

Mario Genovese, *'Mortis causa capitur'*. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali, Torino, 2012

Il titolo *De mortis causa donationibus et capionibus* dei *Digesta* (39.6), raffigurando per il contenuto di alcuni testi 'chiave' e per il modo in cui è stato rubricato una generale e omnicomprensiva categoria del *mortis causa capere*, lascia intendere come per i commissari giustiniani non sia esistito alcun discrimine tra fattispecie integranti un *mortis causa ex donatione capere* ed altre figure di autonomo *mortis causa capere*, bensì un'assoluta comunanza di *genus*. Rispetto ad una tale prospettiva, resta certo da verificare se essa rispecchi un sentire giurisprudenziale orientato in tal senso, come pure sembrerebbe emergere da alcune testimonianze nelle quali il tema del *mortis causa capere* è affrontato già con una pretesa di sistematicità, ovvero se non rappresenti piuttosto una scelta legata ad assetti propri dell'età giustiniana, con il necessario e conseguenziale intervento da parte dei compilatori su alcuni testi. Una risposta a siffatta questione può venire solo da uno studio complessivo ed organico del tema del *i*, mirato specificamente a cogliere se e, nel caso, sulla base di quali spinte, i giuristi abbiano avvertito come necessaria l'individuazione di un discrimine tra

ipotesi in cui il *mortis causa capere* rifletteva un *mortis causa donare* ed ipotesi in cui non avveniva ciò e che, per questo, davano luogo ad autonome figure di *mortis causa capere*. Tale problematica, trascurata da parte dell'esigua e risalente dottrina in materia (interessata per lo più al tema specifico della *mortis causa donatio*), ha trovato in tempi recenti una sua esaustiva trattazione nella ricerca monografica di Mario Genovese, la quale viene così non solo a colmare una lacuna, ma a colmarla in modo particolarmente intelligente e originale; e ciò, grazie innanzitutto ai risultati di esegesi di testi proficuamente selezionati, spesso giustapposti fra loro in chiave storico-critica e in alcuni casi accompagnati da acute e stimolanti proposte palinogenetiche. Le analisi testuali risultano condotte sempre con rigore metodologico e indipendenza critica; inoltre, grazie alla scelta – che si rivelerà fruttuosa – di comparare il pensiero giurisprudenziale di volta in volta al dato normativo contingente; e, ancora, grazie alla struttura di tipo circolare data al lavoro, la quale, per derivare da un alto grado di padronanza della materia, ripaga lo sforzo sistematico e classificatorio che la sottende con l'offrire al lettore una visione molto chiara di quali siano i punti di forza da cui la ricostruzione complessiva della materia trae la sua indiscutibile plausibilità storico-giuridica.

Dopo aver avviato il 'Capitolo primo' con la precisazione di come l'ampio utilizzo di tipo clas-

sificatorio o definitorio della locuzione *mortis causa* nella trattatistica medioevale e moderna non trovi affatto una sua giustificazione sulla base delle fonti romane, le quali – al contrario – lasciano registrare un marginale ricorso ad essa con valenza giuridico-sistemica, l'Autore entra nel vivo della sua ricerca con il prioritario proposito di analizzare le testimonianze giurisprudenziali che, nella veste in cui ci sono giunte attraverso i *Digesta*, affrontano il tema del *mortis causa capere* non in via meramente casistica, bensì in una prospettiva sistemica, quandanche appena abbozzata.

In quest'ottica, la disamina non poteva che partire dall'esame di un testo di Gaio, il quale – così come ci è stato tradito in D. 39.6.31. pr. – riporta in termini di *definitio* ciò che *mortis causa capitur*, offrendo l'immagine di una unitaria categoria che si caratterizza per esclusione: vi rientrerebbe, infatti, qualsiasi modalità di acquisto occasionata dalla morte di qualcuno '... *exceptis his capiendi figuris quae proprio nomine appellantur*'; il giurista avrebbe poi subito chiarito come anche gli acquisti *iure hereditario* ovvero *iure legato* e *iure fideicommissi*, pur essendo indiscutibile che ben potrebbero rientrarvi per essere del pari riconducibili alla morte di un soggetto, ne restano fuori, e ciò solo in ragione dell'esistenza di una loro specifica designazione tipica. Il senso dato al *mortis causa capere* sarebbe, dunque, restrittivo e residuale, ricomprendendo fattispecie acquisitive prive di *proprium nomen* anche se ugualmente occasionate dalla morte

di un soggetto. Dopo un'accurata esposizione delle molteplici e divergenti ipotesi avanzate in dottrina circa la genuinità del passo (o, almeno, di sue parti), Genovese, nel tentativo di trovare elementi di valutazione nuovi, compie la scelta, particolarmente opportuna sotto il profilo metodologico, di allargare il raggio d'indagine ai successivi §§ 1-4 del passo in esame (questi, invece, poco indagati dalla dottrina in tale ottica), relativi a varie figure di *mortis causa capere* e *mortis causa donatio*. Fra i dati interessanti che ne ricava, spicca certo la notizia contenuta nel § 1: il giurista antoniniano fa risalire a Giuliano l'opinione secondo la quale è da considerarsi beneficiario di donazione *mortis causa* colui a cui vantaggio si effettua una *acceptilatio* sebbene il debitore non sia inadempiente, il che ben lo presenta quale primo teorizzatore del *mortis causa capere* come ricomprendente la *mortis causa donatio* comunque strutturata (*Iulianus placet, licet solvendo non sit debitor, cui acceptum latum sit, videri mortis causa donatum*); questa notazione – trovando peraltro ulteriori conferme anche in testi ulpianei – consente di fissare un punto di partenza alla storia che si intende dipanare e di poter procedere a raffronti contestualizzanti. Il discorso gaiano salta su altra casistica che include sia figure di *mortis causa capere* (ad esempio, l'acquisto di quel denaro che lo *statuliber* o il legatario versa a qualcuno come realizzazione di una condizione: § 2), quanto figure di *mortis causa donatio* (§ 3, dove si affrontano particolari casi di donazione tramite

delegazione), per concludersi (§4) con l'asserzione che anche un debitore *egens* è da ritenere aver acquisito tutto quel denaro dal quale sia stato liberato con ricorso ad *acceptilatio*. Allo specifico fine di una migliore valutazione della genuinità o meno della *definitio* gaiana, l'apporto di una lettura allargata del testo non è di poco conto in quanto consente all'Autore di scorgere nell'andamento del discorso uno sviluppo che si presenta disorganico e poco consequenziale alla premessa; nonostante ciò, egli non prende ancora posizione nella prudente e meditata convinzione che l'attendibilità della teorizzazione posta ad inizio del frammento potrà meglio essere vagliata solo una volta che si siano «dispiegate le più recondite implicazioni relative alle diverse e complesse fattispecie evocate al suo interno» (p. 21); il che, già lascia intravedere come il piano di lavoro preveda una riconsiderazione finale di alcuni testi tesa a chiudere, in via del tutto congetturale, il cerchio aperto proprio dall'esame della *definitio* gaiana o, per il momento, pseudotale.

