

Pierfrancesco Arces

Il divieto di patti successorii e gli acquisti a causa di morte nel diritto romano

1. Premessa - 2. Acquisti a causa di morte dipendenti da *donationes mortis causa* in Iul. 60 *dig.*, D. 39.6.18 - 3. Acquisti a causa di morte e donazioni *mortis causa* «liberatorie» in Gai. 8 *ad ed. prov.*, D. 39.6.31 - 4. Peculiarità del '*mortis causa capere*' in rapporto agli acquisti compiuti *iure hereditario* - 5. Acquisti a causa di morte e provvedimenti limitativi della capacità di acquisto *iure hereditario* - 6. Conclusioni e prospettive di ricerca.

1. Premessa

Il divieto dei patti successorii continua a far discutere romanisti e civilisti. Tradizionalmente intesi nella loro più ampia accezione (inclusiva di quelli cosiddetti «istitutivi», «dispositivi» e «rinunziativi»)¹ come «il male assoluto del sistema successorio»², tali strumenti di «contrattualizzazione» delle disposizioni di ultima volontà non cessano di suscitare l'attenzione di dottrina e giurisprudenza³. Nell'ordinamento italiano, come noto, il confronto è con l'assolutezza e i limiti del divieto di cui all'art. 458 cod. civ. Il tema, coinvolgendo interessi trasversali ed eterogenei, è particolarmente complesso e refrattario ad ogni tentativo di trattazione unitaria, e rappresenterebbe un caso eclatante di continuità col diritto romano, nel quale, a seconda delle opinioni rinvenibili in letteratura, sarebbero stati rigorosamente vietati⁴ o del tutto sconosciuti⁵.

¹) Una classificazione a cui si riferiranno generazioni di civilisti è quella proposta dall'imprecindibile G. VISMARA, *Storia dei patti successorii* (Milano, 1941), rist. Milano, 1986, p. 4 nt. 2.

²) D. ACHILLE, «Per una riforma del divieto dei patti successorii». Rileggendo Vincenzo Roppo, in «Jus Civile», II, 2018, p. 139, e *Il divieto dei patti successorii. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012, p. 1 ss.

³) Cfr. ACHILLE, *Il divieto*, cit., p. 16 s. e nt. 60, p. 24 ss., 36 ss., 50 ss., 86 ss. e 103 ss., V. BARBA, *I patti successorii e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, p. 13 ss., 20 ss. 32 ss., 121 ss. e 171 ss., e S. LO IACONO, *Ambulatoria est voluntas defuncti? Ricerche sui patti successorii istitutivi*, Milano, 2019, p. 29 ss., 34 ss. e 50 ss.

⁴) Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ (Napoli, 1960), rist. Napoli,

Tale radicatissimo convincimento – diffuso anche nella dottrina civilistica⁶ – è periodicamente scalfito da voci dissonanti, e viene ancora una volta contestato da un recente studio, che restituisce il problema alla sua dimensione storica, e – sulla base di un’attenta analisi delle fonti giuridiche e retoriche – circoscrive l’area del menzionato divieto in una misura decisamente più ristretta⁷. E’ in effetti essenziale, in questa prospettiva, l’analisi delle interrelazioni reciproche tra causa e natura giuridica dell’atto o della disposizione in vista della propria successione, alla luce dell’evoluzione storica degli istituti e col conforto degli elementi desumibili dalle fonti.

Una peculiarità da segnalare preliminarmente riguarda l’utilizzo dell’espressione ‘*mortis causa*’ nel diritto romano classico⁸: essa non avrebbe indicato soltanto i negozi giuridici del diritto ereditario – come invece avviene nella moderna terminologia giuridica, quando si allude agli atti di volontà del testatore, e quindi alle disposizioni testamentarie in genere⁹ – ma piuttosto «negozi singoli o ... termini più o meno collettivi»¹⁰. L’espressione in esame risulta peraltro frequentemente accostata al verbo ‘*capere*’, comportando in tal modo l’allusione a dinamiche negoziali inclusive (anche) di acquisti *inter vivos*. La morte viene dunque intesa, di volta in volta, presupposto, motivo oggettivo o ragione occasionale di essi. ‘*Mortis causa capere*’, pertanto, «è il termine

1994, p. 533 s., B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1965, p. 631 s., A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991, p. 19 s., A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, p. 424 e nt. 27.4, e M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, p. 569.

⁵ Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni. Parte generale* (Roma, 1930), rist. Milano, 1974, p. 211 s., S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1932, p. 238, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1967, p. 742, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*², Milano, 1967, p. 491, e M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 777.

⁶ Cfr., per un esempio tra i numerosissimi possibili, A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1945, p. 21.

⁷ Si tratta della monografia di M.F. MEROTTO, *I patti successori dispositivi nel diritto romano*, Napoli, 2020, p. 1 ss. In una prospettiva simile si ponevano già M. SIC (SZÜCS), *L’eredità futura come oggetto del contratto (patto) nel diritto classico e postclassico*, in «*RIDA*», LIX, 2012, p.197 ss., e F.P. TRAISCI, *Il divieto dei patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 33. Ancor prima, un’indicazione in questo senso si rinveniva in VISMARA, *Storia*, cit., p. 131, nel punto in cui afferma che nel diritto romano non vi fu un’assoluta ripugnanza per i patti successorii, pur avendo preventivamente precisato (a p. 108) l’assoluta invalidità dell’obbligazione di istituire erede o di disporre un legato.

⁸ S. CUGIA, *Indagini sulla dottrina della causa del negozio giuridico. L’espressione «mortis causa»*. *Diritto romano classico e giustiniano*, Napoli, 1910, p. 1 ss.

⁹ Va tuttavia ricordato come da tempo sia stata messa in discussione l’idea per cui il testamento sarebbe l’unico negozio *mortis causa* ammesso nel vigente ordinamento: cfr. ACHILLE, *Il divieto*, cit., p. 2 s. e nt. 4.

¹⁰ CUGIA, *op. cit.*, p. 3.

più comprensivo usato in rapporto agli atti *mortis causa*»¹¹. Uno studioso¹² ha rilevato la preferenza dei giuristi romani per tale espressione rispetto a ‘*mortis causa capio*’, corrispondente all’italiano «capione a causa di morte»¹³, che si rinviene solo nella rubrica del titolo XXXIX.6 del Digesto, icasticamente denominato ‘*De mortis causa donationibus et capionibus*’¹⁴, nel quale è contenuta una buona parte dei frammenti dedicati al tema: sono escerpiti dalle opere di nove giuristi¹⁵ e concorrono a formare un quadro composito, ritenuto oggetto di un intervento dei compilatori particolarmente rilevante e tutt’altro che idoneo a presentare una sequenza di testi immune da contraddizioni ed oscurità.

2. Acquisti a causa di morte dipendenti da *donationes mortis causa* in Iul. 60 dig., D. 39.6.18

In un frammento escerpito dai *Digesta* di Giuliano – e da taluni sospettato di rimaneggiamenti compilatori¹⁶ –, alla particolare ampiezza inclusiva del *mortis causa capere* viene ricondotta la *donatio mortis causa*¹⁷:

¹¹) CUGIA, *op. cit.*, p. 4. Si vedano, inoltre, D. NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, München, 1986, p. 1 ss. e 24 ss., M. GENOVESE, *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino, 2011, p. 1 ss., ed E. DOVERE, *Una «sfida» sistematica: la morte come occasione d’acquisto*, in «RDR», XI, 2011, p. 1 ss. (*estr.*)

¹²) S. DI PAOLA, *Sull’estensione delle leggi caducarie al «mortis causa capere»*, in «Studi V. Arancio-Ruiz», II, Napoli, 1952, p. 485 nt. 4.

