

## Note introduttive

Come si insegna autorevolmente<sup>1</sup>, “lo scopo negoziale perseguito con la compravendita è essenzialmente antagonista a quello che si intende realizzare mediante una donazione”. Se nonch  diversi passi dei *Digesta* ed alcune costituzioni imperiali parlano di vendite effettuate *donationis causa*, mettendo in circolazione una terminologia che, come si vedr , pu  definirsi tecnica<sup>2</sup>, sebbene non sia univoca. Approssimativamente pu  dirsi che attraverso una denominazione siffatta nelle fonti si allude ora a casi di vendita con prezzo fittiziamente concordato, ora a vendite con un prezzo pi  basso (la cd. *venditio minoris* o *viliori pretio*), ora, infine, a vendite effettive, seguite da un accordo remissorio del prezzo. E ci , particolare assolutamente rilevante, avendosi riguardo all’*emptio venditio*, quale contratto consensuale<sup>3</sup>, obbligatorio e connotato da una precisa tipicit  causale<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>M. TALAMANCA, sv. *Vendita (diritto romano)*, in *ED.* 46 (Milano 1993) 303 ss., spec. 319.

<sup>2</sup>O ‘quasi’ tecnica: cos  G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano* (Padova 1938) 115 e *passim*.

<sup>3</sup>Sulle cui origini si rinvia ancora a M. TALAMANCA, sv. *Vendita (diritto romano)*, cit., 303 ss.

<sup>4</sup>Con questo, beninteso, non si intende dire che ‘*vendere*’ e ‘*emere*’, nel significato moderno di vendere e comprare, siano impiegati con esclusivo riferimento al contratto consensuale. Basti citare in proposito alcune delle testimonianze di Gaio, tratte dal manuale istituzionale, che concernono la *mancipatio*: Gai 1.113; Gai 1.119-120; Gai 2.104, sulle quali *amplius infra*, cap. IV, § 4.

Le fattispecie in parola riguardano dunque ipotesi, di remo oggi, di vendite che dissimulano una donazione<sup>5</sup>, oppure di donazioni ‘indirette’<sup>6</sup>, o, ancora, sono relative a casi di *nego-*

---

<sup>5</sup>Si direbbe, in termini moderni, ipotesi di simulazione relativa (art. 1414<sup>2</sup> c.c.: “Se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma”).

<sup>6</sup>Nel sistema dell’attuale codice civile italiano, nel quale la donazione è configurata come contratto (art. 769 c.c.: “La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l’altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un’obbligazione”) e non come atto (diversamente nel codice del 1865, art. 1050: “La donazione è un atto di spontanea liberalità, con il quale il donante si spoglia attualmente e irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario”), rappresentando la modalità tipica di liberalità (così nella Relazione al Re del Ministro Guardasigilli sul codice civile vigente, nr. 164), dovremmo collocare queste fattispecie tra le liberalità atipiche (nel senso di liberalità non donative). Quali manifestazioni dell’autonomia dei privati, queste ultime trovano perfino un riconoscimento generale all’art. 809<sup>1</sup> c.c.: “Le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall’articolo 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d’ingratitude e per sopravvenienza di figli nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari”. Ma guardandosi al diritto romano deve ricordarsi che esse a lungo hanno esaurito l’intero ambito della donazione, “essendo ignota la configurazione della donazione come negozio tipico di liberalità, questa poteva attuarsi mediante il compimento di un atto qualsiasi di carattere patrimoniale, il quale, qualora importasse liberalità e fosse compiuto *animo donandi*, era soggetto alla disciplina delle donazioni. Ma quando, ad incominciare da Costantino, le donazioni si assoggettano ad una particolare ed unica forma, la quale non risulta applicabile o non si ritiene applicabile a tutti gli atti di liberalità, si delinea la separazione tra la donazione, concepita come negozio tipico di liberalità ed altri atti di liberalità, che continuano a sussistere come validi perché nulla presentano di illecito, posto che la legge non intende inquadrare nel negozio tipico di liberalità ogni atto di liberalità”: così B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano* sotto la direzione di Filippo Vassalli XII 4 (Torino 1961) 893 s. Può richiamarsi in proposito la nota statutazione di Costantino, riportata in: CTh. 8.12.1 pr. [= Brev. 8.5.1 pr.] (Imp. Constantinus A. *ad Maximum pf. urbi*). *Donatio, sive directa sit sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi ac non faciendi suspensa, sive ex aliquo notato tempore promissa, sive animo dantium accipientiumve senten-*

*tium mixtum cum donatione*<sup>7</sup> o di donazione *sub modo*<sup>8</sup>. Ma, naturalmente, nella visione dei giuristi romani il quadro è ancora più mosso per le ragioni ben note<sup>9</sup>. Intanto la tematica è fittamente intrecciata con un'altra, quella del divieto di dona-