Oltre al testo gaiano, una testimonianza utile è ravvisata in un passo del commentario a Sabino di Ulpiano, tradito in D.39.6.8, di particolare interesse per le conferme che offre circa la radice concettuale della categoria: nel riproporre il concetto espresso nella *definitio* gaiana e nell'introdurre – rispetto alla fattispecie considerate da Gaio – due varianti acquisitive caratterizzate dalla *causa donationis*, il giurista severiano fa

risalire proprio all'approvazione data da Giuliano la fine di un contrasto giurisprudenziale circa la classificazione del caso di chi riceve, dunque acquisita, del denaro per omettere di conseguire un'eredità: si tratterebbe di *mortis causa capere* in ragione del principio '*...quidquid propter alicuius mortem obvenit, mortis causa capitur*'.

Stabilito che sia Gaio sia Ulpiano presentano Giuliano quale primo artefice di una speculazione sistematica e organica di tale causa acquisitiva e, peraltro, che proprio a tale giurista si deve anche la prima elaborazione consapevolmente argomentata del diverso modo di atteggiarsi della *mortis causa donatio* («e le due cose difficilmente si può pensare essere state fatte fra loro indipendenti»; p. 23), l'Autore si sofferma poi su tre passi giulianei (rispettivamente riportati in D.39.6.18; 20; 21), i quali presentano un'assoluta pertinenza con la casistica illustrata da Gaio e Ulpiano.

Chiude questo capitolo l'esame di un tormentato testo di Marcello (1 *ad Iul. et Pap.* D. 39.6.38), che si presenta di particolare interesse nella sua prima parte, dal momento che, nel riprendere il discorso relativo al rapporto tra fra *mortis causa donatio* e tutte le altre occasioni d'acquisto *quae mortis causa quis capitur*, ne mette in luce, sebbene con qualche contraddittorietà, un «cruciale indice di differenziazione» (p. 28); il giurista afferma, infatti, che '*Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa ceperit, est earum rerum differentia: nam mortis causa donatur quod praesens*

praesenti dat, mortis causa capi intellegitur et quod non cadit in speciem donationis'.

Si evince, già a questo punto della ricerca, come l'atteggiarsi del non lineare rapporto tra *mortis causa donatio* e il *mortis causa 'aliunde'* (secondo un appropriato modo di esprimersi dell'Autore), rappresenti il fulcro intorno al quale ruoterà costantemente la ricerca, impegnando non poco l'Autore il quale, avendo da subito intuito l'impossibilità di definirlo in modo assoluto in termini di assimilabilità o meno, ha cercato di individuare i momenti e i motivi della sua altalenante giustapposizione nelle diverse epoche e nei diversi giuristi.

Il 'Capitolo Secondo' contiene una disamina dettagliata dei passi conservati nel titolo 39.6 del Digesto che configurano singole fattispecie acquisitive (e varianti omogenee) quali occasioni di *mortis causa capere*, partendo dall'ipotesi menzionata per prima da Gaio dopo la *definitio* che apre il lungo fr. 31 e trattata, peraltro, anche dagli tre giuristi particolarmente interessati all'argomento *mortis causa capere*, vale a dire Giuliano, Marcello e Ulpiano (rispettivamente in D.39.6.20; 38; 8 pr.). Tale ipotesi accoglie una casistica alquanto omogenea, ricomprendente tutti gli acquisti patrimoniali (normalmente in denaro) conseguiti in qualità di erede a seguito di attribuzioni compiute da soggetti i quali, così facendo, attuano altrettante condizioni potestative in dando subordinanti

l'acquisizione di benefici loro assegnati: conseguimento della libertà disposta per testamento, come accade per lo *statuliber*; conseguimento di eredità o di parte di eredità o, ancora, di un legato ovvero anche di un fedecommesso (ipotesi A, cd. *captum ex condicione implenda*). Sulla base di un'attenta valutazione del dato testuale coniugata con una penetrante lettura dei riferimenti bibliografici pertinenti, l'autore sostiene in modo condivisibile che tale figura dovette rappresentare nell'ambito della speculazione giurisprudenziale un prototipo di ciò che *mortis causa capitur*, connotato da due peculiarità, l'una esclusiva e l'altra condivisa con altre figure: l'origine da una volontà testamentaria da un lato, l'estraneità alla *causa donationis* dall'altro.

In un procedere particolarmente ragionato e serrato, l'autore passa a questo punto all'esame degli aspetti peculiari di altre due fattispecie acquisitive menzionate nelle fonti (alcune anche fuori della *sedes materiae*), di minore ricorrenza e non ricordate da tutti e quattro i giuristi su riportati: l'acquisto di chi riceve qualcosa per accettare un'eredità o rinunciarevi ovvero per omettere l'acquisizione di un legato (ipotesi B); l'acquisto della donna che riceve qualcosa per chiedere di essere immessa nel possesso di beni ereditari *ventris nomine per calumniam* (ipotesi C). Tale analisi mostra ancora una volta la particolare capacità dell'Autore nel procedere a proficue giustapposizioni fra le fonti, capacità che certo è frutto di

