

Una «sfida» sistematica: la morte come occasione d'acquisto (*)

1. A metà del secolo scorso due studiosi di gran calibro, Santi Di Paola e Mario Amelotti, al di là di alcune loro divergenze in tema di *mortis causa donatio*, auspicavano entrambi uno studio complessivo sul *mortis causa capere*¹; ancora più forti, perciò, sono oggi le ragioni che inducono a guardare con favore a una ricerca del genere, a seguito dell'ulteriore invecchiamento della obiettivamente scarsa letteratura specifica. Già solo per questo merita plauso la monografia di Mario Genovese, che colma ora, e degnamente, tale lacuna; essa, oltre a perseguire con efficacia l'intento di dare fisionomia concettuale a questa «causa acquisitiva» in qualche modo scientificamente negletta, grazie ad apporti originali e a interessanti posizioni assunte nell'esegesi e nella ricomposizione palinogenetica di più di un testo, pare senz'altro destinata a suggestionare un ulteriore rinnovato interesse.

Puntualizzata la marginale ricorrenza nelle fonti antiche della locuzione '*mortis causa*' con valenza giuridico-sistematica (non corrispondente all'ampia mutuazione riscontrabile nella trattatistica medievale e moderna)², l'attenzione è subito concentrata sulle testimonianze che ne attestano l'accostamento al verbo '*capere*', solo eccezionalmente al deverbativo '*capio*', concernenti fattispecie acquisitive differenziate, anche se sussunte, almeno da una certa epoca, in una categoria unitaria caratterizzata per esclusione (carenza di *proprium nomen*), secondo quanto si legge in Gai., 8 *ad ed. prov.*, D. 39.6.31.pr.³. Il senso di tale *definitio* viene approfondito assieme alla ricognizione dei tentativi d'una collocazione palinogenetica e così pure con la puntuale disamina delle interpretazioni rese dagli studiosi, divisi tra chi ne respinge la matrice gaiana e chi, invece, propende per la sua appartenenza, quanto meno sostanziale, all'età del principato⁴. Con corretto approccio metodologico Genovese ritiene intanto utile segnalare la scarsa congruenza col rimanente contenuto del frammento gaiano, a sua volta poco convincente sul piano logico-espositivo, specie in relazione ai cenni effettuati all'*acceptilatio* a fini di donazione *mortis causa* liberatoria nei confronti di un debitore insolvente⁵ (per tali passaggi, a conclusione della ricerca verrà suggerito un riassetto in chiave interpolazionistica, per quanto congetturale)⁶.

Sono poi presentate le altre testimonianze utili. Tra queste vi sono: a) un brano ulpiano, D. 39.6.8, particolarmente rilevante nel fornire conferme sulla radice concettuale della categoria; b) D. 39.6.18.pr.-3, un fondamentale estratto di Giuliano, giurista che, richiamato sia da Gaio sia da Ul-

*) A proposito di M. GENOVESE, *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino, Giappichelli («Università di Catania. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Nuova Serie»), 2011, p. XII, 296.

¹) Si vedano S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, Catania, 1950, p. 193 nt. 6, e M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano, 1953, p. 221.

²) Si veda GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., cap. I («La locuzione '*mortis causa*' nelle fonti romane. *Definitio gaiana* [D. 39.6.31.pr.] di ciò che '*mortis causa capitur*' e gli altri passi rilevanti. *Problemi e prospettive*», p. 1-29), § 1.

³) Si veda GENOVESE, *op. cit.*, cap. I, § 1.2.

⁴) Si veda GENOVESE, *op. cit.*, cap. I, § 1.3-4.

⁵) Cfr. D. 39.6.31.1 e 4; si veda GENOVESE, *op. cit.*, cap. I, § 1.5.

⁶) Si veda GENOVESE, *op. cit.*, cap. V, § 7.

piano, viene giustamente assunto quale teorizzatore del ‘*mortis causa capere*’ ricomprendente, a quanto pare, la *mortis causa donatio* comunque strutturata; c) un passo di Marcello, D. 39.6.38, fonte di assai ardua decifrazione e oggetto di gravi riserve da parte degli studiosi, dove tra *mortis causa donatio* e ‘*omnia, quae mortis causa quis ceperit*’ si ragiona prevalentemente in termini di differenziazione (‘... *est earum rerum differentia* ...’). Ebbene, proprio il rapporto esistente tra *mortis causa donatio* e l’ambito (a sé stante?) del *mortis causa capere* costituisce uno degli snodi maggiormente sfuggenti e controversi – a partire dalla rubrica dello stesso titolo 39.6, ‘*De mortis causa donationibus et capionibus*’ –, di cui si dà atto a più riprese e per il quale, in fase avanzata, viene anche prospettata un’originale giustapposizione sul piano diacronico⁷.

2. Si affrontano, dunque, le diverse fattispecie acquisitive che *in sede materiae*, appunto il titolo 39.6 del Digesto, vengono presentate come altrettante occasioni di ‘*mortis causa capere*’⁸, a cominciare dalla figura (qui indentificata con la lettera «A», cd. *captum ex condicione implenda*) maggiormente rappresentativa agli occhi dei giuristi: per Gaio in D. 31.6.31.2, ma pure per Giuliano, Marcello e Ulpiano. Quest’ultima ricomprende una casistica abbastanza omogenea, e con ampi riscontri nelle fonti, costituita dagli acquisti patrimoniali, normalmente in danaro, percepiti da chi, il più delle volte in qualità di erede, li riceve da soggetti che in tal modo ottemperano ad altrettante condizioni potestative *in dando*: condizioni che subordinano l’acquisizione di benefici loro destinati, consistenti nel conseguimento della libertà disposta per testamento (come accade per lo *statuliber*) o nel conseguimento dell’eredità o di una quota ereditaria (quando a esser gravato della *datio* è l’erede o il coerede) o, ancora, di un legato o di un fedecommesso (quando ne risultano gravati, rispettivamente, il legatario o il fedecommissario). Appaiono ben illustrate le ragioni per ritenere tale figura quasi un prototipo tra le ipotesi certamente rientranti nel *mortis causa capere*; di essa non si tacciono due peculiarità nell’ambito della categoria: l’una, esclusiva, quella di trarre origine da una volontà testamentariamente espressa, l’altra, condivisa con altre figure, quella di essere estranea alla *causa donationis* (in tal senso apparirebbero univoci sia Gaio sia Marcello)⁹.