¹³) Cfr. C. FERRINI, ‘*Capioni*’ (1888), ora in «NDI», II, Torino, 1937, p. 796 s., e ‘*Capiones*’, in «NNDI», Torino, 1957, p. 897 s., P. BONFANTE, *Lucri a causa di morte, (“mortis causa capiones” e “mortis causa donationes”)*, Varallo Sesia, 1915, p. 12 ss., J.A. ARIAS BONET, *Mortis causa capiones*, in «AHDE», XX, 1950, p. 781 ss., e U. ROBBE, *Diritto ereditario*, cit., p. 41, nt. 90.

¹⁴) GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 5 e nt. 9, nel rammentare che d’unica attestazione dell’uso del deverbativo *capio* (*rectius*: dell’ablativo plurale «*capionibus*») si ha nella rubrica del titolo 39.6» e che ciò non è riproposto nel corrispondente titolo del *Codex Iustinianus* 8.56(57), esprime altresì i suoi dubbi circa la spiegazione offerta dalla dottrina con riguardo a tale difformità, che vorrebbe la dicitura del Digesto di Giustiniano mutuata dai commentari classici.

¹⁵) In particolare si tratta di Marciano (del quale vengono escerpite le *Institutiones* e i *libri Regularum*), Ulpiano (del quale si conservano frammenti derivanti dalle *Institutiones*, oltre che dai commenti ad *Sabinum*, ad *edictum*, ad *legem Iuliam et Papiam*), Paolo (*libri ad Sabinum*, ad *Plantium*, ad *legem Iuliam et Papiam*, *manualium*), Gaio (*res cottidianae* e commento ad *edictum provinciale*), Giuliano (*digesta*, commento ad *Urseium Ferozem*), Africano (*libri quaestionum*), Marcello (*liber singularis responsorum*, *digesta*, commento ad *legem Iuliam et Papiam*), Papiniano (*libri quaestionum*, *libri responsorum*), e Nerazio (*libri responsorum*).

¹⁶) Cfr. l’ampia esposizione ricognitiva a tal proposito compiuta da GENOVESE, *op. cit.*, p. 219 ss.

¹⁷) Sulla *donatio mortis causa*, cfr. F.C. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, IV, Berlin, 1841, trad. it. – *Sistema del diritto romano attuale* –, IV, Torino, 1889, p. 290 ss., E.D.

Iul. 60 *dig.*, D. 39.6.18 pr.: Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suae mortis causa nobis donat, sed et si propter alterius mortem id faciat: veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium.

[1] Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodo capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. Quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit: nam et si convaluisset creditor idemque donator, condicione aut in factum actione debitoris obligationem dumtaxat reciperet.

[2] Titia chirographa debitorum suorum Septicii et Maevii donatura illis Ageriae dedit et rogavit eam, ut ea, si decessisset, illis daret, si convaluisset, sibi redderet: morte secuta Maevia Titiae filia heres extitit: Ageria autem, ut rogata erat, chirographa Septicio et Maevio supra scriptis dedit. Quaeritur, si Maevia heres summam, quae debebatur ex chirographis supra scriptis, petat vel ipsa chirographa, an exceptione excludi possit? Respondit Maeviam vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri posse.

[3] Qui hominem noxae nomine vel alias obligatum mortis causa acceperit, tantum cepisse intellegendus est, quanti is homo venire potuisset. Idem in fundo qui obligatus est observari poterit, ut pretium excutiat.

A Giuliano si ricollega «la prima elaborazione in chiave organica e consapevolmente orientata»¹⁸ in materia di *donatio mortis causa*. Il giurista adrianeo insegna,

GLASSON, *Étude sur les donations a cause de mort*, Paris, 1870, p. 3 ss., E.F. BRUCK, *Die Schenkung auf den Todesfall im griechischen und römischen Recht, zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Testaments*, I. *Das griechische Recht bis zum Beginn der ellenistischen Epoche*, Breslau, 1909, (rist. anast. Aalen, 1968, p. 11 ss.e 73 ss.), F. SENN, *Études sur le droit des obligations*, I, *La donation a cause de mort*, Paris, 1914, p. 3 ss., B. BIONDI, *Appunti intorno alla donatio mortis causa nel diritto romano*, in «AUPE.», XXVIII, 1914, p. 185 ss., ID., *Successione*, cit., p. 707 ss., P. BONFANTE, *Lucri a causa di morte ('mortis causa capiones' e 'mortis causa donationes')*, Varallo Sesia, 1915, p. 67 ss., S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, Catania, 1950, p. 1 ss., ID., *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Napoli, 1969, p. 1 ss., ID., *Sulla struttura della 'donatio mortis causa' in diritto romano*, in «Studi P. De Francisci», Milano, 1956, p. 161 ss., M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano, 1953, p. 1 ss., ID., *'Donazione mortis causa'*, in «ED.», XIII, Milano, 1964, p. 1000 ss., P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*², II, *Parte speciale. Successione ab intestato, successione testamentaria*, Milano, 1963, p. 437 ss., P. SIMONIUS, *Die Donatio Mortis Causa in klassischen römischen Recht*, Basel, 1958, p. 1 ss., R. YARON, *Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law*, Oxford, 1960, p. 32 ss., G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, p. 1 ss., ID., *'Donazione (diritto romano)'* (1964), ora in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1981, p. 973 ss., U. ROBBE, *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali*, I, Napoli, 1962, p. 35 ss., P. GIUNTI, *'Donazione (storia del diritto romano)'*, in «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», VII, 1991, p. 166 ss., E. RODRIGUEZ DIAZ, *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el derecho romano*, Oviedo, 2000, p. 13 ss., D. RÜGER, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011, p. 45 ss., V. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *Donatio Mortis Causa*, Santiago de Compostela, 2012, p. 1 ss., e ACHILLE, *Il divieto*, cit., p. 114 ss. e nt. 159.

¹⁸ GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 23

nel *principium* del frammento, che si acquista *mortis causa* non solo nell'ipotesi di donazione compiuta dal donante in vista della propria morte, ma anche di quella di un terzo, con la precisazione che la guarigione (lo scampato pericolo mortale) comporterà la risoluzione degli effetti dell'atto. La donazione appare dunque disposta con effetto immediatamente traslativo¹⁹, peraltro risolutivamente condizionato allo scampato pericolo: aspetto, questo, che nel considerato frammento giuliano è espressamente previsto per l'ipotesi di disposizione compiuta in vista della morte di un terzo. Mi sembra comunque evidente che il meccanismo condizionale valga anche per l'ipotesi di *donatio mortis causa* disposta '*cum quis suae mortis causa nobis donat*', anche se la questione è discussa²⁰.