---

*tiis, quantum ius sinit, cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut quas leges indulgent actiones condiciones pactionesque contineat, hisque penitus cognititis vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiciantur, si sunt molestae; ita ut minorum defensores, si per eos donationum condicio neglecta est, rei amissae periculum praestent; in C. 8.53(54).25 pr. (Imp. Constantinus A. ad Maximum pu., a. 316). Donatio, sive directa sit sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi ac non faciendi suspensa sive ex aliquo notato tempore promissa, sive animo dantium accipientiumve sententiis quantum ius sinit cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut quas leges indulgent actiones condiciones pactionesque contineat, hisque penitus cognititis vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiciantur, si sunt molestae; e FV. 249 (3). Itaque sive illa donatio directa sit, sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi non faciendive suspensa, sive ex aliquo notato tempore promissa, sive ex animo dantium accipientiumve sententiis quantum ius sinit cognominata, eius haec prima observatio est, ut quas leges indulgent condiciones pactionesque promantur, hisque penitus cognititis vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiciantur, si sunt molestae. Sed iure requisitis parendum erit nec denegabitur officium, quin simul spes abiciatur adipiscendi. Su queste testimonianze, di recente, S. DI SALVO, *Note sulla donazione tra Costantino e Giustiniano*, in *KOINONIA* 35 (2011) 227 ss.*

<sup>7</sup>Intendendosi con questa espressione “un contratto oneroso, concluso coscientemente a codizioni favorevoli per una delle parti”: G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina. 'Negotia mixta cum donatione'* (Padova 1934) 205. Sulla tematica, in chiave strettamente romanistica, *infra*, cap. IV, §§ 6 ss.

<sup>8</sup>Sulla quale si v. S. DI SALVO, *Il legato modale in diritto romano* (Napoli 1973) 18 ss., 317 ss.; ID., *Acquisto per altri e trasmissione della proprietà*, in *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica. Convegno Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007* (Napoli 2010) 287 ss.; ID., *Note sulla donazione*, cit., 233; G.G. ARCHI, sv. *Donazione (diritto romano)*, in *ED. 13* (Milano 1964) 930 ss., spec. 940 da cui si cita = *Scritti di diritto romano II* (Milano 1981) 973 ss.; P. GIUNTI, sv. *Donazione (storia del diritto privato)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sez. civile VII* (Torino 1991) 161 ss., spec.165.

<sup>9</sup>Per tutti G.G. ARCHI, sv. *Donazione (diritto romano)*, cit., 930 ss., e, più di recente, P. GIUNTI, sv. *Donazione (storia del diritto privato)*, cit., 161 ss.

zioni tra coniugi<sup>10</sup>; inoltre, la donazione in diritto romano è per una lunga parte della sua storia una ‘causa’<sup>11</sup> ed al suo divenire un contratto a sé stante<sup>12</sup> corrisponde, per così dire, la

---

<sup>10</sup>In Roma era vietato un qualsiasi volontario arricchimento di un coniuge cui corrispondesse il depauperamento dell’altro. Il principio, probabilmente di origine consuetudinaria, ma posteriore alla *lex Cincia de donis et muneribus* (sulla quale si v. *infra*, cap. II, nt. 216) e forse inquadrato nella legislazione matrimoniale augustea, è stato poi recepito anche dai codici moderni (in Italia, nel codice civile del 1865, all’art. 1054: “I coniugi non possono durante il matrimonio farsi l’uno all’altro alcuna liberalità, salvo negli atti di ultima volontà nelle forme e secondo le regole stabilite per tali atti”, in quello del 1942, all’art. 781: “I coniugi non possono, durante il matrimonio, farsi l’uno all’altro alcuna liberalità, salve quelle conformi agli usi”, quest’ultimo dichiarato incostituzionale con sentenza 27 giugno 1973, n. 91). Nelle fonti, peraltro, non si coglie la *ratio* del divieto, se non con l’ingenua spiegazione “*ne mutuo amore invicem spoliarentur*”: D. 24.1.1 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum). *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*. Ancora E. Volterra, estensore nei primi anni ‘70 della sentenza della Corte Costituzionale che dichiarò l’illegittimità della corrispondente norma del codice civile (sul punto si v. A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli 2001, 580), indicava questa incertezza dei giuristi romani come indice della scarsa ragion d’essere del principio. Sulla tematica, da ultimo, F.J. ANDRÉS SANTOS, *En torno al origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyugen: una reconsideración crítica*, in *BIDR.* 103-104 (2000-2001) 317 ss., ove bibl.

