14-C-537

BIBLIOTECA GIURIDICA DEL FÔRO ITALIANO

VOLUME SESTO

Inv. čís.: 601
Sign: 479

TRATTATO

DELLA

GESTIONE DEGLI AFFARI ALTRUI

SECONDO IL DIRITTO ROMANO E CIVILE

DELL' AVVOCATO

GIOVANNI PACCHIONI

Prof. di diritto romano nella Università di Camerino

SEMINÁRNÍ KNIHOVNA
Hist.-práv. oddělení

LANCIANO

ROCCO CARABBA, EDITORE

1893.

Proprietà letteraria

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY U
STARÝ FOND 4774
Č. inv.:
Koupí od
Darem od
v Praze za Kčs 220·-
Inv. čís.: 33.304
Sign:

— Lanciano, tip. dello Stabilimento Rocco Carabba —

AL

PROF. CAV. PIETRO PACCHIONI

PADRE E MAESTRO AMOROSISSIMO

CON AFFETTO INTENSO E DEFERENTE

D. D. D.

TRATTATO DELLA GESTIONE DEGLI AFFARI ALTRUI

PARTE I

Storia delle azioni « negotiorum gestorum »

CAPITOLO I

§ 1. — *Primi cenni testuali sulla gestione*

BIBLIOGRAFIA: — ZIMMERMANN *Aechte und unaechte negotiorum gestio* Giessen 1872 — AARONS *Beiträge zur Lehre der neg. gestio* (1ª parte) Schwerin 1860 — MONROY *Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte* Rostock 1878 — WLASSAK *Zur Geschichte der neg. gestio* Iena 1879 — COGLIOLO *Trattato teorico e pratico dell' amministrazione degli affari altrui* Firenze 1890 — ATZERI *I pricipi fondamentali della gestione d' affari.* Parte prima Cagliari 1890.

1. — Ben scarse ed incerte sono le notizie a noi giunte sulle origini delle azioni *negotiorum gestorum.* Dell' azione del gestore troviamo prima menzione in un passo di Cicerone (top. ad. Treb. XVII. 66) nel quale sono enumerate le obbligazioni che si facevano valere nei vari *judicia bonae fidei.* In questo passo riferendosi agli obblighi del gestore Cicerone dice: *quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent,....* e poscia prosegue:..... *quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro.....*

Il breve cenno che delle obbligazioni del gestore verso il *dominus* trovasi in questo passo di Cicerone ha fatto sorgere un dubbio. Dovrà credersi che sebbene non si faccia in questo passo cenno alcuno delle possibili reciproche obbligazioni del *dominus* verso il gestore, esso ne provi tuttavia la giuridica

esistenza pei tempi di Cicerone? È degno di nota che la risposta affermativa che si è data da molti a questo quesito storico, è stata determinata da un concetto dogmatico, discutibile e discusso e che noi riteniamo errato. Si è cioè detto: poichè la gestione è un negozio giuridico unico dal quale discendono due azioni, gli è naturale che se si ammette l' esistenza di obbligazioni *ex negotio gesto* nel gestore, tacitamente si ammette altresì l' esistenza di correlative obbligazioni nel *dominus*. Dal testo di Cicerone potrebbe dunque desumersi che ai suoi tempi già introdotte erano le due azioni *neg. gest;* sì la *directa* che la *contraria*.

2. — Come ho già notato il concetto teorico che forma la base di questa argomentazione mi sembra errato; e che sia errato ho cercato dimostrare nella parte teorica di questo lavoro. Ma indipendentemente da quella dimostrazione credo che sia a respingersi la sopra esposta interpretazione del frammento di Cicerone. E mi sembra che sia molto più accettabile l' argomentazione di quelli scrittori che sostengono potersi desumere dal testo di Cicerone, la non esistenza dell' actio *neg. gest. (contraria)* nel momento in cui esso veniva scritto.[1] Cicerone infatti parlando delle obbligazioni sorgenti da una società dice: *quid socium socio;* parlando di quelle sorgenti dal mandato: *quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset alterum alteri,* e più oltre *quid virum viro quid uxorem viro.* Solo per la gestione non parla di obblighi reciproci. Perchè dunque, mentre era così evidente il bisogno, e facile l' opportunità di accennare anche

[1] Così Bekker Die Aktionen Berlin. 1871 vol. I, p. 150. — Aarons op. cit. pref. V. Contro Zimmermann op. cit. p. 11. — Wlassak op. cit. p. 184. Cogliolo op. cit. I, p. 50. Atzeri op. cit. p. 130 che si fondano principalmente sulle L. 20 [21] Dig. III. 5 la quale però non prova nulla in loro favore come sarà più oltre dimostrato.

alle obbligazioni del *dominus* egli si tacque? Dovremo dire che Cicerone in materia di giurisprudenza peccava spesso di imprecisione? o che non merita fede in materia storica?[2] Sono questi argomenti di un valore molto discutibile. Fondare una opinione sulla credenza che il testo dal quale la si vuol trarre sia imperfetto, è cosa tanto facile, quanto possibilmente errata. Ma nel nostro caso gli è appena opportuno rilevare come per Cicerone la menzione di un' *actio neg. gest. (contraria)* non sarebbe stata notizia storica, bensì una notizia della più vitale attualità. L' azione del gestore fu certamente, al momento in cui sorse, un istituto di grandissima importanza, e poichè ai tempi di Cicerone, ammesso che fosse già sorta, doveva ad ogni modo essere di recente data, è quasi impossibile ammettere che in una occasione così opportuna egli omettesse di parlarne a costo di essere inesatto.

Non si comprende realmente tutta la ripugnanza del Wlassak ad accogliere l' argomento *a silentio* dal testo di Cicerone; mentre si spiega come il Zimmermann non possa così argomentare,[3] date le premesse teoriche in base alle quali vuol risolvere il quesito del rapporto cronologico fra le due azioni. Il Wlassak infatti sostiene aver l' *actio directa* preceduto la *contraria;* per lui non potrebbe quindi recar meraviglia che uno scrittore antico parlasse soltanto dell' *actio directa* per non conoscere la *contraria*.

3. — L'argomentazione *a silentio* qui sostenuta d' altra parte trova anche qualche sussidio in altre fonti. È a citarsi anzitutto un altro frammento dello stesso Cicerone: *De officiis* III, 17, 70 nel quale è detto che non in tutti i *judicia bonae fidei* ma sol-

[2] Così Wlassak op. cit. p. 37, seguendo Voigt Ius nat. III p. 320 nota 478 e seguito dall' Atzeri op. cit. p. 128.

[3] Op. cit. p. 11-12. Così anche Monroy op. cit. p. 153-154.

tanto in *plerisque, essent judicia contraria.* Gli è vero che nella enumerazione dei *judicia* che si contiene in questo frammento non è compreso quello *negotiorum gestorum;* ma tutto tende a mostrare che la enumerazione non vi è tassativa ma esemplificativa; nè può recar meraviglia che non si faccia parola del *judicium neg. gest.* quando si osservi che Cicerone aveva specialmente preso in esame i giudizi più frequenti *quibus vitae societas continetur* [4]

Fra quei *judicia directa* che non avevano un corrispondente *judicium contrarium* poteva dunque essere anche quello *neg. gest.;* come potrà allora con tanta sicurezza affermarsi che Cicerone non aveva accennato nel frammento della topica al *judicium contrarium* per semplice dimenticanza? Questo secondo passo di Cicerone conforta piuttosto la nostra opinione: certo è poi che nè da questo, nè da quello, può trarsi argomento a sostegno della opinione da noi avversata, se non si voglia, alla ricerca storica su di un istituto, trar sussidio dai concetti dogmatici su di esso elaborati per riflesso lavorio della dottrina. I giuristi romani non considerarono mai la gestione come un negozio giuridico, come un quasi mandato; essi riconobbero invece due distinte obbligazioni, contrapponibili, con requisiti proprii: l' obbligazione del gestore, l' obbligazione del *dominus.* L' affermare che la constatata esistenza giuridica dell' una obbligazione è sufficiente prova della esistenza dell' altra, è quindi massimamente arbitrario.

4. — Oltre che dal testo di Cicerone, e dalla naturalezza medesima che essa presenta, la nostra opinione trae anche con-

[4] Certamente da questo passo risulta evidente l' erroneità della tesi, dello Zimmermann e del Monroy, per la quale non sa concepirsi una successione storica delle due azioni *neg. gest.* La considerazione svolta nel testo spiega forse anche il silenzio di Cicerone in riguardo alla gestione in altri testi ove parla dei *judicia bonae fidei: De nat. deorum* III, 30 § 74; *or. pro Caecin.* c. III § 7.

forto dalle contradizioni nelle quali sono costretti a cadere quelli scrittori che la respingono. Se ambedue le azioni fossero, come di recente si è risostenuto [5], d' origine civile, come potrebbe spiegarsi che Servio Sulpicio attribuisse, od almeno invocasse l' *actio contraria* dal pretore? E se invece ambedue le azioni fossero di origine pretoria, come ha sostenuto il Wlassak, come potrebbe spiegarsi che mentre Cicerone enumerava il *judicium directum* fra i *judicia bonae fidei,* d' indole civile, Sulpicio suo contemporaneo usasse a proposito del *judicium contrarium* la espressione che trovasi nella L. 20 (21). Dig. III 5? Il Wlassak che attribuisce alla clausola edittale una data remotissima [6] spiega il frammento di Cicerone sostenendo che le *actiones neg. gest.* originariamente concepite *in factum* passarono poi per opera della giurisprudenza nel *jus civile,* [7] ma questa opinione, a parte la sua estrema opinabilità, non è anche essa in conflitto colla L. 20 (21) cit.? Poichè, sebbene lo stesso Wlassak ammetta essere sorta l' *actio contraria* in un' epoca posteriore a quella nella quale trovò il suo riconoscimento la *directa,* pure non sa concepirsi come essa non passasse insieme alla *directa* a far parte del *jus civile* prima dei tempi di Cicerone.

[5] Cogliolo op. cit. p. 13. L' opinione che il quasi-contratto *neg. gest.* come tutti gli altri così detti quasi-contratti, traessero origine dal *jus civile,* era assai diffusa nella dottrina antica. Veggasi Glück *Erlaüt der Pand* vol. XXXII p. 320; il pretore coll' editto *de negotiis gestis* non avrebbe che riconfermato l' istituto già riconosciuto dal *jus civile.*

È inutile avvertire che la derivazione di *ambedue* le azioni dal *jus civile* e in questa opinione necessaria conseguenza del concetto dogmatico del quasi contratto il quale fu tuttavia estraneo alle fonti romane. Anche il Cogliolo è condotto a sostenere la derivazione di *ambedue* le azioni *neg. gest.* dal concetto teorico creatosi sulla gestione come sarà più oltre dimostrato.

[6] Op. cit. p. 35-38. Di ciò più oltre § 7.

[7] Op. cit. p. 153-185. Contro molto giustamente. Cogliolo I. p. 60 e segg.

§ 2. — *L' actio neg. gest. (directa) sorse per opera dell' antica giurisprudenza*

BIBLIOGRAFIA: — RUHSTRAT *Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio (Archiv. für die civ. Praxis.* vol. XXXII. pp. 172-199) — ASHER *(Zeitschr. für Civilrecht und Process.* nuova serie vol. XXII p. 301-302) — DANKWARDT *Die negotiorum gestio* Rostock 1855 — DELAPORTE *De la condition du prodigue dans le droit romain et français* Paris 1881 — ALIBRANDI *Dell' azione che davasi secondo l' antico diritto romano contro i curatori.* (Bullettino dell' istituto di diritto romano. Anno II fasc. III-V).

5. — Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente sono addotte a dimostrare che l' *actio neg. gest. (directa)* dovette precedere la *contraria.*[8] L' indole stessa del diritto protetto da questa azione attesta efficacemente in favore di questa opinione; più proprio dell' antico diritto si era il proteggere i *domini* dai gestori che il dare ai gestori un' azione contro i *domini.*

Chè già colle XII tavole l' individualismo aveva ricevuto un' ampia protezione, e la poco svolta vita commerciale e civile non dava luogo ancora a quel bisogno di eccitare all' amministrazione degli affari altrui che trovò la sua espressione nella clausola edittale *de negotiis gestis.* Ammessa la precedenza dell' *actio directa* sulla contraria pertanto, ben si comprende come unico suo requisito dovesse essere il *negotium alienum;* chiunque si immischiasse negli affari altrui si esponeva alle obbligazioni di un gestore. Non esistendo ancora l' azione del

[8] Di questo avviso sono RUHSTRAT luogo citato BEKKER l. c. ASHER op. cit. p. 301-302. WLASSAK op. cit. p. 186 e segg. Affatto isolata è l' opinione del DANKWARDT op. cit. p. 20-21 secondo il quale l' *actio contraria* avrebbe preceduto la *directa:* quella sarebbe sorta coll' editto, questa per opera della giurisprudenza dall' editto. Il Wlassak confuta questa opinione confrontando l' editto sull' *actio funeraria* con quello *de negotiis gestis,* e rileva molto giustamente come la teoria del Dankwardt sia dovuta al preconcetto dogmatico assai diffuso nella dottrina che fa dell' *actio contraria* il nocciolo della gestione.

gestore non era a parlarsi di *utiliter coeptum* o di *animus negotia aliena gerendi.* Questi requisiti vennero pensati ed elaborati dalla giurisprudenza posteriore; e certo a questo lavorio fu in gran parte dovuta l' iniziativa pretoria per la quale ebbe giuridico riconoscimento anche l' *actio contraria.* Ma dal punto di vista degli obblighi del gestore essi non ebbero nè conservarono poi alcuna importanza. Utile o meno, e con qualsiasi animo intrapresa, la gestione dava luogo al *judicium neg. gest. (directum):* ne è a pensarsi che in questo primo periodo si sentisse un vivo bisogno dell' *judicium contrarium.* Se dettata dall' amicizia o dall' affetto parentale essa fosse stata svolta con diligenza e buon discernimento non avrebbe dato luogo, normalmente almeno, a controversie giuridiche; se invece determinata da smania di rapina, o se, per buon animo, ma senza criterio e con danno del *dominus,* essa non avrebbe fatto sentire il bisogno di accordare al gestore una così efficace protezione quale a lui, nella veniente più svolta vita sociale, fu pei criteri nuovi, dalla nuova vita svolti, accordata coll' *actio neg. gest. (contraria).*

6. — Le fonti così scarse di notizie sulle origini dell' azione *neg. gest.* danno però se non diretta e certa prova, almeno indizi rilevanti della verità della nostra opinione. Esse attestano che l' azione accordata al curando contro il curatore fu, dai più antichi tempi, l' *actio neg. gest.;* esse mostrano anche che nel diritto antico non esisteva altro mezzo giuridico speciale contro chi arbitrariamente, e senza attuare i requisiti di una utile amministrazione di affari altrui, si fosse intromesso nell' altrui patrimonio. Gli è vero che da molti si suole oggi affermare non competere l' *actio neg. gest.* contro un tale gestore, sibbene una azione di danni; ma questa affermazione, che è inesatta nel sistema giuridico moderno, nel quale l' azione per danni ha rag-

giunto un ampiezza che fu estranea affatto al diritto romano classico, sarebbe completamente erronea se la si volesse riportare a quel periodo in cui fu primieramente riconosciuto l' *actio neg. gest. (directa)*. La legge Aquilia infatti sotto le cui disposizioni avrebbe dovuto cadere la gestione dannosa degli affari altrui, [9] fu emanata secondo ogni probabilità nel 467 u. c. [10] e la estensione delle sue disposizioni fu per la massima parte opera dei giuristi del 1.° e 2.° secolo.

D' altra parte se il concetto di una responsabilità per amministrazione di affari altrui aveva già ottenuto nell' antico diritto un riconoscimento giuridico, nei rapporti fra curatore e curando, non saprebbe concepirsi il ricorrere ai principi della Legge Aquilia per dare al medesimo riconoscimento, nei rapporti fra un gestore qualsiasi ed un assente.

7. — Ma secondo il Wlassak il curando non avrebbe avuto azione alcuna contro il curatore fino alla pubblicazione della clausola edittale. Questa affermazione è necessaria conseguenza della teoria con tanto ingegno sostenuta da questo egregio scrittore, per la quale l' editto *de negotiis gestis* avrebbe costituito la base di tutte le varie specie di amministrazione di affari altrui. [11] Ma è a lamentarsi che l'arguta ricostruzione del Wlassak sia tutta fondata sopra un presupposto assolutamente inaccettabile:

[9] Così Zimmermann op. cit. p. 15.

[10] Pernice *Zur Lehre von der Sachsbeschädigungen* Weimar 1877 p. 19. Grueber *The roman Law of damage to property*. Oxford 1886 p. 183-185.

[11] Questa teoria del Wlassak è stata completamente confutata. Vedi Eisele *Cognitur und Procuratur* § 5. Schlossmann *Der Besitzerwerb durch dritte nach römischen und heutigem Recht* Leipzig 1881. p. 101. Cogliolo *Trattato teorico pratico dell'amministrazione degli affari altrui*. Firenze 1890 vol. I. p. 14 e segg. Atzeri *I principi fondamentali della gestione d' affari* vol. I. parte 1.ª Cagliari.

che cioè per vari secoli, dalle XII tavole alla pubblicazione dell' editto, curando e pupillo non avessero azione alcuna contro il curatore ed il tutore. Anche ammesso, il che è tuttavia inammissibile, che l' editto fosse pubblicato nel 6.° secolo, l' individualismo che ognor più forte dalle XII tavole in avanti pervase la società romana, rendeva indispensabili quelle azioni.

8. — Anche il Cogliolo nega che l' antico diritto romano accordasse una azione al curando contro il curatore, e crede che questa azione sorgesse soltanto coll' editto *de negotiis gestis* il quale avrebbe avuto, a suo avviso, il compito di estendere anche al campo estragiudiziale le due azioni *neg. gest.* sorte per regolare i rapporti fra il *defensor* processuale ed il suo *dominus*. Questa teorica ne sembra tuttavia ben poco verosimile. [12] Che il diritto romano che aveva regolato l'istituto della cura nelle XII tavole potesse lasciarlo sprovvisto d' azione per parecchi secoli è cosa assolutamente inammissibile. Un' azione dunque dovette esservi per il curando, come azione vi fu per il tutelato. Ora quale fu questa azione? Potrebbe pensarsi ad una estensione dell' *actio tutelae* ma contro questa ipotesi sta la grave differenza che intercedeva, specie nell' epoca antica fra i due istituti, come anche la supposizione assai verosimile dell' Alibrandi, che attribuisce ai compilatori il pensiero di fare dell' *actio neg. gest.* del curando un *actio tutelae utilis*. [13]

L' azione accordata al curando fu dunque secondo ogni verosimiglianza l' *actio neg. gest.* Non potè assimilare l' antica giurisprudenza il curando al pupillo. La condizione di questo

[12] Contro Atzeri *op. cit.* p. 93 e segg.

[13] Si vegga in questo proposito il bellissimo studio dell'Alibrandi citato nella bibliografia. Sugli altri mezzi giuridici accordati a tutela del curando contro il curatore, vedi Delaporte, op. cit. pp. 22-126.

è stabile, quella è passeggiera; però non creò un *actio curatelae* perchè nella condizione del furioso e del prodigo poteva trovarsi qualsiasi altra persona impedita temporaneamente dall' amministrazione dei suoi beni. Da questi vari possibili casi essa astrasse l' elemento comune: — il gerire — e creò l' *actio neg. gestorum (directa).* [14]

§ 3. — *L' actio neg. gest. (contraria) sorse coll' editto de negotiis gestis.*

BIBLIOGRAFIA: — CHAMBON *Die negotiorum gestio* Leipzig 1848 — WLASSAK *Edict und Klageform* Iena 1882 — MAISONNIER *De la gestion d' affaires en droit romain et en droit français* Paris 1871 — DABANCOUR *De la gestion d' affaires en droit romain et en droit français* Potiers 1865.

9. — La ipotesi svolta nel precedente capitolo riesce a spiegare più plausibilmente un fatto che costituisce una non lieve difficoltà nella ricostruzione storica della gestione d' affari. Numerose fonti concordemente attestano dell' indole civile delle azioni *negotiorum gestorum* [15] d' altra parte l' esistenza dell' editto *de negotiis gestis* dimostra che alla creazione dell' istituto ebbe

[14] La data dell' *actio neg. gest. (directa)* è molto antica. Essa era certamente nota a Q. Muzio Scevola che visse nella seconda metà del secolo sesto di Roma come si argomenta dalle L. 11 Dig. III. 5 la quale secondo ogni verosomiglianza proviene da Q. Mucio, ma probabilmente sorse molto prima. Quelli scrittori che non concepiscono l' esistenza dell' una azione indipendentemente dall' altra devono quindi far risalire l' *actio (contraria)* ad un' epoca antichissima.

[15] Inst IV, 6 § 28; L. 7 Dig. h. t.; L. 38 eod.; L. 38 pr. Dig. XVII, 2; L. 37 Dig. XXII. 1; L. 3 Cod. IV. 2; L. 13 Cod. IV. 32; Cicerone Top. c. 17 § 66. Gai IV 62. Paulus R. S. 1, 4, 3. WLASSAK op. cit. p. 2-13. COGLIOLO op. cit. vol. I p. 8-11.

parte assai rilevante il pretore. [16] Fra questi due dati esiste un contrasto naturale. Se le obbligazioni erano già riconosciute nel diritto civile a che scopo avrebbe il pretore accordato il suo editto? e se invece l' istituto fu creato dal pretore come mai le azioni sono d' indole civile? Questa difficoltà gli scrittori hanno tentato variamente di eludere.

L' opinione più diffusa, e meno provata, sostiene che il pretore confermò l'istituto che già era riconosciuto dal diritto civile. [17] Secondo un' altra opinione invece l' esistenza dell' editto e già per se stessa prova evidente della origine pretoria dell' azione. [18] Ma allora come si spiega l' esser le azioni d' indole civile?

10. — Il Wlassak tenta superare questa difficoltà sostenendo che originariamente concepite *in factum* le azioni *neg. gest.* passarono poi, per opera della giurisprudenza, nel *jus civile.*

Alla dimostrazione di questo passaggio è dedicato un lungo capitolo, il quale però se prova, quanto è possibile, la utilità pratica che un tal passaggio avrebbe potuto in certe evenienze produrre, nulla positivamente dimostra in riguardo alle azioni *negotiorum gestorum.* L' ingegnoso tentativo del Wlassak inoltre è così strettamente collegato colla sua teoria generale sulla storia della gestione, che non può più concepirsi confutata quella. Egli sostiene che l' editto originariamente contemplava ogni sorta di gestione, autorizzata o meno, e perciò è costretto a farlo risalire al sesto secolo, ad un' epoca cioè di poco più antica di quella nella quale è a noi noto *per testimonianza testuale,*

[16] LENEL *Das Edictum perpetuum* p. 83 nota 13.

[17] GLÜCK *Erlaüt* XXXII, 176, 178; 601; UNTERHOLTZNER *Die Lehre von der Schuldverhältnissen* vol. II § 623 *nota* c. MAISONNIER op. cit. p. 8.

[18] CHAMBON op. cit. *Einleitung.* WLASSAK op. cit. p. 153-183.

l' esistenza del mandato in figura giuridica propria.[19] Attribuita all' editto una così antica data può concepirsi che al tempo di Cicerone il passaggio delle azioni dal diritto pretorio nel civile fosse già avvenuto; ma se si toglie a quella sua opinione sulla data dell' editto, insieme agli altri argomenti che la sostengono, quello che è dato dal concetto (ora già confutato) che ogni gestione venisse originariamente considerata dall' editto, devesi necessariamente ammettere altresì che inspiegabile sarebbe la testimonianza di Cicerone enumerante il *judicium negotiorum gestorum (directum)* fra i *iudicia bonae fidei*, giudizi di indole civile.

11. — A ciò si aggiunga che di difficile spiegazione sarebbe altresì, accolta l' idea del Wlassak, la testimonianza contenuta nella L. 21 Dig. III. 5 di Servio Sulpicio invocante il *judicium neg. gest. (contrarium)* dal pretore, e si avrà, in tanta scarsezza di dati, sufficiente prova delle insostenibilità della sua opinione. Una semplice considerazione riguardante l' indole delle due azioni *negotiorum gestorum* può a nostro avviso essere più utile guida nella presente quistione degli insufficienti dati testuali. Nell' *actio directa* si concreta ed attua il diritto del *dominus*, la sua sovranità entro la propria sfera patrimoniale; nell' azione contraria invece il diritto del gestore, diritto che, a certe condizioni, la società gli accorda per considerazioni di un interesse più generale e che non sa concepirsi che in una società già molto evoluta. Il primo bisogno, è di proteggere dai gestori; il bisogno di farsi aiutare da gestori, sorge poi, quasi per reazione. L' azione del *dominus* dovette quindi trovare riconoscimento

[19] È notevole l' artificiosità di dare come data dell' editto, una data più antica di quella alla quale giungono le notizie testuali del mandato, mentre è probabile che il mandato fosse molto più antico di quanto può desumersi da prove testuali.

prima di quella del gestore. E solo per contemperarne gli effetti può concepirsi, che si accordasse un' azione anche al gestore. Se non fosse esistito un mezzo repressivo contro il gestore non sarebbe stato necessario spronarlo ad intromettersi nella cosa altrui colla promessa di accordargli una tutela giuridica! Così fu nel diritto romano. Il *jus civile* per proteggere l' individuo gli aveva accordato l' *actio neg. gest.* contro chiunque si fosse intromesso nel suo patrimonio; il *jus praetorium* accordò al gestore l' azione contro il *dominus*.

12. — Ammesso ciò, resterebbe tuttavia a spiegarsi come l' azione creata coll' editto del pretore fosse *in jus concepta* al pari di quella del *dominus* che doveva la sua origine al *jus civile*. Questa difficoltà non esiste affatto per quelli scrittori che sostengono l' origine civile di ambedue le azioni, ed attribuiscono al pretore unicamente la funzione di averle confermate[20], ed al contrario esiste duplicata per quelli che sostengono l' origine pretoria di ambedue le azioni. In armonia colla ipotesi da noi sostenuta pertanto non è possibile logicamente evitare una di queste due affermazioni. O il pretore introdusse col suo editto l' *actio in jus concepta*, o l' introdusse in *factum*, e questa passò poi ad essere concepita *in jus* per opera della giurisprudenza.

In favore di questa ultima ipotesi potrebbero servire tutti gli argomenti che Wlassak adduce per sostenere il passaggio di ambedue le azioni dal *jus civile* nel *jus praetorium;* contro quella tutte le argomentazioni da lui svolte, nel libro che ha per titolo: *Edict und Klageform*,[21] per dimostrare che gli editti pretori non ebbero mai per scopo l' introduzione di azioni ci-

[20] Vedi gli scrittori sopra citati alla nota.

[21] Op. cit. p. 9-13 contro l' opinione che attribuisce all' editto lo scopo di confermare azioni civili gia esistenti; in riguardo al testo specialmente p. 53-59.

vili. Ma a rendere verosimile un passaggio dal *jus praetorium* nel *civile* sarebbe necessario: 1°) dimostrare che dalla concessione dell'editto alla formulazione *in jus* dell'azione con esso concessa, trascorse un certo spazio di tempo; 2°) trovare almeno qualche accenno testuale della originale azione *in factum.*[22] Nè l'una nè l'altra di queste condizioni invece dà sostegno a quella ipotesi mentre efficacemente milita contro di essa la poca verosomiglianza e la non seria dimostrazione che ha avuto la tesi Wlassak sul passaggio di istituti dal *jus praetorium* nel *civile.* Dovremo dunque attenerci alla seconda delle suesposte ipotesi ed ammettere che il pretore introdusse l'azione contraria coll'editto. L'introdusse per voto della giurisprudenza, che contemporaneamente ne delineava i requisiti, la introdusse *in jus concepta.* Nella azione *neg. gest. (contraria)* si ebbe così un correttivo ed un contrapposto dell'azione del *dominus;* coll'editto del pretore si ebbe la base legislativa delle due azioni. Da questo elemento comune trasse poi la giurisprudenza posteriore il concetto dell'*invicem obbligari*[23] e quella similitudine fra le obbligazioni reciproche che *potevano* sorgere da una gestione e quelle che necessariamente sorgevano dal mandato, per la quale l'ultima giurisprudenza romana creò le denominazioni di *actio directa* e di *actio contraria.*

§ 4. — *Primo riconoscimento del contenuto giuridico dell' actio contraria*

BIBLIOGRAFIA: — PERNICE *Marcus Antistius Labeo — Das römische privatrecht im ersten Iahrhunderte der Kaiserzeit.* 2 vol. Halle 1873-1878.

13. — Cercheremo determinare fra poco la data della clausola edittale; come pure cercheremo di dare quella più ampia di-

[22] Op. cit. p. 21 nota 3.
[23] Vedi WLASSAK op. cit. p. 192.

mostrazione che le fonti permettono della nostra opinione, secondo la quale scopo precipuo dell'editto pretorio fu l'introduzione dell'azione del gestore. Dobbiamo qui proporci un altro quesito. Fu il pretore che per primo riconobbe le obbligazioni del *dominus,* oppure esse avevano già avuto un qualche indiretto riconoscimento nel *jus civile?*

La natura stessa degli atti gestori ci fa subito pensare che la gestione non potesse, anche prima dell'editto, essere pienamente pareggiata ad un atto delittuoso o dannoso. In una gestione si comprendono vari atti collegati da uno scopo economico, atti voluti, sia nella loro essenza, che nei loro effetti; il gestore può danneggiare ma non è l'atto di gerire che è per se dannoso, sibbene la maniera di gerire che rende quello dannoso. Però si comprende facilmente che il gestore debba essere considerato come persona ben distinta da un semplice danneggiante per colpa o dolo. Gli è quindi anche naturale il pensare, che specie nei casi nei quali egli fosse in buona fede circa l'alienità dei negozi trattati, qualche pretesa dovesse in lui riconoscere l'antico diritto. Senonchè è molto probabile che prima di acquistare la forma perfetta di diritto munito d'azione, queste pretese passassero per uno stadio di semiperfezione nel quale non potevano farsi valere che per eccezione. A credere ciò inducono due considerazioni — *1)* che a molte pretese il diritto romano negò l'azione, pur ammettendo che potessero farsi valere per eccezione — *2)* che prima di potere accordare un'azione al gestore era necessario determinarne bene i requisiti giuridici.

Se poi si pensa, che i casi più frequenti di gestione d'affari altrui dovevano consistere nell'amministrazione di beni altrui, non può recar meraviglia il constatare che i mezzi indiretti di far valere le proprie pretese accordati al gestore, fossero per lungo tempo ritenuti sufficienti. La necessità di una azione

doveva invece manifestarsi specialmente nei casi nei quali non avendo il *dominus* interesse ad intentare la sua azione verso il gestore, questi si trovava nella impossibilità di fare alla sua volta valere qualsiasi pretesa contro di lui.

14. — Un forte sostegno analogico trae l'opinione enunciata nel paragrafo precedente dalla considerazione del rapporto cronologico delle azioni *contrariae* alle *directae*. Eminenti scrittori hanno sostenuto in tesi generali la precedenza di queste su quelle, ed il Pernice ha realmente dato tutta la desiderabile verosimiglianza a questa teorica con due ordini di considerazioni. Egli rileva anzitutto che le discussioni dei giuristi per spiegare come si creassero le *actiones contrariae* mentre il loro contenuto poteva farsi valere *jure pensationis* mostrano come, a loro avviso, questa guisa di far valere il contenuto dell'*actio contraria* fosse l'originario ed il più naturale (L. 15 § 2, L. 60 Dig. XLVII, 2 — L. 8 pr. Dig. XIII, 7 — L. 7 § 2 Dig. III, 5 — L. 1 § 4 Dig. XXVII, 4 — L. 18 § 4 Dig. XIII, 6). Ed inoltre fa vedere del pari come le difficoltà ed i dubbi nell'accordare l'azione per un importo maggiore di quello che potevasi ottenere *per retentionem* (L. 3 pr. Dig. XXVII, 4 — L. 25 Dig. XIII, 7 — L. 18 § 4 Dig. XIII, 6 — L. 38 Dig. VI, 1) si spieghino solo pensando che l'*actio contraria* si sia svolta dalla *retentio*.

Ora non può negarsi il valore e l'efficacia di queste considerazioni allo scopo cui tendono, come non può negarsi non avere le opposte affermazioni del Wlassak altro valore che quello, pur considerevole, della sua personale convinzione. Che la teoria delle eccezioni sia stata, come egli sostiene, svolta in un'epoca avanzata del diritto romano è molto probabile, ma ciò non toglie che esse esistessero prima dell'introduzione delle *actiones contrariae*. Nè le poche osservazioni del Wlassak, ai testi

citati dal Pernice, togliono efficacia alla sua teorica. Nella L. 1. § 8 Dig. XXVII, 4, Ulpiano dice: — *Hanc actionem dandam placet et si tutelae judicio non agatur: etenim nonnumquam pupillus idcirco agere tutelae non vult, quia nihil ei debetur, immo plus in eum impensum est, quam quod ei abest, nec impediendus est tutor contrario agere.* Gli è evidente che qui si considera l'*actio contraria* come mezzo specialmente efficace in casi estremi, quando cioè non sia più possibile esercitare la *retentio* o la *pensatio*. Ora poichè la normalità dei casi lascia agio di servirsi di questi mezzi, non sa concepirsi come la giurisprudenza abbia prima elaborato l'*actio contraria* di essi che la sostituivano con eguale efficacia nella normalità dei casi. Così anche Paolo nella L. 17 § 1 Dig. XIII, 6 dice: —

Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest sicut et caeterae quae dicuntur contrariae.

Gli è evidente anche in questo testo l'allusione alla normale attuazione del contenuto della contraria nel *judicium directum*, il che non poteva peraltro avvenire che per compensazione o ritenzione. Contro questo testo il Wlassak adduce la L. 18 § 4 Dig. XIII, 6: —

Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur potest salvum habere, jure pensationis.

In questo testo dice il Wlassak [24] il diritto di agire è considerato come base della eccezione di compensazione. Ma gli è affermazione arbitraria. Il testo, nelle parole trascritte dice soltanto che ciò che può pretendersi coll'*actio contraria* può anche ottenersi nel *jud. directum, jure pensationis*. Nulla da esse può trarsi in favore dell'una e dell'altra opinione; ma decisive in

[24] Op. cit. p. 195 nota 22.

favore di quella del Pernice sono le parole che seguono, le quali riferendosi al caso normale ed originario dell' attuazione del contenuto della *contraria,* dicono:

Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cun eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est: dicemus necessariam esse actionem contrariam.

Se dunque l'azione contraria si rese necessaria pei casi nei quali non si poteva ottenere *officio judicis* soddisfazione delle proprie pretese, gli è evidente che prima si manifestasse evidente questa necessità, in quella guisa doveva farsi valere il suo contenuto.[25]

15. — Se questa precedenza dell' *actio directa* sulla *contraria,* si verificò nei così detti contratti bilaterali imperfetti, a maggior ragione essa dovette aver luogo nelle azioni *negotiorum gestorum.* Nei contratti bilaterali imperfetti infatti l'azione contraria traeva la sua origine dai medesimi requisiti giuridici dai quali traeva vita l'*actio directa,* cioè dai requisiti del contratto; nella gestione invece le due azioni non avevano in comune che un elemento di fatto: il fatto della gestione; i requisiti giuridici propri erano diversi. Al sorgere dell' *actio contraria* era pertanto necessario venissero elaborati dei requisiti che erano estranei al sorgere della diretta, e non sembra lontano dal vero l' affermare che nelle eccezioni svolte dal gestore contro il *dominus* che lo conveniva dovettero annidarsi i primi germi

[25] PERNICE op. cit. vol. II p. 124 e 315 e *Krit. Vierteljahrschrift* vol. X p. 113. DEMELIUS nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* vol. II p. 221 WLASSAK *l. c.*

dei requisiti giuridici, posteriormente con scientifica precisione determinati, dell' *utiliter coeptum* e dell' *animus negotia aliena gerendi.*

§ 5. — *Il bisogno dell' actio neg. gest. contraria e la l. 20 (21) dig. III. 5.*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate.

16. — Il bisogno dell' *actio contraria* come mezzo giuridico indipendente, dovette manifestarsi nella vita romana per quelle medesime necessità che sono così chiaramente rilevate nella L. 18 § 4 Dig. XIII, 6 sopra citata. Ora è degno di nota che la più antica fattispecie, riguardante l' *actio neg. gest. (contraria),* riferisce appunto un caso nel quale massimamente dovevano quelle necessità manifestarsi. Questa fattispecie è contenuta nella L. 20 (21) Dig. III. 5: —

Paulus libro nono ad edictum

Nam et Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigesimo nono, quum a Lusitanis tres capti essent et unus ea conditione missus uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere judicium.

La particolarità di questo caso è tutta riposta nella circostanza che il prigioniero lasciato libero, i cui affari vennero geriti dagli altri due compagni, non ha nè veste giuridica nè interesse a muovere un *judicium neg. gest. (directum).* Supposta per un momento vera la nostra tesi ben si vede come in simili casi massimamente si manifestasse la necessità di accordare un

indipendente mezzo giuridico al gestore, e come da essi si rilevi la intima diversità di giuridico fondamento dei due giudizi. Se pertanto ai tempi di Sulpicio l'*actio neg. gest. (contraria)* fosse già stata da tanto tempo, quanto vorrebbe il Wlassak e talun altro scrittore, ammessa nella pratica civile, se essa già si fosse trovata nell'albo delle azioni, riescirebbe almeno strano che per decidere di essa si ricorresse a Servio Sulpicio, giureconsulto massimo di quei tempi. E più strana ancora riescirebbe la forma del responso serviano: *aequum esse praetorem reddere judicium.*, la quale non si addatta naturalmente ad indicare la constatazione di un'azione già esistente e da lungo tempo esistente nel sistema giuridico.[26] *Competit adversus eum actio.....*

[26] È interessante determinare bene la terminologia tecnica ai giuristi romani per indicare l'esistenza di un'azione già riconosciuta mediante un editto pretorio. Questa terminologia potrà servirci molto a interpretare alcune leggi secondo il loro vero contenuto. Gli intimi rapporti che esistevano fra l'opera legislativa del pretore e l'elaborazione scientifica del diritto per opera dei giuristi, non ci lasciano dubbio che molte delle riforme pretorie dovevano essere dettate in omaggio ai suggerimenti della dottrina, come del pari non possiamo dubitare che gli editti venivano poi fatto oggetto di studio e di amplificazioni da parte della giurisprudenza medesima. Queste due diverse e necessarie funzioni della giurisprudenza, si rispecchiano in un diverso linguaggio usato ad indicare l'una e l'altra. Quando la norma pretoria già esisteva, il giurista si riferiva ad essa con termini e frasi formali e che non potevano lasciar dubbio alcuno sulla esistenza sua: al contrario un linguaggio ben diverso doveva naturalmente usarsi quando o si tendeva a far introdurre una disposizione nuova dal pretore, o quando ad esempio si volesse approvare ed incoraggiare una nuova disposizione, che non avesse ancora ottenuto la desiderata stabilità. Il Wlassak, occupandosi dei rapporti fra l'editto e la formula, ha raccolto materiali che servono perfettamente anche allo scopo che io mi propongo. Quando accennano ad un istituto riconosciuto in qualche editto i giuristi si servono di frase che possono dirsi sacramentali. La testimonianza delle fonti su questo punto è indiscutibile. Veggansi ad esempio le seguenti leggi:

Gai III 189
Actio (furti) *praetoris edicto constituta*

tenetur actione neg. gest.... negotiorum gestorum eum habebunt obligatum ed altre simili servono costantemente nelle fonti a quell'ufficio. *Aequum esse praetorem reddere judicium* significa: è giusto che il pretore provveda. E ciò forse non avrebbe detto Servio se il pretore avesse già provveduto. Ma se la giurisprudenza non aveva creato l'azione non poteva certo crearla con un solo responso un giurista per quanto illustre. Di fronte ad un caso pratico che richiedeva una risoluzione, anche a tale non restava che incitare il pretore ad accordare l'azione. Per trovare questa, inammissibile ipotesi, bisognerebbe disconoscere il rapporto di continua assistenza in cui pretore e giurisprudenze si trovavano costantemente nella elaborazione del diritto. E certo si era conveniente alla somma dignità di Servio Sulpicio incitare il pretore ad una innovazione giuridica di tanta importanza quale fu l'introduzione dell'*actio neg. gest. (contraria)*[27]

Gai III 192
Prohibiti actio ex edicto praetoris introducta
Gai IV 11
edicta quibus complures actiones introductae sunt
L. 5 § 1 Dig. XIV, 1
hoc edicto non trasfertur actio, sed adicitur
L. 5 pr. Dig. XXXIX, 4
hoc edicto efficitur ut ante acceptum quidem judicium restituta re actio evanescat
L. 3 § 8 Dig. XLVII, 9
in quantum edicto praetoris actio daretur
L. 1 § 3 Dig. II, 10
non habebit reus..... actionem ex hoc edicto.
L. 3 pr. Dig. eod.
ex hoc edicto in factum actio competit
L. 6 § 3 Dig. III, 4
judicati actio ei ex edicto non datur.
L. 10 § 1 Dig. IV, 2:
arbitratu judicis apud quem ex hoc edicto agitur

[27] Che tutta l'importanza del responso di Servio Sulpicio si riferisca tutta alla concessione dell'*actio contraria* e provato anche dalle L. 19 Dig. h. t.

§ 6. — *L' actio neg. gest. (contraria) e l' actio funeraria*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate — DIETZEL *De actione funeraria commentatio.* Lipsiae — BRINKMANN op. cit. p. 29 e segg.

17. — Se quanto abbiamo sopra detto fosse vero, non ci sembrerebbe più strano di trovare nelle fonti un *actio funeraria* accanto all' *actio neg. gest. (contraria);* nè potremmo intrattenere dubbi sul rapporto cronologico di queste due azioni. Chi cura la sepoltura di un morto compie un atto che racchiude in sè una utilità certa ed indiscutibile, e indipendentemente dalla diligenza posta nell' esecuzione di questo atto fa sorgere qualche obbligo nella persona alla quale per qualsiasi ragione incombeva l' onere della sepoltura. [28] A ciò deve aggiungersi che la persona alla quale incombe quell' ufficio, non ha nella normalità dei casi almeno, interesse alcuno a chiederne il resoconto dal gestore. A torto il Dietzel sostiene essere essenziale diversità fra la gestione e l' *actio funeraria* in quanto questa non abbia il contrapposto di un *actio directa,* che trovasi invece nella gestione. Ma questa errata considerazione rileva un fatto normalmente vero, e che cioè chi eseguisce un funerale non si espone per regola, ad un

(Ulpianus libro decimo ad Edictum), ove si accorda agli eredi e contro gli eredi l' azione diretta e contraria. Le parole che seguono poi nella L. 20 cit. sono rivolte a giustificare unicamente l' esistenza della *contraria,* il che non si spiegherebbe se le due azioni fossero sorte contemporaneamente. Sulla L. 19 cit. veggasi il §. 9.

[28] Erano obbligati a curare la sepoltura del defunto: 1.) quelli cui fosse stato lasciato qualche cosa a questo scopo L. 12 § 4 Dig. XI, 7 — 2.) l' erede L. 14 § 1 Dig. eodem. — 3.) quello cui si devolveva la dote alla morte della moglie L. 16-20-22-27-29 Dig. h. t. — 4.) il *paterfamilias* del defunto L. 21, L. 28 Dig. h. t. — 5.) il marito L. 28 Dig. eodem. CHAMBON op. cit. p. 199. KOELNER op. cit. p. 113. BARON *Pandekten* § 310.

azione del *dominus negotii,* mentre per regola ad essa si espone chi gerisce affari patrimoniali altrui. Ora questo fatto pone in evidenza una massima necessità per il gestore funerario di un azione da farsi direttamente valere contro la persona per la quale ha gerito. Di questo bisogno si fece interprete il pretore pubblicando l' editto:

Quod funeris causa sumptus factus erit, eius reciperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, judicium dabo.

18. — Si è molto discusso sul rapporto cronologico di questo editto con quello *de negotiis gestis.* Da taluni scrittori si è sostenuto essere questo il più antico, [29] da altri quello. [30] Senonchè ammessa per un momento come vera la precedenza dell' editto *de neg. gestis,* il quale concesse l' *actio contraria* a tutti i gestori, non si comprenderebbe affatto la necessità di un secondo editto per il gestore funerario. Non isfugge questa difficoltà a quelli scrittori e tentano artificiosamente eluderla. Per essi il bisogno di una speciale azione funeraria, mentre già esisteva l' *actio neg. gest. (contraria),* si sarebbe manifestato nei casi in cui non essendovi eredi l' *animus obligandi* del gestore non avrebbe potuto dirigersi a persona alcuna (non essendo in quell' epoca riconosciuta all' *hereditas jacens* la personalità giuridica). Così non potendosi esercitare l' *actio neg. gest.* fu necessario creare l' *actio funeraria.* Non si comprende però in questa opinione come per questi casi fosse necessario creare una nuova azione, mentre l' interpretazione giurisprudenziale avrebbe potuto facilmente adattare ad essi quella già esistente; e neppure si

[29] Così CHAMBON op. cit. p. 203. Più recisamente KOELNER op. cit. p. 114 afferma « dass. die *actio neg. gest. niemals* zur Wiedererlangung der auf ein Begräbnis gemachten Auslagen dienen könne. »

[30] ZIMMERMANN op. cit. p. 115. COGLIOLO op. cit. p. 43. LENEL *Das edictum perpetuum* p. 182.

comprende come poi posteriormente l'azione venisse estesa a tutti i casi di seppellimento estistendo eredi o meno. Tanto meno si comprende poi, data la verità di questa opinione, il carattere sussidiario dell'azione funeraria. Chambon crede spiegarlo dicendo che fu una limitazione posteriore subita dall'azione, la quale aveva per iscopo di evitare la vendita del patrimonio ereditario. Ma veramente non si capisce come, esclusa l'*actio funeraria,* non dovesse giungersi del pari alla vendita del patrimonio con qualsiasi altra azione se non era altrimenti possibile soddisfare il gestore che aveva curato i funerali.[31] La concessione di un *actio funeraria* mentre già esisteva l'editto *de negotiis gestis* rimane quindi inspiegabile anche dopo il tentativo di spiegazione del Chambon.

19. — Il Dietzel è a nostra conoscenza il solo scrittore che neghi esistere alcun rapporto fra l'*actio funeraria* e l'*actio neg. gest.* Per lui la questione circa il rapporto cronologico delle due azioni non ha quindi alcuna importanza.[32] Le ragioni colle quali egli nega l'esistenza di questi rapporti sono le seguenti. Mentre a che esista l'*actio neg. gest.* è necessario vi sia un *dominus,* la *funeraria* ne presuppone la non esistenza. Nella gestione comune la *prohibitio domini* uccide l'azione *contraria,* nella gestione funeraria la *prohibitio* dell'erede lascia vivere l'azione perchè l'erede non è *dominus;* come dice Ulpiano il gestore funerario *videtur cum defunctu contrahere,* mentre il gestore patrimoniale contrae coll'eredità (L. 21 § 1 Dig. III, 5 — L. 12 § 2 Dig. *eodem).*

Infine non essendovi nella gestione funeraria *dominus* non vi ha neppure *actio directa;* mentre questa azione esiste sempre

[31] Dietzel op. cit. p. 19.

[32] Sembra però proclive ad ammettere la priorità dell'editto *de neg. gestis.*

nella gestione ordinaria. Questo argomentare del Dietzel è certamente sottile, ma non resiste alla critica. Se questo scrittore avesse avuto un giusto concetto del *negotium alienum* non avrebbe affermato distinguersi la gestione funeraria dalla comune gestione per la mancanza che si ha in quella di azione diretta. L'espressione *neg. alienum* ha nelle fonti due significati: significa affare utile ad un altro o eseguito per un altro, e significa affare che appartiene ad un altro. Ora chi cura un funerale non entra normalmente nella sfera patrimoniale altrui, egli quindi non fa sorgere azione contro di sè; chi cura un funerale fa una cosa utile a quella persona cui incombeva l'obbligo di compiere il funerale e perciò acquista un'azione per il rifacimento delle spese incontrate. Lo stesso avviene nella comune gestione; chi compie affari utili per un altro acquista azione contro di lui, ma se non entra nella sfera patrimoniale di questa persona non resta indipendentemente dall'esercizio della propria azione, obbligato come gestore. Resta come tale obbligato se ha compiuto affari od atti, con oggetti ad altro spettanti, e come tale resta anche obbligato chi cura un funerale. Non è quindi vero che non esista un *judicium* contro chi cura il funerale: contro di esso vi è il medesimo giudizio che compete contro ogni gestore, quando però esista il requisito che è fondamentale a questo giudizio un *negotium alienum.*

20. — Esiste dunque fra le due azioni, la *funeraria* e la *negotiorum gestorum (contraria)* un nesso teorico; esiste un nesso storico. Nella gestione funeraria massimamente si manifestava il bisogno di un *judicium* indipendente per il gestore; in essa prima che nella comune gestione questo giudizio venne accordato. L'editto *quod funeris causa* può quindi essere considerato come il precursore dell'editto *de neg. gestis.*

§ 7. — *La data della clausola edittale*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate, IHERING *(Abhandlungen aus dem röm. Rechts* Leipzig. 1844): *Die Lehre von der hereditas jacens* p. 149-262.

21. — La teoria sostenuta dal Wlassak sull'indole e sulla funzione dell' editto *de negotiis gestis* lo costringe a farne risalire la pubblicazione ad un periodo di tempo anteriore a quello nel quale, è a noi cenno nelle fonti, che già mandato e tutela esistessero con giuridica figura propria. E siccome la più antica notizia testuale sul mandato risale al 631 *a. u. c.*,[33] così egli è costretto ad attribuire alla clausola edittale una data a questa anteriore. Il Voigt[34] invece argomentando *a silentio* da un passo di Cicerone *(De off.* III 17 § 70) che ignota a Q. Mucio Scevola fosse la gestione, sostiene che l'editto venne pubblicato nel VIII.° secolo di Roma. Tuttavia giustamente il Wlassak fa notare che a questa affermazione osta la L. 11 Dig. III. 5 nella quale Pomponio *(libro* XXI *ad Q. Mucium)* tratta della responsabilità del gestore per colpa e dolo; poichè il Pernice[35] ha reso molto verosimile che le parole contenute in quella legge: « *si negotia absentis et ignorantis geras et culpam et dolum praestare debes* » debbano ascriversi a Scevola. La conclusione però che da questa giusta osservazione del Pernice vorrebbe trarre il Wlassak si manifesta conseguenza di una evidente petizione di principio. Attribuendo il principio della L. 11 cit. a Scevola non si pregiudica per vero necessariamente la questione circa

[33] *auct. ad Her.* II 13 § 19.

[34] *Ius. nat.* parte III p. 319 nota 478 e p. 848 n. 13 35 e parte IV App. XXI n. 204.

[35] Op. cit. vol. I p. 494 WLASSAK op. cit. p. 37.

alla data della clausola edittale, se non quando si ammetta come dimostrato, ciò che dovrebbe invece dimostrarsi, che anche l'*actio neg. gest. (directa)* dovette la sua origine all'editto pretorio. Le parole attribuite a Scevola, considerando unicamente l'*actio neg. gest. (directa),* dimostrano invece unicamente che ai tempi di Scevola era già in uso l'*actio directa:* se pertanto fossimo riesciti a persuadere che l' editto introdusse l' *actio contraria,* noi dovremmo dire che la L. 11 cit. non ha alcuna importanza per ciò che riguarda la data della clausola edittale. Viene così meno l' argomento apparentemente il più efficace per attribuire alla clausola edittale quella remota data che vorrebbe il Wlassak. E a sostegno di questa opinione non resta che un argomento tratto dalla clausola medesima.

22. — L' Ihering[36] infatti che si mostra propenso ad attribuire alla clausola edittale una considerevole antichità, si richiama alle parole della clausola medesima: —

Sive quae cuiusque quum is moritur fuerint judicium dabo.

Questa aggiunta, dice egli, non poteva essere ritenuta necessaria che in un epoca nella quale non fosse ancora formato il concetto della *hereditas jacens.* Il Wlassak poi fa sua l'argomentazione, rincarendo la dose: « Sia che queste parole fossero originariamente comprese nella clausola edittale, sia che venissero posteriormente aggiunte, dice egli, può ad ogni modo affermarsi, che nell' epoca nella quale esse apparvero per la prima volta nell' editto, la personalità giuridica della *hereditas* non era ancora riconosciuta. Ammettendo il contrario la speciale menzione di una *gestio* per un *dominus, quum is moritur* sarebbe stata completamente superflua.[37] Dobbiamo contestare efficacia anche

[36] Op. cit. p. 197.

[37] Op. cit. p. 38.

a questo argomento. Poichè se anche non fosse possibile spiegare plausibilmente l'aggiunta della clausola edittale, senza ammettere che al momento in cui venne pubblicato l'editto ignoto fosse il concetto della *hereditas jacens,* nessun argomento potrebbe da ciò desumersi per sostenere l'antichità della clausola edittale, in quanto ad elaborare quel concetto la giurisprudenza non giunse, a quando sembra allo stesso Ihering, che tardi assai, nel secondo secolo dell'impero.[38] Ma a ciò deve aggiungersi che non solo il non essere al momento in cui l'editto venne pubblicato, riconosciuto il concetto giuridico della *hereditas jacens,* non è sufficiente a giustificare quell'antichità della clausola edittale che si vorrebbe; esso non è neppure necessario. Può infatti pensarsi che fin dalle origini l'aggiunta alla clausola avesse per iscopo di affermare, cosa della quale si sarebbe potuto dubitare, che il mandatario gerente mentre il *dominus* era già morto, avrebbe potuto in ogni evenienza muovere contro gli eredi di quello, *actione negotiorum gestorum.*

23. — Se realmente è, come a noi sembra, inammissibile far risalire al 6.° secolo di Roma la data della clausola edittale[39], su quali dati potremo altrimenti tentarne la determinazione? Conseguentemente alle idee svolte nei paragrafi precedenti dobbiamo anzitutto escludere che l'editto esistesse già al momento in cui Cicerone scriveva il frammento sopra addotto della topica ad Trebatium. Il Wlassak ed il Cogliolo trovano una decisiva testimonianza contro questa affermazione nella L. 20 (21) Dig. III. 5. ma noi troviamo invece in questa legge una probabile conferma. Ad attribuire efficacia all'argomento di questi scrittori sarebbe necessario dimostrare che il responso di Sulpicio venne dato anteriormente al frammento di Cicerone. Il dire che l'essere stato Servio Sulpicio contemporaneo di Cicerone rende inverosimile che a questo fosse nota un azione che a quello era ancora sconosciuta, gli è a nostro avviso al tutto arbitrario.[40] Non potrebbe infatti avere il pretore pubblicato il suo editto dopo che Cicerone aveva scritto la topica e prima che Servio Sulpicio desse il responso riferito nella L. 20 cit.? Ma ci sarà permesso ripetere ancora che dal responso di Servio non può con certezza, per la forma nel quale è redatto, trarsi argomento all'esistenza dell'azione. Certo non molto dopo, certo anche non prima, per quanta certezza può aversi in tale deficenza di notizie testuali, dovette essere pubblicato l'editto, chè Labeone conosceva già l'*actio neg. gest. contraria.* Ora Servio Sulpicio nacque il 106 A C. e morì il 40. Labeone, nacque fra il 50 ed il 60 A C. e morì fra il 12 e il 20 P. C. In quel periodo di tempo che dal responso di Servio all'epoca dei citati di Labeone sull'*actio neg gest. contraria,* i quali si contenevano certamente nei suoi *libri ad Edictum,* potrebbe dunque con qualche probabilità supporsi pubblicato l'editto *de negotiis gestis.*

[38] Monografia citata.

[39] A quest'epoca la fa risalire Wlassak op. cit. p. 35-38 Cogliolo op. cit.

§ 8. — *La clausola edittale*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate e Ruhstrat — *Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio* (Archiv. für die civ. Praxis volumi XXXII-XXXIII-XXXIV) — Rümelin *Zur Geschichte de Stellvertretung im römischem Civilprocess.* — Freiburg 1886.

24. — La clausola edittale ci è riferita nella

L. 3 Dig. h. t.

Ulpianus libro decimo ad Edictum.

Ait praetor: Si quis negotia alterius sive quis negotia,

[40] Il Wlassak op. cit. così argomenta p. 186 — così anche il Cogliolo op. cit. 5 p. 50 e l'Atzeri op. cit.

quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit; judicium eo nomine dabo.

L' ampiezza con cui è concepito questo editto ha messo in pensiero non pochi scrittori. Il Kritz notava che « a tenore dell' editto anche il mandatario era un *negotiorum gestor* » ed il Wlassak [41] lamenta che il Kritz non abbia fatto di questa scoperta il conto che meritava. Ma veramente non vi ha ragione di credere che il Kritz abbia avuto torto nel non accorgersi della propria acutezza. Poichè niuno dubita che il mandatario sia un gestore: egli è appunto quello speciale gestore che va soggetto alle regole del mandato! Il Dernburg [42] ha, secondo il Wlassak, progredito di un passo dicendo che originariamente la N. G. doveva riferirsi anche al mandato; ma anche lui si è fermato troppo presto. Avrebbe dovuto sostenere avere l' editto *de neg. gest.* preceduto l'*actio mandati,* l'*actio tutelae, protutelae* ecc. Nell' ampiezza dell' editto vede dunque il Wlassak una prova della sua tesi sulla originaria funzione del medesimo. [43]

25. — Anche l'Atzeri [44] il quale, sulle orme del Cogliolo, ha dimostrato come prima della pubblicazione dell' editto mandato, tutela procura, cognitura, esistevano come istituti distinti ed indipendenti, non si trova soddisfatto dell' editto e crede necessario di emendarlo. Sente questa necessità di fronte alle molte osservazioni degli scrittori sulla indeterminatezza dell' editto. [45] Ma non sarebbe stato opportuno vedere prima se quelle osservazioni avessero una giusta ragion d' essere? Per vero se giustificabile è il Wlassak nel tentare di trar partito dall' ampiezza della clausola edittale, dopo essersi sforzato a dimostrare la sua precedenza al sorgere del mandato e delle altre speciali forme di amministrazione di affari altrui, certo non giustificato è l'Atzeri nel trovare ostacolo nella medesima ampiezza della formula edittale, dopo averne dimostrato la recente data di fronte alle altre forme di amministrazione di affari altrui. Poichè se mandato, tutela, protutela ecc. esistevano già con propria figura quando fu pubblicato l' editto, per ciò stesso il pretore era esonerato dal determinare il contenuto della gestione da lui protetta; essa si differenziava negativamente. Riguardando i casi di gestione non ancora dal punto di vista del gestore tutelati. L'ampiezza dell'editto potrà far pensare che di esso potessero anche il mandatario ed il tutore valersi; [46] ma il decidere questa questione ha una importanza tutta teorica, riguarda il noto quesito della concorrenza dell' *actio neg. gest.* coll' *actio mandati, tutelae* ecc. ecc. Dal punto di vista storico invece essa non ne ha alcuna.

26. — L' emendazione proposta dall' Atzeri consiste nel cambiare la parola ALTERIUS che trovasi nell' editto in ABSENTIS. L' Atzeri si sforza di dimostrare la possibilità che qualche amanuense abbia scambiato le due parole. « Il *b* dell' *absentis,* dice egli, [47] si può confondere facilmente coll' *l* dell' *alterius,* solo che il ripiegamento ascendente a destra, che serve di base e che lo distingue dall' *l,* sia stato poco rimarcato, o cancellato dal tempo. L' *s* col *t* si confondono facilmente, specialmente

[41] Op. cit. p. 25.
[42] *Festgaben für A. W. Hefter* p. 115 citato dal Wlassak.
[43] Op. cit. § 3 citando un testo dei Basilici (lib. XVII, tit. II. fr. 23) contro efficacemente Cogliolo op. cit.
[44] Op. cit. cap. III. p. 137 e segg.
[45] Veggasi Chambon op. cit. p. 2-3. Ruhstrat. Archiv. vol. XXXIII nota 38.

[46] KOELNER *op. cit.* p. 5 nota 2.
[47] Op. cit. p. 142.

se fatti in fretta; l' *e* si trova con ambedue le parole; l' *r* coll' *i* susseguente formano l' *n* dell' *absentis,* la seconda astina forma quella dell' ultimo *i;* l' *s* finale si trova in ambedue le parole. »

Ora è questo un ragionamento ben strano; esso presuppone che l' antico amanuense scrivesse in corsivo inglese..... e presuppone ciò per evitare una difficoltà che realmente non esiste. Infatti, come ho sopra rilevato, l' ampiezza dell' editto non deve meravigliare; perchè gli altri istituti gestorii esistenti nel diritto civile ne limitavano la portata. Certo agli assenti principalmente riesciva utile questo editto, ma ciò non implica che degli assenti si facesse in esso menzione. Chè se ciò fosse vero ci sembrerebbe superflua la giustificazione che Ulpiano dà dell' editto, la quale sembra all' Atzeri prova chiara della sua emendazione. Non sarebbe stato infatti pressochè inutile dire che l' editto serviva agli assenti, se l' editto stesso lo avesse esplicitamente rilevato?

27. — È molto più naturale quindi non trovare nulla a ridire sulla clausola edittale: la sua ampiezza è giustificata dalle considerazioni sopra svolte, il suo scopo era di concedere una azione *anche* al gestore. In ciò noi ci allontaniamo dal Dankwardt il quale sostiene aver l' editto introdotto solo l'*actio contraria;* che ciò non sia vero dimostra il semplice confronto dell' editto *de negotiis gestis* coll' editto sull' *actio funeraria.* Ma questo confronto non dimostra anche, come vorrebbe il Wlassak, che lo scopo del pretore coll' editto *de negotiis gestis* non potesse essere di creare la sola azione *contraria.* Poichè la diversa situazione di cose che costituiva nell' un caso e nell' altro la ragion sociale dell' editto, tendeva naturalmente a farli sorgere in diversa forma. Non può inoltre dimenticarsi che il *judicium negotiorum gestorum (contrarium)* sorgeva come contrapposto al già esistente *judicium directum.* Il pretore non poteva riferirsi esclusivamente all' uno di essi, sebbene solo uno dovesse a lui la sua nascita. Così nell' editto che formò poi la base legislativa di tutte due le obbligazioni egli espresse la esistenza di tutte due le azioni nella forma generale che abbiamo sopra trascritta.

28. — È stato da alcuni autorevoli scrittori sostenuto che le obbligazioni *negotiorum gestorum* servirono originariamente a regolare i rapporti fra *defensor* e difeso nel campo giudiziale. Così il Wlassak,[1] così Rumelin,[2] così il Cogliolo.[3] Ma ciascuno di questi scrittori s' allontana dall' altro nella modalità della opinione in comune sostenuta. Per il Wlassak[48] fu naturalmente il pretore che in prima linea pensò al *defensor* introducendo l' editto. Per il Rümelin[49] invece, il pretore introdusse solo l' *actio contraria,* come mezzo di rivalsa contro il *dominus* pel quale era già sorta l' *actio directa* insieme alla Lex Hostilia. Per il Cogliolo[50] infine, l' antico diritto civile avrebbe creato per mezzo dei giuristi il concetto e le azioni di gestione per regolare la posizione del *defensor* di fronte all' assente difeso, ed il pretore coll' editto avrebbe esteso l' istituto già esistente nei rapporti della gestione giudiziale, alla gestione extra giudiziale.

29. — A sostegno di questa teoria il Wlassak adduce un argomento filologico tratto dalla parola *negotium* che originariamente avrebbe significato soltanto affare giudiziale, come *pactum* avrebbe significato soltanto componimento amichevole

[48] Op cit. p. 42. « Der indefensus war es darnach an dem der Praetor in erster Linie gedacht hat. »

[49] Op. cit. p. 49 — pp. 94-97.

[50] Op. cit. vol. I p. 63.

di una lite. [51] Il Rümelin invece cerca dimostrare che sentendosi il bisogno della rappresentanza processuale degli assenti questa non poteva collegarsi all' istituto già esistente della procura speciale per l' impossibilità di prevedere le liti, e perchè una procura avrebbe lasciata troppa indipendenza d' azione al rappresentante. Il Cogliolo facendo in parte suoi questi argomenti generici del Rümelin, ricorre inoltre, come ad argomento testuale, alla L. 1 Dig. III 5. Ma in verità nessuno di questi argomenti dà un valido sostegno alla tesi di questi scrittori. Perchè è falso che la parola *negotium* avesse il significato che le attribuisce Wlassak, perchè inefficace è la dimostrazione generica del Rümelin e del Cogliolo, in quanto mostra che poteva sentirsi un vivo bisogno di una rappresentanza processuale, ma non prova che questo bisogno fosse più vivo di quella extragiudiziale; perchè infine la legge 1 Dig. h. t. prova piuttosto contro di essa. Ulpiano dice che l' editto fu utile perchè rese possibile la rappresentanza processuale. Se dunque fu l' editto che portò questa innovazione, non potrà più ammettersi in base alle parole di Ulpiano la opinione del Cogliolo secondo il quale l' editto avrebbe invece estesa a rapporti estragiudiziali quelle azioni che il diritto civile aveva già creato per regolare i rapporti fra *defensor* e *dominus*. Resta invece confermata l' opinione da noi sostenuta che per la quale il diritto civile creò l' *actio directa*, il pretorio la *contraria;* e la creò rifondendo tutto l' istituto in una disposizione così ampia che potè poi servire a regolare i rapporti fra *defensor* e *dominus*. [52]

[51] Contro Atzeri op. cit. p. 138 e segg. e scrittori ivi citati.

[52] I testi che parlano della *defensio* si ricollegano alla nozione datane da Gaio IV, 101. L. 39 Dig. III. 5 — L. 10 Dig. XV, 3 — L. 23 Dig. XLVI 3. Inst. IV, 11 § 5 — L. 46 § 2-3 Dig. III, 3 — L. 1 § 3 Dig. III, 4, — L. 11 § 7 Dig. XLIV, 2. — Che solo posteriormente all' editto la defensio venisse regolata dalle azioni *neg. gest.* risulta anche dalle L. 33 § 2 Dig. III, 3.

§ 9. — *Indipendenza giuridica delle azioni negotiorum gestorum*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate.

30. — La dottrina è stata concorde fino ad oggi nel riconoscere nella gestione un rapporto giuridico unico bilaterale imperfetto. Le due azioni sono state constantemente chiamate *directa* quella del *dominus, contraria* quella del gestore. Solo di recente il Dankwardt fugacemente affermava essere la L. 19 Dig. h. t., nella quale trovansi quelle due espressioni, interpolata. Da questa affermazione però questo scrittore non traeva, nel suo succinto studio sulla gestione, alcuna conseguenza teorica, nè cercava d' altra parte confermarla e sussidiarla con altre prove. Gli è perciò indubitato merito del Cogliolo l' avere acutamente raccolto tutti gli argomenti che provano la verità di quella affermazione dimostrando che i giuristi dell' epoca classica non concepirono la gestione come istituto bilaterale imperfetto.

Le argomentazioni del Cogliolo sono le seguenti:

1.) non essere le azioni *neg. gest.* mai caratterizzate nelle fonti classiche cogli epiteti di *directa* e *contraria,* i quali nel linguaggio tecnico indicavano costantemente le azioni sorgenti da quei contratti che vennero posteriormente chiamati bilaterali imperfetti. [53]

2.) non essere nell' editto *de neg. gestis* rilevata, come è in altri editti, (editto sul commodato, editto sull' *actio funeraria)* la prevalenza del dritto di una parte.

3.) risultare da un confronto fra la L. 2 Dig. III 5 e il § 1

[53] Op. cit. I p. 57.

Inst. III. 27. che Gaio nel passo dal quale venne copiato il frammento delle istituzioni imperiali non aveva chiamato le azioni coi nomi di *directa* e *contraria*.

4.) essere la L. 19 Dig. h. t. interpolata, nè ostare l'espressione contenuta nella L. 7 § 2 Dig. h. t. a non ritenerla tale, in quanto l'espressione *judicium contrarium* in essa contenuta, non ha un significato tecnico, ma « va colta in rapporto al concetto che il giudice non abbia compensato il credito del *dominus* col credito del gestore, nel qual caso non c'è contro il gestore la cosa giudicata ed egli può intentare un nuovo e contrario giudizio. »

31. — A me sembra debba convenirsi in queste argute argomentazioni del chiarissimo scrittore, e trovo giustissimo l'attribuire all'esagerato avvicinamento che la scuola operò della gestione al mandato, la costante e generale dottrina che fa della gestione un istituto bilaterale imperfetto. Ma pur accettando pienamente i risultati di questa sua ricerca non posso accettarne le conseguenze dogmatiche. L'aver dimostrato che la gestione non fu mai un rapporto bilaterale imperfetto induce il Cogliolo ad affermare che essa dovette essere un rapporto bilaterale perfetto. E in conseguenza di questa conclusione ad affermare anche che come non può chiedersi se prima sia sorta l'*actio emti* o l'*actio venditi*, così non può del pari chiedersi se prima sia sorta l'azione del gestore o quella del *dominus*. Dalla dimostrata erroneità di considerare la gestione come un rapporto bilaterale imperfetto, credo invece debbano trarsi altre conseguenze teoriche, e cioè essere le due azioni indipendenti nella loro essenza giuridica, ed avere ognuna requisiti propri; essere l'una sorta indipendentemente dall'altra. Ed infatti gli è vero che le due azioni sorgono *ex negotio gesto;* ciascuna però quando esistano i suoi giuridici requisiti, e solo allora. L'elemento che le due

azioni hanno di comune, il fatto della gestione, nulla detrae quindi alla loro giuridica indipendenza, come nulla provano in favore della loro giuridica dipendenza le espressioni inesatte anzitutto ed inefficaci: *invicem obligari*, — *ultro citroque nascitur actio* e simili. [54] Inesatte perchè la gestione non presuppone necessariamente obbligazioni reciproche; [55] inefficaci perchè tali frasi nel linguaggio dei giuristi romani si applicano anche ad indicare obblighi sorgenti da diverse cause. Volendo esprimere il nesso che esiste fra le due azioni dovrebbe quindi semplicemente dirsi che sono contrapponibili in un medesimo giudizio. Questa formula mentre esclude ogni nesso inerente alla base giuridica delle due azioni, mette anche sufficientemente in evidenza l'elemento che le unifica, sia nell'indole sua che nei suoi effetti.

[54] L. 2 Dig. h. t; L. 5 pr. Dig. XLIV. 7. L. 17 § 3 Dig. XIII. 6. § 1. Inst. III 28 specialmente L. 38 § 2 Dig. IX 4.

[55] Wlassak op cit. p. 192.

PARTE II

Teoria delle obbligazioni « negotiorum gestorum »

CAPITOLO I

NATURA E REQUISITI DELLE OBBLIGAZIONI

§ 1. — *Natura genetica delle obbligazioni negotiorum gestorum*

BIBLIOGRAFIA: — RAMM *Der Ouasikontrakt nach den Quellen und sein Werth für Wissenschaft und Gesetzgebung* Leipzig 1882 — SCHLOSSMANN *Der Vertrag* Leipzig 1876 — CIMBALI *Studi di dottrina e giurisprudenza* (Studio II. La funzione sociale dei contratti) Lanciano 1889 — COGLIOLO *op. cit.* § 13 — DEMOLOMBE *Traité des engagements qui se forment sans convention* (vol. VIII.) Paris — GIORGI *Obligazioni* (vol. V) Firenze 1886.

32. — A Gaio è dovuta la prima partizione delle obbligazioni in riguardo alla loro origine per la quale le obbligazioni *negotiorum gestorum* vennero originariamente considerate sorgenti *quasi ex contractu*, e la quale male interpretata condusse posteriormente alla artificiosa nozione del quasi contratto. Nella L. 1 pr. Dig. XLIV. 7 si conserva un frammento di questo giurista *(libro secundo aureorum)* che così partisce le obbligazioni: — « *obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* »[1]

[1] Il FERRINI *Sulle fonti delle istituzioni di Giustiniano.* (Studio letto al R. Instituto Lombardo nella seduta del giorno 10 Aprile 1890) ricostruisce dalle istituzioni imperiali il testo gaiano come segue « *Omnium obligationum summa divisio in duo genera deducitur; namque aut civiles sunt aut praetoriae.* (Sequens *divisio in tres species* deducitur,) *aut enim ex contractu*

A quelle che erano generalmente considerate dalla giurisprudenza romana precipue fonti delle obbligazioni se ne aggiungeva così una terza, la quale deve ben notarsi non si trovava in essenziale contrapposto colla prima, ma solo colla seconda. Tutte le obbligazioni sorgenti *proprio quodam jure ex variis causarum figuris,* hanno infatti di comune con quelle sorgenti *ex maleficio,* il non sorgere dalla volontà delle parti, il sorgere *ex re,* e si distinguono da queste unicamente in base alla diversa indole sociale del fatto che le origina. Scientificamente considerata pertanto la triplice distinzione di Gaio non ha ragione d'essere: il criterio che l'informa non è giusto perchè non identico rispetto alle singole categorie contrapposte; mentre fra le obbligazioni sorgenti *ex contractu* e quelle sorgenti *ex maleficio* vi è una fondamentale diversità d'indole: fra quelle sorgenti *ex maleficio* e quelle sorgenti *ex variis causarum figuris* non ve n'ha, dal punto di vista genetico, alcuna.

33. — Ma lo stesso Gaio fece nella partizione delle obbligazioni un passo ulteriore. Ammessa fra le obbligazioni *ex maleficio* e quelle *ex variis causarum figuris* un contrapposto, che non aveva alcun substrato giuridico, egli procedette ad una ulteriore distinzione, e delle varie obbligazioni che non sorgevano nè *ex contractu,* nè *ex maleficio* fece due categorie, nell'una comprendendo quelle che presentavano maggiore analogia con quelle sorgenti *ex contractu,* nell'altra quelle che presentavano

nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Questo sarebbe il testo quale si trovava sulle *Res cottidianae* ed è a notarsi come esso consideri la partizione delle obbligazioni in riguardo alla loro origine come secondaria, di fronte a quella più generale, — *summa divisio* — che riguarda la fonte giuridica delle obbligazioni — *aut civiles sunt aut praetoriae.* — Nelle Istituzioni invece III § 88 la partizione delle obbligazioni in riguardo alle origini è data come *summa divisio.*

invece maggiore analogia con quelle sorgenti *ex maleficio.* Così le categorie delle obbligazioni in riguardo alla loro origine, vennero portate al numero di quattro, e la partizione tutta Gaiana accolta da Giustiniano, divenne per esso legislativa.

34. — Non è quì opportuno esporre tutte le giuste critiche mosse a questa partizione:[2] basta il rilevare come Gaio al quale è dovuto, il contrapposto delle obbligazioni *quasi ex contractu* a quelle *quasi ex maleficio* non ne sapesse dare una giustificazione qualsiasi. Se a lui domandate perchè si consideri *quasi ex contractu* una determinata obbligazione egli vi risponderà: perchè non sorge nè *ex contractu,* nè *ex maleficio;* e se ancora gli chiedete perchè tale altra obbligazione si consideri *quasi ex maleficio* egualmente rispondeva perchè non sorge *ex contractu* e neppure *ex maleficio.*

Le obbligazioni quasi *ex contractu* e quelle *quasi ex maleficio* vivono dunque in un territorio comune, limitato da una parte dalle obbligazioni *ex contractu* dall'altro da quelle *ex maleficio.* L'elemento che può distinguere alcune di esse da altre è semplicemente analogico, una maggiore somiglianza coll'une o colle altre: nulla più. Potremo fra di esse creare artificiali barriere. Come Gaio sentiva il bisogno di contrapporre le obbligazioni *ex variis causarum figuris* a quelle *ex maleficio* noi potremo tenere anche ben distinte e contrapposte quelle *quasi ex contractu* da quelle *quasi ex maleficio,* ma poichè formali distinzioni non alterano la intima natura delle cose, così resta pur sempre vero che tutte le obbligazioni *ex maleficio, quasi ex maleficio, quasi ex contractu,* hanno una identica genesi

[2] Veggasi a questo proposito SCHLOSSMANN *op. cit.* § 3, e § 35. CIMBALI *op. cit.* p. 49 e segg. COGLIOLO *op. cit.* p. 92 e segg. BARON *Pandekten* (7 ed) § 210.

giuridica: nascono *ex re;* la diversità loro è tutta esteriore e sociale; si specchia negli effetti che ad essa il dritto attribuisce, menomamente sulla origine loro.

35. — La partizione Gaiana ebbe nella dottrina maggiori conseguenze di quanto potesse ragionevolmente pensarne l'autore. L'analogia rilevata fra le obbligazioni *neg. gest.* e quelle *ex mandato* fu elevata a dogma. Mentre Gaio aveva chiamate *quasi ex contractu* le due obbligazioni che possono sorgere dalla gestione, e che *normalmente* da essa sorgono, la dottrina creò il concetto di uno speciale rapporto giuridico che con espressione nuova disse quasi contratto,[3] e considerò effetto necessario e costante di questo rapporto le due obbligazioni *negotiorum gestorum....* Mentre nelle fonti romane erano determinati i requisiti speciali alle due singole azioni, si cercarono invece i requisiti della gestione; mentre le due singole obbligazioni traevano la loro indipendente origine dall'esistere o meno i requisiti che la giurisprudenza aveva loro assegnato, si tentò di tôr loro ogni autonomia: esagerando la somiglianza che Gaio aveva rilevato fra gestione e mandato si considerarono le obbligazioni *negotiorum gestorum* come diretto effetto della gestione allo stesso modo che le obbligazioni *mandati* sono effetti del mandato.

Fu indirizzo errato? Crediamo possa facilmente dimostrarsi: certo fu indirizzo estraneo al diritto romano col quale, per artificii più o meno riesciti, volle essere giustificato. Estraneo

[3] Il concetto ed il nome del quasi contratto trovasi già ben delineato nell'epoca giustinianea nella parafrasi di Teofilo. Nel libro III tit. 27 al § 3: « ὑπὸ τὸ κουάσι κοντράκτον.... » e al § 5:... ἀπὸ κουάσι κοντράκτου ἔνοχος δοκεῖ... È interessante l'osservare come al principio del titolo, seguendo Gaio, Teofilo, parli solo di *obligationes* sorgenti *quasi ex contractu*, e come solo nei paragrafi seguenti svolga il concetto del quasi-contratto.

alle fonti romane è il concetto del quasi-contratto: in esse trovansi trattati e svolti i principi teorici delle due obbligazioni; Gaio è il solo giurista che assomigli le obbligazioni *neg. gest.* a quelle sorgenti *ex mandatu,* le assomiglia in un libro elementare, più allo scopo di spiegare la sociale necessità d'essere di reciproci rapporti obbligatori sorgenti da una gestione, che allo scopo di elevare un paragone fra la giuridica costruzione teorica delle obbligazioni sorgenti da un mandato e quelle sorgenti da una gestione. Siccome dal punto di vista sociale hanno maggiore interesse le obbligazioni del *dominus,* facilmente si comprende come Gaio nel giustificare l'esistenza giuridica di reciproche obbligazioni *ex negotio gesto* si riferisse al caso di una gestione intrapresa utilmente nell'interesse altrui. In questo caso, che è il normale, gestore e *dominus:* « *invicem experiri possunt de eo quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet* » ma con ciò non è detto che quando vi ha gestione debbano necessariamente sorgere reciproche obbligazioni. Ciò implicherebbe non potersi ammettere gestione che quando esistessero i requisiti dell'una e dell'altra azione: porterebbe in altri termini ad identificare i requisiti delle due azioni, a considerare le due obbligazioni come effetto di un unico istituto giuridico: la gestione. A questa conclusione si giunge naturalmente colla teoria del quasi contratto ma questa fu estranea al diritto romano. Nè per altra via può ottenersi quel risultato senza per amor di logica sostenere l'identità di requisiti delle due obbligazioni, tesi cui ostano le fonti e che conduce ad erronei risultati pratici. Le fonti romane per vero non accennano in alcun modo ad una così completa soggezione delle obbligazioni *neg. gest.* ad un istituto ad essa superiore al quale esse dovrebbero la loro vita.[4] Se il diritto romano avesse concepito le due

[4] WINDSCHEID *Lehrbuch* [6ª ed.] § 430 nota 17.

obbligazioni come effetto di istituto giuridico unico, come potrebbe spiegarsi non avere esso saputo astrarne la nozione? Dovrebbero le fonti parlare di *negotiorum gestio* come parlano di *mandatum* e di quella determinare i requisiti. Invece nessun testo romano si eleva a questa astrazione e già questo è buon indizio di quanto potremo più innanzi colla scorta delle fonti romane dimostrare: non aver mai il diritto romano concepito un unico rapporto giuridico; la gestione, fonte di due obbligazioni, ma invece due obbligazioni distinte con requisiti propri. L'analogia che esiste fra obbligazioni *ex mandatu* ed obbligazioni *negotiorum gestorum* è tutta superficiale e anche come tale vale solo quando si considerino queste nel loro normale modo di funzionare. Sottoposta ad una profonda analisi critica essa vien meno; e si manifesta anzi fra mandato e gestione un contrapposto teorico. Poichè nel mandato le obbligazioni sono l'effetto dell'istituto e non hanno requisiti propri, nella gestione invece le obbligazioni hanno esistenza e requisiti propri, e creano esse l'istituto generico; non ne sono conseguenza.

36. — Queste ed altre considerazioni teoriche hanno indotto i più competenti romanisti moderni a pensare che la giuridica costruzione del quasi contratto, fu estranea al diritto classico. Con eguale certezza non può asserirsi che essa fosse al tutto estranea al dritto giustinianeo e post giustinianeo; sebbene possa senza dubitazione dopo gli studi delle Aarons asserirsi che essa venne svolta ed elevata a sistema logico per opera dei glossatori. Ma già colla seconda rinascenza degli studi giuridici il concetto del quasi contratto va rapidamente perdendo terreno, e sebbene confermato nella apparenza e nel nome esso non è più rispettato nella sostanza, e nelle logiche sue conseguenze. Esso perde almeno quella sua primitiva figura: si trasforma per poi definitivamente sparire. Certo sarebbe stata cosa desiderabile che il codice francese non ne conservasse il nome; poichè anche il solo nome ha esercitato spesso una influenza illegittima, nella ricostruzione teorica; tuttavia l'interprete in una materia che come quella dei così detti quasi-contratti, è rilasciata nella parte ricostruttiva e teorica alla scienza, non deve ragionevolmente attribuire ad una parola un contenuto maggiore di quello che essa attualmente riveste. Le codificazioni moderne a tipo francese, vollero ritornare in ciò che riguarda alle obbligazioni *quasi ex contractu* alle pure teorie del diritto romano; risalendo a quelle fonti, e rettamente interpretandole deve quindi il giurista tentarne la teoria.[5]

§ 2. — *Ricostruzione giuridica delle azioni nogotiorum gestorum*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate, OGONOWSKI *Die Geschäftsführung ohne Auftrag Lemberg* 1877.

37. — Tutte le ricostruzioni giuridiche delle obligazioni *neg. gest.* logicamente possibili, furono, da un numero più o meno grande di scrittori, con maggiore o minore acutezza, sostenute; ed anticipando i risultati cui ci ha condotto uno studio accurato dell'istituto, possiamo anche coscienziosamente asserire che quell'indirizzo di ricerca che è più consono alle fonti, più in armonia

[5] Un erroneo indirizzo segue a nostro avviso la dottrina civilistica quando dal nome di quasi contratto dal legislatore attribuito alla gestione ne induce doversi a questa applicare le regole che reggono i contratti. Così Colmet de Santerre V. p. 639 afferma « che il nome che essa (legge) dà a questi fatti (i e. quasi-contratti) mostra la sua intenzione di avvicinarli ai contratti e di applicare ad essi in generale le regole che reggono i contratti. » Così anche Demolombe VIII. p. 27. specialmente p. 50. Seguendo POTHIER Du mandat, appendice n. 181. A quante conseguenze egualmente erronee nella teoria e nella pratica conduca questo concetto sarà credo più che a sufficienza rilevato nel corso di quest'opera.

coi bisogni cui le azioni sopperiscono, più naturale nel sistema giuridico, e rispondente al fondamento sociale dell' istituto, fu anche il più trascurato, e deserto. Non che di esso non si riscontrino tracce nella letteratura giuridica; di frequente al contrario esso per virtù propria si afferma anche in quelle opere che si propongono di combatterlo, o ne presuppongono l' erroneità. Ma gli è che sono traccie lievi e non bene impresse; spesso da altre contradette, e più spesso ancora rilasciate e smarrite. La spiegazione di questo fatto va chiesta alla storia intima dei dogmi sulle obbligazioni *neg. gest.*, storia che si svolse faticosamente sotto l' influenza opposta e contraria delle fonti romane da una parte, delle teorie medioevali dall' altra.

E la teoria delle obbligazioni *negotiorum gestorum* risentì forse più efficacemente l' influsso di queste che di quelle; ma non riescì mai per queste a cancellare i principi chiari ed evidenti che da quelle discendevano; sicchè ne sortì un complesso di dottrina contradittoria ed oscillante, intricata ed oscura quanto altra mai della quale non si potrebbe aver ragione se non fosse possibile rintracciarne le determinanti nelle cause sopra accennate. Tutte queste affermazioni richiedono peraltro un' ampia dimostrazione ed è ciò che ora passiamo a tentare. Dovremo anzitutto esaminare le varie ricostruzioni giuridiche delle due obbligazioni *negotiorum gestorum,* confrontarle colle fonti, mostrare quanto sieno con esse conciliabili; dovremo poi indipendentemente ricostruire dalle fonti romane, determinare i principi fondamentali delle azioni, esaminarne l' intima natura sia dal punto di vista pratico, che da quello teorico, nel sistema generale del diritto privato.

38. — La esposizione delle diverse teorie sulla *negotiorum gestio* può essere di molto facilitata da una logica e razionale

partizione loro in diversi gruppi. Un primo criterio di partizione ci si offre pertanto nella unità di giuridico fondamento che, per diversa via, molti scrittori ritengono esistere nelle due azioni, unità che altri invece negano assolutamente. Così da molti scrittori la gestione è considerata un solo ed unico istituto, nel più rigoroso senso della parola, mentre altri hanno invece affermato essere le due azioni due distinti ed indipendenti istituti. Tra quelli scrittori non regna tuttavia concordia: ritenendo taluni essere l' unità di fondamento giuridico delle due azioni riposta nel concetto del quasi-contratto, accolto dalla dottrina medioevale, e condotto a tutte le sue logiche conseguenze; altri invece sostenendo essere quella unità di giuridico fondamento delle due azioni riposta in una obiettiva identità di requisiti giuridici per la quale felicemente potrebbesi paragonare la gestione ad una obbligazione bilaterale perfetta. Di fronte a queste due categorie di scrittori può collocarsi la schiera numerosa di quelli che attenendosi come a concetto fondamentale alla unità giuridica dell' istituto gestorio, pure a conciliazione delle fonti romane, e a soddisfazione delle pratiche necessità della vita, temperano il principio ammettendo eccezioni e distinzioni, di varia indole e con vario scopo ed amplitudine. Infine vi ha pure qualche scrittore che, pur riconoscendo la possibilità di un actio *neg. gest. (directa)* indipendente dei requisiti della *contraria,* crede necessario distinguere la gestione come istituto giuridico, dalla gestione come violazione di diritto.[6]

Dobbiamo ora sottoporre ad un esame critico ciascuna di queste teoriche, nelle linee loro generali, per prepararci la via alla ricostruzione.

[6] Questa distinzione è professata dall' Ogonowski op. cit. § 1. e 2. ed è così assurda che non vale insistervi sopra.

§ 3. — *Confutazione della teoria quasi-contrattuale*

BIBLIOGRAFIA: — AARONS op. cit. — BRINKMANN *Verhältniss der actio communi dividundo und der actio neg. gest zu einander* Kiel 1855 — KOELNER op. cit. — KÄMMERER *Erörterung über die Frage: Kann jemand, der in dem Glauben seinen eigenen Geschäften zu treiben die eines Andern gerirt gegen diesen Andern die neg. gest. actio utilis austellen?* (Zeitschrift für Civilrecht und Process vol. VIII) — RUHSTRAT *Ueber die actio neg. gest. directa* (Iahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. und deutschen privatrechts vol. XIX nuova serie VII. pp. 254-307).

