

Kuneo P.O.

La premorienza del coniuge nella disciplina romanistica della donazione

[Stable URL: <http://elar.uniylar.ac.ru/jspui/handle/123456789/3356>]

[Публикация работы:]

Kuneo P.O. 2010: La premorienza del coniuge nella disciplina romanistica della donazione // IVS ANTIQVVM. Древнее право. 1 (25), 19-26.



НАУЧНО-ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ
ЦЕНТР АНТИКОВЕДЕНИЯ
ЯРОСЛАВСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
ЯРОСЛАВЛЬ, РОССИЯ

THE SCIENTIFIC & EDUCATIONAL
CENTRE FOR CLASSICAL STUDIES
AT YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY
YAROSLAVL, RUSSIA

DAS WISSENSCHAFTLICHEN FORSCHUNGS- UND
STUDIENZENTRUM FÜR DIE GESCHICHTE,
KULTUR UND RECHT DER ANTIKE
DER STAATLICHEN DEMIDOW-UNIVERSITÄT JAROSLAWL
YAROSLAWL, RUSSLAND



РОССИЙСКАЯ АССОЦИАЦИЯ АНТИКОВЕДОВ
RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES



НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ ФОНД
«ЦЕНТР ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА»
ЯРОСЛАВСКИЙ ФИЛИАЛ
THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
“THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES”
YAROSLAVL BRANCH



ЯРОСЛАВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

P. O. CUNEO*

LA PREMORIENZA DEL CONIUGE NELLA DISCIPLINA ROMANISTICA DELLA DONAZIONE

E' dell'inizio del secolo scorso un interessante saggio del Mauss¹, uno dei padri fondatori dell'etnologia francese, che basa sul dono e sul conseguente obbligo di contraccambiare la nascita dello scambio nelle società arcaiche e suggerisce l'idea che nello scambio anche lo spirito del donatore viaggia insieme al dono, dando vita ad un legame fra gli individui che va ben oltre ad uno scambio di carattere meramente economico. Così, ad esempio, nelle varie società i doni vanno a «sugellare» il matrimonio, creando una parentela fra le due famiglie. Aime², nell'introduzione a questo saggio, dopo aver messo in evidenza quanto fosse importante donare per instaurare relazioni, si sofferma sulla differenza fra donare e contraccambiare, da una parte, e un normale scambio mercantile, dall'altra, individuando come discriminante la libertà, cioè l'assenza di contratto, di coercizione.

Si può individuare proprio anche nell'elemento della libertà, quella maturazione che ha portato il diritto romano ad una trasformazione in materia di donazione, sviluppando l'idea di un diritto, che ai nostri giorni chiameremmo di reversibilità, per cui, in caso di premorienza del donatario, il bene donato ritorna al donante e non va agli eredi del defunto. Per la dottrina moderna si crea, infatti, una situazione per cui il donante preferisce il donatario a se stesso, ma se stesso a qualsiasi altro soggetto. Forse, proprio sulla scia del pensiero del Mauss, proprio in quanto il donante oltre al bene materiale dà qualcosa di se stesso, possiamo ipotizzare che sia suo interesse che il bene vada ad una determinata persona e non ad altri e possa, pertanto, riavere il bene donato in caso di premorienza della persona da lui scelta.

E' stato questo, certamente, il frutto di un lungo percorso. E' opinione diffusa, infatti, nella dottrina di ieri e di oggi che nel diritto romano si possa parlare di reversibilità in senso legale, cioè indipendentemente da ogni pattuizione (come, invece, avviene in alcuni ordinamenti moderni, ad esempio in Italia³) solo a proposito di dote. Possiamo affermare che non è stato

* Кунео Паола Омбретта – профессор Миланского университета в Бикокке (Италия).

¹ M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Torino 2002, 3° ed.

² M. MAUSS, *Saggio sul dono*, cit., p. VIII.

³ Nel nostro Codice Civile nel titolo dedicato alle donazioni (come già nel Codice del 1865 l'art. 1071) è prevista la possibilità dell'inserimento nell'atto di una clausola di reversibilità a favore del donante: Art. 791 C. C. c. 1: «Il donante può stipulare la reversibilità delle cose donate, sia per il caso di premorienza del solo donatario, sia per il caso di premorienza del donatario e dei suoi discendenti». Per reversibilità si deve intendere quel patto per cui, in caso di premorienza del donatario, le cose a lui donate tornino al donante (Cfr. D. FEOLA, *Il patto di reversibilità*, in *La donazione*, II, Trattato diretto da G. BONILINI, Torino, 2001, pp. 945 ss.; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato Sacco*, Torino, 2000, pp. 310 ss. V. anche F. S. AZZARITI, MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successione per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973, pp. 840 ss.). Non si può non evidenziare la sua rilevanza in riferimento ad un istituto come la donazione che tende a produrre l'impovertimento di un soggetto e l'arricchimento dell'altro (A. TORRENTE, *La donazione*, a cura di U. Carnevali e A. Mora, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2006, pp. 569).