<sup>11</sup>“La più diffusa tra tutte le cause autonome”: A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, cit., 374. L’individuazione della donazione tra le funzioni economico-sociali realizzantesi attraverso i più diversi atti giuridici, riposa su una feconda intuizione di Savigny, cui appartiene la celebre definizione secondo la quale “donazione è qualunque negozio giuridico, quando riunisca in sé le seguenti qualità: esso deve essere un negozio tra vivi, deve arricchire qualcuno per ciò che un altro perde qualche cosa; finalmente la volontà di quest’altro deve essere diretta a quell’arricchimento mediante la propria perdita”: F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* trad. it. a cura di V. Scialoja dall’originale tedesco [*System des heutigen römischen Rechts* (Berlin 1840-1849)] IV (Torino 1889) 3.

<sup>12</sup>Alludo, ovviamente, alla riforma di Costantino, databile presumibilmente nel 323 (cfr. FV. 249(3); CTh. 8.12.1 e C. 8.53[54].25, sulle quali già *supra*, nt. 6), la quale a giudizio di molti avrebbe segnato una svolta, “una

trasformazione della compravendita come contratto ad efficacia reale<sup>13</sup>. Nelle Istituzioni imperiali compravendita e donazioni *inter vivos*, sul piano effettuale, sono perfino accostate<sup>14</sup>.

---

fase decisiva nella storia della donazione”, importante l’“abbandono dell’antica concezione ed il sorgere dell’impostazione moderna dell’istituto”: B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 48. Più moderata la lettura di M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella lettura dell’ultimo trentennio*, in AAC. I (Perugia 1975) 229 ss. = *Studi sul diritto del tardoimpero* (Padova 1986), 1 ss., spec. 87 ss., spec. 89, il quale colloca le note testimonianze di cui si discorre in un più ampio quadro sull’evoluzione del diritto privato nella legislazione di Costantino. La novità effettiva sarebbe non tanto nella previsione di alcuni requisiti formali, già presenti in costituzioni anteriori, quanto nella loro ‘canonizzazione’ e cioè nel passaggio da un profilo casistico ad un livello normativo. Nelle fonti si parla di *pactum donationis*, ma anche di *contractus*. Viene imposta la forma scritta *scientibus plurimis*, la consegna del bene (*traditio corporalis*) in presenza di testimoni (*advocata vicinitate*), il deposito dell’atto in appositi uffici (*allegatio nei gesta*). La donazione effettuata in osservanza di queste formalità è *perfecta*, dunque irrevocabile. La riforma di Costantino è uno dei temi più intricati del diritto romano. Si ritiene che il requisito della *traditio*, imposto accanto alla forma scritta ed all’*insinuatio*, faccia desumere come non ammissa una donazione meramente promissoria, riabilitata unicamente con il diritto giustiniano. Giustiniano (C. 8.53[54].33, 34, 35, 36, a. 528-531; C. 8.55(56).10, a. 530; C. 8.56 (57).4, a. 530; I. 2.7.2) per un verso accoglie le innovazioni di Costantino, per un altro le mitiga proponendo un ritorno al regime anteriore. La donazione viene concepita come negozio causale tipico cui però viene imposta la forma scritta e la registrazione soltanto per le donazioni che superino un certo ammontare (500 solidi). La *traditio* (anche se ridotta al semplice consenso) diviene presupposto necessario per il trasferimento della proprietà. Accanto al *pactum donationis* convivono negozi astratti compiuti *donationis causa* (B. BIONDI, *o.c.*, 54).

<sup>13</sup> Sugli sviluppi della compravendita romana nel tardoantico per tutti M. TALAMANCA, sv. *Vendita (diritto romano)*, cit., 461 ss.

<sup>14</sup> Cfr. I. 2.7.2. *Aliae autem donationes sunt, quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus. Quae omnino non comparantur legatis: quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit: et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, et si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si maiores ducento-*

Nella romanistica meno recente l'interesse alla rivisitazione del pensiero dei giuristi e dei successivi sviluppi negli orientamenti della cancelleria imperiale riguardo alla *venditio donationis causa* è stato assorbito prevalentemente dall'esame dei profili soggettivi presenti nelle fonti coinvolte. Nelle trattazioni in tema di donazione ed in quelle relative alla simulazione<sup>15</sup>,