L’analisi poi, con intelligente cadenza, procede con altre due figure segnalate dai giuristi, ma di sporadica ricorrenza: «l’acquisto di chi riceve qualcosa per accettare un’eredità o rinunciare ovvero per omettere l’acquisizione di un legato»¹⁰ (qui fattispecie «B»); «l’acquisto della donna che riceve qualcosa per chiedere di essere immessa nel possesso di beni ereditari *ventris nomine per calumniam*»¹¹ (fattispecie «C»). Dopo attenta ricognizione degli aspetti peculiari propri di ciascuna di queste due ipotesi acquisitive, vengono segnalati, come elementi di differenziazione con la prima figura («A»), sia il fondamento dell’attribuzione in un atto convenzionale (pure una *stipulatio*, cui è pertinente la notazione ulpiana, secondo cui ‘*idemque erit et si non accepit, sed promissa sit ei pecunia: nam et stipulando mortis causa capit*’)¹², sia la tendenziale coattività, a fronte della discrezionalità attuativa propria della fattispecie «A»; in contemporanea si delinea, invece, come elemento comune alle tre fattispecie, l’assenza di ambiti d’integrazione con la *causa donationis*. Ancora: con la quarta figura (fattispecie «D»), ossia «l’acquisto di beni già dotati in favore della persona a cui ne viene stipulato il trasferimento da parte del marito *in mortem mulieris*»¹³, la ricerca si addentra in ipotesi di *mortis causa capere* di più complessa decifrazione e con un più ampio raggio di ricadute sistematico-istituzionali. In particolare, partendo dal breve riferimento gaiano a tale ultima figura d’acquisto quale *mortis causa capere*, D. 39.6.31.2, attraverso un’esegesi libera da condizionamenti l’autore propone una propria linea

⁷) Si veda GENOVESE, *op. cit.*, cap. V, § 1 ss.

⁸) Si veda GENOVESE, *op. cit.*, cap. II («Fattispecie di *mortis causa capere* configurate all’interno del titolo 39.6 del Digesto. Appendice analitica relativa a due casi di donazione *mortis causa* dai giuristi accostati al *mortis causa capere*», p. 31-87), § 1.

⁹) Cfr. D. 39.6.31.1 e D. 39.6.38.

¹⁰) Si veda GENOVESE, *op. cit.*, cap. II, § 2, qui p. 37.

¹¹) Si veda GENOVESE, *op. cit.*, cap. II, § 3, qui p. 40.

¹²) Cfr. D. 29.2.24.

¹³) Si veda GENOVESE, *op. cit.*, cap. II, § 4, qui p. 44.

che, valorizzando l'indicazione del giurista antonino circa un *genus* di *dotes recepticiae* e sottolineando i tratti di discontinuità del testo con l'unico altro brano giurisprudenziale associante la qualifica *recepticia* alla dote, ossia *Ulp. reg. 6.5*, lascia intravedere nel *genus* '*dotes recepticiae*' una figura composita di *mortis causa capere* particolarmente rilevante in chiave ricostruttiva, per di più non escludente, forse, interferenze con la *causa donationis*¹⁴.

Una volta riconosciuto che il dilemma circa la ricomprensione o meno nel *mortis causa capere* degli acquisti *ex mortis causa donatione* è alimentato dal tenore incoerentemente assimilativo di taluni testi giurisprudenziali (D. 39.6.18.pr., D. 39.6.31.2 e D. 39.6.38)¹⁵, ci si sofferma, quale ulteriore figura univocamente riconducibile al *mortis causa capere* (fattispecie «E»), sull'applicazione della donazione concepita in funzione della morte di persona diversa dal donante¹⁶; essa trova spazio nel giuliano D. 39.6.18.pr. ma, soprattutto, si tratta dell'unica fattispecie integrata alla *causa donationis* tra quelle che Ulpiano riconduce al *mortis causa capere* nel già richiamato D. 39.6.8.pr.-1. Nel rimarcare la doppia articolazione della fattispecie emergente dal passo ulpiano – normalmente trascurata e/o travisata dalla dottrina¹⁷ –, l'autore propende per ritenere concettualmente distinta, per i «classici», tale applicazione della donazione '*in mortem alicuius*' dalla canonica *donatio mortis 'donantis' causa* (così come anche altri studiosi) e, proprio in dipendenza di ciò, solo la prima senz'altro afferente al *mortis causa capere*¹⁸.

Apprezzabile sul piano metodologico, al di là delle conclusioni d'arrivo, si dimostra l'intuizione di trarre ulteriori elementi di valutazione critica da un'analisi allargata ai §§ 1-2 del passo chiave-giuliano, ossia sempre D. 39.6.18¹⁹, dove sono trattate due applicazioni particolarissime di *mortis causa donatio* apparentemente in assenza di speciali implicazioni con il *mortis causa capere*. Scrive però l'autore: «rispetto ad esse ... dovrebbe sorgere quantomeno la curiosità di stabilire la sottostante motivazione per cui – all'interno della vasta gamma di applicazioni della donazione 'ordinariamente' concepita in funzione della morte del donante – proprio tali due singolarissime applicazioni abbiano suscitato l'interesse di Giuliano (assimilativo? oppositivo?), motivazione che, se plausibilmente individuata, a sua volta potrebbe aiutare a comprendere meglio l'idea (genuina) che del *mortis causa capere* aveva (e voleva trasmettere) il giurista adrianeo, e dopo di lui, i suoi epigoni: segnatamente, almeno Gaio ed Ulpiano»²⁰.