La decisione di donare, quindi, è qualcosa di impegnativo. La disciplina giuridica di questo istituto prevede che si tratti di un atto caratterizzato dalla spontaneità e dalla gratuità. Sono previsti casi particolari di revoca a tutela dell'interesse del donante. Ci sono, però, situazioni in cui tutto avviene nel rispetto dell'interesse e dei diritti del donante, ma il gioco del destino potrebbe sconvolgere i piani di chi con tanta generosità abbia deciso di privarsi di un bene prezioso per favorire una persona, il donatario, a

così per sempre. Inizialmente, va detto, la premorienza del donatario non travolgeva la donazione, che rimaneva valida, per cui i beni donati non potevano che finire nelle mani degli eredi del donatario⁴. Se, dal punto di vista giuridico, sembra essere chiara la tendenza secondo cui, in caso di premorienza del donatario, il bene donato passasse ai suoi eredi, di fatto la cosa poteva creare timore e preoccupazione per il donante. Si ritiene, dunque, che fossero trovati espedienti per ovviare a questa situazione. Sappiamo che nella prassi si ricorresse abitualmente alla *donatio mortis causa* in quanto era un istituto adattabile facilmente ai diversi casi concreti⁵.

cui è legato da legami di sangue o d'affetto o che si trova in uno stato di bisogno. E' noto che la donazione si effettua *intuitu personae* e che quindi il donante abbia operato una scelta su una persona particolare e non su altri. Come aveva sinteticamente esposto il Maroi, «la reversibilità mira a soddisfare un'esigenza naturale del donante: quella di preferire se stesso agli eredi del donatario» (F. MAROI, *Codice civile, Libro delle Successioni per causa di morte e delle donazioni, Commentario D'Amelio – Finzi*, Firenze, 1941, pp. 766.). Sulla stessa linea il Palazzo (A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., p. 310.), efficacemente, illustra una situazione in cui il donante preferisce il donatario a se stesso, ma se stesso a qualsiasi altro soggetto (Diversamente ma con espressioni simili si era già espresso il giurista Marciano in D. 39. 6. 1: *Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum*), a cui il bene potrebbe pervenire in caso di premorienza del donatario. Se, dunque, il donatario premorisse al donante verrebbe meno anche lo scopo di quell'atto che era destinato proprio a quella persona, e solo quella. Così alla fine il bene cadrebbe nelle mani dell'erede del donatario, estraneo rispetto al donante o che questi non avrebbe desiderato beneficiare. L'aver introdotto la clausola di reversibilità potrebbe essere d'incentivo all'utilizzo dell'istituto della donazione: si possono, in questo modo, vincere le titubanze del donante, il quale sarebbe rassicurato dal fatto di poter evitare il rischio che i beni donati cadano per fatalità in mani estranee. Da ultimo M. Franzoni, *Donazione inefficace e rimedi*, in *I contratti di donazione*, a cura di A. Palazzo, Torino 2009 sottolinea che «La reversibilità si giustifica col fatto che il donante può voler beneficiare il donatario ed eventualmente i suoi discendenti tra cui pure i figli naturali, ma non i soggetti che gli stessi potrebbero indicare nel loro testamento, o che fossero chiamati a succedere in base alle norme della successione legittima. La generica previsione della clausola di reversibilità comporta che gli effetti si producano in caso di premorienza del donatario come dei suoi discendenti». I civilisti nello spiegare questo raffinato istituto non possono prescindere dall'origine storica e, quindi, prendono le mosse dal diritto romano. La visione rimane limitata a causa dell'incompletezza delle fonti considerate, che, va detto, sono le stesse utilizzate dalla romanistica. Il Palazzo (A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., p. 310), ad esempio, confrontando il nostro Codice civile, per il quale la reversibilità può essere solo pattuita, con il diritto romano, ricorda come, in base a quest'ultimo, l'istituto fosse esclusivamente un effetto legale della donazione. Il Barba (A. BARBA, s. v. *Reversibilità (patto di)*, in *Enc. dir.* XLI, Milano, 1989, pp. 63 s.) esordisce affermando che la reversibilità in caso di donazione «è unicamente quella convenzionalmente stabilita dalle parti, escludendosi, a differenza di quanto avveniva nel diritto romano, la configurazione di una reversibilità legale». Per l'autore l'origine storica della reversibilità si svolge sulla base di due fondamenti: da un lato la *patria potestas* con le sue applicazioni e conseguenze, dall'altra le problematiche dell'ammissibilità della proprietà *ad tempus*. Anche nell'opera magistrale del Torrente (A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 569) ci si limita a ricordare che nel diritto romano esistevano solo casi di reversibilità legale, ricollegandosi a quanto detto dal Maroi. Il Maroi (F. MAROI, *Codice civile, Libro delle Successioni per causa di morte e delle donazioni*, cit., p. 766) indicava come unico esempio di reversibilità legale quello della dote *profecticia* e in questo caso non occorre l'inserimento di alcun patto. La Feola (D. FEOLA, *Il patto di reversibilità*, cit., p. 945 nt. 2), introducendo l'origine storica dell'istituto della reversibilità, presenta la *dos profecticia* e della *donatio propter nuptias* come due facce della stessa medaglia, essendo la prima effetto della premorienza della figlia, la seconda della premorienza del figlio al padre. Ma, come abbiamo detto, i civilisti mutuano questa teoria dalla romanistica.