---

*rum fuerant solidorum, nostra constitutio et quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare et sine insinuatione statuit, et quasdam donationes invenit, quae penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiores exitum donationum invenimus, quae omnia ex nostris constitutionibus, quas super his posuimus, colligenda sunt. Sciendum tamen est, quod, etsi plenissimae sint donationes, tamen si ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam praestavimus certis ex causis eas revocare, ne, qui suas res in alios contulerunt, ab his quandam patientur iniuriam vel iacturam, secundum enumeratos in nostra constitutione modos.* Sul punto, R. LAMBERTINI, I. 2.7.2. Un problematico raccordo tra effetti della donazione e della compravendita in diritto giustiniano, in *Labeo* 49 (2003) 60 ss.; più di recente, ID., *Sugli effetti della donazione nell'ottica giustiniana e dei primi interpreti bizantini*, in *Diritto@Storia* 6 (2007), pubblicato in linea: [http://www.dirittoestoria.it/6/Memorie/Scienza\\_giuridica/Lambertini-Effetti-donazione-giustiniana.htm](http://www.dirittoestoria.it/6/Memorie/Scienza_giuridica/Lambertini-Effetti-donazione-giustiniana.htm); e S. DI SALVO, *Note sulla donazione*, cit., 230 s. In particolare il primo (*Sugli effetti*, cit., 2) ha rilevato che "l'assimilazione tra *donatio inter vivos* e compravendita, di cui alla parte finale del brano, si mostra funzionale a illustrare la portata dell'*innovatio* giustiniana relativa al negozio di liberalità, rimarcandone un'efficacia obbligatoria. Una volta espressa, per iscritto o oralmente, la volontà di donare, la *traditio* del bene identifica la prestazione a cui è tenuto il donante, equiparato in questa direzione al venditore, poiché anch'egli soggetto passivo di un rapporto obbligatorio che ha per oggetto un *tradere*", con la precisazione che "il modello classico ... è chiamato a spiegare l'istituto giustiniano, e così la figura della compravendita esclusivamente generatrice di *obligationes* si mostra funzionale a ritrarre la fisionomia della *donatio* attuale, come plasmata dalla recente legislazione di Giustiniano" ed escludendo tuttavia "che da tale assimilazione sia lecito inferire un'immagine della compravendita dell'età giustiniana sempre e solo fonte di effetti obbligatori e mai, invece, traslativa".

<sup>15</sup> Si ricordano, in particolare, F.C. SAVIGNY, *Sistema*, IV, cit., 72 ss., 116 ss., 201 ss.; I. ALIBRANDI, *Ricerche sull'origine del divieto delle donazioni tra coniugi*, in *SDSD*. 13 (1892) 65 ss. = *Opere giuridiche e storiche* I (Roma 1896) 595 ss.; A. ASCOLI, *Il concetto della donazione nel diritto romano con richiami*

nelle quali lo studio della *venditio donationis causa* ha trovato

---

*al Codice civile italiano*, in *SDHI*. 14 (1893) 245 ss.; ID., *Sul concetto della donazione. Risposta ad una critica del Prof. S. Perozzi*, in *AG*. 59 (1897) 42 ss.; S. PEROZZI, *Intorno alla donazione*, in *AG*. 58 (1897) 313 ss., 527 ss. = *Scritti giuridici II. Servitù e obbligazioni* a cura di U. Brasiello (Milano 1948) 655 ss.; F. PRINGSHEIM, 'Animus donandi', in *ZSS*. 42 (1921) 273 ss., da cui si cita = *Gesammelte Abhandlungen* (Freiburg, Göttingen, Heidelberg 1961) 253 ss.; J. PARTSCH, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, in *ZSS*. 42 (1921) 227 ss., cui adde la parte finale pubblicata postuma ad opera di F. PRINGSHEIM in *Aus nachgelassenen und kleineren vertreuten Schriften* (Berlin 1931) 122-132; S. CUGIA, *La nullità parziale del negozio giuridico nel D. 24,1, 'de don. inter vir. et ux'. Saggio preventivo* (Napoli 1922) 1 ss.; F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain* (Paris 1928) 2 ss.; E. BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici I* (Padova 1930) §§ 63-75; ID., *Consapevole divergenza della determinazione causale nel negozio giuridico (simulazione e riproduzione 'dici causa' o 'fiduciae causa')*, in *BIDR*. 42 (1934) 299 ss.; ID., *Diritto romano I* (Padova 1935) 275 ss.; M. LAURIA, *Il divieto delle donazioni tra coniugi*, in *Studi in memoria di A. Albertoni II* (Padova 1935) 513 ss.; G. LONGO, *Sulla simulazione dei negozi giuridici*, in *Studi in onore di S. Riccobono III* (Palermo 1936) 140 ss. = *Ricerche romanistiche* (Milano 1966) 1 ss., da cui si cita, 18 s.; ID., *Per il concetto classico di simulazione dei negozi giuridici*, in *AG*. 31 (1936) 117 ss., 32 (1936) 35 ss. = *Ricerche*, cit., 51 ss.; L. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano* (Padova 1938) 1 ss.; G. PUGLIESE, *La simulazione*, cit., 1 ss., 101 ss., 209 ss.; G. SCHERILLO, *Sulle origini del divieto delle donazioni tra coniugi*, in *Studi Solmi I* (Milano 1941) 169 ss.; B. BIONDI, *Il concetto di donazione*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione I* (Milano 1947) 102 ss., da cui si cita = *Scritti giuridici III. Diritto romano e diritto privato* (Milano 1965) 680 ss.; ID., *Successione testamentaria e donazioni<sup>2</sup>* (Milano 1955) 692 ss.; ID., sv. *Donazione (diritto romano)*, in *NNDI*. 6 (Torino 1960) 224 ss., 227 ss.; ID., *Le donazioni*, cit., 31 ss., 940 ss.; G.G. ARCHI, 'Animus donandi', in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto. Verona 27-28-29- IX- 1948 III* (Milano 1951) 11 ss. = *Scritti di diritto romano II. Studi di diritto privato*, 2 (Milano 1981) 1027 ss.; ID., *La donazione. Corso di diritto romano* (Milano 1960) 1 ss., 54 ss., 195 ss. e passim; ID., sv. *Donazione (diritto romano)*, cit., 930 ss. = *Scritti*, cit., II, 973 ss.; ID., Rec. a S. BROISE, 'Animus donandi'. *Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna* (Pisa 1975), in *Iura* 27 (1976) 105 ss.; ID., 'Donare' e 'negotium gerere', in *Studi Volterra I* (Milano 1971) 669 ss. = *Scritti*, cit., II, 953 ss.; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain* (Bruxelles 1962) 244 ss.; N. DUMONT-KISLIAKOFF, *La simulation en droit romain* (Paris 1970) 1 ss.; S. BROISE, 'Animus donandi', cit., 11 ss., 21 ss., 119 ss., 235.