La prima figura, menzionata da Giuliano e ripresa da Gaio²¹, richiama una donazione *mortis causa* in una duplice articolazione (triangolata in un caso, quadrangolata in un altro) a struttura delegatoria²²; la seconda figura, ripresa invece da Ulpiano²³, attiene a un caso più marginale e compo-

¹⁴ Ciò sembrerebbe trasparire anche dal tenore del brano gaiano nella parte che precede e che segue il riferimento in oggetto: § 1. '*Sine donatione autem capitur ... Sed et dos ... recepticiae vocantur*'. § 2 '*Rursus id, quod mortis causa donatur ...*'; si veda GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 56 s.

¹⁵ Si veda GENOVESE, *op. cit.*, cap. II, § 5, specie p. 86 s. nt. 133 s., con bibliografia (sul fronte dottrinario si registrano orientamenti contrapposti, con una leggera prevalenza numerica dello schieramento «inclusivo»).

¹⁶ Si veda GENOVESE, *op. cit.*, cap. II, § 6.

¹⁷ Si vedano i rilievi in GENOVESE, *op. cit.*, p. 61 ss.

¹⁸ Al riguardo cfr. D. 39.6.25.1 (Marc. 9 *inst.*) e 39.6.11 (Ulp. 33 *ad Sab.*).

¹⁹ Generalmente soltanto il *principium* di D. 39.6.18 è valutato come pertinente al tema *mortis causa capere*, e questo perché la stragrande maggioranza dei brani contenuti nel titolo 39.6 attiene alla *mortis causa donatio* «canonica»; pertanto, non si ritiene necessario riservare ai §§ 1-2 speciale considerazione o comunque più di quella che meriterebbero tutti gli altri brani del titolo 39.6 attinenti ad applicazioni della *mortis causa donatio*, e questo a prescindere dalla loro vicinanza con contesti espressamente pertinenti al *mortis causa capere*.

²⁰ GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 71.

²¹ Cfr. D. 39.6.18.1 (Iul. 60 *dig.*) e 39.6.31.3 (Gai. 8 *ad ed. prov.*).

²² In particolare, l'una, vagliabile quale donazione liberatoria, prevede che un debitore(-delegato) del donante assuma un impegno stipulatorio di pagamento nei confronti di un creditore del donatario, in modo che il donatario debba ritenersi pecuniariamente beneficiario nella misura dell'entità del debito da cui sarà stato liberato dal (suo) creditore ('... *quanta a creditore meo liberatus fuero*'); l'altra, avente natura di donazione obbligatoria, per il caso che un debitore(-delegato) del donante si impegni tramite *stipulatio* a un pagamento direttamente nei confronti del donatario-stipulante(-delegatario), il quale sarà ritenuto percepire (*capere*) solo quanto effettivamente avrà costituito oggetto dell'adempimento del *promissor* (-delegato). Nella parte conclusiva sembra offrirsi la giustificazione della solu-

sito, relativo a una *mortis causa donatio* a carattere liberatorio, nella quale il donante si avvale della collaborazione di una terza persona dalla cui attività materiale in favore dei donatari (consegna dei chirografi del debito) dipende l'attuazione della donazione stessa²⁴.

A conclusione della parentesi aperta su queste due ipotesi di *mortis causa donatio*, svolta con scrupoloso scandaglio degli aspetti giuridici sollevati da ciascuna di esse anche sul versante tecnico-procedurale²⁵, l'autore si ripromette di trarne ulteriori e proficui sviluppi più avanti, fiducioso nel fatto che l'auspicata emersione del nesso logico-argomentativo che ne determina il loro così stretto accostamento al *mortis causa capere* possa contribuire a meglio definire i caratteri tipici di quest'ultimo.

3. Il capitolo centrale del libro – quello massimamente esteso ma, come gli altri quattro, ben supportato bibliograficamente – si occupa della non facile scansione sul piano storico delle manifestazioni normative cui imputare la sempre più precisa connotazione in senso sistematico della locuzione '*mortis causa capere*' in quanto associata ad acquisizioni occasionate dalla morte di una persona, ma al tempo stesso distinte da istituti già precocemente tipizzati quali *hereditas*, *legata* e poi anche *fideicommissa*²⁶.

Si parte dai riferimenti ciceroniani (massime del *De Legibus*) ai risalenti principi formulati dai *pontifices* rispetto al trapasso dell'onere del culto dei *sacra* alla morte di un *pater familias*. È fornito un quadro ben documentato, non senza apprezzabili apporti personali, delle intricate problematiche sollevate dai due assetti ricordati dall'Arpinate; ci si concentra poi sui vaghi indizi testuali – quali il ricorso in detti contesti all'uso di '*capere*'²⁷, in un caso significativamente accostato a '*morte*'²⁸, – e sui ridotti margini per ritenerli allusivi di acquisizioni *ex mortis causa donatione* e, ancor meno, di acquisti «classificabili» *mortis causa capere* (quanto meno con riguardo alla figura paradigmatica del '*capitulum ex condicione implenda*').

L'analisi, quindi, si sposta sulla legislazione mediorepubblicana contenente deterrenti alla dispersione del patrimonio del *de cuius* in attribuzioni a titolo particolare (*lex Furia testamentaria* e *lex Voconia*) dove, secondo il concorde riscontro delle fonti²⁹ – qui tutte escusse con la relativa letteratura scientifica –, si sarebbe fatto ricorso all'espressione '*mortis causa capere*' per qualificare acquisti a titolo particolare e distinti dai legati. Il vaglio critico delle testimonianze – una delle quali a ragione

zione resa (rispetto a quanto deve intendersi conseguito da parte del donatario-delegatario, almeno in questo secondo caso), prospettandola in linea ('*nam*') con l'eventualità che se il donante scampasse alla malattia ('*si convalesset creditor idemque donator*') avrebbe avuto o una *condictio* oppure un'*actio in factum* strettamente funzionali al recupero dell'*obligatio* nei confronti del debitore.