39. — Una esposizione della dottrina quasi contrattuale nella sua figura genuina trovasi nella glossa; e dalla glossa fino ai giorni nostri più o meno accentuata, più o meno rigorosamente rispettata nelle sue conseguenze, in molti scrittori. Secondo questa dottrina per determinare i requisiti delle *actiones negotiorum gestorum,* deve tenersi sempre presente che esse « derivano da un quasi contratto, da un contratto cioè, che non è stato in realtà conchiuso come in genere ogni contratto. »[7] Gli è perciò ritenuto dominante il principio: *pactum est duorum pluriumve in idem placitum consensus*[8], e quindi richiedesi: 1.) *da parte del gestore:* — l' intenzione di obbligarsi, verso il *dominus,* e quella di obbligare il *dominus* medesimo. 2.) *da parte del dominus;* — l' intenzione presunta di voler obbligare il gestore, combinante con quella del gestore di obbligarsi, e l' intenzione presunta di volersi obbligare congiunta a quella del gestore di obbligare. Questi requisiti sono naturalmente richiesti sia al sorgere dell' *actio directa* che della *contraria:* sono richiesti per ambedue e sono per ambedue sufficienti. Si ha dunque un istituto astratto, il quasi contratto *neg. gest.,* che è al disopra delle due azioni, e che ne costituisce la fonte giuridica. Di questo istituto si cercano i requisiti, e si trovano in un incrocio di volontà presunto: la gestione ci si presenta come un simulacro di mandato, un quasi mandato, come pur taluni si esprimono. Senonchè mentre nel mandato si hanno realmente due attuali volontà che si incrociano e creano un rapporto giuridico che trae la vita e i limiti e la maniera della sua vita dal loro contenuto, nella gestione invece si hanno due volontà fittizie o presunte, o supposte, e un incrocio di esse pure supposto o finto per forza di legge.[9] Siccome però per quanto finto o supposto questo incrocio deve esistere, così la teorica quasi contrattuale che tutta riposa, nei suoi presupposti teorici, in elementi subiettivi, attribuisce una importanza fondamentale alla determinazione di quel momento che la legge ritiene necessario e sufficiente a produrre quell' incrocio dei voleri: l' utilità. Quando esiste l' utilità della gestione, è lecito presumere il consenso del *dominus,* alla sua espletazione, e così questo consenso messo a contatto colla volontà di gerire che attualmente si richiede nel gestore crea il quasi contratto, e per esso le azioni *neg. gest.*[10]

40. — Le conseguenze fondamentali cui si perviene con questa teoria sono le seguenti:

1. — non può concepirsi esistere una delle due azioni senza che necessariamente esista anche l' altra, potendo solo da man-

[7] BRINKMANN op. cit. p. 15.

[8] L. 1 § 2 Dig. II. 14.

[9] Questo incrocio delle volontà fanno discendere dalla legge il BRINKMANN op. cit. p. 16. ed il RUHSTRAT *Beiträge (Archiv. für die civ. Praxis* vol. XXXII. p. 188 nota 8).

[10] In questo senso il KOELNER p. 9 e segg. ritiene essenziali due momenti al sorgere della gestione: 1.) *un momento oggettivo* che rende assimilabile la gestione del gestore a quella di un mandatario, tutore ecc. *(utilitas).* 2.) un momento soggettivo; *animus gerendi* colla funzione nel testo indicato. Fra i civilisti italiani la teorica quasi contrattuale è formulata più esplicitamente che in ogni altro nel RICCI Corso teorico-pratico vol. VI. p. 105.

canza di interesse dipendere che essa non venga esercitata. [11]

2. — i requisiti delle due azioni sono necessariamente identici, e perciò non potendo sorgere l'azione contraria senza che la gestione sia stata intrapresa utilmente, e senza che sia stata intrapresa coll'intenzione di gerire per altri, così anche al sorgere dell'*actio directa* si richiedono questi requisiti.

3. — risultando la gestione da un incrocio di consensi finto o supposto, per forza di legge, ne consegue α) che l'intenzione di gerire del gestore deve essere rivolta ad una determinata persona, β) che essa costituisce una manifestazione di volontà la quale può validamente essere prestata solo da persona capace.

Ora nessuna di queste conseguenze, sebbene completamente naturale e giusta di fronte al dogma del quasi-contratto, si presenta utile e giusta di fronte alle necessità sociali cui l'istituto risponde. Se si considera poi che esse sono tutte in aperto conflitto coi testi romani, potrà anche ammettersi facilmente l'utilità di ogni serio tentativo di ricostruire le obbligazioni *neg. gest.* sopra un diverso fondamento giuridico. Gli è frattanto necessario giustificare le precedenti affermazioni.

41. — La prima delle conseguenze fondamentali della teoria quasi contrattuale è riposta nella necessaria coesistenza delle due obbligazioni e delle due azioni. Come per il mandato necessariamente prendono giuridica esistenza due azioni: così per la gestione. Quale si sia l'oggetto del mandato, per quanto assolutamente indipendente dal patrimonio del mandante, pure questi ha sempre e necessariamente azione per chiederne conto. Le due volontà

[11] Vedi Aarons op. cit. p. 12. — In questo senso anche Ruhstrat mon. citata nella bibliografia p. 305 e segg.

del mandante e del mandatario incrociate nel conferimento e nell'accettazione del mandato, costringono l'uno a riconoscere l'appartenenza al mandante dell'affare trattato, danno diritto all'altro di pretenderne resoconto. Ora secondo la teoria quasi contrattuale, un medesimo svolgimento di rapporti dovrebbe ravvisarsi nella gestione. La quale una volta intrapresa utilmente includerebbe necessariamente, per finzione o supposizione di legge il consenso del *dominus*. Cosicchè, per questo consenso incrociantesi con quello attualmente esistente nel gestore, dovrebbero svolgersi tutti i rapporti che da un vero incrocio di consenso si svolgono nel mandato. Ma in ciò è incluso un evidente errore; consistente nell'attribuire ad una finzione di consenso, un effetto maggiore di quanto comporta la ragione per la quale giustamente, o a torto, come noi crediamo, vuolsi quella finzione elevare. Poichè gli è vero che ogni qualvolta la gestione è stata intrapresa utilmente, e con quell'*animus* che è necessario, il *dominus* è obbligato come se avesse consentito, poichè egli *deve*, per ragione della pubblica utilità, subire la gestione anche se non sia stata svolta a suo capriccio. Ma non gli è altrettanto vero che egli acquisti i diritti che avrebbe potuto acquistare conferendo un mandato avente per oggetto la gestione attualmente svolta. Così se un gestore ha fatto alcun che di utile per Tizio, senza menomamente entrare nella sua sfera patrimoniale, acquista contro Tizio l'azione ma non per ciò solo l'acquista Tizio contro di lui. La distinzione è forse fine ma certo evidente. Non potrebbesi trovare giuridico fondamento di sorta che giustificasse l'accordare a Tizio una azione contro il gestore, per costringerlo a proseguire nella intrapresa gestione, o per farsene cedere i risultati, o per *potere* in una sola parola trattarlo come proprio gestore. D'altra parte sarebbe ingiusto privare il *dominus* vero di un'azione così utile ed efficace quale è quella *neg. gest. (directa)* contro un

vero gestore, per la semplice ragione che la gestione non fosse stata intrapresa utilmente, o senza quell' *animus* che è necessario il gestore abbia per potere far valere diritti proprî contro il *dominus*. Ingiusto e contrario alle fonti come passiamo a dimostrare. Frattanto, se ciò è vero, dobbiamo negare che l' esistenza di una delle azioni *neg. gest.*, implichi necessariamente l' esistenza dell' altra.

42. — Sono molti i testi romani dai quali risulta che il sorgere dell' *actio neg. gest. (directa)* era completamente indipendente da quelli che vedremo più oltre essere requisiti speciali ed esclusivi dell' *actio neg. gest. (contraria)*. Dobbiamo qui limitarci a citarli; rimandando per l' esegesi loro, non priva di interesse e di difficoltà, ad altra parte di questo trattato. Così vediamo in essi accordata l' azione contro chi gerì *depraedandi causa;* la vediamo accordata contro chi gerì inscientemente affari altrui, e infine contro chi pur gerendo per animo benigno ed amichevole, non seppe utilmente gerire. Gli è al tutto inopportuno in questo proposito il sottilizzare, e lo sforzarsi di vedere o di fingere in questi casi requisiti che non esistono. Non sarà mai abbastanza ripetuto che con delle finzioni non si costruiscono teorie giuridiche; anzi per esse si rinuncia assolutamente ad ogni serio tentativo. Chi dice quindi che contro chi ha gerito *animo depraedandi* si accorda l' azione *neg. gest. (directa)* sebbene l' animo di gerire affari altrui non esista, ma perchè si finge che esista, dice cosa vuota di senso; nè miglior spediente è certamente l' altro di dire: che chi intenta l' azione *neg. gest. (directa)* contro chi gerì non utilmente, e vuoi anche dannosamente, con ciò stesso riconosce nel gestore questa qualità, e glie la attribuisce. Non conviene lasciarsi sedurre da tali artifici: chi gerisce affari altrui o bene o male gerisce, e come tale

e solo per tale è responsabile di fronte al *dominus*. Potremo più oltre persuaderci che abbandonando il concetto del quasi-contratto, il gestore conserva la sua propria figura, anzi da una indipendente ricostruzione del requisito dell' *actio neg. gest. (directa)* essa risulta più evidente e lumeggiata.

43. — Il quasi contratto sorgendo dall' incrocio di due consensi per quanto fittizi, richiede tuttavia nel gestore una volontà di gerire rivolta ad una determinata persona. Così oltre al non ammettere azione *neg. gest.* contro chi gerì senza *animus,* i seguaci della teoria quasi-contrattuale sono indotti a non concederla neppure al gestore se non quando esso abbia voluto gerire per quella persona a cui spettano gli affari trattati. La conclusione teoricamente esatta di fronte ai suoi presupposti, e tuttavia affatto arbitraria di fronte ai testi romani. In questi è all' evidenza rilevato che l' errore sulla persona del *dominus* non nuoce al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria)*. Onde i seguaci di quella dottrina hanno dovuto ricorrere a quella panacea di tutti i mali d' interpretazione e di teoria che è l' *actio utilis*. Ed hanno sostenuto essere e. g. azioni utili quelle concesse nella L. 5 § 1 Dig. III. 5, e L. 5 § 10 eod. [12], quella concessa nella L. 45 § 2 Dig. eod. [13] e molte altre azioni in altri testi concesse; vere e proprie azioni di gestione. [14] Dimostrata la non esistenza di azione *utile* nei casi ove è errore sulla persona del *dominus,* la teoria quasi-contrattuale perde ogni logico fondamento e cade. Poichè come potrà pensarsi all' incrocio della volontà del *dominus* con quella del gestore, se *dominus* era

[12] Così e. g. Bucher *Das Recht der Forderungen* § 145 nota 9.
[13] Cuiacio Tract ad. African. L. ult. Dig. h. l.
[14] Kämmerer op. cit. p. 156 e segg. critica efficacemente questi scrittori.

Caio, e se a Sempronio si rivolse invece la volontà del gestore? Questo solo argomento ne sembra sufficiente a dimostrare l'insostenibilità della teoria quasi-contrattuale, almeno di fronte ai testi romani. Ma nel diritto moderno essa risulta per altra guisa d'argomentazione. Gli scrittori che vi aderiscono, stretti dalle necessità pratiche, concedono le azioni *utilmente*, o *per analogia*, anche dove non concorrono i requisiti del quasi-contratto.[15] Ora gli è a tutti noto che nel diritto moderno la distinzione delle azioni in utili e dirette ha perduto ogni significato; gli è perciò erroneo chiamare utili quelle azioni le quali, pur avendo la loro base nelle disposizioni del diritto civile, non rispondono ad una costruzione teorica che non è necessariamente inclusa nella legge, ma appartiene alla sua interpretazione.

44. — La teoria del quasi contratto non è dunque accettabile di fronte ai testi romani, e neppure di fronte alle pratiche esigenze della vita. Il suo torto fondamentale è di avere voluto creare un istituto astratto, preesistente alle due azioni, mentre il diritto romano creò invece e regolò le due azioni, e mentre per queste più facilmente trovavano pronta soddisfazione i bisogni sociali cui esse rispondevano. Bisognava da una parte proteggere l'individuo entro la sua sfera patrimoniale; dall'altra incitare i gestori alla ammininistrazione degli affari altrui. Si crearono due azioni che avevano scopo e tendenza diversa ma che avrebbero poi normalmente funzionato contrapponendosi. Solo

[15] ZACHARIAE Diritto Civile vol. VI. p. 160. (ed. Palermo) — POTHIER *Du mandat* appendice n. 185 — LAURENT XX. 325 — MAISONNIER op. cit. p. 50-51. Contro GIORGI op. cit. vol. V. p. 23 — LAROMBIERE art. 1372. 6. Toullier VI. 22-23. Domenget Du mandat de la commission et de la gestion d'affaires [2.ª ed.] Paris 1870 vol. 2.º p. 367 — COLMET DE SANTERRE vol. V. (Parigi 1883) n. 349 bis.

in questo ampio significato può considerarsi la gestione come un solo ed unico istituto, ritenendo come elemento unificatore delle due azioni il fatto di gerire, che in realtà è presupposto dell'una e dell'altra azione. Ma dal punto di vista giuridico questa unità non esiste menomamente; al contrario le due azioni hanno requisiti propri ed esclusivi; per la azione del *dominus* non occorre che il *dominium negotii*, per quello del gestore un *utiliter coeptum*, e *animus negotia aliena gerendi*. Per la teoria quasi-contrattuale pertanto il vero fondamento dell'*actio neg. gest. (directa)* è completamente disconosciuto; e sotto il nome di *negotium alienum*, si studiano invece i requisiti della contraria.[16]

[16] La tendenza di considerare il *negotium alienum* come requisito non solo dell'*actio directa* ma anche della *contraria*, è più che in altri evidente in Brinkmann. Per questo scrittore (op. cit. p. 7 e segg.) non sorgono le *due azioni* per non esservi il requisito del *negotium alienum*.

1.) — quando il gestore ha gerito affari propri credendoli alieni (L. 6. § 4 Dig. III. 5).

2.) — quando il gestore ha gerito come appartenenti ad un terzo negozi che non gli spettavano. In questo caso però l'esclusione delle due azioni non sarebbe assoluta ma subordinata a queste due possibilità a) che il *dominus* putativo non abbia ratificato. b) che non abbia potuto ratificare. Nel caso a) il negozio non appartenendo obiettivamente a nessuno, nel caso b) appartenendo obiettivamente ad una persona diversa da quella ritenuta domina dal gestore.

3.) — quando il gestore ha gerito per un *dominus* vero molti affari a questi oggettivamente spettante, e fra questi uno appartenente ad un terzo, ma talmente collegato con essi da doversi considerare come del *dominus* dei più. In questo caso se il negotium singolo è considerato come accessorio degli altri, non sorgono le due azioni (L. 31. Dig. h. t.).

4.) — quando il gestore ha trattati negozi a lui comuni col dominus, i quali non potevano essere geriti pro parte (§ 5 e § 8).

Ora mentre le conseguenze cui così perviene Brinkmann, sono per la maggiore conformi alle fonti, completamente erronea deve a nostro avviso, considerarsi il fondamento giuridico che egli ad esse attribuisce. Così nel caso 1.) è vero che le azioni non sorgono, ma non è vero che non sorgano per la mancanza del requisito del *negotium alienum*. Esse non sorgono perchè

§ 4. — *Il fondamento giuridico delle azioni « neg. gest » secondo il Cogliolo*

45. — In istretto nesso logico colla dottrina quasi-contrattuale è a considerarsi una recente teorica, secondo la quale le due azioni, pur non discendendo da quasi-contratto, dovrebbero essere tuttavia considerate come aventi uguale fondamento concettuale, uguale base giuridica con uguali requisiti ed uguali norme di diritto. Senonchè mentre i seguaci di quella dottrina per giustificare questo principio ritenevano essenziale il requisito dell' *animus* al sorgere delle due azioni, i sostenitori di questa negano l' essenzialità di questo requisito, e logicamente sia al sorgere dell' una che dell' altra azione.[17] Questa negli ultimi risultati

mancano i requisiti propri di ciascuna di esse. La *directa* perchè manca il *neg. alienum;* la *contraria* perchè manca l' utilità per una persona diversa dall' agente, l' utilità di un *dominus*. Lo stesso deve dirsi per il caso 2.) Quando un gestore gerisce per Tizio affari a nessuno oggettivamente appartenenti, e Tizio non ratifica, Tizio non ha contro il gestore l' *actio directa*, perchè infatti non vi è qui *negotium alienum;* ma il gestore, se può dimostrare che la gestione da lui intrapresa per Tizio fu intrapresa utiliter, potrà muovere contro di lui l' *actio contraria*. Nel caso poi che il gestore abbia gerito per Tizio affari oggettivamente spettanti a Caio, Tizio non acquista contro il gestore l' *actio directa* perchè realmente non vi è qui un *neg. Titii*, ma se il gestore non ha alla sua volta l' *actio contraria* contro Tizio ciò non devesi attribuire al non avere egli gerito uu affare di Tizio ma al non avere gerito utilmente per lui. Fin qui il nostro dissenso dal Brinkmann è teorico. Esso diventa poi anche pratico ed esegetico in ciò che riguarda il caso 3.) Poichè nella L. 30. Dig. h. t. l'azione accordata al terzo, un affare del quale fu trattato insieme a quelli di Tizio, contro il gestore è un *actio neg. gest. contraria*. Infine per ciò che riguarda il caso 4.) deve notarsi che esso ha importanza solo in rapporto alla teoria del concorso delle azioni *neg. gest.* con altre azioni la quale sarà a suo tempo svolta.

[17] I requisiti della gestione sarebbero quindi i seguenti:

1. — un *negotium* — cioè che si amministri un affare

pratici e questa soltanto, è la sostanziale differenza che intercede fra le due teoriche le quali giungono così per estreme ed opposte affermazioni, ad essere, secondo l'avviso nostro, l'una come l' altra per lo meno contrarie alle fonti romane. Le fonti infatti escludono l' essenzialità di uno speciale requisito: *animus negotia aliena gerendi* al sorgere dell' *actio directa* e mostrano così l' erroneità della teoria della glossa come fu altrove avvertito. Esse però ritengono essenziale questo requisito al sorgere dell' *actio contraria*, mostrando così altrettando evidentemente la insostenibilità della teoria sopraesposta. La critica che pone in chiaro questo fatto non può a meno di rilevare quanto più architettonico, e logico sia nel suo complesso, e pratico forse anche, il sistema della glossa, dati come veri i suoi presupposti. Una sola considerazione può dar ragione di questo asserto. Nel concetto del quasi contratto non può concepirsi un presunto consenso del *dominus* senza che esista quel requisito che le fonti designano coll' espressione: *utiliter coeptum*. Perciò la glossa apertamente sosteneva che mancando l' *utiliter coeptum* non si avrebbe potuto pensare ad applicare un *actio neg. gest. (directa)*.[18]

Ora questa conseguenza non è accettabile, nè consona alle fonti, ma è certo logica; rinunziando ad essa la glossa avrebbe dovuto rinunciare a tutto l' edifizio quasi contrattuale.... Nella dottrina che stiamo esaminando invece, non si disconoscono quelle fonti che ammettono l' azione *directa* anche là dove

2. — che tale amministrazione non cada sotto un istituto giuridico nominato e diverso

3. — un *negotium alienum* il che può essere a) per l' *animus neg. al. gerendi* del gestore, oppure b) *re ipsa* cioè per la sua obiettiva appartenenza al patrimonio del *dominus*

4. — un *utiliter coeptum* che ci prova a) o colla *ratihabitio* del *dominus*, b) o con l' esistenza obiettiva di condizioni giustificanti l' assunzione dell' affare.

[18] Vedi Aarons op. cit.

utiliter coeptum non ha mai esistito ma si interpretano così: che dove l'*utiliter* attualmente non esiste sorge per il fatto che il *dominus* intenta l'*actio neg. gest.* Ma gli è evidente che si cade per questa via in una deplorevole petizione di principio? Se l'*utiliter coeptum* è essenziale requisito dell'*actio neg. gest. (directa)* esso deve sempre ad essa preesistere. Nè si potrebbe senza cadere in errore dire che si crea l'*utiliter coeptum* intentando l'azione *neg. gest.* Se questa azione non sorge che quando vi ha un'*utile gestione,* come può dirsi che essa viene intentata e che dal suo intentamento sorge quella utilità che dovrebbe essere suo fondamentale requisito? Ma vi ha di più: ammesso che si potesse intentare un'*actio neg. gest.* mancando uno dei suoi fondamentali requisiti, e che la si potesse intentare appunto per colmare quella lacuna, non si potrebbe poi a giusto rigor di logica attribuire all'azione così intentata una efficacia maggiore di quella che ad essa si sarebbe attribuita qualora il requisito con essa creato avesse anteriormente esistito. Così dunque ad ogni gestore che avesse male gerito e non *utiliter,* affari altrui si dovrebbero attribuire qualora fosse convenuto coll'*actio neg. gest. (directa)* tutti i diritti e tutte le facoltà che competono a chi ha gerito *utiliter.* L'*actio neg. gest. (directa),* che ha per iscopo di far valere il *dominium negotii* contro ogni gestore, ritorcerebbe così la sua efficacia contro il *dominus* pel quale fu certamente introdotta! La conseguenza è assurda praticamente, e si comprende come gli scrittori che sostengono la ratifica, così detta implicita, si sieno ben guardati dal trarla. Ma essa è tuttavia logicamente necessaria, e il non volerla trarre include in sè una specie di riconoscimento della insostenibilità del principio dal quale discende. Attribuendo alla ratifica implicita il solo scopo di lasciar passare per gestore uno che altrimenti non potrebbe essere considerato tale, si crea

evidentemente un nuovo concetto di ratifica che non ha altro scopo che quello di sostenere, per vero molto debolmente, la teoria che i requisiti delle due azioni sono identici. Colla ratifica implicita nell'atto di intentare l'*actio neg. gest. (directa)* infatti si viene in certa guisa a dimostrare che non vi è mai l'*actio neg. gest. (directa)* senza che vi sia il requisito dell'*utiliter coeptum.* Il sostegno ho detto, è molto debole; questo artificio, della ratifica implicita non crea infatti menomamente quelle identità di requisiti che si vorrebbe. L'*utiliter* così artificialmente posto in essere, non è infatti, nè può essere identico sia nell'intima sua natura, che nei suoi effetti, a quell'*utiliter* che le fonti designano come requisito essenziale dell'*actio neg. gest. contraria.* Esso è nella realtà un diverso concetto al quale si dà nome di *utiliter,* sebbene non sia vero *utiliter,* per potere sotto una *identità di nome* far passare una *non identità di sostanza.* Scoperto questo artificio può facilmente riconoscersi che l'azione del *dominus* ha requisiti diversi da quella del gestore.

§ 5. — *La teoria Monroy e Wlassak*

BIBLIOGRAFIA: — Monroy op. cit. — Wlassak op. cit.

46. — Abbiamo fin qui studiate le due teoriche che per opposta via giungono a sostenere la assoluta identità di giuridici requisiti per le due azioni: dobbiamo ora prendere in esame le teorie di quelli scrittori che non accettano nella sua interezza il concetto di quella identità. Si è sentito da questi giuristi la deficienza della teoria quasi contrattuale sia dal punto di vista pratico che da quello esegetico, e si è tentato ripararvi con distinzioni in parte tradizionali, in parte affatto nuove. Il tentativo più ingegnoso in questo indirizzo è certamente quello del Monroy. Secondo questo

scrittore sotto il concetto generico di *negotiorum gestio* i giuristi romani raccolsero due istituti ben distinti sia nei requisiti che nella funzione loro. L'uno di questi istituti, fondato sopra elementi soggettivi, l'altro sopra elementi oggettivi. L'uno e l'altro, istituti astratti, preesistenti alle due azioni e fonte loro. Così crede il Monroy doversi introdurre fino un nome nuovo per ciascuno di questi istituti, che serva ad identificarlo, e all'altro contrapporlo, e propone di chiamare *vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte* (esercizio inautorizzato di diritti patrimoniali altrui) la gestione obiettiva, e *auftragslose Wahrnahme fremder Vermögensinteressen* (protezione non mandata di interessi patrimoniali altrui) la gestione subiettiva.

47. — Questa dottrina è stata obietto di queste critiche concettuali da parte del Cogliolo [19] ed anche io ho cercato di confutarla in quanto s'attiene alla determinazione del concetto del *negotium alienum*. Ma qui essa deve essere esaminata da un diverso punto di vista [20]. Gli è necessario vedere se essa soddisfaccia la necessità teorica per la quale è stata architettata, di salvare cioè il concetto dell'unità di fondamento giuridico delle due azioni. In altri termini la teoria Monroy sarebbe se non accettabile, certo giustificata, qualora per essa potesse dirsi esservi in ciascuno dei due istituti nei quali essa scinde la gestione, le due azioni, diretta e contraria; ma senza requisiti propri, o meglio necessariamente sorgenti col sorgere dei requisiti costituenti l'istituto dal quale esse promanerebbero. Vediamo quindi se in ciò essa sia logica.

La gestione obiettiva, o come Monroy la chiama, la *vollmachtsslose Ausübung fremder Vermögensrechte,* presuppone nella teoria dell'autore 1. un *negotium alienum* (esercizio di un diritto altrui) 2. *utiliter coeptum* (il quale può realmente esistere, oppure sorgere coll'intentamento dell'*actio directa).* [1] Esistendo questi requisiti, e per questi requisiti soltanto dovrebbero dunque sorgere e sempre sia l'*actio neg. gest. (directa)* che la *contraria.* Ora è ciò consentaneo alle fonti? Certamente no. Lo stesso Monroy è costretto a confessare che nella gestione obiettiva al sorgere della azione contraria, richiedesi un altro piccolo requisito; una intenzione generica di gerire per altri. [21] Ora non è evidente che coll'ammettere ciò si distrugge completamente la teoria della identità di requisiti delle due azioni entro ai due istituti nei quali viene a scindersi la gestione? Ma proseguiamo oltre. Al sorgere della gestione subiettiva *(auftragsloser Wahrnahme fremder Vermögensinteressen)* il Monroy richiede l'*animus gerendi* da parte del gestore e la *ratihabitio* da parte del *dominus.* E in ciò nessuno potrà dissentire da lui. Ma l'interpretazione che egli dà a questi dati, pur veri, è tutt'altro che accettabile. Gli è infatti verissimo che se il negozio compiuto dal gestore con un terzo non venne compiuto per il *dominus,* questi non potrà ratificare, nè avere azione al pari di quello (i. e. gestore). Ma non è vero che da ciò possa conchiudersi che le due azioni abbiano nella gestione subiettiva identici requisiti. La *comtemplatio domini* del gestore è nella gestione subbiettiva necessario a che possa sorgere l'azione del *dominus* in quanto per essa prende vita il *negotium alienum* che è requisito unico di quell'azione; la sua funzione è quindi al tutto diversa nell'azione *directa,* e nell'azione *contraria,* nè potrebbe dirsi anche in questo caso avere le due azioni il medesimo

[19] Op. cit. vol. 1 p. 302-303.

[20] Prescindiamo qui dalle critiche sopra svolte contro la ratifica tacita.

[21] Op. cit. p. 32-33.

requisito. Quanto al gestore avendo egli contratto per il *dominus* ha implicitamente voluto gerire per lui: nella *contemplatio* che qui esiste è compreso il requisito tutto proprio dell' *actio neg. gest. (contraria): animus negotia aliena gerendi.* La conseguenza che discende da queste considerazioni critiche è la seguente: neppure distinguendo due sorta di gestione si riesce a sostenere in ciascuna di esse identità di giuridici requisiti per le due azioni.

§ 6. — *Teorica che distingue la gestione propria dalla impropria*

BIBLIOGRAFIA: ZIMMERMANN *Aechte und unaechte negotiorum gestio* Giessen 1872, e *Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio* Strassburg 1876 — TARTUFARI *Del possesso qual titolo di diritti* Torino 1878-79.

48. — Un altro sistema tradizionale, cerca conciliare alle fonti la dottrina quasi-contrattuale distinguendo la gestione così detta vera o propria, dalla gestione impropria.[22] La gestione propria si ha quando concorrono i requisiti del quasi-contratto: *animus gerendi* e *utiliter coeptum,* la gestione impropria quando manchi taluno di questi requisiti. In questa ipotesi non vi ha secondo questa teoria una vera *negotiorum gestio;* pur tuttavia il diritto romano accorda le azioni *neg. gest.,* le quali vengono ad essere un mezzo processuale per attribuire a fattispecie di diversissima natura un effetto materiale di diritto. Tutti gli sforzi

[22] Contro la distinzione delle azioni in proprie ed improprie osserva il MUTHER in una recensiono dell' opera di Bekker sulle azioni, che essa ha arrecato più confusione che vantaggio. E prosegue: es handelt sich dabei überall um Anwendung eines dialektischen Mittels, welches kaum minder gefährlich ist, als das (gewissermassen entgegengesetzte) der willkürlichen Fiction (krit Viertelsahrschrift vol. XV p. 432).

dei sostenitori di questa teorica sono quindi rivolti a stabilire l' essenzialità dell' *animus negotia aliena gerendi* per ambedue le vere azioni *neg. gest.*[23] Zimmermann che ne è il più acuto sostenitore si serve principalmente a questo scopo della L. 5 § 6 Dig. III, 5. L. 14 Cod. h. t., L. 22 § 10 Dig. XVII. 1. L. 20. Cod. III, 36.[24] L' esegesi di queste leggi sarebbe qui fuor di luogo. Rinvio per essa il lettore ad uno studio speciale sull' argomento,[25] nel quale sembrami avere sufficientemente dimostrato che la teoria della essenzialità dell' *animus* per l' *actio neg. gest. (directa)* non trae da esse alcun sussidio. Uno dei dati fondamentali pei quali si regge la teoria Zimmermann, è pertanto per questa guisa tolto di mezzo. Poichè se non è vero che al sorgere dell' *actio neg. gest. (directa)* è necessario il requisito dell' *animus* come potranno rinvenirsi casi di *actio neg. gest.* impropria in quelle leggi nelle quali si accorda l' *actio directa* indipendentemente dall'*animus negotia aliena gerendi?* Ma inoltre dimostrata la non essenzialità dell' *animus* per l' azione del

[23] Sostengono l' essenzialità dell' *animus negotia aliena gerendi* per ambedue le azioni THIBAUT *System des Pandektenrechts* § 628. — KOELNER op. cit. p. 27-54. — BRINKMANN op. cit. p. 15 e segg. — BRINZ Pandekten § 321 — KELLER Pand. § 318. — BÖCKING *Inst. des röm. Civilrechts* (1862) p. 153. — WINDSCHEID *Lehrbuch* § 431. — DANKWARDT op. cit. p. 19, 20, 35. Questo scrittore nota però giustamente lo ZIMMERMANN (op. cit. p. 7 nota 4), concede mancando l' *animus* l' *actio directa utilis* in così ampia scala, che nei risultati pratici s' accosta piuttosto alla opinione che pone essenziale differenza di di requisiti fra le due azioni.

[24] Nel suo libro *Die Lehre von der Stellvertretenden negotiorum gestio.* p. 129 ai testi addotti nell' anteriore suo scritto sopra citato aggiunge anche i seguenti: L. 15 Dig. III. 5, L. 16 eod. L. 21 § 1 Dig. eod. L. 36 § 1 Dig. h. t. i quali provano soltanto che l' intenzione colla quale taluno accede alla gestione può in certi casi avere una influenza sulla estensione della sua responsabilità.

[25] Studio sull' *animus negotia aliena gerendi* più innanzi citato pubblicato nei Rendiconti dell' Istituto Lombardo.

dominus, non si è con ciò solo arrecato un colpo fatale alla teoria della identità di requisiti giuridici nelle due azioni, se ben s' intende, sia possibile dimostrarne l' essenzialità per l' azione del gestore? Da questo punto di vista può ben dirsi che la teorica dell' *animus negotia aliena gerendi* è destinata ad esercitare una influenza decisiva sulla giuridica ricostruzione dell' istituto gestorio. Non solo infatti dal punto di vista dell' *actio neg. gest. (directa)* ma anche da quello dell' *actio neg. gest. (contraria)* il requisito dell' *animus* è di importanza decisiva in riguardo alla ricostruzione dell' istituto. Qui deve dirsi non esservi mai azione *neg. gest. (contraria)* mancando l' *animus neg. al. gerendi;* deve quindi negarsi essere azione di gestione l' azione accordata al gestore per l' arricchimento, dove egli non gerì con quell' animo. I sostenitori della teoria che stiamo avversando argomentano dalla concessione di un *actio neg. gest. (directa),* la corrispondente esistenza di un *actio neg. gest. (contraria),* ma questa argomentazione include una petizione di principio: essa è cioè efficace solo in quanto sia vero il principio che poi per essa vuolsi dimostrare, che le due azioni hanno i medesimi requisiti e sorgono contemporaneamente. La sola L. 48 (49) Dig. h. t. concede apparentemente [26] un *actio neg. gest. (contraria)* mancando l' *animus;* le altre leggi che vengono citate per dimostrare la ammissibilità di un *actio neg. gest. (contraria)* limitata all' arricchimento non si riferiscono alla azione *negotiorum gestorum.* [27]

[26] I numerosissimi tentativi di spiegare la seconda parte della L. 48 (49) Dig. h. t. trovansi esposte nel mio studio. *La L. 48 (49) Dig. III. 5 ed il requisito dell' animus negotia aliena gerendi nell' actio neg. gest. contraria.* (Bullettino dell' Istituto di diritto romano anno III. fasc. 1-3).

[27] Veggasi a questo proposito il mio studio sull' *animus negotia aliena gerendi* più oltre citato.

§ 7. — *Fondamento giuridico e requisiti delle due azioni « neg. gest. » secondo l' autore*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate e LEIST *Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten* Iena 1855.

49. — Escluse per necessità critica le teorie sopra esposte non resta logicamente adito se non a quella, da noi accennata come vera, per la quale le due azioni *negotiorum gestorum* non costituiscono un solo istituto che in un senso ampio e legislativo, dirò così, più che giuridico, conservando cioè una assoluta indipendenza di requisiti. Data questa premessa teorica gli è per lo meno inesatto il ricercare i requisiti giuridici della gestione; poichè, come altrove osservavamo, non esiste giuridicamente un unico istituto giuridico: la gestione; ma esistono due azioni le quali, anzichè discendere da un rapporto giuridico ad esse superiore, hanno vita propria e requisiti. Premesse tali nozioni nessuno potrà trovare esagerata la frase dell' Aarons che le due azioni *neg. gest.* costituiscono due distinti istituti, basati in territorio diverso, e sorgenti da diverse fonti. [28] Questa tendenza che pure ha validi rappresentanti nella dottrina pandettistica moderna [29] si manifesta invece come una salutare reazione ai

[28] AARONS op. cit. p. 8-9.

[29] Sostengono, senza dimostrarla, diversità di requisiti per le due azioni: GLÜCK *Commentario* (trad. Ferrini) vol. III § 424 e segg. — CHAMBON op. cit. § 4. — RUHSTRAT Beiträge *(Archiv. für die civ. Praxis* vol. 34. p. 63). — LEIST op. cit. p. 108. — STINTZING Recensione citata dell' opera di Koelner p. 230. — PUCHTA *Pandekten* § 327. — ARNDTS-SERAFINI Pandette §§ 297-298. — VANGEROW *Lehrbuch* (7.ª ed.) § 664. — BARON *Pandekten* § 309. — AARONS op. cit. prefazione p. 1. e 5. — MOLITOR *Obligations* II p. 161 e segg. GIORGI op. cit. vol. V. p. 31, e moltissimi altri scrittori.

dogmi bizantini sul quasi-contratto con tanto amore coltivati dalla glossa. Solo è a lamentarsi che essa non sia stata svolta e giustificata così come meritava per acquistare tutta la desiderabile evidenza. Il rimprovero che Zimmermann muove ai sostenitori di questa teorica di non aver addotto argomento alcuno in proprio sostegno,[30] è altrettanto meritato quanto quello che questo medesimo scrittore muove allo Stintzing, il quale, pur fondando la gestione sul concetto del quasi-contratto, attribuisce poi illogicamente diversi requisiti alle due azioni. Da tali rimproveri a torto trae però il Zimmermann una specie di argomento per combattere la teorica in discorso. Questa può essere pienamente giustificata anche prescindendo dalle fonti, sia dal punto di vista teleogico che da quello dialettico. Lo scopo delle due azioni è opposto, e tale è anche la loro giustificazione sociale. Nell' azione del *dominus* si formula giuridicamente un interesse puramente individuale, in quella del gestore un interesse, che si concreta singolarmente nell' individuo, ma che trova il suo riconoscimento giuridico in soddisfazione di una necessità sociale. Un argomento che ne sembra poi decisivo in sostegno della individuale esistenza giuridica delle due azioni, può trarsi da ciò, che l' una delle due azioni può esistere indipendentemente dall' altra. Nè potrebbe obbiettarsi che anche nei contratti bilaterali imperfetti sorge talora una sola azione: la *directa*. In questi il fatto è determinato dalla mancanza di interesse ad intentare la *contraria;* i requisiti di questa azione esistono tuttavia nel valido contratto posto in essere. Nella gestione invece il non sorgere una delle azioni dipende anzitutto dal non essersi attuati i suoi requisiti, e perciò in essa può sorgere la *contraria* indipendentemente dalla *directa,* il che non può assolutamente ammettersi in riguardo

[30] *Aechte und unaechte neg. gestio* p. 8. e nota 7.

ai così detti contratti bilaterali imperfetti. Su questa circostanza hanno sempre taciuto i sostenitori della unità di giuridico fondamento delle due azioni *negotiorum gestorum,* e per vero accortamente. Poichè negando che possa esistere una delle due azioni indipendentemente dall' altra, si nega cosa che è invece vera sia in riguardo alle fonti, che alla razionale considerazione di molti casi frequentemente occorrenti nella vita.

50. — In questo errore è il Gabolde [31], come può facilmente dimostrarsi colla scorta delle fonti romane. Nella L. 5 § 10 (6 § 8) Dig. III. 5. si esamina il seguente caso. Tizio ha pagato una determinata somma di denaro ad un Caio a che questi non uccida uno schiavo che Tizio crede appartenere a Sempronio mentre in realtà appartiene a Mevio. Pomponio decide competere a Tizio l' *actio neg. gest. (contraria)* contro Mevio. E la decisione è più che giusta. Infatti Tizio ha fatto cosa utile a Mevio *(utiliter coeptum),* l' ha fatta con intenzione di far cosa utile non a se, ma ad altri *(animus negotia aliena gerendi);* ha insomma attuati i requisiti della sua azione. Ma che dovrà dirsi di Mevio? Se fosse vero che i requisiti delle due azioni sono identici dovrebbe considerarsi sorta anche per lui un' *actio neg. gest. (directa).* Tuttavia è indubitabile che questa azione non è sorta per il semplice attuarsi di quei requisiti. Certo se Tizio si farà ad esercitare la sua azione anche Mevio potrà far valere contro di lui delle pretese, ma queste avranno la loro radice nell' esercizio dell' azione di Tizio, non nei suoi requisiti. Se si volesse trascurare questa distinzione di concetti, che può a taluno sembrare troppo sottile, bisognerebbe rinunciare anche a qualsiasi ricostruzione giuridica delle azioni *negotiorum gestorum.*

Il caso offerto dalla L. 5 § 10 (6 § 8) cit. non è il solo, nè il più

[31] Op. cit. p. 27-29.

efficace in proposito. La L. 5 § 2 (6 pr.) *eod.* offre un esempio anche più esplicito. Si tratta di un Tizio che ha gerito gli affari del pupillo di Sempronio per liberarlo dall' *actio tutelae.* Giuliano, che propone il caso, risolve che Tizio avrà un *actio neg. gest. (contraria)* contro Sempronio. Anche qui abbiamo dunque un azione del gestore senza che vi sia azione per il *dominus.* Infatti se la gestione è stata utile il tutore potrà far valere delle pretese contro il gestore solo in quanto questi eserciti la sua azione contro di lui; se poi la gestione è stata dannosa ciò non può essere avvenuto che: 1.) o per colpa del tutore medesimo, ed in tale ipotesi egli non ha azione contro il gestore, ma trovasi con lui responsabile; 2.) o senza colpa del tutore ed allora egli è irresponsabile di fronte al pupillo, e perciò non può avere azione alcuna contro il gestore. [32]

51. — Ci resta ora a determinare quali sieno i requisiti propri a ciascuna delle due azioni *neg. gest.* Conviene in questa ricerca tener ben distinto il punto di vista della trattazione da quello della sostanziale ricostruzione giuridica delle azioni. Sotto questo punto di vista la nostra ricerca ha per iscopo di fissare quali sieno i requisiti propri alle due azioni; da quello essa consiste invece nel determinare quali elementi non debbano essere elevati alla dignità di requisiti. La dottrina non ha forse in questo proposito dato saggio di molto discernimento. Essa si è mostrata proclive a considerare requisiti delle azioni *neg. gest.* la mancanza di taluni elementi i quali, quando si presentano in una determinata fattispecie, le escludono. Senza entrare in

[32] Altre leggi interessanti in proposito sono la L. 21 pr. Dig. eod. L. 10. Cod. h. t. L. 22 Dig. eod. la L. 18 (19) § 5 Dig. eod. Veggasi Giorgi V. p. 28. Per non avere ben compresa l' assoluta indipendenza delle due azioni è indotto in grave errore il Demolombe *Traitè des engagements* vol. II. n.° 137.

una minuta disamina dei vari sistemi di trattazione, ma solo per giustificare questa nostra affermazione ci limiteremo ad alcune considerazioni sulla *prohibitio domini* e sull' *animus donandi.*

Sono molti gli scrittori i quali enumerano fra i requisiti della gestione l' assenza di questi due elementi. Al sorgere della gestione dice e. g. il Glück [33] è necessario: 1. che si gerisca un affare altrui — 2. stragiudiziale per regola — 3. senza mandato — 4. non contro la volontà o l' espresso divieto del *dominus* — 5. non per animo di lucrare — 6. ma coll' intenzione di obbligare il *dominus* o almeno di non donargli le spese — 7. che l' affare venga trattato a vantaggio del *dominus.* Ed il Baron [34], che giustamente distingue i requisiti dell' una azione da quelli dell' altra, richiede tuttavia per l' *actio contraria:* — 1. che il gestore abbia l' *animus neg. al. gerendi* — 2. che non gerisca contro il divieto del *dominus.* — 3. che gerisca però nel suo interesse. Ora noi ci chiediamo: è esatto enumerare fra i requisiti dell' *actio contraria* l'assenza di *prohibitio domini,* o l' assenza di *animus donandi?* Certamente no. Poichè se questi elementi costituissero veri requisiti dell' azione dovrebbe imporsi, a chi volesse intentarla, la prova della loro inesistenza. Questa conclusione, che sarebbe certamente logica, non è però stata tratta da nessuno degli scrittori che pongono la inesistenza della *prohibitio domini* o dell' *animus donandi* fra i requisiti della gestione. Il che prova, se non erro, la inesattezza della premessa che eleva a requisiti di una azione la mancanza di elementi che esistendo le impedirebbero di sorgere.

52. — Quanto quì si dice della *prohibitio domini* e dell' *animus donandi,* vale per l' assenza di mandato che è quasi

[33] Commentario § 419 e segg.

[34] Pandekten § 309. Così pure Giorgi V. pp. 20-21.

concordemente elevata a dignità di requisito delle azioni. Infatti, prescindendo da ogni discussione sulla concorrenza o meno dell' *actio mandati* coll' *actio neg. gest.* chi non vede che, anche ammesso che questa concorrenza non esista, non potrebbe tuttavia dirsi essere l' inesistenza di mandato requisito della gestione, ma bensì limitarne, o distruggerne l' efficacia? Conviene dunque in una ordinata trattazione trattare separatamente dei veri requisiti delle azioni, e di quelli elementi la cui esistenza impedisce il loro sorgere o ne limita gli effetti.

53. — Unico requisito dell' *actio neg. gest. (directa)* è il *dominium negotii*. È necessario al sorgere di questa azione che il *dominus* provi essere a lui appartenente il negozio trattato. Le fonti romane considerano generalmente questo requisito nella persona del gestore e lo chiamano quindi *negotium alienum* o come dice l' editto *negotium alterius*. Senonchè le fonti raggruppano in questa espressione concetti distinti e fino ad un certo punto opposti, come ho già altrove accennato. In accordo colle fonti può dirsi che gerisce un affare altrui chi compie un atto utile ad un altro anche senza menomamente entrare nella sua sfera patrimoniale. Presa in questo senso l' espressione *negotium alienum gerere* significa gerire utilmente per un altro. In altri casi invece le fonti romane si servono di questa espressione per esprimere il lato subbiettivo della gestione, considerata sempre dal punto di vista del gestore. Così nella L. 5 § 5 Dig. III. 5 è detto che chi gerisce un affare oggettivamente altrui *sui lucri causa, « suum eum potius negotium gessisse »*; similmente nelle L. 12 § 6 Dig. XX. 4 ed in altre.[35] L' espressione

[35] Veggasi le L. 22 § 2 Dig. XVII. 1. L. 9. § 1 Dig. XII. 4. L. 27 § 2 Dig. XVI. 1. L. 9 §§ 4-6 Dig. XIII. 5.

negotium alienum non ha dunque nelle fonti il significato tecnico che ad essa attribuisce la più recente dottrina; il significato di un negozio non appartenente a chi lo ha compiuto. La troviamo anzi usata in contrapposto a questo concetto e di ciò offre esempio la nota

L. 5 Cod. III. 32.

Imp. Gordianus A. Herasiano.

Domum, quam ex matris successione ad te pertinere et ab adversa parte injuria occupatam esse ostenderis, praeses provinciae cum pensionibus quas percepit aut percipere poterat et omni causa damni dati restitui jubebit. Eius autem quod impendit rationem haberi non posse merito rescriptum est, cum malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt, NON EORUM NEGOTIUM GERENTES QUORUM EA RES EST *nullam habent repetitionem nisi necessarios sumptus fecerint: sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre.*

54. — Quando diciamo essere requisito unico dell' *actio neg. gest. (directa)* il *negotium alienum*, intendiamo quindi l' espressione in un senso affatto tecnico; intendiamo dire che ad esercitare la sua azione il *dominus* deve solamente provare di trovarsi in un tal rapporto coll' oggetto della gestione, o col gestore in riguardo al medesimo, da poter dire essere l' affare trattato a lui appartenente. La determinazione di questo rapporto formerà oggetto di uno speciale capitolo[36] Indipendentemente dalla bontà dei risultati che in esso potremo ottenere, potrebbe però chiedersi se sia giustificabile l' attribuire all' azione del *dominus* un requisito solo e tale. Anzitutto potrebbe sembrare a taluno che si

[36] Capitolo terzo.

venga così a confondere l'azione di gestione coll'azione di danni, e colle azioni reali, ed infine colle azioni di arricchimento. Questo timore sarebbe tuttavia affatto infondato. Certamente il fondamento dell'*actio neg. gest. (directa),* può fino ad un certo punto combaciare col fondamento di quelle azioni, ma esso conserva pur sempre dei caratteri differenziali così spiccati che ne giustificano pienamente l'individuale riconoscimento giuridico. E per vero l'azione di danni, anche nella amplissima formulazione che ha trovato nelle legislazioni moderne, presuppone *necessariamente* l'esistenza di un danno. Il suo fondamento può essere qualche volta identico a quello dell'azione *neg. gest. (directa)* ma il suo contenuto è assai più ristretto. L'azione di danni tende ad un risarcimento; l'azione *neg. gest.* può tendere ad un risarcimento, ma tende anche alla restituzione di tutto ciò che si è prodotto mediante l'atto che ha dato luogo al suo sorgere. Ora nella natura di questo atto trovasi già una fondamentale caratteristica che distingue sempre il gestore danneggiante, dal danneggiante puro e semplice. Chi gerisce può danneggiare ma non è perciò un puro danneggiante: è un gestore. L'azione che sorge contro il danneggiante come tale ha il suo elemento tipico in ciò, che tende a ricolmare un vuoto prodotto nel patrimonio altrui; l'azione che sorge contro il gestore ha come scopo caratteristico quello di ottenere anche tuttociò che da un patrimonio fu ottenuto mediante l'attività di un terzo. Essa è dunque più efficace. Per essa si ottiene che sempre in vantaggio del *dominus* sia svolta la potenzialità del suo patrimonio.

55. — Anche colle azioni reali ha qualche affinità l'*actio neg. gest. (directa),* ma da esse è giuridicamente ben distinta, sia per il contenuto che per la natura sua. Per il contenuto perchè ha maggiore efficacia in quanto si può intentare indipendentemente

dalla controversia sulla proprietà; per natura perchè essa è d'indole personale. Questa natura personale dell'azione *neg. gest.* è così evidente, che fa meraviglia trovar detto nella L. 23 Cod. II. 18 « *negotiis gestis non in rem, sed in personam est actio.* » Ma questa frase fu probabilmente suggerita agli imperatori Diocleziano e Massimiano dal timore che la simiglianza di funzione che esiste in certi casi fra l'*actio neg. gest. (directa)* e le azioni reali, in ispecie la *petitio hereditatis,* dovesse oscurarne l'essenziale diversità d'indole.[37]

56. — Infine anche dalle azioni di arricchimento si differenzia essenzialmente l'*actio neg. gest. (directa)* sebbene con queste abbia in taluni casi identica portata pratica. Perchè esista un'azione di arricchimento infatti non è necessario che l'arricchito abbia agito; l'aricchimento può essere avvenuto anche per puro caso.[38] Ciò mette in evidenza una differenza che intercede fra l'azione *neg. gest.* e quelle d'arricchimento la quale è per se sola sufficiente a dimostrarne la diversità concettuale e giuridica. Nelle azioni di arricchimento il momento giuridicamente decisivo è riposto in una oggettiva alterazione del reciproco rapporto di due patrimoni; nell'*actio neg. gest.* invece esso è riposto nel fatto, che (normalmente ma non necessariamente) produce una simile alterazione. Può darsi che questo fatto abbia prodotto una alterazione nel rapporto di due patrimoni sufficiente per se a far sorgere un'azione di arricchimento nel qual caso si avrebbero due diverse azioni tendenti al medesimo scopo, ma ciò nulla detrae sia alla speciale indole giuridica delle due

[37] Su questo punto veggasi CHAMBON op. cit. p. 130 e COGLIOLO op. cit. vol. II. p. 21.

[38] Witte *Bereicherungsklagen* Halle 1859 pp. 334-336.

azioni, sia alla opportunità della loro contemporanea esistenza.

L' *actio neg. gest. directa* conserva dunque accanto a tutte le altre azioni tutelanti il dominio individuale una specifica caratteristica la quale ne spiega e giustifica l' esistenza. Essa è il mezzo più efficace che esista nel sistema giuridico a tutela del *dominium* individuale, in quanto, non solo tende alla sua conservazione, ma tende anche a riacquistare al *dominus* i prodotti della capacità produttiva del suo patrimonio, ad esso subordinando le attività dai terzi gestori svolte. Essa può a ragione essere considerata la più completa espressione del concetto individuale che sta a base del sistema giuridico privato.

57. — Totalmente diversa è l'indole dell'*actio neg. gest. (contraria),* e quasi opposta; mentre quella è radicata in un concetto fondamentale del *jus civile,* questa si appalesa espressione di un ordinamento sociale progredito nel quale l'interesse collettivo esercita già una rilevante influenza limitatrice sull'interesse e sul diritto individuale. Mediante l' *actio neg. gest. (contraria)* la volontà del gestore si impone a quella del *dominus* il quale è costretto a subirla e ricoscerla. Questa funzione dell'*actio neg. gest.* mentre è per se sola sufficiente argomento ad attribuirle data più recente, che non alla *directa,* spiega anche, sebbene non giustifichi, come la dottrina abbia così di frequente trascurato affatto lo studio dell'azione del *dominus* per dedicarsi alla costruzione di quella del gestore. Questa tendenza, notevole anche nelle fonti romane, diede occasione al sorgere della teoria quasi contrattuale e contribuì a far sì che nella dottrina posteriore la teoria dell' *actio directa* venisse assorbita da quella della *contraria.* Ma prescindendo dagli errori cui diede luogo, essa può tuttavia essere considerata come la più efficace espressione della importanza somma che ha nel

sistema giuridico la determinazione dei requisiti dell' *actio neg. gest. (contraria).* L' accordare al gestore un mezzo giuridico poco efficace avrebbe infatti allontanato ogni estraneo dall' amministrazione di affari altrui; l' accordargli un mezzo troppo efficace avrebbe pregiudicato la condizione di quelle persone nel cui interesse si creò l' azione. La giurisprudenza romana risolse questa difficoltà con tatto classico. Essa richiese al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria)* due requisiti: l' *utiliter coeptum* e l' *animus negotia aliena gerendi.* L' uno di questi requisiti fondato sopra un momento oggettivo: « la gestione deve rivestire tale carattere da non potere essere sconfessata dal *dominus;* » l'altro fondato sopra un momento al tutto subbiettivo: « la gestione deve essere intrapresa *per altri* » L' uno giustificante l' efficacia dei diritti del gestore; l' altra la efficacia delle obbligazioni del dominus. Come si è visto però, taluni scrittori hanno negato l' essenzialità di questo secondo requisito: e noi abbiamo se non erro, dimostrato l' insostenibilità di questa opinione. Questa dimostrazione testuale e logica può qui essere maggiormente confortata mediante la considerazione del rapporto fra gli effetti di un' azione ed i suoi requisiti. Coll' *actio neg. gest. (contraria)* il gestore ha diritto di pretendere che l' interessato adempia le obbligazioni contratte in nome suo, che lo tenga indenne da quelle che ha personalmente assunto, e che lo rimborsi delle spese necessarie ed utili cogli interessi dal giorno in cui furono fatte.[39] Tutti questi effetti l' azione produce quando esistono i suoi requisiti indipendentemente dall' esito della gestione. Ora chi non vede che a prescindere dal requisito subbiettivo dell' *animus* si avrebbe sull' *actio neg. gest.* un mezzo giuridico così ampio che assorbirebbe in massima parte le azioni per arricchimento con enorme

[39] Art. 1144 Cod. civ.

ed ingiusta limitazione della individuale signoria patrimoniale? Richiedendo invece anche il requisito dell' *animus* al sorgere dell' azione del gestore si contemperano equamente il diritto del *dominus* con quello del gestore: si giustifica pienamente il principio che nella gestione *initium spectandum est,* e si perviene a tenere nettamente distinto il concetto informatore dell' *actio neg. gest. (contraria)* da quello delle azioni per arricchimento.

58. — Se colla guida dei principi fissati nella precedente ricerca, noi ci facciamo ora a considerare l' articolo 1140 [40] del nostro codice civile, troveremo che con forma poco felice esso esprime tuttavia un concetto sostanzialmente vero. Il legislatore ha voluto significare che il gestore può, gerendo, obbligarsi senza obbligare, come può obbligarsi obbligando alla sua volta il *dominus*. La prima ipotesi si verifica quando la sua gestione non fu utilmente intrapresa nè con quella intenzione di gerire per altri che è necessaria a far sorgere l' *actio contraria:* la seconda quando la sua gestione rivesti invece questi requisiti. Certo a tale sostanza male si addatta il nome di quasi-contratto, chè la dottrina, che tradizionalmente risponde a questo nome, non può ammettere logicamente che sorga l' una azione senza l' altra, ma come per più volte rilevato, il nome di quasi-contratto, ultimo

[40] 1382 Cod. Estense. 1489 Cod. Alb. 1325 Cod. Nap. 2047 Cod. Parmense. 1371 Cod. fr. Giorgi op. cit. V. p. 16 17. Che le due azioni *neg. gest.* abbiano diversi requisiti ammette anche la giurisprudenza sostenendo la essenzialità dell' *animus gerendi* soltanto al sorgere dell' *actio contraria.* Vedi il capitolo sull' *animus negotia aliena gerendi.* Negano poi implicitamente la *unita giuridica* dell' istituto gestorio tutti quelli scrittori che sostengono sorgere l' obbligazione del *dominus* dalla legge e quella del gestore dal quasi-contratto (fatto volontario dell' uomo). Sugli art. 1370-1371 del cod. fr. veggasi Guenée op. cit. nel capitolo segg. p. 328 e Schmit op. cit. capitolo seguente p. 21 Fenet vol. XIII. p. 458, 464, 470.

avanzo di una lenta evoluzione di dogmi, fu inconsciamente accolto dai legislatori moderni e se ha spesso indotti errori ed equivoci nella teorica, non può certamente per sua naturale efficacia essere di ostacolo ad una razionale ricostruzione delle obbligazioni *negotiorum gestorum.*

59. — Dovremmo ora accingerci alla determinazione dei requisiti delle due azioni, ma per ordine di trattazione crediamo più opportuno tentare prima la teoria della capacità. Notiamo frattanto che nella gestione, come nel mandato, conviene tener ben distinti i rapporti interni fra le parti dai rapporti esterni delle parti coi terzi. [41] Il gestore può in altri termini funzionare come rappresentante, ma non è necessariamente tale. Al contrario la teoria dei requisiti della gestione ha vita tutta propria indipendente da quella della rappresentanza. Si può avere vera e propria gestione senza che il gestore contragga coi terzi, e anche, quando egli con terzi contragga, può non aversi rappresentanza. Della gestione come forma di rappresentanza tratteremo in una speciale sezione.

---

[41] Taluni scrittori negano che la gestione possa avere una funzione che non sia quella della rappresentanza giuridica. Così l' Ogonowski op. cit. p. 105 « der Begriff des Geschäfts ist *nur* als eine stellvertretenden Handlung aufzufassen, als Ausführung eines Geschäftes des Principals mit einer dritten Person, nicht auch als ein jedweges Besorgen von Arbeiten und Diensten ». Questo concetto erroneo anche in teoria è inaccettabile di fronte ai testi romani, e al codice civile italiano. Nel diritto francese la dottrina fu concorde nel criticare l' art. 1984 che avrebbe implicato necessariamente la funzione rappresentativa nel mandatario. Il Cod. It. modificò in conformità l' art. 174[illegible]. La dottrina civilistica italiana è concorde nell' ammettere sia in riguardo al mandato, che alla gestione la distinzione che è nel testo.

CAPITOLO II

La capacità giuridica nelle « obligationes negotiorum gestorum »

§ 1. — *Nozioni preliminari.*

BIBLIOGRAFIA: — Thomasius *De pseudo-privilegio pupilli conventi contraria actione negotiorum gestorum (Dissertationum Academicarum* vol. II Disp. 40) Halae Magdeburgicae 1774. — Guenée *De la capacité de s' obliger dans les quasi-contrats* (Revue critique de legislation 1887 N. V.) — Sturm *Das negotium uliliter gestum* Weimar 1878. — Cogliolo op. cit. — Van Wetter *Les obligations en droit romain Gand* — Paris 1883-86.

60. — Non sono pochi gli scrittori che, dimenticando lo stretto rapporto che esiste fra la teoria della capacità nelle obbligazioni e la natura delle obbligazioni medesime, affermano essere necessario per obbligarsi come gestore avere la capacità d' obbligarsi per contratto. Così per citare qualche esempio il Van Wetter [42] pone fra le condizioni necessarie al sorgere della gestione che « il gestore sia capace di obbligarsi per convenzione. » Fra i civilisti francesi il Laurent [43] può essere considerato fra uno dei più decisi sostenitori di questo indirizzo; fra i civilisti italiani il Giorgi. [44] Nullameno questa dottrina non è certamente da seguirsi; e se nel Laurent essa si manifesta logica conseguenza della teoria quasi contrattuale accolta da questo scrittore nelle

[42] Op. cit. III p. 299.

[43] *Droit civil* XX n. 312. Deve notarsi anche che il Laurent fa discendere, almeno in apparenza, la necessità della capacità di contrattare nel gestore da ciò che egli ritiene essere impossibile gerire « *senza contrattare coi terzi.* » l. c. In ciò il Laurent è certamente in errore potendosi benissimo concepire una gestione senza che il gestore contratti con terzi.

[44] *Obblig.* V. n. 19.

sue linee principali, nel Giorgi essa si appalesa anche in contradizione colla critica che esso svolge contro la medesima teoria. [45]

61. — L'indole genetica delle obbligazioni *negotiorum gestorum* rende necessario e giustifica a loro riguardo l' applicazione di diversi principi in ciò che riguarda la capacità d' obbligarsi. Le obbligazioni *ex re* sono regolate nei loro effetti in relazione ai requisiti necessari al loro sorgere; la proporzione fra la causa e l' effetto del rapporto giuridico viene in esse determinata da un punto di vista puramente oggettivo. Diversamente avviene nelle obbligazioni *ex contractu.* Queste sono, per massima parte, regolate nei loro effetti dalla volontà manifestata nel contratto; volontà che ferma nel rapporto giuridico creato una transazione di interessi economici. Ora gli è appunto dal potersi considerare il contratto, come il risultato di un conflitto di interessi individuali, che discende la necessità di una teorica sulla capacità di contrattare. Il diritto richiede che nella lotta di interessi che finirà nel contratto le parti si trovino, per quanto è possibile, in parità di condizioni, di modo che ciascuna di esse possa perfettamente apprezzare l' entità degli obblighi che va ad assumere. Ma dove le obbligazioni sorgono nell' individuo, non già per un incrocio del suo volere con quello di un altro, ma per l' attuazione di un fatto che — indipendentemente dalla sua volontà — è nell' ordinamento giuridico considerato fecondo di taluni effetti, la capacità dell' obbligato non ha menomamente quella importanza: poichè la sua obbligazione non dipende qui menomamente nè nell'esistenza sua, nè nell'efficacia, dalla persona verso la quale esiste. [46] Discende da ciò logicamente che dove

[45] Op. cit. n. 7.

[46] Da questa considerazione risulta evidente quando sia assurdo l' argomento che si contiene in queste parole del Colmet de Santerre op. cit. tomo

non vi ha contratto non deve parlarsi di capacità di contrattare. E se la dottrina è spesso venuta in contraria opinione ciò non può spiegarsi che colla influenza grande che la costruzione quasi contrattuale ha esercitata sui dogmi posteriori.[47] Riconosciuta l'erroneità di quella costruzione se ne devono anche respingere le conseguenze: dimostrata scientificamente vera la divisione delle obbligazioni per ciò che riflette l'origine loro, in due sole categorie: — obbligazioni sorgenti *ex contractu;* — obbligazioni sorgenti *ex re* si devono anche logicamente ammettere due soli tipi di capacità: capacità contrattuale capacità estracontrattuale.

62. — Il Cogliolo invece in accordo colla nota partizione gaiana delle obbligazioni in tre specie, sostiene l'esistenza di tre tipi di capacità giuridica corrispondenti alle tre classi accennate di obbligazioni: la capacità delittuosa, la capacità contrattuale e la capacità quasi contrattuale.[48] La ragione che egli adduce in sostegno di questa teorica è la seguente: « nelle obbligazioni la capacita è di due specie ben note, la contrattuale e la delittuosa: ma la *negotiorum gestio* non rientra completamente nè sotto l'una nè sotto l'altra » e la conclusione che trae da questa considerazione si è che è necessario creare un terzo tipo di capacità giuridica. Ma noi soggiungiamo tosto: anche le obbligazioni *quasi ex delicto* non rientrano per le stesse ragioni, e a dir di Gaio, sotto la categoria *ex contractu* nè sotto quella *ex delicto;* si dovrebbe quindi creare, anche per esse, uno speciale tipo di capacità. Esse vanno invece soggette circa alla

V. p. 640 « si la loi restitue un incapable contre les consequences d'une convention par lui faite, elle doit a fortiori le restituer contre le consequences d'un acte accompli par sa volonté seul ».

[47] Vedi p. 40 di questo trattato.

[48] Op. cit. vol. I. p. 168-189.

capacità ai medesimi principi, insieme alle obbligazioni sorgenti *ex delicto,* nè deve recar meraviglia che in queste ultime si richieda talvolta una capacità subbiettiva che tal'altra è ritenuta invece irrilevante. Noi dobbiamo qui considerare le obbligazioni *quasi ex delicto* ed *ex delicto* unicamente dal punto di vista del diritto civile, escludendo quindi quegli effetti che sono dovuti all'elemento subbiettivo del dolo penale. Dal punto di vista della responsabilità civile pertanto tutte le obbligazioni che venivano da Gaio chiamate *quasi ex contractu, quasi ex delicto* ed *ex delicto* possono riunirsi in una sola categoria: obbligazioni che non sorgono da contratti: — « *obligationes ex re.* » E per tutte queste obbligazioni si ha una sola dottrina sulla capacità. Se invece da questa ampia categoria si volesse stralciare il gruppo delle così dette obbligazioni *quasi ex contractu* e creare per esse un tipo speciale di capacità giuridica si verrebbe con ciò a dar vita propria, e ragion d'essere indipendente, alla combattuta categoria delle obbligazioni quasi contrattuali.

63. — D'altra parte a dimostrare che la teoria della capacità in riguardo alle obbligazioni civili non fu plasmata sulle partizioni che di essa dava Gaio ma appunto in base alla distinzione da noi seguita delle obbligazioni in contrattuali ed estracontrattuali basta uno sguardo alle fonti:

L. 29 Dig. X. 3:

Paulus libro secundo quaestionum

..... *denique ea actione* (sc. *communi dividundo) pupillum teneri dicitur ut impendia restituat officio judicis*

L. 2 Dig. XIII. 6.

Paulus libro vigesimo nono ad edictum

Nec in furiosum commodati actio danda est, sed ad exibendum adversus eos dabitur, ut rex exibita vindicetur

L. 46 Dig. XLIV. 7:

Paulus libro septimo ad Plautium

Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatoris vel tutoris auctoritate; veluti si communem fundum habeo cum his et aliquid in eum impendero vel damnum in eo pupillus dederit: nam judicio communi dividundo obligabuntur.

In queste leggi la capacità civile è determinata unicamente in base alla nostra distinzione; ora poichè è indubitabile che le obbligazioni *neg. gest.* sono considerate nelle fonti come *obligationes ex re,* è altresì indubitabile che al loro sorgere non ha influenza alcuna la capacità delle parti. Il principio riguardo ai pupilli sancito in varie leggi romane, e che trovasi evidentemente formulato in Gaio (L. 18 Dig. II 14) « *meliorem conditionem facere iis etiam sine tutoris auctoritate concessum est,* » e poi completato nelle Istituzioni di Giustiniano (pr. I. 21) « *deteriorem vero non aliter quam tutore auctore* »[49] non ha riferimento che alle obbligazioni contrattuali. Circa alle obbligazioni delittuose invece fu sempre ammessa la responsabilità civile, e quindi la capacità ad obbligarsi per tal guisa. E può forse dimostrarsi che originariamente ammettevasi anche una assoluta capacità ad obbligarsi penalmente in quanto il reato veniva colpito nella sua oggettività senza riguardo al momento subbiettivo. Ma già nelle XII tavole troviamo introdotti mitigamenti nelle pene in considerazione della minore imputabilità subbiettiva (PLINIUS H. N. XVIII. 3. GELLIUS N. A. XI. 18); e dopo molti secoli la scuola impossessatasi della questione creò appositamente la distinzione fra impuberi *infantiae proximi* e

[49] Veggasi anche L. 9 Dig. XXVI. 8. L. 11 Dig. XLI. 1, Gaio II. 83. § 2. Inst. II. 8. Gaio III. 107; § 9. Inst. III. 19; L. 9 § 7 Dig. XII. 1; L. 1 § 13 Dig. XLIV. 7. L. 1 Cod. V. 59; L. 7 Cod. VIII. 38; L. 1 Dig. XVIII. 5; L. 2 Dig. XLVI. 4.

impuberi *pubertati proximi*[50]; — e sempre più distinguendosi la responsabilità penale da quella civile, si vennero in riguardo a quella creando anche distinzioni fra reato e reato. Ma nello stesso tempo consolidandosi la teoria della responsabilità civile si preparava la via alla dottrina che trovasi applicata nelle leggi sopra trascritte, per la quale senza distinzione di sorta si dice che *ubi ex re venit actio etiam pupillus sine auctoritate tutoris obligari potest.*

Premesse queste nozioni generali passiamo all' esame delle fonti romane e della dottrina civilistica. In armonia col nostro sistema sulle obbligazioni *neg. gest.* noi tratteremo: 1. dell' incapace convenuto *actione neg. gest. (contraria).* 2. dell' incapace convenuto *actione neg. gest. (directa).* 3. dell' incapace attore *actione neg. gest. (contraria).* ed *actione neg. gest. (directa).*[50] 4. dei casi nei quali l' inizio e la fine della gestione trovano una diversa capacità nel dominus e nel gestore.

§ 2. — *Dell' incapace convenuto actione negotiorum gestorum (contraria)*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate. — FÖRSTER Theorie und Praxis des heut. gem. preussischen privatrechts (4.ª ed. riveduta) Berlin 1881-84. — SCHUPFER *Il diritto delle obbligazioni* Padova 1868. — RUHSTRAT *Ueber einige wichtige Grundsätze der neg. gestio* (Iahrb. für die Dogmatik vol. XXVII, n. s. XV) pp. 71 e segg.

64. — La teoria romana su questo punto limita l' azione del gestore all'arricchimento. Contro di essa però si sono sollevati con diverso intento il Thomasius e la dottrina civilistica moderna. Il Thomasius ha negato essere teoria romana quella che univer-

[50] Questa distinzione fu dovuta alla influenza della scuola giulianea. Vedi FERRINI *Diritto penale romano* p. 46-47.

salmente è accolta come tale: i civilisti moderni l'hanno invece per regola riconosciuta tale ma criticata nel suo fondamento razionale ed esclusa dal sistema del dritto moderno.[50] Di fronte a questa posizione della dottrina sarà interessante cercare di approfondire la ricerca per trarne risultati, per quanto è possibile, certi. Esamineremo le fonti da prima, e poscia gli argomenti teorici. Ma nell' esame delle fonti in riguardo al pupillo convenuto *actione negotiorum gestorum (contraria)* escludiamo anzitutto la L. 3 § 4 Dig. III, 5 (che come sarà più oltre dimostrato va unicamente riferita al caso di un pupillo convenuto *actione negotiorum gestorum (directa)*) ed occupiamoci delle leggi 36 pr. Dig. III. 5; L. 5. § 2 *eod.*; L. 2 Cod. II. 18.

65. — La legge che offre il più esplicito argomento in favore della teorica secondo la quale in diritto romano il pupillo convenuto *negotiorum gestorum actione (contraria)* non risponde che dell' arricchimento è la

L. 36 (37) Dig. III. 5.

Paulus libro primo sententiarum

Litis contestatae tempore quaeri solet, an pupillus, cuius sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cuius patitur actionem.

L' interpretazione che si dà generalmente di questa legge è la seguente: quando si tratta di un *dominus* incapace il gestore non ha azione contro di lui che nell' arricchimento. Ma il Thomasius si oppone a questa interpretazione: per lui il testo non dice già che in riguardo al pupillo convenuto *neg. gest. actione contraria* si consideri semplicemente se egli sia stato arricchito, ma dice che solo al momento della *litis contestatio* si ricerca se gli affari del pupillo sieno stati geriti utilmente.[51] L' argomento principale che il Thomasius adduce in sostegno di questa sua teoria è tratto dalla costruzione del testo. Se fosse vera l' interpretazione comune, dice egli, l' inciso « *litis contestatae tempore* » non andrebbe al principio del periodo bensì alla fine. Ma gli è evidente che, ammessa la necessità di questa trasposizione, potrebbe facilmente pensarsi ad un errore di amanuense. V' ha di più: l' argomento che la costruzione del testo potrebbe dare in favore della interpretazione del Thomasius, è completamente distrutto dalla frase *an..... locupletior sit ex ea re factus.* Supporre che questa frase stia ad indicare ciò che tecnicamente chiamasi *utiliter coeptum* è affatto arbitrario ed erroneo. Basta a convincersene leggere la L. 2 Cod. II. 18 ove *utiliter coeptum,* e locupletazione sono concetti contrapposti. Infine deve anche dirsi che ridotto a significare quanto vorrebbe il Thomasius il testo sarebbe assai strano. Poichè chi potrà dubitare che la ricerca dei requisiti dell' azione si istituisca durante la *litis contestatio?* La interpretazione del Thomasius è quindi mirabile per sottigliezza ma non accettabile.[52]

[50] Fra i civilisti che accolgono la dottrina romana veggansi: Ricci *Corso teorico pratico di diritto civile.* vol. VI (1881) p. 101 che giustifica la sua giusta opinione con questa ingiusta argomentazione: « ..... dappoichè se il quasi-contratto ha il suo fondamento in un consenso che il legislatore presume, come è possibile che esso presuma questo consenso in chi è incapace di consentire validamente?.... »

[51] Per il Thomasius inoltre la legge parlerebbe di un pupillo incidentalmente, senza cioè stabilire un principio che non fosse applicabile anche agli adulti.

[52] Alla teoria del Thomasius osta inoltre la L. 15 Dig. h. t. ove evidentemente li distingue il caso di un domines capace da quello di un dominus incapace convenuti *neg. gest. actione (contraria).* Su questa legge vedi più oltre. Osta inoltre la L. 20 § 1 Dig. III 5 nella quale senza senso alcuno si rileverebbe non importare se erede risulti un pupillo se fosse vera la teoria del Thomasius.

66. — Meno certamente della L. 36 testè esaminato prova in favore della opinione comune romanistica la L. 5 § 2 (6) Dig. *eod.* È un capace che ha gerito gli affari di un pupillo *contemplatione tutoris.* Giuliano decide che il gestore abbia azione contro il tutore, ed anche contro il pupillo *modo si locupletior fuerit factus.* Qui evidentemente abbiamo una decisione che potrebbe essere spiegata anche senza ricorrere al privilegio del pupillo convenuto *actione neg. gest. (contraria).* Infatti se il gestore avesse esclusivamente gerito *contemplatione tutoris* non potrebbe avere l' *actio neg. gest.* contro il pupillo per mancanza di *animus gerendi* in suo riguardo; ma oltrecchè una tale ipotesi raramente potrebbe in pratica verificarsi, gli è molto probabile che ad essa non pensasse il giurista. Il modo con cui egli si esprime non esclude che il gestore avesse l' *animus gerendi* anche in riguardo al pupillo: la decisione del testo può quindi essere considerata come una applicazione del trattamento fatto al pupillo nella L. 36 citata.

67. — Abbiamo infine la L. 2 Cod. II. 18

Impp. Severus et Antoninus A. A. Rufinae

Contra impuberes quoque si negotia eorum urgentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur in quantum locupletiores facti sunt dandam actionem receptum est.

Si ha in questa legge un contrapposto fra l' *utiliter coeptum* e la *locupletatio* il quale pone in evidenza due principi: 1.) che l' azione accordata ai gestori di impuberi, sebbene limitata all' arricchimento, non è un *actio de in rem verso* ma una vera e propria *actio neg. gest.* [53] — 2.) che la giurisprudenza accordando l' azione *neg. gest.* anche contro gli impuberi non intese introdurre un privilegio in loro favore, ma piuttosto introdusse, anche accordandola nei limiti dell' arricchimento, un privilegio in favore di quei gestori che anzichè provocare la nomina di un tutore o di un tutore o curatore all' incapace avessero senza altro intrapreso l' amministrazione dei suoi affari. Queste considerazioni mentre sono addotte a confermare pienamente l' opinione comune circa ai principi sanciti nelle fonti romane in riguardo all' *actio neg. gest. (contraria)* accordata contro il pupillo, [54] servono anche a porre in vista un diverso modo di considerare il principio romano che potrà forse esserci utile guida nell' esame della dottrina civilistica moderna. [55]

[53] Vedi più oltre p. 93.

68. — Come si è detto la dottrina civilistica, mentre riconosce la romanità del principio sopra svolto in riguardo alla obbligazione del pupillo convenuto *actione neg. gest. (contraria)*, è poi con-

[54] Non hanno valore gli altri argomeuti addotti dal Thomasius in favore della sua tesi. Egli dice (p. 233) che anche l' *adultus* nella L. 22 Dig. III. 5 è tenuto soltanto *in quantum locupletior factus sit.* ma ciò è inesatto. La L. 22 cit. dice che non tutte le spese fatte possono ripetersi dal *dominus*, anche quando la gestione sia stata intrapresa utilmente, ma solo quelle che si dovevano fare. In questo testo è nettamente distinto il concetto tecnico dell' *utiliter coeptum* dal concetto delle spese. Data una gestione utile nel suo inizio resta sempre a decidersi se le spese per essa incontrate sieno state di tale natura da poter essere richieste al *dominus.* A ciò è necessario che il gestore abbia gerito colla dovuta diligenza. Arbitraria, sebbene ingegnosa, è poi l' interpretazione che il Thomasius l. c. dà (p. 240) della L. 15 Dig. h. t. e della L. 6 pr. *eod.*

[55] Il limite dell' *actio neg. gest. (contraria)* contro il pupillo valeva in genere per tutti gl' incapaci. Così concordemente credono Windscheid § 430 nota 24 Brinz II § 321 nota 47 Sturm op. cit. — Contro Koelner op. cit. p. 89 il quale sostiene invece che « die Beschränkung der Verpflichtungen des Pupillen auf den Ersatz der Verwendungen bis zum Betrage der Bereicherung beruht auf besonderer gesetzlicher (constitutio divi Pii) und ist somit für andere Verhältnisse nicht massgebend. Il Koelner presuppone quindi che la L. 3 § 4 h. t. consideri un caso di *actio neg. gest (contraria)* il che è erroneo. Vedi più oltre p. 97 e segg. e Cogliolo op. cit. I p. 195-96. Dell' opinione del Koelner è il Schupfer op. cit. p. 548.

corde nel combatterlo dichiarandolo inapplicabile al diritto moderno. Ciò principalmente sulle orme del Pothier [56] il quale trovava contradittorio che al tutore s' accordasse contro il pupillo l' *actio tutelae contraria,* e si negasse poi contro di lui l' *actio neg. gest. (contraria)* in tutta la sua efficacia. [57] Dove l' obbligazione sorge indipendentemente dalla volontà dell' obbligato, dice il Guenée [58] ogni ricerca sulla capacità è completamente inutile. [59] Il pupillo convenuto deve dunque essere trattato al pari di ogni altro *dominus;* nessun privilegio deve introdursi in suo favore. Come spiegare allora che il diritto romano fosse venuto in un indirizzo così erroneo quanto sarebbe quello così combattuto dai moderni giuristi? Il Thomasius per salvare i giuristi romani ha fatto loro dire il contrario di quanto dicevano in realtà; ma se questa intenzione è lodabile, non può a meno di riconoscersi che è più rispettosa la dottrina moderna quando dice che « la ragione della teorica romana è a trovarsi in un favore troppo spinto verso l' età e in una non buona analogia con quello che valeva pei contratti.[60] » In queste parole si contiene certo una acerba critica, ma che lascia tuttavia aperto l' adito alla discussione. Ed è questo che noi cerchiamo.

69. — La dottrina moderna combatte i principi romani sostenendo che per essi costituavasi un *privilegio* in favore del *dominus* pupillo. Il Thomasius che vuol ricondurre alla dottrina moderna

[56] Du mandat appendice n. 224 in fine.

[57] Giorgi op. cit. V. n. 18 — Larombiere op. cit. vol. V. p. 607. Schupfer op. cit. p. 548.

[58] Op. cit. p. 339.

[59] Domenget op. cit. § 1288.

[60] Chambon op. cit. p. 135 dice che l' essere il pupillo convenibile solo per l' arricchimento costituisce « *ein wahres Vorrecht* » — Cogliolo op. cit. vol. 1 p. 192.

i testi romani, parla di *pseudo privilegio;* — ma noi ci chiediamo: dato come indiscusso ed indiscutibile che fosse dottrina romana, quella che limita l' azione del gestore contro il *dominus* incapace all' arricchimento, può realmente dirsi che per essa creavasi un privilegio in favore del pupillo *dominus* convenuto? Non esitiamo a negare che si tratti di privilegio. Sarebbe a ciò necessario che l' incapace si trovasse nelle identiche condizioni nelle quali si trova il *dominus* capace. Allora non vi sarebbe motivo alcuno per limitare l' azione *neg. gest. (contraria)* contro il *dominus* incapace all' arricchimento. Ogniqualvolta i suoi affari fossero stati utilmente geriti dovrebbesi contro di lui accordare l' azione *neg. gest. (contraria)* in tutta la sua efficacia. Ma poichè in tali identiche condizioni non si trova l' incapace, deve per inesorabile necessità di logica conseguenza negarsi che il limite dell' azione neg. gest. accordata contro il pupillo rivesta i caratteri di privilegio. Questa identità di condizioni non esiste per le ragioni che veniamo ad esporre. Per gli incapaci la legislazione romana al pari delle moderne ha creato speciali istituti rivolti ad ottenerne la protezione sia personale che patrimoniale. Per questi istituti si ottiene non solo che l' incapace sia garentito dalla intromissione di terzi nel suo patrimonio, in quanto a lui contro questi terzi si accordino quelle azioni che l' atto d' intromissione ha fatto sorgere, ma si ottiene anche che egli sia preventivamente garentito mediante la scielta di persona idonea all' amministrazione del suo patrimonio. Il bisogno di gestore non è dunque per l' incapace così vivo come per il capace; per esso vien meno dunque la necessità di accordare ad ogni terzo una così efficace azione come è l' *actio neg. gest. (contraria).* [61]

[61] Sturm op. cit. p. 79 e segg. Ruhstrat loc. cit.

69.bis — Ma qui potrebbe dirsi che competendo l' azione solo quando se ne sieno attuati i requisiti, non possono derivare dal concederla danni di sorta per l' incapace. Questo argomento è però del tutto apparente. Si considera infatti, così ragionando, l' azione negli effetti che produce nel suo concreto esercizio, mentre essa deve invece essere considerata negli effetti che produce per il solo fatto di esistere colla sua piena efficacia nel sistema giuridico. Non si pensa che ogni incauto gestore lusingato dal pensiero di potere ottenere pieno risarcimento delle spese incontrate dal *dominus* incapace, può preferire attualmente gerire anzichè ottenere dall' autorità competente la nomina di uno speciale amministratore. Non si pensa che all' incapace non è sempre aperto l' adito ad impedire la gestione medesima, e che quindi è nell' interesse generale dei pupilli più desiderabile l' allontanare i gestori che non l' adescarli; non si pensa infine che sarebbe strano che la legge pretendesse dai curatori ed amministratori da lei scelti cautele e formalità [62] per accordare poi per principio a qualsiasi spontaneo gestore mezzi di rivalsa pressochè del pari efficaci. Tutte queste considerazioni mostrano che la legislazione romana nell' accordare all' incapace di non essere tenuto *actione negot. gest. (contraria)* che *quatenus locupletior factus sit*, non intendeva creare un privilegio in suo favore intendeva bensì proteggerlo dall' incauto intromettersi dai terzi per quanto era legislativamente possibile. Non deve mai obliarsi che l' *actio neg. gest. (contraria)* è per se stessa di indole eccezionale. Quando viene meno il bisogno a soddisfazione del quale essa fu creata non vi è ragione di applicarla. Agli incapaci provveda la legge: ogni gestore benevolo ha un facile mezzo di venire in loro aiuto provocando la nomina di un amministratore; non vi

[62] Cod. civ. art. 241 e segg.

ha dunque bisogno di incitarlo a gerire personalmente. [63] Questo indirizzo di idee porta quasi ad invertire fra le parti il concetto del privilegio: anzichè dire che la legge romana creava un privilegio per il pupillo non sarebbe forse più logico dire che creava una specie di privilegio per il gestore accordandogli l' azione.? [64]

70. — Ma la dottrina civilistica si vale contro la dottrina romana di un altro argomento. Essa dice: il gestore che ha attuati tutti i requisiti dell' *actio neg. gest. (contraria)* non ha egli gerito da buon tutore? E come il tutore avrebbe obbligato il pupillo senza restrizioni, (e quindi anche per le cose senza colpa perite) perchè non deve essere così anche del gestore? [65] Anzitutto deve obiettarsi che l' argomento ha valore, per quanto apparente, solo per il caso nel quale siavi stata una gestione utile, ma non dice nulla in favore della ammissibilità dell' azione in tesi. Secondariamente poi esso si dimostra inefficace allo scopo cui tende anche nel caso di una attuale utile gestione da parte dell' estraneo. Infatti esso condurrebbe logicamente ad attribuire al gestore dell' incapace tutti i diritti del tutore e curatore il che nessuno vorrà dire. Tutto ciò mostra che gli sforzi della dottrina moderna per attribuire al gestore l' azione *neg. gest.* in tutta la sua efficacia non sono fondati sopra un solido ragionamento. Essi tendono a favorire il gestore a detrimento dell' incapace: mentre l' incapace è in maggior bisogno di quello. La dottrina romana ciò ben comprese; essa preferì regolare la materia in modo che ogni estraneo di fronte al patrimonio di un incapace preferisce far nominare dalla competente autorità

[63] Veggansi e. g. le L. 39 § 2 Dig. XXVI. 7 e L. 1 § 9 Dig. XXVII. 5.
[64] L. 2 Cod. II. 18.
[65] Così Förster op. cit. § 149 in fine e Cogliolo op. cit. p. 192-93.

un amministratore all' antromettersi personalmente. Per ciò essa è a nostro avviso altrettanto commendevole, quanto è ora criticata.

71. — Ma contro la dottrina civilistica è infine, a nostro avviso, decisivo il seguente ragionamento. Il mandatario non può pretendere dal mandante incapace che l' arricchimento da esso tratto a suo detrimento. Su ciò nessun dubbio. Ma si supponga che il mandatario nell' eseguire il mandato affidatogli dall' incapace ne abbia gerito utilmente gli affari. Gli competerà per ciò l' *actio mandati contraria?* In altri termini la nullità comminata al negozio posto in essere coll' incapace è tale in linea generale o solo in quanto il negozio coll' incapace conchiuso non rivestì concretamente in ogni singola fattispecie quei caratteri di utilità per l' incapace che possono garantire che il contraente non abbia abusato della minore avvedutezza dell' altro contraente? Non può a meno di rispondersi che la nullità comminata all' atto, quale si sia l' indole e l' efficacia sua, è tale in linea generale, indipendentemente cioè dalla diversa configurazione che il contratto compiuto coll' incapace può in pratica volta a volta assumere. Dovrà dunque dirsi che il mandatario non ha mai l' *actio mandati contraria* contro il mandante incapace. Ora si pensi alla controversia sul concorso elettivo dell' *actio neg. gest. (contraria)* coll' *actio mandati contraria* e qualsiasi opinione voglia in questo riguardo accogliersi si vedrà risaltare la giustezza della dottrina romana sulla limitazione dell' *actio neg. gest. (contraria)* contro l' incapace. Se si nega il concorso elettivo, il mandatario non potendo agire che come mandatario non potrà ottenere che l' arricchimento, se invece lo si ammette egli non potrà ottenere come mandatario che l'arricchimento, come gestore invece potrà ottenere il *quidquid*. In ciò si avrebbe pertanto uno strappo alla dottrina sulla capacità, che molto detrarrebbe

agli scopi pratici che con essa si è proposto il legislatore; poichè ogni contraente potrebbe far passare sotto veste di gestione il contenuto del contratto coll' incapace posto in essere. Questa argomentazione sembra a noi efficace in favore della dottrina romana, certo essa dimostra che la questione non è dai civilisti trattata dal suo vero punto di vista. Unita alle considerazioni sopra svolte essa ci induce a credere, doversi anche nel diritto civile italiano applicarsi la dottrina pura romana. Non vale notare contro ciò che la legge italiana non distingue fra capace ed incapace in riguardo all' *actio neg. gest. (contraria).* Se ciò non depone in favore della nostra tesi certi non depone in contrario. La teoria delle azioni *neg. gest.* e dal nostro legislatore quasi completamente abbandonata alla dottrina; questa può ricostruire come più ragionevole le sembri, ma deve pur tuttavia tener gran conto della tradizione giuridica, e dello spirito che investe gli istituti. Nel silenzio del codice può dunque legalmente applicarsi la dottrina romana, e tale quale è formulata nei testi. Per ciò nella ricostruzione giuridica noi ci allontaniamo dal *Duranton* [66] e dal *Delvincourt* [67] che nel caso di gestione per l' incapace accordano al *dominus* l' *actio de in rem verso.* Crediamo doversi invece accordare una vera e propria *actio neg. gest. (contraria),* limitata all' arricchimento *(condemnatio moderatur* come dice la L. 14 (15) Dig. III 5) in causa di un principio esteriore riguardante la persona verso cui può intentarsi; crediamo conseguentemente che ad intentarla sia necessario avere attuato i requisiti che le sono propri.