fino ad oggi il suo svolgimento, il fulcro del dibattito è stato posto nell'equilibrio tra gli elementi oggettivi di struttura e di funzione del contratto e quello soggettivo della *voluntas* effettiva. In particolare, secondo alcuni studiosi<sup>16</sup> l'assenza della funzione tipica della vendita o la compresenza in uno stesso affare dello scopo della vendita e di quello della donazione, ove riconoscibili, sarebbero stati valutati dai giuristi del principato unicamente sul piano oggettivo. Conseguentemente l'insistenza nelle fonti dei riferimenti all'*animus vendendi* e *donandi*, in quanto spuria, andava ricondotta all'opera dei bizantini<sup>17</sup>. Secondo un'altra impostazione 'la dottrina dell'*animus donandi*' apparteneva senz'altro alla giurisprudenza del principato<sup>18</sup>. Tale differente lettura dei passi in questione, che si in-

---

<sup>16</sup>Effettuo qui dei richiami generali e di massima, riservandomi di discutere e precisare le diverse posizioni degli autori in esame nelle pagine che seguiranno: mi riferisco essenzialmente ai lavori di J. PARTSCH, S. CUGIA, E. BETTI e G.G. ARCHI. Più cauto si mostra, vedremo, G. PUGLIESE, *La simulazione*, cit., 101 ss. e *passim*.

<sup>17</sup>Ciò a partire dallo studio di F. PRINGSHEIM, '*Animus donandi*', cit., 273 ss. Riporto, per tutti, i rilievi effettuati da E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 284 s., con riguardo alla tematica del divieto di donazioni tra coniugi: "la illiceità dello scopo dissimulato (*causa iniusta*) – una ragione, quindi, puramente oggettiva, e non il vizio della simulazione – determina e giustifica la nullità della vendita simulata fra coniugi in quanto copra una donazione, che fra loro è vietata (D. 18,1,38; D. 24,1,31,3; D. 24,1,5,5; D. 24,1,31,4; D. 24,1,7,5; C. 5,16,20; cfr. D. 24,1,49; 64 ... tutti testi interpolati dai compilatori giustinianeî nella tendenza, messa ben chiaramente in luce dal Partsch ... a far dipendere la nullità del negozio da un vizio dell'elemento soggettivo quale la simulazione: laddove quei grandi pratici ch'erano i giuristi classici, nel trattare i problemi che un'età posteriore considerò sotto il profilo della simulazione avevano adottato criteri oggettivi, ispirati alla configurazione tipica dei negozi giuridici e all'interpretazione di norme positive che consentivano di combattere il negozio tendente a girarne i divieti ...".