²³ Cfr. D. 39.6.18.2 (Iul. 60 *dig.*) e 34.3.3.2 (Ulp. 23 *ad Sab.*).

²⁴ Più in dettaglio (con riferimento al resoconto giuliano) trattasi di una fattispecie complessa in cui il rapporto che intercorre fra Tizia (creditrice) e Ageria (colei che riceve i documenti) appare distinto ma al tempo stesso strumentale alla realizzazione di una donazione, che coinvolge propriamente Tizia, in veste di donante, e Setticio e Mevio, in veste di donatari, beneficiari della remissione del debito verso Tizia. Questa, infatti, temendo per la sua vita, concepisce l'idea di rimettere i crediti vantati nei confronti di Setticio e Mevio, predisponendo le condizioni affinché i documenti che li attestano pervengano nelle loro mani non immediatamente, ma solo se ella dovesse soccombere alla situazione di pericolo (malattia) in atto; a questo scopo li affida intanto ad Ageria, raccomandandole di farli pervenire ai debitori (che, una volta ricevuti, saranno liberati) in caso di sua morte, oppure di riconsegnarli a lei medesima in caso di guarigione. Su questa base giuridico-negoziale si innesta il caso giudiziario posto al vaglio del giurista adrianeo: avvenuta la morte di Tizia, Ageria provvede a consegnare i documenti ai debitori, ma l'erede e figlia della donante, Mevia, agisce per ottenere quanto già spettante alla madre o i documenti che l'attestano; al quesito se le relative pretese possano essere respinte con il ricorso a una *exceptio*, Giuliano risponde affermativamente, indicando come utilizzabili sia l'*exceptio pacti conventi* che quella *doli mali*.

²⁵ Nei casi di delegazione, il senso dell'alternativa tra *condicio* e *actio in factum* al fine di revocare la *donatio*; nel caso dei chirografi, il senso dell'opzione difensiva prospettata tra *exceptio doli* e/o *pacti conventi*.

²⁶ Si veda GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., cap. III. «*Mortis causa capere in rapporto alla precettistica pontificale ed alla normazione repubblicana e classica*», p. 89-182.

²⁷ Cfr. Cic. *de leg.* 2.20.49.

²⁸ Cfr. Cic. *de leg.* 2.19.48-49.

²⁹ Cfr. Gai., *inst.* 2.225, 2.226 e 4.23; *adde* Ulp. *reg.* 1.2.

valutata inaffidabile, nonostante la condiscendenza di molti studiosi³⁰ –, di pari passo al resoconto argomentato delle contrastanti visioni dottrinarie (per i più sarebbe in quel modo evocata la *mortis causa donatio*, per altri quest'ultima in uno con figure ulteriori, per altri ancora figure varie con esclusione proprio della *mortis causa donatio*), inducono l'autore a esprimersi in termini probabilistici nella direzione dell'orientamento maggioritario, ma valorizzando una possibile linea di continuità con una disposizione dell'assetto più evoluto della precettistica pontificale in tema di *sacra*, e senza escludere la possibilità che l'espressione avesse anche un naturale potenziale inclusivo verso altre figure, quale per esempio il *captum ex condicione implenda*.

La ricerca registra come, a partire dall'epoca tardorepubblicana e nel corso dell'età «classica», a fronte delle scomparsa dalla normazione ufficiale di locuzioni del tipo '*morte capere*' o '*mortis causa capere*', questa terminologia cominci a ricorrere a livello giurisprudenziale e, sembrerebbe, con pretese tassonomiche. In effetti, diversamente dalle precedenti leggi Furia e Voconia, il testo della Falcidia, nell'assicurare l'epocale riserva della '*quarta*' agli eredi, statuisce ciò soltanto in rapporto ai legati (eventualmente perciò riducibili), e così, sempre senza ricorso alla locuzione '*mortis causa capere*', si sarebbe avuta in epoca «classica» l'ufficiale estensione della riserva prima rispetto ai fedecommessi e poi alle *mortis causa donationes*, individuate in forma così tipizzata nella relativa statuizione severiana³¹.

L'interferenza tra regolamentazione falcidia e tematica del '*mortis causa capere*' sarebbe stata avvertita in sede giurisprudenziale rispetto a due distinte problematiche: la prima specificamente coinvolgente la fattispecie-pilota tra quelle costituenti il '*mortis causa capere*', ossia il '*captum condicionis implendae causa*', sottolineando i giuristi come, di regola, se incamerato dall'erede restasse al di fuori della '*quarta*' riservatagli in beni ereditari³², salvo che gravato della *datio* fosse uno *statuliber*³³, in quanto ai fini dell'incomputabilità nella '*quarta*' sarebbe stata in tal caso determinante la provenienza della *pecunia* al di fuori del peculio (bene ereditario) e il suo rappresentare per questo un *mortis causa capere*³⁴; la seconda questione, in base a quanto desumibile da un difficile e complesso testo paolino, D. 35.2.1.8³⁵, attiene alla possibile riconduzione, seppure a certe condizioni, quale ulteriore fattispecie di *mortis causa capere* della provvista (*penus*) di derrate e altre vettovaglie acquisita in forza di un legato *sui generis*. Il brano di Paolo è tale da mettere a dura prova qualsiasi esegeta, in quanto impone incursioni comparative su molteplici temi di notevole complessità tecnica e di animato dibattito dottrinario, che in questa sede è difficile persino elencare (dalla deroga al divieto di legati *poenae nomine* al rapporto con la *stipulatio poenae*; dalla natura dell'oggetto dell'obbligazione agli effetti del relativo inadempimento a seconda se previsto o meno un termine per la prestazione; dall'operatività della *mora debendi* alla risalenza/portata dell'atto d'*interpellatio*); l'autore pare superare meritoriamente la prova, sottoponendo con autonomia di giudizio ogni tesi, per quanto consolidata, al rinnovato vaglio delle fonti: egli delinea caute prospettive d'assimilazione di un tale acquisto (*penus ex legato*) alla categoria del '*mortis causa capere*'.