una padronanza della tematica maturata nel tempo e a tutto tondo; ed infatti, vengono ben messi in luce gli elementi di differenziazione e quelli comuni rispetto alla prima tipologia (ipotesi A): fra i primi, il fondamento dell'attribuzione in un atto convenzionale e la tendenziale coattività di queste due ipotesi; fra i secondi, la distanza rispetto alla *causa donationis*. Segue, l'esame di una quarta figura (ipotesi D), vale a dire l'acquisto di beni dotali in favore della persona a cui ne viene stipulato il trasferimento da parte del marito in *mortem mulieris*, figura che spiana la via a più complesse tipologie di *mortis causa capere*. In tale contesto, spicca per originalità l'esegesi del passo gaiano che tratta appunto tale ultima figura d'acquisto (D. 39.6.31.2); il valore intravisto nel riferimento ad un genus accomunante più ipotesi restitutorie dotali e la notazione della discontinuità che il testo presenta rispetto all'unico nel quale viene associata alla dote la qualifica di *recepticia* (Ulp. Reg. 6.5) rappresentano elementi che, nell'ottica dell'Autore, consentono senz'altro di individuare una figura composita di *mortis causa capitur* nel genus *dotes recepticiae*, la quale presenterebbe così una rilevanza di non poco conto in una prospettiva sistematica. Per di più, il passo, così come strutturato, non consente di stabilire con certezza che tale ipotesi acquisitiva non presentasse alcun punto di contatto con la *causa donationis*, potendo forse anche legittimare l'ipotesi contraria, il che lo annovera certo fra quelli che creano e, in certo

qual modo, contribuiscono ad acuire il centrale dilemma sulla possibilità o meno di ricomprendere gli acquisti *ex mortis causa donatione* nel *mortis causa capere*; dilemma sul quale l'Autore sceglie ancora di non prendere posizione, così come sulle altre questioni sistematiche, ritenendo che una posizione argomentata sia possibile solo al termine di una più completa disamina degli altri aspetti rilevanti che il *mortis causa capere* presenta nella sua vicenda storica.

Costatato che lo sfuggente rapporto tra il *mortis causa capere* e la *mortis causa donatio* è alimentato dal tenore assimilativo di alcuni testi, i quali, però, si presentano incoerenti nel loro andamento (D.39.6.18 pr., D. 39.6.31.2 e D. 39.6.38), Genovese passa all'esame di un'altra figura che, secondo Giuliano (D.39.6.18 pr.), va annoverata nel *mortis causa capere*, vale a dire una donazione modulata in funzione della morte di persona diversa dal donante (ipotesi E). Seguendo il consueto e proficuo approccio comparativo nell'esame dei testi, l'autore procede ad una lettura congiunta di tale passo con quello ulpiano (D. 39.6.8.pr.-1) nel quale, dopo la menzione di due figure di *mortis causa capere* prive di nessi con la donazione (*Qui pretio acceto hereditate praetermissit e ... nam et quod a statulibero accipitur*, entrambe già esaminate), si allude a due varianti di *donatio* realizzate entrambe dal donante in funzione della morte di persona diversa da sé; dal raffronto emerge come, sebbene solo una delle due varianti corrisponda a

quella descritta nel passo estratto dai *Digesta* giuliane, in ogni caso Ulpiano per entrambe rende esplicito il raccordo con l'elaborazione sistematica di Giuliano al fine di ricondurre gli acquisti scaturenti da siffatte attribuzioni liberali nell'ambito del *mortis causa capere*. Per la qual cosa, sarebbe realistico ritenere che i classici dovevano aver distinto, sotto il profilo concettuale, l'applicazione della donazione *in mortem alicuius* dalla tradizionale *donatio mortis donantis causa*, e, proprio per questo, dovevano aver considerato solo la prima afferente senza dubbio al *mortis causa capere*.

In una 'appendice analitica' che chiude il capitolo, lo studioso ritiene opportuno dedicare un autonomo spazio ad altre applicazioni, particolarmente singolari, di *mortis causa donatio* che non avrebbero in apparenza implicazioni speciali con il *mortis causa capere*: innanzitutto, si sofferma sulle due fattispecie di donazione *per delegationem* considerate da Giuliano (D. 39.6.18.1) e da Gaio (D. 36.6.31.3); poi, sul caso, più marginale, di donazione liberatoria attuata con la consegna dei chirografi del debito e l'aiuto di una terza persona, caso considerato da Giuliano (D. 39.6.18.2) e ripreso da Ulpiano (D.34.3.3.2). Quale conclusione di questa scrupolosa analisi di fattispecie acquisitive ricondotte dalla giurisprudenza romana più o meno direttamente al *mortis causa capere*, l'autore non esita da un lato ad affermare che «il principio di estraneità sul piano ontologico (o solamente

nominale) tra *mortis causa capere* e *capere iure hereditario* o (*iure*) *legati* e anche (*iure*) *fideicommissi* regge, tanto da poter essere considerato un dato acquisito» (p. 85); dall'altro, a riconoscere come ampiamente aperta e problematica, alla luce del quadro ambiguo emergente dal Digesto, la questione del rapporto tra *mortis causa donare* e *mortis causa capere*. Il che vale a dar conto del netto contrasto fra le posizioni dottrinarie che prospettano tanto l'ipotesi dell'integrazione, sebbene diacronicamente articolata, tra le due figure, quanto quella contraria ed è proprio rispetto a tali difficoltà che l'autore ritiene proficuo continuare ad accostarsi all'espressione *mortis causa capere* senza preconstituire precisi confini lessicali, essendo essa astrattamente associabile tanto agli acquisti *ex mortis causa donatione* così come ad altri acquisti sempre *mortis causa*, ma distinti sotto il profilo attributivo della donazione *mortis causa* in senso proprio.

Con il duplice obiettivo di cogliere meglio il contenuto proprio e storicamente risalente dell'espressione *mortis causa capere* in quanto relazionata ad acquisti occasionati dalla morte di una persona eppure distinti da istituti già tipizzati quali *hereditas*, *legata* e *fideicommissa* e di precisare di volta in volta i fattori cui andrebbe imputata la progressiva individuazione di una categoria sempre meglio definita, l'Autore sottolinea l'importanza e l'apporto che può venire da uno studio del *mortis causa capitur* nella precettistica

pontificale e nella normazione laica successiva e vi dedica il ‘Capitolo Terzo’; si tratta di un capitolo molto denso e articolato che consentirà, in effetti, di cogliere gli snodi più significativi del processo storico culminato nella sistematica di tipo aggregante data alla materia dai giustinianei.