⁴ A tal proposito vedi il mio *La tematica della premorienza del donatario nel diritto romano*, in *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano 2008, p. 799 s.

⁵ Si conosce, ad esempio, il caso di chi dovesse partire per la guerra o intraprendere un viaggio per nave, quindi di chiunque si esponesse ad un pericolo di vita. Così era prevista una certa condizione: se il donante fosse tornato, allora tutto ciò che era stato donato gli sarebbe stato restituito, se fosse morto il bene sarebbe rimasto nelle mani del donatario: PS 3, 7, 1. *Mortis causa donat qui ad bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restitatur, si perierit, penes eum remaneat cui donavit.*

Il Biondi⁶ rileva che si ricorreva alla *donatio mortis causa* o affinché il donatario acquistasse solo nel caso e nel momento in cui il donante fosse morto o affinché il donatario acquistasse subito per poi restituire il bene donato in caso di sopravvivenza del donante.

Ci si rese, dunque, conto nella prassi che la *donatio mortis causa*, proprio per la sua duttilità, potesse essere utilizzata anche per rimediare agli inconvenienti di una legislazione troppo rigida in caso di premorienza del donatario. Secondo il Voci⁷ «il risultato si poteva ottenere, per iniziativa di parte, ricorrendo alla *donatio mortis causa*».

Nulla vietava, però, che in qualsiasi donazione si potesse inserire a piacere una clausola che prevedesse il caso di premorienza del donatario ed il conseguente ritorno del bene al donante. Del resto se non fosse così la donazione verrebbe di certo snaturata.

Secondo il Biondi, in generale, era possibile l'inserimento di un patto⁸ di reversibilità all'interno di un *pactum fiduciae* o della *stipulatio*. Il donatario o i suoi eredi doveva impegnarsi a ritrasferire la cosa donata al donante in caso di premorienza di colui che riceveva la cosa in dono. La restituzione andava vista nell'ottica delle obbligazioni e, quindi, attraverso le azioni che potevano nascere dalla *stipulatio* o dal *pactum fiduciae*, con tutte le clausole che erano consentite.

A questo proposito esiste un rescritto di Diocleziano, di cui abbiamo solo la versione giustiniana:

C. 5. 3. 12

Idem AA. et CC. Timocleae et Cleotimae. Si mater vestra filiae suae sponso vel marito praedia sine ulla repetendi lege donavit et eum in vacuum induxit possessionem, nuptiis divortio solutis perfecta non dissolvitur donatio. S. VI id. Febr. Sirmi CC. cons.

Sommessamente, potrei suggerire l'ipotesi secondo cui l'inciso *sine ulla repetendi lege* possa essere stato inserito dai compilatori giustiniani per adeguare la costituzione al diritto vigente, in base al quale era ammissibile l'inserimento nella donazione di un patto di reversibilità. All'epoca di Diocleziano, infatti, non era riconosciuto il principio di reversibilità⁹.

Più semplice è stata l'evoluzione per la donazione nuziale¹⁰, fatta in occasione del matrimonio per tutelare in futuro la sposa nel caso diventasse vedova.

Il mondo romano –abbiamo detto– inizialmente, conosceva il principio di reversibilità legale solo per la dote. Secondo il Bonfante¹¹, il parallelismo fra dote e donazione nuziale, portò verosimilmente e inevitabilmente all'estensione al secondo istituto di quella disciplina che da tempo esisteva per il primo¹².

⁶ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, rist., Milano 1972, p. 766.

⁷ P. VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1996, p. 540 nt. 4.

