zakładające brak jakiegokolwiek styczności testatora ze świadkami podczas czynności sporządzania testamentu, zwłaszcza przyjmujące, że świadkowie składali swoje pieczęcie pod nieobecność testatora.

‘TESTAMENTUM PESTIS TEMPORE CONDITUM’

Summary

This paper is about a special form of last will and testament (*testamentum*) admitted by Diocletian and Maximian’s constitution of 290 and traditionally referred to as the *testamentum pestis tempore conditum*, although the terms *pestis* or *pestilentia* did not appear in the rescript. It was a modified, less rigorous version for a last will, to be used only during outbreaks of plague, and took into consideration the risk of infection to the witnesses and the problems facing the testator. As the special type of will I examine in this paper is only a less restrictive modification of the ordinary form, I precede my comments with an overview of the typical formula for a last will generally used in Roman law.

I look at two basic problems: the circumstances in which *testamentum pestis tempore conditum* was admissible, and the nature of the modifications. My analysis focuses on the terms *casus maior*, *morbo oppresso*, *morbo oppressos* and *iungi atque sociari*. Unfortunately, the very concise content of the rescript makes it impossible to give an unequivocal and precise answer to these problems.

In my opinion, the *testamentum pestis tempore conditum* was used when a person suffering from an infectious disease during an epidemic in his locality wanted to draw up his will, but there were conditions on the applicability of this type of will. The epidemic had to have reached a state when it could be recognized as *force majeure*; furthermore, it could not be used if one of the prospective witnesses had contracted the disease but the testator was still healthy. The relaxation of the formalities meant that the witnesses did not have to put their seals on the document in close contact with the sick testator, but they still had to perform their duty in his presence. I am not convinced by interpretations which claim that there was no contact at all between the witnesses and the testator, and especially that the witnesses were released from the requirement of having to perform their duty in the testator’s presence.

Słowa kluczowe: *testamentum pestis tempore conditum*; testament; zaraza; epidemia.

Keywords: *testamentum pestis tempore conditum*; the last will and testament; plague; epidemic.

Literatura

- ACKERMANN E., *Über das Testament zur Pestzeit*, «Archiv für die civilistische Praxis» 32/1849, s. 55-83.
- BIONDI B., *Successione testamentaria*, Milano 1943.
- BUGAJ E., *Zaraza w świecie rzymskim w czasach Antoninów*, [w:] *Epidemie, klęski, wojny*, red. W. DZIEDUSZYCKI, J. WRZESIŃSKI, Poznań 2008, s. 115-123.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., *El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el Derecho romano y en el Código Civil*, [w:] *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, red. M. PEREÑA VICENTE, P. DELGADO MARTÍN, Madrid 2015, s. 925-939.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., *Formas testamentarias posclásicas especiales. I. 'Testamentum tempore pestis'*, [w:] *Estudios jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, I, Salamanca 2002, s. 213-235.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., *Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad*, «Revista Internacional de Derecho Romano» 2021, s. 419-480.
- CHERCHI A., *L'idulgenza nel'emergenza. Brevi note sul c.d. testamentum tempore pestis nel diritto romano*, [w:] *Emergenza e diritti tra presente e futuro*, red. V. CORONA, M.F. CORTESI, Napoli 2020, s. 143-161.
- CLIMENT ESCRIVÁ L., *Análisis comparativo entre los testamentos actuales y los del derecho romano*, s. 33 = <http://dspace.umh.es> (dostęp 19 kwietnia 2022 r.).
- DESANTI L., *Dominare la prassi. I rescritti dioclezianei in materia di successioni*, [w:] *Diocleziano la frontiera giuridica dell'impero*, a cura di W. ECK, S. PULIATTI, Pavia 2018, s. 527-563.
- IGLESIAS J., *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona 1965.
- IWAŃSKA J., *Epidemie w antycznych źródłach greckich i rzymskich*, «Seminare. Poszukiwania Naukowe» 30/2011, s. 209-221.
- IWAŃSKA J., *Przyczyny, zapobieganie i leczenie chorób epidemicznych w starożytnej Grecji i Rzymie*, «Seminare. Poszukiwania Naukowe» 28/2010, s. 223-237.
- KOREDZUK J., *Uprzywilejowane rozporządzenia ostatniej woli sporządzane podczas zarazy w prawie i orzecznictwie sądów byłego zaboru austriackiego w okresie międzywojennym*, «Krakowskie Studia z Historii i Prawa» 14.2/2021, s. 189-203.
- KRÜGER P., *'Codex Iustinianus' (editio maior)*, Berolini 1877.