Inizia così un approfondito e originale vaglio critico delle testimonianze utili più antiche, a partire dall’esame di alcuni riferimenti di Cicerone ai principi formulati dai *pontifices* con riguardo alla salvaguardia dell’onere dei sacra alla morte di un *pater familias*, onere economico gravante a vario titolo ed in diversa misura su alcune categorie di soggetti beneficiati in ragione della morte di un *pater*. Il valore delle notizie ciceroniane, contenute per lo più nel *De Legibus*, è ravvisato essenzialmente nella loro idoneità ad attestare sia la progressiva rilevanza che la pecunia (vale a dire, l’aspetto eminentemente patrimoniale) venne assumendo nell’ambito del fenomeno successorio, sia la risalente tecnicità dell’utilizzo di *capere* in ordine agli acquisti conseguenti alla morte di una persona, lì dove non si ravvisa in esse, continua Genovese, nessuna prova o indizio significativo in grado di «deporre per la considerazione nella normazione pontificale delle acquisizioni inquadrate nel *mortis causa capere* (e prescindendo in ogni caso dalla *mortis causa donatio*), e ciò non solo con riguardo all’assetto rimontante agli *antiqui pontifices*, ma anche in relazione all’assetto più evoluto vigente in età ciceroniana» (p. 106).

L’obiettivo perseguito porta poi l’Autore a concentrare la sua attenzione, con intelligente scelta metodologica, sulla legislazione repubblicana tesa a limitare la dispersione del patrimonio del *de cuius* in attribuzioni *in singulas res* (la *lex Furia testamentaria* e la *lex Voconia*), e ciò in quanto essa offrirebbe riscontro proprio della terminologia *mortis causa capere*, presentandosi peraltro come l’attestazione più risalente in cui la locuzione risulta essere utilizzata in senso tecnico-giuridico. Fra le diverse fonti analizzate al riguardo, spiccano per interesse alcuni passi delle *Institutiones* giuriane (2.225; 4.23; 2.226) nei quali l’espressione in oggetto risulta utilizzata al fine di qualificare acquisti a titolo particolare distinti dai legati (... *legatorum nomine mortisve causa capere* ...). Illustrate le opposte visioni dottrinarie circa il contenuto evocativo del riferimento al *mortis causa capere* nel linguaggio legislativo, riferimento che per i più richiamerebbe la donazione, l’Autore, pur riconoscendo l’impossibilità di difendere ad oltranza l’una o l’altra posizione per l’esiguità delle notizie, propende per la maggiore probabilità dell’orientamento maggioritario, anche se non in modo rigoroso. Egli sottolinea, infatti, la vicinanza – sotto il profilo di una possibile linea di continuità – fra ciò che si riteneva evocato con le parole ‘*qui morte ... capiat*’ nella precettistica pontificale e il ‘*mortisve causa capere*’ della *lex Voconia*, senza tuttavia escludere una potenziale e connaturata idoneità a ricomprendere anche altre figure (ad

esempio, il *captum ex condicione implenda*). Con cadenza storicamente consequenziale, Genovese procede alla ricerca di ulteriori elementi di valutazione nelle notizie relative agli interventi successivi atti ad assicurare agli eredi una *portio* dell'attivo ereditario, nonché a scongiurare l'eventualità che i chiamati desistessero dall'accettare l'eredità con la conseguente vanifica delle disposizioni testamentarie; fra questi, spicca la *lex Falcidia* del 40 a. C. Il dato più interessante che una tale analisi lascia registrare ai fini del percorso che seguito dall'Autore è rappresentato senz'altro per un verso dal riscontro dell'assenza nel linguaggio legislativo relativo alla *lex Falcidia* dell'espressione *mortis causa capere*, assenza che egli, con intelligente intuizione, ritiene di poter collegare al fatto che il divieto ivi posto aveva quale destinatario il testatore e non il beneficiario, differenziandosi in ciò dalle due leggi precedenti, per l'altro, dal riscontro che fu solo in sede giurisprudenziale che la regolamentazione prevista dalla *Falcidia* venne ad interferire con la tematica del *mortis causa capitur*. In particolare, Genovese coglie come i giuristi abbiano avvertito alcuni punti di contatto rispetto a due specifiche problematiche: l'una attiene a quella figura 'pilota' di ciò che è considerato *mortis causa capere*, vale a dire il *captum ex condicione implenda*, rispetto al quale si percepisce lo sforzo di definire, per l'ipotesi in cui a *capere* in attuazione di una *condicio implenda* imposta ad altri fosse eventualmente l'erede, quanto di

tale acquisto dovesse o meno imputarsi nella 'quarta' a lui spettante *ex lege*; l'altra riguarda la possibilità di individuare, a certe condizioni, nella provvista di derrate e altre vettovaglie acquisite in base ad un legato sui generis un'ulteriore fattispecie di *mortis causa capere*. L'esame di tale questione presenta quale suo fulcro un testo del commentario di Paolo alla *lex Falcidia* (D.35.2.1.8), testo di non semplice lettura per la molteplicità e la complessità dei temi toccati dal giurista, il che vale a dar conto dell'animato dibattito dottrinario sviluppatosi intorno ad esso. Paolo, a chiusura di un lungo argomentare nel quale sono richiamati molteplici temi di notevole difficoltà tecnica, sembra estendere la conclusione formulata per il caso che l'erede fornisca la *penus* (addirittura) dopo che per la stessa fosse già risultato inadempiente, vale a dire che non avrebbe conseguito il legato né tantomeno la *penus* tardivamente prestata si sarebbe potuta *in Falcidiam imputari*, anche all'ipotesi in cui *ab initio* la formulazione del legato fosse stata di tipo semplice (*si penum non dederit, decem dato*).