72. — Posti questi principi ci riescirà facile la risoluzione di una controversia che si è recentemente dibattuta nella dottrina

[66] I p. 75 n. 12.
[67] Tom. II. n. 497. XIII. n. 672.

e nella giurisprudenza. — Può un comune restare obbligato *neg. gest. actione (contraria)?*

La corte di cassazione di Napoli ha risolto la questione affermativamente. Essa ha deciso che un comune è tenuto per la gestione di negozi come ogni privato, a condizione però che il gestore dimostri aver fatto quanto *di necessità avrebbe dovuto fare il comune stesso* [68] Ma che intende per *necessità* la suprema corte? Essa non lo dice in una formula esatta ma lascia comprendere che ritiene dover essere « *grave necessità* », manifestatasi in circostanze « *eccezionali ed urgenti* »..... La suprema corte richiede insomma al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)* contro un comune qualche cosa di più di quello che è generalmente ritenuto essenziale al sorgere di questa azione contro una persona capace. [68] Ora mentre noi crediamo debbasi completamente approvare il contenuto pratico di questa decisione, non possiamo a meno di rilevare il rapporto in cui essa trovasi colla teoria da noi svolta. Ci sembra che seguendo un altra via la suprema corte abbia mirato al medesimo scopo: di non accordare contro il comune (incapace) l'azione *neg. gest. (contraria)* in

[68] Il Cogliolo I op. cit. p. 189 ritiene che il comune sia tenuto *actione neg. gest. (contraria)* senza i limiti imposti dalla sentenza della corte di cassazione di Napoli. Il Sansonetti in una nota alla sentenza medesima (Foro Italiano VII. 95) combatte questa teoria ma con argomenti inefficaci. Per il Sansonetti il comune non potrebbe essere tenuto *actione neg. gest. (contraria)* perchè il fondamento di tale azione è riposto nel *consenso presunto* del *dominus* ed il comune ente morale non può consentire. — Vedi contro Cogliolo l. c. e sopra nota 50. Ma poi lo stesso Sansonetti accorda al cittadino gestore del comune un *actio neg. gest. utilis* (!) mentre nell'ipotesi del sindaco gestore del comune nega assolutamente l'ammissibilità dell'azione di gestione: quando un sindaco intraprende delle spese per il comune dice egli, si presume che voglia donare. A questo principio che crediamo assolutamente inaccettabile il Sansonetti arreca una sola eccezione « nel caso che il sindaco anticipi un pagamento necessario e determinato o che venga convalidato da regolare deliberazione posteriore del consiglio o della giunta. »

tutta la sua efficacia, donde l'opportunità di studiare se questa via sia preferibile dal punto di vista giuridico ricostruttivo. Confrontiamo dunque le due formule. Applicando la dottrina da noi svolta nei numeri precedenti, al comune dovremmo dire che esso non è tenuto *actione neg. gest. (contraria)* che nell'arricchimento al tempo della *litis contestatio;* ammettendo tuttavia che esso possa essere tenuto con un azione *de in rem verso* nel *quidquid* quando esistano i requisiti di questa azione (vedi n.° seg.). Applicando la dottrina della suprema corte dovremmo invece dire che il comune è tenuto come ogni capace *actione neg. gest. (contraria),* ma solo in casi di necessità eccezionale ed urgente. Quale di queste due formole è preferibile? A me sembra che sia preferibile la prima. Infatti o la corte suprema ha ritenuto doversi concedere l'*actio neg. gest.* per regola solo in casi di necessità eccezionale, — ed in ciò non potremmo come sarà più oltre dimostrato seguirla —; o ha ritenuto doversi richiedere questa estrema necessità solo per il comune convenuto ed allora è caduta in una contraddizione *in adjecto.* Un' *actio neg. gest. (contraria)* che sorge solo in casi di estrema necessità, non è più un'*actio neg. gest. (contraria).* Con questa teorica dunque la suprema corte giunge a risultati praticamente accettabili per una via che non è la vera. La formula da noi seguita invece riesce a contemperare i bisogni pratici colle necessità teoriche, senza violare le linee fondamentali dell'azione di gestione contraria. [69]

73. — L'incapace convenuto *actione neg. gest. (contraria)* non è tenuto che in quanto si trova arricchito al momento della *litis contestatio;* [69] però, come si è già notato nel numero pre-

[69] La Cassazione francese pone il principio che il comune può essere obbligato *neg. gest. actione (contraria)*: Sentenza 15 Luglio 1873; 19 Dicembre

cedente, egli può in certe evenienze essere tenuto anche nel *quidquid impensum est;* allora cessa l' *actio neg. gest.* e sorge l' *actio de in rem verso.* Questo principio può desumersi dalla L. 47 § 1. Dig. XLVI. 3

Marcianus libro quarto regularum

Plane ut Scevola aiebat etiamsi perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intelligitur, id est si necessariam sibi rem emit, quam necessario de suo erat emplurus: nam hoc ipso quod non est pauperior factus, locupletior est.

Questa legge considera il caso di un pupillo che ha acquistato una cosa necessaria, senza l' intervento del tutore, e decide che il venditore abbia l' azione per l' intero prezzo. Si noti che si tratta qui di un contratto conchiuso dal pupillo, e che l' azione contro di lui è sempre l' azione per l' arricchimento non già l' *actio neg. gest.* Qui deve farsi una sottile distinzione. Il venditore ha l' azione per l' intero prezzo; ma non per questo può dirsi che il contratto sia a considerarsi come se conchiuso con un capace. In altre parole la circostanza che il venditore può pretendere l' intero prezzo non deve far pensare che questo diritto gli provenga dal contratto come tale: gli proviene bensì dal fatto che essendo la cosa venduta al pupillo necessaria egli può essere considerato *arricchito nell' intero prezzo.* Ciò che qui si è detto del contraente coll' incapace, può dirsi del gestore dell' incapace. Il gestore dell' incapace ha l' azione *neg. gest. (contraria)* sempre limitata all' arricchimento; se in certi casi egli può ottenere il *quidquid impensum est* ciò non significa che in esso l' azione di gestione sia ricondotta ai suoi effetti normali,

1877. Corte di Gaud 20 Novembre 1861 Pasicrisie belge 62-2-13. Così DEMOLOMBE VIII n. 101 LAURENT XX. 360. GIORGI V. p. 32 e giurisprudenza ivi citata.

ma bensì che col fatto della gestione il gestore operò una *versione utile* per il *quidquid impensum est.* Per il *quidquid* egli avrà quindi l' azione indipendentemente dai requisiti dell' *actio neg. gest. (contraria).*

§ 3. *Dell' incapace convenuto actione neg. gest. (directa)*

BIBLIOGRAGIA: — Opere citate. VANGEROW *Lehrbuch.* (ed. 7.ª) — DEMOLOMBE op. cit. vol. VIII. — CHAMBON op. cit. — COGLIOLO op. cit. — SCHMID *Dissertatio inauguralis juridica sistens leges quasdam potiores* ecc. (praes. Hofacker) Tubingae 1787, MASSOL *De l' obligation naturelle en droit romain et en droit français.* Paris 1858.

74. — Mentre, come si è visto, la dottrina civilistica è quasi concorde nel negare il limite dell' *actio neg. gest. (contraria)* contro l' incapace, all' arricchimento, essa mostrasi invece inclinata al riconoscere un tale limite nell' *actio neg. gest. (directa)* contro l' incapace. Questa dottrina, che può dirsi unanimemente seguita dai romanisti, trae la sua precipua origine da una legge romana che conviene accuratamente esaminare. E la famosa

L. 3 § 4 Dig. III. 5: —

Ulpianus libro X ad edictum

Pupillus sane si negotia gesserit post rescriptum Divi Pii etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior; agendo autem compensationem eius quod gessit patitur.[70]

L' interpretazione che comunemente si dà di questa legge è la seguente. Se un pupillo avesse gerito affari altrui, non si sarebbe prima del rescritto del divo Pio, civilmente obbligato.[71] Dopo

[70] Questa legge va riferita unicamente all' *actio neg. gest. (directa)* e non anche alla contraria. Ciò ha evidentemente dimostrato il Thomasius op. cit.

[71] Di questo avviso era la glossa la quale a dire dello SCHMID (op. cit. p. 16) *legem sic struit, ut pupillus ipse negotia gessisse, et in id, quod factus*

questo rescritto esso venne obbligato civilmente nell' arricchimento, e rimase, come anche era prima, obbligato naturalmente in *id quod gessit.*[72] Ma già il Cuiacio sentiva, di fronte a questa interpretazione, il bisogno di emendare il testo. Come può infatti ammettersi che prima del rescritto del divo Pio il gestore pupillo non fosse civilmente obbligato *actione neg. gest. (directa)?* Finchè trattasi di conclusione di contratti si comprende il denegare azione a chi contrae con un pupillo senza l' *auctoritas tutoris,* ma dove il pupillo si obbliga per il fatto di gerire, come può ammettersi che la legge dinieghi al *dominus* del patrimonio nel quale egli si è intromesso, quell' azione che il fatto puro e semplice di gerire ha fatto sorgere? Non si avrebbe in ciò una aperta violazione del principio contenuto nella L. 46 Dig. XLIV. 7 sopra esposta, e della quale una evidente applicazione si ha già nella L. 29 Dig. X. 3?[73] Simili considerazioni indussero il Cuiacio ad emendare il testo, di modo che anzichè riferirsi al pupillo convenuto *actione neg. gest. (directa)* esso dovesse riferirsi al pupillo convenuto *actione neg. gest. (contraria).* Per questa emendazione la legge veniva così ridotta: *pupilli sane quis gessit* (i. e. *negotia); post rescriptum D. Pii pupillus conveniri neg. gest. contraria actione potest in id quod factus*

est locupletior conveniri posse censendus sit: tum vero, cum pupillus gestor domino damnum quid intulerit culpa, non posse putat actionem in illum intendi directam, nisi contraria uti velit pupillus.... Così fra i recenti MASSOL op. cit. p. 138-40. — MOLITOR *Oblig.* II p. 165 dice che il gestore incapace non è tenuto che *utiliter (?)* nell' arricchimento.

[72] CHAMBON op. cit. p. 134 — COGLIOLO op. cit. I p. 206. — VANGEROW § 279.

[73] Anche fra i civilisti riconosce taluno la stranezza del principio che sembra sancito nella L. 3 § 4 Dig. cit. Veggasi ad esempio il DEMOLOMBE op. cit. VIII. n. 92. Il MASSOL op. cit. se la cava dicendo che nella communione e nella tutela l' incapace è tenuto *parce que son interet même le command* p. 121.

est locupletior. Contro di essa insorgevano peraltro Fabro Bacovio ed altri fra i giuristi contemporanei e posteriori a Cuiacio, e al loro seguito i moderni, e insorgevano così vivacemente da disconoscere completamente, o a torto dimenticare, le ragioni che avevano sospinto il Cuiacio all' emendazione. Nell' opinione di questi scrittori non solo la legge in esame non presenta alcuna difficoltà esegetica, ma essa contiene, pienamente espresso, un concetto giusto e logico. « *Pupillus,* dice il Fabro, (ad L. 3 § 4 h. t.) *non obligatur etiam si expressim contrahat, si modo sine tutoris auctoritate. Ergo multo minus potest obligari ex quasi contractu.*

75. — Senonchè per questa reazione contro il Cuiacio la dottrina era tratta in un opposto e forse più deplorevole indirizzo. Cuiacio infatti emendava la legge per salvare un principio; la dottrina posteriore ammetteva un principio per non sapere spiegare altrimenti la legge e per volerla serbare intatta. Bisognerebbe invece evitare l' uno e l' altro estremo. Il Thomasius,[74] che ha così brillantemente confutata l' opinione del Fabro e dei suoi seguaci, non ha creduto possibile alcuna interpretazione della legge nostra che non urti coi principi. Bisogna dice egli, *cum pace lectionis Florentinae textum corrigere et tali qnidem modo ut simul obiectiones tollantur quae opponebantur emendationi Cuiacianae.* A ciò propone di leggere: « *pupillus sane, si quis eius negotia gesserit, post rescriptum divi Pii etiam (id est non tantum tutor pupilli) conveniri potest in id quod factus est locupletior, (ex natura actionis neg. gest. contraria*[75]*)* » *Actor* (non *agendo) autem compensationem ejus, quod*

[74] Op. cit. p. 249.

[75] Op. cit. p. 252.

gessit (id est quod ex actione neg. gest. directa pupillo reddere debebat) *patitur. Ita,* conclude poi il Thomasius, *puto omnia plana esse.* Ma di questa emendazione può dirsi che è altrettanto insostenibile quanto è ingegnosa. È insostenibile perchè arbitraria, perchè renderebbe la dizione del testo contorta e non latina, perchè infine presuppone vera, la opinione del suo autore sulla locupletazione *ex natura actionis neg. gest. (contraria),* [76] la quale è invece, come sarà dimostrato, del tutto arbitraria. Così dalla critica siamo ricondotti alla difficoltà del testo che dobbiamo tentare di risolvere.

76. — La difficoltà della interpretazione letterale del testo consiste nello spiegare l' *etiam conveniri in id.....* La opinione comune ottiene questa spiegazione affermando che prima del rescritto del divo Pio il gestore pupillo non poteva essere convenuto affatto. Essa dunque pone come certo due fatti: 1. che l' *actio neg. gest. (directa)* contro il pupillo fu primieramente introdotta mercè il rescritto del Divo Pio. 2. che anche dopo questo rescritto non tendeva che all' arricchimento. Noi invece neghiamo recisamente l' uno e l' altro. Crediamo che anche prima del rescritto il gestore pupillo fosse tenuto *actione neg. gest. (directa),* e che prima e dopo fosse tenuto illimitatamente. Giustificare queste affermazioni, spiegare in conformità con esse il testo, ecco il compito che ci si presenta.

77. — Un argomento in nostro favore ci si offre tosto che si consideri lo scopo del rescritto del divo Pio al quale si richiama il testo in esame. In questo rescritto l' imperatore decideva che da un contratto conchiuso con un incapace non assistito dal tutore, sorgesse per il capace un' azione utile limitata all' arricchi-

[76] Vedi più avanti il capitolo sull' utilità della gestione.

mento. [77] Il rescritto contemplava quindi il caso di un incapace obbligantesi *ex contractu* non già il caso dell'incapace obbligantesi *ex re.* Questa è già una circostanza della massima importanza poichè le ragioni pratiche che inducono la incapacità ad obbligarsi per contratto non esistono per ciò che riguarda le obbligazioni *ex re.* D' altra parte l' argomento che può da esso trarsi è confortato da altre considerazioni tratte dalla L. 3 Dig. XIII. 6. Trattasi in questa, e nelle precedenti leggi, di un commodato conchiuso da un capace con un incapace. Siccome, dice il giurista, il contratto *ab initio non constitit,* così non sorge l' *actio commodati* contro l' incapace, *sed,* (L. 2 eod.) *ad exibendum adversus eum dabitur* (i. e. *actio*), *ut res exibita vindicetur.* Ma poi Ulpiano prosegue: *sed mihi videtur si locupletior pupillus factus sit, dandam utilem commodati actionem, secundum divi Pii rescripti.* Ora in che poteva consistere la locupletazione a cui vi riferiva Ulpiano? Non certamente in una diminuzione di valore della cosa che fosse ridondata a vantaggio dell' incapace (arg. L. 3 § 1 e 2 *eod);* doveva bensì essere provenuta da atti o negozi compiuti colla cosa o sulla cosa commodata i quali senza menomarne il valore avessero prodotto un arricchimento per l' incapace. L' illazione che da questa legge crediamo possa trarsi è la seguente: anche nel caso del pupillo gestore il *dominus* era completamente tutelato di fronte ai danni che dalla gestione gli potevano provenire; ma *quid* nel caso che il gestore pur lasciando intatta la sostanza del patrimonio del *dominus,* avesse per essa ritratto dei lucri? Li avrebbe dovuti restituire al *dominus* o avrebbe invece potuto ritenerli? A ciò potrebbe riferirsi la L. 3 § 4 Dig. III 5 *considerata nella compilazione giustinianea.*

[77] VANGEROW *Lehrbuch* I pp. 514-15.

78. — Questa interpretazione della legge potrà sembrare a taluno strana ed arbitraria; perciò è necessario maggiormente confortarla. A ciò può servire la seguente osservazione. Intesa come viene generalmente la legge non avrebbe, per chi acutamente la consideri, senso alcuno. Data la gestione dell'incapace non si può infatti immaginare una ipotesi nella quale l'essere egli tenuto nell'*id quod locupletior factus sit,* rappresenti una limitazione dell'azione contro di lui mossa. E valga il vero: o il gestore ha gerito arrecando un pregiudizio al patrimonio del *dominus,* o ha gerito traendone un vantaggio. In questa ultima ipotesi egli può essere tenuto *in id quod locupletior factus est,* nell'altra il punto di vista dell'arricchimento del gestore sparisce di fronte al punto di vista del danneggiamento subito dal *dominus.* Ora appunto in questa ipotesi l'essere tenuto, *actione directa,* in *id quod locupletior factus est* non rappresenta già un limite arrecato alla responsabilità del gestore incapace, ma rappresenta invece la più assoluta responsabilità del medesimo. Questa considerazione sostanziale toglie se non erriamo, efficacia all'opinione comune, per darne a quella da noi qui sostenuta.

79. — Colla guida della quale riprendiamo finalmente il testo, e vediamo come esso possa essere inteso. Escluso che l'*etiam* si riferisca al *conveniri;* escluso che si riferisca ad un inciso sotto inteso, come vorrebbe Thomasius [78], non resta che riferirlo all'*in id quod locupletior factus est.* Il testo direbbe quindi: « il pupillo che ha gerito affari altrui, dopo il rescritto del divo Pio, non solo è tenuto al rifacimento dei danni ed alla restituzione degli affari trattati, ma è anche tenuto a restituire qualunque lucro che abbia mediante la gestione ottenuta. » Accolta questa

[78] Vedi sopra p. 99.

spiegazione la seconda parte del testo non esprimerebbe già un contrapposto fra l'obbligazione civile limitata all'arricchimento, e l'obbligazione naturale illimitata, [79] contrapposto che non può esistere (dappoichè l'essere obbligato *in id quod locupletior....* indica nel nostro testo essere obbligato illimitatamente) ma conterebbe invece un completamento della prima parte che può così tradursi: « se poi il pupillo si fa attore deve subire la compensazione di tutti i danni dati, della non prestata diligenza ecc. ecc. » Nè potrebbe pensarsi ostare a questa interpretazione dogmatica l'*autem* che si trova nella seconda parte del testo poichè questa congiunzione esprime naturalmente come gli è noto non già contrapposto, ma concatenazione di idee diverse. [80]

80. — Come abbiamo sopra detto sosteniamo questa interpretazione del testo pel diritto giustinianeo. E la sosteniamo soltanto pel diritto giustinianeo poichè sembraci esistano sufficienti argomenti per dubitare che malaccortamente i compilatori abbiano inserito nella L. 3 Dig. III. 5 il nostro frammento. Il Cuiacio nota acutamente essere strano che nel § 4 si parli di un pupillo gestore proprio dove commentando la voce *alterius* dell'editto sarebbe stato più proprio discorrere del *dominus.* Ma l'osservazione per quanto propria non giustifica l'emendazione che egli propone. Pensando all'ampio significato che nelle fonti romane ha la voce *negotia genere,* noi saremmo piuttosto proclivi a pensare che il frammento nel suo originario contesto, anzichè

[79] Anche il Brandis *(Giesser Zeitschrift* VII. p. 179) sostiene l'identità di significato delle due frasi: *id quod gessit,* ed *id quod factus est locupletior,* ma con scopo ben diverso; collo scopo cioè di *limitare anche l'obbligazione naturale all'arricchimento.*

[80] Veggansi L. 3 § 1 Dig. XXXVII. 4; L. 1 § 4 Dig. XXV. 6; L. 5 § 1 Dig. XLIV. 7; L. 16 § 2 Dig. XXXVI. 1. Heumann *Handlexicon zu den Quellen des röm. Rechts* 1867 s. v. *autem.*

riguardare una gestione oggettiva di un incapace nel patrimonio di un capace, considerasse la trattazione di affari propri del incapace con terzi capaci. Per questa ipotesi perfettamente calzerebbe la citazione del rescritto del divo Pio. In quanto gerendo i propri affari il pupillo avesse contratto con persone capaci sarebbe obbligato civilmente solo nell' arricchimento, per via di compensazione nel tutto. I compilatori frattanto o mal interpretando la frase *negotia gesserit* nel contesto originale, o riducendola al significato di gerire affari altrui, avrebbero insinuato nel titolo de *negotiis gestis* un frammento che solo artificialmente può essere con riguardo alla teoria della gestione interpretato.

81. — Da tutto ciò che siam venuti sopra dicendo facilmente si argomenta che nessun sostegno può trarre la dottrina civilistica dalla legge 3 § 4 cit. Piuttosto gli argomenti svolti nella esegesi di questa legge potrebbero essere considerati come un primo fondamento della opinione contraria. Tuttavia la dottrina dei romanisti circa alla obbligazione del gestore convenuto *actione neg. gest. (directa)* è stata accolta come romana, e sostenuta applicabile per diritto moderno, da una numerosa schiera di civilisti, e con altrettanto ardore con quanto si è combattuta la dottrina veramente romana circa all' incapace convenuto *actione neg. gest. (contraria)!* Questo indirizzo risale al Pothier. « *Une femme mariée, n' est pas capable des obligations qui naissent de quelque contrat que ce soit, ni de celle qui naissent d' une acceptation de succession, ou d' une gestion d' affaires d' autrui.* »[81] Ma già nel Domat. trovansi le origini di quello apposto[82] e che a noi sembra giusto e che cercheremo dimostrare tale.

[81] *De la puissance du mari* n. 50.

[82] *Lois civil.* lib. II. tit. IV Scet. n. 10. Devesi però notare che il Guenée ha tentato di provare che questo brano del Domat non contradice a quello di Pothier; vedi op. cit. p. 330 331.

82. — È frattanto interessante notare che l' opinione da noi avversata viene dai civilisti principalmente fondata su testi di legge i quali sono a nostro avviso indifferenti per la presente controversia. Si citano infatti gli art. 1123 e 1124 del codice civile francese e gli art. 1106 1107 corrispondenti del codice italiano. Si dice che le disposizioni in questi articoli contenute in riguardo alla capacità di contrattare devono essere in omaggio alla buona logica forense[83] applicate anche alla capacità nei quasi-contratti. Si dice inoltre che la legge ha dimostrato anche sufficientemente di volere estendere ai quasi contratti le regole riguardanti la capacità contrattuale, esplicitamente stabilendo essere irrilevante la capacità di obbligarsi per contratto solo nelle obbligazioni sorgenti da delitto o da quasi-delitto (art 1306 Cod. civ. it. art. 1310 cod. fr.). E si conclude da quelle disposizioni argomentando per analogia, da queste *a contrariis* che per obbligarsi *come gestori* è necessaria la capacità di contrattare.

Ma chi consideri imparzialmente gli articoli di legge dai quali così diversamente si argomenta, non potrà a meno di riconoscere che anzichè consono alla buona logica forense un tal metodo è arbitrario ed inconcludente. Gli articoli riguardanti la capacità di contrattare al pari di quelli riguardanti la capacità di obbligarsi *ex delicto* e *quasi ex delicto* sono concepiti in una forma generica, e sono anche in tal guisa situati nel codice da non permettere di trarre da loro alcuna efficace illazione. Sì che, noi potremmo, con altrettanta efficacia invertire l' ordine dell' argomentazione e dagli articoli riguardanti la capacità nei contratti argomentare *a contrariis,* da quelli riguardanti la capacità nei delitti e quasi delitti argomentare per analogia, giungendo così con un apparente sussidio dei testi legislativi

[83] Giorgi V. p. 36.

a quelle conclusioni che crediamo vere. Non seguiremo però l'esempio datoci dagli avversari, e concluderemo invece affermando che dagli articoli di legge fin quì citati non può trarsi argomento alcuno; chè se credettero poterne trarre dotti scrittori ciò non può spiegarsi che pensando alla influenza su di essi esercitata dalla dottrina quasi contrattuale, la quale bandita in tesi astratta, ritorna e riappare nelle pratiche applicazioni dell'istituto della gestione.[84]

83. — Gli argomenti razionali che si adducono dagli avversari non hanno maggior fondamento di quelli testuali. Si dice infatti che si renderebbe frustanea la protezione dalla legge accordata agli incapaci se si permettesse che questi potessero restare obbligati *quasi ex contractu;* — si dice che si lascierebbe per tal guisa aperta all'incapace la via alla propria ruina — il che non deve essere.[85] — Ma a tali considerazioni può rispondersi che la legge dettando le due disposizioni sulla capacità a contrarre ha inteso proteggere gli incapaci non già da qualsiasi

[84] Dobbiamo anche notare in questo proposito che il Demolombe (op. cit. VIII. p. 92-93) e VALLETTE SUR PROUDHON (vol. II. p. 464.) sostengono la tesi da noi avversata fondandosi anche sull'art. 217 del cod. fr. che dispone non potere la donna maritata *alienare* senza il concorso del marito nell'atto o senza il suo consenso per iscritto. Alienare dice il Demolombe si può in due modi: direttamente o indirettamente contraendo delle obbligazioni quasi contrattuali. Ora se si ammettesse che la donna maritata potesse obbligarsi come gestrice d'affari, si ammetterebbe in lei quella capacità di alienare che gli è negata dall'art. 217. La erroneità di questa argomentazione è così palesa che non vale insistervi. È evidente che l'art. 217 si riferisce unicamente a vere e proprie alienazioni; non a qualsiasi atto per il quale la donna può restare personalmente obbligata. D'altra parte se si potesse attribuire alla voce *alienare* nell'art. 217 il senso lato attribuitole da Demolombe, bisognerebbe ritenere la donna assolutamente incapace di obbligarsi non solo *quasi ex contractu* ma anche *quasi ex delicto.*

[85] GUENÉE op. cit. p. 333.

danno, ma da quei danni che loro potrebbero provenire da contratti conchiusi con persone ritenute normalmente più atte a comprendere l'utilità di un negozio è facilmente disposte a cercare il proprio vantaggio a danno dell'inesperto contraente. Gli è dunque evidente che così argomentando gli avversari incappano in una petizione di principio. Poichè il loro ragionamento solo allora calzerebbe quando fosse dimostrato, ciò che per esso vuolsi invece dimostrare: che cioè la legge ha ritenute applicabili ai quasi contratti le disposizioni sulla capacità riguardanti i contratti. Vero è che gli scrittori si richiamano al requisito della *volontarietà* della gestione: ma anche in ciò con poco felice ispirazione. Accogliendo una distinzione, che è nel codice tutta formale, fra obbligazioni che sorgono dalla legge e obbligazioni che sorgono da un fatto volontario dell'uomo, sostengono essere in queste ultime necessaria la capacità di contrarre.[86] Che debba, a nostro avviso intendersi per *volontarietà* abbiamo cercato determinare più oltre. I risultati ottenuti in quella ricerca sono certamente, se esatti, sufficienti a farci respingere la distinzione in discorso. Ma giova notare che non sono a ciò necessarii. Accogliamo infatti per un momento questa distinzione; essa non ci potrà in ogni modo condurre alle conseguenze dagli avversari volute. Un fatto volontario generico quale è quello di gerire gli affari altrui, non può, nè deve in alcun modo andar confuso con quell'atto volontario specifico, e specialmente preso in considerazione dalla legge, che è costituito

[86] A questa distinzione si appellano tutti gli scrittori che sostengono non potersi l'incapace a contrarre obbligarsi *negotiorum gestorum actione (directa).* Veggasi e. g. GUENÉE op. cit. p. 329. — GIORGI op. cit. vol. IV. p. 17 e vol. V. p. 36. SCHMIT *Des engagements qui se forment sans convention* Paris 1877 p. 27. Che la volontarietà non debba essere in questo senso intesa sarà più oltre dimostrato.

dalla prestazione del consenso in un contratto. Questa distinzione è rispondente alla natura delle cose e trovavasi già riconosciuta nelle fonti romane onde Donello in riguardo alla capacità di obbligarsi come gestore del furioso diceva: *Non obstat quod in § furiosus Inst. de inutil stipulat, dicitur furiosum nullum negotium gerere posse: hic enim gerere pro contrahere positum est ut indicat regula juris in L. in negotiis infra de regulis juris, quae ita concepta est ut neget furiosum ullum negotium, non gerere sed contrahere posse.* [87]

84. — Dopo aver sostenuto che le persone incapaci di obbligarsi contrattualmente sono altresì incapaci ad obbligarsi *quasi ex contractu,* la dottrina da noi avversata, ad evitare l' ingiusto danno che da essa potrebbe derivare ai *domini,* s' affretta a concedere loro altri mezzi giuridici. Anzitutto l' azione per danni (art. 1382-1383 cod. fr. 1151, 1152, 1153 cod. it.) poichè anche l' incapace può obbligarsi *quasi ex delicto* ed *ex delicto* (art. 1310 Cod. fr. art. 1306 Cod. civ. it.). Secondariamente l' *actio de in rem verso* a tenore dell' art. 1312 Cod. fr. e dell' art. 1307 del cod. civ. italiano. Ma questo spediente non solo non sembra ammissibile dal punto di vista giuridico ricostruttivo; sembra anche inaccettabile nelle conseguenze pratiche che da esso si fanno discendere. Dal punto di vista ricostruttivo, esso presuppone che il fondamento dell' obbligazione del gestore sia riposto in quei requisiti che costituiscono invece il fondamento dei suoi eventuali diritti; cioè l' utilità della gestione, la volontà di gerire per altri: il che è erroneo. [88] Il gestore può essere obbligato come tale anche quando la sua gestione non sia stata utile, nè con

[87] Donello Opera vol. X (et Florentiae) ad L. 12 Dig. XII. 1 p. 234.
[88] Veggasi sopra pp.

quell' *animus* intrapresa, poichè il fondamendo della sua obbligazione è tutto riposto nell' alienità dei negozi da lui trattati. Supposta quindi una gestione non utile, e non *animo negotia alterius gerendi coepta,* gli è arbitrario concedere contro il gestore l' azione di danni e negargli quella di gestione. Ma vi ha di più: la dottrina da noi avversata concede contro il gestore un' *actio de in rem verso* tendente non già al rifacimento dei danni dal *dominus* sofferto, (chè a ciò nell' opinione avversata provvede l' azione dell' art. 1151), ma ad ottenere la restituzione dei lucri dal gestore ritratto gerendo affari del *dominus.* Ora questa azione, per concorde e giusto parere anche di quelli che la sostengono in linea generale applicabile nella nostra legislazione, compete solo in mancanza di *rimedi più diretti;* [89] nella sua applicazione alla gestione compiuta dall' incapace essa sarebbe quindi soltanto allora fondata quando non fosse già attuato il giuridico fondamento dell' *actio neg. gest. (directa)* che è il *mezzo più diretto* per conseguire l' arricchimento dal gestore ottenuto. Gli è pertanto strano che sia sfuggita in questo riguardo agli avversari una considerazione altrettanto semplice quanto decisiva in nostro favore. Ed è questa: che a dimostrare l' arricchimento nel caso presente è necessario dimostrare che il lucro tratto dal gestore fu tratto gerendo affari altrui. Onde non sa concepirsi come dimostrata *l' alienità dei negozi* che è in se e per se requisito sufficiente a dar vita all' *actio neg. gest. (directa)* [90], si senta poi il bisogno di ricorrere all' actio *de in rem verso* la quale solo allora sarebbe e necessaria ed applicabile quando mancasse quell' azione!

[89] Giorgi op. cit. VI. p. 30.
[90] Che unico requisito dell' *actio neg. gest. (directa)* sia l' alienità dei negozi trattati dal gestore ammettono, sebbene senza definire poi che debbasi intendere per alienità, molti scrittori che pure sostengono la tesi da noi

85. — Ed ora passiamo ad esaminare le conseguenze pratiche che dalla teoria da noi avversata si vorrebbero trarre. Queste sono due: 1. — il gestore incapace non sarebbe tenuto a continuare la gestione — 2. — il gestore incapace sarebbe tenuto responsabile della colpa con minor rigore.[91] Per misurare l'importanza del primo di questi due principi bisogna determinare che s'intenda per l'obbligo di continuare la gestione. In questo proposito è viva la discussione e le opinioni sono diverse. Ma se è vero quanto noi abbiamo tentato dimostrare più innanzi; che cioè la legge ritiene obbligato il gestore a continuare la gestione solo in quanto il tralasciarla può essergli ascritto a colpa di fronte alle circostanze nelle quali la gestione fu da esso iniziata, noi dovremo concludere respingendo assolutamente ogni distinzione fra gestore capace ed incapace in riguardo agli obblighi imposti dall'art. 1143 del cod. civ. italiano. Circa poi al secondo dei principi sopra esposti si possono fare due considerazioni. La prima è che esso riposa tutto sopra un concetto niente affatto giuridico che trasporta nel campo della responsabilità civile la teoria di dritto penale delle attenuanti. La seconda considerazione è di diritto positivo. L'art. 1143 cod. civ. dispone che l'autorità giudiziaria può moderare *la valutazione dei danni* che fossero derivati da colpa o negligenza dell'amministratore, *secondo le circostanze che lo hanno indotto ad assumere l'affare.* Tra queste circostanze non può certamente porsi *l'incapacità del gestore a contrarre;* il gestore *incapace* deve quindi

combattuta nel testo. Quelli che non convengono con noi nell'attribuire un tale unico fondamento giuridico all'*actio directa*, sono nel sostenere la tesi nel testo combattuta in riguardo alla capacità del gestore certamente più logici, ma egualmente in errore se a noi è riescito a confutare il principio da cui prendono le mosse.

[91] Così Demolombe op. cit. VIII. p. 94. — Maisonnier op. cit. p. 147.

essere tenuto al pari del capace, e solo al pari di questo può, nelle determinate circostanze, invocare dal giudice una *moderazione* nella valutazione dei danni da lui arrecati al *dominus.*

86. — Raccogliendo le fila della nostra minuta requisitoria concludiamo respingendo assolutamente la teoria che ritiene essenziale nel gestore la capacità di contrarre per essere come gestore obbligato. Questa teoria ha una ragion d'essere tutta storica. La dottrina moderna infatti l'ereditò da Pothier il quale più che dalle fonti romane, l'aveva alla sua volta ereditata dal diritto comune, insieme alla dottrina per eccellenza medioevale del quasi-contratto. Il codice francese ed i successivi italiani avrebbero potuto legislativamente accoglierla, e non lo fecero: essi accolsero però il nome del concetto al quale essa direttamente si ricollega: il quasi contratto. Col concetto del quasi-contratto pertanto e massimamente con questo avrebbe dovuto naturalmente sostenerla poi la dottrina civilistica. Ma si ebbe invece una curiosa apparizione: i civilisti si levarono quasi concordemente a combattere e la classificazione legislativa delle obbligazioni, ed il concetto del quasi contratto, ma poi conservarono quella dottrina sulla capacità del gestore convenuto *actione negotiorum gestorum (directa)* che era la più diretta conseguenza di quel concetto. Il vero torto dei legislatori moderni dice il Giorgi[92] è di non avere addirittura soppressi i quasi contratto; ma però soggiunge poi[93] devesi sulle orme del dritto romano ritenere anche sotto l'impero dei codici moderni a tipo francese, che il pupillo non si obbliga per quasi contratto che nell'arricchimento! Strano esempio di incongruenza poichè se è necessario

[92] Op. cit. vol. V. p. 17.
[93] Op. cit. vol. V. p. 35.

e giusto combattere il concetto del quasi contratto, ciò è in quanto lo si combatta nelle sue conseguenze pratiche, chè a far quistioni di parole e di forma non havvi alcun vivo interesse. Ma strana apparizione, questa che noi abbiamo combattuta, anche da un altro punto di vista: se le nostre considerazioni sul presente quesito in diritto romano fossero giuste noi ci troveremmo infatti di fronte ad un caso non infrequente nella dottrina civilistica: di una teoria per la quale si invoca a torto l'autorità del diritto romano. Il diritto romano infatti non professò, a nostro avviso, la dottrina che qui abbiamo per diritto civile combattuta: egli professò quella che abbiamo sostenuta tuttora vera pel diritto vigente e che discende come logica e necessaria conseguenza dalla partizione sostenuta delle obbligazioni in due grandi categorie: obbligazioni *ex contractu,* obbligazioni *ex re.* Il minorenne, il furioso, l'interdetto, la donna maritata possono, gerendo, obbligarsi, e non solo nell'arricchimento, ma in tutto e per tutto al pari di ogni capace.[94]

§ 4. — *Dell' incapace attore actione neg. gest. (contraria) e actione neg. gest. (directa)*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate.

87. — Lo svolgimento logico dei principii posti nei precedenti paragrafi ci porta necessariamente ad affermare che il

[94] Il caso della donna maritata è il più controverso. Vedi Guenée op. cit. p. 333 che sostiene non potersi la donna maritata obbligarsi *quasi ex contractu* sugli art. 1124 e 217 cod. fr; — Giorgi V. p. 37 e Cogliolo op. cit. I. 209-210 che sostengono al contrario essere la donna maritata capace ad obbligarsi *quasi ex contractu* anche senza l'autorizzazione maritale. Ciò che è detto nel testo circa al furioso, al minorenne e all'interdetto va soggetto alle limitazioni arrecate dall'art. 1153.

gestore incapace può con piena efficacia agire *actione neg. gest. (contraria)* contro il *dominus* capace. Ed è naturale ed equo che così sia. Si pensi infatti alla ipotesi di un pupillo che conchiude un contratto bilaterale *sine tutore auctore.*[95] Sorge in questa ipotesi un rapporto giuridico bilaterale che obbliga solo una parte (così detto *negotium claudicans),* e comunque vogliasi giuridicamente costruire questo rapporto,[96] certo è che il capace non può opporre l'incapacità del suo contraente. Questo principio è espressamente sancito nel codice civile all'art. 1107. Se dunque il capace non può opporre l'incapacità del suo contraente tanto meno potrà opporre quella del suo gestore. Non avrebbe a ciò veste, nè interesse. Così la L. 3 § 4 Dig. h. t. ammette che il pupillo gestore possa agire illimitatamente « *agendo autem....* ».

88. — Quanto si è detto del pupillo vale per l'interdetto per l'inabilitato e per la donna maritata. Naturalmente al sorgere dell' *actio negotiorum gestorum (contraria)* in loro favore è necessario sieno attuati i requisiti suoi propri, e ciò arreca una notevole limitazione a quanto siamo venuti dicendo. Al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria)* è necessario che il gestore abbia gerito utilmente e coll' *animus negotia aliena gerendi.* Questo *animus* non deve andare confuso col consenso prestato nei contratti, ma è una intenzione generica di gerire per altri, intenzione conscia, di regola presunta quando vi sia nel gestore

[95] Inst. pr. I, 21; L. 13 § 29 Dig XIX 1, L. 1, 7 § 1 Dig. XVIII. 5.

[96] Alcuni scrittori costruiscono il *negotium clandicans* dicendo che la validità del contratto dipende dall'arbitrio di una delle parti; altri dicono invece che una sola parte è obbligata, ma che l'altra agirebbe contro il contenuto del contratto se pretendesse l'esecuzione di quella obbligazione senza da parte sua adempire agli obblighi (sebbene invalidamente) assunti. Altri infine credono che solo una parte sia obbligata, ma non già obbligata, assolutamente, ma solo di fronte alla controprestazione della parte non obbligata.

la *scientia negotia aliena gerendi.* A che il gestore incapace possa muovere la sua azione gli è pertanto necessario che egli sia in tali condizioni fisiche ed intellettuali da potere avere quella generica volontà. Viene quì in considerazione la capacità naturale: chi non è in grado di distinguere ciò che è proprio da ciò che è altrui; chi non ha, in una parola, coscienza degli atti che compie non può acquistare gerendo l' azione di gestione contraria. Il pazzo, il fanciullo, il cretino non possono essere gestori; macchinalmente gerendo essi non possono acquistare che un'azione per l' arricchimento contro il *dominus* degli affari geriti. I prodotti delle loro attività vengono considerati come prodotti di un caso fortuito, che avesse, a detrimento del loro patrimonio, arricchito quello di un capace.

89. — Sull' incapace attore *actione neg. gest. (directa)* basteranno poche parole. Questa azione sorge per il fatto di essersi alcuno intromesso gerendo nella sfera patrimoniale altrui; ha dunque un fondamento puramente oggettivo e però compete in ogni caso, quali si sieno le condizioni subbiettive della persona cui compete. Anche il pazzo, il fanciullo ed il cretino acquistano l' *actio neg. gest. (directa),* e solo l' esercizio di tale azione potrà essere per legge deferito ad altra persona. Tuttavia conviene in questo proposito tenere ben distinta la gestione oggettiva dalla gestione come forma di rappresentanza, e limitare a quella i principi qui posti. Ove è necessaria la ratifica del *dominus* non solo richiedesi la capacità naturale, ma anche quella civile.

---

§ 4. — *Dei casi nei quali l' inizio e la fine della gestione trovano una diversa capacità nel dominus e nel gestore*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate.

90. — Dei vari casi, nei quali l' inizio e la fine della gestione trovano una diversa capacità nel *dominus* e nel gestore, l' unico che abbia un interesse pratico si è quello del *dominus* incapace che diventa capace durante la gestione. Se infatti solo l' azione *neg. gest. (contraria)* contro il *dominus* incapace è limitata all' arricchimento, solo per questa sarà necessario ed utile studiare quali effetti la mutata capacità del *dominus* medesimo possa avere in riguardo al contenuto dell' azione contro di lui sorta. Gli scrittori che sostengono invece essere limitata all' arricchimento l' azione *neg. gest. (directa)* contro il gestore incapace dovrebbero per questa ipotesi sollevare la questione. Ma di essi solo il Cogliolo la pone e risolve. Egli ritiene che in questa ipotesi il gestore debba rispondere di tutto in riguardo a ciò che fece mentre era già capace e fino al solo arricchimento in riguardo a ciò che fece prima. In questo proposito non possiamo che rimetterci a quanto siamo venuti sostenendo nel § 2 circa al gestore incapace convenuto *actione neg. gest. (directa).*[97]

---

[97] Op. cit. I p. 211. Contrariamente il Ruhstrat. Se il dominus, dice egli (Iahrb. für die Dogm. vol. XIX (VII) p. 238) al momento « wo durch den Beginn der Verwaltung mit ihm contraihrt wurde, unmündig gewesen und im Laufe der Verwaltung mündig geworden, so kann er auch auf Grund der, nach Eintrit der Mündigkeit, vorgenommenen Verwaltungshandlungen nur bis zum Belauf der Bereicherung in Anspruch genommeu werden, da dieselhe nur die Erfüllung des mit dem Unmündigen eingegangenen Rechtsverhältnisses sind. » Se all' opposto al momento della *initium gestionis* il dominus era capace, come tale è tenuto anche se posteriormente è divenuto incapace L. 15 (14) Dig. h. t.

91. — Nelle fonti romane sono prese in considerazione varie fattispecie nelle quali si suppone che il *dominus* della gestione sia divenuto capace durante la gestione.

L. 14 (15) Dig. III 5.

Paulus libro nono ad Edictum

Pomponius libro vicensimo sexto in negotiis gestis initio cuiusque temporis condicionem spectandam ait. quid enim, inquit, si pupilli negotia coeperim gerere et inter moras pubes factus sit? vel servi aut filii familias et interea liber aut pater familias effectus sit? hoc et ego verius esse didici, nisi si ab initio quasi unum negotium gesturus accessero, deinde alio animo ad alterum accessero eo tempore, quo iam pubes vel liber vel pater familias effectus est: hic enim quasi plura negotia gesta sunt et pro qualitate personarum et actio formatur et condemnatio moderatur.

Il giurista, come già rileva la glossa, tratta evidentemente in questa legge il caso di una *variatio circa statum eius cuius negotium geritur.* E tratta questo caso in riguardo all' azione *neg. gest. (contraria)* da accordarsi al gestore. Bisogna distinguere, dice egli, due diverse ipotesi: α) o il gestore assunse l' amministrazione di tutti gli affari dell' incapace mentre questi era incapace, β) o il gestore assunse un affare dell' incapace mentre egli era ancora tale, e poscia ne assunse un secondo mentre egli era già capace. In questa seconda ipotesi, soggiunge poi, abbiamo due diverse gestioni, quindi due azioni, l' una delle quali tende al *quidquid* l' altra all' arricchimento soltanto.

92. — Dobbiamo anzitutto notare che l' opinione enunciata da Paolo nella L. 14 (15) cit. non è confortata dall' autorità di Pomponio come a torto afferma Chambon. [98] Essa è piuttosto a quella

[98] Op. cit. p. 136.

contrapposta. Pomponio sosteneva: — *initio cuiusque temporis condicionem spectandam;* sosteneva cioè doversi considerare il gestore di fronte al *dominus* in diverse posizioni da un istante all' altro, diversamente cioè nel momento in cui il *dominus* è ancora incapace da quello susseguente nel quale è già capace. Paolo invece riteneva *(hoc et ego verius.....)* doversi considerare se gli atti compiuti; dopo che il *dominus* era divenuto capace, costituivano una nuova gestione; accordando solo in questa ipotesi una diversa *condemnatio.* Con questa decisione di Paolo, e colla L. 15 (16) Dig. h. t., si sostiene da molti chiari scrittori [99] che il gestore dell' incapace divenuto capace, non può pretendere rifacimento delle spese incontrate, anche dopo che il *dominus* era divenuto capace, che nell' arricchimento al momento della *litis contestatio.* E si giustifica questa opinione col dire che l' inizio di ogni contratto deve essere preso come il punto essenziale per la natura dell' atto stesso « *uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam* » (L. 8 pr. Dig. XVII. 1.). Poichè coll' inizio della gestione, è già sorto il quasi contratto, dice Chambon, e poichè da esso prendono vita gli obblighi del *dominus,* così, per determinare l' entità degli obblighi del *dominus,* bisogna risalire al momento in cui fu iniziata la *negotiorum gestio.* Ora poichè il *dominus* non poteva in quel momento, per quella gestione, essere obbligato che nell' arricchimento, così non potrà nessun avvenimento posteriore, (quale si è quello delle sue mutate condizioni di capacità) aumentare la sua responsabilità. [100]

93. — Non possiamo accettare questa opinione. La legge sopra trascritta infatti, se la si considera fuori della legislazione giustinianea, contiene due diverse opinioni delle quali la prima

[99] Chambon op. cit. 137. — Ruhstrat l. c. — Cogliolo op. cit. I 203.
[100] Chambon l. c.

ci sembra, per le ragioni che verremo esponendo più oltre, preferibile. Se poi la si considera nella legislazione giustinianea può essere interpretata in modo da non urtare contro quella opinione che a noi sembra più giusta. Paolo infatti dice che non si può *formare actionem et condemnationem pro qualitate personarum* se non quando vi sieno due diverse e distinte gestioni; ma non dice che pur concedendosi l'azione in base a quell'*initium gestionis* che si verificò essendo il *dominus* incapace, non si possano poi chiedere *(imploratione officii judicis)* tutte le spese che *utilmente* si incontrarono dal gestore mentre il *dominus* era già capace. Tra il dire che dalla gestione, compiuta mentre il *dominus* era già capace, non può sorgere una nuova e propria azione rivolta al *quidquid* se non quando questa gestione stia a se, e viva di una vita indipendente da quella che fu compiuta essendo il *dominus* incapace, al dire che il gestore non possa di fronte al *dominus* divenuto capace, per la gestione compiuta dopo che egli era tale, accampare che i diritti che egli aveva di fronte al *dominus* incapace per la gestione compiuta mentre era tale, vi ha un concetto intermedio che può così formularsi. Quando la gestione compiuta dopo che il *dominus* era divenuto capace, non può essere considerata indipendente da quella compiuta prima, non sorge che una sola azione, la quale può essere limitata all'arricchimento in quanto e per quanto esista la ragione di questa limitazione che è a vedersi nella incapacità del *dominus*.

94. — Riteniamo che questa sia la soluzione da darsi al quesito in esame anche per diritto moderno. Ma quale ne è il fondamento giuridico? Quì si manifesta l'utilità di avere determinato quale sia l'indole dell'azione *neg. gest. (contraria)* contro il *dominus* incapace. Abbiamo sostenuto che questa è una vera e propria azione di gestione, con effetti limitati per una causa

esterna: l'incapacità del *dominus*. Ma ben si noti che a questa incapacità abbiamo attribuito l'effetto in discorso, non perchè ritenessimo essere nelle obbligazioni *quasi ex contractu,* come in quelle *ex contractu,* necessario, al sorgere del rapporto giuridico, la capacità delle parti; ma perchè nel caso del pupillo non riconoscevamo quelle ragioni di interesse pubblico che avevano resa necessaria, ed introdotta nel sistema, l'*actio neg. gest. (contraria)* colla sua peculiare efficacia. Ora se questi sono giusti principi, noi potremo pienamente giustificare l'opinione che qui sosteniamo. Appena l'incapace diviene capace vien meno il fondamento della limitazione posta alla azione del gestore e quindi necessariamente anche la limitazione medesima. L'utilità della gestione che non poteva finchè durava l'incapacità produrre l'effetto suo proprio, di dare cioè al gestore diritto al pieno risarcimento delle spese incontrate nello svolgimento della gestione medesima, riprende vita e vigore per gli atti successivi al momento in cui il *dominus* è divenuto capace.

95. — Si è sempre presupposto nel ragionamento precedente che la gestione fosse stata intrapresa utilmente e coll'*animus negotia aliena gerendi.* Che dovrà dirsi nell'ipotesi contraria? Il *dominus* divenuto capace conserverà naturalmente la sua azione diretta contro il gestore ed il gestore non avrà per regola contro di lui che l'azione di arricchimento, se arricchimento esiste. Però se il *dominus* divenuto capace avesse approvata la gestione, potrebbe il gestore muovere l'azione per il *quidquid,* in quanto la approvazione avesse avuto un tale contenuto [101]

[101] Arg. per analogia dall'art. 1309.

[102] Sulla gestione dei servi veggansi le L. 16 (17), 17 (18) Dig. h. t. Ruhstrat (Iahrb. für die Dogmatik XXVII. (n. s. XV) p. 76 e segg.) Chambon l. c. Cogliolo I pp. 207-208.

CAPITOLO III

L' ALIENITÀ DEI NEGOZI GERITI

§ 1. — *Introduzione*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate e specialmente MONROY op. cit. *Einleitung*. — AARONS op. cit. *Vorwort* e § 1. — MÜHLENBRUCH *Die Lehre von der Cessionider Forderungsrechte* Greifswald 1836 [3. ed.]. — COGLIOLO op. cit. § 22. — PACCHIONI *Il negotium alienum* Catania 1890.

96. — La grande importanza pratica e l' interesse sociale che presenta l' *actio neg. gest. (contraria)* attrassero più di sovente ad essa l' attenzione e lo studio dei giuristi che non alla *directa*. Può anzi dirsi che per lungo tempo l' istituto gestorio fu unicamente considerato e studiato attraverso l' azione del gestore ed ai suoi requisiti; a ciò massimamente contribuendo la teoria quasi contrattuale, e l' istituto della *imploratio officii judicis* col quale supplivasi alla deficienza di una teoria sulla alienità degli affari geriti. [103] Ma ciò che maggiormente sorprende si è il persistere di tale indirizzo nella dottrina moderna, nella quale, da autorevoli scrittori, si è pur messo in dubbio la possibilità e la utilità di una esatta formulazione del concetto dell' alienità degli affari geriti. Il Mülenbruch è in questo avviso indotto dalle apparenti contradizioni di taluni frammenti del *corpus juris*; [104] il Windscheid dalla considerazione della formula proposta dall' Aarons. [105] La dottrina che in generale trascura

[103] Vedi altre ragioni di questo fatto in AARONS op. cit. p. 80-84.

[104] L. 21 Dig. XVIII. 4; L. 2 § 7 eod; L. 20 § 18 Dig. eod. L. 24 Dig. V. 3; L. 30 eod. § 37 (nota 353 a).

[105] Lehrb. § 430 nota 1.

affatto la ricerca si mostra compresa di quella impossibilità, così che, a chi volesse riassumere l' opinione dominante, potrebbero servire le parole del Bachovio: « *.....actionem neg. gest. (i. e. directa) non habere certam aliquam formulam aut causam, sed esse quodammodo vagam extraordinariam et subsidiariam* (L 48 h. t.,) *ad varia genera causarum et varios casus a praetore accomodatam cujus rei exempla passim sub hoc titulo (i e. neg. gest.) extant.* [106]

97. — Senonchè di fronte alla *communis opinio*, così formulata, stanno non pochi scrittori recenti che per varia via hanno tentato di dare una teorica soluzione al quesito: Ihering, Chambon, Dankwardt, Monroy e Cogliolo. Le teoriche di questi scrittori si trovano esposte e criticate nel mio studio sul *negotium alienum* citato nella bibliografia; ed a quello studio mi sia lecito rimandare il lettore che volesse averne più estesa cognizione. In questo trattato il quesito deve essere studiato unicamente dal punto di vista ricostruttivo. Ogni esposizione di teorie altrui, ed ogni tentativo di confutazione, sarebbe quindi più che superfluo nocivo alla esposizione. Prima di accingerci a questa ricostruzione tuttavia, è d' uopo dire con quali criteri crediamo debba essere condotta, ed entro quali limiti circoscritta. In questo riguardo conviene anzitutto escludere che si possa dare una formula così ampia del *negotium alienum* da comprendere in se tanto la così detta gestione subbiettiva che la obbiettiva. Una simile formula non solo sarebbe inutile per essere troppo vaga. [107] Ma

[106] BACHOVIUS VON ECHT *Examen rationalium Ant. Fabri* (1616) AARONS op. cit. p. 253 e segg.

[107] Il WINDSCHEID *(Lehrb.* § 430 nota 1) dice a proposito della formula proposta dall' Aarons: *Ich zweifele, ob diese oder eine ähnliche Formel dem Richter für die Entscheidung des einzelnen Falles Hülfe gewährem wird.*

specialmente sarebbe tale per non essere affatto necessaria.[108] La gestione subbiettiva infatti è una forma di rappresentanza; si ha un gestore che conchiude negozi a nome di una determinata persona la quale può ratificare. Ora appunto perchè nella conclusione del negozio che costituisce la gestione è determinata la persona del *dominus*, la teoria della gestione subbiettiva non ha alcuna importanza in riguardo alla teoria dell' alienità dei negozi.[108] A che scopo si cercherebbe dare una formula per determinare una alienità che quì è già evidentemente determinata? Nella gestione oggettiva invece il criterio e la formula si manifestano di essenziale importanza. Dialetticamente si possono, in questo riguardo, distinguere due momenti che vanno in pratica necessariamente confusi: può dirsi che un negozio *non appartiene* a chi lo ha compiuto. (*Aliena*, dice Azo, *id est non eius qui gessit*,[109]) e può dirsi che *appartiene* ad una persona diversa da quella che lo ha compiuto. Quando si verificano questi due momenti, e per il semplice loro verificarsi, sorge nel *dominus negotiationis* il diritto di considerare svolto a suo vantaggio l' affare trattato: il gestore deve rendergli conto di ogni danno arrecato, deve restituirgli tutto ciò che ha ritratto gerendo; deve insomma rendere conto della sua gestione.

98. — La molta efficacia così attribuita alla sola oggettiva alienità dei negozi geriti può destare timori e critiche finchè non sia ben determinato che vuolsi per essa intendere; ma si manifesta invece giusta e naturale, appena quel concetto sia fermato in una formula pratica e scientificamente esatta. Ben si comprende frattanto che, attribuito un tale giuridico fondamento all' *actio neg. gest. (directa)*, l' indole sua individuale venga posta

[108] Pacchioni monografia citata pp. 50-61.
[109] Aarons op. cit. p. 70.

in piena luce non meno della sua assoluta indipendenza da quelli che sono requisiti giuridici dell' azione contraria. In ciò dunque noi essenzialmente ci allontaniamo dal Monroy e dagli altri scrittori che nel determinare il requisito del *negotium alienum* hanno preso in considerazione le due azioni. Poichè ne sembra che per tal guisa si cada in un errore opposto e contrario a quello in cui è generalmente caduta la dottrina, per forza di tradizione, dalla glossa ai giorni nostri, il quale, se è giusto quanto siamo venuti dicendo sulla ricostruzione giuridica delle delle due azioni, nel capitolo primo, consiste appunto nell' avere considerata la gestione unicamente dal punto di vista dell' azione del gestore. Diciamo dunque che l' alienità dei negozi geriti è requisito *esclusivo* dell' azione diretta. Determinare l' alienità dei negozi geriti significa delineare con esattezza il confine della sfera patrimoniale di ogni individuo, significa dare un concetto giuridicamente esatto del dominio patrimoniale. Un tale concetto non formularono i giuristi romani; ne ebbero però la felice intuizione.[110] Perciò le loro decisioni contengono molte logiche conseguenze di esso, diversamente giustificate, e principalmente con frequente ricorso alla equità naturale.

99. — Il concetto dell' alienità dei negozi geriti è dunque amplissimo: la sua determinazione non riguarda unicamente l' *actio neg. gest. (directa)*; nè applicazioni di esso troveremo soltanto nei testi riguardanti la gestione in senso stretto.[111] Al contrario noi lo troveremo spesso avvolto in altre costruzioni giuridiche. In altre parole: troveremo che l' alienità dei negozi

[110] Di dominium in questo lato senso parlano le L. 8 Dig. XLII. 5; L. 3 § ult. Dig. VII. 6; L. 15 § 8 Dig. XLIII, 24; L. 48 Dig. XXVIII. 5; L. 49 Dig. XLI. 1.
[111] In questo proposito è opportunissima la distinzione del Wlassak fra gestione in senso lato e gestione in senso stretto, op. cit. p. 29 e seguenti.

geriti, nell' ampio senso da noi attribuitole, dà anche ragione di molti principi giuridici i quali sono spesso considerati effetti speciali di determinati istituti elevati nella evoluzione del gius privato a dignità di individui giuridici. Perciò nell' esame delle fonti, non trascureremo, come si è generalmente fatto, quelle leggi che non riguardano la vera e propria gestione di affari altrui senza mandato: anzi trarremo in gran parte da esse la giustificazione della teoria che crediamo vera. Certamente viene così ad ampliarsi il concetto della alienità degli affari trattati, ma ciò non può presentare alcun inconveniente pratico poichè la teoria del concorso delle azioni serve a ricondurre il concetto del *negotium alienum* alla sua *funzione specifica* di requisito giuridico dell' *actio neg. gest. (directa).*

§ 2. — *Il concetto giuridico della alienità dei negozi geriti.*

100. — Abbiamo già accennato che l' alienità dei negozi ha la sua radice in un rapporto giuridico che vincola direttamente od indirettamente l' oggetto della gestione ad una persona diversa da quella che gerisce. Questa formula così vagamente concepita, per quanto vera, non ha però alcun valore pratico. Conviene quindi analizzarla e meglio precisarla. Questo rapporto di cui si è fatto parola può essere *di diversa indole,* e di *diversa efficacia.* Se si considera nell' indole sua; può essere assoluto; — può in altre parole investire direttamente una cosa —; può al contrario essere relativo: non riguardare cioè la cosa che indirettamente. Se poi lo si vuole considerare nella efficacia sua può essere più o meno esteso; attribuire cioè un'assoluta padronanza della cosa medesima, oppure attribuire soltanto una padronanza relativa. Questa seconda distinzione riguarda naturalmente sia

il rapporto diretto sulla cosa (diritto sulla cosa) che il rapporto indiretto: (diritto alla cosa). Così abbiamo un esempio di rapporto assoluto per indole ed efficacia nel diritto di proprietà; un esempio di rapporto assoluto per indole, relativo per efficacia nel diritto di usufrutto. E d' altra parte abbiamo un esempio di rapporto indiretto alla cosa, ma assoluto per efficacia nel diritto del compratore verso il venditore; un esempio di rapporto indiretto e relativo per efficacia nel diritto del conduttore di fronte al locatore.

101. — Ora dall' incrocio e dal confronto di questi diversi rapporti sorge il concetto del *dominium* individuale e con esso quello correlativo della alienità dei negozi geriti. La proprietà dà un elemento di quel concetto, ma non ne da l' essenza; al contrario può avvenire che il proprietario di una cosa debba riconoscere in un' altra persona il *dominium* di certi atti che egli stesso ha con quella o su quella compiuto. Ciò mostra quale sia la differenza concettuale fra il *dominium* e la *proprietas.* La quale differenza si manifesta palesemente nella diversa indole delle azioni che servono ad attuarne il contenuto. Le azioni colle quali si fa valere il *dominium* (in contrapposto alla proprietà) sono personali, anche se competono in base ad un diritto reale. Per determinare l' alienità dei negozi geriti è dunque necessario non solo considerare il rapporto che direttamente lega l' oggetto della gestione ad una persona diversa da quella del gestore, ma conviene anche considerare il rapporto in cui si trova la persona del gestore di fronte alla persona del *dominus.* Talvolta l' alienità è determinata esclusivamente da questo rapporto, tal' altra da questo rapporto è esclusa mentre esisterebbe in forza di quello (i e. fra il *dominus* e l' oggetto della gestione).

102. — Il concetto dell' alienità dei negozi geriti è venuto così se non erriamo, più chiaramente delineandosi. Potrà ora

acquistare una maggiore determinatezza da una accurata analisi delle fonti, e dei casi pratici più controversi. In armonia colle idee che abbiamo sopra svolte noi tratteremo quindi anzitutto del *dominium* assoluto dei negozi geriti e dei suoi limiti. È assoluto il *dominium* che ha la sua base in un diritto sull'oggetto della gestione valsevole *erga omnes,* cioè in un diritto reale. L'efficacia di questo dominio può essere limitata, e fin paralizzata, sia dalla legge che da un rapporto giuridico personale intercedente fra il *dominus* ed. il gestore. Limitazioni per legge abbiamo, ad esempio, negli effetti del possesso di buona fede. Le altre limitazioni, quelle cioè dovute ad un rapporto giuridico intercedente fra il *dominus* ed il gestore non possono *a priori* determinarsi, ma possono immaginarsi così diverse e svariate quanto diverso e svariato può essere il *contenuto* giuridico di questo rapporto. Quanto al *dominium negotii* che abbiamo chiamato relativo, può dirsi che esso normalmente costituisce il lato negativo del *dominium* assoluto; ma esso ha pur talvolta vita indipendente, in quanto l'oggetto del negozio sul quale cade, non appartenga direttamente ad alcuno. Per giungere a questo concetto gli è pertanto evidente che bisogna distinguere un *dominium* formale, da un *dominium* sostanziale.[112]

§ 3. *Della vendita della cosa altrui*

103. — La vendita della cosa altrui, conchiusa in nome proprio, presenta un esempio tipico di *negotium alienum* fondato sul diritto di proprietà e merita perciò di essere attentamente studiata nei rapporti che per essa sorgono fra venditore e proprietario e fra proprietario e terzo acquirente. In questo riguardo debbonsi separatamente considerare varie possibili ipotesi: il venditore può aver conchiuso la vendita di cose altrui sapendo di non essere proprietario della cosa venduta, e può aver conchiuso tale vendita credendo in buona fede di esserne vero proprietario. Nel primo caso egli può avere avuto intenzione di gerire per il *dominus,* ed aver quindi contratto a suo nome o può anche aver avuto intenzione di gerire per lucro proprio: nel secondo caso non può avere avuto in alcun modo quella intenzione: nell'uno e nell'altro egli ha però gerito un'affare altrui ed è tenuto *actione neg. gest. (directa).* Queste diverse ipotesi devono essere considerate sotto il duplice punto di vista dei diritti del *dominus* verso il venditore e dei diritti del *dominus* verso il terzo acquirente.

[112] Il significato di questa distinzione risulterà meglio nei paragrafi seguenti.

104. — Cominciamo dal primo caso. Il venditore sapeva di vendere una cosa altrui. Qualsiasi intenzione egli abbia avuto nel compiere questa vendita egli resta espósto all'azione *neg. gest.* del proprietario. Però se la vendita costituiva una utile gestione intrapresa coll'*animus negotia aliena gerendi,* il venditore potrà pretendere dal proprietario il risarcimento delle spese incontrate ed il riconoscimento della vendita. Questo riconoscimento non potrà in pratica ottenersi se non chiamando in causa il terzo acquirente ed ottenendo dal vero proprietario la *conclusione di una nuova vendita con effetti retroattivi al momento della conclusione della vendita compiuta dal gestore.*[113] Insistiamo su questa circostanza, opponendoci alla teoria di quelli che ammettono potersi considerare il medesimo atto di intentare l'*actio*

[113] Donello *Comment ad tit. Dig. de reb. cred.* (XII. 1) ad L. 23 (ed. Florentiae 1847) p. 404.

neg. gest. (directa) contro il venditore, come una ratifica della vendita medesima efficace sia di fronte al venditore, che al terzo acquirente. Il proprietario non può ratificare una vendita che non venne conchiusa a nome suo: nè coll' intentare l' *actio neg. gest. (directa)* egli pregiudica il suo diritto di proprietà; al contrario egli lo esercita; lo fa valere. S' intende quindi di per se che la vendita che il proprietario può essere costretto a compiere in favore del terzo acquirente non pregiudica menomamente quei diritti reali che egli avesse potuto concedere ad altre persone nel frattempo, come pure, si intende, che tale vendita egli non potrebbe più compiere quando nel frattempo si fosse efficacemente spogliato della medesima proprietà. E infatti per qual ragione potrebbe il terzo acquirente dal gestore essere preferito al terzo acquirente del vero *dominus?* Vero è che la prima vendita compiuta dal gestore poteva costituire un *utiliter coeptum;* ma anche ammessa questa, in pratica molto difficile ipotesi, non potrebbe sostenersi che per essa il *dominus immediatamente e direttamente* potesse perdere il suo diritto di proprietà. Questa che sarebbe logica conseguenza della teoria dell' *utiliter coeptum* non può essere tratta senza violare la teorica del *dominium:* si può acquistare ignorando non perdere.

105. — La posizione del proprietario di fronte ad una vendita della cosa propria compiuta da un gestore *in proprio nome* è dunque la seguente. — Egli può rivendicare la cosa presso il terzo o convenire il gestore per ottenere la restituzione del prezzo. Ma si noti bene: queste due facoltà non gli competono già di tal guisa che valendosi di una egli perda l' altra.[114] Esse concorrono, ed il proprietario può valersi successivamente dell'una e dell'altra,

[114] Donello l. c. pp. 405-406.

per quanto glie lo permetta la teorica dell' interesse.[115] Così egli può da prima farsi ad intentare l' *actio neg. gest. (directa)* contro il venditore per ottenere il prezzo e l' interesse, ma con ciò non perde necessariamente la *rei vindicatio.* Il terzo acquirente evitto potrà allora agire in regresso contro il venditore il quale alla sua volta avrà azione contro il proprietario, se da lui si

[115] Questa teorica non è sostenuta direttamente da alcun testo romano ma oltrechè essa si impone come logica e necessaria conseguenza della teoria generale del *negotium alienum*, come sulle fonti abbiamo tentato di ricostruirla, essa trova argomento analogico in proprio favore nelle disposizioni positive del diritto giustinianeo sulla *rei vindicatio* contro il così detto *fictus possessor.* Sebbene infatti il proprietario abbia ottenuto dal *fictus possessor* il valore della cosa sua egli può tuttavia muovere contro il così detto *verus possessor.* Così esplicitamente stabiliscono le L. 7 Dig. VI. 1. L: 13 § 14 Dig. V. 3, L. 95 § 9 Dig. XLVI. 3. — Il Baron *(Pand.* § 150) recisamente nega che possa anche dirsi il contrario, che cioè possa il proprietario dopo avere ottenuta la cosa dal *verus possessor* muovere contro quegli *qui dolo desiit detinere.* Noi non possiamo però seguire l' illustre pandettista in questa sua opinione. E sembra a noi che la L. 13 § 14 cit. possa servire a dimostrare che al contrario, nei limiti esposti nel testo, il proprietario possa in taluni casi anche dopo aver esercitata la *rei vindicatio* contro il *verus possessor*, avere azione contro il *fictus possessor.* Infatti la L. 13 § 14 citata dice: — *sed si alius nanctus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit judicium pati, Marcellus libro quarto digestorum tractat, ne forte evanescat adversus eum qui desiit litis aestimatio; et magis evanescere ait* NISI PETENTIS INTEREST: *certe inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum erit evanescere.* Da questa legge sembraci risulti evidente che Marcello faceva dipendere il sopravivere o meno dell' azione contro *eum qui desiit possidere* dall' avere o no il proprietario interesse. Ora un tale interesse non esiste *normalmente* quando il proprietario ha riavuta la cosa, e a questo *caso normale* si riferiscono le parole: *certe, inquit..... evanescere;* ma appunto perchè si dice non esistere normalmente, si ammette che possa esistere quando vi sia interesse. Che se ciò non fosse perchè di interesse avrebbe parlato Marcello? Un altro quesito è quello di determinare l' indole di questa azione. Marcello non pensava forse che alla *rei vindicatio* ma il contenuto di tale *rei vindicatio* e indubbiamente quel medesimo che nella nostra teorica spetta all' *actio neg. gest. (directa).* Avremo occasione di mostrare come i giuristi romani non avendo formulata, ma solo intuita, una teoria esatta della *alienità dei negozi geriti*, con diversi punti di vista giustificassero sentenze che sono una logica conseguenza di quella teoria.

sarà fatto prestar cauzione pel caso di regresso del terzo acquirente evitto, o in mancanza di tale cauzione avrà pur sempre una *condictio sine causa* colla quale pretendere il *quidquid* di cui si arricchirebbe a suo danno il proprietario in seguito all'esercizio delle due azioni. Questo arricchimento sarà facilmente determinabile. Il proprietario infatti ha diritto di riottenere la cosa dal gestore venduta: di ottenerla nello stato in cui trovavasi, *cum omni causa:* non potrà quindi altro trattenere presso di se; ma non dovrà nulla di più restituire. Cosicchè se il terzo acquirente avesse per l'evizione sofferto gravi danni, il gestore soltanto sarebbe tenuto a risarcirli.

106. — Abbiamo sopra descritto i rapporti giuridici sorgenti da una vendita di cosa altrui *eseguita a non domino,* in mala fede, nella loro rigida costruzione teorica; dobbiamo ora far seguire talune considerazioni di diritto positivo italiano. Nel nostro diritto positivo il concorso di cui si è sopra parlato non può che raramente aver luogo. Se infatti trattasi di beni mobili il terzo acquirente in buona fede potrà respingere la *rei vindicatio* del *dominus* (art. 707 cod. civ.). A questi non resterà che l'*actio neg. gest. (directa)* contro il venditore. Se trattasi invece di beni immobili difficilmente potrà avvenire che il gestore possa vendere *inscio domino.* Tuttavia data l'ipotesi noi vorremmo ammettere anche per diritto positivo la soluzione sopra svolta in teoria. Può infatti darsi che la *rei vindicatio* non dia al *dominus* sufficiente soddisfazione pei fatti avvenuti durante la sua assenza. Il terzo acquirente in buona fede di beni immobili infatti non è tenuto che a restituire la cosa insieme ai frutti *che gli sieno pervenuti dopo la dimanda giudiziale* (art. 703 cod. civ.). Ora se di ciò il proprietario deve contentarsi di fronte all'acquirente, per ciò non è pienamente soddisfatto di fronte al

venditore in mala fede. Col fatto di vendere una cosa altrui il venditore diventava, per lo meno, gestore del proprietario della medesima, e come tale si obbligava a dar conto della gestione compiuta, e di tutti i danni con essa causati. Fino all'ammontare di questi potrà quindi il proprietario, anche dopo avere esercitato la *rei vindicatio,* muovere contro il venditore coll'*actio neg. gest. (directa).* Così il venditore si troverà esposto da una parte al regresso del terzo acquirente, dall'altra all'*actio neg. gest. (directa)* del proprietario.

§ 4. — *La vendita di cosa altrui nel diritto italiano*

BIBLIOGRAFIA: — TROLLEY *Étude sur la chose d'autrui envisagê comme objet des actes juridiques* Paris 1872. — LELIGOIS *Étude sur la vente de la chose d'autrui* (Revue Critique de Legislation et de Iurisprudence vol. XXXV prima serie 1869) — FOLLEVILLE *Essai sur la vente de la chose d'autrui* Paris 1874. — GUILLOUARD *Étude sur la vente de la chose d'autrui* (Revue Critique vol. IV. n. 12, nuova serie, 1875) — SRAFFA *Note sulla vendita della cosa altrui nel diritto commerciale italiano* (Archivio Giuridico vol. XLI fas. 1. 2. 1888) — RE *Trattato della compra e vendita.* Roma 1877.

107. — Le cose dette nei precedenti numeri possono far sorgere un dubbio che conviene dissipare. L'art. 1459 del codice civile stabilisce che il compratore in buona fede di una cosa altrui può eccepire la nullità della vendita e domandare il risarcimento dei danni. Ora supponiamo che il proprietario voglia ratificare la vendita compiuta a *non domino,* o, quanto meno, voglia conchiuderla *ex novo,* esigendo il prezzo non ancora pagato al primo venditore. Potrà il compratore, opporsi? — La questione non è, a nostra conoscenza, discussa ampiamente da alcun scrittore. Si afferma però generalmente che il proprietario può ratificare, sanando la nullità della vendita[116], e si equipara

[116] RE op. cit. p. 134 ed in generale pressochè tutti i civilisti italiani.

il fatto di essere il venditore divenuto posteriormente proprietario della cosa venduta a quello di avere il proprietario medesimo riconosciuta la vendita [117]. L'argomentazione con cui si giustifica poi questa decisione è la seguente: la legge concede al compratore l'azione di nullità tostochè egli conosce l'alienità della cosa acquistata, perchè, ed in quanto, l'obbligo del venditore era di farlo proprietario. Ora quando il vero proprietario, sciente o meno il primo venditore, si offre spontaneamente a dare in fatto alla vendita quell'effetto, viene meno la ragion d'essere dell'azione di nullità ed insieme con essa l'azione medesima. Il proprietario può quindi sempre opporsi al compratore che domanda di annullare la vendita, o che agisce in garanzia, e può, ratificando la vendita, esigere dal compratore il prezzo della medesima che non fosse stato ancora pagato.

108. — Questa teoria non ci sembra accettabile, sebbene tragga una certa apparenza di verità dal normale atteggiamento economico che presenta in pratica la questione che vuol risolvere; e non ci sembra accettabile in quanto disconosce da una parte il principio che di ratifica non può essere parola che là ove è rappresentanza, e in quanto, dall'altra, ben non rileva la vera indole giuridica della vendita di cosa altrui secondo i principi del codice civile. Per chiarire bene la natura giuridica della nullità sancita nell'art. 1459 cod. civ. it. è necessario un breve confronto fra i principi romani sulla vendita e quelli nuovi introdotti in proposito dal legislatore francese, seguito dall'italiano. In diritto romano la vendita non era un mezzo di trasmissione della proprietà; era un contratto consensuale che creava un vincolo di diritto per il quale il venditore era tenuto a

[117] Re op. cit. p. 137.

far avere una cosa al compratore, e a difenderlo nel possesso della medesima da ogni molestia di terzi. [118] Per diritto romano quindi la vendita di cosa altrui era perfettamente valida. Il compratore avrebbe avuto un'azione di regresso contro il venditore solo quando fosse stato molestato nel possesso della cosa comperata. [119] Dati questi principi ben si comprende che la questione da noi posta sull'art. 1459 non poteva presentarsi in diritto romano. Infatti non avendo il compratore azione di nullità contro il venditore non può supporsi una ipotesi nella quale il proprietario della cosa a quella si opponga. Le cose dovevano quindi praticamente così svolgersi. O il compratore molestato nel possesso, diveniva poi proprietario della cosa in base ad una effettiva trasmissione della proprietà *a domino,* oppure non diveniva tale, vuoi perchè il proprietario non volesse cedergli la cosa, vuoi perchè egli non volesse acquistarla, ed in tale ipotesi gli competeva incondizionatamente l'azione in garanzia.

109. — Ma il codice napoleone seguito da molti altri codici moderni [120] fra i quali l'italiano, a ragione, o a torto, come noi crediamo, si ribellò completamente al sistema romano. Esso pose il principio che il consenso legittimamente manifestato nel con-

[118] Vedi Winscheid § 389 note 2 e 3 ove sono citati e criticati quelli scrittori che sostengono che la vendita romana ha per iscopo suo *necessario* il trapasso della proprietà della cosa venduta nel compratore. Veggasi in questo proposito Sraffa op. cit pp. 4 e segg.

[119] L'azione di regresso che gli competeva *ante evictionem* non aveva il suo fondamento nel contratto ma nel dolo del venditore. D'altra parte l'obbligo del venditore di garantire al compratore il pacifico possesso della cosa non è il solo obbligo del venditore. Ciò hanno ben dimostrato Eck *Die Verpflichtung des Verkaüfers zur Gewährung des Eigenthums nach römischem und gemeinem Recht.* Halle 1874 e Windscheid § 389 nota 8 a. 86. c. d. e.

[120] Cod. olandese art. 1507; cod. napoletano art. 1444; cod. albertino art. 1606; cod. portoghese art. 1555; cod. messicano art. 2959; cod. argentino art. 7 lib. II Sez. III C. I.

tratto è sufficiente a produrre un trapasso di proprietà. La compera divenne quindi un modo di acquisto della proprietà. Questa rivoluzione di principi doveva naturalmente riflettersi sulla vendita della cosa altrui. La quale per necessaria e logica conseguenza di idee doveva essere dichiarata nulla. [121] Come può infatti concepirsi che si trasmetta in altri un diritto di proprietà che non si ha per se? [122] Vero è che spesse volte sotto la veste della vendita si nasconderà un altro contratto atto a produrre altri effetti, che non sieno quelli del trapasso della proprietà da venditore a compratore, ma ciò non impedisce anzi dà argomento maggiore a pensare che, dati i principi moderni sul trapasso della proprietà, il contratto di vendita non possa validamente compiersi che dal vero proprietario. La vivace polemica impegnata dagli scrittori francesi sulla validità o invalidità della vendita di cosa altrui, ha dunque, se non erriamo, origine in un equivoco. Quelli che sostengono essere la vendita di cosa altrui nulla solo relativamente, confondono quel contratto che in armonia coi principi dei codici moderni, a tipo francese, deve essere considerato il tipo della vendita, con quel contratto che sotto le apparenze di vendita, o nella credenza di compiere una vendita, fu tuttavia efficacemente posto in essere dalle parti.

[121] Che nella intenzione del legislatore francese la vendita di cosa altrui dovesse essere considerata assolutamente nulla risulta dai lavori preparatori. Fenet II 337; IV. 24; XIV, 6, 24, 118, 157, 192 Leligois mon. cit. pp. 17-20. La ritengono assolutamente nulla Marcadé all' art. 1599; Aubry e Rau III § 351; Mourlon *Repetitions ecrites* [7ª ed.] p. 115 nota. E giustamente osserva il Folleville (op. cit. p. 15) che anche se l' art. 1599 non esistesse, i nuovi principi circa al trapasso della proprietà sanciti nel codice francese condurrebbero alle medesime conseguenze. I civilisti italiani parlano invece di nullità relativa ma a torto come cercheremo dimostrare più oltre.

[122] Contro Guillouard op. cit. p. 741 e segg. ma senza efficacia.

110. — E da questa prima confusione ne discende una anche peggiore fra l' azione in garanzia e quella di nullità. Si è da scrittori autorevoli istituito un raffronto fra l' azione in garanzia per evizione del diritto romano e l' azione di nullità, e si è considerato l' azione di nullità come qualche cosa di analogo o come un succedaneo dell' azione in garanzia. [123] D' altra parte si sono, da tal' altro, invocati i principi riguardanti la *garanzia in caso di evizione* per dimostrare la validità della vendita. [124] Nulla di più inesatto poteva dirsi a parer nostro. L' azione di nullità accordata dalla legge francese non ha, nè può avere, alcun rapporto coll' azione in garanzia in caso di evizione. L' azione di nullità discende dall' indole traslativa di proprietà che ha la vendita nel diritto francese: essa compete per il semplice fatto che il venditore non rivestiva la qualità che è necessaria a vendere, quando vendere significhi rendere proprietario il compratore. L' azione in garanzia ha la sua ragion di essere nel contenuto di un rapporto giuridico personale. Essa compete contro il venditore in quanto ha promesso di difendere il compratore da ogni molestia di terzi. Consegnare il possesso, garantirlo, ecco ciò che costituiva la vendita romana: perciò in diritto romano l' azione in garanzia era diretta promanazione della vendita e di azione di nullità non era a parlarsi. Nel diritto moderno, dato alla vendita quello scopo traslativo, non dovrebbe più chiamarsi vendita il contratto da cui sorgono solo quei rapporti personali, che costituiscono l' essenza della vendita romana. Dire dunque che la vendita di cosa altrui è valida in base ai principi riguardanti l' azione in garanzia in caso di evizione, è dire cosa inesattissima. Le disposizioni del codice riguar-

[123] Re op. cit. p.

[124] Guillouard op. cit. p. 747.

SEMINÁRNÍ KNIHOVNA Hist.-práv. oddělení PRÁVNICKÁ FAKULTA MASARYKOVY UNIVERSITY

danti l'azione in garanzia in caso di evizione provano soltanto che sotto la veste della vendita moderna, contratto traslativo di proprietà, si nasconde normalmente un contratto produttivo soltanto di rapporti personali, ai quali la legge attribuisce il contenuto tradizionale della compra e vendita romana.

111. — Nel diritto francese noi abbiamo dunque questa apparizione giuridica. Abbiamo un istituto tradizionale (la compra vendita romana) a cui si è sovrapposto un istituto giuridico nuovo (la compra vendita francese). L'indole di questo nuovo istituto, — che è di trasmettere la proprietà nel compratore — fa si che esso sia assolutamente nullo quando chi vende non è proprietario; però questa mancanza non impedisce agli elementi contrattuali che esistono e sono efficaci (cosa — prezzo — consenso delle parti), di far sorgere fra le parti un rapporto giuridico personale il cui contenuto si è tradizionalmente determinato sull'istituto romano della compra vendita, ma che non può essere considerato compra e vendita nel sistema moderno. Non è dunque esatto dire che nel sistema moderno la vendita della cosa altrui è sotto certi riguardi nulla e sotto altri valida[125]; essa è sempre ed incondizionatamente nulla; e solo taluni effetti, che potrebbero discendere da questa nullità, non si verificano in pratica perchè generalmente la vendita, nulla *come tale,* ricopre un contratto valido i cui effetti positivi paralizzano gli effetti negativi di quella.

112. — Questa distinzione di rapporti può chiarire il significato della riforma introdotta dal codice italiano nell'art. 1459, in riguardo alla nullità della vendita di cosa altrui. In diritto francese l'art. 1599 dichiarava la nullità della vendita di cosa

[125] Re loc. cit.

altrui senza restrizioni; furono la giurisprudenza e la dottrina a distinguere fra compratore e venditore, solo a quello accordando l'azione di nullità, quando avesse contratto in buona fede. Ma di questa massima, che venne poi legislativamente accolta nel codice italiano, non sa trovarsi una pratica giustificazione se non quando vogliasi attribuire alla nullità della vendita di cosa altrui, il significato di una nullità assoluta, non solo in riguardo al contratto di vendita come tale, ma anche in riguardo ai rapporti personali che possono per esso sorgere indipendentemente dal trapasso della proprietà. Accettando invece quella opinione che ritiene non essere la vendita di cosa altrui assolutamente nulla, ma solo come tale, non può discendere alcun inconveniente pratico. Al venditore spetterà, come al compratore, il diritto di far dichiarare la nullità della vendita, ma se da questa nullità egli volesse far discendere il diritto di farsi restituire la cosa venduta, e posteriormente divenuta sua, egli urterebbe contro una eccezione di dolo *(exceptio rei venditae et traditae), in quanto* questa eccezione fosse fondata sul rapporto personale validamente posto in essere sotto la veste di vendita.[126] Lo stesso avverrebbe se il compratore, dichiarata la nullità della vendita, volesse farsi restituire il prezzo e risarcire i danni, sebbene il venditore, fatto pro-

[126] È qui necessario distinguere varie ipotesi per ben comprendere che *non necessariamente* entro la vendita, assolutamente nulla, esiste un valido contratto col contenuto della vendita romana. Se infatti il venditore ignorava che la cosa da lui venduta non era sua, potrebbe dirsi che egli versava in errore *sulla natura del contratto* da lui posto in essere, poichè credeva di vendere, cioè di trasferire la proprietà, mentre non poteva. Se invece è il venditore che ignorava l'alienità della cosa acquistata potrebbe dirsi che la sua obbligazione ha una falsa causa, in quanto risulti aver egli contratto unicamente per divenire proprietario. Veggasi in proposito Leligois op. cit. p. 20. Se invece ambedue le parti contraenti conoscevano l'alienità della cosa venduta e comprata crediamo che sorga indubbiamente un valido rapporto personale fra di loro. Contro Leligois op. cit. p. 24-25.

prietario, fosse pronto a consegnargli la cosa e a renderlo proprietario della medesima. Anche il compratore andrebbe qui contro il fatto proprio e perciò gli osterebbe una eccezione di dolo. Infine anche se il venditore non fosse stato proprietario al momento in cui concludeva la vendita, nè lo fosse divenuto poi in quella che il compratore si faceva a muovere l'azione di nullità, potrebbe dubitarsi che gli effetti del rapporto giuridico personale sorto fra le parti fosse efficace a far sorgere per il venditore una eccezione di dolo. Qui naturalmente tutto dipende *dal contenuto del rapporto medesimo,* [127] ma nella normalità dei casi deve ritenersi che dichiarata la nullità della vendita, come atto traslativo di proprietà, il venditore possa tuttavia costringere il compratore al rispetto dei vincoli personali assunti, dandogli cauzione.

113. — L'analisi precedente, mentre dà sufficiente argomento per ritenere giuste le critiche che da ogni parte si sono mosse al legislatore francese, mostra anche come il più delle volte la critica giusta non sia stata condotta alle sue logiche e necessarie conseguenze. Dopo avere rilevato la nullità della vendita come tale, (come contratto cioè rivolto al trasferimento della proprietà), come poteva logicamente parlarsi di una convalidazione della medesima per il fatto che il venditore fosse divenuto proprietario? Il Marcadè (art. 1599, 5 e 6) cade in questa inconseguenza logica; egli sostiene che la vendita di cosa altrui « *è propriamente nulla e inesistente, e non solo annullabile* » ma poi soggiunge: quando il venditore diviene proprietario, « *la vendita diviene perfettamente valida.* » [128] In una inconseguenza non così grande, ma pure rimarchevole, cadono anche i signori Aubry e Rau. Dopo aver riconosciuto che le condizioni necessarie

[127] Re op. cit. p. 138.
[128] Veggasi anche Leligois op. cit. p. 25.

alla validità di una convenzione devono esistere al momento della sua formazione, essi ammettono poi che l'azione di nullità non debba durare che 10 anni. (*Cours de droit civil* t. IV. § 351 e nota 51). Questi chiari scrittori non hanno dunque avvertito che l'azione di nullità non discende già dalla convenzione che entro l'involucro della vendita nulla ha preso vita, ma bensì dalla vendita medesima. [129]

114. — Il fatto di essere il venditore divenuto proprietario non convalida dunque la vendita, sebbene produca degli effetti analoghi di fronte al rapporto giuridico personale che astringe il venditore al compratore. Il venditore cioè non può far valere il suo diritto di proprietà di fronte al compratore. D'altra parte questi può costringerlo a cedergli la cosa medesima, [130] e può trascrivere in base al primitivo contratto. Però se prima che il compratore abbia chiesto la cosa, il venditore se ne spoglia in favore di un terzo, questi, a parità di condizioni è preferibile al primo. Dovrebbesi qui verificare la medesima situazione che si presentava in diritto romano in caso di vendita duplice della medesima cosa fatta dal proprietario. Senonchè avendo i codici moderni, a tipo francese sancito, il principio che la proprietà passa per effetto del puro consenso legalmente manifestato dalle parti, avverrà invece che il secondo compratore divenga proprietario, salvi sempre gli effetti della trascrizione.

115. — Il codice italiano all'art. 1459 ha stabilito che il venditore non possa eccepire la nullità della vendita da lui compiuta di cosa altrui. Gli scrittori ne hanno generalmente

[129] È noto che l'art. 1304 del cod. civ. fr. come il corrispondente art. 1300 del codice italiano, è inapplicabile agli atti inesistenti.
[130] Ciò potevasi ottenere anche in diritto romano coll'azione in garanzia.

concluso che la nullità della vendita di cosa altrui è per diritto italiano *relativa.* [132] Ma questa conclusione non ci sembra esatta, e solo si spiega pensando alla confusione sopra accennata fra la vendita, come modo di trasferire la proprietà, e la vendita come contratto (tipo romano). Se noi ammettessimo che la nullità di cui parla l'art. 1459 dovesse estendersi anche ai rapporti personali sorti fra le parti dovremmo riconoscere come legislativa una disposizione gretta ed ingiusta. In quanto nel conchiudere la vendita il compratore ha dimostrato di volere avere il godimento della cosa, egli andrebbe contro il fatto suo chiedendo di sciogliere il contratto, sebbene questo godimento, non gli mancasse ma al contrario il venditore fosse disposto e pronto ad assicurarglielo o a renderlo in lui certo e definitivo. E d'altra parte quale risarcimento di danni potrebbe in questa ipotesi esigere il compratore? Dunque l'azione di nullità non può distruggere quel contratto che sorge entro la vendita; ciò che esiste, — *ed è questo soltanto che esiste,* — non può essere distrutto con quell'azione; essa riguarda invece la vendita come quella che doveva rendere proprietario il compratore, ed in questo riguardo non distrugge qualche cosa di esistente, ma fa dichiarare la inesistenza di un contratto che ha vita apparente — la vendita — lasciando impregiudicato l'altro contratto che *può* esistere entro di essa. Noi riteniamo quindi che anche nel diritto italiano la nullità della vendita di cosa altrui sia assoluta; non ostando a ciò l'avere il legislatore tolta al venditore la facoltà di far dichiarare questa nullità, e conseguentemente riteniamo non potere essa mai riguardare il contratto che può esistere invece della vendita. Così ridotta, l'azione di nullità dell'art. 1459 ha ben poca

[132] Così anche per diritto francese GUILLOUARD op. cit. p. 746. — LAURENT *Principes* vol. XXIV n. 111 e segg. e molti altri scrittori ivi citati.

importanza pratica, ma di ciò chi vorrà lamentarsi? La riforma introdotta dal codice francese circa al trapasso della proprietà è così generalmente combattuta, come impropria [133] che a nessun potrà saper male di vedere eliminate le conseguenze non giustificabili [134] di una sua logica applicazione. Ed anzi in questa eliminazione si potrà scorgere una riprova « di quanto sia difficile ad un legislatore romperla colle tradizioni, ed introdurre nella legge, sotto pretesto di miglioramento, dei cambiamenti altrettanto radicali, quanto non necessari. » [135]

116. — Chiudendo questa digressione torniamo alla nostra questione: può il proprietario della cosa venduta a sua insaputa da un terzo, e non a suo nome, ratificare la vendita, [136] o quanto meno costringere il compratore ad acquistare *ex novo,* la cosa? Le cose svolte nei numeri precedenti rendono facile il rispondere a questo quesito. Che egli possa ratificare dobbiamo assolutamente

[133] L'art. 1599, esclama DEMANGEAT *(Traité du droit commercial* II p. 416) contiene un errore indegno di un legislatore!