Il sèguito del frammento presenta un'articolata casistica. Nel § 1 sono presentate due ipotesi: la prima appare come una *donatio mortis causa* «liberatoria» – oggi parleremmo di una donazione indiretta – configurata tramite la delegazione del proprio debitore al pagamento al creditore del donatario. L'oggetto della donazione (indiretta) a favore di quest'ultimo – il suo acquisto – dunque, consiste in un importo di denaro pari al valore della liberazione ricevuta dal proprio creditore, in conseguenza dell'adempimento da parte del debitore delegato ('*capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero*'). Nella seconda ipotesi, invece, si precisa che, laddove il debitore delegato si obblighi all'adempimento mediante *stipulatio* direttamente col donatario, quest'ultimo viene inteso acquirente (e quindi beneficiario di una donazione liberatoria) di un importo pari al valore per cui il debitore delegato risulti effettivamente adempiente. L'espressione conclusiva del paragrafo (da '*nam et si convaluisse*' alla fine del testo) – con cui si precisa che l'eventuale scampato pericolo mortale avrebbe comportato per il creditore-donante-delegante la possibilità di recupero, tramite *condictio* o *actio in factum*, di non più del relativo importo – mi sembra il rimaneggiamento postumo di un originario e più ampio contesto espositivo.

Nel § 2 è illustrata un'ulteriore e articolata ipotesi di *donatio mortis causa*, realizzata mediante la consegna, da parte della creditrice Tizia, dei titoli di debito di Setticio e Mevio ad una terza persona, Ageria, accompagnata dalla richiesta a costei, da parte della medesima Tizia, di consegnare i predetti titoli ai menzionati debitori in caso di sua morte (così materialmente eseguendo la remissione dei rispettivi debiti) oppure di restituirglieli in caso di scampato pericolo mortale. Avvenutone il decesso – e risultando erede Mevia, figlia di

¹⁹) Cfr., analogamente, GENOVESE, *op. cit.*, p. 61.

²⁰) Cfr. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 472 ss., e GENOVESE, *op. cit.*, p. 220 s., e, in senso difforme rispetto al convincimento che ho presentato nel testo, p. 227 s. Tuttavia, cfr. GLASSON, *Étude*, cit., p. 7 ss., 202, ove si rappresenta l'idea dell'uso ampio dell'espressione '*mortis causa capere*' si da includere tutte le acquisizioni realizzate in occasione o per effetto della morte di una persona, ivi compresa la *donatio mortis causa*.

Tizia – Ageria dava corso alle istruzioni ricevute, consegnando a Setticio e Mevio i rispettivi titoli di debito. Si poneva quindi il quesito relativo alla possibilità di paralizzare tramite *exceptio* l'eventuale richiesta in giudizio, da parte dell'erede Mevia, della somma risultante dai menzionati titoli, oppure degli stessi documenti rappresentativi del credito, e Giuliano riteneva opponibile ad una tale richiesta sia l'*exceptio pacti conventi* che l'*exceptio doli*.

Il terzo e ultimo paragrafo prende in considerazione ipotesi di acquisto *mortis causa* dell'*homo noxae nomine vel alias obligatus* o del *fundus obligatus*, e cioè di quelli che oggi chiameremmo beni sottoposti a vincoli che ne diminuiscono apprezzabilmente il valore venale. La stringatezza del testo permette comunque di riferirne la stesura nell'ambito di una esposizione – evidentemente più ampia nella sua formulazione originaria – relativa alla determinazione del minor valore dei predetti beni, e quindi concernente la misura dell'acquisto compiuto dal beneficiario della relativa disposizione.

3. Acquisti a causa di morte e donazioni mortis causa «liberatorie» in Gai 8 ad ed. prov., D. 39.6.31

L'ampia inclusività dell'espressione '*mortis causa capere*' parrebbe altresì desumibile da un frammento del commento di Gaio all'editto provinciale, che, per quanto giudicato «disorganico e poco consequenziale»²¹, soprattutto nel rapporto tra il *principium* e i paragrafi successivi, sembra comunque racchiudere una descrizione della disciplina classica di questa particolare categoria di acquisto, a partire dalla definizione in esordio:

Gai. 8 *ad ed. prov.*, 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 nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur.*

[1] Iuliano placet, licet solvendo non sit debitor, cui acceptum latum sit, videri ei mortis causa donatum.

[2] Sine donatione autem capitur veluti pecunia, quam statuliber aut legatarius alicui condicionis implendae gratia numerat, sive extraneus sit qui accepit sive heres. Eodem numero est pecunia, quam quis in hoc accipit, ut vel adeat hereditatem vel non adeat, quique in hoc accipit pecuniam, ut legatum omittat. Sed et dos, quam quis in mortem mulieris a marito stipulatur, capitur sane mortis causa: cuius generis dotes recepticiae vocantur. Rursus id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur aut cogitationem mortalitatis, quod nos

²¹) GENOVESE, *op. cit.*, p. 20.

quandoque morituros intellegimus.

[3] Si iusseris mortis causa <mihi donaturus> debitorem tuum mihi aut creditori meo expromittere decem, quid iuris esset quaeritur, si iste debitor solvendo non sit. Et ait Iulianus, si ego stipulatus fuerim, tantam pecuniam videri me cepisse, in quantum debitor solvendo fuisset: nam et si convaluisset, inquit, donator, obligationem dumtaxat debitoris recipere deberet. Si vero creditor meus stipulatus fuerit, tantam videri me pecuniam accepisse, in quantum a creditore meo liberatus essem.

[4] Per accepti quoque lationem egens debitor liberatus totam eam pecuniam, qua liberatus est, cepisse videtur.

A differenza del *principium* del frammento giuliano conservato in D. 39.6.18 – nel quale si riconducono al *mortis causa capere* tanto la figura della *donatio mortis causa* disposta in vista della propria morte quanto quella disposta in vista della morte di un terzo – l'esposizione gaiana esordisce effettuando una fondamentale distinzione tra fattispecie acquisitive *mortis causa* dotate o meno di un *proprium nomen*: escluse le ipotesi «nominate» (riguardanti gli acquisti '*hereditario aut legati aut fideicommissi iure*'), solo le altre vengono prese in considerazione ai fini della formulazione della relativa definizione. La genuinità del passo contenuto nel *principium* è discussa²², tanto in relazione alla sua stessa formulazione, quanto, come si è accennato, con riguardo alla concatenazione con i paragrafi immediatamente successivi.

Il primo paragrafo si riferisce espressamente alla dottrina di Giuliano per includere tra le ipotesi di *mortis causa donatio* quella di colui a favore del quale sia stata effettuata una *acceptilatio* nonostante l'insolvenza del debitore. Nel paragrafo successivo è racchiusa un'eterogenea serie di ipotesi di pagamento: non è inteso come donazione ('*Sine donatione autem capitur*') ma come acquisto *mortis causa*, infatti, il denaro erogato, indifferentemente all'erede o ad un *extraneus*, dallo statulibero o dal legatario in adempimento di una condizione apposta alla disposizione testamentaria di cui questi ultimi siano beneficiari. A questa ipotesi sono equiparate quelle di pagamenti disposti in favore di taluno affinché proceda o meno all'adizione dell'eredità o rinunzi al legato. E' ricondotto inoltre al *mortis causa capere* l'acquisto che un terzo abbia fatto della dote (*recepticia*), in conseguenza di apposita stipulazione effettuata col marito e all'esito del decesso della moglie.

In conclusione del secondo paragrafo, vengono presentate come fattispecie acquisitive riconducibili alla *donatio mortis causa* tanto le donazioni disposte in occasione di un incombente pericolo di morte quanto quelle, più genericamente, disposte '*cogitatione mortalitatis*', secondo una formulazione che ricorda in qualche modo l'esordio della dottrina di Giuliano riportata nel *principium* di D. 39.6.18.