A conclusione di capitolo, utilmente denso e costruttivo, il discorso si sposta sulla legislazione caducaria augustea (*lex Iulia et Papia*), introduttiva di restrizioni alla possibilità di *capere* per certe persone (*caelibes, orbi*, etc.) destinatarie *ex testamento* di benefici patrimoniali a titolo di eredità o legato, successivamente estese, grazie al senato, prima ai fedecommessi e poi, in età adrianea, al *capere ex*

³⁰ Si vd., a proposito del presunto brano di Varrone tratto dal *De vita populi Romani*, GENOVESE, *Mortis causa capitur*, p. 112 ss. e ntt. 44-48.

³¹ Si veda GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 125 ss. Da notare, per completezza, che l'estensione del regime falcidio in modo da divenire applicabile anche al *captum ex condicione implenda* (ipotesi paradigmatica di *mortis causa capere*) fu dovuta a Giustiniano: cfr. C.I. 6.50.18.pr.

³² Cfr. D. 35.2.91 (Marcian. 13 *inst.*).

³³ D. 35.2.76.pr. (Gai. 3 *de leg. ad ed. pr.*).

³⁴ Per converso, nel caso di provenienza *ex peculio* della *pecunia* versata dallo *statuliber* all'erede, a favore di quest'ultimo si sarebbe avuto, a rigore, un acquisto *hereditario iure*, perciò imputabile nella '*quarta*' e non un '*mortis causa capere*'.

³⁵ Si tratta di Paul. *l.s. ad l. Falc.*

*mortis causa donatio*³⁶. Nell'autonomizzazione concettuale della '*mortis causa donatio*' sancita dall'attività senatoria riferita da Paolo, Genovese ravvisa l'occasione per un'accelerazione speculativa dei giuristi atta a meglio definirne i tratti caratterizzanti le diverse modulazioni attuative, i termini di differenziazione sia rispetto alla mera *donatio* (o *vera et absoluta*) sia, perché no, rispetto ad altre acquisizioni *mortis causa* (figure di mero *mortis causa capere*) da sottrarre parimenti alla logica caducaria indicata dal senato. Preso atto che una tale prospettazione troverebbe ostacolo in un passo d'età severiana, D. 39.6.36³⁷, dalla dominante dottrina interpretato, a fronte di obbiettive equivocità, come esprimente assoggettamento alla disciplina penalizzatrice anche per il *captum ex condicione implenda* (figura per antonomasia costituente '*mortis causa capere*'), l'autore punta l'indice su una serie di incongruenze di natura testuale e logico-deduttiva proprie del brano, tali da giustificare un doveroso scetticismo circa la sua pretesa portata assertiva.

4. Con il IV capitolo si completa la fase analitico-ricognitiva degli elementi rinvenibili nelle fonti: l'esame si sposta su alcuni estratti giurisprudenziali che lambiscono la tematica del *mortis causa capere* sotto l'aspetto della capacità acquisitiva dei beneficiari, in correlazione alla rispettiva condizione personale *sub specie civitatis*³⁸.

Tra questi lo studioso catanese pone un breve testo paolino, D. 39.6.9, la cui enigmatica lconcità ha infervorato gli studi: per taluni avrebbe riguardato la capacità dei peregrini all'acquisizione delle *mortis causa donationes*; per altri, invece, andrebbe letto in chiave interpolazionistica, avendo avuto portata generale nell'ottica «classica» e limitata alla *mortis causa donatio* in quella giustiniana; per altri ancora, al di là dei dubbi interpolazionistici, non andrebbe valutato nella prospettiva della '*testamenti factio*' quanto piuttosto in quella della '*capacitas*'. Da parte sua, egli sceglie un approccio storico-sistematico che, una volta acquisito come i materiali forniscano dati certi soltanto per la capacità/incapacità di **non cives** a ricevere in qualità di erede, legatario e fedecommissario, mira a stabilire gli effettivi spunti di discernimento traibili dai due soli frammenti contenenti indizi circa l'idoneità di peregrini e/o Latini a conseguire attribuzioni dipendenti sì dalla morte di una persona, ma al di fuori del sistema propriamente successorio.

Il primo brano, D. 35.1.55³⁹, in qualche misura corrotto nella sua veste testuale, per quanto sembrerebbe escludere per carenza di *testamenti factio*, in un caso specifico, l'acquisizione di una somma di danaro da parte di un peregrino, a giudizio dell'autore, in linea con parte della dottrina, non sarebbe affidante per sostenere la 'vigenza' della necessità di *testamenti factio* cd. passiva con riguardo al beneficiario di un *mortis causa capere*.

Il secondo escerto, riprodotto un responso papiniano, *fr. Vat.* 298, impegna Genovese in una esegesi che, senza trascurare le implicazioni giuridiche poste sullo sfondo (dalla inusucapibilità delle *res mancipi traditae* senza l'*auctoritas* del *tutor* agnatizio da parte di una donna, e fino alla rilevanza dei divieti *ex lege Cincia* con relativi risvolti procedurali evocati dalla menzione della *duplicatio doli*), si dirige sulla chiusa testuale; di essa si respinge, anche grazie a una innovativa lettura della vicenda

³⁶ Cfr. per il primo intervento senatorio Gai, *inst.* 2.286.a; per il secondo D. 39.6.35.pr. (Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap.*).

³⁷ Cioè Ulp. 8 *ad l. Iul. et Pap.*

³⁸ Si veda GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., cap. IV. «Aspetti della capacità giuridica delle persone e riflessi sul *mortis causa capere*», p. 183-209.