[134] RE op. cit. p. 138.

[135] GUILLOUARD op. cit. p. 756.

[136] Sostengono che il proprietario può ratificare la vendita della cosa sua eseguita da un terzo a nome proprio: TROPLONG *De la vente* n. 236: — DUVERGIER *De la vente* I n. 219. LAROMBIERE all'art. 1108, e sostengono questa tesi, sia per il caso in cui sia stata già mossa l'azione di nullità, che per l'opposto. MARCADÈ invece ritiene potersi ratificare solo prima che il compratore od il venditore abbiano mossa l'azione di nullità. La giurisprudenza francese ammette in generale il diritto di ratificare nel proprietario; due arresti però, uno della Corte di Agen (13 giugno 1866 SIREY 66, II 339), l'altro della Corte di Cassazione (30 dicembre 1872 DALLOZ 85 I. 437), accettano l'opinione di Marcadé. Contro questa distinzione LAURENT vol. XXIV n. citati. GUILLOUARD op. cit. 750-51 si unisce al Duvergier e al Larombiere. Negano invece la possibilità della ratifica in generale AUBRY E RAU § 351. DEVILLENEUVE Observ. S. V., 52, 2, 391 citati da Leligois che li segue: op. cit. p. 23. I civilisti italiani ammettono quasi concordemente che il vero proprietario abbia diritto di ratificare e che la nullità della vendita si sani quando il venditore diventi proprietario.

escluderlo.[137] Infatti la vendita non fu compiuta a nome suo, e d' altra parte, appunto perchè riguardava una cosa altrui, essa era assolutamente nulla. Ma dobbiamo anche escludere che egli possa direttamente costringere il compratore a ricevere la cosa in proprietà, ed a pagargli direttamente il prezzo, nel caso che questo non fosse già stato pagato al primo venditore. Egli non ha a ciò veste giuridica. Il contratto di vendita posto in essere dal venditore non domino, è per lui, una *res inter alios acta;* la quale non gli nuoce — in quanto non pregiudica la sua *rei vindicatio* — ma neppure gli giova, — accordandogli il diritto di ritenere compiuta, anche a nome suo, una vendita che non fu così compiuta. D' altra parte il compratore può anche avere interesse di opporsi al proprietario che gli chiede il prezzo offrendosi di farlo proprietario della cosa acquistata.[138] Potrebbe essergli nel frattempo divenuto più utile non acquistare la cosa; e poichè ad acquistarla egli si è obbligato solo di fronte al venditore, così egli potrebbe chiedere ed ottenere da questo di essere liberato. Diciamo che potrebbe ottenere di essere liberato. Ed infatti il venditore può costringerlo a rispettare la vendita, acquistare quindi egli la cosa e trasmettergliela, ma può anche preferire di esporsi all' azione in garanzia lasciando che il proprietario evinca la cosa dalle mani del compratore. Naturale conseguenza di questa ultima facoltà del venditore si è quella di liberare il compratore. Per venire in una opposta opinione bisognerebbe sostenere aver diritto il proprietario di ratificare la vendita della cosa altrui compiuta da un terzo a nome proprio.

[137] In questo proposito veggasi più oltre.

[138] Troplong per sostenere il diritto di ratificare del proprietario fa valere la massima *sans grief point de nullité*, ma questa massima, che, a nostra conoscenza, è estranea al diritto italiano, non ha neppur più valore in Francia; vedi Aubry e Rau § 37 nota 10. Leligois op. cit. p. 23.

La dottrina romanistica ha, a torto, concesso questa facoltà al proprietario *re perempta vel usucapta;* a maggior ragione non gli si potrebbe quindi questa medesima facoltà accordare *re extante.* Se dunque il proprietario non può ratificare la vendita dal terzo compiuta colla cosa sua, a maggior ragione egli non potrà costringere il terzo acquirente, *a non domino,* a ricevere la cosa medesima ed a pagargli il prezzo.[139]

§ 5. — *Locazione della cosa altrui, lucri tratti colla medesima*

BIBLIOGRAFIA: — opere citate.

117. — Sempre restando nel campo del *dominium* assoluto, sia per indole che per efficacia, supponiamo che Tizio dia in locazione un fondo appartenente a Caio. Se la locazione è stata contratta da Tizio in nome proprio escludiamo intanto assolutamente che Caio possa ratificare.[140] Ma potrà Caio farsi restituire da Tizio le pensioni già scadute ed esatte? Zimmermann che si propone il quesito lo risolve affermativamente, ed a ragione. Ma egli non giustifica che leggermente la sua decisione, e vi arreca inoltre una limitazione che è a nostro avviso completa-

[139] Ciò non esclude naturalmente che il compratore possa, volendo, acquistare la cosa, già comperata *a non domino*, dal vero proprietario; ma è inesatto parlare in tale ipotesi di vendita sanata. Si ha piuttosto in questa ipotesi una seconda vendita che non ha alcun rapporto con quella prima. In questo senso deve intendersi la massima della Corte di Cassazione di Napoli 11 Marzo 1876, la quale stabilisce che avvenuta una vendita di cosa altrui il vero proprietario della cosa venduta può sanare la nullità dell' atto, se, anche all' insaputa del venditore, si costituisce fidejussore a termini dell' art. 1901 cod. civ. e se il compratore accetta di fatto tale garanzia.

[140] Ammette la ratifica invece Zimmermann op. cit. p. 30 nota 46, ma a torto, come dimostreremo più particolarmente là dove tratteremo del diritto di ratificare.

mente arbitraria. Egli dice che Caio può pretendere le pensioni scadute perchè le pensioni scadute, sono come *fructus naturales;* ma soggiunge poi che tale diritto di Caio va limitato in modo che Tizio non resti danneggiato dall'azione di regresso del conduttore. Si supponga che Tizio abbia locato il fondo di Caio a Sempronio per 6 anni per L. 100 all'anno. Caio dopo due anni interviene ed annulla la locazione. Sempronio è costretto a condurre un altro fondo identico, e non più al prezzo di L. 100 all'anno ma di 120, cosicchè egli acquista una azione in regresso contro Tizio per 80. Ora si domanda quale sarà il diritto di Caio contro Tizio? Zimmermann risponde che Caio potrà pretendere da Tizio solo 120, dovrà cioè subire che Tizio deduca dalle L. 200, ammontare delle pensioni, la somma di L. 80 da lui pagate a Sempronio. Ora questa decisione ci sembra assolutamente arbitraria. Nè vale certo a darle sostegno quanto il Zimmermann dice: che il proprietario non avrebbe ottenuto neppure 120, se Tizio non avesse locato il fondo suo. Non è questo argomento giuridico. Non si tratta qui di vedere ciò che Caio avrebbe fatto, o ciò che avrebbe dal suo fondo ritratto.[141] Si tratta di vedere se a lui completamente spettino i risultati di negozi compiuti colla cosa sua, e se il gestore possa ripercuotere su di lui i danni subiti per non avere gerito con maggiore acortezza o diligenza. A noi sembra non possa a meno di dirsi che tali risultati spettano incondizionatamente ed assolutamente al *dominus,* e che il gestore può da essi, sottrarre spese, o l'ammontare di danni subiti, solo in quanto sia a ciò giustificato dall'aver gerito utilmente e coll'*animus*

[141] Veggasi la L. 62 § 1 Dig. VI 1. *Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruitus sit, sed an petitor* FRUI POTUERIT, *si ei possidere licuisset, quam sententiam Iulianus quoque probat.*

negotia aliena gerendi. Ma questo evidentemente non è il caso nella fattispecie proposta.

118. — Come la vendita e la locazione, costituiscono uso della cosa altrui tutti quegli atti materiali o giuridici coi quali mediante la cosa si può ottenere un lucro, sia direttamente dalla cosa medesima, sia per essa da terzi. Così il seminare nel fondo altrui dà luogo ad un prodotto, che spetta incondizionatamente al proprietario del medesimo,[142] restando al semimante il diritto di pretendere la spesa del seminato quando il seminare costituisca un'utile gestione. Così dicasi dell'esporre in mostra pubblica ed a pagamento oggetti o cose ad altri spettanti. Un esempio di uso della cosa altrui che costituisce *negotium alienum* e che mette in perfetto rilievo l'importanza dell'*actio neg. gest. (directa),* è il seguente. Assente Tizio, Caio ne prende i cavalli e presentatosi ad una pubblica gara di corse riesce vincitore. Nessun danno ha per questo fatto risentito il *dominus;* al contrario la fama dai cavalli acquistata ne avrà ragionevolmente aumentato il valore. Neppure può dirsi che Caio abbia violato il diritto di proprietà, chè egli non l'ha accampato nè di fronte al *dominus,* nè di fronte ad altri. Tuttavia egli dovrà restituire a Tizio il premio guadagnato. Ciò è a mio avviso dimostrato dalla seguente legge:

L. 20 Dig. XIX 5.

Ulpianus libro trigesimo secundo ad Edictum

Apud Labeonem quaeritur, si tibi aequos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris,

[142] Generalmente si considerano le *pensioni* (Pachtgelder) come un *commodum accessorium* ma l'Ihering *Abhandl.* p. 64 ha giustamente rilevato che esse devono essere considerate come un equivalente dei frutti e MOMMSEN *Erört* I p. 125.

an sit adversus te ex vendito actio. et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.

La questione che si discute nel testo non riguarda direttamente la nostra tesi; ma la risoluzione che ad essa viene data contiene implicitamente il principio che noi vogliamo dimostrare. Ulpiano decide che il rapporto contrattuale sorto non aveva il contenuto di permettere alla persona cui erano stati dati i cavalli di *certare,* e perciò la ritiene obbligata a restituire il premio ottenuto nella gara. Il premio ottenuto in una gara di corse va dunque attribuito al *dominus* dei cavalli in tutti i casi nei quali di questo diritto il proprietario non si sia volontariamente ed efficacemente spogliato in favore del conduttore. Quando fra conduttore e proprietario esiste un rapporto giuridico riguardante la cessione in uso dei cavalli medesimi, tutta la questione riducesi ad una interpretazione del contenuto giuridico del rapporto medesimo. Quando invece fra di essi non esiste rapporto giuridico alcuno, non vi è questione: il conduttore è gestore del proprietario.

§ 5. — *Il dominium negotii assoluto fondato sopra un jus in re; di più domini ex diversa causa*

BIBLIOGRAFIA: — opere citate.

119. — Essendo il *dominium negotii* determinato da un rapporto alla cosa che forma oggetto della gestione, ben si comprende che esso possa sorgere non solo in forza del pieno diritto di proprietà ma anche in forza di altro diritto della medesima indole: *ius in re.* Può in questo riguardo formularsi il seguente principio: chi ha un diritto sopra una cosa è *dominus* di

tutti gli atti, giuridici o meno, con essa compiuti da terzi in quanto questi atti non eccedano il contenuto di quel diritto. Si parla qui di *jura in re* e però la formula sopra esposta dovrebbe attagliarsi anche al possesso se per tale lo si volesse qualificare. Non crediamo però sia opportuno nè necessario entrare qui in una discussione sull' indole del possesso. Infatti gli è vero che il diritto positivo accorda in certe evenienze al possessore talune facoltà, ma non ci sembra che da ciò discenda necessariamente che chi esercita queste facoltà debba essere considerato gestore del possessore. E per vero: o questa persona che esercita queste facoltà ha di fronte al *dominus* la medesima veste del primo possessore ed essa non potrà essere tenuta verso alcuno; oppure essa esercita queste facoltà senza quella veste ed allora il diritto pieno del proprietario riprende vita, ed essa, anzichè essere considerata gestrice di fronte al primo possessore, deve essere considerata tale di fronte al proprietario. [143] Questa è la posizione che mi

[143] Cade qui opportunissima l' analogia offerta dal caso di danno dato al possessore di b. f. Si è disputato in questo riguardo per determinare se al possessore di b. f. competa un *actio legis aquiliae*, propria, contro il danneggiante. E l' Ihering ha sostenuto avere il *b. f. possessor* questa azione rivolta all' *aestimatio damni* in riguardo al suo possesso, ed averla in concorso con quella del proprietario rivolta all' *aestimatio damni* in rapporto alla proprietà. Ma questa opinione è certamente contraria alle fonti romane. Veggasi L. 11 § 8 Dig. IX, 2. L. 11 § 17 eod. L. 35 § 4 Dig. XVIII. 1. L. 55 Dig. V, 3 e PERNICE *Zur Lehre von der Sachsbeschädigungen nach römischem Rechte, Weimar* 1867 p. 191 — GRUEBER *The Lex Aquilia* Oxford 1886 p. 238 e segg. — LONGO *Studii sull' actio legis aquiliae* Catania 1889 p. 29 e segg. Si concedeva dalle fonti l' azione *in factum* al possessore di buona fede contro i terzi danneggianti non perchè si ritenesse potersi prescindere nell' intentare l' azione dal requisito del *dominium* nell' attore, ma per facilitare l' esercizio dell' azione al possessore finchè non si facesse vivo il proprietario. Ciò è tanto vero che il possessore convenuto dopo aver esercitato la sua *actio in factum* doveva restituire il *quidquid* avesse con essa ottenuto al proprietario. Onde taluno ha pensato che di questa azione *in factum* potesse valersi anche il proprietario.

sembra giusta fra le due opposte opinioni del Monroy,[144] e del Cogliolo.[145]

120. — Il caso più importante di *dominium negotii* fondato sopra un *jus in re* è quello dell'usufruttario. Può l'usufruttuario, e se può, in quanto può, agire coll'*actio neg. gest. (directa)*. È interessante in questo proposito la

L. 12 § 2 Dig. VII. 1.

Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum

Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur. sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti atque ideo retinere usumfructum, et hoc Cassius et Pegasus responderunt et Pomponius libro quinto ex Sabino probat. non solum autem si ego locavero, retineo usum fructum, sed et si alius negotium meum gerens locaverit usum fructum, Iulianus libro trigesimo quinto scripsit retinere me usum fructum. quid tamen si non locavero, sed absente et ignorante me negotium meum gerens utatur quis et fruatur? nihilo minus retineo usum fructum (quod et Pomponius libro quinto probat) per hoc, quod negotiorum gestorum aclionem adquisivi.[146]

Abbiamo in questo testo il seguente caso. Un Tizio ha locato, o si è servito di una cosa, sulla quale Caio aveva il diritto di proprietà, Sempronio il diritto di usufrutto. Tizio ha indubbiamente gerito obbiettivamente affari altrui. Ma di chi ha gerito gli affari: di Caio o di Sempronio? Anzitutto dobbiamo chiederci se il testo dia una risposta qualsiasi in proposito; poi dobbiamo proporci la questione in teoria. Il Monroy nega che dal testo

[144] Op. cit. p. 106.
[145] Op. cit. I pp. 336-337.
[146] L. 38 eod.

possa desumersi alcun argomento circa l'*actio neg. gest. (directa)* fondata sull'*alienità oggettiva* dei negozi trattati dal gestore. È vero, dice egli, che nel testo si concede l'*actio neg. gest. (directa)*, ma la si concede in quanto vi ha *negotium subbiettivamente alienum*, in quanto cioè il gestore vendette o locò l'usufrutto *a nome dell'usufruttuario*. Questa affermazione del Monroy ci sembra dovuta ad una considerazione non attenta del testo. Ed infatti è vero che nel testo si fa da prima l'ipotesi che il gestore lochi, e che lochi a nome dell'usufruttuario, *(negotium meum gerens)*, gerendo cioè subbiettivamente gli affari suoi, ma gli è altrettanto vero che subito dopo il giurista pone il caso che il gestore abbia fruito la cosa dell'usufruttuario *(utalur quis et fruatur)* accordando anche in questa ipotesi l'*actio neg. gest. (directa)* all'usufruttuario. Ora si consideri 1.) che la frase *negotia aliena gerere* indica tanto il gerire negozi altrui *obbiettivamente* quanto il gerirli *subbiettivamente* — 2.) che *frui* indica l'uso non nel senso giuridico di usare negoziando ma nel senso materiale[147] — 3.) che anche dove vi è un uso che consiste in un negozio giuridico compiuto dal gestore a nome proprio il proprietario della cosa può, entro certi limiti[131], avocare a sè il risultato del negozio medesimo senza riconoscerlo, e non si potrà a meno di conchiudere che la legge in esame dà un argomento testuale per sostenere che l'usufruttuario ha, al pari del proprietario, l'*actio neg. gest. (directa)*.[148]

121. — Ma in quanto gli compete questa azione? Ecco il quesito teorico che dobbiamo risolvere. Giacchè potrebbe anzitutto dubitarsi che l'usufruttuario potesse accampare il suo *dominium*

[147] Vedi più avanti.
[148] Così anche Cogliolo I p. 367. Il principio è ammesso dall'O. A. G. di Iena 1846 19 Marzo: — SEUFFERT Archiv. XV n. 1.

di fronte al terzo gestore. Vero è infatti che egli ha sulla cosa un diritto reale identico per indole ed efficacia a quello di proprietà, ma è vero altresì che il proprietario non cessa per il fatto di aver ceduto l'usufrutto di essere proprietario. Senonchè il suo dominio non cambiandosi per indole, pure si cambia in tale ipotesi per efficacia. Cessa il proprietario di essere *dominus rei* e diventa *dominus nudae proprietatis;* il suo rapporto alla cosa viene ad avere un minore contenuto, e gli atti od i negozi compiuti colla medesima possono essere considerati a lui appartenenti solo in quanto riguardano quel suo nudo diritto di proprietà. Ora riguardano questo diritto tutti gli atti di alienazione della cosa; poichè alienazione della cosa non sa concepirsi indipendentemente da esso; viceversa non lo riguardano gli atti di uso della cosa come e. g. la locazione. Ma se questa distinzione dà un criterio abbastanza chiaro in teoria, essa è tuttavia insufficiente dal punto di vista pratico. Ed infatti anche l'alienazione della cosa può intaccare il rapporto giuridico dell'usufruttuario; in quanto per essa sia reso impossibile l'uso della medesima. Si supponga ad esempio un compratore del fondo che ne cambi radicalmente la coltura. E d'altra parte anche tutti gli atti di uso che non riguardono il contenuto del rapporto di usufrutto appartengono al proprietario. Così e. g. l'art. 494 del cod. civ. stabilendo che l'usufruttuario non ha diritto sulle miniere, cave, e torbiere non ancora aperte al tempo in cui comincia l'usufrutto, nè sul tesoro, salve le ragioni che gli potessero competere come trovatore, attribuisce il *dominium* di questi *atti di uso* al proprietario. Gli è dunque il contenuto del rapporto giuridico alla cosa che forma oggetto di gestione che determina il *dominium.*

122. — E ciò ben si rileva da un confronto dell'usufrutto coll'uso. Il contenuto del diritto di usufrutto è di usare e fruire

della cosa: perciò l'usufruttuario può sempre cedere ad un altro l'uso della cosa che ha in usufrutto[149] ed in genere l'esercizio del medesimo (art. 492 cod. civ.). Il contenuto del diritto di uso invece è nel caso normale di usare della cosa personalmente appunto perchè « usare non significa dare in uso ad altri. » Ben si comprende quindi che l'usufruttuario che ha sulla cosa tale diritto che gli permette di darla ad altri in uso possa considerare proprio gestore chi con essa compie questo atto, mentre tale facoltà non ha per regola chi sulla cosa ha un semplice diritto di uso. Come pure è chiaro che quando il contenuto di questo diritto di uso fosse più ampio, come talvolta avviene ed ammettesse nell'investito il diritto di locare, anche l'usuario, in quanto tale diritto gli spetta, potrebbe muovere l'*actio neg. gest. (directa)* contro chi avesse locato la cosa da lui avuta in uso.

123. — Ciò posto resta a determinarsi come sia regolato l'esercizio dell' *actio neg. gest. (directa)* fra il *dominus nudae proprietatis* e l'usufruttuario. Qui conviene distinguere varie ipotesi. Se l'atto di gestione compiuto dal terzo era di tale indole che l'usufruttuario non avrebbe potuto compierlo in forza del suo diritto di usufrutto, l'usufruttuario non può agire *neg. gest. actione (directa)* ma è obbligato in base all'art. 511 cod. civ. a denunciare il fatto al proprietario per evitare ogni responsabilità. Se invece l'atto gestorio riguardava unicamente l'uso della cosa, il *dominus nudae proprietatis* non ha veste per muovere coll'azione di gestione contro il gestore. Se infine l'atto gestorio riguarda tanto l'uso della cosa spettante all'usufruttuario quanto la sua disponibilità o quell'uso che resta tuttavia nel proprietario, dominus ed usufruttuario hanno ambedue

[149] WINDSCHEID § 207 e note.

l'*actio neg. gest. (directa)* in proporzione del rispettivo interesse che è naturalmente determinato dalla relativa estensione del loro *dominium negotii.*

§ 6. — *Il dominium negotii del creditore pignoratizio*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate e DERNBURG *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heütigen römischen Rechts.* In due volumi, Leipzig 1860-64.

124. — Un altro caso tipico di *dominium* fondato sopra un *jus in re* è quello del creditore pignoratizio. Qui si possono figurare due diverse ipotesi che devono essere separatamente trattate. La vendita della cosa data in pegno può essere cioè avvenuta per opera del creditore pignoratizio o per opera di un terzo. Quando la cosa è stata venduta dal creditore pignoratizio essa costituisce un *negotium* del *dominus* in quanto lo permette il diritto che il *dominus* medesimo ha attribuito al creditore pignoratizio nell'accordargli la cosa medesima in pegno. Il contenuto del contratto di pegno, in altri termini, limita il *dominium negotii* del proprietario, e costituisce quello del creditore. Ora poichè il contenuto del contratto di pegno è di attribuire al creditore pignoratizio il diritto di vendere, e di soddisfarsi sul prezzo di vendita, si comprende facilmente che il *dominium negotii* del *dominus rei* è eguale al *dominium* di un proprietario qualsiasi di fronte ad un terzo che scientemente vende la cosa sua, diminuito di quanto il *dominus* medesimo si è obbligato di fronte al creditore pignoratizio. Considerate da questo punto di vista le fonti riguardanti gli obblighi del creditore pignoratizio di fronte al *dominus rei,* sono importanti per determinare l'efficacia dell'alienità dei negozi fondata sul diritto di proprietà. Così le:

L. 15 pr. Dig. XLVII. 2

Paulus libro quinto ad Sabinum

Creditoris, cuius pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest: sed et pigneraticia actione id quod debitum excedit debitori (i e. *dominus rei) praestabit.*

L. 22 pr. Dig. XIII. 7

Ulpianus libro trigensimo ad Edictum

Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. [150]

125. — Il Monroy [151] nega che i principi contenuti in queste leggi debbansi considerare come effetti dell'alienità obbiettiva dei negozi trattati dal creditore pignoratizio, e vorrebbe ricondurli al contenuto del contratto di pegno. Ma in realtà il contratto di pegno non ha fatto altro che alterare i rapporti che indipendentemente da esso esistevano già fra il proprietario della cosa ed il venditore della medesima.

In forza del contratto di pegno il creditore pignoratizio può vendere e soddisfarsi, ma null'altro può. Se egli e. g. dà in locazione la cosa cedutagli in pegno, ritraendone pensioni, o se per altra guisa ritrae da essa un lucro, egli è tenuto a restituire e quelle è questo al *dominus rei.* Gli è vero che il *dominus* può far valere questo suo diritto coll'*actio pigneratitia (directa),* ma gli è altresì vero che in questo riscontro l'azione pignoratitia non fa valere il contenuto del contratto, ma reprime al contrario l'esorbitare dai limiti con esso imposti all'attività

[150] Veggasi anche la L. 8 § 1 Dig. III. 5.
[151] Op. cit. p. 111.

ed alle facoltà del creditere pignoratizio. Il contenuto del contratto di pegno dunque determina e limita il *dominium* del creditore pignoratizio; dove ed in quanto questo cessa, riprende piena vita ed efficacia quello del *dominus rei.*

126. — Interpretata con questo criterio riesce di facile interpretazione la nota L. 42 Dig. XIII, 7:

Papinianus libro tertio responsorum

Creditor judicio quod de pignore dato proponitur ut supefluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae fit ex facto, suum creditor negotium gerat.

Di questa legge si sono proposte varie emendazioni poichè sembrava che l' inciso: « *in venditione quae fit ex facto* » non desse buon senso. Il Cuiacio [152] proponeva quindi di leggere *ex pacto* invece di *ex facto;* Aloandro: *quae rite est facta;* Dernburg: *quae pignoris jure est facta.* Nessuna di queste congetture ha però un serio fondamento, e forse nessuna è del pari, come fra poco vedremo, necessaria.

Circa al contenuto della nostra legge il Monroy sostiene che essa prova essere il creditore pegnoratizio *dominus* e non gestore in riguardo alla vendita da lui compiuta della cosa pignorata. Ma con questa affermazione, così assoluta, l' egregio autore completamente trascura la limitazione che lo stesso Papiniano arrecava alla proposizione: « *in venditione suum venditor negotium gerit* », col vessato inciso: *quae fit ex facto.* Ecco invece come deve, a nostro avviso, essere interpretato il frammento in esame. Il creditore nel vendere la cosa datagli in pegno gerisce di fatti un affare proprio, rende cioè proprietario il terzo

[152] L. 24 § 2 Dg. XIII, 7.

acquirente come se egli fosse vero *dominus rei*, e quindi dominus della vendita colla cosa aliena compiuta. E perciò egli non può costringere il proprietario ad accettare invece del *superfluum pretii* l' *actio venditi* contro il terzo, sebbene possa in taluna evenienza essere costretto a cederla. Nel fatto di vendere dunque il creditore pignoratizio è *dominus:* ma in quanto riceve il pagamento è gestore e solo in base al contratto di pegno, ha diritto di soddisfarsi del proprio credito. Così se egli, dopo essersi soddisfatto sul prezzo ritratto, avesse dato a mutuo il *superfluum pretii:* « *usuram eius pecuniae praestare debet ei, qui dederit pignus* » così pure egli dovrebbe prestare le usurae qualora si fosse servito del *superfluum pretii* (L. 37 § 1 Dig. III, 5 e Dernburg. II 221). La legge 42 cit. giustifica quindi pienamente quanto dicevamo che il propietario di una cosa pignorata è a considerarsi dominus di tutti i negozi con essa compiuti dal creditore pignoratizio, in quanto a ciò non osti il contenuto del contratto di pegno. E che il creditore pignoratizio è alla sua volta *dominus* della vendita compiuta colla cosa datagli in pegno, in quanto ciò si manifesta necessaria conseguenza del contenuto del contratto di pegno, contenuto naturalmente determinato dalla finalità economica dell' istituto.

127. — Abbiamo fin qui considerata la vendita della cosa pignorata compiuta dal creditore pignoratizio. Dobbiamo ora prendere in considerazione la seconda delle ipotesi che ci siamo proposte. L' ipotesi cioè che la cosa data in pegno sia stata venduta da un terzo. Questo terzo nel vendere compie indubbiamente un *negotium alienum;* ma a chi spettante? Al proprietario, o al creditore pignoratizio, o all' uno e all' altro insieme? Il Monroy [153] sostiene che nel vendere il terzo compie

[153] p. 112.

un *negotium* spettante al proprietario. « Il diritto di vendere del creditore pignoratizio, dice egli, è ben diverso dal diritto di vendere del proprietario. Esso è sottoposto a delle speciali condizioni: scadenza del credito (L. 4 Dig. XX. 5); *denuntiatio* o giudicato (L. 3 § 1. Cod. VIII. 34); trascorso di un termine di 2 anni (L. 3 § 1 Cod. cit.); — produce d' altronde speciali effetti: risoluzione dei diritti di pegno posteriori, ed ha infine esclusivamente lo scopo di soddisfare il creditore pignoratizio. » Ma noi non vediamo quale influenza possano avere queste considerazioni sulla controversia. Ci sembra anzi che la conclusione che da esse vorrebbe trarsi sia in aperta contradizione con quanto il Monroy afferma poco prima a proposito della L. 42 Dig. XIII. 7. Infatti se si ammette che il creditore pignoratizio gerisce un affare proprio col fatto di vendere la cosa datagli in pegno, come può poi negarsi che la vendita della medesima cosa non sia più affar suo, se eseguita da un terzo? Sta bene che il creditore pignoratizio non possa vendere che in date circostanze; ciò potrà soltanto significare che il terzo diverrà nel vendere suo gestore solo a condizione che quelle siensi già verificate; non potrà mai farci escludere in via assoluta che egli possa divenirlo. D' altra parte nulla rileva l' accessorietà del diritto di pegno; non può esistere pegno se non esiste un credito a garanzia del quale esso sia stato costituito; ma obbligazione e diritto di pegno non hanno altro rapporto che questo, che cioè il pegno si estingue, se si estingue l' obbligazione. Finchè l' obbligazione perdura, il pegno conserva pertanto una esistenza autonoma indipendente, e sarebbe errore il confonderlo col diritto a cui garanzia esso è stato costituito Tra il credito e il diritto di pegno vi ha assoluta diversità di indole giuridica, e di contenuto economico. D' indole giuridica perchè il pegno è un rapporto sulla cosa; di contenuto economico perchè esso può avere

un valore minore o maggiore del credito. Ora l' indole giuridica del pegno fa si che chi ne è investito possa farlo valere contro tutti; il contenuto economico determina i limiti dell' interesse che il creditore pignoratizio ha alla conservazione del medesimo. Ora gli è evidente che chi vende la cosa pignorata tocca un interesse che è fondato sopra un diritto reale, efficace cioè contro tutti. Il terzo venditore della cosa pignorata è dunque gestore sia di fronte al *dominus rei* che di fronte al creditore pignoratizio.

128. — Un testo interessante in proposito è la L. 3 § 8 Dig. III. 5.

Ulpianus libro decimo ad Edictum

Si executor in negotio meo a praetore datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi adversus eum actio.

Alcuni scrittori hanno affermato che l' azione di cui è parola in questo testo, la quale è certamente un' *actio neg. gest. (directa)*, sia accordata soltanto al creditore pignoratizio,[154] ma gli è arbitraria affermazione.[155] Essa spetta anche al proprietario; poichè anche il proprietario può avere un interesse alla vendita (quando il prezzo con essa ritratto superi l' ammontare del suo debito) e d' altra parte essendo proprietario della cosa venduta ha *veste* giuridica per muovere l' *actio neg. gest. (directa)*.

Se questa pertanto è la giusta interpretazione di questa legge noi troviamo in essa una valida argomentazione in favore a quanto siam sopra venuti dicendo, sul *dominium negotii* del creditore pignoratizio, e del *dominus rei*.

129. — Resta ora a vedersi come debba essere regolato l' esercizio delle due azioni *neg. gest. (directae)* che abbiamo

[154] Vedi Ludovici Vitali *Lectionum variarum* lib. 1. cap. XVII. — Otto *Thes* vol. II p. 102. — Wlassak op. cit. p. 102.

[155] Pacchioni *Negotium alienum* p. 62. — Cogliolo op. cit. p. 78 e segg.

sostenuto sorgere dall'unico fatto della vendita della cosa. Qui si presentano varie ipotesi. Il proprietario ha agito per primo ed il venditore ignorava l'esistenza del diritto di pegno. In questa ipotesi egli si libera completamente da ogni responsabilità di fronte al creditore pignoratizio consegnando il prezzo ottenuto colla vendita al *dominus rei*, sempre salvi i principi che abbiamo svolto sopra in riguardo alla vendita di cosa altrui. Oppure il venditore conosceva l'esistenza del diritto di pegno, ed allora egli può opporla al proprietario, chiamando in giudizio il creditore medesimo. Se invece il creditore pignoratizio ha agito per primo bisogna distinguere se egli ha agito credendosi ed essendo creduto *dominus rei*, dalla ipotesi contraria. In quella il venditore è liberato ed il creditore pignoratizio rimane tenuto di fronte al *dominus rei*, non per il *quidquid*, ma per tutto ciò che gli rimane dopo essersi soddisfatto, per quanto ed in quanto a far ciò era autorizzato in forza del contratto di pegno. Se invece il venditore conosceva appartenere la cosa ad una persona diversa da quella del creditore pignoratizio, egli dovrà chiamarla in causa o almeno potrà farsi prestar cauzione di fronte al proprietario al quale è tuttavia tenuto.

130. — Prima di abbandonare questo argomento dobbiamo infine esaminare la

L. 12 § 1 Dig. XX. 5:

Triphoninus. libro VIII Disputationum:

Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium, quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obbligatione a debitore interposita, certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. sed quantum quidem ad creditorem, debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipse debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat.

L'esegesi di questa legge ha una importanza non solo per ciò che riguarda i rapporti del creditore pignoratizio di fronte al suo debitore, ma in generale per la ricostruzione del concetto del *negotium alienum*. Noi abbiamo sostenuto che il sorgere dell'*actio neg. gest. (directa)* è affatto indipendente dalla esistenza dei requisiti dell'*actio contraria*. La dottrina tradizionale, che sostiene invece l'opposto concetto, trovasi impacciata di fronte a quelle leggi nelle quali mancando appunto quei requisiti si accorda nullameno l'*actio directa*. Principalmente di fronte alla L. 48 (49) pr. Dig. h. t. E per superare tale difficoltà eleva a requisito dell'azione nel testo accordata la circostanza accidentale della distruzione della cosa. Così la glossa ammette che in casi estremi — *re perempta vel usucapta* — si possa dal *dominus rei* ratificare la vendita conchiusa dal gestore a nome proprio;[156] così la dottrina moderna considera l'azione accordata nella L. 48 cit. come una *condictio sine causa*.[157] Ma l'una e l'altra di queste interpretazioni si palesa completamente artificiale di fronte alla legge sopra trascritta. In essa infatti si accorda un'*actio utilis neg. gest. (directa)* al *dominus rei* contro il debitore, « *si necdum pignus evictum est* »; indipendentemente cioè dalla perenzione dell'oggetto, esistendo ancora la *rei vindicatio*. La glossa medesima è costretta a riconoscere ciò, (ad h. l. ad verb. « *tenetur* ») rinunciando implicitamente

[156] Vedi sopra § 4 e più oltre.
[157] Vedi più oltre.

a tutta la sua teorica, come ha ben dimostrato l' Aarons.[158]

131. — Il proprietario della cosa venduta può dunque, prima di intentare la *rei vindicatio,* convenire il debitore che prestò causa alla vendita, coll' *actio neg. gest. (directa).*[159] Ma quale effetto produrrà l'esercizio di questa azione? Si è sostenuto dal Monroy[160] e dal Cogliolo[161] che nell' esercizio dell' *actio neg. gest. (directa)* è implicita la ratifica della vendita e che quindi il proprietario perde per questo esercizio la *rei vindicatio.* Ma questa opinione ci sembra inaccettabile. E già esponemmo a proposito della vendita di cosa altrui ciò che crediamo giusto circa alla così detta ratifica implicita.[162] Notiamo solo che la ratifica avverrebbe qui di fronte alla persona che non ha conchiuso il contratto, ma che solo vi ha dato causa; e notiamo inoltre che anche ammesso che si potesse ratificare, nel senso tecnico di questa parola, un negozio non conchiuso a nome del ratificante, sarebbe tuttavia contrario ai principi più elementari della interpretazione degli atti giuridici vedere necessariamente incluso nell' atto di muovere l' *actio neg. gest. (directa),* una volontà di ratificare, che potrebbe anche non esistere.

[158] Op. cit. pp. 78 e seg. il quale giustamente nota come si sia invano tentato di salvare la glossa da questa inconseguenza logica sostenendo che essa concedeva al proprietario un' *actio neg. gest. (contraria)* contro il debitore pignoratizio, azione da lui acquistata rinunciando alla sua *rei vindicatio,* e, gerendo così gli affari del debitore pignorante. Questa opinione è sostenuta dal Cuiacio *recitation ad tit. Cod. creditorem evictionem pignoris non debere* (opp. edid. Fabrot tom. 9 column. 1354) Altaferra *recitat. ad Claudii Triphonini disputationes ad* h. l. (edit. Napolit. tom. VIII. pars. I p. 33) e fra i recenti Dernburg op. cit. II p. 195 e segg. Contro di essa Monroy op. cit. p. 10; Windscheid Zwei fragen pp. 8-10; Witte op. cit. p. 330.

[159] L' azione è utile perchè la vendita non fu direttamente eseguita dalla persona convenuta.

[160] Op. cit. p. 11.

[161] Op. cit. I p. 298.

[162] Vedi sopra p. 131 e segg. Pacchioni *Negotium alienum.* l. c.

131. — Abbiamo detto che l' azione accordata da Trifonino al proprietario della cosa contro il debitore è un' *actio utilis neg. gest. (directa).* È un' *actio utilis* perchè il debitore non ha personalmente venduto (quindi non ha veramente gerito) ma ha dato causa alla gestione, consegnando come pegno al proprio creditore una cosa altrui. É poi un' azione *neg. gest. (directa),* non *contraria,* come artificiosamente hanno sostenuto scrittori antichi e moderni[163]. Questi scrittori ragionano così: come il proprietario della cosa venduta dal creditore pignoratizio ha facoltà di rivendicare dal terzo acquirente, così egli ha facoltà di rinunciare alla propria *rei vindicatio.* Rinunciando alla *rei vindicatio,* pertanto, può gerire utilmente l' affare del debitore, poichè gli è come se spontaneamente si presentasse a soddisfare il creditore pignoratizio; o almeno in tanto gerisce gli affari del debitore pignorante in quanto impedisce l' azione in regresso per il prezzo che al terzo compratore evitto competerebbe [nel caso in cui il creditore pignoratizio avesse nella vendita pattuita la non garanzia per evizione] contro il debitore pignorante liberato di fronte al proprio creditore. Ora nella L. 12 § 1 cit. Trifonino in tanto appunto avrebbe concesso l' azione al proprietario della cosa contro il debitore pignorante liberato di fronte al suo creditore, in quanto egli avesse rinunciato alla sua *rei vindicatio* contro il compratore, impedendo così l' azione di regresso a questi spettante contro il debitore pignorante medesimo. Questa interpretazione è come abbiamo detto completamente inaccettabile; e per vero sia di fronte al testo che ai principii.

132. — Non solo non vi è nel testo accenno alcuno a rinuncia alla *rei vindicatio* da parte del proprietario, al contrario da esso

[163] Vedi nota 137.

risulta che l' azione accordata al proprietario contro il debitore pignorante, non è esclusa menomamente dall' esistere ed essere esperibile la *rei vindicatio* contro il terzo acquirente. Trifonino dice che il proprietario ha l' azione utile per il prezzo contro il debitore pignorante, *finchè* non abbia esercitato la *rei vindicatio;* non dice già che l' abbia *per* aver rinunciato alla medesima [164]. Gli è evidente che così non si sarebbe assolutamente potuto esprimere il giureconsulto se avesse avuto in animo di accordare un *actio neg. gest. (contraria).* Ma ammesso anche l' avesse voluta accordare, perchè mai l' avrebbe accordata *utilis* e non *directa?....* Ciò in riguardo al testo: quanto ai principi una sola argomentazione ci sembra decisiva contro la teoria che avversiamo. Se infatti l' azione fosse *neg. gest. (contraria),* non potrebbe essere limitata al prezzo. Il gestore che gerisce utilmente per altri acquista, come è noto, l' azione non solo per l' arricchimento risentito dal *dominus,* ma per il rifacimento completo delle spese da lui incontrate, e dei danni risentiti in causa dell' utile gestione intrapresa. Ora gli è evidente che se vuol ritenersi avere il proprietario, rinunciando alla sua *rei vindicatio,* gerito utilmente un affare del debitore pignorante, si deve necessariamente a lui accordare l' azione di gestione *(contraria),* non già rivolta al prezzo, ma a quella somma, maggiore o minore, che rappresenta il danno da lui subito per la rinuncia medesima. Il testo invece accordando l' azione per il prezzo evidentemente dimostra che non si tratta in esso di azione contraria bensì di azione diretta. Questa azione compete quindi nella ipotesi che la cosa esista ancora al pari che nella contraria.

[164] D' altra parte non vi è nesso necessario fra la rinuncia del proprietario alla *rei vindicatio,* e il sorgere della sua azione verso il debitore. Sarebbe in ogni evento necessario che la rinuncia avvenisse appunto per liberare il debitore dall' azione del compratore.

133. — Così decidendo si evita anche una strana contraddizione nella quale si sarebbe indotti accettando l' opinione che avversiamo. Si evita cioè di accordare per il medesimo fatto di vendere o far vendere una cosa altrui due azioni opposte. Poichè gli è indubitato, che *re perempta,* Africano concedeva al proprietario contro il venditore un' *actio neg. gest. (directa).* Il fondamento di questa azione non era riposto, come meglio rileveremo oltre, nell' arricchimento del venditore, ma nel fatto di avere il venditore gerito un affare altrui, vendendo una cosa altrui. Ora se il vendere la cosa altrui è un *negotium alienum,* tale deve essere indipendentemente dalla circostanza di essere poi andata distrutta od usucapita la cosa venduta. Anche prima di tale avvenimento, devesi quindi attribuire al proprietario l' *actio neg. gest. (directa).* Oppure la non si deve accordare nemmeno dopo. Ma dopo è necessario, a tenor delle fonti, accordarla, quindi anche prima. Nell' opinione che avversiamo invece dovrebbesi concedere l' *actio neg. gest. (contraria), re extante,* e l' *actio neg. gest. (directa), re perempta.*

134. — Il nostro ragionamento presuppone vero un dato: che cioè l' azione *neg. gest. (directa)* accordata nella L. 48 Dig. III. 5 sia una vera azione di gestione. Questo dato è però molto controverso. La dottrina più recente inclina a dire essere quell' azione una *condictio sine causa.* Per giungere a questa affermazione a me sembra però necessario il coraggio della disperazione; coraggio che non ho tuttavia per una migliore comprensione di ciò che deve intendersi per *negotium alienum.* Ora a confermarci nella convinzione che Africano non disse già azione di gestione dove avrebbe dovuto dire *condictio sine causa,* ma disse azione di gestione dove così ragionevolmente poteva dire, serve un confronto della L. 48 cit. colla L. 12 § 1 cit. Abbiamo

escluso che l' azione utile in quest' ultima legge accordata contro il debitore pignorante sia un *actio neg. gest. (contraria)*. Se potremo ora escludere che sia, come si è detto da taluni, azione di arricchimento, non potremo a meno di concludere che essa è realmente azione *utilis neg. gest. (directa)*. E se vi è ragione per giustificare essere qui l' azione utile, avremo anche ottenuto un buon argomento in favore di quanto abbiamo già detto, e diremo più oltre, sulla L. 48 cit. Ora che l' azione della L. 12 § 1 cit. non sia di arricchimento ci sembra risulti all' evidenza dalla semplice considerazione che esiste ancora per il proprietario la *rei vindicatio*. Come può dirsi che il debitore pignorante, sebbene liberato di fronte al suo creditore pignoratizio, sia arricchito a spese del proprietario, mentre questi ha ancora un mezzo giuridico efficace per ricuperare la cosa sua, e mentre d' altra parte il debitore si trova sempre esposto all' azione di regresso del compratore evitto? Non vi è qui evidentemente nè vero arricchimento nel debitore, nè vero impoverimento nel proprietario; dunque non si può parlare di azione di arricchimento senza estenderne mostruosamente la sfera di applicazione.

135. — Ma che azione è allora? Africano ci dice che chi vende la cosa altrui diviene gestore del *dominus* della medesima, ed è tenuto coll' *actio neg. gest. (directa)*. Trifonino ci dice che chi ha causato la vendita della cosa altrui è tenuto di fronte al proprietario con un' *actio utilis;* a meno che di quest' *actio utilis* non voglia farsi un istituto eccezionale e *sui generis,* per il caso contemplato nella L. 12 § 1 cit. è lecito concludere che l' *actio utilis* di Trifonino è *neg. gest. (directa)*. E poichè Trifonino accorda questa azione *re adhuc extante;* e poichè Africano, che la concede *re perempta,* la giustifica tuttavia col punto di vista della gestione, è lecito concludere, che il vendere la cosa altrui

è *in se e per se* un *negotium alienum,* che dà nascimento, indipendentemente da qualsiasi altra condizione, all' *actio neg. gest. (directa)*. Sia nella L. 48 cit. che nella L. 12 § 1 cit. l' azione è dunque di gestione e se essa tende, per principio, al prezzo soltanto, ciò non deve indurci a considerarla come per arricchimento. Gli è che sia il venditore della L. 48 cit. sia il debitore della L. 12 § 1 cit. *qui causam venditionis praestitit,* come quelli che versavano in buona fede, non potevano essere tenuti responsabili del fatto di vendere, essi che avrebbero potuto impunemente distruggere. [165]

136. — Queste sono le conclusioni sostanziali che sembra a noi debbano trarsi dalla esegesi della L. 12 § 1 cit. Prima di abbandonare questo interessantissimo testo crediamo però opportune alcune altre considerazioni. Il Witte è, a nostra conoscenza, il solo scrittore che sia conscio dell' arbitrarietà di concedere una *condictio sine causa, re extante.* Ma il modo con cui cerca evitare questa difficoltà, non è da approvarsi. La frase « *si necdum pignus evictum est* » deve considerarsi, dice l' egregio autore, come una espressione infelice del giurista Trifonino, « l' acutezza del quale non è certo dimostrata dalla guisa con cui nel testo sono messe insieme l' azione di regresso del compratore e l' azione di arricchimento del proprietario della cosa ». Ora nel giudizio sopra Trifonino noi certamente non possiamo convenire perchè, per poco acuto che voglia dirsi essere stato questo giurista, certo non si ha diritto di credere che egli dicesse nero per bianco. Ma la considerazione del Witte è giusta per

[165] A torto, dice il Witte, (op. cit. p. 330) che nulla impedisce di pensare che il debitore nel dare in pegno la cosa altrui fosse in mala fede; anzi la decisione del testo esclude questa ipotesi in quanto accorda contro il debitore l' azione per il prezzo soltanto.

ciò che riguarda l'accomunamento dell'azione del compratore con quella del proprietario. Queste due azioni non hanno infatti la minima somiglianza di fondamento giuridico. Quella del compratore evitto è una vera azione di arricchimento, quella del proprietario è un'azione di gestione; l'una presuppone l'esercizio della *rei vindicato* da parte del proprietario, l'altra invece il contrario. Gli è quindi veramente strano che le due azioni sieno nel testo così trattate alla pari e considerate come una sola azione. Senonchè prima di attribuire la colpa a Trifonino è lecito pensare ai compilatori, e forse non è improbabile che l'aggiunta *vel ad emptorem post evictionem* sia una interpolazione. Non sarebbe questo l'unico caso in cui i compilatori hanno creduto completare un testo, riescendo invece a guastarlo: ma oltre alle ragioni sostanziali che ci fanno dubitare aver potuto un giurista del valore di Trifonino, confondere insieme azioni così diverse, ci muove a ritenere trattarsi qui di interpolazione la dizione del testo alquanto imperfetta, nella forma in cui ora è conservato nei digesti, la quale riescirebbe invece scorrevole ed elegante tolto l'inciso che supponiamo interpolato.

§ 6. — *Della vendita della cosa altrui eseguita in buona fede.*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate, e principalmente WINDSCHEID *Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigen Bereicherung.* Leipzig 1878; — IHERING *Ist der ehemalige gutglaübige Besitzer einer Sache* verp *flictet, nach deren Untergang dem Eigenthümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben?* — Beitrag zur Lehre von den Grenzen des Eigenthumschutzes. (Iahrbücher für die Dogmatik vol. XVI. (n. s. IV) pp. 230 318) e KRÜGER *Wann hat derjenige, dessen Sache beim letzten Besitzer untergegangen oder von demselben usucapirt worden, gegen denjenigen, der sie dem letzeren bona fide verkauft hat, einen Anspruch auf* den *Kauf preis?* (Archiv. für die civ. Praxis vol LXIII) HELLWIG *Ueber die Haftung des veräussernden gutglaübigen Besitzers einer fremden Sache nach römischem Recht.* Cassel 1888. BERTOLINI *Dell' azione per l'arricchimento contro chi ha venduto in buona fede la cosa altrui* Roma 1889.

137. — Abbiamo applicato il punto di vista della gestione alla vendita di cosa altrui, eseguita dal possessore di mala fede, senza preoccuparci della circostanza che il diritto romano aveva

ricondotto questo caso entro la sfera della rei vindicatio mediante la massima *dolus (vel culpa) est pro possessione* (L. 157 § 1. Dig. L. 17). Crediamo di essere giustificati in questo procedimento da quanto abbiamo sopra avvertito circa l'indole della nostra ricerca. Che cioè essa è d'indole strettamente sostanziale, e rivolta a dimostrare la presenza di un principio latente, non formulato esplicitamente, ma tacitamente posto a fondamento di molte risoluzioni. Passando ora a considerare la vendita della cosa altrui eseguita in buona fede potremo, colla scorta delle fonti, dimostrare che ad essa applicarono i giuristi, nei rapporti fra proprietario e venditore, il punto di vista della gestione. Nè ciò potrà recar meraviglia; chè a questa ipotesi non era più possibile applicare la *rei vindicatio utilis* poichè nè colpa nè dolo può rinvenirsi nel possessore di buona fede che vende la cosa altrui. Così il concetto teorico, che indirettamente aveva trovato la sua espressione nella estensione della *rei vindicatio* nella ipotesi di una vendita di cosa altrui, eseguita dal possessore di m. f., trovò esplicita e diretta applicazione nella concessione di un *actio neg. gest. (directa)* contro il possessore che in buona fede avesse venduto la cosa altrui.

138. — Fu il giureconsulto Africano che enunciò esplicitamente il principio, o almeno di questo giureconsulto è la legge nella quale esso trovasi, nel *corpus juris,* più efficacemente enunciato.

L. 48 (49) Dig. III. 5: —

Africanus libro octavo Quaestionum

Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares quum esset meum gessisses.....

Non riferiremo qui tutte le interpretazioni che si sono date di questo frammento,[166] contentandoci di esporre quella che riteniamo vera e di giustificarla. Crediamo che l' azione concessa nel testo sia una vera e propria *actio neg. gest. (directa),* e che sia concessa indipendentemente dalla circostanza di esistere o meno la cosa venduta.[167] Nel testo si accenna, è vero, a questa circostanza, ma l' accenno può spiegarsi naturalmente pensando che appunto nel caso di usucapione o di perenzione della cosa più interessante si era il decidere se competesse l' azione; e perchè d' altra parte nell' ordine naturale delle cose la questione in riguardo al prezzo non doveva *normalmente* verificarsi che quando fosse preclusa al proprietario la via a rivendicare la cosa. Ma ciò che positivamente induce a credere che la perenzione o l' usucapione della cosa non fossero considerati requisiti dell' azione concessa si è il modo nel quale Africano giustifica la sua decisione: *ut dari deberet..... gessisses,* dal quale risulta che ciò che costituiva il fondamento dell' azione non era, nel pensiero di Africano, il momento dell' arricchimento, ma il fatto di avere gerito il venditore sia pure inscientemente un affare altrui.[168]

139. — Ciò che sempre ha imbarazzato gli scrittori, e spesso li ha indotti a disconoscere, nell' azione concessa nella L. 48 cit., il carattere di una vera *actio neg. gest. (directa)* si è la limitazione rilevata nel testo, dell' azione medesima al prezzo:

[166] Una esposizione di queste opinioni trovasi nel mio studio sul *negotium alienum.* Veggasi anche Bertolini monografia citata e Cogliolo op. cit. I pp. 325 e segg.

[167] Ritengono invece essere requisito dell' azione in questo testo concessa, l' usucapione o distruzione della cosa. Chambon op. cit. Ihering op. cit. p. 306. Brinz *Lehrb.* § 321 p. 636 nota 13. Windscheid *Lehrb.* § 431 nota 18. Zimmermann *Aechte und unaechte* p. 55.

[168] Cogliolo op. cit. p. 329 nota (385). Del resto veggasi la L. 12 § 1 Dig. XX. 5, e più sopra pp. 161 e segg.

de pretio neg. gest. actio danda sit. Di quì l' opinione oggi diffusissima che vede nell' azione del testo una *condictio sine causa,* od in genere un azione di arricchimento. E di qui anche l' opinione recentissima del Cogliolo che dopo aver con acutezza ed efficacia combattuto i vari tentativi di spiegare la L. 48 col punto di vista dell' arricchimento, sostiene essere l' azione concessa nel testo una vera e propria azione di gestione rivolta al prezzo unicamente per la circostanza che nel *caso normale* il *dominus* non ha interesse che a chiedere il prezzo.[169] Ora, mentre crediamo si debba convenire pienamente coll' arguto scrittore nell' escludere che debbasi interpretare la L. 48 cit. col criterio dell' arricchimento, dobbiamo però allontanarci da lui nel modo di considerare la limitazione dell' azione concessa al prezzo.

140. — Secondo noi questa limitazione non è effetto di essere generalmente l' interesse del *dominus* limitato al prezzo; la frase di Africano non è quindi scientificamente inesatta o almeno non di proposito detta. Essa ha anzi un significato teorico, essa vuole fissare la portata dell' azione in un modo esatto, e con ragione ciò vuole. Si ha nella vendita della cosa altrui, eseguita dal possessore di buona fede, un conflitto di interessi, ed in certa guisa anche un conflitto di diritti. Senza entrare in una analisi profonda della teoria del possesso di buona fede, possiamo infatti affermare che per esso si attua uno stato di cose che attribuisce al possessore di b. f. dei veri e propri diritti.[170] Di fronte ai terzi il posses-

[169] Op. cit. I p. 219, 296 (357) e 341.

[170] Sulla indole della possessio bonae fidei veggasi Ihering *Abhandl.* [*Die consolidation der bonae fidei possessio und der jura in re durch die Analogie des Eigenthums*] e Brinz *Zum Rechte der bonae fidei possessio* (Brinz und Maurer, Festgabe).

sore di buona fede è trattato, per molti riguardi, come un vero proprietario; di fronte al vero proprietario egli ha facoltà di disporre della cosa come più gli aggrada senza essere per ciò reponsabile. Può in altre parole dirsi che egli ha il diritto di non rispondere della propria colpa. Se questa sua posizione gli attribuisce l'apparenza di vero *dominus* in riguardo agli atti di disposizione sulle cose che egli possiede, ma che appartengono ad altri, non glie ne attribuisce la qualità. E, a ben pensare, è inesatta espressione il dire che il *dominium negotii* è quì diviso fra proprietario e possessore. Il *dominium negotii* è del proprietario, ma il *diritto del possessore* limita l'efficacia dell'azione *neg. gest. (directa)* che per quello prende vita. Vendendo, il possessore di buona fede, ha già compiuto un atto che solo il proprietario aveva diritto di compiere, e si è per ciò solo obbligato. Ma quale è il contenuto di questa sua obbligazione? Qui si palesa subito l'efficacia che esercita il suo diritto di possesso di buona fede. Egli sarebbe infatti responsabile per questa vendita illimitatamente in relazione all'interesse del proprietario. Dato che il proprietario non potesse ricuperare la sua cosa (smarrimento o distruzione per opera del compratore) egli avrebbe diritto a pretendere dal venditore e la restituzione del prezzo e il rifacimento dei danni per la vendita subiti. Questi danni non potrebbero frattanto provenire che da due cause: o dall'aver il possessore venduto a vil prezzo, o dall'aver venduto anche a prezzo elevatissimo una cosa che nella connessione in cui si trovava nel patrimonio del suo proprietario rappresentava per lui un maggior valore economico. Questa responsabilità discenderebbe nell'un caso e nell'altro da colpa. Ora il possessore di buona fede ha, come abbiam detto, il diritto di non rispondere della propria colpa *quasi re sua abutatur;* perciò

se egli vende la cosa, e per il semplice fatto di vendere la cosa, non è tenuto che nel prezzo dalla vendita ritratto.[171]

141. — Accolti questi principî, spiegasi, senza violarla, la L. 48 citata, e si prepara la via ad una migliore intelligenza della L. 23 Dig. XII. I: —

Africanus libro secundo quaestionum

« *Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, morluo eo, posse te mihi pretium condicere Iulianus ait quasi ex re tua locupletior factus sim* ».

La fattispecie di questo frammento è la seguente: Tizio credendosi legatario del servo Stico, mentre tale è Sempronio, lo vende. Stico muore. Africano risponde che Sempronio potrà *condicere pretium Titio.* Dal testo non risulta come Tizio avesse cominciato a possedere; risulta però sufficientemente dalle parole *quasi ex re tua* ecc. ecc. che trattavasi di *legatum per vindicationem.*[172] Ciò posto, vediamo quali difficoltà presenti questo testo. Trattasi anzitutto di determinare l'indole giuridica della *condictio* accordata da Giuliano, ed inoltre di stabilire in quale rapporto stia la concessione di questa *condictio coll' actio neg. gest. (directa)* da Africano concessa nelle L. 48 (49) Dig. h. t.

142. — Sulla indole della *condictio* può dirsi che la dottrina moderna è concorde: essa la ritiene una *condictio sine causa* (Così e. g. Ihering. Abh. e Iahrb. XVI p. 234).[173] Non conviene però

[171] Giustamente osserva a proposito della nostra legge Brinz *Lehrb* [2. ed.] § 321 nota 50 « *dolus culpa* oder das Erforderniss der *diligentia* ist hier nicht denkbar ».

[172] Veggasi inoltre le osservazioni fatte nello studio sul *negotium alienum* p. 67 e segg.

[173] Tale avevala ritenuta anche Cuiacio *Tract. ad Africanum* II e VIII. Il Thibaut *System des P. R.* § 705 (8ª ed.) invece la ritiene, insieme all' *actio neg. gest.* delle L. 48 h. t., un' *actio in factum.*

quando trattasi determinare nel concorso di quali requisiti tale *condictio* debba accordarsi, ripetendosi qui, nel niun accenno che nel testo trovasi circa all' indole del possesso del venditore, tutte le divergenze d'opinioni che manifestansi in generale riguardo all' azione di arricchimento contro chi ha venduto in buona fede la cosa altrui. [174]

143. — Però il Donello nel suo commentario *ad tit. dig. de rebus creditis* ha dato della legge in discorso una diversa interpretazione, la quale ben meriterebbe, per l'acume e la finezza sua, di essere completamente riprodotta, e che, per economia di spazio, ci limiteremo a riassumere. Il Donello pensa si tratti nel testo non già di *condictio sine causa,* ma di *condictio certi ex negotio gesto.* La *condictio certi,* dice Donello, non compete *nisi adversus eum, qui domino eo nomine obligatus est* (§ 1 *Inst de action).* Ora, obbligato, può taluno essere *ex contractu, ex quasi contractu, ex maleficio ex quasi maleficio.* Nel caso della legge in esame il possessore vendente è obbligato *ex quasi contractu,* perchè chi vende la cosa altrui è gestore del *dominus* della medesima. « *Est autem negotium eius hoc ipso, quod res eius est, in qua negotium emptionis gestum est, propter quod et pretium est acceptum* ». Data questo fondamento all' azione il Donello cerca giustificarlo combattendo Bartolo che concedeva, al pari della dottrina prevalente oggi, la *condictio sine causa.* Egli argutamente osserva che la *condictio sine causa* essendo basata, nell' opinione avversaria, sul principio che è iniquo che alcuno *ex re aliena locupletior factus sit* non ha una base giuridica ben determinata, e che per ciò stesso non è equa *(cum sine certa ratione non sit aequum).* D'altra parte che la gestione possa essere *causa* giuridica sufficiente a far sorgere la *condictio certi* sembra dimostrato dalla L. 28 § 4 Dig. XII. 2; e che il prezzo si trovi con giusta causa presso il venditore si desume dal principio romano che ritiene valida la vendita di cosa altrui, in conseguenza del quale il venditore acquista infatti la proprietà del prezzo pagatogli dal compratore. Si aggiunga a ciò, conclude il Donello, che Africano non parla menomamente nella L. 23 cit. del genere della *condictio* citata, mentre nella L. 48 (49) Dig. III. 5, concede esplicitamente un' *actio neg. gest.* e non si potrà a meno di pensare che egli alludesse nella L. 23 cit. alla *condictio certi ex negotio gesto.*

[174] Un riassunto fedele e minuto delle varie opinioni in proposito trovasi nella monografia dell' Ihering sopra citata, la quale è specialmente rivolta a confutare Windscheid; e nel Bertolini mon. cit. che accetta le conclusioni dell' Eisele.

144. — Dopo avere così acutamente interpretato la L. 23 cit. Donello prosegue oltre a determinarne ulteriori requisiti e in ciò non possiamo completamente seguirlo. Coll' atto di vendere, dice egli, il possessore ha gerito un affare del proprietario, ma non per questo è tenuto *statim.* Occorre che il possessore si sia definitivamente arricchito del prezzo, il che può avvenire *dupliciter: vel quod dominus rei venditæ proprietatem amisit, ut jam eam rem vindicare non possit, et emtori aufferri, vel quod quamvis re evicta actio ob evictionem emptori non datur.* Ora la proprietà può perdersi o per usucapione da parte del compratore, o per la distruzione dell' oggetto avvenuta per caso fortuito, o per consenso del proprietario che l'abbia trasferita nel compratore. L' *actio ob evictionem* viene meno, nei contratti a titolo oneroso: quando sia stata esplicitamente esclusa, e nei contratti a titolo lucrativo: quando non sia stata esplicitamente pattuita.

145. — Come abbiamo detto in questo ulteriore concetto non possiamo seguire il Donello. Infatti l' azione *neg. gest. (directa),*

ridotta in questi termini, cessa di essere tale e diviene una vera e propria azione di arricchimento. Ed allora a che scopo porre in luce il punto di vista della gestione? Se invece è giusto il dire che la giurisprudenza romana lo prese in considerazione, è necessario condurlo alle sue logiche conseguenze, e solo quando queste si palesino assurde in se medesime, od apertamente inconciliabili colle fonti, sarà lecito il respingerlo o snaturarlo con sì gravi limitazioni. Enunciamo dunque il principio che ne sembra giusto e proviamolo nelle sue conseguenze e alle fonti. Il possessore che vende la cosa altrui si obbliga come gestore di fronte al proprietario, e si obbliga tostochè, ha venduto e per il fatto di aver venduto, indipendentemente da qualsiasi altro requisito. Ciò conduce alle conseguenze che sopra abbiamo visto in rapporto al venditore di mala fede, colla sola limitazione che qui il proprietario non può attualmente pretendere dal venditore che il prezzo, o la designazione del compratore contro il quale esercitare la sua *rei vindicatio.*

146. — Che questa nostra opinione sia conforme ai testi ci sembra sufficientemente dimostrabile. La L. 12 § I Dig. XX. 5 attesta intanto irrefutabilmente che il proprietario della cosa la quale sia stata alienata per opera di un terzo, ha contro questi un' azione che nel testo è designata come *utilis* c che deve ritenersi *neg. gest. (directa).*[175] A creder ciò si è indotti da queste considerazioni. L' azione non può essere azione di arricchimento perchè la cosa non è ancora distrutta, e quindi il proprietario conserva intatta la sua *rei vindicatio.* Dire che è un *actio* utilis speciale fondata su motivi di equità non avrebbe alcun significato; dire che non è azione di gestione perchè il debitore non ha venduto

[175] Sulle varie interpretazioni di questa legge WINDSCHEID *Zwei Fragen* pp. 7-13.

sarebbe inesatto.[176] Infatti gli è appunto perchè il debitore non ha direttamente venduto che non si concede contro di lui una vera e propria azione di gestione: bensì un *actio utilis.* Ma da ciò anzichè restar escluso che alla vendita di cosa altrui i giuristi romani applicassero il punto di vista della gestione oggettiva, ne sembra discendere valido argomento a provare il contrario. Dobbiamo poi assolutamente opporci al Bertolini là ove scrive che la legge in proposito non ha alcuna importanza in riguardo alla questione da lui trattata: dell' azione di arricchimento contro chi ha venduto in buona fede la cosa altrui. Poichè anzi tale legge sembra a noi decisiva a dimostrare la inopportunità di insistere sul momento dell' arricchimento, o almeno a provare che un azione contro il venditore della cosa altrui accordavasi anche là dove di arricchimento non poteva parlarsi.[177] Ciò serve anche a far vedere quanto a torto spesso gli scrittori si fondino sopra generiche espressioni, come quella che chiude il nostro testo: *(ne ex aliena jactura lucrum sibi adquirat...).* Finchè il proprietario ha la *rei vindicatio* nessuno infatti potrà dire che il debitore risenta un vantaggio *a danno* del proprietario medesimo.

147. — Nella L. 48 Dig. III 5 si accorda dunque esplicitamente un azione di gestione contro chi ha venduto in buona fede la cosa altrui; nella L. 12 § I cit. si accorda un azione utile (pure di gestione) contro chi ha fatto vendere la cosa

[176] Vedi sopra pp. 161 e segg.

[177] Notiamo qui che a torto si osserva anche che l' azione viene accordata contro il debitore e non contro il creditore. Ciò è una naturale conseguenza del principio della *volontarietà* come sarà più oltre dimostrato. È poi inutile rilevare che quanto è detto nel testo riguarda unicamente l' azione del proprietario contro il debitore, prima dell' evizione, non già l' azione del compratore dopo l' evizione.

altrui; azione di gestione è anche, a nostro avviso, quella concessa nella L. 1 Cod. IV, 52: —

Imp. Gordianus A. Apollodoro evocato

Si nulla usucapionis praerogativa vel diuturni silentii praescriptio emptorem possessionis, quam a coheredibus patrui tui distractam suggeris, pro portione tua munit, in rem actio incolumis perseverat: aut si receptum ius securitatem emptori praestitit, est arbitrium tibi liberum conveniendi eos qui pro portione tua SATIS ILLICITAM *venditionem celebraverunt.*

Alcuni scrittori hanno creduto trattarsi qui di una vendita eseguita in mala fede, specialmente fondandosi sulla espressione: *satis illicitam venditionem.* Ma questa espressione non prova certamente tanto ed è completamente conciliabile colla opinione che sostiene trattarsi qui invece di vendita eseguita in buona fede. [178] Ciò posto non discende però menomamente che l'azione accordata contro il venditore sia di arricchimento. La giustificazione data nel testo prova piuttosto il contrario: gli è al fatto dell'aver venduto che si ricollega la decisione data dall'imperatore, il fatto di vendere costituisce un atto di disposizione nel patrimonio del proprietario e fa sorgere l' *actio neg. gest. (directa).*

148. — Di azione di gestione crediamo tratti anche la L. 1 Cod. IV. 51: —

Imp. Alexander A. Cattiano militi.

Si praesidi provinciae probatum fuerit Iulianum nullo jure munitum servos tuos scientibus vendidisse, restituere tibi emptores servos jubebit. quod si ignoraverint et eorum facti sunt, pretium horum tibi solvere Iulianum jubebit. [179]

[178] Veggasi BERTOLINI mon. cit. p. 19 e segg.

[179] Vedi Ihering. *mon. cit.* Iahrb. XVI, p. 306.

Anche in questa legge si suppone una vendita di cosa altrui eseguita in buona fede. Attestano di ciò: — 1.° la possibilità di usucapione cui allude il testo, 2.° la limitazione dell'azione verso il venditore al prezzo, la quale sarebbe inconcepibile qualora si trattasse di vendita eseguita in mala fede. Il testo non esclude però che l'azione di gestione possa muoversi mentre i servi sono ancora rivendicabili. Anzi, se non erriamo, presuppone che, convenuto il venditore, sieno stati chiamati in causa i compratori, ai quali il pretore abbia comandato di restituire i servi alieni scientemente acquisiti. Così anche nella L. 1 Cod. IV. 51 sopra citata il fondamento attribuito all' azione *(satis illicitam....)* dà argomento a pensare che, anche in quella ipotesi, il proprietario potesse indipendentemente da perenzione od usucapione della cosa sua, muovere contro il venditore *actione neg. gest. (directa).*

148.bis — Di fronte a queste leggi, nelle quali si accorda contro chi ha venduto in buona fede una cosa altrui, un'azione che sull'analogia della L. 48 cit. crediamo *neg. gest. (directa),* abbiamo la L. 23 Dig. XII. 1 la quale espressamente concede una *condictio.* Come conciliare dunque queste diverse ed apparentemente contradittorie sentenze? Potrebbe dirsi, come infatti qualche scrittore ha detto, che i giuristi romani non erano concordi in proposito, attenendosi alcuni al concetto dell'arricchimento, altri a quello della gestione. [180] Potrebbe anche pensarsi ad un concorso elettivo fra l' *actio neg. gest.* [*directa*] e la *condictio sine causa.* [181] Pure noi crediamo non sia necessario ricorrere a tali artificiose spiegazioni, le quali però, a parte ciò

[180] Così e g. WITTE op. cit. 328.

[181] Così VOIGT *Ueber die condictiones ob causam* Leipzig. 1862 p. 748 nota 694.

che esse contengono di erroneo, lascierebbero tuttavia adito alla nostra teoria sull'*actio neg. gest.* [*directa*]. Crediamo invece possano le due leggi in discorso essere più naturalmente conciliate in modo che da esse risulti una efficace dimostrazione della nostra teoria.

149. — Bisogna a questo fine tenere ben presenti alcuni principî da noi già insistentemente rilevati in opposizione alla dottrina prevalente: che cioè l'azione *neg. gest.* [*directa*] compete al proprietario contro il venditore della cosa sua, indipendentemente dall'essere andata questa fortuitamente distrutta o dall'essere stata dal terzo acquirente o da altri usucapita; che l'azione medesima sorge per il fatto della vendita, — *statim* —, e che quindi compete al proprietario indipendentemente dalla *rei vindicatio,* quindi anche in casi nei quali di arricchimento non potrebbesi assolutamente parlare; che infine il suo esercizio non pregiudica direttamente e necessariamente l'esistenza e l'esperibilità della *rei vindicatio.* [182]

150. — Così delineato il concetto e la funzione dell'*actio neg. gest. (directa),* nella ipotesi di vendita della cosa altrui, noi potremo renderci piena ragione delle fonti che la considerano. Quando la cosa esiste ancora l'azione di gestione non ha uno scopo certo e determinato. Essa può tendere sia alla restituzione del prezzo, sia alla designazione del proprietario. Quando invece la cosa è *perempta* o *usucapta* l'azione di gestione ha uno scopo fisso e determinato: conviene che il proprietario si contenti del prezzo ritratto dal venditore. La conclusione ne sembra evidente: *re perempta vel usucapta* può il proprietario

[182] Tutti questi principî sono maggiormente svolti alla fine di questo paragrafo.

condicere pretium; ma non già perchè questo si trovi senza causa presso il venditore, bensì perchè il venditore l'ha ritratto gerendo obbiettivamente un affare dal proprietario, obbligandosi così verso di lui. La *condictio* è quindi una *condictio certi ex negotio gesto.* Se invece la cosa non è ancora distrutta o usucapita, l'azione del proprietario non ha uno scopo certo e determinato, e tende naturalmente al prezzo solo quando non sia possibile avere la cosa; perciò la *condictio certi ex negotio gesto* non si attaglia a questa ipotesi: si accorda invece l'*actio neg. gest. (directa).* Con questa distinzione che è nelle fonti e risponde ad una distinzione esatta di concetti giuridici spiegansi a nostro avviso le leggi in proposito senza violarne il senso aperto delle parole, e senza bisogno di far ricorso a concetti ed espedienti (come e. g. la ratifica implicita, o l'*actio in subsidium)* che furono certamente estranei al diritto romano.

151. — Questa nostra conciliazione delle fonti include un principio in sostanza non nuovo, che al contrario, dal Cuiacio al Windscheid, è stato ripetutamente affermato, e ripetutamente combattuto. Il principio è questo: che il proprietario ha sempre diritto di pretendere dal venditore in buona fede, quale si sia il titolo del suo possesso, vero o putativo, oneroso o gratuito, il prezzo ritratto colla vendita della cosa sua. Ma il concetto giuridico che noi poniamo a fondamento di quel principio è essenzialmente diverso da quello che, segnatamente Windscheid, vi pone, di modo, che restando esenti dalle molte e giuste critiche che sono state mosse al Windscheid, noi possiamo da esse trarre argomento contro i critici medesimi, in nostro favore. Infatti contro l'ampia applicazione che il Windscheid dà all'azione di arricchimento calzano molte delle smaglianti critiche mossegli dall'Ihering: ma queste critiche che noi accogliamo, mentre, per

indole loro, non toccano la nostra opinione, possono in certa parte rivolgersi contro il medesimo Ihering.[183]

152. — Non possiamo qui approfondirci a dimostrare minutamente queste asserzioni: basti il notare che mentre acutamente si osserva non essere opportuno considerare da un unico punto di vista, e complessivamente in una medesima trattazione, varie forme di arricchimento; così d'altra parte devesi anche tener fermo che l'azione di arricchimento, *(condictio sine causa),* sia pur accordata soltanto contro il possessore a titolo putativo, come vorrebbe Ihering, non può prescindere dal momento della perenzione ed usucapione della cosa venduta, sicchè con essa non si potrebbero spiegare le leggi che accordano al proprietario contro il possessore di b. f. venditore un azione, prima del verificarsi di questo momento; mentre d'altra parte essa, al pari di quella illimitatamente concessa da Windscheid, contiene la contraddizione logica, di nascere il momento successivo a quello nel quale si è estinto il suo fondamento giuridico: il diritto di proprietà.

153. — Ma se la concessione di un' *actio neg. gest. (directa)* contro il possessore che in buona fede ha venduto la cosa altrui, senza distinguere fra possessore e possessore, e senza distinguere fra il caso in cui la cosa è stata usucapita o è andata distrutta, dal caso in cui essa tuttavia esista, è in accordo colle fonti, certo essa è di tale efficacia ed ha tanta importanza pratica che

[183] Il lettore potrà convincersi di ciò leggendo e contrapponendo le due elegantissime monografie dei due sommi giuristi alemanni citate nella bibliografia che precede questo paragrafo. Se non insisto maggiormente su questo punto si è per non esorbitare dai limiti che a questa parte pure interessantissima del tema sono segnati dall' economia generale del libro, e perchè d' altra parte i cenni che ho dato in proposito nel testo, uniti alla esegesi delle principali leggi, mi sembrano sufficientemente giustificare le mie affermazioni.

deve essere, per quanto è possibile, dimostrata teoricamente esatta. In questo compito noi prenderemo le mosse da una osservazione dell' Ihering in riguardo alla teoria del Windscheid. L' Ihering osserva che lo scopo pratico della *condictio,* accordata da quello scrittore, consiste nel rafforzare la protezione giuridica della proprietà con un azione personale, e soggiunge che ciò non ha in sè nulla di inammissibile ma che non è possibile sostenere che il diritto romano attuasse questo rafforzamento della protezione del diritto di proprietà, mediante la concessione di una *condictio sine causa* colla funzione a questa azione attribuita dal Windscheid. Mentre d' altra parte se ciò avesse fatto il diritto romano esso avrebbe dovuto pervenire, in riguardo alla consunzione della cosa e dei frutti, in riguardo alla specificazione, alla commistione e fin anche all' usucapione, a principi che sono apertamente smentiti dalle fonti. Ora noi crediamo che in ciò debbano completamente accogliersi le considerazioni del geniale giurista. Ma ci sembra parimenti che esse non ostino menomamente all' accordare, come noi vorremmo, un *actio neg. gest. (directa)* con una funzione analoga alla *condictio sine causa* del Windscheid, ma con fondamento giuridico ben distinto. Il rafforzamento che, mediante l' *actio neg. gest. (directa),* noi verremmo così ad accordare alla proprietà non sarebbe infatti speciale, e per essa creato; ma dovrebbe essere considerato come naturale conseguenza di un più ampio istituto giuridico, l'istituto del *dominio patrimoniale* come da diverse fonti può astrarsi e ricostruirsi. Mentre quindi con ragione potrebbe opporsi al Windscheid essere arbitrario accordare nel silenzio della legge una così efficace ed estesa azione personale quale è la *condictio sine causa* (del Windscheid), collo scopo specifico di rafforzare la protezione del diritto di proprietà, non si potrebbe invece un argomento di tale indole sollevare contro la nostra opinione. Se infatti, i giuristi romani

realmente intuirono il concetto del dominio patrimoniale, come noi, astraendo dalle loro decisioni, abbiamo cercato formularlo, non può più dirsi che l' *actio neg. gest. (directa)* non abbia un fondamento legislativo esplicito: potrà solo dirsi che essa non ha nelle fonti un fondamento giuridico formulato.

154. — D' altra parte dal punto di vista teorico ne sembra decisivo in favore della nostra opinione la seguente considerazione. La *condictio sine causa* essendo un' azione di arricchimento non sorge che quando sia giuridicamente estinta la *rei vindicatio.* Prima di questo momento essa non può dirsi *nata,* poichè prima di questo momento il prezzo che trovasi presso il venditore non può essere considerato come ingiusto suo arricchimento. Ora se noi ci atteniamo al concetto del Windscheid, pel quale si avrebbe nella *condictio sine causa* un' azione personale rafforzante la protezione del diritto di proprietà, non potremo a meno di trovare contraddittorio il sorgere di questa azione solo quando di proprietà non è più giuridicamente a parlarsi. E ciò abbiamo sopra rilevato anche contro Ihering, aggiungendo che per tale concetto teorico dell' azione è necessariamente esclusa la sua applicazione *re adhuc extante.* Ma in tali logiche contraddizioni non si perviene invece menomamente decidendo la questione dal punto di vista della gestione. E già in ciò, a prescindere dalle fonti, che sono favorevoli alla nostra opinione, avremmo un buon argomento per ritenerla preferibile. L' azione del proprietario sorgendo per il fatto di vendere, compete naturalmente *re adhuc extante;* nè su di essa può avere alcuna influenza il fatto della distruzione od usucapione della cosa da parte del terzo acquirente. Per tal guisa viene anche posta in piena luce l' indole speciale dell' atto gestorio, e vengono riconfermati i risultati più oltre ottenuti sul requisito della *liceità* del medesimo.

155. — Certamente di grande importanza per il nostro quesito si è la considerazione del senatoconsulto Giovenziano. Questo senato-consulto sarebbe stato affatto inutile, nota Ihering, qualora nella dottrina romana fosse già penetrato l' uso della *condictio sine causa* nell'ampia funzione ad essa attribuita dal Windscheid. O se volesse ammettersi che tale uso si svolgesse posteriormente non saprebbe trovarsi ragione per cui i giuristi romani non lo avessero collegato teoricamente al S. C. medesimo, come è a noi noto che essi fecero per il *dolus praeteritus* (L. 27 § 3 Dig. VI, 1), perpetuando anche per l' arricchimento la *rei vindicatio.* Senonchè una ragione di questo fatto può a nostro avviso colorirsi pensando che l' arricchimento non può in alcun modo essere considerato un succedaneo del possesso. E d' altra parte pensando che le disposizioni del S. C. Iuventianum dando luogo alla massima che *omne lucrum auferendum est tam praedoni quam bonae fidei possessori* rendevano ragione alla più ampia espressione del dominio individuale. Quando infatti parlasi di responsabilità nell' arricchimento, ciò può intendersi in due significati ben diversi. L' essere tenuto nell' arricchimento rappresenta talvolta un minimo di responsabilità, ed è questo il caso normale; tall' altro rappresenta invece un massimo, [184] ed allora resta, anche quando il principio è legislativamente sancito, a determinarsi quale sia il fondamento giuridico di questo obbligo. A noi sembra pertanto che la più naturale spiegazione giuridica del principio si ottenga derivandolo dal concetto dell' alienità oggettiva degli atti compiuti dal possessore colle cose altrui, alienità che ha appunto il suo fondamento nel diritto di proprietà. Così infatti si ha ragione dell' eguale trattamento fatto al possessore di buona fede

[184] Veggasi addietro pp. 102 e segg. e nel proposito del testo le L. 20 § 6, 17, 21; L. 16 § 1 L. 33, L. 34, L. 35 Dig. eod. L. 20 § 17-25 eod. L. 22, 28, 36 eod.

e a quello di mala fede, il quale resterebbe impiegabile giuridicamente, quando, a giustificare la massima in esame, volesse trarsi il principio che chi sopporta il pericolo deve anche avere il vantaggio. [185] Diciamo dunque che il possessore che vende la cosa altrui, sia ad un prezzo elevatissimo che ad un prezzo vile deve restituire il prezzo medesimo al proprietario, poichè esso è stato ottenuto vendendo la cosa e perchè il vender la cosa è affare del proprietario della medesima. Pure non sempre il venditore della cosa altrui si libera mediante tale restituzione. Se infatti egli era in mala fede risponde per l'interesse del proprietario il quale può essere maggiore del prezzo. D'altra parte egli si libera completamente anche quando l'interesse del proprietario superi il prezzo, ogniqualvolta egli vendette in buona fede. Questi principî erano già elaborati nella giurisprudenza anteriore al S. C. Giuvenziano che ad essa si ispirò; certamente essi vennero proseguiti nella dottrina posteriore, e per la intima loro giustezza sembra a noi debbano essere posti a fondamento della teoria dell'*actio neg. gest. (directa).*

156. — Prima di chiudere la trattazione della vendita di cosa altrui eseguita in buona fede, dobbiamo da ultimo esaminare altre due leggi dalle quali le cose sopra svolte possono trarre ulteriore sussidio: la L. 17 Dig. VI. 1. e la L. 1 § 47 Dig. XVI. 3.

L. 17 Dig. VI. 1: —

Ulpianus libro sexto decimo ad edictum

Iulianus libro sexto digestorum scribit, si hominem, qui Maevii erat, emero a Titio, deinde cum eum Maevius a me peteret, eundem vendidero eumque emptor occiderit, aequum esse me pretium Maevio restituere.

[185] Ihering *Abhandl* e Chambon op. cit. p. 20. Vedi Monroy op. cit. p. 93 e § 23.

Anche in questa legge il giurista Giuliano accorda al proprietario contro il venditore della cosa altrui un azione *de pretio.* La difficoltà principale che presenta questo testo è riposta, come ognun vede, nella limitazione dell'azione al prezzo, sebbene la vendita vi si supponga avvenuta dopo che il proprietario aveva mossa la *rei vindicatio.* Ma questa difficoltà, comunque voglia essere risolta, [186] non toglie nulla alla efficacia probatoria del testo in riguardo al principio da noi sostenuto; che cioè il vendere la cosa altrui è, in se e per se, fatto sufficiente a far sorgere pel proprietario l'*actio neg. gest.* [*directa*]. Il possessore infatti avrebbe potuto essere convenuto *actione neg. gest.* [*directa*] qualora avesse venduto prima di essere convenuto colla *rei vindicatio:* perchè dunque non dovrebbe essere così tenuto anche nella ipotesi che la vendita fosse avvenuta dopo che il proprietario aveva mosso la *rei vindicatio?* La circostanza di avere il possessore venduto lo schiavo *cum dominus eum ab eo peteret* potrebbe aggravare la sua responsabilità, mai scemarla o toglierla. In quanto non la aggravi egli sarà pertanto come prima, così anche dopo che il proprietario abbia mossa la *rei vindicatio,* tenuto *actione neg. gest. (directa) de pretio.* [187]

[186] Diverse opinioni si sono manifestate in questo proposito. Veggasi Donello Comment. ad L. 23 Dig. XII 1, seguito da Ihering *Abhandl* p. 70 e Witte op. cit. p. 312. Contro Zimmermann *Aechte und unaechte neg. gestio* p. 53-54 cui posteriormente ha aderito lo stesso Ihering (Iahrb. XVI. p. 236). Di diversa opinione Mommsen *Erört* I p. 112-113 e Bertolini mon. cit. p. 24 e 25.

[187] Ciò mostra, se non erro, come a torto il Bertolini (mon. cit. p. 21) riponga il fondamento dell'azione del proprietario *de pretio* nella circostanza di aver avuto luogo la vendita dopo che il proprietario aveva già intentato la *rei vindicatio.* È opportuno anche rilevare in questo proposito come anche a torto il Bertolini ritenga estranea al problema da lui trattato la legge in esame. Leggasi quanto abbiamo detto sopra a proposito della L. 12 § 1 Dig. XX, 5.

157. — L. 1 § 47 Dig. XVI, 3
Ulpianus libro trigensimo ad Edictum

Quia autem dolum dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam, distraxit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit.

L' erede del depositario che in buona fede vende la cosa depositata non può essere tenuto coll' *actio depositi directa de re;* tuttavia decide Ulpiano che egli dovrà restituire al deponente proprietario il prezzo colla vendita ritratta. [188] Anche in questa fattispecie, l' obbligo imposto all' erede di restituire il prezzo è fondato sull' alienità del negozio gerito dall' erede vendendo. Ed infatti non si trova forse l' erede del depositario in riguardo alla vendita della cosa depositata nella medesima condizione in cui trovasi il possessore della cosa rubata *ante traditionem* dallo schiavo da lui acquistato (L. 48 Dig. III 5)? Come dunque si riteneva da Giuliano e da Africano aver questi gerito un affare oggettivamente alieno, così dovrà dirsi aver gerito un affare oggettivamente alieno (e precisamente un affare del proprietario) l'erede del depositario nel vendere in buona fede la cosa depositata presso il suo autore. E tanto più dovrà dirsi ciò quanto si pensi che nella L. 1 § 47 Dig. XVI, 3 nulla allude a distruzione od usucapione della cosa venduta sì che sarebbe assolutamente arbitrario considerare l' azione in essa concessa come azione di arricchimento. [189]

[188] Nell' esegesi di questa legge si presuppone naturalmente che il deponente fosse anche proprietario.

[189] Veggasi sulla esegesi di questa legge IHERING *Abhandl.* p. 68 WITTE op. cit. p. 331 MOMMSEN *Erört* I p. 109 nota 4: art. 1851 cod. civ. it.

158. — Raccogliamo finalmente le vele riassumendo gli argomenti che dai testi si possono trarre in favore della nostra opinione, e delineando il modo di funzionare dell' *actio neg. gest.* [*directa*] da noi concessa al proprietario contro il possessore che in buona fede abbia venduto la sua cosa. I testi che considerano la vendita di cosa altrui e che accordano al proprietario un azione per il prezzo contro chi la vendette possono essere divisi in due categorie. In una prima categoria possiamo porre i testi nei quali si accorda l' azione mentre la cosa venduta tuttora esiste (L. 12 § 1 Dig. XX, 5 e L. 1 Cod. IV, 51, L. 1 § 47 Dig. XVI, 3); in una seconda categoria possiamo porre quei testi ove si allude alla circostanza della distruzione della cosa venduta, senza però elevarla a requisito [L. 48 Dig. h t L. 1 Cod. IV, 52]. In nessun testo la perenzione o usucapione della cosa è posta esplicitamente a fondamento essenziale della azione. Ora questa posizione delle fonti ne sembra efficacissima a sostegno della nostra opinione. Se infatti si concede contro il venditore l' *actio neg. gest.* [*directa*] anche quando la cosa venduta esista e sia rivendicabile, come potrà dirsi essere questa azione fondata sull' arricchimento. E se d' altra parte l' azione fosse realmente fondata sull' arricchimento indebito del venditore come potremmo noi spiegarci che mai essa sia stata diretta mente e con espressioni non dubbie ricollegata all' arricchimento medesimo? Vero è che talvolta si accenna nei testi all' usucapione o distruzione della cosa già venduta, ma vero altresì che non è possibile attribuire a quegli accenni il significato che ad essi attribuisce la dottrina dominante. Si deve infatti tener presente che l' azione per il prezzo contro il venditore, pur esistendo indipendentemente dalla fortuita perenzione e dalla usucapione della cosa, acquista in queste ipotesi il massimo suo grado di pratico inte-

resse. Si deve anche tener presente che mentre accettando la nostra opinione, che fonda l' *actio neg. gest. (directa)* sul fatto puro e semplice della vendita, si spiegano perfettamente le leggi che accordano l' azione *re perempta vel usucapta,* assolutamente non si spiegano invece, accogliendo la dottrina da noi combattuta, quelle leggi nelle quali l'azione si accorda *re adhuc extante.*

159. — D' altra parte a persuaderci che l' azione accordata contro il venditore non era, nel concetto dei giuristi romani, fondata sul principio dell' indebito arricchimento ci induce anche la considerazione del modo col quale, nei diversi testi sopra esaminati, è giustificata la concessione dell' azione medesima. Così Africano nella L. 48 Dig. III 5 esplicitamente attribuisce a fondamento dell' azione accordata il fatto di avere il venditore gerito un affare oggettivamente altrui: — « .....*ut dari deberet si negotium quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses.* » — Giuliano del pari nella L. 23 Dig. XII 1 colle parole: « .....*quasi ex re tua locupletior factus sim* » significa evidentemente che il vendere spetta unicamente al proprietario della cosa, e che chi vende una cosa altrui ritrae un prezzo *ex re aliena.* Nella L. 1 Cod. IV, 52 si accorda l' *azione neg. gest. (directa)* contro i venditori *quia satis illicitam venditionem celebraverunt:* nella L. 1 § 47 Dig. XVI, 3 infine si giustifica la concessione dell' azione dicendo che l' erede sarebbe in dolo per il semplice fatto di non volere restituire il prezzo ritratto vendendo la cosa altrui, il che dimostra abbastanza chiaramente aver ritenuto il giurista essersi il venditore già imposto l' obbligo di restituire il prezzo col semplice fatto di vendere.