Districandosi con perizia e con matura libertà di giudizio nel vaglio delle pur consolidate tesi avanzate sinora, l'Autore conclude la sua disamina su termini e ragioni d'inquadramento della *penus* acquisita *ex legato* nel *mortis causa capere* ritenendo che doveva essere conforme al generale sentire giurisprudenziale la riconduzione di tale fattispecie non ad un *capere legati nomine*, bensì ad un *mortis causa capere*; ciò che tuttavia non può sta-

bilirsi con sufficiente certezza, a suo avviso, è se l'argomentazione sia stata o meno la medesima fornita da Paolo, vale a dire che *penus si datur, mortis causa capitur, quia deficit legati condicio*, la quale si presenta indubbiamente del tutto peculiare anche rispetto al modo con cui lo stesso giurista affrontava manifestazioni negoziali simili; il che, non lo si può negare, lascia cogliere una certa contraddizione nel suo pensiero (in particolare, rispetto a quanto affermato in D.44.7.44.5, in tema di *stipulatio poenae*). Tuttavia, una meticolosa e sapiente rilettura comparata degli specifici contesti nei quali Paolo (ma non solo) procede ad affermazioni in tema di *legatum penus* che sembrerebbero in contrasto ha consentito all'Autore di cogliere la loro probabile ragione e di giudicarle quali sottili valutazioni speculative opportune, nella loro divergenza, sia sul piano concreto che sotto il profilo sistematico, dunque non già necessariamente contraddittorie. Il che, d'altro canto, è in linea con una personalità quale quella di Paolo, che più in generale si presenta come un giurista capace di scegliere strade alternative, le quale coniugano la necessità di concettualizzare senza perdere di vista, però, le necessità del caso pratico. La conclusione cui Genovese giunge, quindi, va nel senso di ritenere che in ambito giurisprudenziale si vennero evidentemente delineando con cautela prospettive di assimilazione di un siffatto modo di acquisto (*penus ex legato*) alla categoria del *mortis causa capere*.

Il capitolo si chiude con l'esame di un ulteriore campo di indagine utile al fine di cogliere l'andamento del rapporto tra *mortis causa capere* ed acquisti *ex mortis causa donatione*, vale a dire la speculazione giurisprudenziale intorno alle restrizioni di *capere* poste dalla *lex Iulia et Papia* per alcune categorie di persone (*coelibes, orbi*, etc.) destinatarie *ex testamento* di benefici patrimoniali a titolo di eredità o legato; restrizioni in seguito estese con provvedimenti senatori dapprima ai fedecommessi (con il senatoconsulto Pegasiano) e poi al *capere ex mortis causa donatione* (con un senatoconsulto di data incerta, plausibilmente successivo a Vespasiano). In particolare, l'Autore ravvisa proprio in quest'ultima pronuncia ufficiale del Senato, i cui termini ci sono noti grazie ad un passo del commento di Paolo alle leggi caducarie augustee (D. 39.6.35 pr.), la prima fonte autoritativa che avrebbe riconosciuto autonomia giuridico-concettuale alla *mortis causa donatio*, rappresentando così per i giuristi che se ne occuparono un'inevitabile quanto proficua occasione per meglio tratteggiare i confini sia con la *donatio* 'tout court', sia con altre acquisizioni *mortis causa* (figure di mero *mortis causa capere*) ugualmente da sottrarre alla logica caducaria voluta dal senato. Tale prospettiva, tuttavia, sembrerebbe trovare un ostacolo in un passo del commentario di Ulpiano alla legislazione di cui si tratta (D.39.6.36), da sempre interpretato dalla dottrina dominante nel senso di esprimere un assoggettamento alla disci-

plina caducaria anche di quella figura per antonomasia di *mortis causa capere* rappresentata dal *capitulum ex condicione implenda*. Affrontando la questione con la consueta acribia esegetica, l'Autore supera la ennesima dura prova cui le contraddizioni e le complessità di molti dei testi selezionati lo hanno costretto con una presa di posizione assolutamente ben argomentata e supportata: a suo avviso, lo sviluppo incoerente del pensiero di Ulpiano e le svariate perplessità che il brano solleva sotto il profilo logico-deduttivo rappresentano, semmai, un ostacolo idoneo a rimettere in discussione l'opinione dominante che vorrebbe estendere – solo sulla base di questo brano – già *ex senato consulto* la legislazione caducaria agli acquisti *ex mortis causa donatione*, con applicazione estensiva anche ai diversi acquisti costituenti *mortis causa capere*. Il che, tiene a precisare Genovese, non appare verosimile anche alla luce degli ulteriori approfondimenti cui sono dedicati i successivi capitoli.

La seria esigenza di non trascurare alcun elemento utile di valutazione nella ricerca del grado di integrazione tra le varie cause d'acquisto occasionate dalla morte di qualcuno sposta l'attenzione dell'Autore, nel 'Capitolo Quarto', ad alcuni testi che sfiorano la tematica del *mortis causa capere* sotto il profilo delle regole e della capacità giuridica richiesta dall'ordinamento per alcuni beneficiari, in correlazione alla rispettiva condizione personale *sub specie civitatis*. La scelta ricade subito

su di un conciso quanto enigmatico testo paolino (D.36.6.9), che ha dato adito proprio per tali sue caratteristiche a discordanti opinioni interpretazioni; al fine di comprendere meglio la sua portata, Genovese apre una necessaria parentesi speculativa. Assodato che, con riguardo a Latini e peregrini, il materiale testuale non fornisce dati certi sulla *capacitas* ad acquisire rispetto ad attribuzioni patrimoniali legate alla morte di qualcuno, ma lo fa solo al di fuori del diritto successorio (in particolare, quindi, per il *capere ex mortis causa donatione*), l'Autore passa all'esame dei due frammenti che conterrebbero solo indizi in tal senso. Il primo, tratto dalle *Epistulae* di Giavoleno (D.35.1.35), lascerebbe intendere che la carenza di *testamenti factio* precludesse in genere ad un soggetto la possibilità di *mortis causa capere*; tuttavia, per i dubbi e le perplessità che il testo solleva, non sembra possibile basare esclusivamente su di esso una tale deduzione, necessitando essa almeno di un testo di supporto univoco. Il secondo, estrapolato dai *libri responsorum* di Papiniano (fr. Vat. 259), presenta una complessità di problematiche che impegna l'autore ancora una volta in un'esegesi non semplice, ma che viene comunque condotta con una perspicace capacità di procedere a letture innovative. Ed è proprio attraverso un'alternativa lettura della vicenda processuale a base del responso, che Genovese giunge a riconoscere al passo un ruolo neutro circa la pretesa ricorrenza di una regola giuridica o di un semplice orientamento giuri-