⁸ Sul significato di patto v. G. MELILLO, sv. *Patti (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 479 ss.; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002.

⁹ Frag. Vat. 283: *Si praediorum stipendiarium proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietatis transferri nequiverit.* = C. 8. 54. 2 Un contrasto netto, infatti, emerge dal confronto di questo testo con lo stesso conservato nel Codice Giustiniano e rimaneggiato dai compilatori. C. 8. 54. 2 *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Zenoni. Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda.* PP. V Id. Mart. Maximo II et Aquilino cons. (a. 286). Il caso – si tratta di una donazione generica – è lo stesso della donazione della proprietà di fondi, ma per i compilatori giustiniani, in contrasto col testo originale, la donazione è valida anche se contiene un patto per cui, in caso di premorienza del donario, il bene donato torni al donante.

¹⁰ La dottrina ci offre un quadro parziale dell'origine della donazione nuziale, d'altra parte, per espressa affermazione di Giustiniano, lo stesso istituto era ignorato dalla giurisprudenza classica (P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, I, cit., pp. 517 ss.; C. FAYER, *La familia romana, Aspetti giuridici ed antiquari, sponsalia matrimonio dote*, Roma, 2005, p. 738.).

¹¹ P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, I, *Diritto di famiglia*, Milano, 1963, pp. 534 s.

¹² E' doveroso accennare alla legge di Valentiniano III, che prevedeva un conferimento di ugual valore sia per la dote sia per la donazione, alla legge di Maiorano che sanciva la stessa proporzionalità, a quella di

Di conseguenza, possiamo pensare, anche la reversibilità legale è stata mutuata dalla dote, senza dover ricorrere alla trasformazione in donazione *mortis causa*, o all'utilizzo di patti con effetti meramente obbligatori.

In epoca classica, di fatto, la donazione nuziale era sottoposta al regime generale delle donazioni, in particolar modo era irrevocabile, per cui se fosse morto il donatario o la donataria erano i suoi eredi a beneficiare. E così doveva essere ancora al tempo di Diocleziano¹³.

Un primo decisivo mutamento della linea normativa è avvenuto, verosimilmente, solo nel IV secolo d. C., grazie ad una costituzione di Valentiniano I, Valente e Graziano, del 368 secondo i manoscritti, ma di data controversa¹⁴.

CTh. 3. 5. 9

Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Probum PP.

Multa ante nuptias sponsaliorum nomine pro solemnitate traduntur, quae nequaquam in damnum debent dantis accrescere, sed mortua in matrimonio puella ad dantis commodum revocari, veteri scilicet iure neglecto. Patris igitur explosa persona propinquorumque his personis, quae ante coeptum matrimonium videntur optulisse, incunctanter ea redhiberi oportet. Dat. III Id. Iul. Treviris Valentiniano et Valente AA. cons.

Qui si prospetta, chiaramente, il tema della reversibilità del bene donato, termine che va distinto, come chiaramente ha fatto il Biondi, da quello della revoca¹⁵. Di revoca si può parlare finché la donazione non è *perfecta*¹⁶ e solo a questo punto diventa irrevocabile. E' vero che il diritto tardo-imperiale introduce casi in cui è possibile esercitare la revoca¹⁷, nonostante la donazione abbia già prodotto i propri effetti, ma si tratta di casi tassativi¹⁸. Quanto alla costituzione in merito, che non riguarda una *donatio mortis causa*, gli effetti hanno già iniziato a prodursi – la giovane beneficiata dai doni, infatti, è morta in costanza di matrimonio – ma non possono continuare ad esplicarsi.

Riguardo all'espressione *veteri scilicet iure neglecto*, a me pare, il riferimento all'antico diritto riguarda il contrasto con la nuova legislazione che ha aperto la via, recepita in seguito dal diritto giustiniano, dell'efficacia reale della reversibilità della donazione¹⁹.

Il testo premette, dunque, che in occasione delle solennità nuziali prima della celebrazione del matrimonio molte cose devono essere consegnate con tutte le formalità come doni fra fidanzati, ma questi doni non possono in nessun modo contribuire alla perdita dei beni da parte del donatore, che non deve, dunque, subire un danno. Ma, se la donna muore durante il matrimonio, i doni, in questo caso nuziali, in contrasto con l'antico diritto (*veteri iure neglecto*)²⁰, un diritto ormai trascurato e,

Leone che stabiliva le stesse quote d'aumento, a molte altre costituzioni emanate da imperatori diversi fino ad arrivare a Giustiniano che cristallizzerà la reciprocità dei due istituti. Cfr. ancora P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 540; C. FAYER, *La familia romana*, cit., p. 738 ss.