³⁹ Si tratta di Iav. 13 *epist.*: '*Maevius, cui fundus legatus est, si Callimacho, cum quo testamenti factionem non habebat, ducenta dedisset, condicione parere debet et ducenta dare, ut ad eum legatus fundus pertineat, licet nummos non faciat accipientis: quid enim interest, utrum tali personae dare iubeatur an aliquo loco ponere vel in mare deicere? neque enim illud, quod ad talem personam perventurum est, testamenti nomine, sed mortis causa capitur*'. In esso si espone il caso di Mevio cui è stato legato un fondo a condizione che avesse dato duecento a Callimaco, rispetto al quale non aveva *testamenti factio*; il giurista sostiene che Mevio deve dar attuazione alla condizione e consegnare i duecento al fine di conseguire il fondo legatogli, nonostante il danaro non possa essere giuridicamente acquisito da chi lo riceve (ossia da Callimaco); alla domanda retorica circa una qualche (diversa) rilevanza di condizioni intese a ordinare di dare (danaro) a tale persona oppure di porlo in qualche luogo o di buttarlo addirittura in mare, segue in forma di risposta l'osservazione che, infatti, quanto a quella persona perverrebbe non costituisce affatto acquisto *testamenti nomine* bensì (*capere*) *mortis causa*.

processuale alla base stessa del responso, sia il preteso intento statutivo circa l'incapacità di acquisire *ex mortis causa donatione* da parte di un latino, sia ogni più generale rilevanza rispetto a fattispecie di *mortis causa capere*, giacché il senso della locuzione '*non enim mortis causa capitur*' sarebbe nello specifico meramente allusivo, dalla prospettiva del donatario, al carattere '*non mortis causa*' del relativo acquisto (*capere*) da donazione.

Dunque, stante la fragilità degli indizi testuali a sostegno della vigenza di limitazioni giuridiche a conseguire acquisti qualificabili alla stregua di un *mortis causa capere* da parte di *non cives Romani*, l'autore torna sul breve frammento paolino di partenza, D. 39.6.9, proponendone un'avveduta lettura evolutiva. Nell'originario contesto esso, credibilmente, sarebbe stato funzionale a instaurare un parallelismo ristretto, per un verso, a legati e acquisizioni *ex mortis causa donatione*, per altro verso, sul piano dell'identità, non di condizioni di capacità giuridica richieste in capo ai beneficiari, bensì di condizioni di speciale *capacitas* ricollegabili alla disciplina caducaria; diversamente, estrapolato cioè dall'ambito originario e reso sintetico dai tecnici del VI secolo, avrebbe sancito più generali margini di assimilazione, sia sotto il profilo del tipo di capacità richiesta nei soggetti beneficiari, sia sotto il profilo delle fattispecie equiparate: oltre la *mortis causa donatio*, anche le figure di *mortis causa capere* da essa distinte.

5. Nell'ultimo capitolo⁴⁰, forte del quadro di riferimento complessivo criticamente argomentato (e che forse, sul piano letterario, avrebbe richiesto un periodare maggiormente sintetico rispetto a quello prescelto, in qualche caso «distribuito» a fatica dal lettore), Genovese non si sottrae a puntuali prese di posizione sulle più importanti questioni relative alla categoria del '*mortis causa capere*' poste dalle frammentarie e, come si è più che intuito, spesso contraddittorie testimonianze a disposizione; egli esprime considerazioni che, sempre improntate a prudente cautela, se appaiono per forza di cose opinabili denotano comunque acume speculativo e piena autonomia intellettuale.

Si comincia con l'asserire che all'espressione '*mortis causa capere*' attestata nella legislazione medio-repubblicana (e lo stesso varrebbe per la variante '*morte capere*' della precettistica pontificale) sia prudente associare, dal punto di vista lessicale, una concettualizzazione *in fieri* e in ogni caso contestualizzata: tale, comunque, a prescindere dagli acquisti ereditari e *legati nomine*, da poter essere potenzialmente recettiva verso le acquisizioni *ex mortis causa donatione* e pure rispetto ad altri lucri patrimoniali occasionati dalla morte, primo fra tutti il *captum ex condicione implenda*. L'*interpretatio* giurisprudenziale avrebbe rivestito un ruolo decisivo in una fase più avanzata, quando l'evoluzione del quadro normativo – e massimamente l'emaneazione del senatoconsulto ricordato da Paolo, a cavaliere dei secoli I e II d. C., estensivo delle limitazioni *ex lege Iulia et Papia* agli acquisti derivanti da «*mortis causa donationes factae*» – avrebbe stimolato una più rigorosa distinzione a fini sistematici tra quanto acquisito in corrispondenza all'effettuazione di una *mortis causa donatio* e le residuali ed eterogenee ipotesi di acquisto, sempre occasionate dalla morte ma non riconducibili a un atto liberale costituente *mortis causa donatio* in senso proprio.

Alla luce di tale meditato assunto, si stimano rafforzate le ragioni di sospetto verso quei testi giurisprudenziali che, così come pervenuti nel Digesto, presentano la *mortis causa donatio* «posticciamente» aggregata alla più ampia categoria del '*mortis causa capere*' – primo fra tutti il giuliano D. 39.6.18.pr. – o manifestano altre incongruità a riguardo (D. 39.6.31.pr. e 2 di Gaio). Perciò, dopo aver passato in rassegna le perplessità variamente manifestate dalla dottrina sulla genuinità del brano di Giuliano, l'autore si cimenta in una pregevole ricomposizione palinogenetica che, grazie a minimi interventi su D. 39.6.18.pr., mira a restituire il senso dell'originale pensiero del II secolo: una riflessione esprimente pertinenza al *mortis causa capere* solo per la *donatio in mortem* di persona diversa dal donante, secondo l'idea di un ragionamento piano e coerente del giurista, meglio apprezzabile se posto in correlazione logica con altra notazione a lui attribuibile ma pervenuta integrata

⁴⁰ Si veda GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., cap. V. «*Mortis causa capere nella concezione dei giuristi classici e dubbio genuinità della definitio gaiana di D. 39.6.31 pr.*», p. 212-276 (seguono gli indici degli autori e delle fonti: p. 277-296).

nell'esposizione gaiana (D. 39.6.31.2, per la parte che recita '*Rursus id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque morituros intellegimus*'), il tutto ulteriormente suffragato da collimanti spunti testuali rintracciati nell'ulpiano D. 39.6.8.pr.-1.