²²) Cfr. GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 9 ss.

Nel testo giulianoo, tuttavia, è affermata la riconducibilità al *mortis causa capere* dell'acquisto compiuto in forza di *donatio mortis causa* disposta oltre che in vista della propria morte anche di quella di un terzo, senza la marcata contrapposizione tra categorie di acquisto che invece si percepisce nel testo di Gaio²³.

L'illustrazione casistica prosegue nel successivo § 3, dove, con un'esposizione che ricalca vistosamente quella di Giuliano conservata in D. 39.6.18.1, si formula l'ipotesi della delegazione del proprio debitore a promettere di pagare l'importo di dieci al donatario (o al creditore del donatario). Gaio pone la questione dell'inadempimento del debitore delegato, e riferisce la dottrina di Giuliano, secondo il quale l'eventuale obbligo assunto con *stipulatio* dal debitore delegato, avrebbe comportato l'acquisto (a titolo di donazione indiretta) di un importo pari alla somma per la quale il debitore delegato fosse risultato adempiente. Il giurista precisa peraltro che, nell'ipotesi di scampato pericolo mortale, il donante-creditore avrebbe conseguito il medesimo importo. Nella diversa ipotesi della stipulazione tra il debitore delegato ed il creditore del donatario, invece, si configura a favore del donatario un acquisto pari al valore per il quale viene liberato dal suo creditore, ovviamente a seguito e nella misura dell'adempimento del debitore delegato nei confronti del creditore. In conclusione del frammento, nell'ultimo paragrafo, quanto espresso in precedenza viene sinteticamente ribadito mediante la precisazione per cui un «povero» debitore è ritenuto aver acquisito denaro nella stessa misura in cui venga liberato dal proprio debito tramite *acceptilatio*.

La marcata asistematicità dell'esposizione ha fondato il convincimento relativo al massiccio intervento compilatorio che avrebbe interessato il frammento gaiano in esame. Di certo, si può affermare che la concatenazione dei

²³ Cfr. peraltro la comparazione critico-ricompositiva tra D. 39.6.31.2 e 39.6.18.pr. e le prospettive di integrazione e reciproca chiarificazione offerte da GENOVESE, *op. cit.*, p. 215 ss. e 228 ss., il quale, ritenendo fortissima la matrice giuliana nella parte conclusiva del secondo paragrafo del frammento di Gaio in esame, proprio al fine di operare una ricostruzione della dottrina di Giuliano (a giudizio dello studioso non riportata nei suoi termini originali dai compilatori, in particolar modo nel più volte menzionato *principium* del frammento giulianoo conservato in D. 39.6.18), ne propone (p. 225) una riscrittura svolta alla luce dell'asserita influenza della dottrina del giurista adrianeo sulle opere dei giuristi successivi (in particolare di Gaio, ma anche di Marcello e Ulpiano, i cui frammenti confluiti nel Digesto non sarebbero stati perfettamente emendati dai compilatori con riguardo a quanto di quella dottrina si sarebbe del tutto voluto eliminare, offrendo così all'esegeta occasione di scorgerne persistenti tracce testuali, anche laddove non espressamente ricondotte al medesimo Giuliano): '*Mortis causa capimus, non tunc [solum,] cum quis suae mortis causa nobis donat, sed [et] si propter alterius mortem id faciat: veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convalescit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium. — 39.6.31.2 partim — Rursus id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque morituros intellegimus?*'

paragrafi lascia intendere un accostamento (e un marcato tentativo di distinzione) tra la *donatio mortis causa* e il *mortis causa capere*.

4. Peculiarità del *mortis causa capere* in rapporto agli acquisti compiuti *iure hereditario*

Le peculiarità appena illustrate della scrittura gaiana e della dottrina giuliana prima riferita sembrano trovare alcune parziali conferme in due frammenti del commento di Ulpiano a Sabino, soprattutto con riguardo alla riferita ampia inclusività del regime del *mortis causa capere*, in forza della quale quest'ultimo si sarebbe esteso sino all'inclusione della stipulazione – o, più in generale, di ogni forma di acquisizione – compiuta per rinunciare all'eredità²⁴:

Ulp. 7 *ad Sab.*, D. 39.6.8.pr.-1: Qui pretio accepto hereditatem praetermisit, sive ad substitutum perventura sit hereditas, sive ab eo ab intestato successurus, mortis causa capere videtur: nam quidquid propter alicuius mortem obvenit, mortis causa capitur: quam sententiam et Iulianus probat et hoc iure utimur. nam et quod a statulibero condicionis implendae causa capitur vel a legatario, mortis causa accipitur: et quod pater dedit propter mortem filii vel cognati, mortis causa capi Iulianus scripsit. Denique et sic posse donari aut, ut, si convaluerit, recipiatur.

Ulp. 44 *ad Sab.*, D. 39.6.12: Si mulier, ventris nomine per calumniam ut in possessionem mitti desideret, pecuniam accepit, forte dum substituto patrocinator, ut institutum aliqua ratione excludat, mortis causa eam capere Iulianus saepius scribit.

Nel primo testo è presentata una serie di ipotesi acquisitive ricondotte (*'videtur'*) dalla giurisprudenza al *mortis causa capere*, e comprendenti il versamento di denaro erogato al delato e da costui conseguito per rinunciare all'eredità, permettendo così l'adizione del sostituto o dell'erede *ab intestato*: si tratta di un caso specifico del più generale principio – riferito immediatamente di seguito – per cui qualsiasi tipo di acquisto in funzione della morte di qualcuno (*'quidquid propter alicuius mortem obvenit'*) fu ricondotto dalla giurisprudenza al predetto *mortis causa capere*, all'esito evidente di una disputa che, in forza dell'autorità di Giuliano (menzionato per ben due volte nel frammento), si risolse nel senso ampiamente inclusivo riferito nel passo in esame, ed essendo pacificamente divenuto *ius receptum* al tempo in cui Ulpiano scrive (*'quam sententiam et Iulianus probat et hoc iure utimur'*).

L'esposizione di Ulpiano prosegue inoltre includendo nel *mortis causa capere* anche gli acquisti, avvenuti «al di fuori dell'eredità medesima e a prescindere da

²⁴) Cfr. in questi termini CUGIA, *Indagini*, cit., p. 5 ss.

ogni determinazione in tal senso del testatore»²⁵, derivanti dall'adempimento di condizioni (potestative) apposte a disposizioni testamentarie. La dottrina giuliana viene richiamata per accostare a queste ultime ipotesi – con un chiaro intento di equiparazione – anche la ‘*datio*’ effettuata dal padre in conseguenza della morte del figlio (‘*vel cognati*’ sembra infatti un’aggiunta dei compilatori)²⁶. La stessa formulazione di Ulp. 7 *ad Sab.*, D. 39.6.8.1 sembra una sintesi della dottrina giuliana riferita in D. 39.6.18.pr. (‘*veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convaluerit alteruter eorum reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium*’).