<sup>18</sup>B. BIONDI, *Il concetto di donazione*, cit., 134 ss.; ID., *Le donazioni*, cit., 33 ss. Riguardo alla proposta, proveniente dalla critica interpolazionistica, ma perpetuata anche in seguito (si v. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli 1978, r.a. 1986, 578 ss.), di collocare l'*animus donandi* nell'ambito delle tendenze del diritto giustiniano a dare risalto all'elemento

seriva in una prima fase<sup>19</sup> nel più generale e noto movimento di reazione verso una critica testuale esasperata ed obbediente ad idee preconcepite<sup>20</sup>, faceva giustamente valere che se si cassavano questi riferimenti all'*animus* (*vendendi* o *donandi*<sup>21</sup>) dei

---

volontaristico piuttosto che agli elementi di struttura, lo studioso osservava che "l'*animus donandi* nulla ha in comune con la dottrina che si vuole attribuire a Giustiniano ... va messo in relazione con la dottrina della donazione concepita come causa, ed in essa ha la sua ragione d'essere. *Causa donationis* è la liberalità in sé, obbiettiva; *animus donandi* è la volontà di compierla, perfettamente equivalente a *donatum* o *donare velle* ... l'*animus donandi* non è intenzione o volontà inespressa, né volontà individuale in contrapposto a volontà tipica, ma volontà di compiere l'attribuzione *donationis causa*. Come non basta la volontà di donare (*animus donandi*) senza la obbiettiva attribuzione gratuita (*causa donationis*), così non basta l'attribuzione gratuita senza la corrispondente volontà di attuarla. Si tratta di due elementi inseparabili che devono concorrere a configurare la donazione".

<sup>19</sup>Penso evidentemente a J. PARTSCH, *Die Lehre*, cit., 227 ss., al suo celebre studio sulla simulazione nei negozi giuridici, cui si è già fatto riferimento (v. *supra*, nt. 15), lavoro notoriamente teso alla destituzione del ruolo svolto dalla volontà negoziale presso le elaborazioni della giurisprudenza del principato: "... è fortuna che il Partsch nel suo scritto, più apertamente che altrove, abbia svelato il suo pensiero, tutto dominato dal formalismo arcaico, su cui ha poggiato la sua concezione storica e dommatica del diritto romano. È fortuna, dico, perché dal confronto con i risultati dello Stroux possiamo ora giudicare con certezza che quella concezione era falsa nei rapporti di tempo (rispetto all'influsso delle teorie aristoteliche sul sistema del diritto romano) e nei suoi fondamenti dommatici; e per conseguenza falsa nei risultati esegetici e teorici": S. RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del 'contractus' nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento I* (Milano 1930) 123 ss., spec. 157.

<sup>20</sup>Ancora S. RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil [à l'occasion de sa XXXe année de professorat]* II (Paris 1926) 237 ss.; ID., *Prefazione* a J. STROUX, *'Summum ius summa iniuria'*. *Ein Kapitel aus der Geschichte der 'interpretatio iuris'* [in *Festschrift P. Speiser-Sarasin zum 80. Geburtstag* (Leipzig 1926) 5 ss. = *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik* (Potsdam 1949) 9 ss.] trad. it. a cura di G. Funaioli, in *AUPA*. 12 (1929) 639 ss.; ID., *La formazione*, cit., 123 ss., spec. 126 ss.

<sup>21</sup>Con riguardo al requisito dell'*animus donandi*, significativo lo studio, coevo a quello di Partsch, di F. PRINGSHEIM, *'Animus donandi'*, cit., 273 ss.,

contraenti si oscurava nelle testimonianze in parola una traccia, preziosa, della elaborazione da parte dei giuristi dell'intera problematica<sup>22</sup>.

Nella sua opera giovanile su *La simulazione nei negozi giuridici*, che tra i suoi obiettivi annoverava quello di "individuare la linea di confine tra la simulazione e le varie figure affini ... prima sotto il profilo dogmatico, poi ... sul piano storico"<sup>23</sup>, Pugliese, nell'effettuare l'esegesi dei 'testi in materia di *venditio donationis causa*', per un verso sosteneva che le soluzioni approntate dai giuristi del principato si ponevano, in questo caso come in generale, al di fuori della moderna idea della simulazione; per un altro, però, riconosceva che nell'ipotesi di vendita accompagnata da un patto *in continenti* di non esazione del prezzo potesse ravvisarsi un caso di contratto simulato. E concludeva nel senso che in tale frangente, data la particolare considerazione di questo tipo di accordo, "il diritto romano ha potuto sancire la nullità del negozio simulato, senza nemmeno così denominarlo"<sup>24</sup>. In una linea storiografica non lontana, si

---

lavoro che, come si è accennato, si inserisce pienamente nella 'stagione' delle interpolazioni. Dello stesso a. si v. però il successivo *Liberalitas*, in *Studi in memoria di E. Albertario I* (Milano 1953) 659 ss., in cui l'originario rigore appare decisamente attenuato.