Da qui, con non comune acribia, Genovese si impegna a esplicitare i possibili passaggi, non più evidenti a causa di lacune e manipolazioni subite dalle fonti «classiche», della teorizzazione giuliana. In considerazione del primario contributo del giurista nella sistematica della *mortis causa donatio*⁴¹, sarebbe infatti perfettamente spiegabile il suo correlato interesse a separare essa da altri acquisti sempre occasionati dalla morte, ma ormai da confinare in un restrittivamente rimodulato ambito del *mortis causa capere*, con la non secondaria conseguenza di rendere gli stessi non soggetti a regimi *expressis verbis* riferiti alle *mortis causa donationes*⁴². Credibilmente, il tratto discriminante più immediato agli occhi di Giuliano sarebbe stato la radicale assenza della *causa donationis* nell'atto dante luogo al *capere*, per quanto *mortis causa* (non a caso da ipotesi acquisitive '*sine donatione*' prende avvio la disamina gaiana, palesemente ricalcata su Giuliano). Altri acquisti occasionati dalla morte, pur in presenza della *causa donationis*, il giurista adrianeo sarebbe riuscito a tenere distinti dall'ambito della *mortis causa donatio* grazie a un più sottile indice distintivo: valorizzandone l'anomalia derivante dal collegamento dell'effetto acquisitivo con la morte di persona diversa dall'autore della liberalità (evidentemente, per essere proprio della *mortis causa donatio* la sua strutturazione '*in mortem donantis*'); ad avallare ciò sarebbe la constatazione che fattispecie acquisitive a carattere donativo solo quando modulate in funzione della morte di una terza persona (figlio o altro congiunto del donante) risultano «ortodossamente» ricondotte al *mortis causa capere* nella visione giurisprudenziale (a partire da Giuliano, nella primigenia stesura di D. 39.6.18.pr., e fino a Ulpiano, in D. 39.6.8 pr-1).

In questa prospettiva, la scelta giuliana di accostare a quest'ultima fattispecie di *mortis causa capere* (*donatio* concepita *in mortem* di una terza persona) quei particolarissimi casi di *mortis causa donatio* rappresentati dalle due varianti *per delegationem* e da quella realizzata tramite la collaborazione di un terzo (D. 39.6.18.1-2) sarebbe spiegabile con l'intento di chiarire che l'interazione di una terza persona nella realizzazione di una donazione non fosse di per sé ostacolo alla classificazione dell'atto come *mortis causa donatio*, purché non risultasse compromesso il nesso funzionale tra l'acquisizione della liberalità e la morte del soggetto autore «sostanziale» della liberalità medesima. Con l'occasione, viene offerta una coerente ricomposizione dei due brevi riferimenti gaiani all'*acceptilatio* (D. 39.6.31.1 e 4), i quali, prima del maldestro intervento giustiniano in chiave autonomizzante, sembra a Genovese, e con ragionevolezza, che avrebbero ben potuto costituire un corollario, in un tenore leggermente diverso, all'ipotesi di *delegatio* quadrangolata a scopo di *mortis causa donatio*, esclusivamente funzionale a specificare le condizioni necessarie all'efficacia *pro soluto* della stessa⁴³ (com'è naturale, all'autore non sfugge come una risistemazione testuale del genere sia tale da minare più di una certezza riguardo al regime 'classico' della delegazione)⁴⁴.

Infine, nel dar conto dell'ipotesi di *mortis causa capere* ravvisata da Gaio, D. 39.6.31.2, nel composito *genus* delle *dotes recepticiae*, l'autore ne evidenzia il carattere di «ipotesi-ponte». Dall'intelligente enucleazione degli assetti differenziati connessi alle varianti stipulatorie in base alle quali il marito poteva assumere obblighi restitutori (in senso lato) rispetto ai beni ricevuti in dote, egli ne evince che se per lo più sarebbe mancata un'implicazione liberale nel trasferimento (dunque '*sine donatione*') effettuato dal marito *in mortem mulieris* (quando ciò realizzasse una restituzione in favore del costi-

⁴¹ Si veda GENOVESE, *op. cit.*, p. 23 nt. 50.

⁴² Si allude alla delibera senatoria di età adrianea cui si attribuisce l'estensione della normazione caducaria (*ex lege Iulia et Papia*) alle '*mortis causa donationes factae*', secondo quella che sarebbe forse stata «espressione letterale» del *senatusconsultum*: D. 39.6.35.pr.

⁴³ Così la ricomposizione proposta: (D. 39.6.31.3): '*... Si vero creditor meus stipulatus fuerit, tantam videri me pecuniam accepisse, in quantum a creditore meo liberatus essem*'. (di seguito il § 1 così ricomposto: '*Iuliano placet, licet solvendo non sit debitor, [cui] <quod> acceptum latum sit, videri [ei] <mibi> mortis causa donatum*' (e poi il § 4) '*Et si > per accepti quoque lationem egens debitor liberatus <sit>, totam eam pecuniam, qua liberatus est, cepisse videtur*'. Si veda GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 234 ss.

⁴⁴ Si veda GENOVESE, *op. cit.*, p. 72 nt. 97 e p. 240 nt. 44 s.

tuate la dote), in altri casi (per esempio, quando il marito trasferisse i beni dotali a persona diversa dal costituente come da impegno stipulatorio assunto), l'eventuale ricorrenza della *causa donationis* nell'acquisto non ne avrebbe pregiudicato, per ragioni intrinseche⁴⁵, l'afferenza al *mortis causa capere*.