La dottrina di Giuliano – già ripresa da Gaio, come si ricorderà, nel passo del commento all’editto provinciale conservato in D. 39.6.31.2 – contempla anche l’ipotesi inversa a quella considerata da Ulpiano: nel secondo libro di commento ad Urseio Feroce²⁷, infatti, il giurista adrianeo afferma che rientra nel *mortis causa capere* anche l’acquisto di denaro conseguito per adire l’eredità, precisando che la questione fu esaminata dalla giurisprudenza, e fu risolta in senso affermativo dalla maggioranza dei giuristi, tra i quali è annoverato quello stesso Prisco che viene solitamente identificato con Giavoleno²⁸. Un tale generalizzato consenso ha contribuito a fondare il convincimento per cui «proprio l’autorevole approvazione da parte di Giuliano avrebbe portato alla definitiva stabilizzazione sistematica della fattispecie nell’ambito del *m(ortis) c(ausa) capere*»²⁹.

L’autorità in materia rappresentata da Giuliano emerge, con un cenno conclusivo rapido ed eloquente, anche in Ulp. 44 *ad Sab.*, D. 39.6.12, sopra trascritto, e nel quale è ricondotto all’ampia categoria del *mortis causa capere* persino l’acquisto effettuato dalla donna che abbia ricevuto denaro per promuovere fraudolentemente la *missio in possessionem ventris nomine*, su sollecitazione di un sostituto evidentemente intenzionato a frustrare le aspettative successorie dell’erede istituito in precedenza. Il testo è ritenuto da taluni interpolato a tal punto da mutare vistosamente il pensiero di Ulpiano, e il senso del riferimento finale alla dottrina giuliana³⁰.

²⁵) GENOVESE, *op. cit.*, p. 38.

²⁶) GENOVESE, *op. cit.*, p. 61 nt. 73, rileva come Mommsen proponga l’integrazione delle parole <*cognatus propter mortem*>, tra ‘*vel*’ e ‘*cognati*’, seguendo la lezione dei Basilici, rinviando a SIMONIUS, *Die Donatio Mortis Causa*, cit., p. 29 e nt. 10, per specifiche notazioni testuali sul riferimento al ‘*cognatus*’.

²⁷) D. 39.6.21. ‘*Eum, qui ut adiret hereditatem pecuniam accepisset, plerique, in quibus priscus quoque, responderunt mortis causa eum capere*’.

²⁸) Cfr. GENOVESE, *op. cit.*, p. 39 e nt. 28.

²⁹) GENOVESE, *op. cit.*, p. 39.

³⁰) Si veda G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 122, che ritiene addirittura ascrivibile ai compilatori la trasformazione della fattispecie presentata nella versione calunniosa, e asseritamente formulata, nel testo origina-

Anche a volersi limitare alle fattispecie sino ad ora illustrate, è immediatamente percepibile l'estrema eterogeneità di ipotesi ricondotte dalla giurisprudenza al *mortis causa capere*. Questa peculiare categoria di acquisto si atteggia, dunque, come «una zona aperta con caratteri incerti nella quale vivevano dei tipi di acquisto di natura svariata», e nella quale «qualsiasi acquisto in un collegamento qualsiasi con la circostanza della morte poteva trovar riparo»³¹. Contestando l'idea di Contardo Ferrini relativa ad un progressivo restringersi di questa categoria dai confini incerti³², si è ammessa la possibilità del «transito», a partire da essa, di determinate figure nella cerchia del diritto ereditario, come avvenuto nel caso del fedecommesso, senza peraltro escludere la possibilità del contestuale sorgere di nuove ipotesi riconducibili alla predetta categoria³³.

Proprio tale varietà porta a ritenere quasi impossibile l'impresa di determinare tutti i casi di acquisto riconducibile al *mortis causa capere*³⁴: nelle diverse ipotesi ricondotte a tale categoria, individuabile più che altro «in negativo», infatti, non erano richiesti «nell'acquirente né la *testamenti factio* passiva né lo *ius capiendi*»³⁵ per il perfezionamento delle singole ipotesi. Queste ultime vengono contrapposte a quelle tipiche del diritto ereditario, caratterizzato, soprattutto nel diritto classico, da «una cerchia ben delimitata con figure proprie»³⁶. Ciò viene affermato pur tenendo nella dovuta considerazione il diverso avviso del Lenel³⁷ espresso a commento del frammento conservato

rio, avendo riguardo ad un'ipotesi di legittima richiesta di *missio in possessionem ventris nomine* (cfr. SIMONIUS, *op. cit.*, p. 24.)

³¹ CUGIA, *Indagini*, cit., p. 35.

³² Cfr. FERRINI, '*Capioni*', cit., p. 797.

³³ Cfr. CUGIA, *Indagini*, cit., p. 35.

³⁴ CUGIA, *Indagini*, cit., p. 34.

³⁵ CUGIA, *Indagini*, cit., p. 21.

³⁶ CUGIA, *Indagini*, cit., p. 34 s.

³⁷ *Palingenesia iuris civilis* (Leipzig, 1889), rist. Roma, 2000, I, c. 295, n. 5: «i.e. etsi non testamenti nomine capitur, mortis tamen causa capitur. Latini etiam et peregrini nec mortis causa capere possunt, cfr. D. 39.6.9, Vat. Fr. 259». La lettura di diversi luoghi delle Istituzioni di Gaio permette comunque di affermare il principio per cui '*testamento capere*' non equivale alla nozione più ampia di '*mortis causa capere*' e non comporta, in diritto classico, l'estensione ad essa dei più stringenti limiti invece previsti proprio per il '*testamento capere*'. Va peraltro ricordata l'ammissibilità per Latini e peregrini (per questi ultimi sino ad Adriano) di un acquisto tramite disposizione fedecommissaria: cfr. Gai., *inst.* 1.22-24 e 2.275. Il convincimento espresso dal Lenel vorrebbe peraltro trovare conforto su un brevissimo passo tratto dal terzo libro del commento di Paolo a Sabino conservato in D.39.6.9 ('*Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possunt*'), oltre che su Vat. Frag. 259: '*Mulier sine tutoris auctoritate praedium stipendiarium instructum non mortis causa Latino donaverat. Perfectam in praedio ceterisque rebus nec mancipii donationem esse apparuit, servos autem et pecora, quae collo vel dorso domarentur, usu non capta. Si tamen voluntatem mulier non mutasset, Latino quoque doli profuturam duplicationem respondi; non enim mortis causa capitur quod aliter donatum est, quoniam morte cincia remo-*