¹³ Così evince da una costituzione del 293 d. C.: C. 5. 3. 8.

¹⁴ Sulla datazione di questa costituzione v. F. PERGAMI, *La Legislazione di Valentiniano e Valente (364–375)*, Milano, 1993, p. 239.

¹⁵ B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, pp. 699 s.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 761 ss.; ID., *Donazione reversibile*, in F. VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, XII. 4, Torino, 1961, pp. 816 ss.

¹⁶ Cfr. P. GIUNTI, s. v. *Donazione (storia del diritto romano)*, in *Digesto*, VII, Torino, 1991, p. 168.

¹⁷ Cfr. P. GIUNTI, s. v. *Donazione*, cit., p. 176, per la quale in questi due casi introdotti dal diritto tardo-imperiale, la revoca andrebbe «non già classicamente intesa quale resipiscenza del donante da una liberalità imperfecta (quando donator intellegatur revocasse voluntatem), bensì quale *poenitentia* di fronte ad una *donatio* formalmente *perfecta* e, come tale di regola irrevocabile»

¹⁸ Cfr. B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 761 s. V. anche V. R. CASULLI, s. v. *Donazione (civ.)*, in *Enc. dir.* XIII, Milano, 1964, pp. 980 s.

¹⁹ Diversamente P. FERRETTI, *Le donazioni fra fidanzati nel diritto romano*, Milano, 2000, pp. 129 ss. interpreta tali parole nel senso di «attribuire uno spessore storico a questo tipo di liberalità, come se altri imperatori, o forse il solo Valentiniano I, avessero già legiferato sulle donazioni nuziali».

²⁰ Allo stesso modo il PHARR, *The Theodosian Code, ad h. l.*, Princeton, 1952, p. 68, così traduce la parte del testo che a noi interessa: «But if the girl should die during the marriage, they shall revert to the advantage of the said donor in disregard, of course, of the old law».

quindi, superato – si sottolinea – non restano al padre di lei né passano ai suoi successori, ma vanno restituiti a vantaggio del donatore. Lo stesso Voci²¹ così traduce sinteticamente questo testo: «Le cose oggetto di donazione nuziale, morta la donna che in occasione del matrimonio le aveva ricevute, non restano al padre né passano ai suoi eredi, ma vanno restituite al costituente».

Il Biondi non considera questo testo che rappresenterebbe l'anello mancante di tutto il suo discorso sulla premorienza del donatario. Il Bonfante²² si limita a inquadrare la norma nell'ambito della tutela della futura vedova, per cui con la premorienza viene meno lo scopo della costituzione. Il Voci più acutamente avverte la novità per cui per la prima volta la donazione poteva adeguarsi al suo scopo divenendo revocabile in caso di premorienza, in contrasto con quanto stabilito da Diocleziano²³. Questi autori, in realtà, interpretano la norma, ma non ne sottolineano l'importanza e la centralità che può assumere nell'ottica della reversibilità, né avvertono il travaglio subito dall'istituto al passaggio dal diritto classico a quello tardo-imperiale.

Solo con questa costituzione, in deroga alla normativa precedente, si stabilisce, dunque, la reversibilità della donazione, in caso di premorienza del donatario, in modo automatico senza dover ricorrere ad una clausola *ad hoc*, e cioè un patto di reversibilità²⁴.

Cosa è successo nel lasso di tempo intercorso fra questa costituzione e le precedenti che abbiamo preso in esame? Nel frattempo, come già abbiamo avuto occasione di avvertire, c'era stata la riforma di Costantino attraverso la quale la donazione era diventata un vero e proprio negozio giuridico con effetti reali. La costituzione di Valentiniano, Valente e Graziano rappresenta un punto chiave nell'evoluzione storica dell'istituto.

Uno sviluppo interessante si ebbe anche a proposito di donazione fra coniugi²⁵.

²¹ P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo Impero*, I. *Le costituzioni del IV secolo*, in *IVRA*, 29, 1978, pp. 17 ss., ora in *Studi di diritto romano* II, Padova, 1985, p. 169.

²² P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, I, cit., p. 525.

²³ C. 5. 3. 8.

²⁴ V. *supra* p.