A questo punto, sulla base della consapevolezza progressivamente maturata e sul perfezionato quadro d'assieme, ci si dispone all'esame particolareggiato di un controverso brano di Marcello, D. 39.6.38 (1 *ad l. Iul. et Pap.*)⁴⁶, sia con riguardo all'interpretazione del principio '*praesens praesenti dat*' come tipizzante per la *mortis causa donatio*, sia con riguardo al tipo di rapporto (omogeneità/disomogeneità) che intenderebbe instaurare tra *mortis causa donatio* e *mortis causa capere*, di cui il *datum-captum condicionis implendae causa* sarebbe estrinsecazione paradigmatica. Genovese, con apprezzabile spirito critico, reputa da espungere dal testo l'*'et*' tra '*intellegitur*' e '*quod*' per il suo rendere dissonantemente aggregato al *mortis causa capere* anche quanto acquisito *ex mortis causa donatione*, mentre suggerisce per '*praesens praesenti dat*' un significato allusivo (pure) alla necessità (affinché si abbia *mortis causa donatio* in senso proprio) di un passaggio patrimoniale che «direttamente» si produca da chi dona a chi riceve, illustrandone, quali coerenti ricadute sistematiche, per un verso l'inevitabile riconduzione al *mortis causa capere* del percepito *ex condicione implenda*, per altro verso la congrua pertinenza all'ambito della *mortis causa donatio* per le attribuzioni liberali anche quando realizzate per interposta persona, così come già avvertita da Giuliano (D. 39.6.18.1-2). In funzione di una lettura così orientata di D. 39.6.38, lo studioso si impegna altresì nella ridefinizione dell'apporto storico-cognitivo dell'ulpiano e già visto D. 39.6.36, accentuando le riserve verso la tesi dell'avvenuta estensione della legislazione caducaria alle figure di *mortis causa capere* (tra cui il *captum condicione implenda*) già in epoca «classica»⁴⁷.

Infine, quasi a ideale chiusura della ricerca – uno sforzo davvero notevole, che si avverte partito da assai lontano e finalmente giunto a piena maturazione –, il discorso è spostato sulla *definitio* di cui a D. 39.6.31.pr. per affermare condivisibili dubbi sulla rispondenza della medesima, nella veste in cui è tramandata, al sentire di un giurista come Gaio. Per quanto Genovese non la ritenga esprimere principii in sé e per sé incompatibili con il diritto del principato, nondimeno gli pare per molteplici motivi di dubbia genuinità, non ultimo poiché poco rispondente a esigenze classificatorie significativamente rilevanti nel II secolo d.C.: un periodo nel quale, se mai, l'interesse «presente» e «pressante a scopo pratico» poteva essere un altro, vale a dire quello, in termini più circoscritti, di affermare che, nonostante l'espressione '*mortis causa capere*' fosse genericamente evocativa del collegamento tra morte di qualcuno e relativa *occasio capiendi*, divenisse essenziale, se non in assoluto quanto meno a certi fini, «definire» un discrimine tra ipotesi in cui il *mortis causa capere* fosse connotato a speculare *mortis causa donare* (quindi, propriamente, fosse un *mortis causa 'ex donatione' capere*) e ipotesi in cui ciò non accadeva, perciò danti luogo ad altrettante figure di «autonomo» *mortis causa capere*⁴⁸.

In età giustiniana, invece, non prevedendosi più significative differenze di trattamento giuridico tra acquisti derivati da *mortis causa donatio* e acquisti derivati da altri speciali assetti *mortis causa*, sarebbe prevalso l'interesse di segno opposto, ovvero sia quello di presentare entrambi i tipi acco-

⁴⁵ Basti pensare, nell'ambito delle molteplici ipotesi concrete, al caso in cui la volontà liberale fosse del costituente la dote «estraneo», il quale avesse fatto assumere l'obbligo di restituzione al marito non nei propri confronti ma in quelli di una terza persona; il futuro acquisto del terzo, infatti, non sarebbe stato vagliabile alla stregua di una *mortis causa donatio* in senso proprio in quanto l'effetto acquisitivo per il terzo si sarebbe prodotto *in mortem mulieris* e non *in mortem donantis*. Per l'ipotesi in cui costituente la dote fosse la donna stessa, interessanti e complessi risvolti sono in GENOVESE, *op. cit.*, p. 250 nt. 59.

⁴⁶ '*Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia: nam mortis causa donatur quod praesens praesenti dat, mortis causa capi intellegitur et quod non cadit in speciem donationis. Etenim cum testamento quis suo Pamphilum servum suum liberum esse iussit, si mihi decem dederit, nihil mihi donasse videbitur, et tamen, si accepero a servo decem, mortis causa accepisse me convenit. Idem accidit, [quod] <quando> quis sit heres institutus, si mihi decem dederit: nam accipiendo ab eo, qui heres institutus est, condicionis explendae eius causa, mortis causa capio*'.

⁴⁷ Una tesi dominante sulla scia di Di Paola: si veda GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 172 nt.192.

⁴⁸ Si veda GENOVESE, *op. cit.*, p. 269 s.

munati nella generalizzante e onnicomprensiva categoria del *'mortis causa capere'*: uno «spazio» sistematico ormai assai meno distante (al più, solo «nonimalmente»⁴⁹) dai tradizionali istituti del sistema successorio, e specie dai legati⁵⁰. Da qui la plausibile riscrittura della *definitio* in modo da renderla performativa dei nuovi assetti e, prima ancora, le modifiche in senso aggregativo in quei testi (essenzialmente D. 39.6.18.pr. di Giuliano e 39.6.38 di Marcello) che manifestavano più forte traccia del dotto sforzo giurisprudenziale inteso a differenziare il *mortis causa 'ex donatione' capere* dall'a sé stante *mortis causa capere*, oltre che in qualche altro passo (per esempio D. 39.6.36 di Ulpiano) originariamente asserente differenze di regime normativo non più attuali.

⁴⁹) Sul dato «nominale» è infatti costruita la *definitio* che si legge in D. 39.6.31.pr.: *'Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris quae proprio nomine appellantur. Certe enim et qui hereditario aut legati aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nascitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur'*.

⁵⁰) Del resto, pacifico in dottrina è il riconoscimento del sempre più stretto avvicinamento, in epoca tardoantica-giustiniana, tra *mortis causa donationes* e legati: si veda GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 275 nt. 112.