vetur⁹. In quanto al frammento paolino, si deve riconoscere, assieme al CUGIA, *op. cit.*, p. 30, che esso, dietro la sua apparente linearità, «nasconde, invece, delle difficoltà gravi per l'interprete», al punto da aver ricevuto interpretazioni diversissime (cfr. FERRINI, 'Capioni', *cit.*, p. 797, e CUGIA, *op. cit.*, p. 29 ss.). In effetti, viene in esso sovvertito quel principio esposto dallo stesso Paolo nel frammento conservato in D. 35.2.1.8 (*l. sing. ad l. Falc.*) nel quale si contrappone nettamente la *mortis causa capio* al legato, lasciando intendere che solo l'acquisto per il tramite del secondo è considerato «testamentario». Per questi motivi si è sostenuto l'ampio intervento dei compilatori anche nel frammento paolino riportato in D. 39.6.9: esso, inserito nel Digesto tra altri due passi espressamente dedicati alla *donatio mortis causa*, sarebbe stato inteso dai giustinianeî nel senso da loro preferito, che porta a far coincidere la *donatio mortis causa* col *mortis causa capere*, appannando la distinzione classica tra le diverse tipologie di acquisto, e portando CUGIA, *op. cit.*, p. 30, ad affermare che «un classico non può assumere il legato come criterio di capacità a ricevere per testamento»: chi è capace di acquistare per testamento, infatti, è anche capace di acquistare tramite legato, salve le limitazioni quantitative introdotte dalla *lex Falcidia*. Anche il riferimento al brano contenuto nei *Vaticana Fragmenta* viene solitamente letto sulla base della supposta contrapposizione tra l'acquisto compiuto *donationis causa* e il *mortis causa capere*, evocati a proposito della fattispecie proposta, che riguarda la donazione 'non mortis causa' ad un Latino di un *fundum stipendiarum instructum* disposta dalla donna *sine tutoris auctoritate*: donazione valida con riguardo alle *res nec mancipi* componenti il compendio donato, a partire dallo stesso fondo provinciale; la questione è invece meno pacifica per quel che riguarda le *res mancipi* in esso incluse (e cioè i servi e gli animali da tiro e da soma) per le quali espressamente si indica che sono '*usu non capta*'. L'allusione alla *duplicatio doli* di cui si sarebbe potuto giovare il Latino lascia intendere i profili della conseguente controversia giudiziaria intercorsa tra questi e gli eredi della donna, che evidentemente rivendicavano la proprietà dei beni donati. La stringatezza del passo in esame non rende peraltro agevole operare una ricostruzione certa della fattispecie discussa: in ogni caso, perfezionatasi la donazione delle *res mancipi* con la loro *traditio*, la questione avrebbe dovuto riguardare soltanto la proprietà delle *res mancipi*, in quanto trasferite da *mancipatio* non accompagnata dall'*auctoritas tutoris*. Cfr. Gai., *inst.* 2.80: '*Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem mancipi alienare posse; nec mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse*'. Ciò, sin dall'epoca delle XII Tavole, avrebbe impedito in maniera assoluta l'usucapione della *res* della donna nell'ipotesi in cui fosse stata in tutela di un agnato (cfr. Gai., *inst.* 2.47: '*Item olim mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent: id ita lege XII tabularum cautum erat*'), ma non anche nell'ulteriore ipotesi in forza della quale il tutore non fosse stato un agnato e l'acquirente fosse stato in buona fede, in ossequio ad un generale principio del *favor usucapionis* riconosciuto dai giuristi, tanto di scuola sabiniana quanto proculiana, con riguardo agli atti a titolo oneroso: cfr. Vat. Frag. 1: '*Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore auctore quem scit non esse, non videtur bona fide emitte itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, Proculus et Celsus pro emptore, quod est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere*'. Al tempo di Giuliano, dunque, era addirittura prevista una *usucapio ex Rutiliana constitutione* subordinata al pagamento del prezzo della *res mancipi* alla donna (cfr. BERGER, '*Usucapio ex Rutiliana constitutione*', in «Encyclopedic Dictionary of Roman Law» – Philadelphia, 1953 – repr. Philadelphia, 1991, p. 752, e W.W. BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*², Cambridge, 1953, p. 128) la quale peraltro avrebbe potuto interrompere il compimento dell'usucapione, prima della scadenza del termine, proprio mediante la restituzione

in:

Iav. 13 *epist.*, D. 35.1.55: Maeuius, cui fundus legatus est, si Callimacho, cum quo testamenti factionem non habebat, ducenta dedisset: condizioni 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 peruenturum est, testamenti nomine, sed mortis causa capitur.

Nel passo si individua l'antitesi tra acquisto '*testamenti nomine*' e acquisto '*mortis causa*'. Solo per il perfezionamento di quest'ultimo non sarebbe stata richiesta in diritto classico la sussistenza della *testamenti factio* in capo al beneficiario: Giavoleno, infatti, considera l'ipotesi del versamento dell'importo di duecento da Mevio, legatario di un fondo, a Callimaco, soggetto privo di *testamenti factio* (passiva) nei confronti del legatario. Detto versamento avveniva in adempimento della condizione apposta al legato in favore del predetto Mevio. Il giurista ritiene valida la condizione e quindi doveroso il pagamento: in proposito sottolinea, in forma di domanda retorica, l'irrilevanza dell'evento dedotto in condizione ai fini della validità della condizione medesima, che sarebbe rimasta impregiudicata anche se avesse subordinato il legato al riporre la predetta somma in qualche posto, o addirittura al buttarla in mare.

del prezzo pagato. Questo aspetto implica, come ha osservato CUGIA, *op. cit.*, p. 26, che «si richiedeva la perseveranza della donna nella volontà di alienare». Il caso della donazione parrebbe dunque doversi risolvere nel senso della non usucapibilità in relazione al titolo (che non è oneroso) dell'atto traslativo, con la conseguente incapacità della donna a disporre. Si è tuttavia osservato, proprio da parte di CUGIA, *loc. ult. cit.*, come sia proprio la progressiva valorizzazione dell'elemento rappresentato dalla persistenza in costei dell'intenzione di alienare – intesa come una seria meditazione sulle conseguenze pratiche della disposizione e sulla rilevata assenza di conseguenze pregiudizievoli sul piano patrimoniale – a permettere, in forza della *lex Cincia*, l'estensione anche alle donazioni '*non mortis causa*' di un regime analogo a quello dell'*usucapio ex Rutiliana constitutione*: infatti, se in forza di quest'ultima ipotesi il termine concesso alla donna per impedire la definitività degli effetti dell'alienazione a titolo oneroso coincide con quello necessario a compiere l'usucapione, nel caso della donazione esso coincide con la morte di costei, così da rendere, tanto nell'un caso quanto nell'altro, l'alienazione inoppugnabile (cfr. F. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960, p. 87 ss. e nt. 56). L'acquisto del Latino, dunque, è di quelli compiuti *inter vivos* ('*non enim mortis causa capitur quod aliter donatum est*'), e ciò a prescindere dall'estinzione, con la *niam morte Cincia remouetur*), eventualmente (ed inutilmente) opposta dagli eredi della donna morte della donante, dell'*exceptio legis Cinciae* ('*quattuor rivendicanti i beni donati – all'exceptio doli loro opposta dal Latino, ulteriormente garantito dalla duplicatio menzionata nel riferito passo dei Vaticana Fragmenta*. Le diverse interpretazioni presentate in dottrina del caso giudiziario di cui rimane sfuggente memoria in Vat. Frag. 259 vengono analiticamente ricordate da GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 198 ss., il quale offre (p. 204 ss.), in relazione ad esso, anche una sua lettura alternativa.

L'acquisto in favore di Callimaco, viene osservato in chiusura, non è dunque di quelli *'testamenti nomine'*. Callimaco, infatti, non acquista *iure hereditario* direttamente dal testatore, ma piuttosto *inter vivos*, in forza dell'erogazione in suo favore compiuta dal legatario, rappresentando la morte del testatore il «motivo oggettivo»³⁸ del suo acquisto. Esso è pertanto ricondotto all'ampia categoria del *'mortis causa capere'*³⁹. Per quanto corrotto, il passo mi sembra comunque escerpito da un più ampio contesto argomentativo volto a fornire un supporto casistico al principio generale, valido ancora per il diritto classico, per cui il *mortis causa capere* prescindeva dalla *testamenti factio*⁴⁰, pur avendo con essa vistosi punti di contatto.