Il momento dell' arricchimento indebito, col quale la dottrina da noi combattuta vorrebbe giustificare l'azione accordata contro il venditore in buona fede della cosa altrui, non è dunque mai rile-

vato nelle leggi che questa azione concedono: al momento della gestione sonvi invece riferimenti espliciti ed accenni significanti. Se quindi anche in taluna legge (e. g. L. 17 Dig. VI 1) l' azione è giustificata con un semplice richiamo all' equità, non dobbiamo concludere che la dottrina romana fosse incerta od oscillante, ma piuttosto dobbiamo pensare che i giuristi romani non formularono o svolsero perfettamente la teoria dell' alienità oggettiva dei negozi giuriti, ma piuttosto la intuirono genialmente e la condussero quasi inconsciamente alle sue logiche conseguenze.

160. — Resta ora a vedersi come sia regolato l' esercizio dell' *actio neg. gest.* [*directa*] che compete al proprietario contro il venditore di buona fede. E più particolarmente quale sia il rapporto fra l' *actio neg. gest.* [*directa*] e la *rei vindicatio.* Nella risposta a questo quesito si manifesta la essenziale differenza che intecede fra la nostra teoria dell' *actio neg. gest.* [*directa*] e quello della più recente dottrina in proposito. Questa differenza può così formularsi: noi crediamo che l' esercizio dell' *actio neg. gest.* [*directa*] non pregiudichi per se e necessariamente l' esercizio della *rei vindicatio;* la dottrina avversaria invece ritiene essere incluso nell' atto di esercitare l' *actio neg. gest.* [*directa*] la ratifica della vendita compiuta dal possessore, si che per questo esercizio il terzo acquirente direttamente e necessariamente acquisti la proprietà della cosa vendutagli dal possessore di buona fede. Abbiamo altrove analizzata questa teoria della ratifica implicita: essa è arbitraria di fronte ai testi romani che mai ne fanno accenno; è in urto colla teoria della rappresentanza per la quale non è ammissibile, come più oltre sarà dimostrato, la ratifica dei negozi giuridici compiuti da alcuno in nome proprio, e poi inaccettabile anche di fronte ai principî sulla interpretazione della volontà poichè attribuisce al fatto di muovere l' *actio neg.*

gest. [*directa*] un contenuto di volontà che in esso non è normalmente, certo non necessariamente incluso.

161. — Noi dobbiamo dunque respingerla sebbene essa sotto un certo aspetto risponda alla considerazione dei rapporti economici che normalmente sorgono da una vendita di cosa altrui, quando il proprietario, *re adhuc exstante* si fa ad esercitare l'*actio neg. gest.* [*directa*]. Ma gli è appunto nel non aver saputo discernere ciò che è economica risultanza di effetti pratici, da ciò che è invece giuridica costruzione dei medesimi rapporti, che consiste il torto maggiore della teoria che avversiamo. Gli è infatti indubitabile che normalmente quando il proprietario, — *re adhuc extante,* — si fa ad esercitare l'*actio neg. gest.* [*directa*] contro il venditore egli perde la *rei vindicatio,* ma non vi ha fra questi due fatti il nesso che esiste fra una causa ed il suo effetto. Non è cioè al fatto di avere esercitato l'*actio neg. gest.* [*directa*] che deve il proprietario la perdita della sua *rei vindicatio.* Gli è che, convenuto il venditore, possono sorgere fra proprietario e terzo acquirente, o fra proprietario e venditore, nuovi rapporti che conducano direttamente od indirettamente alla estinzione od inesperibilità della *rei vindicatio.* Potrà il venditore convenuto chiamare in causa il terzo acquirente, cui il giudice potrà intimare la restituzione della cosa [L. 1 Cod. IV, 5]. D'altra parte potrà il proprietario essere costretto dal venditore, pronto alla restituzione del prezzo, a cedere *ex novo* la cosa al terzo acquirente. Se questi invece fosse momentaneamente irreperibile il venditore di buona fede non potrebbe esimersi dal restituire il prezzo, ma solo potrebbe esigere dal proprietario cauzione, di non agire ulteriormente colla *rei vindicatio* contro il terzo acquirente. Figurandosi in tal guisa il rapporto fra l'*actio neg. gest.* [*directa*] e la *rei vindicatio,* non si violano nè i principî

sulle rappresentanze, nè quelli sulla interpretazione della volontà, nè infine quelli sul concorso delle azioni. Le due azioni in discorso infatti hanno fondamendo giuridico distinto: quella di gestione sorge per il *fatto di avere il possessore venduto;* quella di rivendita compete in base al diritto di proprietà. L'esercizio della prima non può dunque pregiudicare l'esercizio della seconda se non indirettamente in quanto cioè il proprietario ceda *ex novo* la cosa al terzo acquirente, od in quanto personalmente si obblighi di fronte al venditore a non rivendicare.

§ 7. — *Locazione di cosa già venduta.*

BIBLIOGRAFIA: opere citate nella bibliografia del § seguente.

162. — Secondo i principi del diritto romano il proprietario di una cosa non si spoglia, per il semplice fatto di venderla, del suo diritto di proprietà. Occorre a ciò la *traditio.* Finchè questa abbia avuto luogo egli conserva quindi piena facoltà di disporre ancora, ed in ogni guisa, della cosa medesima. Senonchè tale facoltà gli compete di fronte a tutti, eccettuato il compratore. Il rapporto che a questo lo vincola fa sì che egli debba a lui attribuire tutto il contenuto di quel diritto che di fronte ai terzi vive in lui e per lui. Da ciò discende il concetto dell'alienità relativa dei negozî dal venditore geriti colla cosa ancor sua, ma ad altri venduta. Cominciamo ora dal supporre che Caio, dopo aver venduto il fondo corneliano a Tizio, l'abbia dato in locazione a Sempronio. Niun dubbio sulla validità di tale locazione. Ma che dovrà dirsi dei rapporti fra Caio e Tizio. Potrà Tizio pretendere le pensioni attualmente percepite da Caio, o dovrà contentarsi di pretendere le pensioni medie o normali che egli avrebbe potuto esigere locando per conto proprio? Così si formula nei suoi risultati pratici il quesito che teoricamente suona: può Tizio

considerare a se oggettivamente spettante l'affare conchiuso da Caio? La risposta affermativa non è dubbia. Tizio può considerare proprio gestore il proprietario che ha locato il fondo a lui venduto. Ciò risulta dalla

L. 13 § 13 Dig. XIX. 1: —

Ulpianus libro trigesimo secundo ad Edictum.

Item si quid ex operis servorum vel vecturis iumentorum vel navium quaesitum est, emptori praestabitur.

163. — Il Mommsen [190] che riconosce doversi spiegare questa legge col punto di vista della *negotiorum gestio,* soggiunge poi che il compratore non può sempre essere costretto a considerare suo gestore il venditore, ma che al contrario in certi casi, principalmente quando il venditore sia obbligato ad agire nell'interesse del compratore, gli si deve accordare il diritto di pretendere pensioni più elevate di quelle attualmente percepite. Evidentemente il Mommsen, che pure ammette prescindere l'*actio neg. gest. (directa)* dal requisito dell'*animus negotia aliena gerendi,* ritiene invece essenziale al sorgere di questo azione il requisito dell'*utiliter.* In ciò non possiamo seguirlo, come risulta da quanto abbiamo detto al capitolo I, e come anche maggiormente risulterà, se non erriamo, dal paragrafo sulla liceità dell'atto gestorio. Col punto di vista della gestione spiegasi a nostro avviso tanto l'ipotesi in cui il venditore abbia locato ad una pensione eccezionalmente elevata, quanto la contraria; poichè esso non include, per quanto si attiene al sorgere dell'*actio directa,* che l'idea di una intromissione gestoria nella sfera patrimoniale altrui. Ora il venditore che loca la cosa venduta, entra nella sfera patrimoniale altrui, cioè nella sfera patrimoniale del compratore, e ciò non già perchè la cosa venduta voglia ritenersi patrimonialmente od economicamente già appartenente al compratore, ma perchè il venditore, che è tuttora proprietario della cosa, trovasi di fronte al compratore in tal rapporto personale che lo costringe ad attribuirgli il contenuto del suo diritto di proprietà. Chè se il testo sopra trascritto non parla di azione di gestione gli è perchè essa è inclusa nell'azione contrattuale.

[190] *Erört.* I p. 27 e pag. 132. Che il testo debba spiegarsi col punto di vista della gestione è del resto generalmente ammesso. Veggasi: CHAMBON op. cit. p. 35. IHERING *Abhandl.* p. 75 e MONROY op. cit. p. 62.

164. — Tanto è vero che l'obbligo di restituire le pensioni, come in genere ogni lucro tratto colla cosa venduta, dipende dall'avere il rapporto giuridico che lega il venditore al compratore il medesimo contenuto del diritto di proprietà, che qualora questo rapporto venga modificato con un patto, e limitato nella sua efficacia, anche il conseguente diritto ai lucri viene correlativamente limitato. Ciò risulta all'evidenza dalla L. 13 § 18 Dig. XIX. 1 ove si dice: *idem quod ex operis servus praestitit venditori, emptori restituendum est, nisi ideo dies traditionis ex pacto prorogatus est, ut ad venditorem operae pertinerent.* [191] Un argomento esplicito a dimostrare che in caso di vendita, il venditore si spoglia di fronte al compratore del suo diritto di proprietà, sicchè sebbene di fronte ai terzi egli sia tuttora *dominus rei,* pure tale non è più di fronte al compratore, risulta anche dalla

L. 38 § 5 Dig. XXVIII 5: —

Iulianus libro trigesimo digestorum

Cum venditor servum ante traditionem ab emptore pro parte heredem scriptum adire jubet, restituere coheredi servi

[191] Per regola dunque (arg. *a contrariis)* anche nelle compere a termine deve accordarsi al compratore il diritto di pretendere tutti i commoda. Tutto però dipende dalla interpretazione delle volontà delle parti. Vedi Mommsen op. cit. p. 33.

necesse habet, QUIA LUCRUM FACERE EIUS SERVI JURE QUEM VENDITIT NON DEBET.

Qui è detto esplicitamente che il venditore di una cosa non deve, *ante traditionem,* trarre lucro alcuno esercitando il diritto di cui si è spogliato. Il venditore di fronte al compratore trovasi dunque sostanzialmente nella medesima situazione in cui un terzo trovasi di fronte al proprietario della cosa: se la vende, se la loca, se ne usa,[192] deve rendere conto come tale che ha, per lo meno, gerito affari altrui.[193]

165. — Da questo punto di vista completamente si giustifica il diritto che ha il creditore di una cosa di pretendere il commodum dal venditore, come del pari non si palesano più come eccezioni ad una regola i casi nei quali questo diritto vien meno.[194] Tutto

[192] Veggasi MOMMSEN *Erört.* I p. 60 nota 13 PACCHIONI Studi p. 33 ed inoltre L. 23 § 9 Dig. XXI, 1 L. 64 § 5 Dig. XXIV, 3.

[193] Vedi L. 1 Cod. IV, 48 L. 13 e 16 Cod. IV, 49 L. 4 § 1 Dig. XXII, 1 L. 7 pr. Dig. XVIII, 6. — Baldo alla voce *lucrum* della nostra legge: *venditae rei lucrum et commodum sperare venditor non debet.*

[194] Così le fonti negano che nella *stipulatio* il creditore possa pretendere i frutti della cosa stipulata ed in genere ogni *commodum* [L. 38 § 7 Dig. XXII, 1. — L. 78 § 1 Dig. XLV, 1. — L. 7 § 13 Dig. X, 3]. Ma ciò è perfettamente spiegato dall' indole giuridica della *stipulatio.* Deve in questo proposito notarsi che mentre il principio esposto non lasciava dubbio circa alla *stipulatio* rivolta ad un *certum dare,* esso era controverso in riguardo alla *stipulatio* rivolta ad un *incertum dare.* Giacchè Pomponio riteneva che nella *stipulatio vacuam possessionem tradi* al pari che nella stipulatio *fundum dari* lo stipulante non potesse pretendere i frutti, mentre Papiniano al contrario sosteneva che egli poteva esigerli coll' *actio incerti ex stipulatu* (L. 3 § 1 Dig. XIX, 1: — L. 4 pr. Dig. XXII, 1. — MOMMSEN *Erört.* I pagine 34-35). La ragione di questo dissenso era riposta, come ognun vede, in una diversa guisa di interpretare il contenuto della stipulazione. Pomponio s'atteneva strettamente al significato grammaticale della espressione, Papiniano invece tendeva a far prevalere l' intenzione delle parti. L' intenzione delle parti in un contratto di compra e vendita è normalmente quella di acquistare da una parte, di spogliarsi dall' altra, del contenuto del diritto di proprietà. Se quindi dopo aver comperato il fondo di Tizio, Caio

dipende dal contenuto del rapporto giuridico che vincola il debitore al creditore in riguardo alla cosa. Se questo rapporto giuridico ha il contenuto del diritto di proprietà, il che normalmente avviene nella vendita, il creditore della cosa ha diritto di pretendere tutto ciò che egli avrebbe avuto diritto di pretendere da un terzo qualora fosse già stato proprietario. Il Mommsen che in sostanza perviene in questo riguardo alla medesima conclusione si lascia sedurre dalla immagine del trapasso patrimoniale della cosa « *perfecta venditione* ».[195] Ma questa immagine non è necessaria, e d'altra parte assunta in un senso rigoroso conterebbe una petizione di principio. Potrebbe infatti chiedersi perchè in tale ipotesi debba ritenersi avvenuto un passaggio patrimoniale della cosa; e per rispondere a questa domanda, credo sarebbe necessario ricorrere alla spiegazione che direttamente abbiamo

stipula *vacuam possessionem tradi* non potrà secondo Pomponio coll' *actio ex stipulatu* pretendere i frutti ed i *commoda,* ma lo potrà bensì coll' *actio ex empto.* Secondo Papiniano potrà invece pretenderli anche coll' *actio incerti ex stipulatio.* Con Pomponio trovasi invece d' accordo Papiniano, nel negare che si possano pretendere i frutti ed i *commoda* della cosa comperata, e stipulata, coll' *actio certi ex stipulatu,* ma *quod ex stipulatu consequi non poterit, judicio empti consequitur: id enim quod non transfertur in causam novationis* JURE PRISTINO PETI POTEST. Chi ben consideri queste decisioni troverà in esse implicito il principio che il creditore della cosa ha diritto di pretendere dal debitore il *quidquid* da essa o con essa ottenuto dal debitore. Questo principio fu infine fatto valere anche nella *stipulatio* coll' inserimento dell' avverbio *recte* (L. 73 Dig. L. 16). Ma questo principio aveva alla sua volta il suo naturale fondamento nella interpretazione della volontà delle parti contraenti una compra-vendita. Si comprende pertanto che esso non dovesse necessariamente valere per tutti i rapporti personali diretti a spogliare una persona della proprietà di una cosa in favore di un' altra. Così nelle donazioni, nella promessa di dote fatta dall' estraneo, nei legati e fedecomessi il diritto romano sanciva un principio opposto. Il MOMMSEN (op. cit. pp. 35 e segg.) dalla analisi di tutti questi casi astrae il principio che là dove trattasi di credito *ex causa lucrativa* il debitore non è tenuto per principio alla restituzione del *commodum.*

[195] Op. cit. p. 91.

creduta efficace a giustificare il diritto del compratore al commodum. Ma vi ha di più. Col concetto del trapasso patrimoniale della cosa si finisce, a quanto mi pare per falsare il vero concetto del *dominium patrimoniale* il quale appunto produce gli effetti suoi indipendentemente dal reale trapasso della proprietà. Così il compratore diventa *dominus* in riguardo alla cosa che ancora non ha, e ne è *dominus patrimoniale* appunto perchè non l'ha. L'efficacia di questo dominio è diversa per indole da quella che proviene dal diritto di proprietà, perchè si fa valere per mezzo di azione personale; è diversa per efficacia perchè si fa valere solo contro il venditore. Ma questi effetti che esso ha, e non maggiori, egli ha indipendentemente da ogni trapasso; il quale per quanto patrimoniale dovrebbe a rigor logico produrre i suoi effetti *erga omnes*. Se dunque il compratore ha diritto di pretendere dal compratore tutti i *commoda,* non è perchè egli sopporti il *periculum* della cosa; non è perchè egli sia considerato già proprietario della medesima; gli è perchè il venditore si è spogliato di fronte a lui del suo diritto di proprietà, sicchè di fronte a lui più non può accampare alcun diritto nè sulla cosa nè alla cosa. Il *dominus* sostanziale di tutti gli affari compiuti colla cosa è il compratore; il venditore resta *dominus* di fronte ai terzi, ma anche questo dominio è formale poichè il suo contenuto va sempre al compratore. [196]

[196] Potrebbe sembrare inutile l'insistere tanto nel combattere il concetto del trapasso patrimoniale, ma ciò ha invece una importanza anche pratica. Così è indubbiamente a considerarsi una logica conseguenza di quel concetto non giusto, e quindi non giusta, quella del Mommsen *Erört.* I p. 42 ove dice: Dagegen kann beim Pachtcontract der Pächter sein auf Benutzung der gepachteten Sachen gerichtetes Recht nicht auf das nach Abschluss des Contracts hinzutretende commodum der hier zur Frage stehenden Art ausdehnen weil in Beziehung auf den Pächter die Auffassung, welche dem Anspruch auf das commodum zu Grunde liegt, nicht passt.

166. — Va sempre al compratore quando abbia acquistato la cosa senza limitazioni; e quando il rapporto giuridico alla cosa medesima sia ben determinato. Quanto alle limitazioni possono essere svariatissime e dipendere da patti aggiunti, ed in altre obbligazioni dalle legge. Quanto alla determinatezza del rapporto giuridico servono a chiarire il nostro concetto due esempi addotti dal Mommsen. Si supponga che Tizio abbia venduto alternativamente la cavalla X od Y a Caio. Prima che segua la scelta per parte dell' uno o dell'altro dei contraenti, X produce un polledro. Quindi la scelta si ferma sopra Y. Potrà Caio pretendere anche il polledro? Giustamente risponde il Mommsen che no. Ma la ragione addotta non è esatta; poichè se Caio non può pretendere il polledro della cavalla X ciò non è dovuto al non potersi considerare X — perfetta la vendita e non seguìta la scelta, — passato patrimonialmente a Caio. Gli è che finchè il rapporto personale che vincola Tizio a Caio non si è fissato in riguardo ad un determinato oggetto non può naturalmente privare il proprietario, anche di fronte al compratore, del contenuto del suo diritto di proprietà. [197] E non può così privarlo perchè ciò condurrebbe ad attribuire al rapporto medesimo una efficacia maggiore di quella voluta dalle parti. [198]

[197] Gli è pertanto necessario considerare quale realmente sia l'oggetto dei negozi compiuti dal gestore. Così la L. 3 Dig. XXXV. 2 decide che se l'erede ha venduto l'eredità ad un prezzo maggiore del suo vero valore: *nihil legatariis debetur*. Questa decisione è perfettamente naturale e giusta poichè l'erede ha negoziato il diritto ereditario sul quale ed al quale i legatari non hanno alcun diritto.

[198] Mommsen invece insiste [*Erört* p. 46] sul concetto del trapasso patrimoniale.

§ 8. — *La vendita della cosa già venduta.*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate e SOLGER *Dissertatio jur. inaug. de eo quod justum est circa rem duobus vel pluribus seorsim venditam.* — (praes. Lud. Beckio) Altorfii 1747 — IHERING *Teoria del rischio e pericolo nel contratto di compra e vendita* [trad. Serafini] Pavia 1862 (estratto dai Iahrb. für die Dogmatik vol. III). — HUC *Nature juridique du prix dans le vente et autres rapports synallagmatiques analogues* (Revue critique de legislation et de jurisprudence vol. IX, n. 6. 1880).

167. — Assai più interessante e controversa è l'ipotesi di un venditore che rivende la cosa già venduta. Può il primo compratore considerare proprio gestore il proprietario venditore che rivende? Se fosse vera la teoria che noi abbiamo sostenuta sull'alienità dei negozi dovrebbe rispondersi affermativamente. Nella rivendita della cosa già venduta si avrebbe un esempio tipico di *negotium relativamente alienum.* Il proprietario infatti avendo venduto a Tizio, si è obbligato ad attribuirgli tutto il contenuto del diritto di proprietà che di fronte ai terzi è tuttora in lui. Ora il vendere la cosa contiene appunto la più evidente ed efficace attuazione di questo contenuto; perciò il proprietario rivenditore dovrebbe essere considerato gestore del primo compratore. Ma questa conclusione non è mai stata tratta da alcun scrittore, principalmente, penso, in causa della L. 21 Dig. XVIII, 4 che conviene analizzare minutamente.

Paulus libro sexto decimo quaestionum

Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit: quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat: nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat, et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse: quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit. si ergo hominem vendiderit et is

decesserit, an pretium eiusdem debeat? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset. sed ubi hereditatem vendidi, et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam, quam hereditatis. Sed hoc in re singulari non potest credi nam si eundem hominem tibi vendidero, et necdum tradito eo alii quoque vendidero, pretiumque accepero, mortuo eo, videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis venditi non ex re sed propter negotiationem percipitur) et sic fit quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam non actionem. At quum hereditas venit tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam; quemadmondum fundi venditor fructus præstet bonae fidei ratione, quamvis, si neglexisset ut alienum, nihil ei imputari possit, nisi si culpa eius argueretur.

168. — In questa legge sono trattate varie ipotesi. Il giurista comincia dal supporre che l'erede venditore dell'eredità, abbia rivenduto una *singula res ex hereditate* la quale trovandosi nell'ingiusto possesso di un terzo egli avrebbe appunto perseguita per consegnarla al compratore. E si domanda a quale obbligazione questa vendita esponga il venditore della eredità di fronte al compratore. La risposta data al quesito è la seguente: bisogna distinguere se la vendita della *singula res* avvenne prima o dopo la interposizione della *stipulatio.* Se avvenne prima il venditore non dovrà al compratore della *hereditas* che il prezzo; se invece avvenne dopo dovrà *rem praestare.* Ma e che dovrà dirsi, prosegue Paolo, se *interposita stipulatione,* il venditore abbia venduto la *singula res* e questa sia andata distrutta: *an pretium eiusdem debeat?* E risponde: se Tizio promette lo schiavo Stico a Sempronio e poscia lo vende a Mevio, morto lo

schiavo prima che Tizio sia in mora di fronte a Sempronio, Tizio è liberato. Ma poi prosegue: se però io ho venduta l'eredità e poscia ho rivenduto una cosa ereditaria *potest videri ut negotium eius agam quam hereditatis*. E questa sentenza viene oltre giustificata. Dove invece trattasi di rivendita di una singola cosa il rivenditore non è obbligato di fronte al primo compratore: *nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci: (pretium enim hominis vendito non ex re sed propter negotiationem percepitur)*.

169. — Prima di esaminare le varie interpretazioni date a questa legge e di esporre e dimostrare quella che crediamo vera, è necessario porre bene in chiaro quali sieno le difficoltà che offre il testo. Sono queste di due ordini: bisogna cioè giustificare le decisioni del testo in riguardo ai principi romani sulla compra vendita: bisogna poi conciliare fra di loro le decisioni che nel testo medesimo si contengono in modo che da esse non discendano conseguenze praticamente inaccettabili. In riguardo al primo di questi due punti crediamo possa facilmente dimostrarsi la piena efficacia delle due vendite del medesimo oggetto, sia che esse sieno state individualmente conchiuse, sia che l'uno sia avvenuta implicitamente entro la vendita della università ereditaria e l'altra individualmente. Ciascuna di queste vendite deve infatti essere considerata a se; essa dà luogo ad un rapporto personale distinto ed indipendente. Così come insegna la L. 15 Cod. III, 32 eseguite due vendite il venditore trovasi obbligato di fronte a due acquirenti; così del pari egli li obbliga tutti e due al pagamento del prezzo. [199] Poichè dunque le due vendite hanno vita piena ed indipendente l'una accanto all'altra,

[199] Huc op. cit. pp. 353 e segg.

deve necessariamente ammettersi che in ciascuna di esse il rischio e pericolo sia passato al momento della perfezione del contratto nel compratore. Se la cosa va distrutta prima di essere consegnata sia all'uno che all'altro acquirente; l'uno e l'altro saranno nullameno tenuti a pagarne il prezzo. Affermiamo bene nettamente questo principio opponendoci al porre la questione in termini tali che la sua decisione abbia a consistere nell'attribuire ad uno dei due acquirenti o il diritto di non pagare il prezzo o quello di ripeterlo nel caso che già l'avesse pagato.

170. — La seconda difficoltà che il testo presenta consiste nella conciliazione delle decisioni che esso contiene. Esso viene infatti generalmente così interpretato: il rivenditore di una *singula res ex hereditate*, è tenuto a restituire al compratore della *hereditas* il prezzo ottenuto colla vendita della medesima, anche se la cosa andò distrutta prima che l'*hereditas* fosse consegnata al suo compratore; il rivenditore di una *singula res* invece non è tenuto, distrutta la cosa prima di esser stata consegnata ad alcuno dei due compratori, a restituire al primo di essi il prezzo ottenuto dal secondo. Ora poichè deve ragionevolmente ammettersi che ciò nondimeno il primo compratore sia tenuto a pagare il prezzo convenuto, allo stesso modo che il secondo che già l'abbia pagato non può ripeterlo, così si è naturalmente e necessariamente condotti a formulare la massima che un venditore può pretendere due volte il prezzo di una sola cosa, a niuno consegnata. La iniquità pratica nella quale è così indotta la dottrina in riguardo alla ipotesi della vendita duplice della medesima *singula res*, avrebbe dovuto attrarre l'attenzione sul principio pel quale, con equa risultanza di effetti pratici era, nel medesimo testo risolta l'ipotesi della rivendita di una *singula res ex hereditate vendita*. Fra le due fattispecie

trattate nel testo non vi ha infatti alcuna essenziale differenza; e ciò è generalmente ammesso. [200]

171. — Ma gli scrittori che si sono specialmente occupati del testo, hanno invece tentato di disconoscere il fondamento giuridico della risoluzione di Paolo in riguardo alla rivendita della cosa *ex hereditate.* [201] Il Monroy principalmente insiste per dimostrare che veramente non si tratta ivi di gestione, ma di interpretazione del contratto: *tacite hoc agi videtur.* [202] Ma che altro significa: *tacite hoc agi videtur* senonchè quando alcuno vende si obbliga di tal guisa di fronte al compratore da non potere più accampare di fronte a lui alcun diritto in riguardo all' oggetto della vendita? E se ciò è vero, ed è vero, non si ha una esplicita conferma di quanto il Monroy vorrebbe negare, che cioè la ragione per cui il venditore deve restituire al compratore della *hereditas* il prezzo ritratto colla vendita della *singula res,* è

[200] Vedi *e. g.* CHAMBON op. cit. p. 15-16.

[201] Così il Chambon nega che il venditore della eredità sia di fronte al compratore un vero gestore, non solo in base alla espresione: « *quasi negotium eius gerat* » ma anche per la seguente argomentazione sostanziale. Il vero gestore, dice egli (op. cit. p. 14) deve restituire l' *indebitum* (arg. L. 23 Dig. III, 5) il venditore della *hereditas* invece non lo deve (arg. L. 2 § 7 Dig. XVIII, 4): dunque il venditore della eredità non è gestore del compratore. L' errore del Chambon è però evidente. Egli confonde la gestione subbiettiva colla gestione rappresentativa. Nella L. 23 Dig. III, 5 il gestore ha l' obbligo di restituire il pagamento ricevuto al non creditore, perchè a nome del non creditore egli l' ha ricevuto, e questi ha ratificato (*negotium* subbiettivamente *alienum*). Nella L. 2 § 7 Dig. XVIII, 4 invece il pagamento è stato fatto all' erede come tale, e quindi egli sarebbe stato tenuto a restituirlo solo qualora nella eredità realmente fosse esistito il debito a cui soluzione per errore avvenne il pagamento.

[202] Op. cit. p. 63. Es handelt sich hier mithin nicht sowohl um *negotiorum gestio* als vielmehr um Interpretation des über die Erbschaft geschlossenen Kaufcontractes welcher allerdings dem Erbschaftsverkaüfer eine der Stellung des *negotiorum gestor* analoge Stellung anweist. Vedi anche PACCHIONI *Negotium alienum* pp. 84 e segg.

riposta nell' essere considerato il venditore, gestore del primo compratore nel rivendere il singolo oggetto? Vero è che non si parla di azione di gestione, ma abbiamo ripetutamente rilevato che il *negotium obbiettivamente alienum* non si fa necessariamente valere coll' *actio neg. gest. (directa),* ma solo quando manchi altra azione. Se dunque quando si vende una *hereditas, tacite hoc agi videtur ut si quid tamquam heres feci id praestem emptori,* perchè quando si vende una *singula res* non potrà dirsi che *tacite hoc agi videtur ut si quid tamquam dominus feci id praestem emptori.* Come la vendita della eredità tende infatti naturalmente a trasferire nel compratore tutti i diritti dell' erede così la vendita di una *singula res* tende naturalmente a trasferire nel compratore tutti i diritti del proprietario venditore.

172. — Queste strettissime analogie fra i due casi trattate nella L. 21 cit. avrebbero dovuto far pensare ad una interpretazione che conducesse sostanzialmente per essi alle medesime conseguenze pratiche. Ma invece si seguì, sembra a noi a torto, una via tutta diversa. I vari tentativi di interpretazioni potrebbero ridursi a due categorie, nell' una ponendo quelli scrittori che accettarono come romano e giustificato il principio che il venditore possa pretendere da ambedue i compratori il prezzo della cosa distrutta fortuitamente *ante traditionem,* nell' altra quelli scrittori che ripudiarono come iniqua la decisione romana o che la accettarono eliminandone le conseguenze inique coll' aiuto di concetti estranei al testo. Di questi vari tentativi però nessuno è sembrato a noi giusto ed esauriente, e volentieri li passeremmo sotto silenzio se quella interpretazione che è a noi sembrata vera non traesse un valido sostegno dalla facile confutabilità delle precedenti.

173. — L'Ihering nelle sue Abhandlungen aveva originariamente sostenuto potere il venditore pretendere da ambedue i compratori il prezzo della cosa. Questa era, secondo lui, la vera dottrina romana, e se nella seconda ipotesi della L. 21 cit. (rivendita di una *singula res ex hereditate)* si accordava al primo compratore di pretendere dal venditore il prezzo ottenuto colla rivendita della *singula res,* ciò era a considerarsi conseguenza di un altro principio: che cioè al rivenditore di una *singula res ex hereditate* poteva applicarsi il punto di vista della gestione. Ma tosto allo stesso Ihering s' affacciava qui una obbiezione; e perchè il punto di vista della gestione non sarebbe stato applicabile anche alla rivendita della *singula res?* La risposta data dal sommo giurista in quella sua opera giovanile può veramente dirsi erronea. Gli è, dice egli, che chi rivende una *singula res ex hereditate* può essere considerato gestore perchè è presumibile che chi acquista una eredità voglia rivenderne i singoli oggetti; ma non può del pari presumersi che chi ha acquistato una singola cosa l' abbia acquistata per rivenderla [203] sicchè qui non potrebbe in alcun modo colorirsi pretesa alcuna del primo compratore sul prezzo dal venditore ritratto colla seconda vendita. Facilmente può confutarsi questo giovanile errore dello Ihering. Ed anzitutto: forse che l' *actio neg. gest. (directa)* è fondata sulla utilità della gestione pel *dominus?* Crediamo aver dimostrato che no. Ma voglia anche supporsi che ciò sia vero: con qual criterio potrà tuttavia escludersi che il rivendere da parte del venditore non sia atto che anche il compratore avrebbe compiuto? La prima opinione dell' Ihering non resiste dunque alla critica; meno a questo resistono le argomentazioni addotte a suo conforto e di ciò conscio il sommo autore spontaneamente

[203] *Abhaudl.* p. 47.

l' abbandonava, prendendo altra via non più felice però se, non c' inganna il giudizio.

174. — Il Mommsen invece coraggiosamente persiste nella originaria opinione dell'Ihering. Partendo dal principio che quando il debitore sopporta il *periculum* di un determinato negozio compiuto colla cosa dovuta, egli ha diritto di trattenere il *lucrum* eventualmente ritratto col negozio medesimo, egli giunge ad affermare che il venditore di una cosa, il quale l' abbia dolosamente o colposamente, rivenduta rendendosi per tali fatti responsabile di fronte al primo compratore, — sopportando quindi il rischio del *negotium* così compiuto — non può liberarsi colla cessione del prezzo ottenuto nella seconda vendita, e conseguentemente non può essere tenuto a cedere questo prezzo. Così pel Mommsen commendabile, per conseguenza logica, è la pretesa decisione di Paolo nella L. 21 cit. in riguardo alla vendita duplice del medesimo oggetto. Poichè sebbene, nella ipotesi ivi considerata, l' oggetto della vendita sia andato distrutto prima della consegna, tuttavia il *periculum* della rivendita era stato al momento della sua conclusione sopportato dal rivenditore.

Anche in questa sua nuova formulazione e giustificazione l'originaria opinione dell' Ihering ne sembra assolutamente inaccettabile. Anzitutto essa è in aperto contrasto colla frase che nel testo romano dovrebbe offrirne la giustificazione: *pretium enim hominis venditi non ex re sed propter negotiationem percipitur.* Chi non vede infatti che questa giustificazione prescinde completamente dal punto di vista del *periculum negotiationis* che il Mommsen vorrebbe porre a fondamento della sentenza di Paolo? Poichè il *lucrum* può essere *non ex re* anche quando il creditore sopporta il *periculum* della *negotiatio.* Ciò ha dovuto ammettere lo stesso Mommsen, il quale per levarsi dall' imbarazzo

è costretto a negare che la motivazione di Paolo sia la vera, e ad aggiungere alle parole *propter negotiationem*, le altre: *cuius periculum ad debitorem pertinet*. Ma in tale supposizione non è a seguirsi l'illustre scrittore. Può invero ammettersi che la giustificazione data da Paolo sia alquanto imperfetta, ed esprima la vera ragione della risoluzione da un punto di vista secondario, ma non si può ridurre il significato del testo a tale che non trovi nella giustificazione, quale trovasi in esso formulata, sussidio alcuno. Ora appunto di tale inconveniente pecca la teoria del Mommsen.

175. — Ma possiamo anche prescindere da queste considerazioni testuali e trovare di questa teoria una sostanziale confutazione. È necessario a questo scopo colpire il principio posto a suo fondamento e che viene così formulato: il debitore è tenuto a restituire il *lucrum* solo quando non sopporta il rischio del negozio conchiuso colla cosa dovuta. Una prima considerazione che già arreca il dubbio sulla verità di questa formola è la seguente: come mai nelle fonti non trovasi in alcun testo esplicitamente riconosciuto il diritto del debitore di ritenere il lucrum colla cosa dovuta quando del negozio mediante il quale egli trasse questo lucro egli stesso sopportava il pericolo? Perfino nella L. 21 cit. che conterebbe la più evidente applicazione di quella formola si contengono elementi sufficiente a confutarla. Dice Paolo infatti in questa legge che il rivenditore non è tenuto *ex empto* di fronte al primo compratore a restituirgli il prezzo ottenuto colla seconda vendita, se la cosa perì fortuitamente; ma coll'inciso esplicativo: *quoniam moram in tradendo non fecit*, lascia evidentemente comprendere che qualora si fosse trovato in mora, o in colpa egli sarebbe rimasto tenuto *ex empto*. Ora il Mommsen [204] sostiene che queste parole di Paolo si riferiscono all'obbligo del rivenditore di risarcire i danni al primo compratore non già all'obbligo di restituirgli il prezzo ottenuto colla vendita. Ma tale distinzione è soverchiamente sottile e quindi non accettabile: anzitutto perchè praticamente, ammessa anche la distinzione, è ben difficile avvenga che i danni da risarcirsi al primo compratore rappresentino un valore economico inferiore al prezzo ottenuto dal venditore colla seconda vendita. E perchè, ad ogni modo, sarebbe sempre a dimostrarsi dal venditore, in mora di fronte al primo compratore, che questi non avrebbe potuto qualora la cosa gli fosse stata consegnata al giusto tempo, rivendere al medesimo prezzo od alla medesima persona.

[204] Op. cit. p. 110 nota 5.

176. — Ma che la distinzione in discorso fosse estranea alle fonti romane, e che il contrapposto fra *rem praestare* ed *actionem praestare* non avesse il significato di attribuire al debitore il diritto di trattenere i *lucra* ritratti con negozi compiuti a proprio rischio, risulta principalmente dalle seguenti leggi:

L. 21 fin Dig. XVIII, 4: —

..... *nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque: nam et area tradere debet exusto aedificio.*

La inesistenza di colpa nel debitore è qui evidentemente elevata non per attribuirgli un diritto nel caso opposto, ma per attenuare la piena responsabilità nella quale in quella ipotesi egli incorrerebbe. Il contrapposto è dunque, per chi voglia impregiudicatamente esaminare il testo, fra la possibilità di liberarsi colla sola cessione delle azioni, e l'obbligo di rispondere oltre le azioni. Del resto questa interpretazione trova una esplicita conferma anche nella

L. 18 § 1 fin Dig. XXIII, 3: —

Pomponius libro sexto decimo ad Sabinum

..... *ceterum si circa interitum rei dotalis dolus malus et culpa mariti absit,* ACTIONES SOLAS, *quas eo nomine quasi maritus habet praestandas mulieri, veluti furti vel damni iniuriae.*

Quando il debitore è in colpa, e quindi sopporta il *periculum* dei negozi compiuti colla cosa dovuta, o dei danni dai terzi arrecati, egli non può liberarsi prestando *actiones solas:* mentre prestando le azioni è liberato nel caso opposto. Risulta da questo testo evidente pertanto, che anche quando egli è in colpa deve prestare le azioni, ma che non è sufficiente a liberarlo che queste egli presti.

Relativa a questo argomento è infine anche la

L. 15 § 1 Dig. VI, 1.

Ulpianus libro sexto decimo ad Edictum

Si quis rem ex necessitate distraxit, fortassis huic officio judicis succuretur, ut PRETIUM DUMTAXAT *debeat restituere.*

Il principio che è presupposto in questa legge si manifesta nel suo contesto. Se il possessore non ha venduta la cosa *ex necessitate,* — se l'ha quindi venduta a suo rischio, — non si libera prestando il prezzo, ma deve però anche il prezzo prestare. Da questa e dalle leggi precedentemente esaminate, risulta dunque all'evidenza che la teoria di Mommsen non fu mai professata dai giuristi romani.

177. — Se ciò non fosse a sufficienza provato dalle precedenti con siderazioni, lo sarebbe, a nostro avviso, dal poco felice contemperamento cui lo stesso Mommsen è costretto ricorrere per salvare la sua formola sul cosidetto commodo rappresentativo. Egli ammette cioè delle eccezioni alla sua formola, in quanto a determinate fattispecie sia applicabile « *il punto di vista della gestione* ». Il fatto per sè nulla depone contro la bontà della formola; ogni

regola ha le sue eccezioni. Ma affinchè intatta si conservi l'efficacia della regola, occorre che ben determinata sia l'indole delle eccezioni e la estensione loro. Nel caso nostro sarebbe stato quindi necessario che il Mommsen avesse ben nettamente determinato che debbasi intendere per « *punto di vista della gestione* »; Ora a questo compito non ottemperò l'illustre autore. Egli non ci dice che cosa sia esattamente il punto di vista della gestione, lascia però comprendere doversi questo punto di vista applicare ogni qualvolta il debitore abbia gerito in modo utile al creditore. Se ciò fosse ogni volta che il debitore avesse così agito, dovrebbe dunque attribuirsi al creditore il diritto di pretendere il risultato della gestione, anche quando il debitore ne sopportasse il pericolo. E poichè il creditore potrebbe sempre ritenere utile a sè la gestione del suo debitore, così si avrebbe nel concetto della *negotiorum gestio,* anche così intesa, quanto basta a tòr ogni valore alla regola mommseniana sul commodum rappresentativo.

178. — E procediamo oltre nell'esame delle varie teorie. Abbiamo la seconda opinione dell'Ihering la quale è fedelmente seguita dal Huc nella monografia sopra citata. Questa teoria prende le mosse da questo concetto: che la controversia in esame non può essere risoluta che mediante la scientifica e precisa determinazione della natura giuridica del prezzo. Non vi ha alcun dubbio, scrive Ihering, che il venditore, distrutta la cosa prima che egli l'abbia ad alcuno dei due compratori consegnata, può da ambedue pretendere il prezzo. Ma questo diritto è subordinato alle conseguenze che naturalmente discendono dal concetto giuridico del prezzo. Ora questo concetto non deve intendersi in modo che per esso debbasi al venditore incondizionalmente attribuire il diritto di pretenderlo, ma solo in quanto vi abbia interesse per un danno

che altrimenti verrebbe a soffrire; il prezzo insomma non è destinato ad arricchire il venditore ma a compensarlo. [205]

Posto come vero che questo sia il concetto giuridico del prezzo, la controversia di cui trattiamo, non presenterebbe alcuna pratica difficoltà. I due compratori sono obbligati a pagare il prezzo l'uno indipendentemente dall'altro; ma il venditore non potendolo pretendere che in quanto egli intenda risarcire il danno subito col vendere, può liberare l'uno o l'altro esigendo dall'altro o dall'uno. Il prezzo funzionando come risarcimento è necessario che sia realmente pagato; ma una volta pagato dall'un compratore l'altro compratore è liberato. Così se l'un compratore abbia pagato solo in parte, per il residuo resta l'*actio venditi* contro l'altro; e quando l'uno abbia pagato il prezzo pattuito e. g. in 100, l'altro sarà del pari liberato, anche se egli l'avesse pattuito in 200. Così dunque sarebbe tolta ogni difficoltà. Il mezzo è veramente radicale; e lo riconosce per pericoloso ed arbitrario lo stesso Ihering (p. 35), ma è a suo avviso l'unico accettabile « per salvare il diritto romano dalla taccia di incongruenza ed iniquità ».

179. — Questa seconda teoria dell'Ihering, che il Huc risostiene con tanto calore, a noi sembra più iniqua ed inaccettabile di quella originariamente sostenuta dal sommo scrittore. Sì che da quella sembra a noi si distingua unicamente per la mancanza di rigor logico. La verità di questa affermazione apparirà più evidentemente fra poco, quando, con altro criterio, cercheremo risolvere una elegante fattispecie cui l'Ihering tenta applicarla. Qui deve essere brevemente esaminata nell'essenza sua. Ed in questo esame tosto ci si fa manifesto che il ridurre il concetto del prezzo a

[205] Mon. cit. (trad. Serafini) p. 30 veggasi anche p. 25.

risarcimento di danno non può avere una apparente giustificazione che nel caso specifico della vendita duplice del medesimo oggetto, distrutto prima che sia avvenuta la *traditio*. In questa considerazione vi è già un principio d'argomento contro la giustezza teorica della teoria Ihering; poichè solo allora essa potrebbe dimostrarsi efficace quando il concetto col quale egli vuol risolvere la difficoltà propostasi avesse una indipendente ragione d'essere, e producesse altre ed indipendenti conseguenze giuridiche. Ma vi ha di più; neppure nella fattispecie presente può dirsi che il prezzo rappresenti un vero risarcimento di danni. Se ciò fosse non si potrebbero trarre le conseguenze cui giunge l'Ihering: di ritenere cioè liberato il compratore che ha pattuito 200 per la cosa distrutta, quando il venditore abbia esatte le 100 pattuite dall'altro compratore. Come può infatti dirsi che il danno risentito dal venditore sia in questa ipotesi di 100? E come mai si potrebbe, se il prezzo rivestisse realmente il carattere di un risarcimento di danni, determinare a priori che col pagamento eseguito da uno dei compratori, fosse risarcito il danno risentito dal venditore per la vendita eseguita di fronte all'altro? La conclusione che discende da queste osservazioni è evidente: il concetto di Ihering è tutto artificiale, creato e plasmato per risolvere la controversia propostagli. È dunque scientificamente inaccettabile; ma lo è anche meno praticamente. È poi illogico poichè se le due vendite si sono potute perfezionare, esse devono necessariamente produrre tutti i loro effetti l'una indipendentemente dall'altra; i due compratori devono pagare ciascuno il prezzo pattuito, non per risarcire il venditore, ma per eseguire la obbligazione contratta.

180. — Le critiche fin qui mosse all'Ihering, sebbene efficaci, non sono le sole che militino contro di lui. Ve n'ha di maggiori

testuali. Quando l' Ihering afferma che se la sua teoria non ha esplicito sostegno nelle fonti, non è però da esse contradetta, mostra di dimenticare quella medesima L. 21 cit. dalla quale sorge la controversia. E valga il vero. Per l' Ihering verrebbe meno l' *actio venditi* contro il primo compratore quando il secondo avesse già pagato il prezzo pattuito al venditore. Gli è pertanto naturale che sostenendo egli venir meno l' *actio venditi,* ammetta la contemporanea estinzione dell' *actio empti.* Ma nella prima ipotesi della L. 21 invece si accorda al primo compratore di poter esigere dal venditore il prezzo ritratto colla seconda vendita. Ora ciò dimostra all' evidenza che sebbene il venditore abbia riscosso dal secondo compratore il prezzo della seconda vendita, non si è menomamente estinto l' obbligo nel primo compratore di pagare quello da lui promesso. E ciò è tanto vero che egli può pretendere il prezzo ottenuto dalla seconda vendita in base al rapporto giuridico sorto per la prima, il che implica che egli debba pagare anche il prezzo della cosa rivenduta dal venditore, *ex hereditate.*

181. — Interessante in questo riguardo è un richiamo ai principî che valgono per il caso di locazione e rilocazione. Come tutti sanno, scrive l' Ihering, il conduttore a cui fu tolto di godere della cosa, ha il diritto di sottrarre al prezzo pattuito della pigione quel tanto che il locatore ebbe a riscuotere per ulteriore locazione della medesima cosa. Questo principio risulta per la *locatio conductio operarum* dalla

L. 18 § 9 Dig. XIX. 2: —

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum

Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: cum per te non stetisse proponas quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.

Ora l' Ihering trova in questa legge un argomento analogico decisivo in favore della sua tesi. Non potrà forse dirsi della vendita duplice della medesima cosa, argomenta egli, quanto in questa legge risulta in riguardo alla duplice locazione delle medesime opere. Ed è facile, ci sembra, rispondere: anzi si deve. Ma se poi noi ci chiediamo quale sostegno possa trarre da ciò la teoria di Ihering, dobbiamo rispondere che non ne trae alcuno. Qui non si tratta infatti di attribuire al locatore il diritto di pretendere la pensione dall' uno o dall' altro dei due conduttori, come pare pensi Ihering. Al contrario la decisione del testo fa palese esser stata opinione del giurista potere il locatore pretendere le pensioni da ambedue i conduttori, ma solo dovere egli della seconda locazione render conto al primo conduttore. Ciò anzichè dar sostegno analogico alla teoria Ihering, dà piuttosto argomento a confutarla; in quanto mentre contiene una risoluta negazione del principio dall' Ihering sostenuto: che cioè mediante il pagamento del prezzo (qui pensione) eseguito da uno dei compratori (qui conduttori) si sciolga il rapporto giuridico fra il venditore (qui locatore) ed il primo compratore (qui conduttore), — d' altra parte pone in evidenza un diverso criterio col quale la nostra controversia può essere risoluta e che consiste nell' attribuire al primo compratore l' incondizionato diritto di farsi rendere conto della seconda vendita dal venditore compiuta.

182. — Abbiamo infine la interpretazione del Monroy [206] e del Cogliolo, [207] che ne sembra la più ingegnosa, e che dobbiamo,

[206] op. cit. pp. 63-65.
[207] op. cit. pp. 312 e segg.

se è possibile, confutare prima di passare ad esporre la nostra. Questa interpretazione si fonda su questo presupposto: la prima fattispecie della L. 21 cit. non presenta un tipo di *negotium alienum,* e tanto meno la seconda; un tipo di *negotium alienum* si ha invece nella L. 13, § 13, Dig. XVIII. 1. Tutta la difficoltà consisterebbe quindi nel trovare, nella fattispecie di quest' ultima legge, un elemento che non sia in quelle, il quale giustificasse l' ammettersi in essa, al contrario che in quelle, alienità oggettiva di negozi. Ora questo elemento si afferma esistere nell' uso della cosa; uso che si avrebbe nella L. 13. § 13 cit. e che non esisterebbe invece nella L. 21 cit. La vendita in se stessa, si dice, non può essere considerata un uso della cosa altrui; a costituire l' uso ci vuole anche la *traditio;* nella locazione invece vi è l' uso, la *traditio.* Dunque chi vende non è per questo solo fatto gestore; è invece tale chi loca.

183. — Noi potremmo anzitutto elevare una obbiezione testuale che paralizzerebbe l' apparente efficacia di questa teoria. Essa pone come dato indiscusso che nelle fattispecie della L. 21 cit. non sia avvenuta la *traditio;* mentre ciò è tutt' altro che indiscutibile. [208] Ma crediamo si possa rinunciare a questa obbiezione: se infatti è vero che un contratto di vendita sulla cosa già venduta non tocca per se necessariamente i diritti acquistati dal compratore, è però altrettanto vero che neppure la *traditio* ha per se questa efficacia. La *traditio* fa proprietario il secondo compratore in quanto si fonda sopra un valido negozio giuridico; nella realtà è dunque il secondo contratto che permette si sottragga per sempre al primo compratore la cosa, e la *traditio* non è che il

[208] Presuppone ad esempio la *traditio* Ihering, (Jahrb. für die Dogmatik, des heut. röm und deutschen. Privatrechts, vol. XVI, p. 280).

mezzo per effettuarlo. È dunque il contratto colla cosa venduta che costituisce il *negotium alienum.* Certamente se il secondo contratto non fosse seguito dalla consegna al secondo compratore, ma se al contrario la cosa venisse consegnata al primo, questi non avrebbe azione per farsi cedere l' azione che il venditore avrebbe tuttavia contro il secondo compratore. Ma la ragione per cui in tale ipotesi egli non avrebbe più diritto a pretendere l' azione che il venditore conserverebbe tuttavia contro il secondo acquirente, non sarebbe a ricercarsi nel fatto di non essere seguita la *traditio* al secondo acquirente. Gli è che anzitutto il primo compratore non avrebbe più interesse a pretendere la cessione di quell' azione. In secondo luogo poi egli non avrebbe più veste giuridica. Ammesso anche infatti che il secondo compratore pagasse il prezzo, ciò non potrebbe avvenire che: o per errore, o per animo di donare al venditore; e nell' una e nell' altra di queste ipotesi si comprende facilmente che il primo compratore non potrebbe considerare proprio il *negotium* del pagamento. [209]

184. — Niuno dei tentativi, fin qui esposti, regge dunque alla critica; nè riesce a spiegare l' apparente contraddizione fra le due fattispecie risolte nella L. 21 cit.; nè a dare una regola teoricamente sostenibile, e praticamente non iniqua, per l' ipotesi di una vendita duplice della medesima cosa, distrutta fortuitamente prima di essere consegnata all' uno o all' altro dei due compratori. Noi abbiamo di proposito insistito nella parte critica, poichè, in tanta incertezza di fonti e di criteri, l' aver confutate le precedenti interpretazioni sarebbe già a considerarsi buon argomento in favore di una nuova interpretazione o per lo meno sarebbe ar-

[209] Nel primo caso perchè il pagamento dell' indebito non è un *negotium alienum* che quando concorrano gli elementi della così detta gestione subbiettiva: nel secondo, in quanto l' *animus donandi* è rivolto al venditore.

gomento di scusa a tentare altra via. La interpretazione che noi crediamo vera si fonda sopra questi presupposti. Le due fattispecie trattate nella L. 21 cit. non sono fra loro dissimili che in una circostanza secondaria: nella prima fattispecie cioè la distruzione dell'oggetto rivenduto, non ha estinto il rapporto obbligatorio fra il venditore ed il primo compratore, mentre invece quella distruzione ha naturalmente prodotto questo effetto nella seconda fattispecie. Ora, data questa dissimiglianza, ed ammessa l'assoluta identità delle due fattispecie sotto ogni altro riguardo, gli è evidente che, a rigor di logica, la loro soluzione deve essere diversa solo in quanto lo esiga e lo permetta questa stessa dissimiglianza. Vediamo dunque quale sia la vera sostanziale ragione per cui il venditore della *hereditas* nel rivendere una *singula res* ereditaria è considerato gestore del primo compratore. Gli è evidentemente perchè egli si è spogliato del suo diritto ereditario di fronte al compratore, e perchè in conseguenza di ciò deve attribuire a lui il contenuto di qualsiasi atto o negozio lucroso colle cose ereditarie o colla eredità compiuto. *Tacite hoc agi videtur,* dice il testo, *ut si quid tamquam heres feci id praestem emptori.* Il fondamento di questa alienità di negozi è dunque riposta nel rapporto giuridico sorto fra venditore e compratore per opera del contratto di compra-vendita. Ora noi ci domandiamo: se il venditore invece di rivendere una *singula res* avesse rivenduto l'intera *hereditas*, potrebbe applicarsi egualmente il principio: *si quid tamquam heres feci id praestem emptori* nella ipotesi di distruzione fortuita prima della *traditio?* La risposta non può essere che affermativa, in piena armonia col testo, poichè quale atto è più da erede del vendere la eredità? Ma d'altra parte chi potrebbe negare che se il venditore della eredità avesse rivenduto l'intera eredità avrebbe in sostanza compiuto una duplice vendita di una *singula res?* Anche per questa

via d'argomentazione si fa dunque palese che la seconda fattispecie della L. 21 cit. deve essere sostanzialmente risolta coi principî che risolvono la prima. Ma nella seconda fattispecie la distruzione del rapporto obbligatorio, avvenuta in causa della distruzione della cosa ha estinto l'*actio empti.* Ora potrebbe dirsi: estinto il rapporto obbligatorio, estinta l'azione, è estinto anche l'obbligo del venditore di restituire almeno il prezzo ottenuto colla seconda vendita. Questo ragionamento sarebbe tuttavia erroneo. La distruzione fortuita dell'oggetto dovuto estingue, è vero, il rapporto obbligatorio, ma non può far sì che gli effetti prodotti da questo rapporto mentre era in vita, vengano poi meno colla sua estinzione. Ora la rivendita della cosa avvenne mentre ancora il rapporto esisteva: e se questo rapporto era efficace a far considerare *negotium emptoris* la rivendita, il diritto del compratore non si estinguerà col posteriore estinguersi dell'*actio empti,* per la fortuita perenzione della cosa dovuta. Noi crediamo quindi che anche il venditore di una *singula res* debba restituire al primo compratore almeno il prezzo ottenuto colla seconda vendita, quando la cosa sia andata fortuitamente distrutta prima di essere consegnata.

185. — È necessario ora interpretare la L. 21 cit. Lo svolgimento naturale delle varie fattispecie considerate in questo testo, ed attinenti alla nostra questione, è il seguente. Il giurista si pone da prima un quesito in riguardo alla *stipulatio.* Tizio ha promesso lo schiavo Stico a Caio. Posteriormente vende Stico il quale fortuitamente muore. Se non vi fu da parte di Tizio mora, risolve il giurista estinta perfettamente è l'*actio ex stipulatu* di Caio. Questa decisione del giurista risponde perfettamente alla rigorosa natura della *stipulatio,* [210] la quale non permette

[210] Mommsen *Erört.* I p. 114.

sostituzione di sorta dell' oggetto stipulato. Poi il giurista passa alla ipotesi della vendita di una eredità, con rivendita posteriore di una *singula res,* e qui decide che il primo compratore possa pretendere dal venditore il prezzo della *singula res* rivenduta *ex hereditate, quasi negotium eius actum sit.* Infine venendo a considerare l' ipotesi della vendita duplice di una *singula res* si propone il quesito: *videamus ne nihil tibi* (primo compratore) *debeam* EX EMPTO, *quoniam moram in tradendo non feci.* Una risposta esplicita a questo quesito il giurista veramente non la dà. Ma risulta però sufficientemente dalla frase: *et sic fit quasi alii non vendidissem,* e dalle seguenti che egli ritiene giusta l' affermazione negativa. Di qui l' opinione generale che vede nel testo l' assurdo principio per il quale il venditore potrebbe pretendere il prezzo dai due compratori senza essere di fronte ad essi a nulla tenuto. Ma accuratamente esaminato il testo non dice, almeno necessariamente, tanto. Esso dice soltanto che distrutta fortuitamente la cosa è spenta l' *actio empti: nihil tibi debeam ex empto.* E come avrebbe potuto dire altrimenti? Non è principio indubitabile che *re perempta* il debitore di una cosa certa *ex vendito* è liberato? Ma constatata la morte dell' *actio empti* non è necessariamente constatata la morte di qualsiasi altro eventuale pretesa del compratore. Tengasi presente che i giuristi romani, per quel sentimento così vivo della forma giuridica che mai li abbandonava, dovevano fare gran distinzione fra l' estinzione dell' *actio empti* e l' estinzione di qualsiasi altra sostanziale pretesa del compratore.

186. — La ragione per la quale ritenevasi non poter l' *actio empti* rivolgersi al prezzo ottenuto nella rivendita, è con sufficiente chiarezza rilevata nel testo: — « *pretium enim hominis venditi non ex re sed propter negotiationem percepitur* ». Queste parole

significano: distrutta completamente la cosa non è a parlarsi di *actio empti,* poichè il prezzo eventualmente ritratto con quella, non può essere considerata parte di essa. Con questa interpretazione spiegasi come la frase del testo serva a contrapporre le due fattispecie in esso trattate. Infatti distrutta una *res ex hereditate,* l' *hereditas* permane tuttavia e per essa l' *actio empti;* ma distrutta la *singula res* venduta, cessa l' *actio empti.* L' interpretazione invece che di questa frase da l' Ihering non è assolutamente accettabile. Chè se realmente il prezzo ottenuto nella rivendita non si dovesse cedere al primo compratore, perchè tratto *propter negotiationem* non si saprebbe spiegare come il prezzo ritratto dalla rivendita di una *singula res, ex hereditate* dovesse poi esser ceduto. Forse che non è anche questo *propter negotiationem perceptum?* Anche meno accettabile, come vedemmo, è l' interpretazione che della medesima frase dà il Mommsen. Ciò naturalmente ci conferma maggiormente nella convinzione che al modo da noi proposto debba la frase in esame interpretarsi.

187. — Si nega dunque nella L. 21 cit. che il primo compratore, possa dal venditore pretendere il prezzo da questo percepito colla rivendita della cosa, se la cosa andò distrutta fortuitamente prima di essere ad alcuno consegnata. Ma si nega soltanto che egli possa pretenderlo coll' *actio empti* la quale si è estinta in una colla estinzione della cosa. Tuttavia la ragione per la quale il compratore potrebbe pretendere il prezzo se la cosa tuttora esistesse, non è riposta nella cosa medesima, ma nel rapporto esistente fra il venditore ed il compratore in riguardo alla cosa. Questo rapporto ha l' efficacia di attribuire al compratore il contenuto economico di tutti i negozi giuridici dal venditore compiuti colla cosa venduta. Sì che nella esecuzione di questi negozi egli è *dominus* e gestore; dominus di fronte ai

terzi, gestore di fronte al compratore. Ogni negozio compiuto dal venditore è quindi un negozio del compratore dal momento in cui viene concluso. E se il compratore se ne fa render conto coll' *actio empti* gli è che esistendo già un azione a protezione del normale contenuto del rapporto giuridico posto in essere, (tradizione della cosa comperata), ad essa naturalmente si ricondusse anche ogni altro contenuto eventuale del medesimo rapporto. Contenuto eventuale del rapporto giuridico di compera si è il *dominium* del compratore sui negozi compiuti colla cosa dovuta dal venditore. Perciò coll' *actio empti* normalmente si fa valere questo contenuto. Ma se l' *actio empti* viene meno per l'impossibilità del suo normale contenuto: cioè della consegna della cosa? Qui i giuristi romani potevano sciegliere fra due vie. Potevano cioè tener in vita l' *actio empti,* sebbene impossibile fosse addivenuto lo scopo suo essenziale; oppure potevano dichiarare spenta l' *actio empti.* Si attennero a questa seconda guidati da quel loro intuitivo finissimo senso di architettura giuridica; ma con ciò non precludevano ogni altra via all' attuazione dell' eventuale contenuto del rapporto giuridico della compra-vendita.

188. — Se prima che la cosa fosse andata fortuitamente distrutta il venditore l' avesse locata, o venduta, egli avrebbe così aggiunta alla obbligazione originariamente contratta di consegnare la cosa una nuova obbligazione: di render conto cioè degli affari così geriti. Questa nuova obbligazione, sebbene occasionata dalla prima, è tuttavia da quella indipendente. Di essa il venditore renderà conto normalmente convenuto coll' *actio empti* ma la sua *causa* non è riposta nel fatto di aver venduto, ma nel fatto di aver disposto di una cosa già venduta. [211] Perciò se la cosa

[211] Il punto di vista della gestione fu applicato agli atti compiuti dal venditore prima della consegna, anche in riguardo alla possibile azione contraria del venditore contro il compratore. Vedi L. 13 § 22 Dig. XIX, 1 L. 13 Cod. IV, 49. L. 10 Dig. L. 17; L. 7 § 13 Dig. X. 3; L. 78 § 4 Dig. XXIII. 3; L. 10 § 9 Dig. XVII.

và fortuitamente distrutta vien meno nel venditore l' obbligo di consegnare la cosa; ma non vien meno l' obbligo di render conto degli affari geriti colla cosa venduta. Tuttavia siccome lo scopo essenziale dell' *actio empti* si è di ottenere la cosa, distrutta la cosa fortuitamente, essa viene meno. Ora trattasi di vedere se con essa sia venuta meno ogni obbligazione del venditore. La risposta non può essere dubbia. Saranno venute meno quelle obbligazioni che direttamente e necessariamente si connettono alla cosa, non quelle che sorsero per la cosa, ma acquistarono poi una indipendente ragion d' essere. Ora l' obbligo di rendere conto della rivendita della cosa già venduta, ha una esistenza autonoma ed indipendente; perciò esso non viene meno colla distruzione della cosa e colla conseguente estinzione del rapporto giuridico di compera. Come si farà valere questo diritto? Nelle fonti romane non è detto. Nelle fonti romane, come più volte abbiamo rilevato, il concetto dell' alienità oggettiva dei negozi geriti non è complelamente svolto. Una logica e necessaria estenzione dei principi posti a fondamento di altre analoghe decisioni avrebbe però dovuto condurre i giuristi dell' ultimo periodo a concedere un *actio neg. gest. (directa).* Altra volta indotti dalla circostanza che il venditore era in buona fede nel rivendere e senza colpa e, che quindi non poteva essere tenuto che nel prezzo, pensammo di applicare al nostro caso la *condictio sine causa.* Ora dobbiamo ricrederci di questa opinione — che è indubbiamente errata. — Il venditore ritiene il prezzo *ex justa causa;* poichè egli ha facoltà di rivendere la cosa già venduta, e poichè vende con piena efficacia essendo ancora proprietario; ma egli è poi obbli-

gato a restituire il prezzo al primo compratore poichè di fronte a questi più non aveva il diritto di vendere. Se di *condictio* vuolsi dunque parlare, non può dirsi *condictio sine causa* ma piuttosto *condictio certi ex negotio gesto.* [212]

189. — Queste sono le conclusioni che crediamo vero circa la vendita duplice del medesimo oggetto, eseguita in buona fede, e circa l'interpretazione della L. 21 cit. Esse traggono d'altra parte un valido conforto anche dalla considerazione del medesimo rapporto, fatta astrazione dalla distruzione fortuita della cosa venduta e rivenduta. Supponiamo infatti che la cosa non sia andata distrutta. Se il venditore consegna la cosa al secondo compratore egli sarà tenuto a risarcire l'interesse al primo. Ora risarcire l'interesse significa prestare *almeno* il prezzo ottenuto colla seconda vendita, ma nella normalità dei casi più di ciò. In questa ipotesi infatti esistendo tuttavia la cosa persiste l'*actio empti* che tende alla consegna della cosa ed al resoconto dei negozi colla cosa conclusi. Se invece il venditore ha consegnato la cosa al primo compratore; questo non può pretendere anche il prezzo ottenuto colla seconda vendita. Ma se non può ottenerlo non è già perchè nel rivendere il venditore non abbia gerito un

[212] Ai risultati da noi così ottenuti sembra ostare la L. 45 Dig. XLIV, 7: — Paulus libro quinto ad Plautium. *Is qui ex stipulatu Sticum debeat, si eum ante moram manumiserit et is, priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur: non enim per eum stetisse videtur, quo minus eum praestaret.* Anche in questo testo si è veduta (Huc. p. 356) una prova del principio che distrutto l'oggetto della obbligazione senza colpa o mora del venditore questo sia pienamente liberato, e Cuiacio, soggiungeva *idemque dicemus si eum servum alii vendiderit, et mox idem servus vita decesserit, ante moram debitoris qui eum alii promiserat.* Ma a questa estensione del principio contenuto nella legge quale conforto può mai trarsi data per vera l'interpretazione nostra della L. 21 cit.? Inoltre deve notarsi l'arbitrarietà dell'argomentare così reciso dalla stipulatio alla vendita.

affare del primo compratore, gli è perchè non ha interesse a pretenderne il risultato, avendo avuto già la cosa: chi non ha interesse non ha azione.

190. — Risolta così la questione principale, non ci resta che prendere in breve esame una elegantissima fattispecie attinente a questo argomento, nella soluzione della quale potrà forse anche maggiormente palesarsi la giustezza della nostra opinione. « Il pittore A presta graziosamente un suo quadro al negoziante di stampe B, affinchè lo possa esporre al pubblico, e nello stesso tempo glie lo offre al prezzo di L. 800. Il Signor C lo vede in quel negozio e lo compera per 1000 lire. Prima dell'esecuzione del contratto, il quadro perisce per caso fortuito. Si domanda se B possa pretenderne il prezzo? » [213] La risposta a questo quesito non può essere che affermativa. Ma i rapporti fra il comodante ed il comodatario possono assumere un diverso atteggiamento, a seconda che nel fatto di vendere si possa o no vedere una valida accettazione della proposta di compera fatta al negoziante dal pittore. Nella prima ipotesi gli è evidente che il negoziante potrà pretendere il prezzo di L. 1000 dal terzo acquirente, e che egli si libera pienamente di fronte al pittore pagando il prezzo convenuto di L. 800. Nella seconda ipotesi invece il venditore conserverà egualmente il diritto di pretendere il prezzo dal terzo acquirente ma questo prezzo egli dovrà poi integralmente restituire al suo comodante.

191. — Di questa affermazione dobbiamo dare una dimostrazione, poichè l'Ihering ha in senso contrario affermato che « giusta i principî del comodato il venditore nulla deve al pittore ». L'equivoco nel quale versa l'illustre scrittore è, se non erriamo, il

[213] Ihering mon. cit. p. 23.

seguente. Nel contratto di comodato il rischio e pericolo della cosa è sopportato dal comodante; distrutta la cosa quindi il comodatario è pienamente liberato. Ora verissimo è questo principio, ma solo in rapporto al contenuto essenziale del contratto, che consiste nella restituzione della cosa comodata, ma non per ciò che si attiene al contenuto eventuale del contratto medesimo consistente invece nell' obbligo del comodatario di restituire al comodante tutti i lucri tratti colla cosa comodatagli, mediante un uso della medesima non conforme alla legge contrattuale. L' obbligo di restituire questi lucri sorge nel momento in cui si compiono dal comodatario gli atti o negozi dai quali essi discendono; sorge e conserva poi un' autonoma esistenza. Veggasi a conferma di quanto siamo qui venuti dicendo la

L. 13 § 1 Dig. XIII, 6: —

Pomponius libro undecimo ad Sabinum

Si quem quaestum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si jumenta fuerint, eaque locata sint, id ipsum praestabit (ei) qui experiundum dedit: neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit.

Risulta evidentemente da questa legge che quella medesima circostanza (di non sopportare il debitore il *periculum rei)* la quale libera il comodatario dall' obbligo di restituire la cosa, quando questa sia andata fortuitamente distrutta, lo obbliga d' altra parte a restituire qualsiasi lucro colla medesima tratta, non in accordo colla legge contrattuale. Quale è il fondamento giuridico di questo obbligo? Il Mommsen ha acutamente rilevato l' inesattezza della espressione con cui nel testo si giustifica la sentenza data. Non è infatti propriamente il fatto di sopportare il *periculum rei* che attribuisce al commodante il diritto di pretendere i lucri tratti dal commodatario colla cosa commodata, ma gli è che essendo egli proprietario della cosa commodata, è *dominus* di tutti i negozi dai terzi compiuti colla cosa medesima. Non è dunque vero che, distrutta fortuitamente la cosa, il comodatario sia completamente liberato di fronte al comodante. È liberato soltanto per ciò che riguarda la restituzione della cosa medesima. Ma in riguardo agli atti abusivamente con quella compiuti egli è tuttora tenuto: se l' ha locata, se l' ha venduta potrà essere tenuto di furto *(furtum usus);* e qualora il comodante voglia rinunciare a questa azione egli sarà tuttavia, per lo meno, tenuto *actione neg. gest. (directa).* [214]

192. — Se noi applichiamo questi principî alla nostra fattispecie ne avremo una risoluzione equa e giuridica ad un tempo. Qualora non possa ritenersi avere il negoziante acquistato il quadro venduto poi al terzo, dovrà dirsi che egli deve cedere al pittore il prezzo ritratto dalla vendita del quadro. Questo dunque gli è, secondo noi, indubitato che in ogni ipotesi il compratore deve pagare il prezzo, sebbene il quadro possa non essergli consegnato. In questa opinione del resto noi dovremmo restare anche qualora fosse accettabile, mentre certamente non lo è, il concetto Iheringiano che il prezzo sia dovuto solo in quanto il venditore risenta un danno dal non averlo. Qui infatti il venditore risente sempre un danno: se ha comprato egli il quadro deve alla sua volta pagarne il prezzo, se non l' ha comperato è responsabile per averlo venduto. D' altra parte la vendita da lui compiuta è in ogni evento perfettamente valida e perciò deve produrre tutto i suoi effetti; arrecare alla regola che nel contratto di compra-vendita il pericolo è sopportato dal compratore la limitazione che vorrebbe Ihering equivarrebbe al distruggerla.

---

[214] Mommsem op. cit. p. 137 Monroy op. cit. pp. 118 e segg.

§ 9. — *La gestione del danaro.*

BIBLIOGRAFIA: — MONROY op. cit. — COGLIOLO op. cit. — BREZZO *Rei vindicatio utilis* Torino 1889.

193. — Chi usa, dispone o contratta col denaro altrui gerisce, per chi consideri il fatto in assoluta indipendenza dalla speciale natura economica e giuridica del denaro, affari obbiettivamente alieni. Ognuno è infatti proprietario del proprio denaro come di tutte le altre proprie cose. Ma la funzione del danaro arreca alla regola che così giuridicamente si formula una grave limitazione che tende ad oscurarla. Spesso infatti avviene che il rapporto che vincola il gestore al proprietario del danaro non si determini con quella precisione che è necessaria a rendere alieni i negozi con esso compiuti. Allora non si ha più alienità di affari; non che il denaro non si presti come ogni altra cosa a costituirla, ma perchè ed in quanto esso cade nel rapporto fra gestore e dominus in modo non sufficientemente determinato a quello scopo. [215]

194. — Le eccezioni cui la formula va soggetta nulla tolgono tuttavia alla sua esattezza scentifica. È facile convincersene esaminando brevemente le principali fonti che riguardano gestione di danaro altrui.

L. 2 Cod. IV, 2: —

Imp. Gordianus A. Sempronio.

Quamvis pecunia tua Asclepiades suo nomine crediderit, stipulando tamen sibi jus obligationis quaesivit. Quam pecuniam ut possis petere mandatis tibi ab eo actionibus consequeris.

Dal contesto di questa legge risulta sufficientemente che oggetto del mutuo conchiuso da Asclepiade fa una somma individualmente determinata di danaro appartenente ad un terzo. Al quale si accorda di pretendere la cessione delle azioni contro il terzo mutuatario. Ora in questa concessione si manifesta evidentemente il concetto informatore della decisione contenuta nel testo. Si considerava Asclepiade come gestore del *dominus pecuniae,* e gli si accordava un azione — che possiamo qualificare di gestione — indipendentemente da qualsiasi ratifica esplicita od implicita. [216]

[215] Monroy. p 102, vedi sopra n. 166.

195. — L. 8 Cod. IV, 34: —

Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Alexandro.

Si is qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide quam eius successores teneri tibi certissimum est. adversus eum autem qui accepit nulla actio tibi competit nisi nummi extant: tunc enim contra possidentem uti vindicatione potes.

Abbiamo in questo testo un depositario che dà a mutuo il danaro affidatogli. Con questo atto egli viola la fede del contratto, poichè da tutto il contesto della legge risulta che il danaro cadeva nel rapporto di deposito come cosa infungibile; perciò sarà tenuto a risarcire l'interesse al deponente. Ma questa massima responsabilità nella quale il depositario è qui incorso nel mutuare il denaro a lui affidato non toglie certamente che egli rimanga tuttavia tenuto anche a cedere l'azione acquistata contro il terzo mutuatario [217] poichè egli ha gerito un affare obbiettivamente alieno. Interessante è poi la concessione della *rei vindicatio* contro il terzo mutuatario *si nummi*

[216] Vedi AARONS op. cit. p. 202 MONROY op. cit. p. 97

[217] Vedi sopra p. 207 e segg.

extant, poichè essa contiene una riprova di quanto abbiamo sopra sostenuto in riguardo alla vendita di cosa altrui. [218]

196. — L. 3 Cod. V, 51: —

Imp. Antoninus A. Vitalio.

Curator qui post decretum praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita praedium sibi comparavit, elige utrum malis in emptione tibi eum negotium gessisse, an, quia in usus suos conversae pecuniae sunt, legitimas usuras ab eo accipere.

Anche nella fattispecie di questa legge si suppone una somma di danaro deposta come infungibile. Il proprietario di questo denaro può quindi considerare proprio gestore qualsiasi terzo, che di esso si sia servito nella conclusione di negozi giuridici. Così il curatore che con quel denaro ha comperato un fondo. L'elezione che nella legge viene accordata al pupillo non ha per altro che questo significato: il curatore che era gestore del patrimonio del pupillo, anche indipendentemente dalla eseguita compera col denaro pupillare, può essere convenuto o come tale che abbia convertito in proprio uso il denaro del suo amministrato, o come tale che oggettivamente ha gerito un affare altrui *nel fatto di comperare.* Se pertanto egli viene convenuto da questo secondo punto di vista, non può più essere tenuto dal primo, per la contradizione che nol consente.

197. — Più importante di tutte le leggi fin qui esaminate è la L. 8 Cod. III, 32 che esplicitamente concede contro chi ha usato il denaro altrui *l'actio neg. gest. (directa).*

Imp. Phillippus A. et C. Philippo militi.

Si, ut proponis, pars diversa pecunia tua quaedam nomine

[218] Vedi sopra p. 166 e segg.

suo comparavit, praeses provinciae utilem vindicationem obtentu militiae tibi eo nomine impertiri desideranti partes aequitatis non negabit idem mandati quoque seu negotiorum gestorum actionem inferenti tibi jurisdictionem praebebit.

Noi dobbiamo considerare questa legge, con riferimento alla L. 3 Cod. V, 51, non già in quanto esse contengono due casi tipici di *rei vindicatio (utilis),* bensì in quanto ammettono che il *dominus pecuniae* possa esercitare *l'actio neg. gest. (directa)* contro il curatore od il gestore che ha con essa compiuto dei negozi giuridici. La concessione di questa azione è stata diversamente interpretata dagli scrittori. Si è detto da alcuni che l'azione di gestione di cui è parola nei testi in esame è utile, in quanto il gestore ed il curatore non avrebbero avuto nel gerire l'intenzione di gerire per il *dominus pecuniae.* Altri hanno invece ammesso essere l'azione accordata una vera e propria azione di gestione, non utile, ed essere tale in quanto il gestore, ed il curatore avrebbero comperato a nome proprio, ma per conto del *dominus pecuniae.* Altri ancora credono non esistesse nelle due leggi il vero substrato di una *negotiorum gestio,* ma pensano essere in esse concessa l'azione di gestione in via eccezionale, *aequitatis causa.* Infine vi ha chi sostiene essere in esse concessa la *rei vindicatio (utilis)* pel caso di compera eseguita col denaro del pupillare o del soldato, e *l'actio. neg. gest. (directa)* pel caso di altri negozi giuridici conchiusi col medesimo denaro. Ma nessuna di queste interpretazioni ne sembra accettabile. [219]

[219] Infatti il dire che l'azione accordata nei testi è utile per mancanza di *animus* è erroneo per due ragioni: 1°. perchè nulla nel testo accenna all'essere l'azione *neg. gest.* accordata, utile; 2°. perchè è erroneo il ritenere che *l'animus negotia aliena gerendi* sia requisito essenziale al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa).* Del pari inaccettabile è la teoria dell'Ihering poichè non risulta *necessariamente* dai testi che la *rei vindicatio utilis* si accordasse solamente quando l'acquisto dei fondi coi denari pupillari, o del soldato, fosse

198. — Una facile interpretazione dei testi in esame discende invece naturalmente dalla applicazione del nostro concetto sull' alienità oggettiva degli affari geriti. Sia nelle L. 3 cit. che nella L. 8 cit. il gestore trovasi in riguardo all' oggetto della sua gestione in un rapporto certamente determinato di fronte al *dominus*. Il danaro cade in questo rapporto come cosa certa, infungibile. Perciò chi ne usa, chi lo impiega, chi con esso compera delle cose, è trattato alla stregua di chi usa, o vende una cosa altrui. Potrebbe con un giuoco di parole dirsi, che il curatore nel comperare vendeva: vendeva il denaro del pupillo, e come tale si esponeva all' azione *neg. gest (directa)*. Così dicasi anche del gestore del soldato: senonchè a questo *obtentu militiae,* accordavasi anche una *utilis rei vindicatio*. Egli non solo poteva dunque convenire il gestore compratore per farsi cedere i risultati della compera eseguita col suo danaro, ma poteva anche contro di lui esercitare una *rei vindicatio utilis*. Accanto all' azione di gestione, azione personale, e che non escludeva affatto gli altri creditori del convenuto, si accordava

avvenuto per conto del pupillo o del soldato. [Windscheid § 174 nota 8] e perchè d' altra parte dopo quanto abbiamo detto nel testo risulta sufficientemente che le due azioni *rei vindicatio utilis* e *neg. gest. (directa)* hanno una esistenza autonoma, sì che può benissimo concepirsi la seconda indipendentemente dalla prima. La interpretazione (Schulin) che ritiene eccezionale la concessione dell' *actio neg. gest. (directa)* al pari che la concessione della *rei vindicatio utilis*, è tale da essere evidentemente accettabile solo come rinuncia ad ogni scientifica interpretazione. Infine ne sembra arbitraria anche l' interpretazione del Brezzo il quale crede competere la *rei vindicatio (utilis)* in caso di acquisto e la neg. gest. actio (directa) in caso di altro negozio compiuto col denaro pupillare. Mentre infatti si comprende come non possa parlarsi di *rei vindicatio (utilis)* nel caso di mutuo concluso dal tutore col denaro altrui, perchè per il mutuo il tutore non ottiene oggetti rivendicabili ma solo una ragione di credito — quindi *utilem actionem* — così non si comprende come nel caso di compera dovrebbe escludersi che il *dominus pecuniae* potesse muovere l' *actio neg. gest. (directa)*.

un azione reale, la quale, appunto per questa sua natura ha l' efficacia di escludere tutti gli altri creditori personali del convenuto.[220] Questo essendo il rapporto che intercede, a nostro avviso, fra la *rei vindicatio utilis* e *l' actio neg. gest (directa),* si fa palese l' equivoco di quelli scrittori che considerano eccezioni al principio che chi compie atti con denaro altrui, non gerisce normalmente affari oggettivamente alieni, i casi di *rei vindicatio utilis* considerati nelle L. 54 Dig. XXIII, 3; L. 2 Dig. XXVI, 9; L. 3 Cod. V, 51; L. 8 Cod. III, 32, — e che non concepiscono l'azione *neg. gest (directa)* contro chi ha gerito affari col denaro altrui se non cogli effetti di una utile rivendica. Altro è infatti è il dire che chi ha comperato un fondo col denaro altrui ha gerito oggettivamente un affare del *dominus pecuniae*, altro è a questi attribuire il diritto di rivendicare sia pure dal solo compratore il fondo col suo denaro acquistato. L' azione *neg. gest.* è d' indole essenzialmente personale (vedi sopra p. 73) e perciò non può avere mai quella efficacia; d' altra parte se tale ad essa l' avessero attribuito i giuristi romani non si comprenderebbe a quale bisogno avrebbe supplito l' estensione utile, a casi tassativamente determinati, della azione di rivendica.

199. — La conclusione cui siamo, anche dalla esegesi delle fonti romane, condotti in riguardo alla gestione del danaro è dunque la seguente: chi usa, impiega o contratta denaro altrui, — o ad altri dovuto — gerisce un negotium oggettivamente alieno in quanto questo denaro cade nel rapporto giuridico che vincola il gestore in riguardo ad esso, ad altra persona, come cosa infungibile. Se invece il denaro cade in questo rapporto giuridico non

[220] Vedi L. 4 Cod. III, 38 — L. 6 Cod. III, 32 ove si rileva la mancanza di azione reale contro il gestore che ha comperato delle cose col danaro altrui. Vedi Monroy op. cit. p. 101.

come cosa infungibile, ma come quantità, non può più aversi negotium alienum per l'indeterminatezza del rapporto che dovrebbe esserne fondamento. Ora come si notava al principio di questo paragrafo, nella vita economica, l'importanza del denaro è tutta riposta nella sua funzione di scambio. Esso viene generalmente in considerazione come quantità, e perciò generalmente i negozi con essi compiuti non divengono alieni. Così il mandatario, il comproprietario, il socio non diventano generalmente gestori in riguardo agli atti compiuti col danaro da essi rispettivamente dovuto al mandante al comproprietario, al consocio. Questo denaro non cade nel rapporto che li vincola come cosa infungibile. Questa è la vera ragione giuridica [221] per cui essi non devono per regola prestare le usure ottenute impiegando il denaro ad altro dovuto. In questa giustificazione giuridica rientra pure il principio, giustamente rilevato in questo proposito, che la proprietà delle monete cessa appena esse non sieno riconoscibili come aliene, il che avviene principalmente quando esse vengono con altre commiste (L. 78 Dig. XLVI, 3). In questi casi non può più dirsi che il possessore del danaro compie un affare altrui; egli compie un affare proprio perchè giuridicamente il danaro altrui è divenuto suo proprio. Può è vero avvenire che anche in tale ipotesi il debitore, in riguardo al denaro dovuto, o l'estraneo in riguardo al denaro altrui, sieno considerati gestori di affari altrui e conseguentemente tenuti a restituire ogni lucro col

[221] Quando il Monroy scrive (p 102) che per il mandatario, per il comproprietario devesi, se non sempre, certo spesso ammettersi una tacita autorizzazione ad usare il denaro del mandante o del comproprietario, coglie del fenomeno giuridico il momento economico, avvolgendosi in un circolo vizioso. Poichè tale autorizzazione può sempre e solo ammettersi quando il danaro cada nel rapporto che vincola il mandatario al mandante ed il comproprietario al comproprietario come quantità, come cosa fungibile.

danaro ritratto, ma ciò non già in forza di una oggettiva alienità degli affari trattati, ma bensì per avere essi contratto a nome del creditore o del proprietario del denaro: costituendo cioè il così detto *negotium subbiettivamente alienum.* [222]

CAPITOLO IV

Natura e requisiti dell'atto gestorio

Abbiamo sostenuto che al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa)* non si richiede che un atto gestorio d'intromissione nella sfera patrimoniale altrui: un atto cioè rivolto o alla conservazione o alla modificazione o all'estinzione di un rapporto giuridico. [223] Ci resta ora a determinare più precisamente l'indole dell'atto gestorio in riguardo ai due requisiti che concordemente ad esso attribuisce la dottrina civilistica: la volontarietà e la liceità.

§ 1. *La volontarietà dell'atto gestorio.*

BIBLIOGRAFIA: — opere citate e specialmente Wlassak *Zur Geschichte der neg. gestio* — Drujon *De l'action directe du mandant contre le mandataire substitue* (Revue critique 1877 n. 10-11 pp. 628-638). — Kohler Die Meuschenhülfe in Privatrecht p. 75-87. — Fadda *Se il subappaltatore abbia azione contro il committente pel pagamento dei lavori eseguiti* (Annuario del Prof. P. Cogliolo anno II p. 349 e segg.) — Scialoia Sul medesimo argomento (Annuario II p. 352-355).

L'art. 1140 del codice civile italiano, sulle orme dell'art. 1371 cod. fr. definisce il quasi contratto come un *fatto volontario.*

[222] Con questo principio devonsi interpretare le L. 67 § 1 Dig. XVII, 2; L. 10 § 8 Dig. XVII, 1 Vedi Ihering *Abhandl.* p. 60 Mommsen *Erört.* I p. 10-11.

[223] Aarons op. cit. pp. 4-5 contro Dankwardt op. cit. p. 11 a.

Il legislatore francese seguito dall' italiano ha dunque ritenuto essere la *volontarietà* uno speciale requisito giuridico della gestione degli affari altrui. Ma quale significato e quale portata deve attribuirsi a questo requisito? Qui sorge la difficoltà e qui comincia la divergenza delle opinioni. Si ritiene da alcuni doversi intendere per volontarietà l' intenzione di gerire affari altrui, la quale sarebbe requisito essenziale dell' istituto gestorio, sia dell'azione diretta quindi che della contraria. Altri invece, e più numerosi, ritengono doversi per volontarietà intendere l' assenza di un vincolo giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto a gerire. Infine altri ancora sostengono essere la volontarietà requisito distintivo delle obbligazioni *quasi ex contractu* dalle obbligazioni *ex lege*. Di queste tre teorie sul requisito delle volontarietà esamineremo brevemente la seconda e la terza, ritenendo sufficientemente confutata la prima da quanto abbiamo sopra detto al cap. I, e da quanto verremo oltre dicendo al capitolo sull' *animus negotia aliena gerendi*.

200. — Gli scrittori che sostengono doversi per volontarietà intendere l' assenza di un rapporto giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto a gerire, dicono in sostanza una cosa vera: per essere tenuto quale gestore puro e semplice è necessario non esista fra il *dominus* ed il gestore medesimo alcun rapporto in forza del quale questo sia tenuto e gerire. [224] Ma

[224] Questa opinione può dirsi universalmente accetta ai pandeltisti tedeschi ed è accolta più o meno fuggevolmente da tutti i monografisti sulla *negotiorium gestio*. Veggasi ad esempio THIBAUT *System des Pandekten Rechts* (7ª ed.) § 628: — Unter der Geschaftstführung versteht man den Fall wenn Iemand absichtlich die Geschäfte eines Andern ohne dessen gültigen vorhergehenden Auftrag besorgt. Così SCHWEPPE *Das Röm. Privatrecht* (4ª ed.) § 588 così BUCHER, *Das Recht der Forderungen* (2ª ed.) § 145; Vangerow *Lehrbuch* § 664 p. 503 (7ª ed.). E fra i monografisti RAMM op. cit. p. 21; CHAMBON op. cit. p. 5; MURGEAUD LARION op. cit. p. 11; MAISONNIER op. cit. p. 118; Cogliolo op. cit. Fra i commentatori del codice civile italiano DELVITTO all'art. 1145; PACIFICI MAZZONI *Ist.* IV. p. 117 ed altri. Il WLASSAK che è il solo scrittore che tratti ampiamente della volontarietà a proposito delle L. 3 § 10 Dig. III, 5 e L. 18 Cod. II, 19 sostiene che la formola edittale contemplava originariamente qualsiasi gestione volontaria o meno, e che solo posteriormente si vennero da essa differenziando i vari casi di gestione nominata. Mentre non possiamo accogliere la duplicità di concetto di gestione rilevata dal Wlassak dal punto di vista storico (vedi sopra n. 24 e segg.) dobbiamo però convenire perfettamente con lui nella critica delle varie interpretazioni date delle leggi in discorso, pure osservando come ben poco dalla sua dotta analisi critica delle medesime si avvantaggi la teoria da lui sostenuta.

d' altra parte non può dirsi che gerisca involontariamente chi gerisce e. g. in forza di un mandato. Al contrario il mandatario, appunto perchè ha assunto il mandato, ha voluto gerire, nè potrebbe obbiettarsi che una volta assunto il mandato egli *deve* gerire, non gerisce quindi più volontariamente. Anche il puro e semplice gestore, dopo avere iniziata la gestione *deve* gerire. Questa teoria considerata in se stessa non dà quindi ragione sufficiente all' esistenza di uno speciale requisito della volontarietà: considerata poi nelle conseguenze che da esse si traggono ne sembra assolutamente inaccettabile. Si sostiene cioè che mancando la volontarietà della gestione non è a parlarsi di *actio neg. gest.* [*directa*]. Così si viene ad escludere a priori il concorso dell' *actio neg. gest.* [*directa*] coll' *actio mandati directa*, contro le fonti romane, [225] e male interpretando l' art. 1141 cod.