²⁵ Sappiamo che secondo Ulpiano (D. 24. 1. 32 Ulpianus libro trigesimo tertio ad Sabinum. Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea rettulimus, imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore. 1. Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus, non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt et obligatio sit civilis et de Falcidia ubi possit locum habere tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est. 2. Ait oratio fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse. 3. Paenitentiam accipere debemus supremam. Proinde si uxori donavit, deinde eum paenituit, mox desiit paenitere, dicendum est donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium, quemadmodum circa fideicommissa solemus, in legatis cum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum.... 14. Et prius illud volo tractare. Oratio, si ante mors contigerit ei cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit... 16 Oratio non solum virum et uxorem complectitur, sed etiam ceteros, qui propter matrimonium donare prohibentur....) il divieto di donazioni fra coniugi fu introdotto per consuetudine. Molti studiosi preferiscono riportare tale divieto alla legislazione augustea. Fonti patristiche (TERTULLIANUS, *Apologeticum*, 4.), del resto, attestano che gli imperatori Settimio Severo e Caracalla provvidero alla riforma della lex Papia fatta da Augusto (Viene da pensare, allora, secondo una testimonianza del Tillemont (TILLEMONT, *Histoire des empereurs*, III, art. 30, Venise 1734, p. 69.), che l'intervento normativo di Settimio Severo e Caracalla, associato al potere come Augusto, avvenne quando riformò la lex Papia fatta da Augusto) e, forse, in questa occasione intervennero con un provvedimento per limitare gli effetti del divieto e convalidare il più possibile le donazioni fra coniugi. Ciò che le fonti definiscono ora *oratio principis* ora *senatusconsultum* e che la dottrina a volte considera un unico provvedimento degli imperatori Settimio Severo e Caracalla (L'interesse dell'imperatore alla validità di certe donazioni fra coniugi è plausibile, considerata la testimonianza del Tillemont (TILLEMONT, *Histoire des empereurs*, III, cit., art. 28, p. 64.), che narra delle nozze di Caracalla con Plautilla figlia del prefetto del pretorio Plauziano. Ricordando Cassio Dione, lo storico francese racconta che Plauziano donò allora a sua figlia beni sufficienti a sposare cinquanta

C'è un testo, D. 34. 5. 8, che non è inserito nella *sedes materiae* delle donazioni, ma nel titolo *De rebus dubiis*. Se lo confrontiamo con un frammento delle *Pauli Sententiae*, PS. 2, 23, 5, da cui risulta essere tratto il passo del Digesto, possiamo notare che l'*incipit*²⁶, che è ciò che a noi interessa, differisce nelle due versioni.

D. 34. 5. 8: *Paulus libro secundo Sententiarum*:

Si inter virum et uxorem donatio facta fuerit, priore defuncto cui donatum est ad eum res redit qui donaverat.

Quod si simul tam is cui donatum est quam is qui donavit decesserit, quaestionis decidendae gratia magis placuit valere donationem, quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.

PS. 2. 23 De donationibus inter virum et uxorem, 5:

Superstite eo qui matrimonii tempore donaverat, ante decedente cui fuerat donatum, id quod donatum est penes donatorem remanet.

Quod si simul tam is cui donatum est quam is qui donavit decesserit, quaestionis decidendae gratia magis placuit valere donationem, quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.

E' evidente la diversità del verbo utilizzato nei due passi, pur essendo la stessa la conclusione, per cui alla fine il bene sarà del donante e non degli eredi del donatario. Si diceva, dunque, del verbo che nel passo delle *Pauli Sententiae* è *remanet*, cioè la cosa donata, alla fine, rimane nelle mani del donatore, mentre nel passo del Digesto è *redit*, cioè il bene tornerà a colui che ha donato. Cosa sottende l'interpolazione operata dai compilatori giustiniani? Verosimilmente il mutamento è dovuto a quel complesso di costituzioni di qualche secolo prima, di cui è autore Costantino, passato alla storia come importante riforma dell'istituto della donazione²⁷. Così la donazione era diventata un vero e proprio negozio, per la cui perfezione occorreva l'esistenza di un atto traslativo. Ed era questo che conferiva la proprietà al donatario, cosa che non avveniva in precedenza. Quindi, se un tempo la proprietà continuava a rimanere in capo al donante fino al momento della perfezione, che avveniva con la morte dello stesso, non occorreva il trasferimento del bene. Con il nuovo istituto della donazione il bene passava subito al donatario, per cui, in caso di sua premorienza occorreva la restituzione al donatore.