5. Acquisti a causa di morte e provvedimenti limitativi della capacità di acquisto *iure hereditario*

Una conferma ulteriore in tal senso può rinvenirsi nel frammento tratto dal primo libro del commento di Marcello alla *lex Iulia et Papia* e conservato in:

D. 39.6.38: 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 quis sit heres institutus, si mihi decem dederit: nam accipiendo ab eo, qui heres institutus est, condicionis explendae eius causa, mortis causa capio.

L'andamento iniziale del «tormentato»⁴¹ passo è stato qualificato «blandamente contraddittorio»⁴², e sulla sua genuinità si addensano «fittie ombre»⁴³: in effetti Marcello esordisce individuando la differenza tra la *donatio mortis causa* e ogni acquisto *mortis causa* nel fatto che solo la prima consiste in ciò che

³⁸) CUGIA, *Indagini*, cit., p. 15.

³⁹) Si è evidenziata la perplessità che suscita la precisazione, nel riferito frammento, relativa al difetto di *testamenti factio* tra Callimaco e Mevio, visto che, al massimo, si sarebbe dovuto considerare l'eventuale difetto tra i beneficiari e il testatore: ed in effetti Mommsen propone l'inserimento di *'testator'* dopo le parole *'cum quo'* (cfr. da ultimo GENOVESE, *op. cit.*, p. 191 ss., con un'ampia ricognizione dei tentativi di esegesi).

⁴⁰) Così come rilevava già E. SCHLAGINTWEIT, *Die Erwerbung aus den Todesfall (mortis causa capio) nach römischen Rechte*, in «*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*», VI, 1863, p. 377.

⁴¹) In questi termini si è espresso GENOVESE, *Mortis causa capitur*, cit., p. 27.

⁴²) GENOVESE, *op. cit.*, p. 28.

⁴³) GENOVESE, *op. cit.*, p. 259.

‘*praesens praesenti dat*’, e cioè in una *datio* «precedente direttamente e personalmente»⁴⁴ dal donante al donatario. Vengono così escluse tutte le altre ipotesi di trasferimento sospensivamente condizionato all’avvenuto decesso del donante (o, eventualmente, di un terzo). E’ poi inteso come acquisto riconducibile al *mortis causa capere* (*‘mortis causa capi intellegitur’*) anche (*‘et’*)⁴⁵ ciò che non sia riconducibile alla categoria della donazione (*‘et quod non cadit in speciem donationis’*). L’originario più ampio contesto espositivo si assume, anche in questo caso, espunto dai compilatori giustiniani: di esso resterebbe una pallida traccia nell’*‘earum rerum’* superstiti nel frammento in esame⁴⁶.

L’esposizione successiva si uniforma poi alla *ratio* sottesa all’illustrazione casistica che già si è presa in considerazione analizzando i passi di Gaio (ed in particolare l’esordio del testo conservato in D. 39.6.31.2) e Giavoleno (in D. 35.1.55), riferendo dunque «ipotesi di cui si ha generalizzato riscontro»⁴⁷. Il brano sembra evidenziare il tratto che accomuna – con riguardo alla classificazione sistematica della tipologia di acquisto a cui danno luogo – disposizioni diverse, ed in particolare una *donatio mortis causa* e l’adempimento di una condizione apposta ad una disposizione testamentaria⁴⁸.

⁴⁴) GENOVESE, *op. cit.*, p. 262.

⁴⁵) GENOVESE, *op. cit.*, p. 258 ss., considera «questione delicata ed in certa misura a sé stante» la presenza dell’*‘et’* nel riferito passo di Marcello, dichiarando di aderire alle posizioni assunte da una minoranza di studiosi che lo ritengono un inserto giustiniano, non rispondente al tenore originario della formulazione, e sostenendone il contrasto (p. 260) «con l’impostazione complessiva del brano in netta evidenza concepito allo scopo di sancire una distinzione (se non una vera contrapposizione) tra *m(mortis) c(ausa) donare-capere* e figure di *m(mortis) c(ausa) capere* a sé stanti, distinzione, invece, forzatamente compressa dalla sua presenza e sostanzialmente smentita dalla prosecuzione del frammento in cui si presentano casi di acquisizione *m(mortis) c(ausa)* che tali risultano in ragione dell’assenza di carattere liberale nell’attribuzione realizzata da un disponente in modo che taluno (beneficiario) riceva non direttamente da lui, bensì da un servo o da un istituito erede in attuazione di *condicio implenda* subordinante vuoi l’acquisto della libertà vuoi una quota di eredità».

⁴⁶) In questi termini è rappresentata la ricostruzione svolta da GENOVESE, *op. cit.*, p. 262 ss. Il frammento in esame è peraltro tratto da un commentario alla legislazione demografica dell’età augustea; chi si è interrogato sull’estensione delle leggi caducarie al *mortis causa capere* ha ritenuto di ammettere tale estensione per l’epoca successiva a Marcello, proponendo – pur con tutte le cautele che accompagnano le ricostruzioni congetturali – di escluderla sino alla metà del II secolo d.C.: in questo senso, cfr. DI PAOLA, *Sull’estensione*, cit., p. 494. Sull’estensione in parola, si veda ulteriormente in prosieguo di testo.

⁴⁷) GENOVESE, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁸) E’, a tale ultimo proposito, presa in considerazione l’ipotesi della liberazione per testamento del servo, che viene peraltro intesa equivalente a quella dell’istituzione di erede: *‘Etenim cum testamento quis suo Pamphylum 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 quis sit heres institutus, si mihi decem dederit: nam accipiendo ab eo, qui heres institutus est, conditionis explendae eius causa, mortis causa capio’*.

Le peculiarità del rapporto tra il *mortis causa capere* e la legislazione caducaria emergono anche dalla lettura di:

Paul., 6 *ad l. Iul. et Pap.*, D. 39.6.35.pr.: Senatus censuit placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. Ex hoc senatus consulto multae variaeque quaestiones agitantur, de quibus pauca referamus.

Il brano si riferisce all'estensione, avvenuta autoritativamente tramite senatoconsulto, delle limitazioni per gli acquisti compiuti *iure hereditario* (più precisamente, testamentario) al più generale ambito di quelli compiuti *mortis causa*, con particolare ed espresso riferimento a quelli compiuti in forza di *donationes mortis causa*. Detti acquisti, infatti, vennero posti dal riferito intervento normativo '*in eadem causa*' di quelli a titolo di legato. Anche a prescindere dall'ipotesi avanzata in dottrina⁴⁹ in forza della quale l'intervento del senato recepiva una decisione pronunciata in tal senso in sede giudiziaria, il senatoconsulto ricordato da Paolo è particolarmente significativo perché conferma quella tendenza, già riscontrabile con il senatoconsulto Pegasiano in rapporto agli acquisti compiuti dal beneficiario di disposizione fedecommissaria⁵⁰, ad estendere le limitazioni di acquisto previste per i *caelibes* e gli *orbi* dalla normativa demografica augustea ad un più ampio ambito di fattispecie. Lo stesso Paolo segnala, in conclusione di paragrafo, le questioni diverse e varie sollevate dal senatoconsulto, che evidentemente interveniva in un settore percepito come fortemente problematico già all'epoca della sua emanazione.