[225] Le fonti romane infatti accordano l' *actio neg. gest.* [*directa*] anche contro chi ha gerito in forza di un rapporto giuridico che a ciò lo costringesse. Così nella L. 3 § 8 Dig. III, 5 si accorda l' *actio neg. gest. (directa)* contro l' *executor* che ha venduto i beni altrui per ordine del magistrato; nelle L. 5 § 7 (6 § 5) Dig. eod. si accorda la medesima azione contro chi ha gerito credendosi schiavo: nella L. 18 § 2 (19) eod. contro chi ha gerito *ex necessitate servili*. Infine nella L. 3 § 10 Dig. eod. esplicitamente ed in tesi generale è detto che *hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate eogente immiscuit le negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urguente vel necessitatis surpicione gessit*. La necessità a cui allude questo testo non deve intendersi per necessità obbiettiva *in re*

civ. it. Questo articolo infatti determina le obbligazioni che contrae chi volontariamente assume la trattazione di affari altrui, ma non esclude che anche chi ha gerito per mandato del *dominus,* od in forza di qualsiasi altro rapporto che lo costringesse a gerire, possa essere tenuto *actione neg. gest.* [*directa*]. Il contenuto di questo rapporto potrà limitare od estendere la sua obbligazione, ma in quanto resta il fatto di avere egli gerito affari altrui resta anche la conseguenza necessaria di questo fatto: l' esser egli cioè tenuto *actione neg. gest.* [*directa*].

201. — La terza delle teorie sopra enunciate infine sostiene essere elevato il requisito della volontarietà unicamente allo scopo di distinguere nettamente i quasi contratti, dalle obbligazioni sorgenti *ex lege.* Questa opinione è stata sostenuta dal Toullier [226] col sussidio dei lavori preparatorî del codice napoleone e fu poi seguita dai migliori civilisti francesi. [227] Tuttavia ben giustamente notava contro di essa il nostro Giorgi [228] che se il legislatore credette di trovare nella volontarietà un requisito che potesse nettamente distinguere le obbligazioni quasi contrattuali da quelle *ex lege,* errò all' evidenza. Molte obbligazioni infatti che a tenore del nostro codice sorgono *ex lege,* devono tuttavia la loro origine ad un fatto volontario dell' uomo. [229] Non può dunque dirsi

administranda, bensì per una necessità qualsiasi giuridica o meno che sospinga il gestore a gerire. Veggasi su questa legge WLASSAK l. c. Non valgono poi contro la nostra opinione le leggi citate dal BRINZ *Lehrb.* vol. II (2ª ed.) p. 632 § 321 nota 2 (cioè L. 20 Cod. h. t. § 1 Inst. III, 28 Paulus R. S. I. 3 § 3. L. 6 § 1 Dig. XVII, 1) poichè evidentemente queste leggi si riferiscono al caso tipico di gestione.

[226] VI, n. 28.

[227] LAURENT XX n. 322; COLMET DE SANTERRE V. p. 369; GABOLDE op. cit. p. 13; KOHLER op. cit. p. 76 nota 1; DALLOZ *Repertoire* v. obligation n. 5393.

[228] Op. cit. V. n. 6.

[229] Art. 849 cod. civ. (459 cod. fr.); art. 470 cod. civ. (571 cod. fr.); art. 1566 cod. civ.

che il requisito della volontarietà caratterizzi le obbligazioni *quasi ex contractu* di fronte a quelle *ex lege.*

202. — Questi risultati critici non ci inducono però ad affermare doversi ritenere estraneo alla configurazione giuridica dell' atto gestorio, il concetto della volontarietà. Al contrario ricondotta l' obbligazione del gestore, per ciò che riguarda la sua origine nell' ampia categoria delle obbligazioni sorgenti *ex re,* crediamo che essa trovi nella volontarietà un carattere distintivo. A che alcuno possa essere tenuto come gestore occorre *abbia voluto gerire,* non importa poi se per se o per altri. Si concepisce psicologicamente il voler gerire indipendentemente da ogni ulteriore determinazione. Chi vuol gerire vuole compiere uno o più atti fra loro connessi e rivolti ad un determinato scopo economico. La determinazione della *volontarietà* nella gestione è dunque data da un criterio affatto naturale. È un concetto economico che riveste e colorisce l' atto giuridico. Si comprende quindi perfettamente come il gestore non possa essere confuso col semplice danneggiante colposo, sebbene anche il gestore possa essere un danneggiante, sia nell' atto iniziale della sua gestione che nel suo proseguimento. E si comprende quindi anche come col gestore non possa andar confuso il ladro o l' invasore. Gli è che quella volontà astratta di gerire — che costituisce la *volontarietà della gestione* — e che può pur trovarsi in queste persone, venne ulteriormente qualificata dando luogo al sorgere di nuove obbligazioni. [230]

203. — Il concetto della volontarietà, delineato così come noi l' abbiamo, conduce a varie conseguenze che ne dimostrano

[230] Ciò non esclude naturalmente che il dominus possa muovere contro il ladro e contro l' invasore coll' *actio neg. gest. (directa).*

la giustezza sia per la loro conformità ad altri principi certamente determinati in materia di gestione, sia perchè esse mettono in piena evidenza concetti e rapporti, che per la sottile loro distinzione potrebbero facilmente andar fra di loro confusi. Anzitutto per il concetto di volontarietà da noi sopra delineato si palesa completamente erronea la teoria del Laurent sulla capacità nella gestione. Come abbiamo visto il chiaro civilista belga dalla volontarietà dell' atto gestorio trae argomento a sostenere essere necessaria nel gestore la capacità civile ad obbligarsi validamente di fronte al *dominus*. L'argomentazione che, come ognun vede, non regge per se stessa, poichè agire volontariamente non implica necessariamente aver capacità a contrarre, viene completamente meno quando si pensi al concetto che noi abbiamo dato della volontarietà. Una semplice capacità naturale è sufficiente a connettere un atto ad un fine, nè certo potrà quì venir in considerazione l' entità della obbligazione che da questo atto potrà discendere: la volontarietà infatti caratterizza l' atto gestorio nella sua indole economica. Il pazzo, il furioso, il cretino non possono quindi gerire perchè manca ad essi quella capacità naturale che è necessaria a concepire il nesso fra causa ed effetto, non perchè manchi ad essi la capacità civile a contrarre.

204. — Il concetto della volontarietà vien messo in piena luce dalla analisi dei rapporti fra il *dominus oggettivo* mandante ed il sostituto del suo mandatario, e fra il *dominus* oggettivo ed il mandatario del suo gestore. Infatti in questi rapporti è ammissibile un *actio neg. gest.* [*directa*] del *dominus* obbiettivo contro il terzo sostituto solo in quanto può dirsi avere questi gerito volontariamente nel senso da noi sopra esposto. Di questa affermazione dobbiamo una duplice dimostrazione poi-

chè da alcuni scrittori si è dato del diniego di azione diretta del *dominus* contro il terzo gerente per mandato di un mandatario o di un vero e proprio gestore una diversa spiegazione, da altri si è negato assolutamente non competere l' azione *neg. gest. (directa)* al *dominus* oggettivo contro chi gerì per mandato altrui. Noi dobbiamo dunque dimostrare: 1° che il dominus oggettivo ha l' *actio neg. gest. (directa)* contro chi ha gerito gli affari oggettivamente suoi, solo in quanto questi non abbia gerito ad esclusivo adempimento del mandato assunto di fronte al *non dominus* oggettivo degli affari da trattarsi. 2° La ragione del non sorgere dell' azione essere riposta non già nella mancanza di *animus neg. al. gerendi,* ma bensì nella mancanza di *volontarietà* nel gestore, requisito da quello nettamente distinto.

205. — Quanto all' ammissibilità dell' *actio neg. gest.* [*directa*] del *dominus* oggettivo contro il gestore per mandato di terzi ho formulato in uno studio speciale quella teoria che razionalmente e di fronte ai testi romani sembrami la sola accettabile. Credo cioè sia necessario distinguere il caso in cui taluno oltre all' essere gestore del *dominus* è anche mandatario di un terzo, dal caso in cui alcuno gerisce degli affari oggettivamente spettanti ad un Tizio unicamente per adempire ad un mandato conferitogli da un non domino. Nel primo caso possono sorgere le due azioni *neg. gest.* ed anche l' *actio mandati contraria* (non la *directa),* nel secondo invece sorgono sempre le azioni di mandato e non quelle di gestione. Questa teoria si giustifica come segue. Quando Caio gerisce per mandato di Tizio degli affari oggettivamente spettanti a Sempronio, egli non può esserne considerato gestore poichè accettando il mandato egli si qualifica ed afferma gestore del mandante ed attribuisce a lui per imprescindibile necessità logica la qualità di gestore di fronte al

dominus oggettivo degli affari trattati. Nell' ipotesi infatti che Tizio non sia *dominus* oggettivo degli affari affidati a Caio, egli diventa gestore del *dominus* vero nell' atto di darli a gerire ad altri, e se gestore è a considerarsi Tizio nell' atto di conferire il mandato come potrà essere considerato tale Caio nell' atto di accettare il mandato? Caio quindi non acquisterà *actio neg. gest. (contraria)* contro il *dominus* obbiettivo poichè avendo gerito ad adempimento della obbligazione assunta di fronte a Tizio manifestò sufficientemente di non volere gerire nell' interesse del *dominus obbiettivo.* [231] Il *dominus* obbiettivo poi non acquisterà l' *actio neg. gest.* [*directa*] contro Caio, poichè a muovere questa azione è necessario dimostrare essere stata *iniziata* una gestione nel proprio patrimonio dal convenuto, mentre nella nostra ipotesi la gestione fu iniziata da Tizio e per opera di Tizio. A ritenere obbligato Tizio e Caio l' uno accanto l' altro bisognerebbe ammettere una obbligazione in *solidum* fra quelli che materialmente prendono parte alla gestione, mentre ciò negava il diritto romano partendo dal concetto che *initium spectandum est.* Tizio mandante quindi, e Tizio soltanto, risponde *come gestore* di fronte al *dominus* oggettivo; Caio, in quanto non ecceda i limiti del mandato, è responsabile, come gestore, solo di fronte al suo mandante.

206. — Quando invece il gestore aveva già deciso di gerire per il *dominus* vero, la sopravvenienza del mandato di un terzo, al medesimo fine, mentre non impedisce al gestore di muovere l' *actio neg. gest. (contraria)* contro il *dominus,* non impedisce neppure il sorgere dell' *actio mandati* contro il mandante. Gli è questo caso perfettamente parificabile a quello di un gestore

[231] L. 14 § 15 Dig. XI 7.

che nel gerire assume una fidejussione, come notava giustamente Marcello. (L. 3 § 11 Dig. h. t.) [232] E però non deve dimenticarsi che il contenuto sostanziale di questo mandato si è quello di una fidejussione; l' *actio mandati contraria* non può essere rivolta ad ottenere il rifacimento delle spese incontrate nella gestione, ma il risarcimento dei danni risentiti dalla parziale o totale inesperibilità dell' *actio neg. gest. (contraria)* contro il vero *dominus.* Così deve parimenti ritenersi che in questa ipotesi il *dominus* non acquista azione alcuna contro il mandante, il quale non ha direttamente determinata la gestione, ma solo l' ha favorita rispetto al gestore, mentre il mandante può acquistare un' azione contraria verso di lui se la fidejussione racchiusa nel mandato conferito, riveste i requisiti essenziali al sorgere di quell' azione.

207. — Questa teorica che a noi sembra la più logica, astrattamente considerata, trova una valida riconferma nelle fonti romane.

L. 20 § 3 (21 § 3) Dig. III. 5.

Paulus libro nono ad Edictum.

Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit: quod is non recte gessit TU *mihi actione negotiorum gestorum teneris, non in hoc tantum ut actiones tuas preastes. sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia eius fecit,* TU *mihi praestes.*

L. 27 (28) Dig. h. t.

Iavolenus libro octavo ex Cassio.

Si quis mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur lisque aestimari debet, quanto Seii et Titii interest: Titii autem interest quantum is Seio praestare debet cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio

[232] BRINZ *Lehrb.* (2.ª ed.) § 321 p. 651.

autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerendi, et antequam ipse quicquam domino praestet, quia id ei abesse videtur in quo obligatus est. [Veggansi anche L. 22 § 10 Dig. XVII. 1; L. 27 (28) Dig. III. 5; L. 20 (21) cod.].

Nella prima di queste due leggi è rilevato con tutta l'evidenza desiderabile che il *dominus* oggettivo degli affari trattati ha l'*actio neg. gest. (directa)* contro il mandante non contro il mandatario. Malgrado l'efficace insistenza con cui in questo testo si sostiene essere come gestore tenuto il mandante, numerosi ed autorevoli scrittori hanno tuttavia sostenuto essere insieme al gestore mandante contemporaneamente tenuto *actione neg. gest. (directa)* anche il terzo mandatario.[233] Ora questa teoria ne sembra a noi inaccettabile sia di fronte ai testi [234] sia di fronte alla teoria.

[233] Vedi e. g. THIBAUT § 628 nota p. SCHWEPPE § 588 nota 4. POTHIER n. 179. ARNDTS-SERAFINI § 297 nota 3. MAYNZ § 274. TOULLIER VI n. 47. MAISONNIER op. cit. p. 127. Incerto se debba sempre accordarsi l'azione al mandante contro il sostituito è il COLMET DE SANTERRE all'art. 1994.

[234] Quale interpretazione debba darsi alle L. 3. § 11 h. t. e L. 27 (28) eod. abbiamo detto sopra a p. 235 nota. Restano brevemente ad esaminarsi le altre leggi citate dagli scrittori che ritengono avere il *dominus* oggettivo azione *neg. gest. directa* sia contro il gestore mandante che contro il terzo mandatario del gestore. Queste sono la L. 45 (46) § 1, la L. 14 Cod. h. t. e la L. 30 § 1 Dig. h. t. La L. 45 (46) § 1 Dig. h. t. propone il seguente caso. Caio ha dato mandato a Tizio di fargli fidejussione; Tizio essendo impedito si presenta Sempronio e presta in sua vece la fidejussione. Africano dice che Sempronio avrà l'*actio neg. gest.* È evidente intanto che qui si tratta di *actio contraria* e non di *actio directa* e per cui è escluso che questo testo possa esercitare qualsiasi influenza sulla questione sopra dibattuta. Potrebbe chiedersi contro chi Sempronio acquistò l'*actio neg. gest. (contraria)*; il testo non lo dice ma può ben concepirsi che essa competa sia contro il mandante che contro quegli che avrebbe dovuto prestare la fidejussione. Contro il mandante quando la persona a cui il mandato era rivolto non si trovava in tali rapporti col mandante medesimo da essere obbligato a prestare la fidejussione; contro il fidejussore nel caso opposto. E passiamo alla seconda delle leggi sopra citate: L. 14 Cod. h. t.: — *Si mandatum solius mariti secutus tam ipsius quam uxoris eius negotia gessisti, tam tibi quam mulieri invicem negotiorum gestorum competit actio ipsi sane qui mandavit adversus te mandati actio est; sed et tibi adversus eum contraria, si quid forte supererogasti.* Una semplice considerazione toglie a questo testo l'efficacia che gli si vorrebbe attribuire. È vero infatti che qui il mandatario del marito e tenuto *actione neg. gest. (directa)* di fronte alla moglie; ma non è certamente vero ciò che dagli scrittori avversati si presuppone, che cioè il marito avesse dato mandato anche per gli affari della moglie. Anche questo testo non prova quindi quanto vorrebbero gli avversarii. Resta infine la L. 20 § I (Brinz II § 321 nota 70 e Zimmermann op. cit. p. 40) ma anche questa non prova nulla in proposito. Essa tratta di un gestore che ha gerito senza saperlo affari spettanti a diverse persone e che quindi si è obbligato di fronte ai singoli domini. Senonchè essendo taluno di questi affari così strettamente connesso cogli altri da non potersene scindere, il testo decide che il gestore dovrà rendere conto al dominus dei più anche del singolo affare a questo non spettante, esigendo cauzione per il caso che il vero *dominus* contro di lui si rivolga coll'*actio neg. gest. (directa).*

208. — Non si è forse dagli scrittori che la sostengono sufficientemente considerata l'intima natura dell'atto gestorio; la quale rende concettualmente inammissibile il pensare che se gestore è il mandante nel conferire il mandato, tale possa essere anche il terzo mandatario nell'accettarlo. Il conferire un mandato e l'accettarlo sono due atti nettamente distinti e delineati; il gerire è un concetto unico che non può scindersi; se gestore è il mandante non può esser tale il mandatario. E se ben si considera solo per questo riguardo potrà spiegarsi come il mandante possa avere azione contro il mandatario. I testi romani ci dicono che il mandante può agire contro il mandatario poichè egli ha a ciò interesse in quanto è tenuto verso il *dominus* oggettivo: ora come potrebbe mai tale interesse giustificarsi se il *dominus* obbiettivo avesse sempre ed incondizionatamente un *actio neg. gest. (directa)* contro il mandatario? Non potrebbe questi sempre eccepire la sua diretta obbligazione verso il dominus obbiettivo? E se al mandante si volesse sempre imporre l'obbligo della cauzione, non sarebbe pressochè inutile concedergli l'*actio mandati directa;* e se tale cauzione non si richiedesse ritenendo liberato il mandatario anche di fronte al *dominus obbiettivo* quando avesse reso

conto della sua gestione al suo mandante, non si verrebbe a creare una distinzione pienamente arbitraria in teoria, (solo giustificabile con speciale ed apposita disposizione positiva di legge) col far dipendere l' esistenza o meno dell' *actio neg. gest. (directa)* del *dominus* obbiettivo da un fatto a lui completamente estraneo quale si è quello di avere il mandante già esperita l'*actio mandati directa* contro il terzo suo mandatario. Finchè dunque Terzo gerisce gli affari del *dominus* oggettivo ad esecuzione di un mandato a questo scopo diretto di Secondo egli non può essere tenuto *actione neg. gest. (directa)* di fronte a Primo *dominus* oggettivo; egli non può essere considerato che come strumento del suo mandante, vero gestore del *dominus* oggettivo. Nè è a temersi che l' applicazione di questa formula possa condurre a conseguenze praticamente inique. Escludiamo che Terzo possa essere tenuto *come gestore* accanto a secondo; non escludiamo che egli possa essere tenuto come danneggiante qualora abbia *colposamente danneggiato* il *dominus* oggettivo. Qui dunque si manifesta in tutta evidenza la differenza che intercede fra un danneggiante ed un gestore: differenza affatto concettuale. Per essere tenuto come gestore bisogna *voler gerire,* e chi vuole *eseguire* un mandato ricevuto da Caio non vuol gerire, ma gerisce in quanto questo fatto gli è necessario per eseguire l' obbligazione assunta. La sua volontà astratta di gerire si determina e qualifica ed identifica in una volontà diversa e con quella incompatibile. Per questo diciamo che non vi ha più volontarietà nel terzo mandatario, e perciò contro di lui crediamo inammissibile l' *actio neg. gest. (directa).* [235]

[235] Ognun vede quale differenza interceda fra una gestione intrapresa per mandato del *dominus* oggettivo, ed una gestione intrapresa per mandato di un non *dominus;* come conseguentemente possa dirsi non escludere il primo mandato la volontarietà, escluderla invece il secondo. Vedi sopra pp. 234-236.

209. — Ai risultati ottenuti nei precedenti numeri sembra ostare, nel sistema del nostro diritto positivo, la disposizione contenuta nell' art. 1748 cap. ult. cod. civ., la quale accorda al mandante un' azione diretta contro il mandatario del suo mandatario. Potrebbe pensarsi che questa disposizione fosse naturale applicazione di quel principio generale che abbiamo combattuto più sopra, negando che il mandante possa avere un *actio neg. gest. (directa)* contro il sostituto del suo mandatario. È dunque necessario studiare la natura giuridica dell' azione diretta accordata nell' art. 1748 cod. civ. In questo studio deve peraltro prescindersi completamente dalla ipotesi nella quale il mandatario primo abbia avuto dal suo mandante facoltà di sostituirsi il terzo nella esecuzione del mandato affidatogli. Poichè gli è evidente che se il mandatario ha avuto tale facoltà l' azione perde il carattere eccezionale che ha in quella ipotesi; il primo mandante sparisce ed il rapporto di mandato si ferma direttamente fra il terzo sostituto ed il primo mandante. Se invece il primo mandatario non aveva facoltà di sostituirsi il terzo, avvenuta la sostituzione permane il rapporto obbligatorio fra il mandante ed il primo mandatario, ma a questo rapporto se ne aggiunge in forza dell' art. 1748 un secondo fra il mandante ed il terzo sostituto. Ora trattasi appunto di determinare quale sia la natura giuridica di questo secondo rapporto.

210. — Sulla natura dell' azione accordata nell' art. 1748 al mandante contro il sostituto regna il più vivo dissaccordo nella dottrina civilistica. Alcuni scrittori ritengono essere l' azione del mandante contro il sostituto del mandatario un' azione di gestione. Altri invece la ritengono un' azione di arricchimento *(actio de in rem verso),* altri ancora una semplice azione di danni.

Noi non ci fermeremo a combattere le prima di queste opinioni, chè ne sembra confutata dalle precedenti considerazioni; piuttosto dovremo esaminare attentamente la seconda e la terza sia per l'autorità degli scrittori che la sostengono, che per la maggiore apparenza di verità che esse presentano. Che l'azione dell'art. 1748 sia un' *actio de in rem verso* è sostenuto dal Fadda in una elegantissima nota ad una sentenza della Cassazione di Roma. In questa nota l'egregio scrittore cerca riavvicinare fra di loro gli art. 1645, 1574 e 1748, cod. civ. astraendo dalle disposizioni in essi contenute un principio giuridico che ritiene esserne fondamento, ed aprendo così la via ad una estensiva applicazione del medesimo. Questo principio trarrebbe la sua esistenza da ciò che nelle diverse fattispecie considerate negli articoli citati l'obbligazione di Terzo di fronte a Secondo esiste solo in quanto esiste pure un vincolo giuridico fra Secondo e Primo. Così Secondo mandatario di Primo ha un diritto contro Terzo che egli si è sostituito, in quanto a lui fu conferito un mandato da Primo, in quanto quindi esiste anche un vincolo giuridico fra Secondo e Primo. Se pertanto Primo può agendo direttamente contro Terzo escludere tutti gli altri creditori di Secondo ciò gli è dovuto al fatto che egli fonda la sua azione « *sull'arricchimento di costui a spese sue* ».

211. — Alla nota del Fadda rispose lo Scialoia contendendo, con efficacia, a mio avviso, che le azioni degli articoli in discorso, sieno basate sul principio dell'indebito arricchimento. Se infatti si pensa che Tizio è continuamente esposto all'azione di Secondo non può ammettersi che egli sia mai arricchito in quel senso tecnico e definitivo nel quale normalmente si parla di arricchimento. Lo Scialoia crede piuttosto che lo scopo delle azioni in discorso sia di evitare che Secondo si arricchisca ingiustamente a danno di Primo, il che potrebbe avvenire se a Secondo si concedesse di esigere incondizionatamente la prestazione di Terzo. Ora a me sembra che questa interpretazione colga esattamente l'indole delle azioni in discorso nella loro ragione legislativa, colla quale tuttavia non sembra possibile dare loro una esatta giustificazione giuridica. Se ben si pensa infatti sebbene l'adempimento della obbligazione di Primo verso Secondo costituisca in parte od in tutto l'adempimento della obbligazione di Secondo verso terzo, pur tuttavia non può dirsi che la controprestazione di Terzo a Secondo sia identica alla contraprestazione di Secondo a Primo sì che questi possa direttamente farsi ad esigere da Terzo. Così ad esempio il contratto di locazione intervenuto fra Primo e Secondo come aveva il contenuto di concedere a Secondo l'uso della cosa, così aveva quello di permettergli di sublocarla. Ora se Secondo la subloca non può già dirsi che egli abbia prestato a Terzo subconduttore ciò che Primo ha a Lui prestato: sì che la controprestazione di terzo, si compenetri colla contraprestazione di Secondo a Primo. Secondo al contrario contratta sulla base della obbligazione che ha assunto di fronte a primo: egli prestando l'uso della cosa locata al Terzo non gli presta la prestazione avuto da Primo ma presta ciò che in forza del suo contratto ha ottenuto, e che costituisce ormai parte del suo patrimonio: il diritto di sublocare. In altre parole: gli è vero che di fatto la prestazione di Secondo a Terzo è la medesima di quella di Primo a Secondo, ma Primo non può giuridicamente considerare la prestazione fatta da Secondo a Terzo come identica e compenetrata con quella che egli ha fatto a Secondo, perchè la prestazione da lui fatta a Secondo si è convertita nell' *actio locati;* è quindi giuridicamente sparita. Anche dunque se non si permettesse a Primo di agire direttamente contro

Terzo non potrebbe dirsi, che Secondo si arricchisse qualora dopo avere esatto la pensione della sublocazione da Terzo si trovasse insolvente di fronte a Primo. O almeno non si potrebbe parlare di arricchimento che in un senso affatto comune, quale ha applicazione ogniqualvolta in un contratto bilaterale una delle due parti ottiene una prestazione e si trova poi insolvente a prestare la controprestazione. Come in questo caso così in quello di sublocazione il primo conduttore non può giuridicamente chiamarsi arricchito, poichè il primo locatore conserva contro di lui una efficace azione, la quale, a chi consideri questo rapporto dal punto di vista strettamente giuridico, è il solo legittimo corrispettivo che gli spetta per la prestazione fatta.

212. — A queste medesime giuridiche conseguenze deve pervenirsi in rapporto all' azione diretta accordata dall' art. 1748 cod. civ. al mandante primo contro il sostituito. Quest' azione non è fondata sul concetto della gestione, neppure sul concetto della in *rem versio,* e neppure sul concetto della compenetrazione delle prestazioni. Dovremo dunque col Troplong ammettere che essa sia semplicemente « un' azione diretta accordata contro la persona sostituita ogni qualvolta questa abbia commessa una colpa che la esponga al ristoro dei danni ed interessi? » Ma una tale azione diretta non competerebbe in base all' art. 1151 indipendentemente dall' essere specialmente sancita dal legislatore all' art. 1748? E allora perchè l' avrebbe così specialmente sancita il legislatore? Il vero è che l' azione diretta dell' art. 1748 avrà frequentemente quella funzione ma non esclusivamente. Sebbene l' analogia fra l' art. 1748 e gli art. 1645 e 1674 sia meno stretta di quella che esiste fra questi due ultimi, pure non può a meno di riconoscersi che anche l' azione dell' art. 1748 procede dal medesimo ordine di idee dal quale scaturirono le

azioni degli art. 1645 e 1574. [236] Ora se a questa comune origine, che nella intenzione del legislatore ebbero le tre azioni dirette degli articoli in discorso, vuole, come a noi sembra si debba, attribuirsi per effetto una eguaglianza di pratiche risultanze, dovrà dirsi che il mandante al pari del primo locatore, e al pari dei fabbri e artefici avrà azione contro il sostituito fino alla concorrenza del debito che il sostituito ha ancora verso il suo mandante nel tempo in cui viene contro di lui promossa l' azione. La natura dell' azione accordata al mandante contro il sostituito è dunque d' indole affatto speciale e si estingue quando il terzo sostituito abbia pagato in buona fede al suo mandante ignorando l' esistenza del *dominus* obbiettivo, in forza dell' art. 1242 cod. civ. Quando egli conoscesse invece l' esistenza del *dominus,* l' estinzione avverrebbe in forza dell' art. 1241 cod. civ. Nell' uno e nell' altro caso naturalmente questa estinzione presuppone nel sostituito assenza completa di ogni colpa.

213. — Determinata così la natura giuridica e gli effetti dell' azione accordata al mandante contro il sostituito del suo mandatario, dobbiamo chiederci se l' esistenza di questa azione, nulla detragga alla verità di quanto abbiamo sopra sostenuto circa l' inammissibilità di un' *actio neg. gest. (directa)* contro il mandatario di un mandatario o di un gestore di affari altrui. La risposta a questa domanda non può essere dubbia. L' azione accordata dall' art. 1748 cod. civ. conferma pienamente quanto siamo sopra venuti dicendo. Se infatti fosse stata ammissibile un' *actio neg. gest. (directa)* contro il sostituto, a quale scopo avrebbe il legislatore specialmente concessa l' azione diretta di cui all' art. 1748? Il Fadda scrivendo con speciale riferimento

[236] Drujon mon. cit. p. 635 e segg. In questo elegante scritto del Drujon trovasi raccolta la giurisprudenza francese in proposito.

all' art. 1645 crede potrebbe anche applicarsi a qual caso l' azione di gestione: ma deve notarsi che l' azione degli artefici fabbri ecc. sarebbe ad ogni modo un' azione *neg. gest. (contraria)* mentre quella del mandante sarebbe in ogni evento un' azione *neg. gest. (directa)*. Ora che sia inammissibile un' *actio gest. (contraria)* indipendentemente dall' *animus neg. al. gerendi* crediamo avere altrove dimostrato; che poi l' azione dell' art. 1748 possa essere considerata *neg. gest. (directa)* resta escluso dagli effetti che sull' analogia degli art. 1645 e 1574 cod. civ. gli abbiamo attribuito, e che sono i massimi che in base a quella analogia possono venirgli attribuiti. L' azione dell' art. 1748 cod. civ. è dunque un' azione di indole tutta speciale; non è fondata sul concetto della gestione e neppure su quello dell' utile versione, ma tende per ragioni di pratica utilità, facilmente comprensibile, ad evitare che lo svolgimento logico indipendente dei due rapporti giuridici sorto fra mandante e mandatario e mandatario e sostituito conduca a conseguenze pratiche soverchiamente favorevoli per il primo mandatario e pei suoi creditori e sfavorevoli per il primo mandante.

214. — E torniamo alla *volontarietà*. Abbiamo detto che molti scrittori ammettono non competere al *dominus* oggettivo azione *neg. gest. (directa)* contro il sostituito del suo gestore ma si allontanano da noi nella motivazione di questo principio. Dicono cioè che l' azione non compete perchè il terzo sostituito non ebbe l'*animus neg. al. gerendi*. Così si sostiene da questi scrittori non concedersi *actio neg. gest. (directa)* per mancanza di *animus gerendi* nelle L. 22 § 10 Dig. XVII, 1; L. 5 § 6 (6 § 9) Dig. III 5. Ma a noi sembra avere dimostrato [237] quale sia il vero significato di

[237] Monogr. cit. sull' *animus neg. al. gerendi* pp. 10 e segg.

queste due leggi, e come sia tale da nulla detrarre alla teoria da noi sostenuta sulla completa indipendenza dell' *actio neg. gest. (directa)* dal requisito dell' *animus negotia aliena gerendi*. Non ci resta dunque qui che rilevare il contrapposto dei due concetti: della volontarietà, così come deve, a nostro avviso, essere inteso, e quello dell' *animus neg. al. gerendi*. Da questo contrapposto vien posto in luce come la ricerca della *volontarietà* abbia ragion d' essere solo per ciò che si attiene alla ricostruzione giuridica dell' *actio neg. gest. (directa)*. Mentre per ciò che si attiene all' *actio contraria* essa diventa inutile di fronte alla ricerca dell' *animus negotia aliena gerendi*. E risulta anche quale funzione abbia questo concetto chè ad alcuno potrebbe, ridotto ai termini cui noi l' abbiamo, sembrare irrilevante. Esso serve a tenere concettualmente e praticamente distinto il fatto della gestione, da tutti quegli altri fatti dai quali sorgono altre obbligazioni identiche per ciò che riguarda l' origine loro: tutte le *obligationes quae ex re veniunt*. Per questo requisito della volontarietà si distingue il gestore dal danneggiante per colpa o per dolo. Dal semplice danneggiante perchè a differenza di questi egli compie atti fra di loro connessi a rivolti al fine economico della gestione; dal ladro, dal devastatore per dolo perchè queste persone hanno una intenzione qualificata che rende inconcepibile in loro quella astratta volontà di gerire che distingue appunto il gestore.

§ 2. *La liceità dell' atto gestorio.*

BIBLIOGRAFIA: — opere citate.

215. — I giuristi romani non pensarono mai ad elevare a requisito delle azioni *neg. gest.* la *liceità* dell' atto gestorio. Solo

Gaio al libro terzo *aureorum* (L. 5 Dig. 44, 7) occupandosi della origine delle obbligazioni che possono sorgere da una gestione di affari altrui si sforza di caratterizzarle da una parte di fronte a quelle sorgenti *ex contractu,* dall' altra da quelle sorgenti *ex maleficio.* Dice Gaio:

Sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones (i. e. *neg. gest.) nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse,* NEQUE ULLUM MALEFICIUM EST SINE MANDATU SUSCIPERE NEGOTIORUM ADMINISTRATIONEM; *longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intelligi potest: sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari.*

Ora gli é particolarmente alle parole sottolineate nel testo che si richiama la dottrina comune [238] nel sostenere essere la liceità dell' atto gestorio requisito essenziale della gestione degli affari altrui. A chi però attentamente consideri questa dottrina, che può dirsi oggi universalmente accetta, non può sfuggire che essa non trae, per lo meno dal testo gaiano, argomento così efficace in proprio favore, quale danno a credere i suoi sostenitori. Quel testo non avrebbe potuto per sua naturale efficacia determinare la dottrina comune sulla liceità dell' atto gestorio: esso servì piuttosto a darle un apparente sostegno testuale, dopochè la dottrina quasi contrattuale ebbe ad essa formata una salda base teorica. La dottrina quasi contrattuale ricostituendo l' istituto gestorio con solo riguardo all' *actio neg. gest. (contraria)* traeva seco quale logica e necessaria conseguenza il principio, che a costituire gestione è necessario un atto lecito. Al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria)* infatti richiedesi che l' atto gestorio sia stato *utiliter coeptum* e coll' *animus negotia aliena*

[238] Vedi COGLIOLO op. cit. I p. 230.

gerendi. Ora come può concepirsi un atto che rivesta tali requisiti senza essere anche lecito? L' errore però consisteva nell' elevare poi la liceità così implicita nell' atto gestorio utile, a speciale requisito della gestione, ma commesso questo errore, data la identità di requisiti per le due azioni, che era il primo fondamento di quella dottrina, dovevasi naturalmente dire, come poi universalmente si disse, essere la liceità requisito della gestione: dell' una azione quindi al pari che dell' altra.

216. — Gli è peraltro certo che tale dottrina non fu professata dai giuristi romani. Lo stesso Gaio infatti dopo aver rilevato la pratica utilità che diede origine al giuridico riconoscimento di reciproche pretese fra gestore e *dominus,* prosegue:

« .... *ideo autem ita receptum est quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia disperire iniquum erat, quae sane disperirent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerundis, nullam habiturus esset actionem, de eo quod utiliter de suo impendisset; vel is cuius gesta essent, adversus eum qui invasisset negotia eius nullo jure agere posset.*

Vi ha in queste parole di Gaio un evidente contrapposto fra la giustificazione data all' azione del gestore, e quella data all' azione del *dominus;* si accorda l' azione al gestore quando à cercato di evitare la dispersione del patrimonio altrui. Perciò di lui si dice che *obfert se negotiis gerundis.* Si accorda l' azione contro il gestore per proteggere il *dominus* da ogni intromissione di terzi nel suo patrimonio. Perciò questa azione compete contro chi *administrationi alterius se obtulit* al pari che contro chi *negotia alterius invasit.* Anche per l' espressione

di Gaio risulta quindi esser l' azione *neg. gest. (directa)* indipendente da quei requisiti dell' *utiliter coeptum* ed *animus negotia aliena gerendi,* i quali necessariamente includono non potervi essere azione di gestione contraria senza che l'atto gestione sia per sè lecito di fronte al *dominus,* ma che data l' indipendenza delle due azioni lasciano intanto perfettamente sussistere che l'azione del *dominus* competa in assoluta indipendenza dalla liceità dell' atto gestorio. Vediamo dunque se realmente a tenore delle fonti romane possa dirsi prescindere completamente l' *actio neg. gest. (directa)* dal requisito della liceità dell' atto gestorio.

217. — Che sia a considerarsi gestore, anche a tenore delle fonti romane, chi s' intromette gerendo nella sfera patrimoniale altrui senza attuare i requisiti dell' *actio neg. gest. (contraria)* nessuno che mi abbia seguito nei precedenti capitoli, potrà, credo, dubitare. Ma come raffigurarsi allora quale lecito un tale atto gestorio di intromissione nel patrimonio altrui? Se fosse lecito perchè dovrebbe chi l' ha compiuto trovarsi obbligato di fronte al *dominus?* Gli è invece appunto perchè non è lecito intromettersi sia pur gerendo nella sfera patrimoniale altrui, e solo per ciò, che il gestore trovasi obbligato. Potrebbesi tuttavia obbiettare, e implicitamente si obbietta in fatti da taluno: lecito deve essere l' atto gestorio considerato in sè e per sè: se quindi taluno si obbliga gerendo gli è solo in quanto ha gerito male: non nel gerire ma nel gerir male compie dunque il gestore un atto illecito. La refutazione di questo argomento è facile. Anzitutto nelle fonti romane l' immischiarsi nel patrimonio altrui per amministrarlo è considerato in sè e per sè come atto colposo. *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinent.*[239] In secondo

[239] ZIMMERMANN *Aechte und unaechte neg. gestio* § 2 e 3 cerca togliere efficacia a questo testo contrapponendovi la L. 5 pr. Dig. XLIV, 7 sopra esaminata. OGONOWSKI lo spiega distinguendo fra gestione come *Rechtsverletzung* e gestione come « *Rechtsinstitut* » vedi sopra p. 47.

luogo anche dove la gestione fu intrapresa utilmente e coll' *animus negotia aliena gerendi* il fondamento giuridico dell' obbligazione del gestore non è già riposto nell' attuazione di questi requisiti ma nel semplice fatto di avere il gestore gerito degli affari altrui. Con questo criterio spiegasi anche l' obbligo che à il gestore di continuare la gestione; obbligo che gli incombe anche quando egli si fece a gerire affari altrui credendo di gerire affari propri e che non può quindi essere ricollegato alla sua unilaterale volontà di gerire.

218. — Già per queste considerazioni potrebbe dunque dirsi essere il requisito della liceità estraneo al sorgere dell' *actio neg. gest. (directa).* Che se così non fosse come potrebbe spiegarsi la concessione dell' *actio neg. gest. (directa)* contro colui che gerì affari obbiettivamente altrui *animo depraedandi?* Risponde il Brinz: l' azione diretta compete contro chi gerì utilmente e coll' animo di gerire nell' altrui interesse; a maggior ragione essa dovrà competere contro chi gerì coll' animo di depredare *sui lucri causa!*[240] Ma l' artificiosità di questa argomentazione è palese. Se l' azione diretta compete contro chi ha gerito utilmente e coll' intenzione di gerire per altri, non gli compete già in base a tali requisiti, ma solo in quanto il gestore abbia gerito affari obbiettivamente altrui. Dunque concludiamo non è vero che l' azione diretta competa contro chi ha gerito senza *animus*

[240] *Lehrb.* § 321 p. 634. Vedi anche ZIMMERMANN *Aechte und unaechte* p. 29 e PACCHIONI l' *animus neg. al. ger.* p. 16-17. Il BRINKMANN *Verhältniss* p. 21 spiega la concessione dell' *actio neg. (directa)* contro colui che gerì affari altrui *sui lucri causa* con queste parole: « die *actio directa* kann in diesem Fall nicht beschränckt sein, weil der Gestor den Willen sich selbst nicht zu obligiren, gar nicht haben kann, da mit jenem Willen die Gestio in Wiederspruch steht ».

e senza utilità d' inizio, perchè compete anche contro chi gerì invece utilmente coll' *animus n. a. ger.*, ma contro l' uno e contro l' altro compete *solo ed in quanto* essi abbiano oggettivamente geriti affari altrui. La conseguenza che discende da questo ragionamento è la seguente: non è a parlarsi di requisito giuridico della liceità almeno per ciò che riguarda l' *actio directa.*

219. — Vediamo ora se le fonti dieno esplicito sussidio alle conclusioni cui siamo pervenuti nei numeri precedenti. Lo Zimmermann si sforza a sostenere che Gaio colle parole sopra citate della L. 5 pr. Dig. XLIV, 7 *(adversus eum qui invasisset negotia)* non volle già imprimere il marchio del delinquente al gestore, bensì rilevare la pratica utilità dell' *actio neg. gest. (directa).* Ma la pratica necessità dell' azione quando mai avrebbe potuto farsi sentire più viva se non quando la gestione intrapresa non fosse per sè utile, e desiderabile, quando quindi meno poteva essere ritenuta lecita? Le considerazioni dello Zimmermann nulla tolgono quindi alla efficacia dell' espressione gaiana. Da altri testi, del resto, risulta all' evidenza il significato tecnico del verbo invadere; chi invade il denaro, o, beni altri compie per ciò solo un atto illecito. Veggasi ad esempio:

L. 1 § 1 Dig. XXII, 1.

Papinianus libro secundo quaestionum.

Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit vel in suos usos converterit, omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae.

L. 3 § 8 Dig. XLIII, 16.

Ulpianus libro sexagensimo nono ad Edictum.

Si autem, cum dominus veniret in possessionem armati eum prohibiverunt qui invaserant possessionem, videri eum armis dejectum.

220. — Decisive infine sono a nostro avviso le due seguenti leggi.

L. 5 § 5 (6 § 3) Dig. III, 5.

Ulpianus libro decimo ad Edictum.

Sed et is quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit suo lucro non meo commodo studet): sed nihilominus immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione.

L. 5 Cod. IX, 33.

Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Dominae.

Sive negotiorum gestorum contra novercam tuam sive actione vi bonorum raptorum, quae in quadruplum intra annum utilem ac post in simplum constituta est, putaveris agendum, notione praesidali poteris experiri.

Nella prima di queste due leggi si accorda l' *actio neg. gest. (directa)* contro chiunque abbia gerito affari obbiettivamente altrui *depraedandi causa.* Che un tale gestore abbia compiuto un atto lecito nessuno vorrà dire;[241] tuttavia appunto perchè ha compiuto un atto illecito soggiunge il giurista egli deve essere tenuto come gestore: *nihilominus* IMMO MAGIS *et is tenebitur negotiorum gestorum actione.*[242] Nella seconda delle leggi sopra trascritte poi

[241] Neppure chi come il Witte op. cit. p. 23 volesse ammettere aver avuto un tale gestore l' *animus neg. al. gerendi.* Questa opinione del Witte è del resto completamente inaccettabile. Veggasi contro di essa SEUFFERT *Die Lehre von der Ratihabition* p. 24.

[242] Lo ZIMMERMANN *Aechte und unaechte neg. gestio* p. 29 cerca conciliare questo testo colla sua teoria sulla gestione dicendo che esso non si fa parola di una vera gestione, ma che tuttavia l' invasore viene trattato come se fosse un gestore. Der Sache nach, dice egli, liegt hier jedenfalls eine unaechte neg. gestio vor; der Eiudringling soll mur behandelt werden wie ein aechter negotiorum gestor. L' artificiosità di tale interpretazione è palese.

si suppone che una matrigna abbia rapita e venduta una cosa del figliastro, al quale gli imperatori concedono di agire *sive negotiorum gestorum sive actione vi bonorum raptorum.* Anche qui nessuno credo potrà negare che il fatto di vendere una cosa ad altri rapita sia a considerarsi fatto illecito. Se dunque ciò nondimeno gli imperatori accordano al figliastro l'azione *neg. gest. (directa),* e per vero in concorso coll'*actio vi bonorum raptorum,* ciò vuol dire che essi ritenevano assolutamente irrilevante al sorgere di quell'azione la liceità dell'atto gestorio.[243]

221. — Se le cose precedentemente svolte sono sufficienti a dimostrare la completa irrilevanza del requisito della liceità dell'atto gestorio al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa),* vediamo ora se di tale requisito sia a parlarsi in riguardo al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria).* Abbiamo sopra veduto che al sorgere di questa azione è necessaria: 1.°) che il gestore abbia intrapresa la gestione *utiliter,* 2.°) che l'abbia intrapresa coll'*animus neg. al. ger.* Ciò posto gli è evidente che non potrà mai sorgere *actio neg. gest. (contraria)* senza che l'atto gestorio per il quale essa sorge sia lecito. Ma dal dir ciò al dire essere la liceità requisito dell'*actio contraria* intercede una grave differenza. Se l'atto deve essere lecito gli è perchè non si può concepire nell'ordine giuridico un atto utile e intrapreso nell'interesse altrui senza che esso sia anche lecito. La liceità dell'atto è dunque implicita nei requisiti che l'atto medesimo deve rivestire per far sorgere l'azione contraria. Non può dunque essere considerata speciale requisito giuridico dell'*actio contraria,* come non può essere tale considerata la volontarietà che è implicita necessariamente nell'*animus neg. al. gerendi.* La *liceità* non è dunque requisito essenziale sia al sorgere dell'azione diretta che della contraria.

[243] È notevole che questo testo sia generalmente passato sotto silenzio dai più recenti monografisti sulla gestione degli affari altrui. La glossa invece lo spiegava con queste parole: *et sic agitur neg. gest. si ratam venditionem habueris.....* Vedi AARONS op. cit p. 79. Anche BRUNNEMANN *Comm. in Cod. ad h. l.* spiega la legge ammettendo la ratifica da parte del figliastro; però comprendendo l'arbitrarietà di questo espediente, cerca giustificare la sua opinione con parole che ne contengono, a nostro avviso, la più efficace confutazione. *Sed videtur obstare,* dice egli, *quod non possim ratum habere id quod meo nomine non est gestum* L. 12 pr. *Dig.* XLVI, 8. *Sed huic noverca non meo nomine vendidit; sed responderi potest, vel odio raptoris et eius qui a raptore licet ignarus, culpae tamen non omnimodo expers emit, hoc statutum, vel dicendum est hunc textum de re quae apud emptorem perit, intelligendum esse* L. 9 Cod. II, 19.

222. — Questi che erano principi romani furono tacitamente accolti dal codice francese nell'art. 1372 ove davasi dei quasi contratti la seguente definizione: *Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires de l'homme, dont il resulté un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement reciproque des deux parties.* Il legislatore francese dunque mentre accoglieva la denominazione di quasi contratto la quale insieme al concetto cui rispondeva non era, come fu sopra dimostrata, romana ma medioevale, eliminava dalla sua definizione il requisito della liceità che dalla glossa a Pothier era stato quasi unanimente rilevato nella dottrina. Donde acerbe critiche dei commentatori e monografisti francesi. Come esclama enfaticamente il Murgeand-Larion[244] il furto sarà dunque un quasi contratto? E risponde: no certamente; i redattori del codice hanno omesso una idea essenziale che distingue il

[244] Op. cit. p. 72. Così anche DABANCOUR op. cit. p. 9. SCHMIT op. cit. 21. LAURENT XX n. 308. COLMET DE SANTERRE n. 639. DEMOLONBE VIII, p. 30 e segg. Si comprende da sè che in quanto è rappresentativa la gestione non può avere che un oggetto lecito. Ciò non ha però alcuna importanza in rapporto alla teoria della liceità: L. 3 Dig. XVII, 1.

quasi contratto dal quasi delitto; l'idea del fatto lecito, permesso dalla legge, non reprensibile. Sebbene la dizione dell'art. 1371 offrisse dunque una buona opportunità per sottrarsi ad una formula tradizionale ma scientificamente e praticamente inaccettabile, la dottrina preferì restarvi aderente. In tutti i civilisti francesi troviamo definito il quasi contratto, come un fatto lecito, od onesto (*facta honesta* diceva Einecio) in base al quale una persona, gestore, si obbliga di fronte a un terzo, e pel quale talvolta l'obbliga reciprocamente a sè. [245]

223. — Potrebbe tuttavia addursi a sostegno della dottrina civilistica la seguente argomentazione. Se è vero che la liceità non fu considerata requisito giuridico delle azioni *neg. gest.* dai giuristi romani, gli è però altrettanto vero che tale essa fu ritenuta all'unanimità dagli scrittori del diritto comune. Ora è indubitato che il legislatore francese ha inteso riprodurre per ciò che si attiene alle obbligazioni *neg. gest.* il diritto romano; ma deve credersi che egli abbia voluto ripristinarlo nella sua classica purezza oppure nella elaborazione posteriormente subita per opere delle dottrine medioevali e moderna? Il quesito difficile ed importante nella sua formulazione generale, sembra a noi sia facile in questa sua particolare applicazione alle obbligazioni *neg.*

[245] In ciò la dottrina francese segue l'indirizzo della dottrina del diritto comune. Così a citare alcuni fra i più distinti comunisti: HUBER *prael.* sec. *Inst. et* Dig. Lipsiae 1725 p. 369: *quasi contractus nihil sunt, quam* FACTA HONESTA, *ex quibus sine conventione nascitur obligatio propter aequitatem;* WESTEMBERG tom. II, *diss.* II, *de caus obblig.* 1746 cap. III § 7 *est autem quasi contractus factum* NON TURPE *ex quo citra conventionem nascitur obligatio.* Analogamente: WOLTÄR *observ, ad jur. civ. fasc.* pr. Halae 1777 p. 111 HÜBNER *de oblig. q. q. ex c. nascuntur — natura conj.* Lipsiae 1802. HEILBRONN *de nat. obl. quae q. q. e. c.* § 3. Amsterdam — 1828. E fra i moderni SAVIGNY *Oblig. Recth* II p. 331 (Berlin 1853). BRINZ *Pandekten* II p. 147 (2.ª ed. 1879). RAMM mon. cit. *passim.* specialmente p. 13 nota 17.

gest. Bisogna infatti tenere nettamente distinto ciò che è sostanziale contenuto degli istituti giuridici, da ciò che si attiene invece alla loro esteriore giuridica costruzione. E se in generale può ammettersi che il legislatore moderno nell'accogliere e ripristinare istituti romani, abbia voluto però ripristinarli con quelle sostanziali modificazioni che la vita posteriore, interpretata dalla dottrina del diritto comune, vi ha arrecato, devesi del pari tener per fermo che l'opera del legislatore prescinde generalmente da tutto ciò che si attiene alla giuridica ricostruzione degli istituti, e che non solo col silenzio lascia libero lavoro alla giurisprudenza, ma anche dove essa superando i limiti della sua propria attività, detta disposizioni riguardanti la costruzione teorica degli istituti deve esser dall'interprete seguita, solo in quanto ciò sia compatibile collo accertato contenuto sostanziale degli istituti medesimi. Ora a chi consideri che la teoria della leicità dell'atto gestorio ha la sua unica origine nella costruzione quasi contrattuale, la quale può dirsi universalmente respinta dalla dottrina moderna, non potrà che meravigliare della incongruenza con cui eliminata la causa si conservi poi nella dottrina l'effetto. Tanto più quando il legislatore, eliminando dalla definizione del quasi contratto l'estremo della liceità, e riassumendo in poche e concise disposizioni il contenuto sostanziale delle obbligazioni neg. gest., lasciava all'interprete la più ampia facoltà di ricostruire su quelle basi a suo talento. [246]

223. — Le ingiuste critiche mosse dalla dottrina francese a quel legislatore esercitarono una perniciosa influenza sulla posteriore legislazione italiana. La quale ispirandosi a quella dot-

[246] Seguendo il codice napoleone eliminano dalla definizione del quasi contratto l'estremo della liceità il cod. napoletano art. 1325; il sardo art. 1089; il parmense art. 2074.

trina così definiva il quasi contratto: « *il quasi contratto è un fatto volontario e lecito dal quale risulta una obbligazione verso un terzo, o una obbligazione reciproca fra le parti* ». Nella ricostruzione giuridica delle obblig. *neg. gest.* che a torto il legislatore italiano credeva opportuno legislativamente determinare, la liceità dell'atto gestorio era dunque elevata a requisito. « Noi non faremo certamente la guerra a queste parole con cui i compilatori del codice italiano colmando un vuoto del codice napoleone hanno separato i quasi contratti dai fatti illeciti ». Così commenta il Giorgi l'art. 1140 per ciò che si attiene al requisito della liceità, e la dottrina civilistica italiana concordemente segue la medesima via. Tuttavia sia a noi permesso di dubitare seriamente della giustezza di questo apprezzamento. Viene qui in considerazione il conflitto cui sopra alludevamo fra la sostanza dell'istituto e la forma ad esso legislativamente attribuita. Il legislatore infatti nel medesimo art. 1140 dichiara che dal quasi contratto può risultare un'obbligazione verso un terzo, od una obbligazione reciproca fra le parti. La dizione di questo articolo è certo poco felice, ma il senso non è così ambiguo oscuro e fin enigmatico [247] come a taluno è apparso. Vuol dire il legislatore che il gestore gerendo può obbligarsi verso il *dominus* obbiettivo degli affari da lui trattati, senza obbligarlo, come può obbligarsi obbligandolo. Si verifica la prima ipotesi ogni volta che il gestore non attua i requisiti dell'*actio neg. gest. (contraria);* la seconda nel caso contrario. Ora se noi prendiamo in considerazione quella ipotesi, dovremo tosto convircerci non potersi in essa parlare di atto gestorio lecito: poichè l'obbligazione che il gestore incontra ha appunto il suo fondamento in ciò che egli è entrato entro una sfera patrimoniale altrui, senza

[247] Giorgi V. p. 16.

essere a ciò autorizzato e senza giustificarsi nell'entrarvi coll'attuazione dei requisiti fondamentali della *actio neg. gest. (contraria).* Di fronte al gestore ben può dirsi qui che il dominus obbiettivo è realmente un terzo, poichè non trovasi in alcun modo ad esso vincolato. Se pertanto in tale convenienza si accorda al *dominus,* l'*actio neg. gest.,* se si riconosce aver tuttavia il gestore gerito affari altrui, se in una parola si considera dal nostro legislatore, come gestione, regolata dai principi fondamentali per questo istituto dettati, anche questo caso, non potremo a meno di ammettere esservi contradizione fra la definizione formale del quasi contratto contenuto nell'art. 1140 e negli articoli seguenti, ed il contenuto sostanziale alle obbligazioni neg. gest. attribuite negli stessi articoli. E poichè non è dubbio che in tale dissidio fra una definizione formale, è superflua, se non dannosa, in un codice, e le disposizioni di contenuto sostanziale del medesimo, queste debbano prevalere, così non potrà a meno di dirsi che in onta alla definizione del quasi-contratto contenuta nell'art. 1140 cod. civ. la liceità dell'atto gestorio non è requisito essenziale al sorgere sia dell'una che dell'altra azione *neg. gest.* [248]

224. — Le conclusioni cui siamo pervenuti attraverso la precedente disamina: possono così riassumersi: non essere la liceità requisito dell'*actio neg. gest. (contraria)* perchè *necessa-*

[248] La contradizione che abbiamo rilevato nel codice civile italiano si riscontra anche nei motivi e rapporti che si fecero al corpo legislativo francese per la formazione del codice napoleone. Cosi e. g. il consigliere Treilhard dopo aver detto che i fatti che possono dar luogo ad obbligazioni indipendentemente da convenzione possono essere leciti od illeciti, e dopo aver asserito che solo fatti leciti possono formare oggetto di un quasi contratto, riferendosi alle obbligazioni del gestore le crede necessarie per garantirsi « *da quegli indiscreti officiosi, le cui attenzioni sarebbero vere calamità, se la legge non addossasse loro tutte le conseguenze della loro leggerezza ed incostanza* ».

riamente inclusa nei veri requisiti di questa azione, nè essere del pari requisito della *directa,* perchè questa sorge anche contro chi ha gerito dannosamente, e perchè ad ogni modo la liceità dell' atto di chi gerisce non utilmente e senza intenzione di gerire per altri, è troppo vaga ed indeterminata per poter costituire requisito giuridico di un istituto. La dottrina civilistica che giunge ad opposte conclusioni teoriche, elevando la liceità a requisito della gestione, se riesce poi con espedienti ad incongruenze ai medesimi risultati pratici, accordando l' azione utilmente anche dove non esista la liceità, è però certamente in piena contradizione coi principi che essa in generale accetta circa la partizione delle obbligazioni. Abbiamo infatti visto quali critiche si sieno giustamente mosse contro le partizioni romane, e quella adottate dai codici moderni. La tendenza della dottrina è indubbiamente questa: distinguere, per ciò che si attiene alla loro origine, le obbligazioni in due sole categorie: *obligationes ex contractu; obligationes ex re.* Ora è questa indubbiamente la più scientifica partizione che possa darsi. [249] Ma la sua importanza non è solo teorica: si attiene bensì massimamente alle conseguenze pratiche. Tuttavia abbiamo visto come di questa esatta partizione non si sia tenuto il debito calcolo in materia di capacità: lo stesso deve ora dirsi per ciò che si attiene al requisito della liceità. Mentre si dichiara non essere possibile definire ciò che debbasi nella nostra legislazione intendere per quasi contratto, mentre si deplora la partizione delle obbligazioni in *quasi ex contractu* e *quasi ex delictu* si elogia poi d' altra parte il legislatore italiano che si afferma aver segnato una linea di divisione fra quasi contratto e quasi delitto elevando la liceità a requisito del quasi contratto! Strane contraddizioni, le quali, professate da uomini di elevato ingegno, stanno ad attestare quanto possa la tradizione sullo spirito umano.

[249] HOFMANN Die Entstehungsgründe der Obligationen Wien 1874 p. 58. Wir. können *neg. gestio* und Delikts obligationen in den allgemeinen Gedanken zusammenfassen: die in Iemandes Vermögen durch die Tätigkeit eines andern herbeigeführte Aenderung ist der Grund des obligatorischen Verhältnisses; und gerichtet ist dieses auf eine gewisse wirtschaffliche Ausgleichung.

CAPITOLO V

IL REQUISITO DELL' UTILITER COEPTUM

§ 1. *Nozioni preliminari.*

BIBLIOGRAFIA: — WÄCHTER *Beiträge zur Lehre von der Negotiorum gestio* (Archiv für die civ. Praxis XX pp. 337-361). — LEIST *Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten.* Iena 1855. — RUHSTRAT *Die negotiorum gestio.* Oldenburg 1858. — MURGEAUD-LARION *De la gestion d' affaires en droit romain et français.* Paris 1869. — STURM *Das negotium utiliter gestum.* Weimar 1878. — STURM *Das Grundprincip der negotiorum gestio.* Berlin 1882. — KOHLER *Die Menschenhülfe in Privatrecht* (Iahrb. für die Dogm. vol XXV n. s. XIII. pp. 1-141). COGLIOLO op. cit.

225. — Già abbiamo accennato nella parte storica di questo lavoro a quei motivi di pubblica utilità [250] che rendevano utile e conveniente, ad una società già progredita, come era la romana ai tempi di Servio Sulpicio, l' accordare al gestore degli affari altrui un mezzo giuridico di rivalsa contro la persona nel cui interesse egli si era fatto a gerire, non essendo a ciò nè obbligato, nè autorizzato da un precedente vincolo giuridico. Abbiamo anzi creduto probabile che per diretto incitamento ricevuto dalla giurisprudenza il pretore si decidesse a pubblicare la sua clausola edittale *de negotiis gestis,* colla quale rifondeva l' istituto gestorio

[250] L' *utilitas absentium* sulla quale insistono le fonti. Vedi e. g. L. 5 Dig. XLIV 7. L. I Dig. III, 5; § I Inst. III, 27.

accordando, oltre alla già esistente azione del *dominus*, un' azione contro il *dominus*. Mediante questa ultima azione delle pretese giuridiche che per l' addietro erano solo indirettamente riconosciute venivano ad acquistare la più completa protezione dell' *actio* e ad estender notevolmente la loro sfera d' applicazione. Il compito difficile e delicato della giurisprudenza, accordata l' azione, consisteva nel fissarne con certezza i requisiti giuridici. Solo per tal modo infatti poteva garantirsi un equo raggiungimento delle finalità pratiche che avevano indotte il pretore a pubblicare la sua clausola. Ma il compito era ben difficile, come sempre difficile si è il conciliare interessi diversi ed opposti. Avrebbe potuto la giurisprudenza ricondurre l' azione ai principi dell' indebito arricchimento; ma con ciò sarebbe stata scemato di molto quell' incitamento che, colla concessione dell' azione, si era voluto dare ai gestori. Essa abbandonò quindi completamente il punto di vista dell' arricchimento, e si diede a ricostruire l' azione *(neg. gest. contraria)* sopra basi tutte sue proprie. Essa pensò di attribuire all' azione una massima efficacia, facendo così ragione all' interesse pubblico che richiedeva si favorissero i gestori. Ma a protezione dei singoli domini richiese poi al sorgere della medesima l'esistenza di requisiti dai quali prescindevano completamente le azioni di arricchimento. Così mentre stabiliva: *is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit actione ista utetur,* [251] richiedeva poi che il gestore intraprendesse la gestione *utiliter* e coll' *animus negotia aliena gerendi.*

[251] Fu realmente sommo merito della giurisprudenza romana l' elevare il principio che nella gestione: *initium spectandum est* quando vi sia *utiliter coeptum.* Contribuirono all' elaborazione di questo principio i più acuti giuristi classici che furono poi spesso mal compresi dai dotti moderni. Veggansi in questo proposito L. 9 § 2 Dig. III. 5 L. 17 pr. Dig. XV. 3. L. 11 § 2 Dig. III. 5 L. 3 § 7 e 8 Dig. XV. 3 e Sturm *Das negotium utiliter gestum* p. 9 e segg. Kohler op. cit. p. 47. Laurent XX. n. 324.

226. — Che deve intendersi per *negotium utiliter coeptum?* La dottrina antica ha generalmente trascurato questa ricerca. [252] La moderna al contrario vi ha dedicato lungo e paziente studio a scapito di altri punti pure interessanti e forse più difficili nella teoria delle azioni *negotiorum gestorum.* L' interesse che quella ricerca presenta e l' indole tutta sua particolare, spiegano tuttavia l' attenzione ad essa rivolta, e giustificano forse anche in parte le rilevanti divergenze dei risultati in essa ottenuti. Poichè gli è questo punto di dottrina uno di quelli nei quali la funzione giuridica trovasi in più stretto e diretto rapporto colle condizioni generali del popolo. Nel formulare il requisito dell' *utiliter coeptum* il giurista deve colpire lo spirito dei tempi, deve interpretare la coscienza popolare, in modo da non gravare oltre il segno quella libertà individuale che è a fondamento dell' attuale ordinamento sociale, pur facendo ragione a quei bisogni pur sempre individuali, ma considerati negli individui collettivamente presi, i quali rendono desiderabile ed utile in certe evenienze l' intervento di uno nella sfera patrimoniale dell' altro. Il requisito dell' *utiliter coeptum* deve dunque rappresentare un' equa transazione nel conflitto dell' interesse degli individui, considerati collettivamente, col diritto degli individui singolarmente e concretamente considerati.

227. — La ricerca che tende alla determinazione del requisito dell' *utiliter coeptum* deve e può anzitutto trovare una

[252] Può anche dirsi di più: spesso ne ha disconosciuto l' indole peculiare tentando di ricondurre l' azione *neg. gest. (contraria)* ai principi dell' indebito arricchimento. Questo indirizzo è già nella glossa ed ha rappresentanti anche nella dottrina moderna. Vedi Aarons op. cit. p. 39 e segg.

formola che esprima in astratto la misura di questa transazione; quindi procedere all' analisi degli elementi che determinano la pratica applicabilità della formola medesima. L' esistenza obbiettiva di una utilità e financo di una necessità per il *dominus,* non giustifica per sè l' intervento del gestore. [253] Viene anche in considerazione un altro elemento essenziale che consiste nella impossibilità in cui il *dominus* si trovi di soddisfare da sè questa necessità. Così dunque vediamo differenziarsi dal concetto astratto dell' *utiliter* un suo elemento costitutivo. Ma vi ha ancora di più: possiano dire, anticipando i risultati della nostra ricerca esservi in astratto gestione utilmente intrapresa là dove il gestore ha intrapreso un atto che il *dominus* avrebbe dovuto compiere da buon padre di famiglia. Ma una tale formola implica la considerazione di un altro elemento costitutivo dell' utilità, consistente nella considerazione dell' ambiente economico e morale nel quale il *dominus* si trova. Cosicchè deve il gestore pur tenendo fermo il principio dell' *utiliter coeptum* regolarlo non a seconda delle proprie condizioni ma dalle condizioni della persona per la quale vuol gerire. Egli non deve agire quindi secondo il proprio criterio e la propria condizione; deve anzi spogliarsi della propria personalità per assumerne una nuova, che non è quella del *dominus in concreto,* bensì quella del *dominus,* quale si può ricostruire supponendo in lui, nell' ambiente suo economico, le idee e l' attività di un buon padre di famiglia. Concludendo quindi la determinazione del requisito dell' *utiliter,* richiede: 1.° la determinazione di una formula astratta che dia la misura dell' ammissibilità per principio dell' *actio neg. gest. (contraria)* 2.° l' analisi di quegli elementi che riescono a determi-

[253] Giustamente in questo proposito RUHSTRAT *Die neg. gestio* p. 9 e passim.

nare la pratica applicabilità nelle singole fattispecie dell' azione medesima.

228. — Prima di procedere in questo compito è però necessario preparare piana la via, liberandoci di un falso indirizzo di ricerca che ha trovato seguaci anche nella dottrina civilistica francese ed italiana. Consiste questo indirizzo nel muovere alla determinazione dell' *utiliter coeptum* senza aver coscienza della *tecnicità* di questo requisito; nel disconoscere essere l' *actio neg. gest. (contraria)* istituto indipendente, con basi giuridiche tutte sue particolari. [254] Quando si ricerca se una gestione sia stata intrapresa *utiliter,* non si ha riguardo al modo nel quale è stata poi condotta, o ai mezzi che servirono al suo svolgimento; si considera *unicamente* se l'atto di intraprendere la gestione, fu *utiliter coeptum.* Se così fu intrapreso il gestore avrà acquistato l' *actio neg. gest. (contraria)* e la responsabilità, che può nullameno essere massima, nella quale egli gerendo può incorrere, deve essere ricollegata al dovere che egli ha di gerire diligentemente. Conviene tenere dunque ben distinto il concetto dell' *utiliter coeptum,* dal concetto del *diligenter gestum.* L' *utiliter coeptum* riguarda l' inizio della gestione; il *diligenter gestum* ne riguarda la condotta. Nell'aver posta nettamente questa distinzione consiste, come ben nota un arguto scrittore, il maggior merito della romana giurisprudenza. È dunque erroneo confondere l' utilità della gestione colla utilità delle spese. [255]

[254] La tecnicità del requisito dell' *utiliter* fu primieramente ben rilevata dal WÄCHTER nella sua famosa monografia sopra citata p. 357. Veggasi pure STURM op. cit. p. 7 e 15. COGLIOLO I 402. 3. WINDSCHEID § 431 p. 665 nota 17.

[255] Il LEIST op. cit. p. 27; 48: 110 e passim, al quale è dovuta la teoria sopra combattuta che tenta a ricondurre l' *actio neg. gest. contraria* ai principi delle spese ha però incontrato giuste e severe critiche. Veggasi DANKWANDT Recensione all'opera del Leist (Kritische Zeitschrift fur die gesammte Rechtswis-

229. — Erroneo di fronte ai testi romani, maggiormente ancora di fronte agli articoli relativi del codice francese ed italiano. Sì che siamo sorpresi nel sentire il Duranton[256] sostenere doversi in riguardo alla gestione distinguere le spese utili dalle necessarie, ed accordarsi per queste sole non anche per quelle l'*actio neg. gest. (contraria)* pel *quidquid*[257] Questa dottrina va assolutamente respinta. L'utilità o necessarietà delle spese sono concetti affatto subordinati che non possono influire nè sul sorgere nè sull'estinguersi dell'*actio neg. gest. (contraria),* ma che si riferiscono come sopra fu già notato al principio della diligenza da usarsi nella gestione. Al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)* è necessario soltanto che la gestione sia utile ad intraprendersi. Esistendo questo requisito, (s'intende accompagnato dall'*an. neg. al. ger.),* sorge l'azione per il *quidquid,* e solo il *dominus* può opporre una eccezione di compensazione in base ai danni arrecati dal gestore che abbia negligentemente gerito (L. 27 Dig. h. t.). Questa era indubbiamente la teoria romana, e questa è certamente la teoria accolta nel codice civile francese ed italiano. Dice infatti l'art. 1144 cod. civ. it. che se l'affare fu *bene amministrato,* l'interessato deve adempire le obbligazioni contratte in nome suo dall'amministratore, tenerlo indenne da quelle che ha personalmente assunto e rimborsarlo delle spese *necessarie ed utili* cogli interessi dal giorno in cui furono fatte, (art. 1375 cod. fr.).

---

senschaft vol. III p. 153-163). STINTZING Recensione nella medesima rivista vol. III 163-170. RUHSTRAT *Die neg. gestio* p. 31 e passim. COGLIOLO op. cit. p. 409-410. STURM *Das neg utiliter coeptum* p. 110-114.

[256] XIII. n. 642. Contro DURANTON veggasi MURGEAUD-LARION op. cit. p. 102-103.

[257] Analogamente il LAROMBIERE Oblig. all'art. 1375 distingue il caso in cui le spese incontrate dal gestore superino il vantaggio da lui arrecato dal caso opposto, in questo solo accordando l'azione per il *quidquid.*

230. — È pure a considerarsi una conseguenza, sebbene inconscia, dell'indirizzo sopra avversato, la teoria del Ruhstrat che distingue due sorta di *utiliter coeptum.* Se infatti l'*utiliter coeptum* è un concetto tecnico e ben determinato, che costituisce la essenza dell'*actio neg. gest. (contraria)* non può ammettersi che esso venga bipartito come vorrebbe il Ruhstrat. Questo scrittore distingue il caso in cui il *dominus* sia assente o impedito dall'opposto: per quello ammette che il gestore gerisca utiliter anche col semplice fatto di contrarre con un terzo, per questo invece ritiene non potervi essere utiliter *coeptum* se non quando si sieno per lui compiute delle spese. In quella ipotesi quindi egli addossa al *dominus* la responsabilità per il caso fortuito che ha distrutto prima che fosse impiegato, il risultato dei contratti, in questa invece ritiene che il gestore contraendo non gerisca *utiliter* per il *dominus,* quindi per i contratti sopporti i rischi, e solo per le spese fatte sulla cosa del *dominus* possa pretendere risarcimento anche quando *eventus non sit secutus,* perchè e. g. un caso fortuito abbia distrutto la cosa medesima. Le ragioni che ci inducono a pensare essere questa teoria a respingersi possono così riassumersi. Se l'assenza o l'impedimento del *dominus* è un elemento costitutivo del requisito dell'*utiliter coeptum,* come il Ruhstrat ha giustamente sostenuto, esso deve rinvenirsi in tutti i casi nei quali si ammette esservi utile gestione, indipendentemente dalla natura degli atti che costituiscono questa gestione (spese o contratti). Dove invece manca questo elemento non può parlarsi di *utiliter coeptum,* anche se la gestione consistette in ispese, e quindi non si può attribuire al *dominus* il *rischio* delle spese applicando il principio *initium spectandum est, licet eventus non sit secutus.* D'altra parte poi è affatto ingiustificata, sia di fronte ai testi che ai principi razionali, la distinzione fra spese e contratti. Anche chi contrae un mutuo

spende poichè si obbliga di fronte al terzo. Rispondere che chi contrae non obbliga il *dominus* presente o non impedito perchè non gerisce utiliter e quindi non spende per lui, contiene una petizione di principio: poichè è appunto a vedersi se egli così gerisca. E poichè per motivi indipendenti si dimostra che chi contrae per un *dominus* non assente nè impedito, non l'obbliga perchè tale *dominus* non ha bisogno di gestore, e perchè quindi il gestore gerendo non gerisce utilmente, così consegue evidentemente che la ragione la quale esclude l'obbligazione del *dominus* non è riposta nella speciale natura dell'atto compiuto dal gestore (contratto) ma da un principio superiore che deve applicarsi a tutte le gestioni, consistano esse in ispese od in contratti. Anche quando si sieno eseguite delle spese sulla cosa altrui, non essendo assente il dominus o impedito, è evidente dunque esservi *utiliter coeptum*. Si applicheranno a questa ipotesi i principi sulle spese non quelli sulla gestione. Il rischio delle medesime ricadrà quindi sul gestore e non sul *dominus*. Se ciò è vero pertanto, cade completamente la distinzione del Rushstrat, ed il decidere se il rischio di una obbligazione contratta dal gestore ricada sul gestore medesimo o sul *dominus* dipenderà unicamente dal considerare primo: se quella obbligazione fu contratta nell'ambiente gestorio, nell'ambiente cioè creato coll'*utiliter coeptum:* secondo: se nel contrarre il gestore usò la diligenza dovuta. (L. 6 § 3). [258]

[258] Il RUHSTRAT op. cit. insiste sulla L. 2 Dig. h. t. sembrandogli che essa dia sostegno alla sua distinzione: però è evidente che in quella legge l'*impendere* e l'*in rem alterius se obligare* non sono già contrapposti ma parificati. D'altra parte come abbiamo osservato nel testo, neppure esiste una sostanziale diversità, in rapporto al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)*, fra spesa e contratto, poichè anche chi contrae spende e tutto consiste appunto nel vedere se egli spenda utilmente. A nessuno potrà quindi sembrare quella distinzione così naturale da ritenere che i giuristi romani non dovessero neppur sentire il bisogno di rilevarla esplicitamente. Così RUHSTRAT op. cit. p. 6.

§ 2. *Formola teorica del requisito dell'* UTILITER COEPTUM.

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate nel precedente paragrafo. CHAMBON op. cit. KOELNER op. cit. RUSTRAT Beiträge citati DANKWARDT op. cit. WITTE op. cit. OGONOWSKI op. cit. MONROY op. cit. LASALLE *Das System der erworbenen Rechte* prima parte (2ª ed.) Leipzig 1880.

La formola dell'*utiliter coeptum* deve rappresentare un'equa ed opportuna transazione fra il diritto individuale e l'interesse pubblico. Prima di accingersi alla sua determinazione è pertanto necessario stabilire con quale criterio essa debba essere ricostruita: per quale via si debba ad essa pervenire. Senza perderci in una minuziosa esposizione delle varie teorie constatiamo subito che gli scrittori si divisero già in questo concetto pregiudiziale in due grandi schiere. L'una delle quali pensava doversi ricostruire il requisito in discorso sopra elementi subbiettivi, l'altra invece sopra elementi obbiettivi. Gli scrittori appartenenti alla prima schiera credono doversi ritenere utile quella gestione che risponde alla volontà presunta o presumibile del *dominus;* quelli della seconda invece trovansi concordi nel sostenere doversi nella determinazione dell'*utiliter* prescindere assolutamente dalle volontà del *dominus,* attuale, presunta o presumibile. Come ognun vede la distinzione cui alludiamo è sostanziale [259] e perciò non

[259] È qui opportuno notare che fra gli scrittori che fondano l'*utiliter coeptum* sulla volontà presunta del *dominus* non regna il minimo accordo circa alla guisa di ricostruire. Così taluno, ad esempio, parla di finto mandato: vedi e. g. DANKWARDT op. cit. p. 26 « ..... *der fehlende Mandat wird rechtlich fingirt;* altri come il WITTE op. cit. p. 7 parla di finta ratifica: « *der Praetor fingirte ein Mandat oder vielmehr eine Ratihabition* »: CHAMBON op. cit. p. 62 parla di finta approvazione, e di approvazione coatta a p. 132:... *der Gestor hat gegen den Herrn ein Zwangsrecht auf Genehmigung.* Vedi in questo riguardo AARONS op. cit. p. 63 nota. Il RUHSTRAT costruisce il rapporto sorgente da una gestione utile, come sorgente dall'incrocio di due volontà real-

solo deve essere presa in considerazione, ma è necessario decidersi tosto per l'un indirizzo o per l'altro. Non esitiamo ad accedere all'opinione di quelli che credono si debba ricostruire il requisito dell'*utiliter coeptum* indipendentemente dalla volontà del *dominus,* mossi a ciò non tanto dalla convinzione che sia errato ricostruire gli istituti giuridici su delle finzioni, quanto dal considerare gli inconvenienti pratici, ed il soverchio aggravamento individuale che risulterebbe dal basare il requisito dell'*utiliter coeptum* sulla volontà presunta o presumibile del *dominus.* Per vero la volontà attuale d'ogni *dominus* è per lui obbligatoria in quanto sia da lui medesimo validamente manifestata. Non è lecito, e sarebbe dannoso, attribuire ad ogni terzo estraneo il diritto di interpretare quella medesima volontà coi medesimi effetti coi quali potrebbe chi realmente l'ha, manifestarla. Poichè se può dirsi che spesso, e financo *normalmente,* avviene che chi gerisce utilmente interpreta anche il volere del *dominus,* non può del pari dirsi che sempre gerisca utilmente chi gerisce come in quel dato momento nel quale fu iniziata la

mente esistenti operato dalla legge. Egli dice infatti: — *(Beiträge* nell'Archiv. für die civ. Praxis XXXII p. 188): — *Das Gesetz hat also weiter Nichts zu thun als dass es das Band ersetz welches diesen beiden Willen nur verträgsmassigen Vereinigung fehlt* e a nota 18 della medesima pagina:..... *Der Wille ist also keineswegs zu fingiren oder zu praesumiren. Dieser muss wirklich vorhanden sein.* Così pure nel suo lavoro posteriore *Die negotiorum gestio* p. 27. Il Ruhstrat è seguito in questa arbitraria ricostruzione dall'Ogonowski op. cit. p. 18-19, ed efficacemente confutato dallo Sturm op. cit. p. 126-30 e principalmente *Grundprincip* p. 2 e segg. Tutti questi scrittori, come può facilmente rilevarsi attribuiscono una esagerata importanza alla ricostruzione formale, e sono per ciò criticabili indipendentemente dai risultati cui pervengono poi nella ricerca sostanziale la quale consiste nel determinare quando possa dirsi esservi mandato, o ratifica, o approvazione finta o coatta. Minore importanza alla ricerca formale attribuiscono il Leist ed il Monroy i quali però come sarà più oltre notato fondano il requisito dell'*utiliter coeptum* sopra l'elemento subbiettivo della *voluntas domini.*

gestione, avrebbe gerito il *dominus.* Appunto nella inversione di queste due proposizioni consiste il peccato originale di quelle teorie che ripongono l'essenza dell'utilità della gestione, nell'essere essa rispondente alla votontà del *dominus.* Peccato ben grave a chi consideri che chi s'accinge a dare scientifica formulazione ad un requisito giuridico di un'azione, incombe l'obbligo di essere matematicamente esatto. Quelli dunque che vogliono fondare l'utilità della gestione sulla sua rispondenza al volere del *dominus* devono sempre accordare l'*actio neg. gest. (contraria)* là dove questa rispondenza esiste; e devono nel determinare questa rispondenza aver riguardo all'attuale volontà del *dominus.* Un solo caso nel quale tale rigor di logica conseguenza non potesse essere accolto conterrebbe la condanna più esplicita della loro teoria. A questa prova noi dovremo ora sottoporre l'indirizzo di ricerca che avversiamo, e quando per essa sarà confutato, dovremo esaminare le diverse opinioni manifestate nell'indirizzo contrario, a noi accetto, e sciegliere colla scorta delle fonti e con continuo riguardo alla necessità della vita pratica, ed alla guisa più opportuna di raggiungere le finalità dell'istituto.

231. — La prima idea di ricostruire il requisito dell'*utiliter coeptum* sulla volontà presumibile del *dominus,* si riannoda forse all'immagine Gaiana [260] per la quale le obbligazioni sorgenti da una gestione di affari altrui erano paragonate a quelle sorgenti da un contratto. Forse anche tale idea balenò fuggevolmente ai giuristi romani, [261] ma certo essi non vi costruirono sopra, alieni dalla costruzione come erano, pronti invece

[260] L. 5 pr. Dig. XLIV, 7.

[261] L. 15 Dig. III, 5 *(unus contractus — alius contractus)* L. 1 Dig. XI, 7 *(cum defuncto contrahere creditur).* Vedi Kohler op. cit. p. 43.

all' intuizione rapida che precorre. Così alla giurisprudenza moderna analitica e ricostruttiva per tendenza, le decisioni pratiche offrono ottimi materiali: esse non furono mai oscurate od influenzate da quelle immagini. L' idea di costruire l' utilità della gestione sulla volontà del *dominus,* diventò dominante nella dottrina medioevale, mercè la costruzione quasi-contrattuale, ed indipendentemente da questa conservò efficacia per l' influenza del diritto naturale il quale, come è noto, tendeva a ricollegare tutti gli istituti al libero volere individuale.[262] D' altra parte essa ha per sè il maggior grado di naturalezza. Chè ciò che vi è di strano nella concessione dell' *actio neg. gest. (contraria)* si è appunto il competere essa contro una persona ignara della gestione medesima. Si spiega quindi facilmente la tendenza di cui stiamo scrivendo; essa rappresenta un tentativo di ricondurre al volere del *dominus* quelle obbligazioni che dal suo volere sono indipendenti. Si spiega ma non si giustifica.

232. — Infatti la maggior violazione di quella libertà individuale che qualche scrittore[263] crede proteggere e salvare ricostruendo il requisito dell' *utiliter coeptum* sulla volontà del *dominus*, si ottiene invece per questa guisa. Quanti atti, anche di contenuto economico, sono dovuti ad un momentaneo complesso di moventi che sospingono la volontà di un individuo su di una via che può anche essere la peggiore a seguirsi? L' impossibilità in cui taluno si trovi talvolta di compiere un atto anzichè pregiudicarlo lo avvantaggia. Quante volte accade ad ogni persona di esclamare: fortunatamente io non era presente a tal fatto, io non mi trovava in quel luogo, che altrimenti avrei fatto questo o quello e ne sarei ora pentito!.... Or ben si consideri: se vuolsi

[262] Vedi HOFMANN op. cit. § 7 pp. 53 e segg.
[263] RUHSTRAT *Beiträge* (Archiv. für die civ. Praxis XXXII) p. 186-87.

fondare l'utilità della gestione sulla volontà del *dominus*, bisogna ammettere che in quelle evenienze ogni terzo estraneo abbia il pieno diritto di farsi interprete della nostra volontà ed obbligarci, compiendo lui per nostro conto, atti che noi, avremmo compiuti, ma che ora ci troveremmo pentiti di aver compiuti. È questa una inevitabile conseguenza logica dell' indirizzo che stiamo avversando, conseguenza che qualche scrittore ha creduto bene di trarre. Così il Chambon[264] partendo dal principio che gerisce utilmente chi gerisce come il *dominus* avrebbe gerito,[265] perviene ad affermare che gerisce utilmente il gestore che giuoca al lotto per conto del *dominus* assente, quando risulti essere stata inveterata consuetudine di quel *dominus* il giuocare. Così dunque a me giuocatore non sarà più lecito perdere la cattiva abitudine?.... Se mi allontano altri potrà rappresentarmi.... Ma non potrei io essermi allontanato anche per non giuocare?

233. — Tizio trovasi presso la sponda di un fiume, mentre la corrente accresciuta sta travolgendo un infelice carettiere, e nell' imminente pericolo pensa di promettere una somma di denaro a chi lo salvi. Egli pensa però che Caio uomo ricchissimo e di provata generosità, certamente avrebbe ricorso a quel mezzo per incitare al soccorso della vittima, qualora all'imminente infortunio, avesse assistito e dichiara di promettere la somma a nome di Caio, rendendosi garante dell' adempimento dell' obbligazione. Un terzo presente si slancia a nuoto e salva il carettiere; e riscuote la somma promessa da Tizio. Forse che questi potrebbe coll' *actio neg. gest. (contraria)* agire in regresso

[264] op. cit. p. 74 nota 1.
[265] Questa formula accoglie anche RUHSTRAT *Die neg. gestio* p. 32 e p. 38-39.

contro Caio, anche quando potesse dimostrare che Caio avrebbe egli stesso promesso la somma se si fosse trovato presente? Nessuno vorrebbe penso affermarlo: tuttavia potrebbe essere dimostrabile e fin anche dimostrato che l'atto da Tizio compiuto per Caio era realmente conforme alla attuale volontà di questi. Gli è che quella volontà, pur esistendo era di tale indole da non potere essere tradotta in atto che da chi l'aveva. Ripetiamolo, non tutti gli atti che una persona può ragionevolmente voler compiere possono essere compiuti a suo nome e per lei da un terzo gestore coll'efficacia di far sorgere un'*actio neg. gest. (contraria)*. In ciò ben si caratterizza il gestore di fronte al mandatario: chè questi è organo della volontà del mandante, quale si sia purchè non illecita, mentre il gestore può e normalmente si rende organo della volontà del *dominus*, ma non sempre e per ciò solo acquista contro di lui l'*actio neg. gest. (contraria)*. Ora poichè la determinazione del requisito dell'*utiliter coeptum* ha una importanza teorica e pratica, solo in quanto per la sua determinazione si abbia un criterio certo per ammettere l'azione, così è evidente che se sono nel vero quelli scrittori che credono esistere *utiliter coeptum* ogni qualvolta il gestore ha gerito come avrebbe gerito il *dominus*, essi devono anche sempre concedere l'azione nel verificarsi di questa circostanza. Ma il condurre quella formula a questa sua necessaria conseguenza porta a degli assurdi, e l'assurdo della conseguenza prova l'erroneità della premessa.

234. — D'altra parte si pensi a tutti i casi nei quali il gestore ingiustamente non acquisterebbe la sua azione per non avere gerito in conformità al volere attuale o presumibile del *dominus*. Tizio padre snaturato parte abbandonando senza mezzi la famiglia. Il suo vicino commosso dalla sorte infelice di questi

derelitti, si dà a soccorrerli non già coll'animo di donare, ma pur beneficandoli[266] esponendosi al rischio di non essere come gestore soddisfatto dal padre. Questi infatti al ritorno rifiutasi di riconoscere ed approvare la gestione mettendo il gestore nella necessità di dimostrarne la utilità. Ora gli è evidente che se il criterio in base al quale è a determinarsi questa utilità dovesse desumersi dalla presumibile volontà del padre quale dalla antecedente sua condotta verso la famiglia può indursi, dovrebbesi negare esistere: perchè nel fatto stesso di avere egli abbandonato la famiglia senza lasciarle aiuto di sorta risulta sufficientemente la volontà sua di non aiutarla. Un mezzo generale accordato al gestore a priori nel concorso di certi requisiti, per incitarlo a gerire ove la gestione possa esser utile, troverebbe nel concetto posto a fondamento di tali requisiti un impedimento al suo sorgere in casi ove la necessità se ne paleserebbe maggiore. Poichè anche prima di avere formulato giuridicamente il requisito dell'*utiliter coeptum* si comprende che esso deve essere tale da soddisfare ai bisogni analoghi a quelli sorgenti nella fattispecie testè immaginata. Il costruire il requisito dell'utiliter sopra la volontà attuale o presumibile del *dominus* mentre conduce per necessità di logica conseguenza ad accordare l'azione in casi ove è ingiusto che contro il dominus la si accordi, conduce d'altra parte a negarla in altri casi nei quali si manifesta invece necessario l'accordarla.

235. — Se non è possibile fondare il requisito dell'*utiliter coeptum* sulla volontà del *dominus*, vediamo come lo si possa determinare da essa prescindendo. Anche gli scrittori che seguono

[266] LAURENT XX, n. 323... il y a un esprit de bienfaisance dans toute gestion d'affaires.

questa seconda via non sono fra di loro concordi; anzi il loro dissenso è assai più grave poichè riguarda l' intima essenza del requisito e manifesta delle importantissime conseguenze pratiche. Alcuni dicono: *intraprende la gestione utilmente chi la intraprende come e quando il dominus l'avrebbe da buon padre di famiglia intrapresa.* [267] Altri invece: *intraprende la gestione utilmente chi la intraprende come e quando il dominus l' avrebbe dovuta intraprendere da buon padre di famiglia.* [268] Ora non è chi non veda quanta diversa sia l' efficacia di queste due formule, e come

[267] Così e. g. LAURENT XX N.° 316 .... *lorsque le gerant fait ce que le maître lui même, en bon pere de famille, aurait fait* — COGLIOLO op. cit. I p 401 richiede che la gestione « *sia stata intrapresa in tali circostanze nelle quali l' avrebbe intrapresa anche il dominus negotii* » (qualora egli fosse stato un uomo prudente). Anche questi scrittori spesso ricostruiscono sulla volontà presunta, ma parlando di volontà in astratto: quella volontà che avrebbe avuto un buon padre di famiglia nelle condizioni del *dominus.* Così il LASALLE op. cit. p. 101 parla di *volere presupposto* o *normale,* espressioni per se stesse contradittorie.

[268] RICCI Corso VI n.° 73: « *L' atto deve presentarsi tale che un diligente padre di famiglia avrebbe dovuto compierlo per provvedere con avvedutezza alle cose sue* ». E la Corte di Cassazione di Napoli 17 Dicembre 1880 Est. Santamaria dice esservi utile gestione « *quando il gestore ha fatto quanto di necessità fatto avrebbe il dominus* ». Alle stesse conseguenze sostanziali giunge pure il MAISONNIER op. cit. p. 109 e 129 pur richiamandosi erroneamente al concetto della volontà presunta. Così DEMOLOMBE VIII p. 168. DANKWARDT op. cit. p. 30. L' opinione di questi scrittori si ricollega sostanzialmente alla teoria del WÄCHTER che considera l' *actio neg. gest. (contraria)* come tal mezzo giuridico da accordarsi solo in casi di necessità. Così, scrive il Wächter, devono esistere « *ragioni di gravissima necessità, e solo in quanto tali ragioni esistano, è ad ammettersi, giustificarsi e favorirsi l' intromissione gestoria.* » In tale ordine di idee è anche il KOELNER op. cit. p. 72. VANGEROW § 664 sub 3. accorda l' azione quando la gestione fu intrapresa « *per evitare danni imminenti* » e BRINZ § 321 nota 33 avverte che la gestione deve essere intrapresa solo in casi « di *necessità stringente* ». Questi scrittori hanno dunque intuito il bisogno di tener ristretto il campo d'applicazione dell' *actio neg. gest. (contraria)* ma non hanno però pensato a dare del requisito dell'*utiliter coeptum* una formula esatta. Solo da questo punto di vista ci sembrano accettabili le critiche mosse al WÄCHTER da CHAMBON op. cit. p. 67 e STURM op. cit. p. 107.

la prima dia all' *actio neg. gest. (contraria)* una sfera d' applicazione assai maggiore della seconda. Ma con quali criteri dovrà procedersi a scegliere l' una e l' altra? Qui si manifesta la verità di una considerazione che abbiamo sopra svolta, rilevando come nella determinazione del requisito dell' *utiliter coeptum* il giurista si trovi a dovere più da vicino interpretare la coscienza popolare. Conducendo le due formule alle loro estreme conseguenze noi potremo persuaderci che la prima di esse verrebbe a gravare troppo la libertà individuale senza rispondere a quel bisogno d' ordine pubblico — *utilitas absentium* — che determinò la pubblicazione dell' editto.