- KURSA S., *Testator i formy testamentu w rzymskim prawie justyniańskim*, Warszawa 2017.
- KURYŁOWICZ M., 'Testamentum holographum', «Krytyka Prawa» 7/2015, s. 219-227.
- LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *Law of Succession*, Warszawa 2011.
- LONGCHAMPS DE BÉRIER F., [w:] W. DAJCAK, T. GIARO, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018.
- MAREZOLL L.G., *Über die bei Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes, des Tages, der Zeit und des Rechtsactes*, «Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß» 4/1831, s. 54-99.
- MAZZINI I., *La malattia conseguenza e metafora del peccato nel mondo antico, pagano e Cristiano*, [w:] *Cultura e promozione umana. La cura del cuerpo e dello spirito nell'antichità classica e nei primi secoli cristiani. Un magistero ancora attuale? Atti del I Conv. Intern. (Troina, 29 ottobre-1 novembre 1997)*, red. E. DAL COVOLO, I. GIANETTO, Troina 1998, s. 159-172.
- MUÑOZ CATALÁN E., *Aplicación jurídica del testamentum tempore pestis o testamento en caso de pandemia como la generada actualmente por el coronavirus*, «Foro, Revista De Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva época» 23/2020, s. 103-125.
- NOWAK M., *Losy manypacji i testamentum per aes et libram w okresie pryncypatu i późnego cesarstwa w świetle dokumentów praktyki prawnej*, «CPH» 63.2/2011, s. 241-259.
- NOWAK M., 'Mancipatio' and its life in late Roman law, «JJP» 41/2011, s. 49-68.
- NOWAK M., *Wills in the Roman Empire. A documentary approach*, «JJP» 45/2015.
- PAURA R., *L'ermeneutica delle epidemie nel pensiero Cristiano e l'idea del Dio Punitore*, «Orbis Idearum» 8.1/2020, s. 41-67.
- PIĘTAK L., *Prawo spadkowe rzymskie*, I, Lwów 1882.
- RUDNICKI J., *Testament żołnierski i testamenty wojskowe w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków 2015.
- RÜFNER T., *Testamentary formalities in Roman law*, [w:] *Comparative Succession Law, I: Testamentary formalities*, red. K.C. REID, M.J. DÉ WAAL, R. ZIMMERMANN, Oxford University Press 2011, s. 1-26.
- SAHAGÚN G.P., *Derecho Romano*, Mexico 2008.
- SÁNCHEZ-MORENO ELLART C., *The late Roman law of inheritance: The Testament of five or seven witnesses*, [w:] *Inheritance, law and religions in the ancient and mediaeval worlds*, red. B. CASEAU, S.R. HUEBNER, Paris 2014, s. 229-257.
- SITEK B., 'Pestis Antoni'. Reakcja Antoniusza na globalną starożytną epidemię, «Teka Komisji Prawniczej PAN. Oddział w Lublinie» 13.1/2020, s. 389-399.

- SIWICKA M., *Człowiek w obliczu epidemii – relacja Tukidydesa i Prokopiusza z Cesarei*, «Vox Patrum» 78/2021, s. 25-64.
- SOB CZYK M., *Siła wyższa w rzymskim prawie prywatnym*, Toruń 2005.
- SUDER W., *Et forte ‘annus pestibus erat’: Epidemie w Republice Rzymskiej*, Wrocław 2007.
- SUDER W., *Gniew bogów. Etiologia religijna epidemii w Republice Rzymskiej*, «Acta Universitatis Wratislaviensis» 3063, «Prawo» 300/2008, s. 391-397.
- 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, s. 283-314.
- VOCI P., *Diritto hereditario romano*, Milano 1956.
- WILLEMS C., *Zwischen Infektionsschutz und Schutz des Erblasserwillens: Das sogenannte testamentis tempore pestis conditum*, «ZSS» 138/2021, s. 616-634.
- WÓJCIK M., *Plaga Justyniana. Cesarstwo wobec epidemii*, «Zeszyty Prawnicze» 11.1/2011, s. 377-401.