Questioni relative alla dimensione (più precisamente: ai limiti) dell'acquisto, del resto, si erano già poste in precedenza, con riguardo alla disciplina prevista dalla *lex Falcidia*:

Gai., 3 *de leg. ad ed. praet.*, D. 35.2.76.pr.: Id autem, quod condicionis implendae causa vel a coerede vel a legatario vel a statulibero datur, in Falcidia non imputatur, quia mortis causa capitur. Sane si a statulibero peculiares nummos accipiat, pro sua parte quadranti eos imputare debet, quia pro ea parte non mortis causa capere, sed hereditario iure eos habere intellegitur.

[1.] Qua ratione placuit legata, quae legatarii non capiunt, cum apud heredes subsederint, hereditario iure apud eos remanere intellegi et ideo quadranti imputanda, nec quicquam interesse, utrum statim ab initio legatum non sit an quod legatum est remanserit.

⁴⁹) Cfr. F. ARCARIA, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normative del senato in età imperiale*, Milano, 1992, p. 219 ss.

⁵⁰) Cfr. Gai., *inst.* 2.286a.

L'esclusione dell'imputazione alla quarta *ex lege Falcidia* di quanto l'erede acquista dal coerede, dal legatario o dallo statulibero in adempimento di una condizione imposta dal testatore alla disposizione in favore di questi ultimi è presentata anche in questa sede come indice di acquisto *mortis causa* compiuto non a titolo di erede, ed anzi al di fuori del diritto ereditario. Il calcolo della quarta deve invece effettuarsi sugli acquisti che avvengono a tale titolo: non si tratta dell'unica occasione in cui Gaio si premura di effettuare un tale rilievo⁵¹, che ricorre anche nelle Istituzioni di Marciano⁵² e nel commento di Ulpiano⁵³, verosimilmente derivando, ancora una volta, dalla dottrina di Giuliano⁵⁴. In tutti i casi riportati, la contrapposizione tra acquisto *iure hereditario* e acquisto *iure legati, vel fideicommissi, vel condicionis implendae causa* è funzionale all'illustrazione della riferita *ratio legis Falcidiaae* che, stabilendo appunto il *beneficium heredis*⁵⁵ consistente nella riserva in suo favore di un quarto dell'eredità, non prevede l'inclusione in detta quota degli acquisti ad altro titolo effettuati dall'erede nell'ambito della medesima successione.

6. Conclusioni e prospettive di ricerca

Il sintetico quadro sin qui tracciato si atteggia da un lato come un evidente presupposto storico delle categorie e dei concetti del diritto ereditario am-

⁵¹) Cfr., infatti, Gai., 3 *de leg. ad ed. praet.*, D. 35.2.74: '*Quod autem dicitur, si ex iudicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario iure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coerede accepit, in quadrante ei non imputatur*'.

⁵²) Cfr. Marcian., 13 *inst.*, D. 35.2.91: '*In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae condicionis causa accipit: nam haec in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur: pro ea vero parte, quam accepit a coerede extra quartam id est, quod a coerede accipitur. Sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur, ut divus Pius constituit. Si quid vero implendae condicionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiaae computationem non prodesse: et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur*'.

⁵³) Ulp., 21 *ad ed.*, D. 35.2.44: '*Falcidia intervenire non potest, si statuliber de alieno dedit, non de bonis defuncti, vel alias est homo liber, qui condicionem implevit*'.

⁵⁴) Cfr. Iul., 61 *dig.*, D. 35.2.87.1: '*Item is, qui duos fundos in bonis centum haberet, si me et Titium heredes instituisset et damasset me, ut Titio fundum Cornelianum quinquaginta venderem et contra Titium damasset, ut mihi fundum Seianum quinquaginta venderet: non animadverto, quemadmodum lex Falcidia locum habere possit, cum uterque heredum unius fundi partem dimidiam hereditario iure habiturus sit, in qua pars dimidia hereditatis est: nam certe qui damnatus est fundum Cornelianum vendere, Seiani fundi partem hereditario iure habet, item qui damnatus est Seianum fundum vendere, partem Cornelianum fundi hereditario iure retinet*'.

⁵⁵) Come espressamente afferma Modest. 9 *reg.*, D. 35.2.58: '*Legis Falcidiaae beneficium heres etiam post longum tempus mortis testatoris implorare non prohibetur*'.

piamente acquisiti e trattati dalla dogmatica moderna; dall'altro si caratterizza per la refrattarietà alla pedissequa riconduzione ai canoni fissati da quest'ultima, che diventa allora un letto di Procuste spesso fuorviante ai fini della conoscenza dell'esperienza giuridica romana⁵⁶, la quale peraltro offre un'estrema ricchezza di approcci metodologici al tema, a seconda che il medesimo venga considerato con riferimento alle epoche più antiche, all'età repubblicana avanzata, agli sviluppi che si ebbero durante il principato o al conclusivo inquadramento giustiniano.

La centralità della dottrina di Giuliano sul tema è un argomento meritevole di ulteriori approfondimenti, con particolare riguardo all'influenza esercitata sui *prudentes* delle età successive.

Le contraddizioni ed oscurità ripetutamente segnalate nei frammenti presi in esame nelle pagine che precedono sembrano la conseguenza del tentativo dei commissari giustiniani di coniugare le prescrizioni generali ricevute dall'imperatore per attendere alla compilazione (vòlte a perseguire la realizzazione di un diritto atemporale e valido per ogni evo futuro)⁵⁷ alle concrete difficoltà operative che i medesimi si trovarono ad affrontare operando su testi la cui casistica si informava all'evoluzione storica del significato dell'espressione '*mortis causa capere*'.

I confini concettuali di quest'ultima ed i conseguenti effetti delle disposizioni ad essa di volta in volta riconducibili – soprattutto quelli che si traducevano nella pienezza o in una limitazione della capacità di acquistare – sarebbero stati periodicamente rimodellati in forza di interventi normativi: rilevano, in particolare, la *lex Falcidia* e, successivamente, la legislazione demografica augustea, oltre che le estensioni del regime da esse prescritto, effettuate per via autoritativa, generalmente tramite interventi del senato.

⁵⁶ Un'efficace sintesi dei pericoli insiti nell'approccio al diritto romano secondo la visione spesso deformante che possono offrirne le categorie dogmatiche moderne è offerta da A. GUARINO, *L'esperienza di Roma nello studio del diritto*, (1955), ora in *Pagine di diritto romano*, I, Napoli, 1993, p. 109 ss., il quale propone una sua formula e rileva (p. 119) «che al diritto romano deve corrispondere solo ed esclusivamente la dogmatica giuridica romana. Formula che, peraltro, non deve intendersi nel senso, in cui molti tuttora l'intendono, che i romanisti abbiano a limitarsi alla ricostruzione dei pochi e rudimentali sistemi giuridici creati dalla giurisprudenza romana classica e post-classica. Formula che, viceversa, sta a significare che, subordinatamente all'accertamento degli istituti giuridici positivi romani, i romanisti hanno il compito di procedere, con spirito di assoluta indipendenza da qualsivoglia preconcepito antico e moderno, alla costruzione dei dogmi più atti a rappresentare e riassumere l'esperienza giuridica romana». Si veda anche M.T. FÖGEN, *Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*², Göttingen, 2003, trad. it. – *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale* –, Bologna, 2005, p. 1 ss.

⁵⁷ Cfr. *const. Deo Auct.*, 4-8.