<sup>22</sup> Mi riferisco in particolare a G. Longo, B. Biondi e, più di recente, a S. Broise. In particolare B. BIONDI, *Successione testamentaria*<sup>2</sup>, cit., 692 s. e nt. 3, osservava in via generale che l'*animus donandi* "ha la sua particolare ragione d'essere nel sistema classico, quando la *donatio* è causa di atti giuridici" e con riguardo alla *venditio minoris* che "nel caso di vendita *viliore pretio*, che riguarda le donazioni fra coniugi, se si nega che la vendita resti tale e si conclude che per la differenza c'è donazione, come si potrebbe affermare ciò, se non tenendo conto della volontà di donare? Fintantoché si ammette che la donazione sia causa e non negozio tipico, l'*animus donandi* ha una sua precisa funzione". Per una sintesi della questione rinvio a S. BROISE, '*Animus donandi*', cit., 40 ss.

<sup>23</sup> G. PUGLIESE, *La simulazione*, cit., 9 s.

<sup>24</sup> G. PUGLIESE, *La simulazione*, cit., 101 ss., spec. 111. L'autore, a proposito di D. 18.1.38 (Ulp. 7 disp.), che esamina *infra*, cap. I, § 2, argomentava che "se in una vendita si pattuisce bensì il prezzo, ma con un patto *in*

è autorevolmente insegnato<sup>25</sup> che l'unico terreno sul quale i giuristi e la cancelleria imperiale erano investiti più o meno direttamente del problema della consapevole divergenza tra la parvenza esteriore del contratto e gli effetti voluti dalle parti<sup>26</sup>

---

*continenti* si promette di non esigerlo, l'obbligazione di pagare tale prezzo è immediatamente posta nel nulla, come se non fosse mai sorta, di guisa che il prezzo pattuito risulta avere un valore esclusivamente apparente: in sostanza è come se non fosse stato pattuito; e poiché una vendita in cui non sia pattuito il prezzo è nulla, così parimenti nulla deve essere una vendita con immediata rimessione del prezzo. Un tale effetto non sarebbe conseguito da un patto dello stesso tenore concluso *ex intervallo* ... d'altronde se dal cosiddetto *pactum de non petendo* concluso *ex intervallo* fosse conseguita la nullità del contratto e quindi l'impossibilità per il beneficiario della rimessione di ottenere l'eventuale prestazione a lui spettante, simili patti non avrebbero avuto la diffusione di cui abbiamo notizia attraverso le fonti ...": *o.c.*, 109 s.

<sup>25</sup> Per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) 228 ss.

<sup>26</sup> Si ricorda che in argomento di simulazione si sono confrontate due fondamentali concezioni: quella volontaristica, facente capo a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* I trad. it. con note di C. Fadda e P.E. Bensa dall'originale tedesco [*Lehrbuch des Pandektenrechts* I (Frankfurt a. M. 1900)] (1902) § 75, i cui principali esponenti nella dottrina italiana della prima metà del XX secolo sono stati, fra gli altri, F. FERRARA, *Della simulazione nei negozi giuridici*<sup>5</sup> (Roma 1922) 35 ss.; V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*<sup>4</sup> (Roma 1938) 332, e G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*<sup>2</sup> (Padova 1961) 124, secondo la quale il negozio simulato sarebbe nullo a causa della divergenza tra volontà e dichiarazione, e quella che riconduce la nullità del contratto alla incompatibilità tra l'intento effettivo e la causa del negozio simulato (per dirla con altre parole si tratta della dottrina che "nega tale divario, attribuendo la nullità alla corretta interpretazione del volere che le parti realmente assegnano alle loro manifestazioni di volontà": G. PUGLIESE, *La simulazione*, cit., 3). Quest'ultima, più moderna teoria riconosce un suo precursore in F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, III trad. it. a cura di V. Scialoja dall'originale tedesco [*System des heutigen römischen Rechts* III (Berlin 1846)] (Torino 1891) 347, e vede tra i principali esponenti della dottrina italiana G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel diritto germanico*, in *Scritti giuridici*, I (Cortona 1930) 200, n. 1; ID., *In materia di simulazione nei negozi giuridici*, in *Scritti*, I, cit., 422 ss.; E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 278; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup> a cura di G. Crifò, con prefazione di G.B. Ferri (Torino 1950, rist. corr.

era quello degli atti traslativi. In particolare, la *traditio*, nell'ascesa tardorepubblicana dei negozi non formali, aveva giocato un ruolo determinante sull'evoluzione dei contratti esistenti e sulla nascita di nuovi. Nel caso di trasferimenti che si attuavano senza formalità, con la sola consegna materiale della cosa oggetto del rapporto, la mancanza di una *iusta causa* o la divergenza di quest'ultima rispetto alla fattispecie prescelta avevano rilevanza ai fini della qualificazione ed efficacia dell'intera attività posta in essere. E si è soggiunto, per un verso, che i giuristi romani, in assenza di un'elaborazione della categoria, "prospettano, non di rado, casi vicini alla problematica della simulazione, ma configurati in modo sostanzialmente diverso"<sup>27</sup>; per un altro, che in questa attività non avrebbero potuto prescindere dall'indagine sull'effettivo intento delle parti.