sprudenziiale autorevole che precludesse ai *Latini Iuniani* la possibilità di *mortis causa capere*, e ciò tanto che derivasse da una *mortis causa donatio* in loro favore, tanto che fosse conseguenza di altra figura acquisitiva sempre *mortis causa*. Riconosciuta, dunque, 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 *civis Romanus*, lo Studioso riprende l'esame del passo paolino dal quale aveva preso avvio il suo discorso, fornendone ora una rinnovata lettura in chiave storico-evolutiva, la quale tiene ben distinto l'originario contesto rispetto alla sintesi fattane dai tecnici del VI secolo: se l'intento di Paolo, in linea con lo stato dell'elaborazione giuridica all'epoca severiana, sarebbe stato quello di ribadire una identità sotto il profilo soggettivo tra persone idonee a capere legati e persone idonee a *mortis causa (ex donatione) capere*, altro sarebbe stato invece il valore attribuitogli dai giustiniani: inserito nel titolo 39.6, il testo in questione riproponeva – sotto il profilo oggettivo – il riferimento *mortis causa capere* in modo da ricomprendere tanto il *mortis causa ex donatione capere* che il *mortis causa capere* propriamente detto o *sine nomine*, di modo che – sotto il profilo soggettivo – il medesimo discorso era idoneo anche a generalizzare l'equiparazione tra capacità di capere legati e capacità di *mortis causa capere* nel senso ampio e caro ai giustiniani.

Ricostruito in modo capillare ed esaustivo un tale quadro d'insieme delle testimonianze attinenti in varia misura al *mortis causa capere*, Genovese ritiene possibile procedere allo sforzo finale, quello cioè di «discernere quanto esse avrebbero espresso conformemente al sentire classico, da quanto, invece, si prestino a sancire – a seguito di opportuna rimodulazione testuale subita – nel mutato assetto sistematico giustiniano» (p. 212). Il lavoro si chiude, dunque, con un capitolo nel quale sono per lo più riconsiderati quei testi esaminati nel primo capitolo e il cui valore era stato lasciato in sospeso proprio in considerazione del supporto argomentativo che sarebbe potuto derivare da una maggiore consapevolezza e maturazione della tematica affrontata.

Un primo aspetto sottoposto a rinnovata considerazione è quello terminologico, legato all'impegno dell'espressione *mortis causa capere* nelle diverse epoche. A tale riguardo, l'Autore riconosce ora con più netta convinzione un originario significato contestualizzato di detta espressione, nel senso che il ricorso ad essa avvenne senza «rigidità precostituite» (p. 212), subendo piuttosto in maniera decisiva l'influenza del contesto giuridico in cui risultava utilizzata. L'emersione del fenomeno *mortis causa capere* coincidente invece con una prima embrionale delimitazione della sua valenza giuridica-semanticale potrebbe essere ricollegata, secondo Genovese, al *morte capere* della precettistica pontificale in materia di culto dei sa-

cra, per poi affinarsi a seguito della recezione nei testi legislativi proprio dell'espressione *mortis causa capere*. Con un buon grado di verisimiglianza, egli ritiene, dunque, di imputare alla legislazione mediorepubblicana una concettualizzazione *in fieri* non slegata comunque dal contesto in cui risultava impiegata; in ragione del «potenziale inclusivo» (p. 212) che in sé e per sé l'espressione *mortis causa capere* presentava, è possibile che *ab initio* siano stati ritenuti ricompresi in essa, a prescindere dagli acquisti ereditari e *legati nomine*, tanto le acquisizioni *ex mortis causa donatione*, quanto gli altri acquisti occasionati dalla morte (per antonomasia, il *captum ex condicione implenda*). In modo assolutamente coerente con la più generale tendenza della giurisprudenza romana a rifuggire da astratte sovrastrutture dogmatiche nell'approccio al caso concreto, una tale promiscuità di impiego non avrebbe interessato i giuristi che non ebbero alcun motivo per ragionarvi in termini di *genus* o meno da altre figure. Quindi, fino a che non si impose dall'esterno una sentita esigenza giuridica di segnare uno spartiacque tra *mortis causa donatio* e *mortis capere 'aliunde'*, i giuristi si mossero con assoluta libertà nell'approccio alle distinte figure, e ciò anche sul piano lessicale. Per Genovese, quell'esigenza iniziò tuttavia a manifestarsi quando, a partire dalla *lex Falcidia*, il nuovo quadro normativo (nel quale spicca quel senatoconsulto normativo ricordato da Paolo che estese le limitazioni augustee agli acquisti derivanti da *mortis cau-*

sa donationes factae) sollecitò a fini sistematici una più rigorosa distinzione tra quanto acquisito per l'effettuazione di una *mortis causa donatio* e le residuali ipotesi di acquisto; solo allora, quindi, la riflessione speculativa giurisprudenziale iniziò a rivestire un ruolo assolutamente decisivo nella concettualizzazione dell'espressione in chiave sistematica.

Precisato tutto ciò, l'Autore ritiene maturo il momento per riconsiderare le testimonianze principali in tema di *mortis causa capere* (D. 39.6.31.1-4 di Gaio, 39.6.18 pr.-3 di Giuliano, 39.6.8 pr.-1 di Ulpiano e 39.6.38 di Marcello) il cui tenore, così come restituitoci dai giustiniani, palesa rispondente ad un diffuso sentire giurisprudenziale l'idea di una comunanza di *genus* tra *capere ex mortis causa donatione* e casi di *mortis causa capere* da esso distinte, laddove l'Autore doveva aver già comunque intuito che, ad un esame più marcatamente storico, avrebbero potuto invece manifestare un diverso, se non proprio opposto, scopo. Con la consueta arte di giustapporre i testi in esame, Genovese procede, appunto, ad una comparazione critico-ricompositiva fra questi passi, iniziando da quella fra il gaiano D.39.31.2 e il giuliano D.39.6.18 pr., al fine di valutarne «prospettive di integrazione e di reciproca chiarificazione».