236. — Molti affari infatti *può* compiere un padre di famiglia senza cessare di rappresentare il tipo medio dell' uomo diligente, affari tuttavia che egli *potrebbe* anche da buon padre di famiglia non compiere. Ma l' applicazione della prima delle due formule sopra enunciate porterebbe all' ammettere esservi utile gestione, e quindi *actio neg. gest. (contraria),* ogni volta che un gestore avesse intrapreso un affare che anche il *dominus* avrebbe potuto intraprendere da buon padre di famiglia. Ora a chi pensi alla speciale efficacia che ha l' *actio neg. gest. (contraria)* non sembrerà forse, che il concederla così facilmente implichi una soverchia e non utile limitazione alla libertà individuale del *dominus?* Non potrebbe il *dominus* convenuto rispondere al gestore: ma io avrei potuto anche non compiere l' affare da voi per me intrapreso senza cessare di essere un buon padre di famiglia? Perchè volete voi impormi un carico che io non volli assumere o avrei potuto non assumere da uomo diligente? Non bisogna mai dimenticare che l' *actio neg. gest. (contraria)* fu creata per aiutare i bisognosi di gestori, non per gravare i *domini.* Ed è veramente strano che alcuno abbia rav-

visato in questa azione una espressione del collettivismo, ed abbia quindi creduto consono alla maggiore ragione che va continuamente facendosi ai bisogni ed interessi collettivi l'ampliare la sfera d'applicazione dell'*actio neg. gest. (contraria)*. Non si avvede chi così ragiona che l'accordare un'ampia sfera d'applicazione all'*actio neg. gest. (contraria)* equivale al limitare il dominio patrimoniale dei singoli *domini*, in favore dei singoli gestori, non già, come si vorrebbe, nell'interesse generale dei *domini* medesimi. L'equivoco dunque consiste nel confondere l'interesse pubblico di una società organizzata a base individualistica, coll'interesse collettivo, e nel non vedere che è del pari fondata sopra un principio strettamente individualistico l'azione del *dominus* rivolta ad escludere il gestore, quanto lo sarebbe un'azione contraria accordata con soverchia facilità. Si avrebbe per essa un mezzo giuridico di far prevalere una classe di persone su di un'altra, e nulla più. Ben lontano da tali concetti era il diritto romano, e ben lontani vi sono anche i diritti moderni, che da quello traggono la maggior parte della loro vita e sostanza. « Non bisogna dimenticare [269] che è principio fondamentale del nostro diritto patrimoniale privato, specialmente in materia di obbligazioni, che ognuno deve essere libero di regolare le proprie cose secondo il proprio giudizio e piacimento e che non si può senza *speciale giustificazione* sostituire alla volontà dell'interessato quella di un altro. *Suae quisque rei moderator atque arbiter*, scriveva Costantino in una sua costituzione (L. 21 Cod. mandato 4, 35) che non rettamente si suol citare nelle scuole a proposito della definizione della proprietà, mentre in realtà parla dell'amministrazione dei propri affari; or questo

[269] Così scrive lo SCIALOIA *Della neg. gestio prohibente domino* (Estratto del Foro Italiano, anno XIV fasc. XVI, p. 23-24.

arbitrio, questa moderazione non si possono distruggere senza ledere la libertà individuale ».

237. — Poichè dunque accanto al principio fondamentale dell'*actio neg. gestorum (contraria)* (L. 1 Dig. III 5), vi è sempre l'altro della L. 36 Dig. 50, 17: *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*, così è evidente che il requisito dell'*utiliter coeptum* deve contenere una giustificazione ben efficace dell'intervento gestorio. Per questo requisito infatti il gestore, sebbene resti tenuto di fronte al *dominus*, in quanto egli è penetrato entro la sua sfera patrimoniale, acquista tuttavia dei veri e propri diritti paragonabili a quelli di un mandatario. Ora mentre a noi sembra che ingiustificatamente si accorderebbe questa posizione al gestore, quando si ammettesse essere utile gestione quella rispondente alla prima delle due formule sopra esposte, risulta d'altra parte evidente che il *dominus* non avrebbe ragione di lagnarsi alcuna dall'applicazione della seconda. Quando infatti il gestore abbia compiuto un negozio che il *dominus* avrebbe dovuto compiere da buon padre di famiglia, non potrebbe questi protestare che egli non avrebbe voluto compiere quel negozio, senza urtare contro un principio che è a fondamento di tutto il sistema giuridico privato. Come fu altrove osservato, infatti, la legge presuppone per regola generale negli individui che costituiscono la società, capacità, attività, intelligenza media per ciò che riguarda la persona ed il patrimonio loro spettanti. Certo dacchè il sistema giuridico privato è a base individualistica può ognuno liberamente allontanarsi da quel tipo medio normale o presupposto. Può ognuno non usare del suo diritto, od anche usarne male in quanto non violi le leggi ed i regolamenti. Ma gli è questa facoltà personale la quale può venire esercitata da un rappresentante solo in quanto a ciò siasi

efficacemente rivolta la volontà del *dominus*. Il mandatario può compiere atti non utili al mandante e fin a lui dannosi pur obbligandolo. Anzi egli si renderebbe responsabile di fronte a quello se invece di gerir male secondo il mandato, volesse di sua testa gerir bene. Il *dominus* mandante ha cessato di fronte a lui di essere un uomo normale; egli deve rispettarne la volontà efficacemente manifestata. Ma quando invece, come avviene nel caso del gestore, ignota è la volontà del *dominus*, o non efficacemente manifestata, allora il gestore ha dovere e diritto di supporre nel *dominus* una capacità, una intelligenza, una attività media, e se vuole efficacemente obbligarlo deve gerire come quegli da buon padre di famiglia avrebbe dovuto gerire in quell' ambiente economico nel quale si trovava.

238. — Di fronte ad una tale gestione non potrebbe il *dominus* protestare. Che altro avrebbe dovuto fare il gestore di più equo e ragionevole del supporre essere il gestore ciò che secondo la maggior probabilità egli di fatto doveva essere? Certo se anche in tale ipotesi volesse denegarsi il sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria)* sarebbe necessario rinunciare all' istituto, e negare anche ogni giuridico riconoscimento all' *utilitas absentium*. Ma gli oppositori trovano essere iniquo il costringere il *dominus* ad essere un *bonus pater familias* nella sfera dei suoi interessi patrimoniali. Può rispondersi: certo in qualche ipotesi avverrà che un *dominus* sia o si ritenga gravato da questo principio, ma gli è appunto a questo costo che vuolsi e solo si può dar soddisfazione all' interesse pubblico. Che del resto come fu sopra dimostrato ben maggiori iniquità deriverebbero dal fondare il requisito dell' *utiliter coeptum* sulla volontà presumibile del *dominus*.

239. — L' obbiezione del Monroy però: che il gestore non può costringere il *dominus* ad essere un *bonus pater familias* ha un lato vero che conviene rilevare. Il *dominus* può cioè impedire anche una utile gestione che vogliasi da alcuno intraprendere nel suo interesse. Interviene qui il principio che la *prohibitio* valida esclude l' *actio neg. gest. (contraria)*. Ma questo principio anzichè deporre contro di noi, depone anzi per argomentazione *a contrariis* in nostro favore. Si comprende cioè che di fronte all' esplicita volontà del *dominus* cessi nel gestore la facoltà di considerarlo uomo medio; ma non si saprebbe come giustificare un gestore che nel silenzio, nell' assenza del *dominus* si credesse autorizzato a raffigurarlo come uomo meno che normale. O che non può forse anche l' uomo più negligente del mondo mutar registro da un giorno all' altro? o forse è lecito ai savi farsi interprete ed organi delle insipienze e pazzie altrui? Forse che l' uomo negligente non è dannoso anche alla società? Nessun diritto positivo potrebbe senza violare la coscienza popolare attribuire una tale facoltà ai gestori; i quali dunque hanno non solo il diritto, ma anche il dovere, di presupporre diligenza e capacità media nei *domini* assenti od ignoranti.

§ 3. *Esegesi delle fonti.*

BIBLIOGRAFIA: — opere citate e RUHSTRAT Erklärung der L. 10 § 1 (9 § 1) Dig. III, 5 (Iahr. für die Dogm. vol. XXVII, n. s. XV.) pp. 110-121.

240. — Abbiamo fin qui tentato di determinare la formula teorica dell' *utiliter coeptum* indipendentemente da qualsiasi legge positiva. Dobbiamo ora provare i risultati delle nostre ricerche sulle fonti. Il legislatore italiano, sulle orme del francese, ha abbandonato alla dottrina il compito di determinare i requisiti

teorici dell' *actio neg. gest. (contraria).* Se in ciò sia criticabile non è opportuno qui indagare;[270] certo è che nel silenzio del codice l' interprete può e deve valersi delle fonti romane. Neppure le fonti romane contengono però una definizione dell' *utiliter coeptum*[271] chè il formulare era contrario all' indole pratica ed intuitiva dei giuristi romani, ma pur siamo nel vero affermando che un concetto dell' *utiliter,* non formulato, ma intuito, è posto a fondamento delle molte decisioni che nei testi del *corpus juris* si contengono. Nell' esame delle fonti non bisogna naturalmente dimenticare mai questa saliente caratteristica della dottrina romana; nè sarebbe possibile, senza errore, argomentare dai testi di Giuliano o Paolo a quel modo che potremmo qualora questi giuristi avessero seguito un indirizzo di dottrina tutto teorico ed analitico anzichè essenzialmente pratico. Nella esegesi delle fonti noi dunque così procederemo: anzitutto prenderemo in considerazioni quei frammenti che vengono assunti a prova dell' avere i giuristi romani fondato il requisito dell' *utiliter coeptum* sulla volontà del *dominus,* e cercheremo di dimostrare come da essi nessun sostegno tragga quella opinione; poi esamineremo i frammenti che sono tratti a sostegno della contraria opinione per vedere quanto da essi possa trarsi in suo favore: dovremo infine rilevare negativamente quanto reciprocamente ostino questi testi alla teoria sostenuta su quelli, e quelli a quella su questi fondata.

241. — Cominciamo dunque ad esaminare le principali leggi citate dai sostenitori della teoria che fonda l' *utiliter coeptum* sulla volontà del *dominus.*

[270] Lo Sturm *Grundprincip.* p. 3-4 sostiene dovere tale requisito essere legislativamente determinato.

[271] Generalmente la determinazione dell' *utiliter coeptum* è presupposta. Così e. g. L. 8 (9) Dig. III. 5 L. 9 (10) cod. L. 3 § 3 Dig. XV, 3; L. 17 Dig. XV, 3 L. 11 Dig. III, 5.

L. 45 (46) Dig. III 5: —

Africanus libro septimo Quaestionum.

Mandasti filio meo, ut tibi fundum emeret quod cum cognovissem, ipse eum tibi emi. puto referre, qua mente emerim, nam si propter ea, quae tibi necessaria esse scirem, et te eius voluntatis esse ut emptum habere velles, agemus inter nos actione negotiorum gestorum.....[272]

Tizio ha dato mandato a Caio di comperargli un fondo. Sempronio avendo saputo di questo mandato, e conoscendo anche essere il fondo necessario a Tizio, lo compera, a proprio nome. Decide Africano che da questa compera sorgeranno le due azioni *neg. gest.* La *directa* naturalmente per l' esistenza del *negotium subbiettivamente alienum;* la *contraria,* ed è questa di cui ora ci occupiamo qui, perchè può dirsi che nella compera Sempronio ha gerito utilmente per Tizio. Non però come affermano il Chambon (p. 70) ed il Monroy (p. 27) la volontà del *dominus* viene nel testo rilevata come elemento costituente l' *utiliter,* bensì insieme alla necessità oggettiva dell'acquisto per rilevare bene essere stato l'intenzione di Sempronio quella di gerire per Tizio e non per Caio.[273] Nulla dunque può trarsi da questo testo per sostenere che il requisito dell' *utiliter* sia fondato sulla volontà del *dominus,* solo può notarsi che non è direttamente rilevato nel testo essere il requisito fondato sulla necessità in cui il domino si trova relativamente al dovere a lui incombente di gerire da buon padre di famiglia entro la sua sfera patrimoniale.[273]

[272] Monroy op. cit. p. 28 cita anche la L. 3 § 4 Dig: XV, 3, fondandosi sull' espressione *nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit;* che prova troppo poco per la sua indeterminatezza, che ad ogni modo potrebbe essere interpretata come un' allusione alla approvazione del *dominus.*

[273] Monroy l. c. collega a torto questo testo alle L. 9 (10) Dig. III, 5.

242. — L. 2. Cod. II, 19.

Impp. Severus et Antoninus A A. Rufinae.

Contra impuberes quoque, si negotia eorum argentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur; in quantum locupletiores facti sunt dandam actionem, ex utilitate eorum receptum est.[274]

Da questa legge si argomenta non essere la necessità della gestione, l' elemento costitutivo del requisito dell' *utiliter,* perchè si dice che gli imperatori non avrebbero commesso una tautologia aggiungendo le parole *utiliter gerantur* alla frase precedente che sarebbe ad essa equivalente. Tale argomentazione è però speciosa ed inefficace. Poichè ammesso che nelle parole *utiliter gerantur* si contenga un completamento alla frase precedente, ciò non implica menomamente che tale completamento escluda doversi l'elemento essenziale e fondamentale del requisito dell' *utiliter* rinvenire nella necessità della gestione per il *dominus.* Può bensì l' *utiliter gerantur* riferirsi alla considerazione dell' ambiente economico nel quale il *dominus* svolge la sua attività, ed indicare doversi la necessità misurare sempre in concreto in riguardo a quel determinato *dominus* per il quale si gerisce.[275] D' altra parte poi deve notarsi che l' aggiunta dell' inciso *si utiliter gerantur* sarebbe inconciliabile colle parole precedenti qualora stesse ad indicare essere l' *utiliter* fondato sul volere del *dominus,* o quando tale si ritenesse essere, indipendentemente dal testo in questione, l' essenza di questo requisito. Infatti se gerisce *utiliter* chi gerisce secondo la volontà del *dominus,* non può dirsi che gerisca *utiliter* chi gerisce affari necessari al *dominus,*

[274] Vedi sopra p. 86-87.

[275] Vedi anche a questo proposito le L. 11, Dig. III, 3; L. 18, § 1, Dig. XVII, 1; L. 10, Cod. II, 19 e le L. 8, § 6, Dig. XVII, 1; L. 35, § 3, Dig. III, 5. Chambon op. cit. p. 74.

poichè il *dominus* è libero di volere cose più o meno utili, e fin anche inutili.

243. — L. 3 § 9 Dig. h. t.

Ulpianus libro decimo digestorum.

Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari: nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare: quae sententia habet aequitatem.

Su questo testo si argomenta come segue. Se chi gerisce *ne bona aliena distrahantur,* cioè dove il *dominus* avrebbe dovuto gerire, è trattato con maggiore indulgenza ciò significa che egli gerisce utilmente anche quando non gerisce affari necessari. Se dunque devesi rinunciare a riconoscere essere l' utilità fondata sopra la necessità della gestione, conviene trovare un altro criterio sul quale fondarla. Questo si dice essere la volontà del *dominus.* L' erroneità di questa argomentazione è però palese. Per vero la circostanza di aver gerito *affectione coactus ne bona aliena distrahantur* non è rilevata nel testo in rapporto al requisito dell' *utiliter,* bensì in rapporto alla diligenza da usarsi nella gestione utilmente intrapresa. Nulla dunque può da questa legge desumersi in favore della opinione che fonda l' *utiliter coeptum* sulla volontà del *dominus:* essa dà invece un esempio di *negotium utiliter coeptum* consistente nell' intraprendimento di atti che il *dominus* avrebbe dovuto da buon padre di famiglia compiere.

244. — L. 26 (27) Dig. h. t.

Modestinus libro secundo responsorum.

.... *Herennius Modestinus respondit ob sumptus nulla re urguente, sed voluptatis causa factos eum de quo quaeritur, actionem non habere.*

Con soverchia sottigliezza si argomenta da questo frammento non essere l' essenza dell' *utiliter coeptum* riposta nella necessità della gestione. Il contrapposto fra le spese incontrate *re urguente* e quelle incontrate *voluptatis causa,* includerebbe, esservi azione anche per le spese *utilmente* fatte. La *ratio decidendi* del testo, dice il Chambon,[276] non è già riposta nella circostanza che le spese incontrate non erano necessarie, bensì nel fatto di essere esse voluttuarie. Dunque, conclude, per ogni spesa non voluttuaria, ma utile, deve concedersi l' azione. L' arbitrarietà di questa argomentazione è evidente, come fra poco vedremo esaminando questo testo fra quelli favorevoli alla nostra opinione. Dobbiamo però fin d' ora notare, che quando anche fosse accettabile l' interpretazione che del testo dà Chambon, nessun argomento se ne potrebbe trarre in favore della sua tesi. Resterebbe infatti, a determinarsi su qual criterio deve decidersi della utilità o meno delle spese, e mediatamente della gestione.

245. — Per dimostrare che la utilità della gestione deve determinarsi con riguardo alla volontà del *dominus* il Chambon cita anche la

L. 23 Dig. VII, 8.

Paulus libro primo ad Neratium.

Usuariae rei speciem is cuius proprietas est nullo modo commutare potest. Paulus: deteriorem enim causam usuarii facere non potest; facit autem deteriorem etiam in meliorem statum commutata.

« La ragione di questa decisione, dice Chambon, [277] è evidentemente riposta in ciò, che il miglioramento di cui si parla nel testo, era possibilmente contrario all' interesse dell' usuario,

[276] op. cit. p. 73.
[277] op. cit. p. 73.

e quindi costituiva per lui un peggioramento ». È dunque essenziale alla determinazione dell' *utiliter coeptum* la considerazione personale del *dominus;* bisogna poter dire che anche il *dominus* avrebbe fatto ciò che il gestore ha fatto per lui. Questa ultima conclusione, cui il Chambon così argomentando perviene, non è però esatta. Dal testo in esame questo soltanto si desume di positivo: che il proprietario non può cambiare la *species* della cosa sulla quale ha concesso ad un altro il diritto di uso. Nel far ciò infatti egli necessariamente andrebbe contro l' esplicita volontà dell' usuario, cambiando anche necessariamente l' uso. Si supponga che Tizio abbia accordato a Caio l' uso di un giardino e che poscia tramuti il giardino in un campo da coltivazione; potrà questo cambiamento aumentare il valore del terreno, ma viola l' uso di Caio. In questi cambiamenti dunque Tizio non gerisce utilmente per Caio; egli va contro il suo interesse ed anche contro la sua volontà. È però ben diverso il dire che chi gerisce contro la volontà esplicita di una persona non gerisce utilmente per lei, dal dire che utilmente gerisce chi gerisce in conformità alla sua presumibile volontà. La prima di queste proposizioni trova sussidio nel testo in esame, non certo la seconda.

246. — L. 10 (11) Dig. III, 5.

Pomponius libro vicensimo primo ad Quintum Mucium.

Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo.

Da questo testo si argomenta così: chi intraprende un negozio *quod non sit solitus absens facere* non gerisce utilmente; dunque gerisce utilmente chi compie negozi che il *dominus* è

solito a compiere.[278] L'argomentazione sarebbe evidentemente erronea, per la considerazione colla quale abbiamo testè chiuso l'esegesi della L. 23 Dig. VII, 8; anche qualora il testo fosse riferibile al requisito dell'*utiliter coeptum*. Ma il testo vi è invece estraneo; esso riguarda esclusivamente la diligenza da usarsi nella gestione; e dice che quando il gestore, pur avendo intrapreso la gestione *utiliter*, non prende in considerazione l'ambiente economico del *dominus* e compie atti estranei alla sua sfera d'attività, si rende, in riguardo a questi atti, responsabile anche pel caso fortuito: cessa per essi di essere un utile gestore.[279]

247. — L. 38 Dig. VI, 1.

Celsus libro tertio Digestorum.

In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus judex varie ex personis causisque constituet. finge et dominus eadem facturus fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat usque eo dumtaxat quo pretio locupletior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est.

Questo testo riguarda la teoria delle spese eseguite in buona fede sul fondo altrui, e contiene nelle ultime sue parole un principio che fu poi legislativamente accolto nel cod. civ. italiano (art. 795 cod. civ.). Tuttavia anche da esso si è voluto trarre argomento in favore della teoria da noi avversata. Il Chambon[280] insiste sulle parole: *varie ex personis causisque constituet* le quali, sembra a lui, alludano al fondamento dell'*utiliter coeptum*

[278] CHAMBON op. cit. p. 76.

[279] Nulla provano la L. 8 § 6 Dig. XVII, 1 in riguardo all'*utiliter* CHAMBON op. cit. 74.

[280] l. c.

sulla volontà individuale del *dominus*. Il Monroy[281] il Leist[282] ed il Windscheid[283] attribuiscono invece una grande importanza alla frase: *finge et dominus eadem facturus* ecc. Pure contro il Chambon può efficacemente notarsi che anche accettando la nostra formula, devesi nella sua pratica applicazione aver riguardo all'individualità del *dominus*, sicchè il testo è con essa perfettamente conciliabile. Contro Monroy Leist e Windscheid deve rilevarsi che il richiamo alla volontà del *dominus* non è fatto *in concreto* ma in *abstracto*. Dice il giurista che se le spese erano tali che *il dominus* le avrebbe fatte, il possessore di buona fede avrà azione per chiedere la minor somma che risulta fra lo speso ed il migliorato. Qui dunque è considerata quella volontà che una persona ha normalmente. Non solo, ma è considerata anche, non già a determinare l'utilità della intrapresa gestione, ma l'opportunità delle spese. Allo stesso modo nella L. 13 § 22 Dig. XIX, 1 si dice che il venditore può pretendere dal compratore, quelle spese incontrate nell'educazione dello schiavo venduto: *quas* VERISIMILE *erat etiam emptorem velle impendi.* Anche la L. 38 Dig. VI, 1 non prova dunque nulla in favore della teoria che fonda l'utilità della gestione sulla volontà del *dominus*.

248. — Le leggi addotte a sostegno della teoria che fonda l'utilità della gestione sulla volontà del *dominus*, o non sono attinenti alla ricerca, o parlano di volontà del *dominus* in un senso astratto; non cioè della vera volontà del *dominus* ma di quella volontà che può supporsi avrebbe avuto il *dominus* da uomo medio. Gli è dunque evidente che queste leggi non sono

[281] op. cit. p. 36 nota 6.

[282] op. cit. p. 141.

[283] *Lehrbuch* § 430 nota 17.

adatte a dar saldo appoggio alla teoria a sostegno della quale vengono citate. Gli è piuttosto a considerarsi se esse possano servire in qualche modo di sostegno alla prima delle due formule sopraesposte, la quale, pur prescindendo dall'attuale volontà del *dominus*, dice esservi *utiliter coeptum* là dove il gestore ha intrapreso affari che anche il *dominus* avrebbe da buon padre di famiglia intrapreso. Veramente a chi pensi ai risultati pratici cui tale formola condurrebbe, se tratta alle sue logiche e necessarie conseguenze, non può sembrar dubbio che per essere accolta come romana, essa dovrebbe evidentemente risultare dai testi in suo favore citati, e non già soltanto essere con essi compatibile. E non solo; ma bisognerebbe anche che nelle fonti non vi fosse alcun frammento ad essa contradittorio. Se infatti il criterio della utilità della gestione fosse dato dalla considerazione di ciò che il *dominus* avrebbe fatto, non potrebbe spiegarsi il richiamo alla necessità della gestione che trovasi nei testi che più si addentrano nella determinazione del requisito dell'*utiliter coeptum*. A che scopo infatti si sarebbero i giuristi romani richiamati alla necessità della gestione quando a far sorgere l'azione contraria avessero ritenuto sufficiente una gestione quale il gestore avrebbe potuto, e non anche dovuto, compiere da buon padre di famiglia? Non solo se questa fosse stata la opinione loro essi non avrebbero tratta in campo ed elevata a principio la necessità della gestione, ma risolvendo fattispecie ove tale necessità di fatto si fosse manifestata, avrebbero dovuto rilevare esservi in esse fondamento anche più ampio di quello strettamente richiesto al sorgere dell'azione. Ben diversamente essi si comportarono invece come dalle seguenti leggi è facile rilevare, e da ciò sembra a noi possa trarsi efficace argomento in favore della nostra tesi.

249. — L. 21 (22) Dig. h. t.

Gaius libro tertio ad edictum provinciale.

Sive hereditaria negotia sive ea, quae alicuius essent, gerens aliquis necessario rem emerit, licet ea interierit, poterit quod impendit judicio negotiorum gestorum consequi: veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit idque casu quodam interierit forte incendio ruina.

L'importanza di questa legge non può sfuggire ad alcuno: invece di presupporre la conoscenza del requisito dell'*utiliter coeptum* essa lo definisce. La legge infatti a chi ben la consideri non contiene già un esempio, ma una definizione: dice che in concreto gerisce *utiliter* chi compra per il *dominus* una cosa *necessario*. Come gerisce *utiliter* chi compra una cosa *necessario*, gerisce *utiliter* chi vende, loca, ripara, aiuta altri, *necessario*. Dunque è la necessità dell'aiuto che costituisce l'essenza dell'*utiliter coeptum*. Quando il gestore intraprende una gestione che il *dominus* avrebbe dovuto intraprendere da buon padre di famiglia, acquista l'*actio neg. gest. (contraria)*. Non si considera la necessità obbiettiva delle spese, la quale non è per sè stessa facilmente determinabile, ma si considera la necessità che avrebbe avuto il *dominus* di gerire per non cessare di essere un buon padre di famiglia.

250. — L. 26 (27) Dig. eod.

Modestinus libro secundo responsorum.

Ex duobus fratribus uno quidem suae aetatis, alio vero minore annis, cum haberent communia praedia rustica, maior frater in saltu communi habenti habitationes paternas ampla aedificia aedificaverat: cumque eundem saltum cum fratre divideret, sumptus sibi quasi re meliore ab eo facta desiderabat fratre minore jam legitimae aetatis constituto. Herennius Mo-

destinus respondit ob sumptus nulla re urguente sed voluptatis causa factos eum de quo quaeritur actionem non habere.

Abbiamo visto nella esegesi precedente come argomentasse da questo testo il Chambon a sostegno della sua teoria. La confutazione di quel modo d' argomentare contiene già un principio di prova per la vera interpretazione del testo. Il quale sebbene tratti un caso di comunione pure contiene un principio riguardante l' *actio neg. gest. (contraria).* A questa azione infatti deve riferirsi la sentenza di Herennius Modestinus, la quale rettamente spiegata dice essere essenziale al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria)* che il gestore abbia intrapreso la gestione: *re urguente.* Il contrapposto fra le spese compiute *re urguente* e quelle intraprese *voluptatis causa,* non ha già il significato di far ritenere efficace, a far sorgere l' azione *neg. gest. (contraria),* una gestione utile, ma tende a rafforzare maggiormente la decisione data nella fattispecie proposta. Le spese compiute dal fratello, non solo non erano necessarie, come avrebbero dovuto essere, per far sorgere l' azione, ma non erano neppure utili. Il contrapposto ha dunque lo scopo di giustificare anche maggiormente la decisione al caso proposto col porre in rilievo il vero fondamento dell' azione: la necessità della gestione nel senso sopra rilevato.

251. — L. 3 § 7 Dig. XV, 3.

Ulpianus libro vicensimo nono ad Edictum.

Unde recte dicitur et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam et in horreo dominico reposuit et hoc periit vel corruptum est vel arsit, videri versum.

§ 8 eod. *Sed et si servum domino necessarium emisset isque decessiset vel insulam fulsisset eaque ruisset, dicerem esse actionem de in rem verso.*

Questi due frammenti non riguardano veramente l' *actio neg. gest. (contraria),* ma sono del pari decisivi in suo riguardo per chi accetti come fondamentale,[284] in rapporto all' *actio de in rem verso,* la regola di Ulpiano contenuta nella L. 3 § 2 Dig. XV, 3: « *regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem* ». Se infatti il terzo contraente ha l'azione *de in rem verso* contro il *dominus* in quanto avrebbe contro di lui un' *actio neg. gest. (contraria)* qualora fosse gestore, è evidente che noi possiamo servirci dei testi che determinano il requisito essenziale al sorgere dell' *actio de in rem verso* per determinare il requisito dell' *utiliter coeptum.* Ora appunto per questa via servono a dar sostegno alla nostra opinione i due frammenti sopra trascritti poichè essi insistono sulla necessità del contratto compiuto dal terzo contraente col figlio di famiglia o collo schiavo, al sorgere dell' *actio de in rem verso.*

252. — Abbiamo infine la nota

L. 9 (10) § 1. Dig. III. 5.

Ulpianus libro decimo ad Edictum.

Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit aget negotiorum gestorum: idque et Labeo probat. sed ut Celsus refert, Proculus apud eum notat non semper debere dari. quid enim si eam insulam

[284] La dottrina non è concorde in questo riguardo: però il Ruhstrat nelle sue *Bemerkungen über die actio de in rem verso* (Iahrb. für die Dogmatik vol. XIX [nuova serie VII] p. 416-458) ha efficacemente dimostrato, a nostro avviso, la tesi da noi accolta nel testo Vedi Windscheid § 483 nota 2.

fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit vel quam sibi necessaria non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patremfamilias adgreditur. iuxta hoc est et quod Iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. ego quaero: quid si putavit se utiliter facere sed patrifamilias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus debet utiliter esse coeptum.

Questo testo è indubbiamente il fondamentale in riguardo al requisito dell'*utiliter coeptum*. Esso comincia col esporre in una forma esatta il principio fondamentale dell'*actio neg. gest. (contraria)* che cioè essa compete anche quando *eventus non sit secutus*. Questo principio poi è sottoposto ad una condizione: *si utiliter gessit*. Ma quando potrà dirsi utile la gestione? Non risponde con una formula il giurista ma con due esempi: *si insulam fulsit aut servum aegrum curavit*. Due esempi di gestione necessaria, poichè il riparare la casa cadente, il curare il servo morente, è dovere di ogni buon padre di famiglia. Queste decisioni avevano avuto l'approvazione di Labeone. Ma Proculo, più teorico, non si accontentava; egli avrebbe voluto forse che al requisito dell'*utiliter coeptum* si desse una maggiore determinazione. E però sottilizzando obbiettava che a condurre l'opinione di Labeone alle sue estreme conseguenze si sarebbe incorsi in iniquità gravando senza motivo il *dominus*. Ed ecco Celso che si fa a decidere Proculo: *non autem utiliter negotia gerit qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur*. Ma poichè queste parole contengono appunto quel completamento alla sentenza di Labeone, che Proculo richiedeva, è assai discutibile se Celso fosse giustificato nel deridere la osservazione di Proculo.[285]

253. — A noi sembra per vero che essa fosse commendevole come incitamento ad uno svolgimento maggiore della teoria dell'*utiliter coeptum*. Poteva infatti sorgere dubbio se l'utilità della gestione dovesse misurarsi oggettivamente, o con riguardo alla volontà del *dominus*, o all'opinione del gestore.[286] Questo ultimo criterio scartava intanto esplicitamente Celso, ed anche più efficacemente Ulpiano; ma che dovrà dirsi degli altri due? La dottrina moderna, come abbiamo visto, è incerta. Vi è chi si attiene esclusivamente alla utilità obbiettiva, vi è invece chi ripone tutta l'importanza nella considerazione della volontà del dominus. Ora di queste due tentenze sembra a prima vista che la seconda trovi maggior sussidio nel testo in esame. In esso infatti dice Ulpiano: *quid si putavit se utiliter facere sed pater familias non expediebat? dico hunc non habiturum actionem*. Ma a chi ben consideri apparire che qui Ulpiano è più intento ad escludere l'efficacia di un'*utiliter coeptum* putativo che a positivamente fondava sulla volontà del *dominus* l'essenza del requisito medesimo. Del che maggiormente potremo convincerci considerando che egli parla di un *pater familias* in genere. Non dice già Ulpiano non esservi gestione utile quando il gestore

[285] Sturm *Das negotium utiliter gestum* p. 7.

[286] La dottrina moderna è pressochè concorde nel ritenere che da una gestione utile solo nella credenza del gestore — la così detta gestione putativa — non possa sorgere l'*actio neg. gest. (contraria)* Veggasi e. g. Chambon op. cit. p. 72. Leist op. cit. p. 122. Ruhstrat *Die neg. gestio* p. 4 nota e p. 26. Sturm op. cit. p. 20 e segg. Kohler op. cit. § 2 pp. 52 e segg.

non ha gerito conformemente al presumibile volere del *dominus;* egli dice che non vi è utile gestione quando un gestore ha compiuto un atto che egli credeva necessario al *dominus,* mentre tale non era, e quindi non gli conveniva. La persona del *dominus* è dunque nella decisione del testo considerata in astratto: non si dice già essere utile quella gestione che conviene in *concreto* al *dominus,* ma si rileva che il gestore potrebbe ritenere utile una gestione che tale non dovrebbe sembrare al *dominus,* qualora egli fosse un *bonus pater familias.*

254. — Riassumendo ora i risultati ottenuti nella precedente lunga disamina delle fonti romane possiamo dire: 1.° che le leggi che trattando dell' *utiliter coeptum* si richiamano alla *voluntas domini* [L. 45 (46) Dig. III, 5; L. 23 Dig. VII, 8; L. 10 (11) Dig. III, 5 ed anche la L. 9 § 1 (10) Dig. III, 5] sono perfettamente conciliabili colla formola da noi sostenuta, la quale prescinde completamente dall' attuale volere del *dominus.* 2.° che invece inconciliabili colla opinione di quelli scrittori che fondano l' utilità della gestione sulla volontà presunta o presumibile del *dominus* sono le leggi che ripongono la essenza dell' *utiliter coeptum* nella necessità della gestione [L. 21 (22) Dig. h. t.; L. 26 (27) eod.; L. 3 § 7 Dig. XV, 3; L. 9 § 1 (10) Dig. h. t.]. 3.° che escluso che il requisito dell' *utiliter coeptum* debba essere fondato sulla volontà del *dominus,* le fonti danno maggior sostegno alla rigorosa formola da noi sostenuta in quanto: α) in nessuna legge sia esplicitamente detto che una gestione solamente utile, tale cioè che il *dominus avrebbe potuto* (non anche *dovuto)* intraprendere da buon padre di famiglia, sia sufficiente a far sorgere l' *actio neg. gest. (contraria);* β) in quanto inspiegabili sarebbero, qualora realmente a far sorgere l' azione contraria si fosse dai giuristi romani ritenuto sufficiente l' intraprendere in tali condizioni la gestione, quelle leggi romane che richiedono invece al suo sorgere la necessità; γ) in quanto *tutte* le leggi riguardanti l' *utiliter coeptum,* contengono fattispecie ove la gestione si presenta necessaria nel senso da noi esposto. Basti qui il citare le seguenti: L. 30 § 7 Dig. III, 5; L. 4 eod.; 45 § 1 eod.; L. 32 pr. eod.; L. 16 Cod. eod.; L. 5 § 13 (6 § 11) Dig. eod.; L. 5 § 10 (6 § 8) Dig. eod.; L. 9 § 1 (10) Dig. eod.; L. 21 (22) Dig. eod; L. 34 (35) Dig. eod.; L. 11 Cod. eod.; L. 20 (21) Dig. eod.; L. 26 (27) Dig. eod.; L. 1, 6, 13, 15 Cod. eod.; L. 40 (41) Dig. eod.; L. 13 Cod. eod.; L. 16 Cod. eod.; L. 39 (40) Dig. eod. [287]

§ 4. *L' absentia domini e la considerazione della sua personalità*

BIBLIOGRAFIA: — opere citate e specialmente STURM *Das neg. ut. gestum* p. 45-55 e RUHSTRAT *Die neg. gestio* § 7.

255. — Gli antichi commentatori solevano considerare l' *absentia domini* come requisito essenziale al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria);* la dottrina moderna ha invece generalmente riconosciuto non essere l' *absentia* un requisito indipendente dell' azione, ma piuttosto un elemento costitutivo dell' *utiliter coeptum.* Se noi infatti prendiamo in esame quella formola che abbiamo creduto esprimere esattamente il concetto dell' *utiliter coeptum,* vedremo che essa presuppone anche la esistenza di una

[287] Le leggi citate dal Leist op. cit. pp. 133-136 come esempi di gestione solamente utili o riguardano casi di gestione rappresentativa nella quale l' *utiliter coeptum* è sostituita dall' approvazione insita nella ratifica, L. 5 § 8 (6 § 6) Dig. h. t.; L. 12 § 1 Dig. VII, 1 o riguardano casi di gestione veramente necessaria (L. 44 45) Dig. h. t. e L. 49 eod.).

absentia domini. Abbiamo detto che intraprende la gestione *utiliter* quegli che la intraprende quando e come l'avrebbe dovuta da buon padre di famiglia intraprendere il *dominus;* questa formola presuppone dunque che il *dominus* non abbia potuto compiere da sè il negozio per lui intrapreso dal gestore. Ciò si manifesta del resto ben rispondente alla natura dell' *azione neg. gest. (contraria)* ed alla sua ragion d'essere, legislativa. Quell' interesse pubblico che diede luogo al riconoscimento giuridico dell'azione *neg. gest. (contraria)* allora soltanto esiste quando il *dominus* non può da sè attendere ai propri affari; onde a ragione l' *absentia domini* è a considerarsi elemento essenziale del requisito dell' *utiliter coeptum.* [288]

256. — Ma che deve intendersi per *absentia domini?* Potrebbe pensarsi ad un' assenza materiale del *dominus,* prendendo la parola nel suo più usuale significato. Abbiamo visto nella parte *storica* di questo lavoro come guidato da questo concetto l' Atzeri abbia sostenuto aver la clausola edittale riguardato in origine solo gli assenti. Prima di lui altri scrittori, pur non giungendo sì oltre da credersi giustificati nella emendazione della clausola edittale, avevano però sostenuto che l' *actio neg. gest. (contraria)* era stata introdotta per gli assenti e solo

[288] Qualche scrittore ha ritenuto essere l'*absentia domini* completamente irrilevante per la costruzione giuridica dell' *actio neg. gest. (contraria).* Così scrive il CHAMBON op. cit. p. 5: die Absentia ist durchaus unwesentlich und die haüfige Erwähnung derselben in unsern Quellen findet ihre vollständige Erklärung in der Betrachtung dass allerdings die Rüchsicht für die Abwesenden zunäshst zu rechtlichen Bestimmungen über die unaufgetragene Geschäftsführung Veranlassung gab. Se queste parole fossero rivolte a combattere l' essenzialità dell' assenza materiale del *dominus* potrebbero essere accolte come vere, non però se rivolte a combattere l' essenzialità dell' *absentia domini* nel senso lato di un qualsiasi impedimento che tolga al dominus di agire nel proprio interesse. Veggasi contro Chambon: RUHSTRAT *Die neg. gestio* pp. 7-8.

successivamente estesa a casi di analoghi impedimenti. [289] Ma un tale indirizzo non è certo a seguirsi. Anche prescindendo dalle critiche che abbiamo sopra mosse all' Atzeri, circa all' emendazione da lui proposta della clausola edittale, non è possibile ammettere che l' azione fosse in origine accordata solo contro gli assenti, e poscia estesa contro altre persone senza urtare contro le fonti le quali non contengono il minimo accenno a tale estensione. Gli è ben vero che le leggi romane [290] alludono all' *absentia domini* specialmente in quei luoghi ove trattano dell' *actio neg. gest. (contraria)* in generale, rilevando i motivi che ne indussero la introduzione nel sistema del diritto privato. Ma ciò spiegasi naturalmente pensando che appunto nel caso di assenza materiale del *dominus* si manifesta maggiormente il bisogno dell'intervento gestorio. Si sceglieva come caso tipico quello dell'assente, perchè le conseguenze dell'assenza erano quelle che maggiormente rendevano necessario l'aiuto degli estranei. Ma gli era per evitare queste conseguenze che si concedeva l'azione, sicchè puo ragionevolmente pensarsi che fin dalle origini ogni causa che producesse gli stessi effetti dell' assenza materiale dovesse essere ad essa equiparata in riguardo alla concessione dell' *actio neg. gest. (contraria).* [291] Come contro il *dominus* assente, si concedeva

[289] RUHSTRAT *Beiträge* (Archiv. für die civ. Praxis XXXIII, p. 36).

[290] L. 1 Dig. III, 5; L. 2 eod.; L. 11 eod.; L. 19 eod.; L. 19 § 3 e § 5 eod.; L. 31 § 2 eod.; L. 8 Cod. eod.; L. 3 Cod. VII, 39; L. 20 § 1 Dig. XVII, 1; L. 17 § 3 Dig. XIII, 6; L. 13 § 12 Dig. XV, 3; L. 1 pr. Dig. XX, 6; L. 12 § 2; L. 48 Dig. VII, 1; L. 34 § 6; L. 58 § 2 Dig. XLVI, 3; L. 5 Dig. XLIV, 7; L. 7 Dig. XLVI, 7; L. 10 e 11 Dig. XLVI, 8; L. 17; L. 25 eod; L. 54 § 3 Dig. L. 14 Dig. XLI, 4; L. 14 § 4 Dig. XLIV, 3. STURM op. cit. pp. 44-45; RUSTRAT Die *neg.* gestio, p. 7 nota. DANKWARDT op. cit § 10.

[291] Non contradicono a questa affermazione i principi romani circa il pupillo ed il furioso convenuti *actio neg. gest. (contraria).* Come abbiamo cercato dimostrare a queste persone i giuristi romani vollero creare una posizione di favore. Contro di essi pertanto, sebbene nelle stesse fonti romane

l' azione contro il *dominus* impedito per malattia o per altra causa, o inerte per l' ignoranza di qualche importante circostanza sopravvenuta. Assenza in un senso assai lato, dice giustamente lo Sturm[292], è qualsiasi impedimento che tolga al *dominus* di svolgere la sua attività entro la sua sfera patrimoniale.[293]

257. — Ma che dovrà dirsi se il *dominus* assente od impedito abbia un legittimo rappresentante od un mandatario. Il giurista Gaio là dove cerca dimostrare la necessità dell' *actio neg. gest. (contraria)*[294] suppone che un Tizio sia partito coll' animo di presto ritornare e perciò senza aver affidato ad alcuno l' amministrazione dei suoi affari: « *quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant...* » Potrebbe pensarsi ad argomentare *a contrariis* da questo testo e sostenere, in tesi, non esservi più *absentia domini* ove questo abbia un rappresentante. Ma una tale argomentazione, della quale deve sempre farsi parco uso, non reggerebbe applicata al testo gaiano. La conseguenza che non può trarsi dal testo e però stata tratta in teoria.[295] A torto ne sembra. Poichè la presenza di un rappresentante legittimo o contrattuale non esclude necessariamente il bisogno di un gestore. Si supponga per esempio che il mandatario non rappresenti veramente, come sarebbe suo dovere, il *dominus,*

sieno spesso equiparati agli assenti (L. 17 § 11 Dig. ; L. 2 § 3 Dig. XXXIX, 7; L. 124 § 1 Dig. L, 17; PERNICE Labeo I p. 490 nota 8) si accorda bensì una vera e propria *actio neg. gest. (contraria)* ma limitata all' arricchimento.

[292] *Das negotium utiliter gestum* op. cit. p. 46.

[293] Analogamente RUHSTRAT *Die neg. gestio* p. 24: — Die Art der Verhinderung kann vernünftigerwerse keine Unterschiede machen. Così pure KOHLER op. cit. p. 47; LASALLE op. cit. p. 102.

[294] L. 5 pr. Dig. XLIV, 7.

[295] STURM op. cit. p. 47.

sia perchè non voglia o perchè non possa per nuove circostanze sopraggiunte. Non gli è evidente che in tale ipotesi l' intervento del gestore è a considerarsi come se il rappresentante non esistesse? Se dunque può dirsi che *generalmente* la presenza di un rappresentante esclude l' *absentia domini,* deve però riconoscersi che anche ove esista un rappresentante può talvolta il *dominus* essere trattato da assente. Solo al gestore incomberà il provare che il rappresentante legittimo o contrattuale non rispondeva al fine per il quale era stato chiamato a gerire, al fine cioè di evitare le dannose conseguenze della *absentia domini.*

258. — Questa considerazione dà anche un criterio sicuro per risolvere l' ipotesi di un Tizio che intraprenda la gestione degli affari di Caio assente, quando già un altro gestore si è accinto a trattarli. La difficoltà di questa ipotesi è riposta in ciò che il primo gestore non è rappresentante legittimo del *dominus* e neppure trae autorità dalla volontà del *dominus* manifestata per mandato. Potrebbe quindi dirsi acquistare il secondo gestore l' *actio neg. gest. (contraria)* in onta alla presenza del primo gestore. Tuttavia se ciò è vero per principio non può a meno di riconoscersi che la cosa andrà ben diversamente nella vita pratica. L' intervento del primo gestore non toglie infatti per sè l' *absentia domini,* ma se esso è utile ne toglie le male conseguenze per le quali sarebbe giustificato l' intervento del secondo gestore. Tutto dunque si ridurrà a vedere se utile o meno sia l' intervento del primo gestore: se tale esso fu sarà inutile l' intervento del secondo, se non fu sarà a considerarsi utile questo. In altre parole l' *absentia domini,* deve esistere non solo formalmente ma anche nelle sue conseguenze pratiche.

259. — Ricercare dunque se il *dominus* sia assente significa ricercare se egli subisca le conseguenze che generalmente pro-

vengono dal fatto di non potere agire nel proprio patrimonio o nel proprio interesse. Ma nella società moderna è ben difficile avvenga che una persona non possa anche se lontana dal centro dei propri affari manifestare la propria volontà in riguardo al proprio patrimonio, od affidarne ad alcuno la cura. Per questo nuovo stato di cose è lecito chiedere se il gestore prima di intraprendere la gestione sia obbligato, quando ciò gli sia possibile, ad avvertire il *dominus* del bisogno nel quale si trova, per incitarlo ad intervenire personalmente o per mezzo di rappresentanti. Qualche scrittore [296] ha in questo proposito affermato che in casi di non somma urgenza il gestore deve scrivere o telegrafare al *dominus*, poichè la diligenza che egli deve usare richiede che egli si persuada della sua assenza. Ma tale concetto ne sembra molto inesatto o almeno molto inesattamente espresso. Certamente se il negozio da intraprendersi è di tale indole da poter essere contemporaneamente compiuto anche dal *dominus*, sarà incauto il gestore che si dia a gerirlo senza essersi assicurato prima dell'impossibilità in cui il *dominus* si trovi di compierlo da sè, a sua insaputa. Ma questo suo incauto agire non ha per se stesso l'effetto di togliergli l'*actio neg. gest. (contraria)*, ma solo in quanto il *dominus* abbia da sè provveduto a quella necessità cui il gestore voleva per lui provvedere credendolo impedito. È vero infatti che come non basta *credere* di intraprendere la gestione *utiliter* per acquistare l'*actio neg. gest. (contraria)*, così non basta credere di gerire per un impedito quando questo realmente non lo sia; ma sarebbe d'altra parte iniquo attribuire alla semplice possibilità che abbia il *dominus* di provvedere ai propri affari l'efficacia di una *prohibitio* rivolta ad ogni possibile gestore. Iniquo e non giuridico, poichè non si può al silenzio del

[296] Sturm op. cit. p. 48; Windscheid § 430 nota 16 a.

dominus, puro e semplice, attribuire un tale contenuto di volontà: [297] Dunque anche quando il gestore non abbia la certezza della impossibilità il cui il *dominus* si trovi di gerire da sè, può intraprendere la gestione e non è escluso che egli acquisti l'*actio neg. gest. (contraria)*, tutto dipendendo dal constatare se realmente *absentia* v'era. Ciò facilmente si constata poi a gestione finita. Infatti: o il *dominus* è rimasto inattivo ed allora egli è a considerarsi come assente; o ha gerito da sè ed ha dimostrato il contrario. Nel primo caso soltanto puo conseguentemente esercitare l'azione di gestione contraria.

260. — Ma, e se a negozio compiuto per opera del gestore il *dominus* fosse ancora in tempo ad intraprendere la gestione per lui già esaurita dal gestore medesimo? Potrà il *dominus* respingere i risultati e pretendere di compiere *ex novo*, da sè, i negozi già compiuti dal gestore. Lo Sturm tratta questa questione a proposito dell'*absentia domini* ma realmente essa va risolta colla formula teorica dell'*utiliter coeptum*. Quando si dice infatti essere utile a gerirsi per il *dominus* quell'affare che egli avrebbe dovuto da buon padre di famiglia compiere, s'intende anche che da tale il *dominus* avrebbe dovuto compierlo nel momento determinato *(ex fide bona)* nel quale lo assunse il gestore. Pagare i propri debiti e. g. è dovere di ogni buon padre di famiglia, ma ben s'intende quando essi sieno già divenuti esigibili. Ora se il negozio dal gestore intrapreso è di tale natura che il *dominus* avrebbe potuto differirne la trattazione senza suo danno non intraprende utilmente la gestione chi si fa ad assu-

[297] Allo stesso modo che al silenzio del *dominus* che sa avere alcuno preso a gerire affari nel suo interesse non può attribuirsi in tesi il contenuto di un tacito mandato.

merlo tosto. E quindi a lui potrà concedersi l'azione per l'arricchimento non l'*actio neg. gest. (contraria).*

261. — Non ci resta infine che a dire brevemente del secondo elemento essenziale alla pratica applicabilità della formola da noi data del requisito dell'*utiliter coeptum;* la considerazione della personalità del *dominus*. Ogni individuo svolge la propria attività in una sfera patrimoniale propria, occupa nella società una posizione diversa a seconda della classe di cittadini cui appartiene, pensa ed agisce in conformità ai bisogni che da questa posizione gli provengono ed ai mezzi che il suo patrimonio gli offre. Ora il gestore che spontaneamente si offre a gerire nell'interesse di una persona, deve tenere sempre presente tutte queste circostanze le quali costituiscono appunto la personalità del *dominus*. [298] Un affare utile a un Tizio può essere dannoso e per lo meno non utile a Caio. Pur supponendo quindi nel *dominus* qualità medie di intelligenza e di sapere, il gestore deve ricostruirne la figura tenendo calcolo dell'ambiente nel quale esso vive, della professione e del grado. Egli non può imporre al gestore le proprie tendenze ed il proprio volere, neppure deve uniformarsi a quello che può presumersi essere l'attuale volere del gestore, ma deve agire come il gestore dovrebbe agire da buon padre di famiglia nell'ambiente suo economico e morale. Giustamente in questo proposito così scrive il Kohler: [299] « il gestore deve sottomettersi agli scopi subbiettivi del *dominus;* poichè non a lui spetta tutelarlo e dirigerlo, bensì aiutarlo dove

[298] Naturalmente in questo difficile compito è necessario lasciare un certo arbitrio al gestore; talvolta questo compito è quasi insuperabile ed allora il gestore dovrà regolarsi a seconda della natura degli affari trattati, in ogni caso però egli sarà giudicato *ex fide bona*. Vedi Sturm op. cit. p. 14 e 17. Pernice Labeo 1 p. 302. Chambon pp. 73-74. Kohler p. 65.

[299] op. cit. p. 63.

ha bisogno. Certamente non si farebbe a gerire *utiliter* quel zelante amico che volesse trasformare la villa mia in cantieri, o che volesse per suo capriccio completare in istile gotico una villa da me cominciata nello stile del rinascimento ». [300]

262. — Può invece ammettersi gerisca *utiliter* quegli che nel gerire s'uniforma all'ambiente nel quale vive o visse il *dominus*. Così se Tizio adorna la casa di Sempronio assente in qualche speciale occasione nella quale Sempronio avrebbe mancato per la sua posizione sociale ad ogni convenienza col non adornarla certamente gerisce *utiliter* anche se spende più di quello che sarebbe necessario ad ogni altro privato borghese. A questo proposito dice Ulpiano [301] che *sumptus honeste ad honores per grados pertinentes factus actione negotiorum gestorum peti possunt*. E nella L. 3 § 3 Dig. XV, 3: *si servus sumpsit pecuniam, ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini in rem videri domini vertisse Labeo scribit.* Ed infine nella L. 13 § 1 Dig. XII, 1 troviamo sancito il principio che il mandatario ed il gestore non sono obbligati a dare a mutuo il danaro del mandante o *dominus* quando questo non era solito per la sua condizione, a mutuarlo: *Quaesitum est, an judicio negotiorum gestorum vel mandati pro pecunia otiosa usuras praestare debeat, cum dominus nullam pecuniam faeneravit. respondit, si eam pecuniam positam habuisset idque ex consuetudine mandantis fecisset; non debere quicquam usurarum nomine praestare.* Questi ed altri testi [302] che hanno riferito unicamente a quell'elemento essenziale dell'*utiliter coeptum* che abbiamo chiamato *considerazione della personalità del*

[300] Veggasi Wächter op. cit. p. 355. Sturm o. cit. p. 5 e pp. 13-15.

[301] L. 44 (45) Dig. III, 5.

[302] L. 7 § 13 Dig. XIV, 6; L. 13 § 22 Dig. XIX, 1; L. 10 (11) Dig. III, 5.

dominus sono stato spesso tratti a sostegno della teoria subbiettiva sull' *utiliter coeptum.* Si è così ad essi attribuito un valore superiore a quello che realmente hanno, sostenendo doversi su di essi determinare la formola dell' *utiliter,* mentre invece essi già la presuppongono [303] e solo determinano un elemento necessario alla sua applicabilità pratica.

§ 5. *Quando il negotium possa dirsi utiliter coeptum.*

BIGLIOGRAFIA: — LEIST op. cit — STINTZING *Recensione all' opera del Leist* (Kritische Zeitschrift vol. III) — IACOBI (Iahrb. für die Dogmatik vol. IV) — STURM Das *negotium utiliter gestum* — BRINZ *Lehrbuch* (2.ª ed.) § 321 *Die negotiorum gestio* e *Zur Lehre von der negotiorum gestio* (Iarb. für die Dogmatik vol. IX pp. 227-228).

263. — Trovata una formula astratta che esprima la vera essenza del requisito dell' *utiliter coeptum,* analizzatine gli elementi costitutivi, altro non ci resta, per ciò che s' attiene alla teoria dell' *utiliter,* che determinare il momento nel quale il *negotium* può dirsi *utiliter coeptum,* nel quale quindi la responsabilità per il caso fortuito passa a carico del *dominus.* [304] Trattasi dunque di vedere quali atti possano essere considerati come svolti entro l' ambiente gestorio e quali al di fuori di esso. La gestione più semplice consta di più atti: è d' uopo che venga preparata ed eseguita. Senonchè gli atti preparatori della gestione, i quali concettualmente sono nettamente distinti da quelli che s' attengono alla sua esecuzione, spesso si presentano nella vita pratica con questi così strettamente connessi che difficile riesce lo sceverarli. Occorre dunque dare un criterio sicuro di delineazione, sì che di fronte ad alcuni atti isolati di

[303] Ciò è evidente nella L. 44 (45) Dig. III, 5.
[304] L. 9 (10) § 1 Dig. III, 5; L. 37 § 1 eod.

un gestore possa con certezza dirsi se essi possano o no costituire un utile inizio di gestione. Il dubbio è sorto principalmente in rapporto ai contratti posti in essere dal gestore per procurarsi i mezzi occorrenti alla esecuzione della gestione. Tizio vuol ricostruire la casa ruinante di Caio assente, e mutua danaro a questo fine o compera dei materiali. Ma accade che prima che questi materiali o questi denari sieno impiegati nella progettata gestione, vadano fortuitamente distrutti. Chi sopporterà il pericolo di questo caso fortuito: il *dominus* della pensata gestione od il gestore? La risposta dipende dalla diversa guisa di considerare questi atti preparatori della gestione; se si ritiene che essi costituiscano l' *utile initium* della medesima, il caso colpirà il *dominus,* se invece si viene nell' opposta sentenza, colpirà il gestore. Secondo quella opinione quindi il gestore acquista l' *actio neg. gest. (contraria)* col fatto di contrarre; secondo questo invece non per ciò solo.

264. — Molti ed autorevoli scrittori si sono schierati in favore di quella opinione: hanno cioè sostenuti che il rischio e pericolo degli atti compiuti dal gestore per procurarsi i mezzi di gerire sieno a carico del *dominus.* Il Brinz [305] trascurando una certa contradizione che si contiene nelle sue stesse parole sostiene che « la riparazione di una casa e. g. devesi considerare cominciata, non già soltanto in quel momento nel quale viene realmente intrapresa, ma con *qualsiasi atto che abbia quello scopo;* cogli atti preparatori della gestione ». Con espressioni meno ampie anche il Iacobi viene in questo concetto dicendo doversi ritenere iniziata quella gestione cogli atti che tendono a procurare i mezzi necessari alla sua esecuzione, principalmente il da-

[305] § 321 p. 642 nota 35. Così anche e. g. MÜHLENBRUCH *Pandecten* vol. II § 435 nota.

naro, ed analogamente scrive lo Stintzing. Sono dunque concordi questi scrittori nel ritenere dovere il *dominus* sopportare il rischio e pericolo dei *mutui* conchiusi dal gestore per procurarsi i mezzi onde poi riparare la casa del *dominus,* od in altra guisa per lui utilmente gerire. Se il gestore, dice Leist, [306] contrae un mutuo per riparare la casa di Tizio, e nel contrarre rileva questo scopo, egli si è già posto in condizione da non potere, non osservato, cambiare quella sua volontà. La gestione non è più un progetto; è già per via; essa è già esternamente un fatto compiuto; e come il gestore deve ora prestare la colpa nel proseguimento di ciò che ha cominciato, così egli non deve viceversa prestare il caso. La distruzione fortuita del danaro avverrà quindi a rischio e pericolo del *dominus*. Il *negotium* era, *quod sufficit, utiliter coeptum.*

265. — Non possiamo convenire in questa opinione [307] e cercheremo dimostrare che essa non ha un solido fondamento concettuale, nè è sorretta dall' autorità delle fonti romane. A dimostrare che essa manca di solido fondamento concettuale prenderemo le mosse da una giusta considerazione di uno dei suoi più strenui difensori: il Leist. Suppone questo scrittore la seguente fattispecie. Tizio volendo gerire gli affari di Caio assente, col ripararne l' abitazione ruinante, pone in disparte in una sua cassa una considerevole somma di danaro. Prima però che a lui sia avvenuto di impiegare la somma riposta allo scopo pensato un incendio la distrugge. Chi colpirà questo caso fortuito: il *dominus* od il gestore? La risposta non può essere dubbia: sarà il proprietario del danaro che subirà i dannosi effetti della fortuita distruzione. Il Leist accetta questa giusta risoluzione, ma poi ben erroneamente la giustifica, e da una erronea giustificazione ad una giusta decisione prende le mosse a sostenere una teoria che ne sembra errata e che certamente contradice alla decisione medesima. La ragione per cui nella fattispecie sopra esposta, il proprietario sopporta il rischio e pericolo della somma deposta, dice il Leist, è a ricercarsi in ciò, che il proprietario medesimo non può considerare la somma deposta come in tal rapporto di fronte alla casa da ricostruirsi, da farla ritenere distinta ormai dal suo patrimonio, e già votata alla gestione. La destinazione da lui così attribuita ad una parte del suo patrimonio, costituisce una determinazione di volere interna, che non si è ancora trasfusa (come è necessario a costituire un atto giuridico della volontà) in un fatto esteriore e constatabile. La conseguenza che naturalmente discende da questo ragionamento è altrettanto chiara quanto a noi sembra inaccettabile. Ogni volta che un atto preparatorio della gestione è esteriormente constatabile, esso ne costituisce, qualora rivolto a preparare un' utile gestione, l' utile inizio.

[306] Op. cit. p. 159.

[307] Essa è stata sotto certo aspetto efficacemente confutata anche dal Ruhstrat *Die neg. gestio* pp. 15 e segg.

266. — Tale essendo, secondo il Leist, il criterio in base al quale può giudicarsi quando un atto preparatorio della gestione sia *initium utile* della medesima, facilmente si comprende come egli nella fattispecie sopra immaginata pervenga a quella sentenza che abbiamo creduta giusta ma poi sostenga spettare al *dominus* e non al gestore il rischio e pericolo dei mutui dal gestore conchiusi allo scopo di procurarsi i mezzi per gerire. Ma a noi sembra che quel criterio sia completamente arbitrario ed erroneo e che se esso serve apparentemente a giustificare la prima decisione relativamente alla seconda, non ne contiene però la *vera* giustificazione per chi vo-

glia ritenere essere cosa essenzialmente diversa il dichiarare di voler gerire dal gerire realmente. Secondo noi, se nella ipotesi di un Tizio che ripone una data somma, coll' intenzione di servirsene nella gestione degli affari di Caio, il caso fortuito colpisce Tizio e non Caio ciò non è guari dovuto alla circostanza che l'atto di destinazione di Tizio era un atto interno della sua volontà, bensì ad un' altra ragione: a ciò; che quell' atto di destinazione, sia interno, o anche esteriormente constatabile, non ha tuttavia in sè stesso l' efficacia di costringere il gestore in fieri a perseverare nel suo divisamento. In quell' atto si contiene un proposito liberamente formato e che può liberamente essere mutato. Il danaro che ieri riposi per servirmene in una gestione utile a Caio, oggi posso usarlo a favore mio proprio o di Sempronio. Se dunque così è, ed è indubbiamente, come potrà seriamente sostenersi che se il gestore sopporta il rischio gli è perchè l' atto di destinazione non riescì a separare nettamente dal patrimonio del gestore il danaro? A che serve che il danaro abbia acquistato di fronte alla casa da ripararsi una posizione indipendente, [307] se questa posizione può da un momento all' altro venir meno per la semplice volontà del gestore che non si è in questo riguardo menomamente vincolato di fronte ad alcuno? La conclusione è chiara: non basta che vi sia un atto di destinazione da parte del gestore per quanto esteriormente completo, ma è necessario altresì che questo atto di volontà abbia l' efficacia di *impegnare validamente* il gestore a tradurlo in fatto. Ora questa efficacia non si riscontra neppure nella seconda fattispecie: nella ipotesi cioè che il gestore abbia contratto un mutuo con terzi allo scopo di procurarsi i mezzi di gerire. Per quanto infatti questo scopo sia stato rilevato nel contrarre esso non può assumere

[307] Leist op. cit. p. 148.

altra veste che quella di un *motivo di contrarre* che si manifesta irrilevante di fronte a contratto conchiuso. Il mutuante acquista l' *actio mutui* ed il mutuatario diventa proprietario del danaro, e può servirsene come più gli aggrada. Invece di gerire può giuocare. Non si può dunque attribuire al *dominus* il rischio del mutuo.

267. — La base concettuale della teoria Brinz, Iacobi, Leist ecc. non regge alla critica: vediamo se l' edificio su di essa elevato sia consentaneo ai principi generali di diritto ed alle fonti romane. Principi giuridici analoghi a quello che è fondamentale per la gestione: che cioè *sufficit si utiliter gestum sit etiamsi eventum non sit secutus,* noi troviamo nel sistema giuridico applicati alla teoria delle spese ed all' *actio de in rem verso.* Chi eseguisce spese necessarie sulla cosa altrui conserva il diritto di ripeterle anche se la cosa andò posteriormente fortuitamente distrutta. In riguardo alle spese necessarie dunque può dirsi che il rischio e pericolo è sopportato dal *dominus rei.* [308] Se potesse dirsi altrettanto dei contratti compiuti allo scopo di eseguire le spese certamente la teoria da noi combattuta avrebbe in ciò un valido argomento in suo favore. Ma così non è. Lo stesso Leist è costretto a riconoscere che per le spese è necessario attenersi al fatto oggettivo dell' impiego del danaro proprio sulla cosa altrui, e « che quindi chi prende danaro a mutuo, per puntellare la casa cadente del vicino, se il danaro va distrutto fortuitamente prima di essere impiegato, non può pretendere rifacimento fondandosi sulla intenzione che egli aveva di spendere il denaro mutuato sulla casa del vicino. » Questo trattamento in materia di spese contiene, a nostro avviso, un argomento contro la teoria

[308] L. 38 Dig. V, 3; L. 18 § 4 Dig. XIII, 6; L. 8 Dig. pr. XIII, 7; L. 4 Dig. XXV, 1. Leist op. cit. p. 49 nota 2.

dal Leist sostenuta in riguardo alla gestione. Ed infatti per quale ragione devonsi a proposito delle spese necessarie stabilire principi così diametralmente opposti a quelli che valgono per la gestione. Il Leist dice che ciò si comprende naturalmente ma simili affermazioni non hanno mai persuaso alcuno. Egli avrebbe dovuto almeno dare del principio che vale per le spese una speciale giustificazione, poichè chi dice che non vi è spesa finchè non vi è impiego, dice troppo e quindi poco. Neppure vi ha gestione finchè non vi sia un attuale e definitivo agire del gestore a pro del *dominus*. Ma gli è appunto questo che si ricerca; se possa per certi atti che per sè stessi non costituiscono un vero inizio di gestione, come non costituiscono vera spesa, ritenersi tuttavia che siano così giuridicamente a considerarsi. Fu accorto il Leist nel non ricercare la ragione del trattamento fatto a chi si procura danari per spenderli sulla cosa altrui. Poichè questa ragione è così ampia e giusta per sè medesima che una volta trovata e rilevata sarebbe stato necessario applicarla anche alla gestione. Gli è che chi si procura denaro per spenderlo sulla cosa altrui è in tale condizione da potere liberamente cambiar proposito, e rivolgere invece a proprio vantaggio il danaro mutuato sia pure colla intenzione di impiegarlo per il vicino. Il denaro dunque mutuato non è definitivamente destinato al vicino e se anche potesse dimostrarsi, il chè è per altro impossibile, che il mutuatario l'avrebbe realmente per il vicino impiegato qualora il caso fortuito non l'avesse distrutto, tuttavia, poichè le circostanze speciali della vita, e la natura per sè stessa mutevole del volere umano, lasciano pensare *possibile* anche l'ipotesi contraria, non può giuridicamente trovarsi sufficiente base giuridica nel fatto del mutuo puro e semplice per attribuire al *dominus rei* il *periculum* del danaro, che per lui non fu speso, sebbene nell'intenzione di chi lo aveva assunto dovesse esserlo. L'intenzione di compiere un

atto per quanto ferma, e verace non può in alcun modo essere giuridicamente pareggiata alla attuale esecuzione del medesimo. Così il semplice fatto di avere alcuno contratto un mutuo allo scopo di impiegare il denaro per esso ottenuto sulla cosa altrui, mentre non implica nel mutuatario l'obbligo di persistere in quel fermo divisamento, così non implica nel *dominus* l'obbligo di sopportare i rischi e pericoli. [309]

268. — Il principio che vale per le spese, e la sua giustificazione contengono dunque un efficace argomento contro la teoria da noi avversata. La quale certamente non è rafforzato dall'analogia, erroneamente tratta in suo favore, dell'*actio de in rem verso*. [203] È noto che il terzo che ha mutuato del danaro ad un servo conserva l'*actio de in rem verso* contro il *dominus* anche se il danaro mutuato andò distrutto prima di essere dal servo impiegato allo scopo per il quale era stato preso. Alla concessione di questa azione sono però richiesti due estremi: 1.° che il servo abbia preso il danaro a mutuo in tali circostanze e per sopperire a necessità tali per le quali egli avrebbe acquistato gerendo, qualora fosse stato libero, l'*actio neg. gest. (contraria)*: L. 3, § 2, Dig. XV, 3; [310] 2.° che il servo fosse tale di cui il terzo contraente potesse fidarsi *(curiosus esse debet quo vertatur)* L. 3 § 9 Dig. XV, 3. Ora a chi ben consideri la natura di questi due estremi, si farà tosto manifesto, che dall'*actio de in rem verso* non può argomentarsi in alcun modo all'*actio neg. gest. (contraria)*.

[309] Cade qui opportuno notare come il Leist si avvolga in un circolo vizioso quando afferma che il *dominus* deve sopportare il pericolo allo stesso modo che il gestore deve impiegare per lui il danaro mutuato. Poichè solo allora dovrà il gestore impiegare il denaro per il *dominus*, quando egli possa essere considerato tale che ha realmente intrapreso una gestione nel patrimonio del *dominus*. Vedi in questo proposito RUHSTRAT *Die neg. gestio* p. 13.

[310] LEIST op. cit. p. 158.

L'unico contatto che abbiano queste due azioni si è quello indicato dalla L. 3 § 2 Dig. XV, 3 citata; che cioè il terzo contraente acquista l'azione contro il *dominus* solo quando il servo si sia deciso a contrarre per il *dominus* in tale necessità nelle quali *gerendo* avrebbe acquistato, se libero, l'*actio neg. gest. (contraria)*. La L. 3 § 2 citata non dice dunque che il servo se fosse stato libero avrebbe acquistato l'*actio neg. gest. (contraria)* contraendo con terzi allo scopo di gerire, bensì realmente gerendo. La ragione poi per cui si accorda al terzo contraente l'*actio de in rem verso* contro il *dominus* non è già semplicemente riposta nelle circostanze di avere egli contratto in tali condizioni nelle quali il servo avrebbe acquistato se libero l'*actio neg. gest. (contraria),* di avere cioè per così dire contratto *utilmente,* ma principalmente nel fatto di essersi egli *definitivamente* spogliato in favore del *dominus* di una somma di denaro. Una volta mutuato il denaro, ad un servo fedele, la destinazione di esso per il *dominus* non è solo pensata ma anche effettuata; il terzo contraente non può più altrimenti disporre di quella somma, e perciò gli si concede l'*actio de in rem verso,* mentre però gli si impone di guardare bene con chi egli contragga *curiosus igitur creditor esse debet quo vertatur.* (L. 3 § 9; L. 16 Dig. XV, 3; L. 18 § 4 Dig. Leist p. 95 e 99.) È facile dunque vedere come dalla concessione dell'azione *de in rem verso* al terzo contraente contro il *dominus* del servo col quale egli ha contratto, anche quando il danaro mutuato, non venne impiegato, nulla possa trarsi in favore della opinione che sostiene acquistare il gestore l'*actio neg. gest. (contraria)* contro il *dominus,* per il semplice fatto di aver contratto un mutuo allo scopo di gerire utilmente. In quella ipotesi infatti, contratto il mutuo, e consegnato il denaro al servo, il terzo contraente può essere considerato come tale che definitivamente ha impiegato

una somma di denaro per il *dominus,* per la impossibilità materiale nella quale esso si trova di disporne altrimenti. Nel caso del gestore invece questa impossibilità non esiste; non esiste quindi nemmeno la ragione di decidere che egli possa agire contro il *dominus* quando il denaro sia andato fortuitamente distrutto prima di essere stato per lui impiegato. Il caso fortuito come ha resa impossibile l'attuazione del proposito fatto dal gestore, ha pure reso impossibile ogni cambiamento di volontà da parte sua. E poichè non può affermarsi che il gestore avrebbe certamente impiegato il danaro mutuato per il *dominus,* non essendo a ciò in alcun modo vincolato, così non può attribuirsi al *dominus* la responsabilità per il caso fortuito.

269. — Vediamo infine se la teoria da noi avversata tragga qualche sostegno dalle fonti romane. Le principali leggi alle quali si richiamano più o meno fuggevolmente gli avversari sono le LL. 2. Dig. III, 5; 21 (22) eod. e 17 pr. Dig. XV, 3 che conviene brevemente esaminare.

270. — L. 2 Dig. h. t.

Gaius libro tertio ad Edictum.

Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem.

Questa legge, determinando quali sieno gli obblighi del *dominus* di fronte ad una gestione *utiliter coepta* nel suo interesse, dice che il *dominus* non solo deve risarcire al gestore le spese eseguite col proprio danaro, ma deve anche rilevarlo da tutte le obbligazioni che egli abbia assunto nel gerire e per gerire. Gli è questo un principio universalmente accolto il quale se non lascia dubbio sulla propria giustizia, lascia l'altra parte impregiudicata la nostra questione. Ben diverso è infatti il dire che il gestore

può pretendere di essere rilevato dalle obbligazioni incontrate nel gerire, dal dire che col semplice fatto di contrarre allo scopo di procurarsi i mezzi per poi gerire sia pure *utiliter*, egli abbia già iniziato la gestione e ripercosso la responsabilità per il caso fortuito in riguardo all'oggetto dei negozi conchiusi, pel *dominus*. A sostegno di questa affermazione nulla può certamente trarsi dal testo; piuttosto nella frase *se in rem absentis alicui obligari* vedesi già un accenno efficace ad uno stretto nesso che deve intercedere fra il contratto del gestore ed il patrimonio del *dominus*.

271. — Più efficace argomento sembra invece a prima vista possa trarsi in favore della avversata teoria dalla

L. 17 pr. Dig. XV, 3.

Africanus libro octavo quaestionum.

Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit: nihilo minus posse cum domino de in rem verso agi existimavit, nam et si procurator meus in negotia mea impensuras pecunia mutuatus sine culpa eam perdiderit recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum. [311]

Il Leist [312] cita questa legge per provare la conformità della sua teoria alle fonti romane. E realmente in questo testo si addossa al *dominus* la responsabilità per il caso fortuito che abbia distrutto il denaro mutuato da un gestore *in negotia absentis impensurus*. Ma la conclusione che da ciò trae il Leist è precipitata poichè non risulta menomamente dal testo che questo contratto di mutuo fosse concluso dal gestore per iniziare la gestione. Anche chi ha già intrapreso, ed in parte compiuta la gestione, può contrarre per eseguirla, ma ben diversa è la situazione di un tale

[311] Ruhstrat pp. 30-31.

[312] op. cit. p. 159.

gestore da quella di chi si fa a contrarre per potere poi iniziare la gestione. Questi infatti non si obbliga di fronte al *dominus* a gerire realmente per il semplice fatto di aver contratto allo scopo di poi gerire: rimane libero. Quello invece si è già assunta una responsabilità col fatto di gerire, e deve continuare la gestione sotto pena di risarcire tutti i danni risultanti dal tralasciarla. Ora gli è noto che quando tale gestione egli abbia intrapresa utilmente egli acquista di fronte al *dominus* una posizione analoga a quella del mandatario. (art. 1141 cod. civ.). E come questi è autorizzato a contrarre per procurarsi i mezzi di gerire in accordo al mandato, [313] così anche il gestore che ha intrapreso la gestione *utiliter*, è autorizzato a concludere tutti i negozi necessari al suo espletamento. Ora che il testo in esame riguardi realmente un gestore contraente dopo avere già iniziato la gestione non sembra dubitabile di fronte alla voce colla quale il gestore è indicato: *procurator*. « Procurator » è nel concetto romano una persona che amministra un complesso di affari altrui, prolungatamente; [314] questa amministrazione può trarre la sua origine sia dalla volontà del *dominus* che dalla libera iniziativa del gestore. Nel primo caso il procuratore si varrà dell' *actio mandati*, nel secondo, qualora abbia intrapreso l' amministrazione *utiliter*, dell' *actio neg. gest. (contraria)*; nell' uno e nell' altro caso egli è obbligato ad usare nell' amministrazione la diligenza media di un buon padre di famiglia, e non risponde del caso fortuito.

272. — L. 21 (22) Dig h. t.

Gaius libro tertio ad Edictum Provinciale.

[313] Vedi L. 10 § 9 Dig. XVII, 1; L. 1 § 9 Dig. XXVII, 3; L. 5 pr. Dig. XII, 4; L. 12 § 9; 27 § 4; 56 § 4 Dig. XVII, 1. Leist p. 94 nota 2. Ruhstrat *Die neg. gestio* p. 24.

[314] Vedi Scialoia Recensione all' opera di Schlossmann *Der Besitzerwerb durch dritte* nella Cultura anno I num. X (15 Marzo 1882) p. 435.

Sive hereditaria negotia sive ea, quae alicuius essent, gerens aliquis necessario rem emerit, licet ea interierit poterit, quod impenderit judicio negotiorum gestorum consequi: veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit idque casu quodam interierit, forte incendio vel ruina. Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sive vitio eius acciderit: nam cum propter ipsam ruinam aut incendium damnandum sit, absurdum est eum istarum rerum nomine, quae ita consumptae sunt, quicquam consequi.

Anche questo testo viene a torto invocato a sostegno della teoria da noi combattuta. Gli è vero infatti che in esso si attribuisce al *dominus* il rischio e pericolo di un *negotium* conchiuso dal gestore, ma non già di tale contratto conchiuso per iniziare la gestione. Qui sta infatti l'equivoco nel quale sono incorsi gli scrittori da noi avversati. Nel confondere i contratti conchiusi dal gestore per iniziare la gestione coi contratti da esso conchiusi, per proseguirla, dopo averla iniziata. La legge che ora esaminiamo, al pari delle precedenti, considera appunto un contratto che cade in questa categoria. Ciò è provato non tanto dalla frase colla quale comincia il testo [315] quanto dall'ultima sua proposizione. In questa il giurista completa il concetto precedentemente espresso osservando che solo allora il *dominus* sopporta il rischio e pericolo quando il gestore non sia in colpa. Ora come potrebbe parlarsi di colpa del gestore, se egli già tale non fosse: il richiedere per attribuire al *dominus* il rischio e pericolo, che il gestore non sia in colpa nella gestione, significa pre-

[315] Il Wächter mon. cit. p. 351 nota 20 ed il Ruhstrat *Die neg. gestio* p. 7 hanno giustamente osservato che i testi nei quali si parla di *negotia aliena gerere* si riferiscono *generalmente* a gestori universali. Veggansi in questo proposito: L. 16; 6 § 12; 8 pr.; 11; 19 § 3 e 5; 21 § 2; 23; 31 § 6: 35; 38 Dig. III, 5.

supporre che egli abbia già intrapreso utilmenle la gestione; poichè di diligenza è a parlarsi solo nel proseguimento della gestione. Dunque il gestore di cui parla il testo aveva già utilmente intrapresa la gestione, e a lui incombeva l'obbligo di proseguirla. Nel proseguirla però, avendola intrapresa *utiliter*, egli era autorizzato a contrarre a rischio e pericolo del *dominus*, appunto come avviene del mandatario.

273. — Si comprende facilmente perchè il gestore di un patrimonio non sia responsabile del caso fortuito; perchè e. g. egli possa ripercuotere sul *dominus* l'insolvenza casuale, delle persone cui egli ha mutuato il denaro del *dominus*. Egli infatti dopo avendo assunto l'amministrazione del *dominus* assente, è obbligato a condurla da buon padre di famiglia; non deve quindi tralasciare di compiere tutti quegli atti che un buon padre di famiglia avrebbe compiuto. Così deve esigere i crediti del *dominus*, [316] deve pagarne a tempo i debiti, [317] deve dare a mutuo il denaro giacente. Se tralascia questi atti è responsabile. [318] Ora ogni volta che all'adempimento di questi atti si palesa necessario il contrarre mutui od altro, il gestore *deve* farlo. Qui realmente può parlarsi di un vero obbligo che gli incombe, poichè se egli tralascia di contrarre si rende responsabile di fronte al *dominus*. Ora se di fronte al *dominus* egli si trovasse nella condizione di un terzo qualsiasi che arbitrariamente ed inopportunamente si fosse intromesso nel patrimonio altrui, facilmente si comprenderebbe non poter egli addurre a sua giustificazione la triste alternativa o di contrarre a proprio rischio, o di rendersi maggiormente responsabile di fronte al *dominus*: « *qui sua culpa*

[316] Chambon § 9 Koelner § 32-33.
[317] Ruhstrat § 8.
[318] Windscheid § 430 nota 10.

damnum sentiit damnum sentire non censetur. Ma il contrario avviene se egli invece è tale che utilmente si è intromesso nell' interesse del *dominus.* Qui il contrarre è divenuto una necessità in seguito alla gestione utile, è quindi una necessità entro all' ambiente creato dall' *utiliter coeptum,* analoga a quelle necessità di contrarre che si possono manifestarsi per il mandatario, e per le quali egli è autorizzato a contrarre a rischio del mandante. Di simili contratti non può attribuirsi il rischio e pericolo al gestore, poichè se a lui si è imposto soltanto, ove abbia intrapreso la gestione utilmente, l' obbligo di gerire diligentemente, a lui si è implicitamente attribuita la facoltà di compiere tutti quegli atti, e di conchiudere tutti quei contratti i quali sono necessari all' espletamento della gestione intrapresa. In quanto quindi nell' esecuzioni di questi atti e nella conclusione di questi contratti egli non sia incorso in *culpa,* non è a ritenersi responsabile. Il venire in diversa sentenza includerebbe disconoscimento di uno dei più fondamentali principi generali di diritto; il principio che chi è investito di una data facoltà è investito anche di tutte le facoltà accessorie necessarie all' esercizio di quella prima.

274. — La decisione contenuta nel precedente numero, la quale trova come si è visto valido appoggio nelle fonti, ci sarà sicura guida nella determinazione del criterio in base al quale può stabilirsi quando gli atti preparatori della gestione possono essere considerati utile inizio della medesima. Specialmente considerando la conclusione di contratti da parte del gestore abbiano sostenuto che il rischio e pericolo dei medesimi debba gravare il *dominus* quando tali contratti si collegavano ad una gestione già utilmente intrapresa. In questa ipotesi infatti non potrebbe il gestore rivolgere a proprio profitto l' oggetto dei contratti

conchiusi, senza incorrere in una responsabilità che economicamente sarà sempre superiore al valore di quell' oggetto. Dunque qui il gestore *deve* contrarre e perciò *può* contrarre. Egli contrae in seguito ad una utile gestione e perciò contrae utilmente, quindi non risponde che della colpa. Per la inesistenza di queste condizioni egli invece non è obbligato a contrarre, dove contraendo inizierebbe la gestione, « *suscipere enim est voluntatis* »; e quindi anche se contrae, per il semplice fatto di contrarre, non si preclude necessariamente la via a disporre poi in proprio favore, od in favore di terzi, dell'oggetto del contratto. Perciò egli non risponde della colpa di cui siasi reso responsabile nella conclusione dei contratti, ma ne sopporta il rischio e pericolo. Nella generalità dei casi quindi deve ritenersi che col semplice contrarre al fine di gerire non può dirsi iniziata la gestione. Però se quelle condizioni che abbiamo visto essere sufficiente a creare l' utilità del contrarre, e che quindi ripercuotono sulla persona per la quale si è contratto il rischio e pericolo, si manifestino in qualsiasi altra forma allora può ritenersi iniziata utiliter la gestione. Ciò non si verificherà di frequente nella vita pratica ma può tuttavia verificarsi. Ogni volta e. g. che il gestore abbia acquistato cose utili soltanto allo scopo gestorio propostosi, le quali, per natura loro, non possano essere rivolte a suo vantaggio o ad altrui, egli ha fermato in modo facilmente costatabile e giuridicamente apprezzabile la sua intenzione di gerire, poichè egli non potrebbe da quel divisamento desistere senza grave danno. Così pure quando egli abbia conchiuso contratti il cui oggetto riguarda direttamente ed esclusivamente il patrimonio della persona per la quale egli vuole gerire, come se egli abbia dato ad altri mandato di gerirlo, o se abbia conchiuso un contratto di locazione d' opere per riparare cose spettanti al *dominus.* L' oggetto di simili con tratti non può essere dal gestore divertito nel suo proprio inte-

resse e perciò in questi casi può di lui dirsi che *in rem domini* se *obligavit*. Se quindi la gestione ad iniziare la quale, egli così contrasse era utile ad intraprendersi, egli avrà acquistato l' *actio neg. gest. (contraria)*, poichè in questo caso esistono le medesime ragioni di decidere che si riscontrano nella conclusione dei contratti necessariamente intrapresi per condurre a fine la gestione utilmente già intrapresa.

§ 6. *L' approvazione del dominus.*

BIBLIOGRAFIA: — Busse *De Ratihabitione* Lipsiae 1831. — Agricola *De Ratihabitione* Gothae 1848. — Girtanner *De Ratihabitione negotiorum gestorum, Ienae* 1848. — Beckhaus *Ueber die Ratihabition der Rectsgeschäfte*, Bonn 1859. Aarons op. cit. p. 270-72 *Anhang*. — Griesinger *Zur Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte* Tübingen 1862. — Gregory *Specimen juris civilis de Ratihabitione*, Hagae Comitis 1864. — Seuffert *Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte* Würzburg 1868. — Polignani *La dottrina della Ratihabitio* Napoli 1869. — Bertolini *La ratifica degli atti giurldici* vol. I.

275. — Quando la gestione degli affari altrui è stata intrapresa *utiliter*, non vi ha interesse alcuno a conoscere se il *dominus* l' approvi. (L. 50 Dig. XVII, 1). Una tale gestione viene per ragioni di pubblica utilità imposta al *dominus* come se egli stesso l' avesse voluta.[319] Ma quando l' originario intervento del gestore nel patrimonio altrui, o la sua attività svolta comunquesiasi a favore del *dominus*, non riveste quei caratteri di utilità che furono determinati nei precedenti paragrafi, e quando in questo intervento egli non era autorizzato nè da mandato nè per legge, allora si manifesta importante il ricercare quale influenza possa avere l' approvazione del *dominus* sul sorgere dell' *actio neg. gest. (directa)*, e *(contraria)* e sulle reciproche obbligazioni che con queste azioni si fanno valere.

[319] Alcuni scrittori parlano erroneamente in questa ipotesi di ratifica coatta. Così gli autori sopra citati p. 273 nota 259 e Beckhaus op. cit. p. 45. Contro giustamente anche il Bertolini op. cit. I p. 36-38.

276. — Alcuni scrittori, fra i quali il Beckhaus, confondendo ratifica ed approvazione, che sono due concetti ben distinti, hanno sostenuto che nella ipotesi di una gestione non utilmente intrapresa il sorgere delle due azioni *(directa* e *contraria)* dipende dall' approvazione del *dominus*. Ma in tale affermazione si asconde un grave equivoco che conviene dissipare. Come abbiamo più volte accennato la gestione può consistere in una attività svolta entro la sfera patrimoniale altrui, *(negotium* obbiettivamente *alienum)* o in una attività svolta semplicemente nell' interesse altrui. In quella prima ipotesi il fatto della gestione è per sè stesso sufficiente a far sorgere l' *actio neg. gest. (directa)*; non invece nella seconda. Tanto nella prima ipotesi che nella seconda può poi avvenire che il gestore contragga con terzi a nome del *dominus* oppure che contragga a nome proprio. Se egli ha contratto a nome proprio disponendo di cose appartenenti e. g. a Tizio egli è tenuto *actione neg. gest. (directa)* di fronte a Tizio, ma questo non può nè deve ratificare. Se invece egli ha contratto a nome di Tizio, disponendo di cose a Tizio appartenenti, egli è pure tenuto *actione neg. gest. (directa)*, ma Tizio può anche ratificare il negozio conchiuso, non in quanto esso aveva per oggetto una cosa a lui spettante ma in quanto era stato conchiuso a suo nome; in base alla così detta *gestione rappresentativa*. Ora si comprende facilmente che Tizio nel ratificare un contratto conchiuso a suo nome, generalmente lo approvi, ma ciò nullameno, anzi se non per altro per questo, risulta pure evidente che altro è la ratifica altro l'approvazione. Ciò premesso facilmente si comprende in che consista l'errore del Beckhaus: egli confonde approvazione e ratifica ed afferma in modo assoluto in rapporto all' approvazione una cosa che è vera soltanto in riguardo alla ratifica.[320] Che cioè l' azione

[320] Si riferiscono infatti alla ratifica del neg. rappresen. le leggi citate da Beckhaus p. 46-47; L. 6 § 9 e 10 Dig. III, 5; L. 9 Cov. II, 19; L. 24 Dig. III, 5.

neg. gest. (directa) sorge colla ratifica *(erst mit der Ratihabition).* Quando infatti noi abbiamo un *negotium* obbiettivamente *alienum,* l' azione diretta sorge col semplice fatto di gerire, e la posteriore approvazione del *dominus* non ha altra efficacia che di modificarne le conseguenze. Chè se in altra ipotesi — nella ipotesi di un *negotium* subbiettivamente *alienum* — l' azione diretta sorge realmente colla ratifica e nella ratifica si compenetra l' approvazione, ciò proviene dai principi della rappresentanza piuttosto che dall' intima natura dell' approvazione. Ciò premesso vediamo che effetto produca l' approvazione sull' azione directa e quale sulla contraria.