Nel seguire le tracce della *venditio donationis causa* e ripercorrere i relativi studi, la linea da seguire, almeno come ipotesi di lavoro, potrebbe essere certamente quella concernente la posizione soggettiva dei contraenti a seconda se fosse avvenuta la consegna della cosa venduta *donationis causa*. Nell'ipotesi in cui all'accordo sul prezzo (per basso che fosse) non fosse seguita la *traditio* del bene i contraenti appaiono generalmente vincolati per i rispettivi impegni qualora il contratto fosse intervenuto tra estranei. In caso di *venditio donationis causa* tra coniugi si scorgono soluzioni differenti tra i vari giuristi. A consegna avvenuta, le cose si complicano sul piano della *iusta causa traditionis*, della tutela processuale, della irrevocabilità del dono. La prospettiva eminentemente possessoria nella quale si collocano le fattispecie che qui si esaminano riporta in auge la complessa tematica dell'originaria configurazione della donazio-

---

Napoli 1994) 403; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile* II. *Atti del processo* (Padova 1938) 405 ss.; G. PUGLIESE, *o.c.*, 2 ss.; G. MESSINA, *Della simulazione assoluta*, in *Riv. dir. comm.* (1907) I, 500 ss., spec. 505; S. PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, in *Diritto civile. Saggi* (Milano 1951) 539.

<sup>27</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 230.

ne romana. Casavola<sup>28</sup>, in reazione all'opinione di quanti sostenevano l'originaria realtà della donazione<sup>29</sup>, proponeva l'ipotesi di un *dono dare* di natura essenzialmente possessoria. In particolare l'a., prendendo le mosse dalla rilevazione di una prassi di donazioni tra soggetti in capo ai quali non si sarebbero potuti verificare effetti traslativi (persone, cioè, legate da un rapporto potestativo) e viceversa di testimonianze giurisprudenziali dalle quali sembrava potersi inferire che i medesimi effetti fossero esclusi, sostenne che si arrivò alla concezione traslativa della donazione soltanto a seguito di un processo evolutivo, implicato dall'attrazione della *traditio* tra i modi di acquisto della proprietà<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup>F. CASAVOLA, 'Lex Cincia'. *Contributo allo studio delle origini della donazione romana* (Napoli 1960) 163 ss.

<sup>29</sup>Evidentemente condizionata dalle traversie che la donazione aveva affrontato nel secolo precedente, tra dottrine di pandettisti e civilisti e vicende codificatorie. Com'è noto, nel codice Pisanelli la donazione veniva qualificata come atto ed identificata con la donazione che chiamiamo reale e cioè con la donazione che comporta il trasferimento o la costituzione in capo al donatario di un diritto attraverso la privazione del donante (spoglio della cosa). Inoltre la relativa disciplina era posta a cavaliere tra quella delle successioni e quella delle obbligazioni e contratti. Per la qualificazione della donazione il codice italiano del 1865 ricalcava pedissequamente quello napoleonico (B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., 6 ss., 113 ss.). "Seguendo l'errore di Napoleone che confondeva contratto bilaterale con negozio bilaterale, per non pregiudicare la questione, la donazione si volle definire come «atto»": (B. BIONDI, *o.c.*, 7). Tuttavia, se nel codice napoleonico le donazioni si innestavano sulla materia successoria in omaggio alla persuasione che eredi veri e propri fossero soltanto i parenti di sangue e tutti gli altri (e cioè gli eredi testamentari) erano donatari universali, nel codice del 1865 il titolo Delle donazioni veniva posto tra quello 'Delle successioni' e quello 'Delle obbligazioni e dei contratti in genere'. Nella Relazione di Pisanelli si legge che "il titolo delle donazioni viene ad essere un punto di transizione tra queste (cioè le successioni) ed i contratti" (nr. 130). Il codice del '42 amplia il concetto di donazione ricomprendendovi la donazione obbligatoria (e cioè quella donazione che ha per oggetto l'assunzione di un'obbligazione da parte del donante) e la donazione liberatoria (donazione che ha per oggetto la liberazione del donatario da un obbligo) e soprattutto, come già il codice civile tedesco (§ 516), configura la donazione come contratto.

<sup>30</sup>In chiave critica, si v. M. TALAMANCA, *Donazione possessoria e donazione traslativa*, in *BIDR.* 64 (1961) 249 ss.