In questo percorso d'analisi, davvero pregevole nel suo complesso, si distingue per perizia e difficoltà la proposta di ricomposizione palinge-

netica del giuliano D.39.6.18 pr., la quale, in virtù di minimi interventi nel testo, è finalizzata a restituire quale senso dell'originale riflessione del II secolo quello di aver ritenuto pertinente al *mortis causa capere* solo la *donatio in mortem* di persona diversa dal donante. In particolare, lo Studioso procede ad un credibile tentativo di portare alla luce i passaggi (che non emergono per i numerosi interventi manipolativi subiti dai testi in questione) della teorizzazione compiuta da Giuliano, cui – secondo quel che è già emerso – si deve l'apporto fondamentale nella sistematica della *mortis causa donatio*. Si spiega così il contestuale interesse a separare da tale figura gli altri acquisti occasionati sì dalla morte di una persona, ma da relegare comunque nel ridisegnato ambito del *mortis causa capitur*, con l'ulteriore conseguenza, di non poco momento, di escluderli espressamente dai regimi riferiti alle *mortis causa donationes*. Il ragionamento di Giuliano doveva essere finalizzato a far discendere da una concettualizzazione il regime normativo cui ritenere assoggettati gli acquisti *ex mortis causa donatio* rispetto a tutti gli altri, regime normativo che probabilmente doveva avere riguardo alla *capacitas* di cui alla regolamentazione Giulia e Papia: l'ipotesi avanzata dall'Autore è che il discorso del giurista si proponeva, infatti, di tener al riparo dalle restrizioni normativamente fissate per gli acquisti costituenti *ex mortis causa donatio capere* tutti gli altri considerati genericamente frutto di *mortis causa capere*. La via di separazione

più immediata sarebbe stata individuata, secondo Genovese, nell'assenza della *causa donationis* nell'atto da cui traeva origine il *capere*, sebbene *mortis causa*. Quale riprova del fatto che in questi termini era diretto l'argomentare giuliano, artatamente ommesso dai giustiniani all'atto di confezionare il testo per l'inserimento nel titolo 39.6, verrebbe – secondo l'Autore – dalla traccia che ne porta il frammento gaiano in D. 39.6.31.2 nel momento in cui vengono prospettate con tono avversativo (*sine donatione autem ...*) figure a sé stanti rispetto a quanto si potesse concepire *mortis causa donatum*. Nella congetturale ricostruzione di Genovese, l'ulteriore stadio del discorso giuliano doveva comportare, inoltre, la precisazione che sarebbero rimaste estranee all'ambito della *mortis causa donatio*, quindi alla logica estensiva del provvedimento senatorio, quelle donazioni che fossero *mortis causa* solo perché in rapporto d'interdipendenza con la morte di una persona, quando questa era diversa dall'autore della liberalità, e ciò in quanto doveva essere tipico della *mortis causa donatio* la sua strutturazione in *mortis donantis*; il che, sembra avallato dalla constatazione che nella visione giurisprudenziale a partire da Giuliano e fino ad Ulpiano risultano ricondotte al *mortis causa capere* figure acquisitive a carattere donativo solo se concepite in funzione della morte di persona diversa dal donante (ad esempio, in morte del figlio o del fratello del donante). L'accostamento giuliano a quest'ultima fattispe-

cie di quei singolari casi di *mortis causa donatio* rappresentati dalle due varianti *per delegationem* e da quella effettuata con la collaborazione di un terzo (D.39.6.18.1-2) troverebbe la sua spiegazione, in una siffatta chiave di lettura, con la volontà di chiarire come l'interazione di un terzo nella realizzazione della donazione non rappresentasse un naturale impedimento alla classificazione dell'atto come *mortis causa donatio*; sempre che non ne fosse compromesso, però, il nesso funzionale fra l'acquisizione della liberalità e la morte del suo autore sostanziale. La lunga disamina del pensiero di Giuliano consente allo Studioso catanese di avanzare una conclusione molto plausibile sotto il profilo storico-giuridico, vale a dire che la figura di *mortis causa capere* costituita dalla donazione concepita in funzione della morte di persona diversa dal donante avrebbe rappresentato, nella prospettiva di un giurista impegnato ad elaborare una sistematica del *mortis causa capere* non includente i casi di *mortis causa donatio*, «l'ipotesi-ponte ... rispetto all'evocazione di applicazioni particolari di quest'ultima, ma che per certe loro modalità d'attuazione era opportuno richiamare a fini distintivi, onde meglio segnarne il tratto discriminante» (p. 241).

Nel passare ora al vaglio del pensiero gaiano, l'autore coglie quale dato più macroscopico emerso dalla complessa comparazione critico-ricompositiva dei diversi testi la mancata menzione da parte del giurista, che pure ripropone la

dottrina giuliana, dell'ipotesi di *donatio* in funzione della morte di persona diversa dal donante, lì dove però, stando a quel che resta della stesura originale in D. 39.6.31, aveva ravvisato un'altra e più complessa ipotesi-ponte nell'articolato *genus* delle *dotes recepticiae*. La collocazione tendenziale, da parte del pensiero giurisprudenziale classico, dell'acquisto patrimoniale derivato da una stipulazione che impegnasse il marito a trasferire i beni dotali *in mortem mulieris* nell'ambito del *mortis causa capere* avrebbe trovato il suo fondamento in due ordini di motivi: l'assoluta estraneità dalla stessa *causa donationis* e la distinzione, in altri casi, dalla *mortis causa donatio* in senso proprio, pur partecipando della stessa.

Quanto, poi, all'interpretazione del controverso pensiero di Marcello così come lo si legge in D. 39.6.38, rispetto alla quale si era lasciata in sospeso nel primo capitolo sia l'interpretazione del principio '*praesens praesenti dat*' come tipizzante per la *mortis causa donatio* sia la sua idea circa il rapporto tra *mortis causa donatio* e *mortis causa capere* (di cui sarebbe estrinsecazione paradigmatica il *captum condicionis implendae*), l'Autore, dopo aver riconsiderato le contrastanti ipotesi avanzate in dottrina, conclude per un verso nel senso che quel principio doveva alludere anche alla necessità di un passaggio patrimoniale diretto dal donatario al donante affinché potesse concretizzarsi una *mortis causa donatio* in senso proprio; per l'altro, nel senso che l'aggregazione, dissonante