regine. Poco tempo dopo Plauziano (Sulla caduta di Plauziano v. C. LETTA, *La dinastia dei Severi*, in *Storia di Roma*, II. 2, *I principi e il mondo*, Torino, 1991, pp. 668 ss.) venne eliminato ed i suoi figli, fra cui la moglie dello stesso Caracalla, vennero condannati alla *relegatio in insulam* e si trovavano a Lipari), a volte due diversi provvedimenti, uno di Settimio Severo, l'altro di Caracalla, stabiliva che se il coniuge donante si fosse pentito, avrebbe potuto riprendersi i beni donati, ma se non l'avesse fatto, con la sua morte la donazione si sarebbe convalidata (Cfr. F. DE ROBERTIS, *La convalescenza delle donazioni fra coniugi nelle orationes di Severo e Caracalla*, in *Studi in onore di M. Barillari*, Bari, 1936, ora in *Scritti varii di diritto Romano*, I, Bari, 1987, p. 33. Per il Pugliese (G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1990, p. 705.) questa *oratio* stabiliva che se il coniuge donante si fosse pentito, avrebbe potuto riprendersi i beni donati, ma se non l'avesse fatto, con la sua morte la donazione si sarebbe convalidata. Lo stesso principio lo si ritroverà all'art. 1096 del Code Napoléon per poi arrivare ai giorni nostri. Cfr. V. R. CASULLI, s. v. *Donazione (civ.)*, in *Enc. dir.* XIII, Milano, 1964, p. 979).

Sulla storia dell'istituto v. in modo più dettagliato da ultimo il mio *La tematica della premorienza del donatario*, cit., p. 802 ss.; v. anche sv. Schenkung, in *Handwörterbuch der antiken Sklaverei*, im Auftrag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, Mainz, Stuttgart 2008.

²⁶ La prima parte, riguardante la premorienza, era certamente come riportata nelle *Pauli Sententiae*, in quanto sia nel caso della premorienza, sia nel caso della commorienza si tratta di donazioni inter virum et uxorem. La dottrina ritiene comunemente che siano due versioni diverse dello stesso passo.

²⁷ A proposito dell'istituto della donazione in epoca tardo-imperiale v. il prezioso contributo di G. G. ARCHI, *L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*, in *RIDA*, 5, 1958, p. 391 ss. Costantino non aveva inventato niente, ma aveva saputo trarre nutrimento dal sapere giuridico e pratico dei giuristi dei secoli precedenti e aveva avuto la capacità – questo era il suo principale merito – di trasfondere tale sapere in norme generali. In tal senso Cfr. M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino*, in *Studi sul diritto del tardo Impero*, Padova, 1986, pp. 87 ss.

Sorge necessariamente un dubbio: come si può parlare di passaggio di proprietà in caso di donazioni fra coniugi, dal momento che essendo vietate non possono produrre effetti giuridici? Di certo ogni effetto giuridico è escluso, ma non si può negare il possesso al coniuge donatario, in quanto *res facti* (D. 41. 2. 1. 4). D'altra parte col tempo c'è stata un'evoluzione giuridica che ha visto nell'espedito di Settimio Severo e Caracalla un modo per convalidare quelle donazioni vietate dal diritto e, qualche secolo dopo, finalmente, la soluzione per sancire la liceità fra coniugi. Non possiamo dimenticare, infatti, che nel 527 l'imperatore Giustino, zio e predecessore di Giustiniano, aveva emanato una costituzione conservata in C. 5. 3. 19 che fra le altre cose autorizzava le donazioni in costanza di matrimonio, derogando al noto divieto²⁸.

A questo punto è più chiara la diversa situazione prospettata dalle due versioni del testo delle *Pauli Sententiae*. All'epoca del testo originale le donazioni fra coniugi non erano valide, per cui la proprietà del bene donato non passava al donatario, ma, per le ragioni che abbiamo detto, passava solo il possesso. Così si spiega la terminologia usata nel testo (**penes donatorem remanet**), in quanto il bene è rimasto al donatore.

Nella versione giustiniana occorre ritrasferire il bene al donatore, in quanto nel frattempo c'è stata la riforma di Giustino, per cui essendo ormai valide le donazioni fra coniugi il donatario è diventato proprietario del bene ricevuto in dono.

La linea giuridica, che abbiamo visto prendere forma analizzando alcuni testi riguardanti la donazione fra coniugi e la donazione nuziale, verrà recepita in modo più sistematico da Giustiniano²⁹, grazie alle continue trasformazioni che l'istituto della donazione aveva subito nei secoli. Qui si parlerà di reversibilità anche in donazioni generiche. Si veda ad esempio:

C. 8. 54. 2³⁰

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Zenoni. Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda. PP. V Id. Mart. Maximo II et Aquilino cons. (a. 286)

D'altra parte, come rilevava il Michel³¹, nella storia del diritto non c'è alcun istituto che, senza cambiare nome, abbia subito una trasformazione così profonda quanto la donazione romana.

П. О. КУНЕО

БЕЗВРЕМЕННАЯ СМЕРТЬ СУПРУГА В РИМСКО-ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЕ ДАРЕНИЯ

(РЕЗЮМЕ)

Следуя мысли Маусса, по которой даритель вместе с вещью дарит как бы часть самого себя, автор предполагает, что в интересах дарителя передать вещь определенному лицу, в случае смерти которого он сможет вернуть подаренную вещь.

В научной литературе распространено мнение, что применительно к римскому праву

можно говорить также и о праве возврата в отношении приданого. Но первоначально преждевременная смерть одаряемого не предполагала возвращения дарения, которое переходило в руки наследников одаряемого. На практике обычно прибегали к *donatio mortis causa*.

Интересное развитие получил институт дарения между супругами. Вещь передавалась

²⁸ ...*nec obsit in huiusmodi munificentis interdictas esse liberalitates tempore nuptiarum*. Cfr. C. FAYER, *La familia romana*, cit., p. 740.

²⁹ P. O. CUNEO, *La tematica della premorienza del donatario*, cit., p. 812 ss.

³⁰ V. *supra*, nt. 9.

³¹ J. H. MICHEL, *Gratuité en droit romain, Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 301.



дарителю, а не наследникам одаряемого. Если употреблялся глагол *remanet*, то подаренная вещь в конце концов оставалась у дарителя, а употребляемый в Дигестах глагол *redit* означал, что вещь возвращалась к тому, кем она была подарена. По реформе Константина дарение превратилось в настоящую сделку, для совершения которой было необходимо наличие передаточного акта, который давал право собственности одаряемому. Но если владение и так оставалось у одаряемого до его смерти, то передача вещи не была нужна. Теперь же в соответствии с новым институтом дарения вещь переходила к одаряемому сразу, а в случае его преждевременной смерти нужна была реституция в пользу дарителя.

Но как можно говорить о переходе собственности в случае дарений между супругами, если таковые были запрещены? В этом случае признавалось владение одаряемого супруга, как *res facti* (D. 41. 2. 1. 4). Затем произошла эволюция: Септимий Север и Каракалла нашли способ признать эти дарения законными. А в 527 г. император Юстин издал конституцию (C. 5. 3. 19), которая окончательно разрешила дарения в браке.

Что касается предбрачного дара, то в классическую эпоху вплоть до Диоклетиана он регламентировался правилами, общими для всех дарений, но не подлежал возврату, поэтому, если одаряемый или одаряемая умирали, им пользовались их наследники.

Итак, изначально римский мир знал принцип возврата дарения только применительно к приданому. Согласно П. Бонфанте, параллель между приданным и предбрачным даром неизбежно вызвала применение ко второму институту тех же правил, которые существовали применительно к первому, и не нужно было более прибегать к дарению *mortis causa* или к иным договорам.

Изменение законодательства произошло, вероятно, только в конституции Валентиниана I, Валента и Грациана 368 г. н. э., где излагается принцип возврата подаренной вещи, и это понятие не смешивается с понятием отмены дарения. Об отмене можно говорить, пока дарение не совершено (*perfecta*), и только с этой точки зрения его нельзя отменить. И

действительно, постклассическое право приводит случаи, в которых возможно отменить дарение, несмотря на то, что дарение уже повлекло за собой юридические последствия.

В случае обручения многие вещи должны быть переданы со всеми формальностями в качестве предбрачных даров между женихом и невестой, но эти дары не могут ни в коем случае способствовать растрате имущества дарителя, который не должен потерпеть ущерб. Но если жена умрет в браке, то в этом случае брачные дары, вопреки древнему праву, не остаются у ее отца и не переходят его наследникам, но возвращаются дарителю.

Бьонди не считает, что этот текст представляет недостающее звено в цепочке его рассуждений. Бонфанте ограничивается включением этой нормы в число способов защиты будущей вдовы. Вочи замечает новшество более тонко: впервые дарение могло сообразовываться со своей целью, получив возможность быть отозванным в случае преждевременной смерти, в отличие от того, что было установлено. Эти авторы интерпретируют норму, но не фокусируют внимание на важности, которую можно увидеть только через призму обратимости, и не замечают, какую «болезнь роста» перенес институт при переходе от классического права к позднеймперскому.

Только конституцией Диоклетиана (C. 5. 3. 8) в нарушение норм прошлого устанавливается правило автоматического возврата дарения в случае преждевременной смерти одаряемого, не прибегая к договору об отмене дарения. Затем имела место реформа Константина, по которой дарение стало настоящей юридической сделкой с реальными последствиями. Конституция же Валентиниана, Валента и Грациана представляет собой ключевой момент в истории института дарения, который был систематизирован Юстинианом в соответствии с изменениями, которые институт дарения претерпел в течение последних веков.

В заключение автор отмечает, что в истории права нет другого института, который, не меняя названия, претерпел бы столь существенную трансформацию, как институт римского дарения.