con il resto del passo, di quanto acquisito *ex mortis causa donatione* al *mortis causa capere* vada attribuita alla mano dei giustinianeî che avrebbero manipolato il passo inserendovi un appropriato ‘*et*’ tra ‘*intellegitur*’ e ‘*quod*’, che sarebbe pertanto da espungere: *Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa ceperit, est earum rerum differentia: nam mortis causa donatur quod praesens praesenti dat, mortis causa capi intellegitur et quod non cadit in speciem donationis.* In conclusione il passo, nella sua stesura originaria, doveva essere incentrato su differenziazioni formali e/o sostanziali tra ciò che costituiva *mortis causa donare* ed altre fattispecie le quali, pur dando luogo dalla prospettiva del beneficiario ad acquisti qualificabili con il ricorso all’espressione *mortis causa capere*, trovavano fondamento dal lato attributivo in vari assetti d’interessi. Sulla scorta di una tale lettura del passo di Marcello, Genovese ritiene di poter infine affrontare con la dovuta consapevolezza anche il testo di Ulpiano in D. 36.6.38, e lo fa ridimensionando l’opinione che sostiene la sopravvenuta estensione della legislazione Giulia e Papia al *manus capere*.

La ponderosa ricerca monografica di Genovese si chiude con la rilettura del passo dal quale aveva preso inizio, vale a dire quello contenente la *definitio* gaiana (D. 39.6.1 pr.), escludendo ora con maturata determinazione e consapevolezza la sua aderenza al sentire di un giurista come Gaio, e ciò per molteplici motivi. Essa va guardata, dunque, con sospetto, in quanto probabile frutto

di una tarda escogitazione, la quale avrebbe manipolato un testo che, nella sua versione originaria, con buona probabilità voleva proprio far risaltare la necessità, a certi fini, di porre «un discrimine tra ipotesi in cui il *mortis causa capere* fosse connaturato a speculare *mortis causa donare* ed ipotesi che non potevano e non dovevano così vagliarsi, per costituire altrettante figure di a sé stante *mortis causa capere* e variamente giustificabili come tali» (p. 274). In questa ridotta, ma mirata, valenza differenziatrice, il passo non solo non doveva presentarsi più funzionale al mutato sentire postclassico, ma addirittura doveva essere in netto contrasto con la nuova sistematica che i giustinianeî si proponevano di consolidare nel redigere il titolo 39.6. Essi avrebbero provveduto, dunque, ad una sostanziale riscrittura del testo e ragionevolmente Genovese ritiene che avrebbero avuto almeno due ragioni per farlo. Da un lato, doveva aver giocato un ruolo importante l’opportunità di assimilare fattispecie acquisitive «ontologicamente autonomizzate», quali eredità, legato e fedecommessi, con altri acquisti per i quali era invalsa la terminologia *mortis causa capere*, non avvertendo più la necessità di distinguerle per il semplice avere o meno un *proprium nomen iuris* (spirito, questo, che l’Autore ritiene essere più bizantino che classico) e puntando, piuttosto, al dato esteriore di rappresentare tutti acquisti occasionati dalla morte di un soggetto; il che, veniva a sancire una tendenza solo emersa in epoca classica per influsso

delle esplicite assimilazioni che si rinvengono nella normazione che si è esaminata. Dall'altro, viene in rilievo la necessità di sminuire la valenza del testo gaiano per rappresentare il più compiuto sforzo giurisprudenziale volto a distinguere figure integranti *mortis causa capere* che «a dispetto di una certa promiscuità sul piano lessicale e della possibile condivisione della *causa donationis* (si pensi ai casi di donazione concepita in morte di persona diversa dal donante o a certe modulazioni della stipulazione dotale di restituzione), andavano separate per sottrarle a regimi normativi (primi fra tutti quello caducario) concernenti espressamente le prime». In definitiva, i giustinianeî, non ravvisando più significative differenze di trattamento tra acquisti derivati da *mortis causa donatio* e acquisti derivati da altri particolari assetti *mortis causa*, avrebbero avuto l'interesse, di segno completamente opposto a quello di Gaio, a presentare entrambi i tipi assimilati nella generalizzante e onnicomprensiva categoria del *mortis causa capere*, ben raffigurata dalla rubrica '*De mortis causa donationibus et capionibus*'.

La lunga trattazione che precede è stata imposta, per dir così, dalla volontà di far risaltare quanto più possibile un pregio indiscutibile di carattere generale (fra i tanti relativi a specifiche modalità di indagine) della monografia di Mario Genovese, quello cioè di rappresentare l'esito di un certosino e complesso lavoro di ricerca i cui

risultati l'Autore ha assemblato egregiamente in un impianto ben ragionato e del tutto originale, che si caratterizza per la chiarezza della progressione del discorso e per la sua fondatezza sotto il profilo storico-giuridico. In un ritmo serrato e attentamente consequenziale, si dipanano via via questioni complesse e sfuggenti, rispetto alle quali non solo Genovese non si è mai arreso alla logica di una loro intrinseca insolubilità, ma, anzi, si pone con la caparbia volontà di trovarvi la soluzione più plausibile sotto diversi punti di vista. Il che, gli riesce, anche al di là della condivisibilità o meno di singole sue asserzioni, con risultati mai superficiali i quali testimoniano, al contrario, un lungo, approfondito, meditato e, cosa non di poco conto, appassionato studio; alla concomitanza di tali fattori, coniugati ad una non comune sensibilità storico e ad una (spesso davvero coraggiosa) indipendenza di giudizio, va imputata la naturalezza e la scioltezza con le quali l'Autore analizza un diversificato e a volte contraddittorio materiale testuale, spesso grazie alla tecnica della giustapposizione dei passi, riuscendo in tal modo a proporre delle soluzioni in chiave diacronica e a superare, così, antichi contrasti dottrinari. In questo senso, la monografia di Genovese è destinata senz'altro a suscitare un vivo interesse e non poche suggestioni in chi intenderà addentrarsi nella tematica affrontata. In conclusione, non può non riconoscersi come pienamente centrato l'obiettivo finale che l'Autore si era prefisso, cioè

– come egli stesso esplicita – ricomporre il sentire giurisprudenziale classico in merito al *mortis causa capere*, al netto dei mirati interventi compilatori sui testi classici dettati dalla scelta sistematica di costruirne, per i motivi ben individuati, ‘la categoria unificante’.

[Piera Capone]