277. — Supponiamo da prima che il gestore sia intervenuto nel patrimonio del *dominus* senza necessità e si sia dato a gerire. Per questo semplice fatto è sorta pel *dominus l' actio neg. gest. (directa)* rivolta alla restituzione del patrimonio, al resoconto di tutti gli atti compiuti, al risarcimento di tutti i danni arrecati. Per il gestore invece non è sorta l' *actio neg. gest. (contraria),* poichè al sorgere di questa azione è necessario che il gestore abbia intrapreso la gestione *utiliter* e coll' *animus neg. al. ger.* Se noi ci chiediamo ora quale effetto possa avere l' approvazione in riguardo all' azione del *dominus* potremo facilmente rispondere: essa sottrarrà agli effetti che l' azione già esistente aveva tutto ciò che è incompatibile col contenuto dell' approvazione. L' approvazione pura e semplice dell' *initium* gestorio tende a far considerare come tale che utilmente abbia intrapreso la gestione di affari altrui, il gestore che invece imprudentemente si è in essi intromesso. Dopo l' approvazione quindi il *dominus* avrà l' azione tendente al resoconto della gestione ed ai danni arrecati per negligenza, non anche ai danni derivanti dalla inopportunità della gestione per sè stessa. La differenza è

ben grande. Suppongasi che Tizio, me assente, tramuti i miei giardini in campi di grano. Se io approvo la gestione sua potrò da lui pretendere soltanto risarcimento per danni arrecati per una negligente esecuzione del progetto, che se invece non approvo potrò da lui pretendere il risarcimento di tutto l' interesse positivo e negativo che io aveva a che i miei giardini non fossero trasmutati in campi da coltivazione.

278. — Questi principi sono a fondamento della famosa L. 8 (9) Dig. III, 5.

Scaevola libro primo quaestionum

Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. [321] *videndum ergo ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: immo puto et si comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum: et quemadmodum quod utiliter gestum est necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. ceterum si ubi probavi, non est negotiorum gestorum actio: quid fiet si a debitore meo exegerit et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique si quid impendit, quemadmodum recipi t? nam utique mandatum non est. erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.*

In questo interessante frammento Pomponio, forse riproducendo le parole di qualche altro antico giurista, [322] afferma che se il

[321] Veggasi su questo testo Gregory e la interpretazione della glossa esposto nell' appendice all' op. cit. dell' Aarons.

[322] Bertolini op. cit. I p. 27 e segg.

dominus approva la gestione non ha più l'*actio neg. gest. (directa)*, onde argomenta che l'azione penda finchè sia in dubbio se il *dominus* approvi la gestione: *nam quomodo cum semel coeperit nuda voluntate tolletur?* Su questa prima parte del testo è da notarsi che Pomponio nel dichiarare estinta l'*actio neg. gest. (directa)* non può certo significare che sia per ogni riguardo estinta, ma in quanto essa avrebbe potuto tendere al disconoscimento della utilità della gestione. Il *dominus*, che ha approvato l'*initium gestionis* non può più agire contro il gestore per questo: non può più ritenerlo responsabile per avere intrapresa la gestione, ma solo per averla male condotta. Pomponio insomma parlava di *actio neg. gest.*, considerandola nella sua precipua funzione che è quella di competere contro chi ha iniziato una gestione di affari altrui, per il fatto di averla iniziata, mentre tutti gli altri suoi scopi sono da quello dipendenti e ad esso subordinati. Noi non possiamo certamente pensare che Scevola pensasse aver Pomponio voluto in tesi sostenere che l'approvazione esclude assolutamente l'*actio neg. gest. (directa)*, ma egli volle dare al concetto Pomponiano una più ampia e chiara spiegazione. Anche dopo la ratifica, dice Scevola perdura l'azione, e solo in questo senso può dirsi che il gestore non è più tenuto in quanto egli non può più riprovare ciò che ha approvato. Che del resto se si volesse escludere l'azione assolutamente, come potrebbe il *dominus* farsi restituire dal gestore le cose proprie, i crediti esatti, i prezzi delle vendite conchiuse? Dunque, giustamente afferma Scevola, non può dirsi in tesi generale che l'approvazione escluda l'*actio neg. gest.*, ma l'esclude per quanto ciò è necessario in conformità al contenuto della approvazione. Ora questo contenuto può essere svariatissimo ed escludere quegli effetti soltanto provenienti dalla inesistenza di *utiliter coeptum*, o solamente quelli derivanti da mancata diligenza nel gestore, o quelli derivanti dall'una e dall'altra insieme.

Può infine escludere anche assolutamente l'una azione e l'altra « *si specialiter id actum est ut neuter adversus alterum habeat actione* ».[323] Il determinare dunque quali effetti debba produrre l'approvazione dipende naturalmente dall'esame dei fatti, e delle circostanze nelle quali venne prestata: ove però abbiasi a dubitare del suo contenuto la illazione più naturale e giuridica conduce a pensare che, nella intenzione di chi la prestava, essa tendesse a supplire soltanto la mancanza di *utiliter coeptum*.

279. — Se è per lo meno inesatto il ritenere che dalla approvazione del *dominus* dipenda il sorgere dell'*actio neg. gest. (directa)*, certo errato si è il sostenere come fa il Griesinger[324] che neppure l'*actio neg. gest. (contraria)* debba la sua origine all'approvazione. Questo scrittore fa derivare l'azione, che al gestore compete dopo la approvazione del *dominus* dal principio giuridico: *nemo cum aliena jactura locupletior fieri debet*. Secondo il Griesinger la L. 8 (9) Dig. III, 5 sulla quale principalmente si fonda la nostra opinione[324] dice soltanto che il *dominus* non può riprovare ciò che egli ha approvato, non anche che al gestore dopo l'approvazione competa l'*actio neg. gest. (contraria)*. Nell'affermare ciò lo scrittore alemanno ha però dimenticato di considerare che il testo parla di azione di gestione in genere, riferendosi colla sua ampia espressione tanto a quella del *dominus, (directa)*, quanto a quella del gestore, *(contraria)*, e che espressamente determina poi il contenuto dell'una e dall'altra, rilevando efficacemente che senza la *directa* il *dominus* non potrebbe farsi rendere conto della gestione, e senza la *contraria* non potrebbe il gestore chiedere il *quidquid impendit*. Che se

[323] Così Ulpiano nella L. 9 (10) pr. Dig. III, 5 completando la legge precedente.

[324] Chambon p. 54 n. 2.

questi accenni potessero tuttavia lasciare in chi prenda in esame la nostra legge il dubbio che l' opinione del Griesinger possa avere un qualche fondamento, basterà a dissiparlo il richiamare la sua attenzione su queste parole del testo; *et quemadmodum quod utiliter gestum est necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne quod ab eo probatum est.* L' approvazione della gestione ha il medesimo effetto dell' *utiliter coeptum*, e poichè questo dà nascimento all' *actio neg. gest. (contraria)* così anche l' approvazione.

280. — Colle ultime parole del precedente numero abbiamo implicitamente risolta una controversia a lungo dibattuta nella dottrina; la famosa controversia cioè: se la ratifica converta la gestione in mandato.[325] Dobbiamo ora brevemente giustificare la nostra affermazione. Molti testi che riguardano la gestione rappresentativa accordano al *dominus* ratificante l' *actio neg. gest. (directa)*.[326] Ora poichè nella ratifica di un negozio giuridico compiuto a nome altrui da un gestore è normalmente implicita anche l' approvazione del suo operato, può intanto da essi argomentarsi con sicurezza che l' approvazione non è sufficiente ad attribuire al *dominus l' actio mandati*. Sarebbe però erroneo volere da ciò tosto concludere che se l' approvazione non cambia l' *actio neg. gest. (directa)* in *actio mandati directa*, essa non può neppure cambiare l' *actio neg. gest. (contraria)* qualora, sia sorta, in *actio mandati contraria*, oppure attribuire direttamente al gestore un *actio mandati contraria*. Le due azioni *neg. gest.* sono assolutamente indipendenti e potrebbe benissimo concepirsi che una gestione approvata desse luogo ad un *actio neg. gest. (directa)* e ad un *actio mandati (contraria)*.[327] L' approvazione infatti è un atto della volontà del *dominus*, può quindi cambiare la posizione del *dominus* di fronte al gestore, non quella del gestore di fronte al *dominus*. Però nessun argomento dalla concessione dell' *actio neg. gest. (directa)* al *dominus* contro il gestore dopo l' approvazione può trarsi per sostenere che dopo di essa il gestore abbia tuttavia l' *actio neg. gest. (contraria)*.

[325] Questo modo di porre la questione è per noi ben inesatto, perchè avendo dimostrato avere le due azioni *neg. gest.* requisiti e vita propria, non potrebbesi ad ogni modo dimandare se la ratifica cambi la gestione in mandato, ma se essa cambi l' una o l' altra azione in azione di mandato.

[326] L. 81 (80) § 5 Dig. XLVII, 2; L. 9, Cod. II, 18 (19); L. 19, Cod. eod. L. 3, Cod III, 32.

281. — Bisogna dunque interrogare i testi e risolvere colla guida loro il nostro quesito; cercare poi la giustificazione teorica della risoluzioue ad esso data. Abbiamo visto come la L. 8 (9) Dig. III, 5 ammetta perdurare o sorgere dopo l' approvazione l' *actio neg. gest. (conrtaria)*. Ora in apparente contrasto con quella legge stanno la L. 50 pr. Dig. XVII, 1 e L. 60 Dig. L, 17 che couviene brevemente esaminare.

L. 50 pr. Dig. XVII, 1: —

Celsus libro trigesimo octavo Digestorum.

Si is qui negotia fideiussoris gerebat ita solvit stipulatori, ut reum fidejussoremque liberaret, idque utiliter fecit, negotiorum gestorum actione fideiussorem habet obligatum, nec refert ratum habuit nec ne fidejussor. Sed fidejussor etiam antequam solveret procuratori pecuniam, simul ac ratum habuisset, haberet tamen mandati actionem.

L. 60 Dig. L, 17.

Ulpianus libro decimo disputationum.

[327] La opioione dominante che sostiene acquistare il gestore in seguito alla ratifica l' *actio mandati*, mentre il *dominus* non può esperire che la *neg. gest. (directa)* non è dunque da respingersi per la ragione addotta dal Bertolini op. cit. I p. 45 « che sarebbe ben strano un rapporto giuridico bilaterale con nn azione propria di un contratto l' altra di un quasi contratto ».

Semper qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur, sed et si quis ratum habuerit quod gestum est obstringitur mandati actione.

La fattispecie della L. 30 è la seguente: Tizio amministratore universale degli affari di un Caio, fidejussore di Sempronio in un debito di questi verso Mevio, paga Mevio per liberare Caio e Sempronio. Se questo pagamento fu *utiliter coeptum,* giustamente decide Celso, Tizio avrà l'azione *neg. gest. (contraria).* contro di Caio indipendentemente dall' avere Caio ratificato. Ma il fidejussore Caio, appunto perchè così obbligato di fronte a Tizio, anche prima di aver pagato Tizio o se il pagamento di Tizio non fosse stato per lui utiliter coeptum, dopo la ratifica, può agire *actione mandati,* contro il debitore principale. Così interpretata la legge 30 cit. non osta in alcun modo alla opinione da noi sostenuta. Infatti l' azione di mandato da essa concessa nelle sue ultime parole è l' azione del fidejussore originario Caio, contro l' originario debitore Sempronio, ed è azione di mandato perchè quella originaria fidejussione era stata prestata, come normalmente avviene, col consenso del debitore.

282. — Maggiore difficoltà presenta certamente la L. 60 Dig. L, 17 poichè essa contiene una affermazione, che sta in aperto contrasto col principio da noi sostenuto che l' approvazione del *dominus* dia luogo all' *actio neg. gest. (contraria)* e non all'*actio mandati contraria.* Abbiamo dunque una evidente antinomia fra la L. 8 (9) Dig. III, 5 e la L. 60 cit. La conciliazione di queste due leggi ha molto affaticato gli interpreti come può rilevarsi dalla esposizione dei molti tentativi fatti per risolvere l' antinomia, esposizione che trovasi nell' accurata monografia del Bertolini sulla ratifica. Indipendentemente da ogni antecedente ricerca si comprende però facilmente, che qualora voglia prescindersi

dalla *spiegazione* storica che dell' antinomia danno il Pernice[328] ed il Ferrini,[329] non resta adito all' interprete che ad una di queste due vie. O forzare il significato della L. 60 cit., o limitare ad un caso speciale la sentenza in esso contenuta. Hanno seguita la prima via in diversa guisa Busse,[330] Griesinger,[331] Chambon,[332] Gregory,[333] Brinz,[334] Dankwardt,[335] Seuffert,[336] Monroy,[337] Sturm[338] e Cogliolo.[339] I primi cinque di questi scrittori pensano debba la legge 60 cit. così interpretarsi che se alcuno sappia che altri sta per fargli fidejussione e non lo impedisce, egli resti obbligato *actione mandati (contraria),* e resti così obbligato anche se dopo, quasi a sconfessare il suo silenzio, volesse ratificare per essere tenuto soltanto *actione neg. gest. (contraria)* in base alla L. 8 (9) Dig. III, 5. Così interpretata la Legge 60 cit. non solo non sarebbe più in contrasto colla L. 8 (9) Dig. III, 5 ma anzi ne conterebbe una conferma.[340] Il Cogliolo invece allo stesso fine di togliere efficacia alla L. 60 sostiene che la frase in essa contenuta: *si quis ratum habuerit quod gestum est* « non indica già la ratifica di una gestione compiuta, ma ha *un senso improprio* ed indica uno dei modi coi quali può aversi un mandato tacito ». Infine Dankwardt, Seuffert, Monroy e Sturm nei luoghi

[328] *Labeo* I pp. 516-518.
[329] Note allb trad. del Glück vol. III p. 117 nota a.
[330] op. cit. pp. 62-64.
[331] op. cit. pp. 62-66.
[332] op. cit. pp. 59-60.
[333] op. cit. pp. 264-276.
[334] *Lehrb.* vol. II (2ª ed.) p. 638 nota 25.
[335] op. cit. p. 22.
[336] op. cit. p. 52-53.
[337] op. cit. p. 77.
[338] *Das neg. ut. gestum* p. 72.
[339] op. cit. I pp.
[340] Questa interpretazione è giustamente confutata dal Bertolini op. cit. I pp. 51-52.

citati spiegano la L. 60 dicendo che in essa Ulpiano incorse in una inesattezza di espressione, volendo significare essere il *dominus* tenuto *actione neg. gest. (contraria)* con effetti analoghi a quelli che sarebbero provenuti da un mandato.

283. — I vari tentativi sopra esposti rivolti a togliere efficacia alla espressione molto chiara della L. 60 cit. « *obstringitur mandati actione* », per quanto ingegnosi, certo non hanno un serio fondamento. Sarebbe tuttavia lecito accoglierli qualora non fosse possibile più naturalmente conciliare la L. 60 colla L. 8 (9) Dig. III, 5. Ora a noi sembra che ciò sia possibile seguendo la seconda delle vie sopra accennate: limitando cioè il valore della seconda parte della L. 60 ad un caso speciale. Battendo questa via il Weber,[341] Glück,[342] Koch,[343] Polignani,[344] e più recentemente il Bertolini[345] suppongono che la L. 60 si riferisca nella sua seconda parte a questa fattispecie: Tizio assume la fideiussione per Caio debitore assente ed ignorante; non sorge quindi *actio mandati contraria* per Tizio contro Caio, mancando l'estremo a ciò richiesto nella prima parte della L. 60 cit. Se però Caio venuto a conoscenza che Tizio ha prestato fidejussione in suo favore, prima che egli abbia anche pagato, ratifica, egli è a considerarsi come se egli avesse dato mandato di pagare, e perciò contro di lui, avvenuto il pagamento, sorge l'*actio mandati contraria:* « ..... *obstringitur mandati actione.* » — Questa interpretazione che già per sè stessa spiega il testo

[341] Note ad Höpfner *Comm. über die Heinecc. Inst.* § *937 nota 6.*
[342] *Erlaüt.* vol. XV. p. 247-248.
[343] *Das Recht der forderungen* vol. III. p. 523.
[344] Op. cit. pp, 64-65.
[345] Op. cit. p. 53-54.

senza minimamente forzarlo, è anche confermata dalla L. 60 § 1 Dig. XVII, 1.[346]

284. — Eliminata così la difficoltà esegetica che presentava la L. 60 Dig. L, 17, il principio che l'approvazione di una gestione compiuta attribuisce al gestore l'*actio neg. gest. (contraria)* e non l'*actio mandati contraria* risulta piano ed incontroverso. Nè certo possono ostare ad esso quei testi nei quali la ratifica viene equiparata al mandato. Non che a noi sembri essere molto efficace l'argomento che si adduce da molti scrittori: che cioè equiparare, eguagliare, non significhi identificare e trasformare. Questa distinzione non è veramente decisiva; ma perchè quei testi equiparano la gestione al mandato in quanto si attiene agli effetti che la gestione produce, dopo la ratifica, fra il *dominus* ratificante ed i terzi. Ben potevasi in questo riguardo dire che la ratifica equivale al mandato, senza pregiudicare menomamente ogni discussione circa al vedere se poi all'approvante contro il gestore od al gestore contro l'approvante competesse l'azione di mandato o quella di gestione. Così ad esempio nella L. 12 § 1 Dig. XLVI, 3 trattasi di un debitore che ha eseguito il pagamento al gestore del suo creditore. Se questi ratifica, dice Ulpiano: *liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur.*[347] Ma ognun vede che il parallelo istituito in questo testo fra ratifica e mandato è rilevato unicamente in riguardo ai rapporti fra terzo e ratificante; non pregiudica quindi menomamente la questione se l'approvazione scambi la gestione in mandato. Ora

[346] Veggasi l'esegesi di questa legge, nella monografia citata del Bertolini I p. 54, 56.
[347] L'aver argomentato da questi testi in rapporto all'approvazione era scusabile quando si confondevano con una medesima parola: *ratihabitio,* i concetti ben distinti dell'approvazione e della ratifica.

identica efficacia hanno le L. 1 § 14 Dig. XLIII, 6 e la L. 3 § 10-11 eod. che trattano della ratifica data ad una *dejectio*, e parificano, di fronte al *dejectus*, il mandante al ratificante. È poi sommamente significativa la limitazione che Ulpiano arreca nella L. 152 Dig. 50, 17 e nella L. 1 § 14 Dig. 43, 16 al principio *ratihabitio mandati comparatur*, ritenendolo più propriamente applicabile *in maleficiis*. Per vero abbiamo sopra dimostrato come non possa, concettualmente,[348] nè sulle fonti, sostenersi che dopo l' approvazione spetti al *dominus l'actio mandati;* ora le due leggi testè citate equiparano la ratifica al mandato in riguardo ad atti delittuosi pei quali quindi non avrebbe mai potuto sorgere l' *actio mandati contraria* per il gestore anche ove egli avesse gerito per mandato. Gli è dunque evidente che quei testi riguardano solamente la ratifica dal punto di vista dei rapporti fra terzi e ratificante, e non pregiudicano menomamente i rapporti fra *dominus* approvante e gestore. Così noi, in pieno accordo colle fonti romane e coi principi generali di diritto, possiamo concludere che non solo è erroneo il sostenere che l' approvazione attribuisca al gestore l' *actio mandati*, ma che è anche inesatto dire che essa gli attribuisce obblighi e diritti analoghi a quelli di un mandatario. Devesi piuttosto dire che gli attribuisce quegli obblighi e quei diritti che sono compatibili col contenuto dell' approvazione medesima.[349]

---

[348] Per vero l' approvazione *posteriore* non toglie, nè può togliere che la gestione sia stata compiuta senza mandato!

[349] Veggasi in riguardo a questa questione anche il LABBÉ *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d' un gerant d' affaires* Paris 1856 p. 8, e SCHELLER *Bedeutung und Wirkung der Ratihabition* Heidelberg 1887 pp. 37-39.

§ 7. — *Della gestione utile a più persone*

BIBLIOGRAFIA: — KOHLER op. cit. al § 1 di questo capitolo. — LAURENT *Droit. civil* vol. XX. — ROBY *A full commentary on one title (de usufructu)* Cambridge 1884. — PAOLI *Delle servitù personali* Firenze 1887. — Ruhstrat *Beiträge* (Arch. für. die civ. Praxis XXXIV). — LEIST op. cit. — BRINKMANN op. cit. — ZIMMERMANN *Aechte und unaechte n. g.* — Gabolde op. cit. — WITTE op. cit. — VIVANTE *Contratto di assicurazione* Milano 1885. — GRUNHUT *Commissio nhandelsrecht.* — ASCOLI *Sulle obbligazioni solidali* Roma 1890. — GIORGI *Obblig.* V.

285. — A che il gestore acquisti l'*actio neg. gest. (contraria)* è necessario che egli gerisca *utiliter*, nell' interesse altrui. Non però qualsiasi interesse è sufficiente substrato al sorgere dell'azione: occorre un interesse fondato sopra un rapporto giuridico determinato, che investa direttamente la persona per la quale si è gerito in rapporto all' oggetto della gestione medesima. Così, ad esempio, certamente non è a ritenersi interesse sufficiente quello che i creditori hanno alla conservazione del patrimonio del loro debitore, a far sorgere contro di loro un' *actio neg. gest. (contraria)* in favore del gestore del patrimonio medesimo; la persona che ha qui un interesse direttamente determinato alla gestione è il *dominus* del patrimonio medesimo. Una sola gestione può dunque interessare più persone in tal modo che solo contro una di esse possa muoversi l' *actio neg. gest. (contraria)*. Qualche scrittore distingue in questo proposito interesse prevalente ed interesse conseguenziale;[350] ma questa distinzione, per quanto impressiva, non arreca certamente contributo alcuno alla determinazione dell' indole giuridica dell' interesse che è necessario substrato all' attuazione del requisito dell' *utiliter coeptum*. Può infatti chiedersi: e quando è che un interesse deve essere considerato prevalente?.... Si adducono degli esempi: se Tizio prosciuga una palude, che trovasi nei suoi

---

[350] e. g. KOHLER op. cit. p. 113.

fondi certo è che tutti gli abitanti dei dintorni ne risentiranno un vantaggio. Se Caio atterra la propria casa e converte l' area in un grazioso giardino chi potrà negare che Sempronio proprietario frontista ne risenta utile? Così se alcuno erige un argine per proteggere il proprio fondo dalle acque spesso irrompenti di un torrente sovrastante certo farà cosa che interessa anche i proprietari dei fondi che si trovano al di là del suo, i quali potranno eventualmente essere protetti da quell' argine. Ma in tutti questi casi la dottrina è concorde [351] nel riconoscere non esservi substrato sufficiente al sorgere di un' azione di gestione contraria contro le persone così indirettamente avvantaggiate: la ragione di questa giusta dottrina non si trova però nella distinzione sopraccennata fra interesse prevalente ed interesse conseguenziale, bensì in ciò, che le persone così avvantaggiate non hanno un interesse fondato sopra un rapporto giuridico direttamente intercedente fra di esse e l' oggetto della gestione. In tale rapporto trovasi, in quei casi, il gestore medesimo, sicchè deve dirsi aver egli in ogni evento gerito utilmente ma nel proprio interesse. Che se così gerendo egli ha avvantaggiate delle altre persone ciò dovrà ascriversi allo stretto intrecciarsi di rapporti, che in ogni società si verifica fra l' un individuo e l' altro. Nell' esercizio dei propri diritti ogni persona può arrecar pregiudizio o vantaggio ad altre persone; ma come non si rende responsabile chi in tal guisa altri danneggia, così neppure acquista diritti chi l' avvantaggia.

286. — Nel numero precedente abbiamo considerato quei casi nei quali una sola persona, e precisamente la persona stessa del gestore, aveva un interesse giuridicamente determinato all'oggetto della gestione. Può però avvenire che una gestione interessi

[351] Dalloz *Oblig.* n.ri 5402-5403. Laurent XX n. 335 Appello Grenoble 12, 8, 1836.

più persone in guisa tale, da far sorgere contro ciascuna di esse un' azione di gestione; e per vero in due modi: o la gestione interessa più persone in base a più distinti e diversi rapporti giuridici che vincolano più persone all' oggetto di una sola gestione: o essa interessa più persone in base ad un solo identico rapporto giuridico dal quale esse si trovano in comune investite in rapporto all'oggetto della gestione medesima. Consideriamo da prima quella ipotesi. La gestione svolta sopra una cosa sulla quale Tizio ha il diritto di proprietà e Caio un diritto di usufrutto può essere utile all'uno e all'altro e dar luogo a due diverse e distinte azioni *neg. gest.* L'interesse che Tizio e Caio hanno alla gestione sono due diversi e distinti interessi, ma del pari fondati sopra un rapporto giuridico che li investe in riguardo all' oggetto della gestione: il rapporto di proprietà ed il rapporto di usufrutto. Perciò la dottrina giustamente distingue la gestione in quanto ha per suo scopo essenziale la conservazione della sostanza della cosa, dalla gestione in quanto ha per suo scopo essenziale la conservazione delle proprietà di usufrutto. Il *quidquid* impiegato nella prima, anche se indirettamente giova all'usufruttuario, è a carico del proprietario; viceversa il *quidquid* impiegato nella seconda, anche se giova indirettamente al proprietario, è a carico dell' usufruttuario. Quanto abbiamo qui detto in riguardo all' usufrutto può dirsi a proposito del pegno. Anche qui può benissimo distinguersi l' interesse del proprietario da quello del creditore pignoratizio. Onde la L. 7 § 1 Cod IV, 24 stabiliva: *creditor autem necessarios sumptus, quos circa res pignoraticias fecit, exigere non proibetur.* (L. 8 pr. e § 5 Dis. XIII. 7).

287. — I due interessi dell' usufruttuario e del proprietario sono così nettamente distinti, che essi possono dar luogo ad una *actio neg. gest. (contraria)* dell' uno contro l' altro: il proprie-

tario può divenire gestore dell' usufruttuario e l' usufruttuario del proprietario. Le fonti romane ci offrono esempi di tale gestione:

L. 48 Dig. VII, 1: —

Paulus libro nono ad Plautium

Si, absente fructuario, heres quasi negotium ejus gerens reficiat, negotiorum gestorum actionem adversus fructuarium habet, tametsi sibi in futurum heres prospiceret. [352]

In questa legge Paolo ci rappresenta il proprietario come gestore dell' usufruttuario [353] rilevando come nulla importi che il gestore abbia gerito sapendo che egli sarebbe poi divenuto erede. L' interesse suo alla gestione è troppo remoto perchè gli si possa attribuire una efficacia giuridica; mentre l' interesse dell' usufruttuario è in prima linea e si concepisce bene indipendentemente da quello del proprietario. D' altra parte nella vita sociale l' interesse di una persona si manifesta sempre in qualche modo collegato con quello di altre persone e a volere accordare l' *actio neg. gest. (contraria)* soltanto a chi ha gerito nell' interesse unico ed esclusivo di un altro bisognerebbe limitarne soverchiamente la sfera di applicazione e quasi distruggerla: poichè l' interesse di uno si riflette sempre, più o meno vivamente, sugli altri. Così pure il sapere il gestore che la sua gestione potrà indirettamente riescire utile anche a lui, non esclude l' intenzione di gerire nell' altrui interesse, mentre tali vantaggi si ricambiano poi nel continuo intrecciarsi degli affari e quegli che oggi ha guadagnato alcunchè a spese d' altri, rimetterà domani in vantaggio di lui. [354]

[352] In riguardo all' uso vedi L. 23 Dig. VII. 8 Kohler *op. cit.* p. 117.

[353] Qui il *quasi* ha il significato di *come;* il *Roby* op. cit. p. 216 1 traduce *quasi negotium gerens: assuming to be acting for the usufructuary.*

[354] Conviene qui notare come in qualche caso nel quale si potevano concepire due distinti interessi ad una sola gestione, il diritto romano abbia per

288. — Questi principi romani riguardanti l' usufrutto vennero modificati dalla legislazione civile italiana? L' art. 502 cod. civ. stabilisce che l' usufruttuario, il quale abbia eseguite le riparazioni straordinarie, ha diritto di essere rimborsato senza interesse del valore delle opere fatte, in quanto la loro utilità sussista ancora al tempo in cui cessa l' usufrutto. Questa disposizione del codice civile collegata colla precedente dell' art. 501 sembra a prima vista indurre una deroga evidente ai principi del diritto romano, applicando alle spese straordinarie eseguite dall' usufruttuario i principi sanciti dal codice negli art. 704 705 riguardanti il possessore di buona fede. A sostegno di questa opinione si dice che imponendo al *dominus rei* l' obbligo di risarcire l' usufruttuario nel *quidquid,* si verrebbe a costringerlo, per quanto indirettamente, ad un fare, il che non può essere essendo l' usufrutto una servitù la quale non può mai consistere in *fare.* A me sembra però che questa argomentazione abbia una efficacia tutta apparente, poichè l' obbligo, che al *dominus* si imporrebbe col ritenerlo obbligato *actione neg. gest. (contraria),* gli si imporrebbe non già come una conseguenza delle servitù, ma al contrario come conseguenza del suo diritto di proprietà. L' usufruttuario non muove contro il *dominus* come usufruttuario, ma come gestore, e gli è appunto in quanto egli cessa di essere usufruttuario che *può* diventare gestore. Non è a dissimularsi l' ostacolo che a questa teorica presenta l' art. 502 cod. civ.: si

considerazioni speciali esclusa l' applicazione dei principi sopra svolti. Così particolarmente in riguardo a colui che fosse stato immesso *in bona* il pretore aveva stabilito uno speciale trattamento L. 9 pr. Dig. XLII, 5: — *Ulpianus libro sexagensimo secundo ad Edictum — Praetor ait: Si quis cum in possessione bonornm esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituat: sive, quod impensae sine dolo malo fecerit, ei non praestabitur: sive dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicetur, de ea re judicium in factum dabo.* Vedi in questo proposito Kohler op. cit. p. 117.

potrebbe tutlavia dire che la legge, quando limita il diritto dell' usufruttuario nei termini stabiliti dall' art. 502, considera il caso in cui l' usufruttuario abbia compiuto le spese straordinarie credendovisi obbligato. Allora certamente egli sarebbe paraganabile nell' esecuzione delle spese straordinarie ad un possessore di buona fede ed a lui si dovrebbero applicare i principi degli art. 704 705, non potendo concepirsi azione *neg. gest. (contraria)* in favore di persona che non ha voluto gerire per altri. Ma quando invece l'usufruttuario interviene come terzo, a tutela di un interesse ben distinto del proprietario, egli gerisce per altri e se gerisce utilmente perchè dovrebbe essere sottratto ai principi della gestione? Che se è vero non essere obbligato il *dominus* ad eseguire le spese straordinarie, vero è altresì, come risulta *a contrariis* dall' art. 501 in fine, che neppure il gestore è tenuto a fare queste spese. Quando poi si consideri che nessun proprietario è obbligato a conservare il proprio patrimonio, e che pure ogni gestore che per lui intervenga, onde evitarne la ruina, diventa suo gestore ed acquista, qualora ne abbia attuato i requisiti, l'*actio neg. gest. (contraria),* non si troverà alcun motivo per escludere che l' usufruttuario possa acquistare un' *actio neg. gest. (contraria)* contro il proprietario. Bisognerebbe a questo scopo elevare una presunzione di proibizione da parte di quest' ultimo: presunzione che non avrebbe un serio fondamento nella legge nè nei principi generali del diritto.[355]

289. — La posizione dell' usufruttuario di fronte al proprietario è dunque la seguente: Se l' usufruttuario compie spese straordinarie[356] credendo di esservi tenuto, o contro il divieto del proprietario, non acquista l' *actio neg. gest. (contraria).* Se invece compie tali spese per il proprietario, e nell' interesse che si fonda sul nudo diritto di proprietà, acquista contro di lui l' *actio neg. gest. (contraria),* e questa azione può essere esercitata subito essendo indipendente dall' esistenza del diritto di usufrutto. Solo al sorgere di tale azione con tale efficacia è necessario che la gestione nell' interesse del proprietario intrapresa sia stata intrapresa *utiliter* e coll' *animus negotia aliena gerendi.* Come l' usufruttuario contro il proprietario, così anche il proprietario contro l' usufruttuario può acquistare l' *actio neg. gest. (contraria)* tutte le volte che abbia utilmente preso a gerire a soddisfazione di quell' interesse che ha la sua radice nel diritto di usufrutto. Ciò è provato dall' intima natura dell' azione medesima e dalle fonti romane. Vedi L. 12 § 2 Dig. VII, 1.

290. — Un altro esempio tipico di gestione intrapresa nello interesse di più persone è quella svolta nel patrimonio di un pupillo. Essa può infatti interessare il tutore al pari del pupillo ed il determinare contro quale di queste due persone sorga l' *actio neg. gest. (contraria)* dipenderà unicamente dal vedere di fronte a quale di esse sieno stati dal gestore attuati i due requisiti dell' azione medesima.[357] Ora per quanto s' attiene al requisito dell'*animus neg. al. gerendi,* a determinarne l' esistenza o meno debbono

[355] Il Paoli *Delle servitù personali.* Firenze 1887 ritiene che in riguardo ai lavori che toccano la sostanza del fondo concesso in usufrutto, lavori che l' usufruttuario non ha il diritto di fare e che il proprietario *può proibire,* debbansi applicare ad usufrutto finito i principi sull' accessione. Alla possibilità di una *proibitio domini* il Paoli attribuisce quindi gli effetti di una attuale *prohibitio!*

[356] Qui è necessario notare che nel codice italiano la distinzione fra *spese ordinarie* e *spese straordinarie* non corrisponde esattamente alla distinzione fra spese riguardanti l' interesse che si fonda sul diritto di *nuda proprietà* e l' interesse che si fonda sul diritto di *usufrutto.* Per questa osservazione resta maggiormente confermato quanto siamo venuto scrivendo nel testo, e resta altresì spiegato il contenuto dell' art. 503 cod. civ.

[357] Analogamente Brinz *Lehrb.* II (2. ed.) p. 649.

seguirsi i seguenti criteri: se il gestore ha gerito sapendo di gerire affari spettanti oggettivamente al pupillo deve, fino a prova contraria, ritenersi aver egli voluto gerire nell'interesse del pupillo medesimo e conseguentemente, in quanto abbia gerito utilmente, gli si accorderà l'*actio neg. gest. (contraria)*. Se invece il gestore, pur sapendo di gerire affari obbiettivamente spettanti al pupillo, ha gerito in contemplazione del tutore, perde l'*actio neg. gest.* contro di quello e l'acquista, nel concorso del requisito dell'*utiliter*, contro di questi. Tali principii trovansi teoricamente formulati ed applicati nella

L. 5 § 8 (6 § 6) Dig. h. t: —

Ulpianus libro decimo ad Edictum

Sed si ego tui filii negotia gessero vel servi, videamus, an tecum negotiorum gestorum habeam actionem. et mihi videtur verum, quod Labeo distinguit et Pomponius libro vicensimo sexto probat, ut, si quidem contemplatione tui negotia gessi peculiaria, tu mihi tenearis: quod si amicitia filii tui vel servi, vel eorum contemplatione, adversus patrem vel dominum de peculio dumtaxat dandam actionem. idemque est et si sui iuris esse eos putavi. nam et si servum non necessarium emero filio tuo et tu ratum habueris, nihil agitur ratihabitione eodem loco Pomponius scribit hoc adjecto, quod putat, etsi nihil sit in peculio, quoniam plus patri dominove debetur, et in patrem dandam actionem in quantum locupletior ex mea administratione factus sit. [358]

291. — Il principio enunciato da Labeone ed approvato da Pomponio è il seguente: data una gestione utile in favore

[358] Veggasi anche L. 45 (46) Dig. III. 5 L. 60 § 1 Dig. XVII. I. La L. 30 § 1 Dig. III. 5 citata da qualche scrittore in questo proposito è affatto estranea all'argomento.

di un figlio di famiglia per decidere contro chi spetti l'*actio neg. gest. (contraria)* bisogna considerare in contemplazione di chi fu compiuta la gestione medesima. Che se fu svolta in contemplazione del padre spetta contro il padre, in quanto naturalmente egli vi aveva interesse; se invece fu svolta *amicitia filii* o *contemplatione eius*, non spetta contro il padre che l'*actio de peculio*. Il testo non parla dell'azione del gestore contro il figlio; essa però sorgeva necessariamente essendo attuati i suoi requisiti, ed il silenzio del testo si spiega considerando che in pratica quest'azione non era utile al gestore e si risolveva nell'*actio de peculio* contro il padre. [359] Nella seconda parte del testo poi il giurista Ulpiano suppone che alcuno abbia acquistato uno schiavo per un Tizio, da lui ritenuto *sui juris*, mentre invece era figlio di famiglia, e decide che sarebbe affatto inefficace la ratifica di questa gestione da parte del padre. Al gestore quindi non resterebbe in tale ipotesi che un'*actio de peculio* e nel caso che il peculio fosse tutto dovuto al padre, un'azione di arricchimento. [360]

292. — Delineati i criteri colla guida dei quali può determinarsi — verso quale di più persone interessate esista il requisito dell'*animus*, e dimostrati gli effetti che tale requisito produce, volgiamoci a considerare come possa determinarsi anche l'esistenza del secondo requisito dell'*act. neg. gest. (contraria)*: l'*utiliter coeptum*. A che possa dirsi esservi utile gestione per una persona abbiamo visto essere necessario che questa persona abbia alla gestione medesima un interesse fondato sopra un determinato rapporto

[359] Brinz *Lehrb* (2ª ed.) § 220 p. 46 e § 258 p. 203 a.

[360] In riguardo alla seconda parte di questa legge veggasi Ruhstrat *Beiträge* (Arhiv. für die civ. Praxis vol. XXXIV) p. 69 Leist op. cit. p. 134 Brinkmann op. cit. p. 21 e segg. Witte op. cit. pp. 37-40 Zimmermann *Aechte und unaechte neg. gestio* p. 36 e pp. 71-72.

giuridico. Dobbiamo ora soggiungere che non è altrettanto vero il principio opposto, che cioè vi sia per una persona sempre interesse alla gestione, quando essa trovasi investita da un determinato rapporto giuridico in riguardo al suo oggetto. Così nella ipotesi della gestione pupillare tutore e pupillo sono sempre e del pari investiti di un rapporto giuridico in riguardo alla gestione del terzo, ma per l' applicazione dei due principi su enunciati la loro rispettiva posizione di fronte al terzo gestore può assumere diverso atteggiamento. Supponiamo e. g. che il tutore sia impedito dal gerire e stia quindi per incorrere in grave responsabilità di fronte al suo pupillo: il gestore che si fà a sostituirlo per evitargli questo danno gerisce utilmente per lui, e quindi contro di lui acquista l' azione, non contro il *dominus* oggettivo, che generalmente è a sufficienza tutelato dalla sua *actio tutelae.* Supponiamo invece che il gestore si sia dato a gerire — per salvare il patrimonio pupillare da danni — e conoscendo essere il tutore insolvente: in questo caso la gestione è utile al pupillo e poichè per lui è stata intrapresa, contro di lui si accorderà l' *actio neg. gest (contraria).* Infine può benissimo anche verificarsi il caso che la gestione riesca utile sia al pupillo che al tutore, e che sia stata condotta nell' interesse dell' uno e dell' altro. Essa può infatti liberare il tutore dall' *actio tutelae,* (e quindi essere *utiliter coepta* per lui), ed essere anche *utiliter coepta* per il pupillo in quanto i danni evitati dalla gestione sarebbero stati maggiori di quanto avrebbe potuto risarcire il tutore. Qui dunque avremmo due azioni *neg. gest. contrarie,* le quali però non potranno procurare al gestore che il completo risarcimento. La cosa non presenta alcuna difficoltà teorica, poichè i due interessi, del pupillo e del tutore, sono concettualmente ben distinti; solo in pratica riuscirà difficile il determinare con un criterio certo ed esatto quanto sia dovuto al gestore dal pupillo e quanto dal tutore.

293. — Una delle precedenti ipotesi trovasi svolta nella L. 5 § 2 (6 pr.).

Ulpianus libro decimo ad Edictum

Si pupilli tui negotia gessero non mandatu tuo sed ne tutelae judicio tenearis, negotiorum gestorum te habebo obligatum, sed et pupillum, modo si locupletior factus sit. [361]

Qui abbiamo un gestore che ha gerito degli affari pupillari *contemplatione tutoris.* Questa sua *contemplatio tutoris* esclude l' *animus gerendi* per il pupillo, e perciò a lui si accorda l' *actio neg. gest. (contraria)* solo contro il tutore. Che l' azione di cui parla il testo contro il pupillo sia pure un'azione di gestione ha sostenuto il Chambon [362] sulle traccie del Donello con questa sottile argomentazione: Non è possibile, dice egli, volere obbligare il tutore senza volere anche gerire nell' interesse del pupillo: *gratia tutoris aut procuratoris gerere, quod ad pupillum et dominum principaliter pertinet, non potest, quin hoc ipso ita affectus sit, ut prius gerat negotium pupilli aut domini, id est utrique consulat.* Ora da questo argomento si vorrebbe dedurre essere l' azione contro il pupillo accordata nel testo, vera azione di gestione; il che contrasterebbe evidentemente coi limiti ad essa imposti. Mentre d' altra parte a chi pensi alla vera natura del requisito dell' *animus negotia aliena gerendi,* non potrà sembrare così evidente, ciò che adduce il Donello, essere inclusa cioè nella volontà di gerire per il tutore la volontà di gerire nell' interesse del pupillo: quante volte per beneficare alcuno trovasi l' uomo, quasi a suo mal volere, indotto a far bene anche ad altri ? Il sapere che il gestore gerisce affari appartenenti a Tizio, lascia, fino a prova contraria, presumere che nell'interesse

[361] Vedi sopra p. 68 e Donello ad L. 27 Dig. XII. 1 n. II. Noodt *Probabilia* III c. 9 Olto *Thes.* III 635.

[362] op. cit. p. 49.

di Tizio egli voglia tali affari trattare, ma quando esplicitamente il gestore determina nell' interesse di chi egli vuol gerire non è più luogo a presunzioni di sorta. Così è appunto nella ipotesi trattata nella nostra legge, nella quale si concede una vera azione di gestione contro il tutore ed un'azione di arricchimento contro il pupillo. Senonchè essendo necessario a muovere l'azione di arricchimento provarne l' esistenza, e non essendo possibile affermare essersi il pupillo arricchito a spese del gestore, finchè il gestore possa essere risarcito dal tutore, così questa azione, in causa della sua stessa natura, non sarà esercitabile che nel caso di insolvibilità del tutore. [363] Ridotta l' azione di arricchimento a queste sue giuste proporzioni, si manifesta, se non erro, inaccettabile l' affermazione del Chambon, [364] secondo la quale il gestore può bensì convenire il pupillo dopo aver convenuto il tutore, ma non viceversa convenire il tutore dopo aver convenuto il pupillo. Se infatti il pupillo fosse divenuto insolvente, si avrebbe nel tutore un arricchimento a danno del gestore ammontante a quel tanto di cui il tutore sarebbe rimasto obbligato di fronte al pupillo, qualora il gestore non fosse intervenuto. E per questo tanto al gestore contro di lui devesi a tenore della L. 5 § 2 concedere l' azione di arricchimento.

294. — Un caso analogo a quello svolto nei precedenti numeri si ha, per diritto moderno, nella gestione rivolta a sottrarre alla distruzione, o a salvare da danno, una cosa assicurata. Questa gestione è certamente utile sia al proprietario che all'assicuratore, essendo l'interesse di queste due persone fondato sopra due distinti e ben determinati rapporti giuridici: il diritto di proprietà

363 Gabolde op. cit. p. 17 dice che questa azione veniva accordata sussidiariamente al gestore dal pretore (!?) in caso d' insolvibilità del tutore.

364 l. c.

e il contratto di assicurazione. Però il decidere se l' azione *neg. gest. (contraria)* sorga contro l' uno o contro l' altro, o contro l' uno e l' altro di questi due interessati, dipende unicamente dal vedere se contro l' uno o l' altro o contro l' uno e l' altro vennero attuati i suoi requisiti. Ora per ciò che si attiene all'*animus negotia aliena gerendi* deve ritenersi che solo una positiva e dimostrata contemplazione di una di queste due persone escluda l'azione *neg. gest. (contraria)* contro l'altra, e quanto all' *utiliter coeptum* facilmente si rileva, che solo allora può dirsi esistere, verso ciascuna di esse, quando ciascuna di esse abbia un' *attuale* interesse alla gestione. Così se ad esempio Tizio si è assicurato per una somma che copre completamente il rischio, e l' assicuratore è perfettamente solvibile, e Tizio per essere lontano non può adoperarsi all'opera di salvamento, e non è perciò responsabile, non può dirsi avere egli attuale interesse alla gestione. Questo interesse ha invece l' assicuratore. Se invece Tizio non si è assicurato per una somma che copra completamente il rischio della cosa assicurata, oppure se egli per sua colpa non è in condizione di adoperarsi ad evitare la distruzione della cosa assicurata, allora anche egli ha un interesse attuale alla gestione, e quindi anche contro di lui, ed in proporzione di questo suo interesse, compete l'*actio neg. gest. (contraria)*. Abbiamo dunque in quest' ipotesi due azioni *neg. gest.* contrarie, le quali tendono ad ottenere da due persone il *quidquid utiliter impensum est*, in proporzione dell' interesse che ciascuna di esse aveva alla gestione utilmente intrapresa. Questo caso è completamente parificabile a quello di un assicurato, che, sopportando una parte del rischio, si fa a gerire per evitare od alleviare un sinistro. In questa sua funzione l' assicurato è gestore dell' assicuratore, ma solo in quanto l' assicuratore abbia un attuale interesse alla gestione si accorderà contro di lui l' *actio neg. gest. contraria*. Il *quidquid impensum est* andrà quindi diviso

in proporzione dell' interesse che alla gestione avevano assicurato ed assicuratore; interesse che si determina sulla quota di rischio da ciascuno di essi sopportata. Così l' assicurato dovrà sottrarre dal *quidquid* che si fa a pretendere dall' assicuratore, quel tanto che corrisponde proporzionalmente all' interesse che egli aveva alla gestione da lui intrapresa. [365]

295. — Veniamo ora a considerare attentamente la seconda delle due ipotesi sopra (n. 286) accennate: l' ipotesi cioè di una gestione la quale soddisfi ad un interesse comune a più persone, in quanto comune ad esse sia il diritto sul quale quell' interesse si fonda. Un esempio tipico in questo riguardo ci è offerto dalla comunione. Il concetto della comunione originariamente limitato al diritto di proprietà [366] venne poi estendendosi a tutti i casi nei quali era possibile un diritto in parte ideali: enfiteusi [367] superficie [368] usufrutto [369] pegno, [370] possesso publiciano; [371] ampliato, esso riscontrasi anche nell' eredità. [372] Ora le azioni *communi dividundo,* e *familiae erciscundae* le quali avevano come scopo precipuo la cessazione dello stato di comunione, dovevano anche naturalmente essere tratte, in occasione della divisione, a pareggiare i reciproci diritti ed obblighi sorti nei singoli comunisti durante la comunione. Questi diritti ed obblighi potevano avere il più

[365] VIVANTE *Contratto di assicurazione* I n. 360. Un caso analogo ci è offerto dall' assicurazione conchiusa dal commissionario. Anche qui abbiamo una gestione compiuta nel proprio e nell' altrui interesse; nel proprio interesse in quanto il commissionario ha un diritto di pegno sulla cosa assicurata, nell' interesse del committente in quanto questo vi ha il diritto di proprietà. Vedi GRÜNHUT op. cit. p. 251 WINDSCHEID § 431.

[366] L. 1 Dig. X. 3.

[367] L. 7 Dig. eod.

[368] L. 1 § 8 Dig. XLIII. 18.

[369] L. 7 § 7 Dig. X. 3.

[370] L. 7 § 6 eod.

[371] L. 7 § 2 eod.

[372] L. 31 Dig. XVII, 2. Vedi MONROY op. cit. p. 135.

svariato fondamento risultando da contratto, da delitto, o da uno di quei tanti e diversi fatti, fecondi di giuridiche conseguenze, che i romani riuniscono nelle due classi delle obbligazioni sorgenti *quasi ex delicto* e *quasi ex contractu.* Le azioni *communi dividundo* e *familiae erciscundae,* in quanto tendevano o al rendiconto di una gestione eseguita da uno dei comunisti, o al risarcimento delle spese o dei danni da uno di essi incontrati gerendo nell' interesse comune, avevano evidentemente una funzione analoga a quella dell' *actio neg. gest.* onde la necessità e l' importanza di determinare il reciproco rapporto di queste azioni.

296. — È opinione della maggior parte degli scrittori,[373] che si sono occupati di questo quesito, che debba negarsi il concorso elettivo delle azioni *neg. gest.* con quelle *comm. divid.* e *fam. erc.* Il Brinkmann, [374] che in questo punto può essere considerato il rappresentante della *communis opinio,* così si esprime in proposito: « *nella comunione della proprietà o di un diritto reale sopra una cosa altrui per parti ideali, quando la gestione non può avvenire parzialmente in proporzione della parte ideale di diritto spettante a chi gerisce, ha luogo solamente l'actio communi dividundo* o l' *actio familiae erciscundae; nel caso opposto hanno luogo solamente le actiones neg. gest.* » Altri scrittori invece hanno fugacemente ammesso il concorso, senza tuttavia dare una soddisfacente dimostrazione della loro opinione. Noi dobbiamo trattenerci alquanto sopra questa controversia, perchè la soluzione che crediamo possa ad essa darsi ha una triplice importanza. Essa spiega e concilia testi apparentemente contradittori; porta un' efficace contributo alla teoria del concorso delle *actiones neg. gest.* colle altre azioni, contrattuali o meno, sorgenti da una ge-

[373] KOHLER op. cit. p. 112; MONROY op. cit p. 138; COGLIOLO op. cit. I pp. 361 e segg.

[374] Op. cit. pp. 63 e segg.

stione di affari altrui; chiarisce infine maggiormente l'intima essenza dei requisiti delle due azioni *neg. gest.*

297. — I testi romani sui quali vuolsi fondare la *communis opinio* sono i seguenti: L. 6 § 2 Dig. X. 3; L. 6 § 7 eod.; L. 39 (40) Dig. III. 5; L. 18 § 6 Dig. X. 2; L. 25 § 15 e 16 Dig. eod.; L. 78 § 2 Dig. XVIII. I. [375] Da questi testi impregiudicatamente esaminati non può, a nostro avviso, dedursi che questo principio: quando un comunista non può gerire nel proprio interesse senza anche contemporaneamente gerire nell'interesse degli altri comunisti, egli acquista verso di loro l'*actio communi dividundo* o *familiae erciscundae*, e resta di tale azione tenuto. Ora la giustezza di tal principio non può certamente essere da alcuno messa in dubbio, quando si consideri la specialità di contenuto

[375] L. 6 § 2 Dig. X, 3 (Ulpianus libro nono decimo ad edictum).... *ceterum non alias communi dividundo judicio locus erit, ut et Papinianus scribit, nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: alioquin si potuit habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur.* — L. 6 § 7 eod. *Si damni infecti in solidum pro aedibus caveris Labeo ait communi dividendo judicium tibi non esse, cum necesse tibi non fuerit in solidum cavere, sed sufficere pro parte tua: quae sententia vera est.* — L. 39 (40) Dig. III. 3 (Paulus libro decimo ad Sabinum). *Si communes aedes tecum habeam et pro tua parte damni infecti vicino cavero, dicendum est quod praestitero negotiorum gestorum actione potius quam communi dividendo judicio posse me petere, quia potui partem meam ita defendere, ut socii partem defendere non cagerer.* — L. 18 § 6 Dig. X. 2 (Ulpianus libro nono decimo ad Edictum). *Cum unus ex heredibus legatum exolvit ei, qui missus fuerat in possessionem legatorum servandorum causa, putat Papinianus, et verum est, familiae erciscundae judicium ci competere adversus coheredes, quia non alias discederet legatarius a possessione, quam vice pignoris erat consecutus, quam si totum ei legatum fuerit exolutum.* Nella L. 25 § 15 e 16 Dig. eod. Ulpiano ripete i principi già espressi nelle altri leggi sopra trascritte rilevando la diversa responsabilità in cui incorre il gestore, e quelle in cui incorre il comunista: perciò gli è molto verosimile che debba leggersi: *ideo negotiorum gestorum in eum actio non competit* invece di: *ideo negotiorum gestorum ei actio non competit.* Infine anche la L. 78 § 1 Dig. XVIII. 1. attribuisce l'*actio familiae erciscundae* al coerede che ha pagato tutto il prezzo di una cosa acquistata dal testatore.

delle azioni in discorso. Il comunista infatti non è tenuto come tale ad usare nella gestione che la diligenza così detta *in concreto*, e per poter esercitare la sua azione non ha bisogno che di dimostrare la opportunità della sua gestione. La circostanza di avere il comunista necessariamente gerito nell'interesse dell'altro comunista scema quindi la sua responsabilità e non rende necessaria all'esercizio della sua azione di rivalsa l'attuazione dei due requisiti dell'*utiliter coeptum* e dell'*animus negotia aliena gerendi*. Tanto ciò è vero, altrettanto invece ne sembra arbitrario argomentare dai testi sopra citati che chi ha gerito nell'interesse comune *non possa* anche agire *actione neg. gest. (contraria)* ed essere convenuto *actione negotiorum (directa)*, e che chi ha gerito nell'interesse comune, mentre poteva gerire soltanto nel proprio interesse, non possa *anche* agire *actione communi dividundo* ed essere di tale azione tenuto. La risoluzione di questo quesito non può naturalmente dipendere che dal vedere se l'esistenza dei requisiti di un'azione (comm. div.) escluda la possibilità d'esistenza dei requisiti dell'altra (neg. gest.): se questa incompatibilità esiste deve negarsi il concorso, se non esiste lo si deve ammettere.

298. — Prima di istituire questa ricerca dal punto di vista strettamente teorico è però necessario esaminare le fonti romane. Se infatti le fonti romane accordano a chi ha gerito nell'interesse altrui, necessariamente, per gerire nell'interesse proprio, l'*actio neg. gest. (contraria)* noi non potremmo a meno di pensare che esse ammettono anche la possibilità d'esistenza dei suoi requisiti; ottenendo così pel diritto romano una prova evidente del concorso elettivo delle due azioni. Ora le fonti romane realmente accordano al comunista, che ha gerito nell'interesse comune, mentre non poteva gerire nel suo proprio ed esclusivo interesse, l'*actio neg. gest. (contraria)*: —

L. 30 (31) § 7 Dig. III 5: —

Papinianus libro secundo responsorum

Uno defendente causam communis aquae sententiae praedio datur: sed qui sumptos necessarios ac probabiles in communi lite fecit negotiorum gestorum actionem habeat. [376]

L. 19 § 2 Dig. X. 3: —

Paulus libro sexto ad Sabinum

Si per eundem locum via nobis debeatur et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius communi dividundo vel pro socio agi posse: quae enim communio juris separatim intelligi potest? sed negotiorum gestorum agendum.

L. 3 Cod. II 18 (19): —

Impp. Severus et Antoniuns AA Adriano

Si pro fratre coherede pecuniam solvisti negotiorum gestorum actione experiri potes, sive pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus es, actionem eandam habebis VEL *judicio familiae erciscundae, si non est inter vos redditum, eam quantitatem adsequeris.* [377]

L. 18 § 1 Cod. III. 36: —

Impp. Diocletianus et Maximanus AA et CC. Domnae

In communi autem hereditate quin sumptus ab uno facto bona fide familiae herciscundae judicio vel negotiorum gestorum actione servari possint, non est ambiguum. [378]

299. — Da questi testi risulta un concorso elettivo [379]

[376] Chambon p. 122.

[377] Vedi BRINKMANN op. cit. pp. 66-69.

[378] Affatto arbitrario è quanto scrive di questa legge il BRINKMANN op. cit. p. 66, che cioè in essa sia detto soltanto avere il coerede l'una azione o l'altra a seconda che le spese da lui compiute potevano venir eseguite *pro parte* o meno: il testo evidentemente suppone delle spese compiute in una eredità indivisa, spese quindi che non potevano naturalmente essere eseguite *pro parte*.

[379] Vedi WITTE op. cit. p. 8 e p. 18.

fra le azioni *communi dividundo* e *familiae erciscundae* e le azioni *negotiorum gestorum*. Essi sarebbero quindi in aperta contradizione con quelli sopra citati (n.° 297) se veramente dovesse loro darsi l'interpretazione sostenuta dalla *communis opinio*. Ma il vero è che quei testi non negano la concorrenza, mentre questi l'affermano. Che se volessimo per un momento credere alla interpretazione comune dovremmo riconoscere aver Papiniano nella L. 30 (31) Dig. III 5 sostenuto un principio affatto opposto a quello a lui attribuito da Ulpiano nelle L. 6 § 2 Dig. X. 3, e Paolo si sarebbe del pari contradetto in modo inammissibile sostenendo nel libro sesto della sua opera *ad Sabinum* (L. 39 (40) Dig. III 5) ciò che esplicitamente nega nel libro decimo (L. 19 § 2 Dig. X. 3). Per ammettere tali contradizioni sarebbe necessario che realmente esse risultassero evidenti, che cioè l'una legge dicesse esplicitamente ciò che l'altra esplicitamente nega: ma invece la contradizione sorge solo fra un principio dedotto a contrariis da alcune leggi [380] ed a torto, per quanto mi sembra, ed un principio esplicitamente affermato. Ciò induce a pensare che la contradizione esiste soltanto nella immaginazione degli interpreti, sicchè insieme ad essa cadono anche tutte le opinioni enunciate per torla di mezzo. Delle quali opinioni due conviene ricordare: quella che ritiene essere stato il concorso ammesso solo nel diritto più recente; [381] l'altra che sostiene essere stata concessa l'*actio neg. gest.* dove esisteva l'*actio communi dividundo* o *familiae erciscundae* solo in *subsidium*, in mancanza cioè di altre azioni. [382]

[380] Sulla L. 9 § 4. Dig. 42, 5 vedi WITTE op. cit. p. 8 nota 5 e più innanzi nota 32.

[381] CHAMBON op. cit. p. 124.

[382] BRINKMANN op. cit.

300. — Esaurita l'esegesi delle fonti esaminiamo ora i risultati in essa ottenuti da un punto di vista puramente teorico, e vediamo quale contributo essi arrechino alla determinazione dei requisiti delle due azioni *neg. gest.* Questi risultati possono riassumersi in tre principi: 1.° il comunista che ha gerito anche nell'interesse degli altri comunisti, mentre avrebbe potuto gerire nel suo esclusivo interesse, è tenuto *actione neg. gest. (directa),* ma può anche essere tenuto *actione communi dividundo;* 2.° viceversa acquista l'*actio neg. gest. (contraria)* qualora ne abbia attuati i requisiti, ma può anche agire *communi dividundo;* 3.° il comunista che ha gerito nell'interesse di tutti i comunisti, non avendo potuto gerire nel suo proprio esclusivo interesse, è tenuto *actione communi dividundo* ed acquista questa azione, ma può anche essere tenuto *actione neg. gest. (directa)* e può anche acquistare l'*actio neg. gest. (contraria)* quando ne attui i requisiti. Di questi tre principi i primi due non lasciano dubbio essendo ivi la concorrenza elettiva delle due azioni fondata sulla libertà delle parti di supporre esistenti elementi di fatto che realmente non esistono. Il terzo invece richiede una giustificazione, perchè è a dimostrarsi, indipendentemente dalle fonti, la possibilità del sorgere dell'azione *neg. gest.* (diretta e contraria) là dove esistono i requisiti dell'*actio communi dividundo.*

301. — Si potrebbe anzitutto al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa)* obbiettare la non esistenza del requisito del *negotium* obiettivamente *alienum.* Nella comunione *pro indiviso* infatti il comunista è investito completamente del diritto che ne costituisce l'oggetto: non può dunque dirsi essere il comunista penetrato nella sfera patrimoniale altrui. A questa obbiezione è però facile rispondere che se formalmente il comunista è investito di tutto il diritto, che forma oggetto della comunione,

sostanzialmente però questo suo dominio è limitato dall'eguale diritto degli altri comunisti, sicchè, di fronte ad essi, egli è *dominus* solo in quanto lo concede l'egual diritto loro. L'esistenza *sostanziale* del requisito del *negotium* obbiettivamente *alienum* esiste dunque fra le parti e l'assoluto dominio che ciascun comunista ha *formalmente* vale solo di fronte ai terzi. E però nulla osta teoricamente al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa)* per un comunista contro l'altro che abbia gerito il patrimonio comune. Osta però nell'opinione di molti scrittori una pretesa mancanza di volontarietà nel comunista gestore. Il comunista, si dice, gerisce nell'interesse comune perchè ciò gli è necessario per provvedere all'interesse suo proprio: egli non gerisce quindi, nell'interesse degli altri comunisti o per lo meno non gerisce volontariamente. A tali obbiezioni mi sembra si possa così rispondere: che il comunista non abbia voluto gerire nell'interesse degli altri comunisti non è certo provato dal non aver egli potuto gerire nel suo proprio esclusivo interesse; quando anche fosse provato nulla deporrebbe contro la tesi da me sostenuta, in quanto ho cercato dimostrare essere l'*actio neg. gest. (directa)* indipendente dal requisito dell'*animus negotia aliena gerendi.* Che poi il comunista non abbia nella nostra ipotesi neppur gerito *volontariamente* viene affermato dagli scrittori avversati, per un concetto, che pur mi sembra aver dimostrato non esatto, che essi hanno della volontarietà.[383] La sola difficoltà all'ammettere il concorso elettivo dell'*actio neg. gest. (directa)* coll'*actio communi dividundo* potrebbe trarsi dalla diversità di contenuto che hanno le due azioni nella loro normale funzione. Ma anche questa difficoltà è tutta apparente. Il diritto romano infatti non attribuì all'*actio neg. gest. (directa)* un contenuto

[383] Vedi retro cap. IV, § 1.

fisso ed immutabile; al contrario ne attenuò od aumentò l'efficacia a seconda delle circostanze nelle quali la gestione fosse stata intrapresa. Così stabiliva non essere tenuto che del dolo chi avesse assunto la gestione in caso di estrema necessità; rispondere invece anche del caso fortuito chi l'avesse intrapresa non *utiliter*. L'azione *neg. gest. directa* competeva anche contro chi avesse assunta la gestione per una necessità qualsiasi, giuridica o meno L. 3 § 10 Dig. III 5.[384] L'azione *neg. gest. (directa)* competeva quindi anche contro chi avesse gerito nell'interesse altrui costrettovi dal bisogno di gerire nell'interesse proprio. Ma il contenuto di questa azione doveva naturalmente essere modificato in relazione alle circostanze nelle quali la gestione era stata assunta. Non poteva ritenersi responsabile questo gestore come il gestore normale; poichè egli aveva qui diritto di gerire: la sua responsabilità doveva essere diversa. Nè difficile doveva presentarsi al giudice il determinarla mentre per tal caso tipico era già stata elaborata l'*actio communi dividundo*, e mentre a ciò prestavasi la dottrina medesima dell'*actio neg. gest. (directa)* e la natura *bonae fidei* del giudizio.

302. — Anche il concorso elettivo dell'*actio neg. gest. (contraria)* coll'*actio communi dividundo* può essere pienamente giustificato dal punto di vista teorico, e la sua giustificazione arreca molta luce sulla vera indole dei due requisiti di quell'azione. Generalmente, come già osservammo, si nega la possibilità del concorso dell'*actio neg. gest. (contraria)* coll'*actio communi dividundo*, sostenendo che quando il comunista gerisce nell'interesse comune, per non potere altrimenti provvedere al suo proprio interesse, non solo non attua il requisito dell'*animus negotia aliena*

[384] Vedi retro p. 235 nota 235.

gerendi; ma neppure quello dell'*utiliter coeptum*. Se fossero vere queste premesse non si potrebbe a meno di accettare anche la conseguenza; ma gli è appunto la verità di queste premesse che crediamo si possa efficacemente contestare. Infatti il requisito dell'*animus neg. al. gerendi* non include già una positiva volontà di gerire nell'altrui interesse, ma solo l'esclusione di una volontà di gerire unicamente a scopo egoistico. Così vedremo gerire coll'*an. neg. al. ger.* chi sa di gerire affari altrui, poichè ad una tale *scientia* devesi fino a prova contraria ritenere unita la volontà di gerire per il *dominus* di quegli affari. Ora può dirsi che il comunista, che gerisce nell'interesse della comunione quando non potrebbe gerire nel suo proprio ed esclusivo interesse, gerisca sempre e necessariamente mosso solo dal suo egoismo individuale? Per rispondere affermativamente a questa domanda bisognerebbe ammettere come fatto certo o dimostrato che il gestore non avrebbe altrimenti gerito nell'interesse comune qualora avesse potuto gerire nel suo proprio ed esclusivo interesse. Ora che un tal principio non possa ammettersi in tesi, sebbene possa talvolta trovare pratica applicazione nella vita, nessuno vorrà negare.[385] Per regola dovrà invece ritenersi aver voluto il comunista gerire *anche* nell'interesse degli altri interessati, ammettendo solo in via di eccezione da dimostrarsi ciò che gli avversari elevano a principio.

[385] Le parole di Ulpiano nella L. 9 § 4 Dig. XLII 5: *Generaliter etiam dicendum est, quidquid impendit in rem, si modo sine dolo malo impendit, repetere eum posse: nam negotiorum gestorum agere non magis potest quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur*, contengono, come fu già da altri osservato, una erronea giustificazione del principio sancito nell'editto con esse commentato la quale si spiega fino a un certo punto considerando l'indole intuitiva dei giuristi romani, (Kohler op. cit. p. 118) e che certo non arreca grave ostacolo alle cose da noi svolte nel testo.

303. — E passiamo al requisito dell' *utiliter coeptum.* Il comunista che gerisce nell' interesse comune, mentre non potrebbe gerire nel suo esclusivo interesse, non può attuare, si dice, il requisito dell' *utiliter coeptum.* Solo quegli infatti gerisce utilmente che soddisfa un interesse altrui fondato sopra un diritto altrui. Ora qui il comunista è investito del pieno diritto e però non soddisfa l' interesse degli altri comunisti, bensì l' interesse suo proprio ed esclusivo. Questo ragionamento si trova universalmente ripetuto ed ha realmente una non lieve efficacia persuasiva. Solo si riesce a convincersi della sua artificiosità domandandosi se fra i vari comunisti possa concepirsi l' assoluto dominio dell' uno di fronte all' altro. E poichè non può a meno di riconoscersi che il confronto dell' assoluto dominio, che formalmente hanno tutti i comunisti si risolve in un dominio sostanziale e proporzionale di ciascuno di essi, così devesi anche ammettere che il comunista, che gerisce nell' interesse comune se gerisce di fronte ai terzi nel suo solo ed esclusivo interesse, così non può dirsi gerisca certamente di fronte agli altri condomini. Qui prevale la sostanza sulla forma, e deve dirsi che il comunista gerisce anche nell' interesse degli altri comunisti. Che se volesse decidersi anche in questa ipotesi con riguardo al *dominium* formale e pieno dei singoli comunisti potrebbe anche sostenersi avere il comunista gerito nell' esclusivo interesse degli altri comunisti, poichè anche questi sono formalmente, tutti e ciascuno, domini assoluti. A convincerci poi completamente della ammissibilità di un' *actio neg. gest. (contraria)* del comunista, che ha gerito nell' interesse comune, contro gli altri comunisti, ci induce, a parte i testi, la seguente considerazione. Il requisito dell' *utiliter coeptum* riguarda direttamente l' interesse del *dominus* e non il diritto sul quale questo interesse deve essere fondato. Ora anche dove havvi comunione od indivisibilità di un diritto

fra più persone, noi possiamo sempre concepire un interesse distinto di ciascuna di esse pur fondato sul medesimo diritto comune ed indivisibile. Così se il comproprietario di un fondo *pro indiviso* rivendica una servitù d' acqua in favore del fondo medesimo, egli certo agisce in base ad un diritto che formalmente è suo esclusivo, ma sostanzialmente egli soddisfa all' interesse concettualmente distinto degli altri comproprietari. Pertanto decideva Papiniano L. 30 (31) § 7 Dig. III 5: — *uno defendente causam communis aquae sententia praedio datur: sed qui sumtos necessarios ac probabiles in commune lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet.* La conclusione che da questa e dalle precedenti considerazioni discende non fa dunque che riconfermare teoricamente i risultati ottenuti dalla esegesi delle fonti: che cioè l'*actio neg. gestorum (directa* e *contraria)* concorre elettivamente coll' *actio comm. divid.* e *fam. erc,* quando anche di essa sieno stati attuati i requisiti.

304. — Cade acconcio trattare a questo punto dell'azione di regresso del condebitore solidale, che ha pagato l'intero debito, contro gli altri condebitori, i quali mercè il suo pagamento sono stati liberati di fronte al comune creditore. È noto come la dottrina romanistica sia sempre stata discorde su questo punto: sostenendosi da molti, fin dalla glossa, l'ammissibilità in tesi di un'azione di regresso qualificata come *actio neg. gest.* (utilis);[386] da altri invece negandosi essere fondata sul semplice rapporto di correalità una tale azione; altri infine negando una propria azione di regresso al correo solvente verso i suoi condebitori, ma accordando a lui il diritto di difendersi dall' azione del comune debitore con una *exceptio doli,* finchè il debitore non gli avesse ceduto l' azione, che egli

[386] Questa era stata l' opinione dell' Accursio Vedi FABER *Conject. jur civ.* libro IX. cap. VII.

avrebbe poi fatto valere in regresso contro i condebitori. Certo non è qui opportuno il diffondersi in un esame accurato di queste tre diverse dottrine: tanto più che tale accurato esame trovasi già maestrevolmente condotto nelle monografie speciali riguardanti questo argomento, e nel trattato delle Pandette del Vangerow. Gli è però necessario brevemente accennare ai criteri coi quali questa questione va a nostro avviso risolta, e confrontare i risultati ottenuti in essa con quelli già ottenuti nella più ampia ricerca che precede. Ci sembra anzitutto sia da bandirsi come affatto irrilevante al nostro ploblema, anche qualora fosse accettabile per se stessa, la distinzione della dottrina moderna fra obbligazioni correali ed obbligazioni puramente solidali.[387] L'argomentazione che da questa distinzione si vuol ritrarre è la seguente: nelle obbligazioni correali avendosi una sola *obligatio* e più *personae* non si può accordare azione in regresso *neg. gest. (contraria)* al condebitore solvente, poichè, per quanto utile, tale azione presuppone sempre che il gestore abbia agito un affare altrui o comune. Ora il condebitore correale che paga l'intero debito estingue una obbligazione propria, e poichè una sola obbligazione esiste, non può dirsi avere egli estinto una obbligazione altrui: dunque non vi è gestione di affare altrui e non vi è neppure *actio neg. gest. (contraria).* Dove invece trattasi di obbligazioni solidali, avendosi più obbligazioni e più persone, il condebitore che paga estingue la propria obbligazione ma contemporaneamente estingue anche l'obbligazione del suo condebitore. « Poichè quindi egli penetra, per tal guisa, in una sfera patrimoniale altrui, egli acquista l'*actio neg. gest.* per il rifacimento,

[387] Questa distinzione anche in riguardo all'azione di regresso viene accettata dalla generalità dei monografisti francesi sulla gestione. Vedi e g. Murgeaud Larion op. cit. pp. 34-38.

mentre in luogo di questa può anche sorgere un' *utilis actio* fondata sopra una finta cessione ». Un tale ragionamento, per quanto accolto da sommi giuristi, ne sembra però ben poco efficace: di ciò facilmente può persuadersi chi lo tragga alle sue logiche e necessarie conseguenze. Se si ammette infatti che nelle obbligazioni puramente solidali possa concedersi l'*actio neg. gest. (contraria)* in regresso, in quanto il condebitore solvendo estingue *anche* l'obbligazione del condebitore, si dovrebbe poi *sempre* negare l'azione di regresso al condebitore correale solvente, poichè quella unità di obbligazione persiste sempre, anche quando vi siano rapporti tali fra i correi da giustificare il regresso. Ma poichè a questa conseguenza, a quanto io sappia, nessuno è giunto, nè potrebbe, mi sembra, giustamente pervenire, così si fa palese che la ragione del concedersi l'azione di regresso, nei casi di cosidetta obbligazione puramente solidale, non dipende affatto dall'esservi in questi casi più obbligazioni, e conseguentemente l'esclusione dell'*actio* in regresso nel caso di obbligazione veramente correale, non deve in ogni evento farsi dipendere dalla unità di obbligazione che in essa si riscontra. D'altra parte se si riconosce aver gerito un affare altrui chi estinguendo una propria obbligazione estingue casualmente, e per conseguenza, anche una obbligazione altrui (il che avverrebbe nelle così dette obbligazioni puramente solidali) perchè non si dovrebbe riconoscere aver anche gerito un affare altrui chi ha estinto una obbligazione che è tanto sua che altrui![388] Senonchè non solo quella distinzione delle obbligazioni in correale e puramente solidali non ha alcuna efficacia in rapporto alla nostra ricerca, ma neppure è accettabile in se stessa. L'Ascoli in una monografia, che per acutezza critica e profondo criterio

[388] Ascoli op. cit. p. 68.

giuridico va certo annoverata fra le migliori della recente letteratura giuridica d' Italia, ha cercato dimostrare come quella distinzione sia una creazione della dottrina moderna, che non ha saldi appoggi nè sulle fonti romane, nè sulla intima natura delle obbligazioni che si vogliono così contrapporre. Da questa dimostrazione, che a me sembra efficace, risulta anche ulteriormente provata la insostenibilità della teoria che distingue le obbligazioni correali dalle solidali, in queste accordando sempre l' azione di regresso, in quelle solo a certe condizioni. A noi non resta quindi che esprimere la nostra opinione in riguardo all'azione di regresso nelle obbligazioni correali e vedere in quanto i risultati che otterremo in questa ricerca siano conciliabili con quelli ottenuti nei numeri precedenti.

305. — La dissensione nella dottrina romanistica in rapporto all' azione di regresso nelle obbligazioni correali consiste in ciò, che alcuni ritengono essere già insita nella natura stessa del rapporto della *correalità* il fondadamento giuridico all' azione di regresso: sostengono per diritto romano ciò che hanno ammesso i codici moderni e ciò che altri ritengono avrebbe per lo meno dovuto riconoscere, o che, negli ultimi stadi del suo svolgimento, tendeva a riconoscere il diritto romano, che cioè la liberazione di un correo mercè il pagamento dell' altro nicht in zufälliger Constellation des Verhältnisse, sondern in dem Zwecken und Zielen des ganzes Correalinstitutes liegt; dass daher die formale egoistische Zahlung materiell eine Zahlung zu gemeinsamen materiellen Erfolgeu, oder gar zum materiellen Erfolge eines ganz nnderes Correalschuldners ist dem gegenüber sich die übrigen materiell lediglich in Bürgschafts stellung befinden. [389] Altri invece negano che l' azione fosse

[389] op. cit. p. 121.

per diritto romano già fondata nel rapporto di correalità per se stessa. La sostanziale divergenza di questi scrittori sta dunque in ciò, che gli uni ritengono doversi desumersi dal semplice fatto della correalità la comunione d' interessi e quindi il substrato dell' azione; gli altri invece si sentono indifferenti di fronte al semplice rapporto di correalità come quello che nelle sue esteriori unità, nulla di certo lascia desumere circa ai rapporti interni fra i vari correi. [390] In questi termini mi sembra si debba teoricamente porre la controversia, non già invocando concetti vaghi di equità, che si ritorcono facilmente contro chi li invoca. Così ai sostenitori della concessione dell' *actio* in regresso in base alla pura e semplice correalità, i quali si appellavano all' equità, si è giustamente risposto che sarebbe altrettanto iniquo il concedere un' azione di regresso al condebitore correale unico debitore sostanzialmente, quanto il non concederla ad un condebitore correale formalmente e sostanzialmente. Ora posta la questione in quei termini a me sembra assai più giustificata la teoria di coloro, che negano doversi concedere l'azione di regresso in base alla sola correalità. E per vero, per quanto svariati e diversi possano essere i rapporti esistenti fra i correi, certo è che le diverse cause del loro comune contrarre rimangono per così dire assorbite dall' unica e comune causa astratta dell' obbligazione correalmente assunta. La unità formale fa scomparire l' individualità di contenuto economico che sostanzialmente ha l' obbligazione per ciascun correo di fronte agli altri: eguaglia tutti i debitori, fra di loro. Ora questo eguagliamento, che generalmente s'otteneva mediante la *stipulatio,* ma che egualmente poteva ottenersi anche nei contratti di buona fede, ci giustifica a ritenere,

[390] Così anche WINDSCHEID *Lehrb.* § 294;..... Auf duse Frage giebt die Correa lobligation als solche keine Antwort.

fino a prova contraria, che ciascun debitore sia debitore del tutto, e ci giustifica a ciò appunto, perchè è ammissibile ed attuabile la prova contraria. Perchè si dovrebbe ritenere essersi le parti volute obbligare solo parzialmente, mentre la loro espressa volontà si è rivolta ad obbligarsi solidalmente? Vero è che questa volontà ha ragion d' essere per le finalità economiche, che, coll' istituto della solidarietà, si possono ottenere anche quando all' obbligazione nel *solidum* che formalmente ciascun correo ha assunto corrisponde invece per taluno nessuna sostanziale obbligazione, o solo una parziale obbligazione. Ma ciò non può indurci ad ammettere che nella solidarietà del debito sia già insita la sua parzialità; deve invece indurci ad ammettere la parzialità del debito, quando questa risulti da rapporti sostanziali esistenti fra le parti, i quali devono naturalmente essere dimostrati da colui che intende su di essi fondare delle pretese. L' azione di regresso dunque non è fondata sulla essenza della correalità, ma su quei rapporti (mandato - società - gestione) che possono esistere fra i vari correi. L' essere dunque il condebitore correale da un punto di vista formale esclusivo debitore delle somme dovute, non esclude che egli possa non essere sostanzialmente debitore affatto o solo parzialmente; non già presuppone che egli sia solo parzialmente o nullamente debitore.

306. — Vediamo ora di confermare le cose dette con una breve scorsa alle fonti. Esamineremo da prima i testi addotti a sostegno della opinione da noi respinta; poi quelli che danno sussidio a quella che abbiamo accolta. In favore dell' ammissibilità di un' azione di regresso fondata sulla essenza medesima della obbligazione correale si adducono le seguenti leggi: L. 1 (2) Cod. VIII. 40; L. 29 (30) Dig. III. 5; L. 1 § 13 e 14 Dig. XXVII. 3; L. 20 eod; L. 4 Cod. V, 54; L. 2 Cod.

V, 58; L. 3 e 4 Dig. IX, 3. Sulla legge 1 (2) Cod. VIII. 40 si è sostenuto essere sufficiente ad attribuire al condebitore solvente l' azione in regresso il fatto di essersi obbligati in comune; a questo principio alluderebbe l' espressione del testo in esame: *communiter accipere pecuniam.* Ma a tale interpretazione si è anzitutto risposto doversi invece quella frase assumere nel senso suo più naturale, cioè di una società preesistente fra i condebitori prima della costituzione del debito. Pure anche gli scrittori, che, come il Vangerow, non accettano questa seconda interpretazione, perchè ridurrebbe il contenuto del testo ad un principio troppo noto ed indiscutibile, e perchè d' altra parte l'espressione *communiter accipere pecuniam* sarebbe troppo vaga per indicare un rapporto preesistente di società, e perchè infine sembra loro che la frase *rector provinciae juvare te non cunctabitur* sarebbe troppo indefinita ad esprimere il competere dell'*actio pro socio,* anche questi scrittori, negano recisamente che l'espressione in discorso voglia indicare unicamente il fatto di essere stata l' obbligazione contratta solidalmente. Ed in fatti a che scopo si sarebbe rilevata la circostanza del *communiter accipere pecuniam,* se già la circostanza di essersi i due debitori obbligati solidalmente, circostanza già rilevata nel testo, fosse stata sufficiente a far sorgere l' azione di regresso? *Communiter accipere pecuniam* dunque, se non significa espressamente il prender danaro a mutuo per la società, certo allude ad un rapporto di cointeressenza fra i due condebitori; rapporto che può essere d' indole diversa e costituire base sufficiente al sorgere di diverse azioni: vuoi di società, vuoi di mandato, vuoi di gestione; e di gestione principalmente, in mancanza di altri rapporti. Il testo non dice nulla circa l' indole di questa azione, ma a noi basterà l' accennare qui come a che il condebitore acquisti in regresso un *actio neg. gest. (contraria)* sia necessario che egli ne attui i due requisiti. In qual

modo possa attuarli vedremo poi: in caso che non gli abbia attuati egli potrà tuttavia acquistare in regresso l'azione di arricchimento.[391]

307. — Le altre leggi citate dai sostenitori dell' azione di regresso *in tesi* riguardano i rapporti sorgenti fra contutori, magistrati e congestori. In queste leggi si accorda infatti azione di regresso. Ma non sembra logica l'argomentazione che da esse vuol trarsi. Per due ragioni: anzitutto per la poca solidità della distinzione posta ed universalmente accolta fra obbligazioni correali e puramente solidali. Questa distinzione è stata attaccata con molto acume, ed in modo per massima parte persuasivo dall'Ascoli: se i risultati cui questo acuto scrittore perviene fossero veri noi non potremmo in alcun modo argomentare dai testi riguardanti le obbligazioni puramente solidali in rapporto alle obbligazioni correali, poichè fra queste due classi di obbligazioni non esisterebbe alcuna sostanziale analogia. Certo è dimostrabile sulle fonti che più contutori non sono per regola tenuti *in solidum*, ma solo in quanto l' amministrazione sia indivisa ed anche in tale ipotesi non senza limiti.[392] Ma pur prescindendo dalla giustezza della critica dell' Ascoli, si può, sembrami, efficacemente osservare, che in tutti i testi ove, in casi di cosidette obbligazioni puramente solidali, si accorda l' azione di regresso, si ha, per la natura della causa della obbligazione, una presunzione di responsabilità sostanzialmente divisa fra le varie persone che formalmente la sopportano in solido. Sembra a me che per questa ragione si accordi anche, senza difficoltà, l' azione in regresso a chi ha estinto una obbligazione indivisibile.[393] Dal che discende

[391] Windscheid § 294 e nota 3 e § 299 nota 3 Brinkmann op. cit. p. 108, 142.

[392] L. 14 Dig. XXVI. 7; L. 31 eod. L. 1 § 11 Dig. XXVII. 6 Vedi Ascoli op. cit. p. 18-19. Pei congestori vedi L. 26 Dig. III. 5.

[393] L. 2 § 5 Dig. XLV, I; L. 85 § 3 Dig. XLVI; L. 11 § 23 e 24 Dig. XXXII; L. 44 § 8 Dig. X. 2; L. 3 Cod. II, 18 (19.)

che se anche le obbligazioni di cui parlano i testi in esame fossero vere obbligazioni correali, l' azione di regresso accordata in essi non sarebbe ad ogni modo fondata sulla correalità, ma sul rapporto sostanziale intercedente fra i vari condebitori, rapporto, che, in quei casi speciali di obbligazioni correali, acquisterebbe una evidenza esteriore.

308. — Esaminati i testi addotti dagli avversari in favore della loro tesi, vediamo brevemente quelli che danno appoggio alla nostra opinione. Anzitutto è da considerarsi la

L. 62 pr. Dig. XXXV. 2: —

Ulpianus libro primo ad legem Iuliam et Papiam

In lege Falcidia hoc esse servandum Iulianus ait, ut, si duo rei promittendi fuerint, vel duo rei stipulandi, si quidem socii sint in ea re, dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniae stipulati essent, vel promisissent: quodsi societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse in utrius bonis computari oporteat id quod debetur, vel ex cuius bonis detrahi.

Per ciò che si attiene al calcolo della quarta Falcidia Giuliano, a quanto ci riferisce Ulpiano, aveva deciso che quando la successione conteneva un debito dovuto correalmente dal *de cuius* e da un terzo si doveva considerare se fra il *de cuius* ed il terzo esistesse un rapporto di società o meno. In quella ipotesi si doveva comprendere il debito nel patrimonio ereditario proporzionatamente alla quota sociale del *de cuius;* in questa invece non si poteva dire se il debito dovesse essere calcolato nel patrimonio del *de cuius: in pendenti esse in utrius bonis computari oporteat id quod debetur, vel ex cuius bonis detrahi.* La deduzione che giustamente si è tratta da questo testo è evidente: se solo dove vi sia società è certa l' esistenza del regresso, ciò

significa intanto che il regresso non discende dalla essenza medesima del rapporto di correalità;[394] altrimenti che significato avrebbe la distinzione rilevata nel testo?

309. — Oltre a questo testo che già da solo è decisivo ci limiteremo a citare la L. 40 Dig. XLV, 2 e la L. 71 Dig. XLVI, 1. Nella prima, di queste due leggi Papiniano dice: *si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.* Anche l' efficacia dell' argomentazione che può trarsi *a contrariis* da questa decisione non può facilmente esser disconosciuta. Nella L. 71 cit. Paolo tratta la seguente fattispecie: Granio Antonino si era reso *mandator* di fronte ad Aurelio Palma in favore di Pollione e Giulio Rufo *pecuniam mutuam accipientibus.* Avvenne che il fisco succedesse a Giulio Rufo e similmente ad Aurelio Palma creditore. Granio Antonino sosteneva di essere liberato *jure confusionis; quia fiscus tam creditore quam debitori successerat.* Ma il giurista solleva dubbio essendo due i *rei promittendi,* ed essendo il fisco successo ad uno solo di loro; sicchè poteva ritenersi esser stata per confusione liberata solo la persona del debitore al quale il fisco era successo; non già essere estinto il debito come sarebbe avvenuto per il pagamento. Così infatti pensava Paolo decidendo restare obbligato Pollione (e con lui e per lui il suo fidejussore od il mandator), contro il quale decideva competere al fisco azione *vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem si socii fuerunt.* Anche qui dunque troviamo fatta distinzione fra l' obbligazione correale fondata sopra un rapporto di società e l' obbligazione correale

[394] Come è noto, secondo il SAVIGNY, la frase *in pendenti esse* non indicherebbe già essere escluso, mancando un rapporto di cointeressenza fra le parti, ogni regresso, ma solo essere il regresso più sicuro e certo nel caso di società. Contro Vangerow. *Lehrb.* III. pp. 74-75.

che non si fonda sopra questo rapporto. In quella ipotesi non si accorda al creditore l' azione in solidum poichè il debitore convenuto non potrebbe avere azione di regresso contro il condebitore liberato *jure confusionis;* nella seconda invece la si accorda. Considerando questa legge con esclusivo riguardo al nostro presente scopo dobbiamo rilevare come sarebbe affatto inutile distinguere il caso della società da quello opposto, qualora, nell' essenza della correalità, fosse insita l' azione di regresso fra i condebitori correali, poichè in questa ipotesi la liberazione del condebitore dovrebbe ricadere sul condebitore non già sul creditore.[395]

310. — Per le cose dette nei precedenti numeri resta assodata la ammissibilità di un' *actio neg. gest.* in regresso in favore del condebitore correale solvente contro gli altri condebitori. Con ciò non vuolsi menomamente pregiudicare la questione circa al diritto del debitore solvente di farsi cedere le azioni dal creditore, e neppure vuolsi naturalmente affermare che l' *actio neg. gest. (contraria)* competa sempre. È necessario al suo sorgere l' attuazione dei suoi requisiti: solo abbiamo affermato ed ora dovremo dimostrare essere possibile per l'*actio contraria* questa attuazione. I dubbi in proposito non mancano nella dottrina. Circa al requisito dell' *utiliter coeptum* si è affermato che non può dirsi che il condebitore solvente gerisca utilmente per il condebitore mentre egli è obbligato nel *solidum;* ma questa obbiezione è tutta apparente poichè, come abbiamo già osservato, l'utilità non consiste già nel diritto, ma nell'interesse del condebitore. Ora gli è vero che è di fronte al creditore il debito è

[395] Altri testi citati in favore dell' opinione da noi accettata sono la L. 29 Dig. XXXIV, 2 e per analogia L. 11 Cod. 8, 41; L. 39 Dig. 46, 1 Gai III, 122; Inst III, 20 § 4. Vedi VANGEROW *Lehrb.* § 573 nota 4.

formalmente del condebitore che ha pagato, ma gli è vero anche che tale debito formalmente era anche esclusivo del condebitore che non ha pagato. La formale esteriore unità del debito non pregiudica quindi i rapporti interni fra condebitori, poichè da un diritto od obbligo comune possono sorgere interessi distinti e diversi. Ora in quanto il condebitore non solvente aveva interesse al pagamento, in tanto può dirsi avere il condebitore correale solvente gerito utilmente per lui. Altri invece è reluttante ad accordare l'*actio neg. gest. (contraria)* in regresso sostenendo non avere il debitore solvente, nel solvere, gerito coll'*animus negotia aliena gerendi.* Il valore di questa affermazione dipende però come ognun vede, dalla determinazione di questo requisito: determinazione che non viene data dagli scrittori che sollevano l'obbiezione. Secondo il concetto che di quel requisito in questo trattato ci siamo venuti formando l'obbiezione non ha efficacia. L'*animus neg. al. gerendi* infatti è quella intenzione generica di gerire per altri che naturalmente deve supporsi fino a prova contraria in chi gerisce affari sapendo che sono nell'interesse altrui. Bisognerebbe dunque provare che il debitore correale che paga, anche nell'interesse del suo condebitore, non aveva l'*animus neg. al. gerendi,* non essendo certo sufficiente ad escludere questo requisito la scienza che egli ha di essere obbligato a pagare il *solidum.* In armonia con quanto verremo dicendo nel prossimo capitolo noi dobbiamo quindi ammettere per principio l'*animus neg. al. gerendi* nel condebitore solvente, e solo escluderlo quando vi sia un positivo fondamento per farlo, come sarebbe nel caso in cui il condebitore si credesse solo debitore. Anche in questa ipotesi però crediamo si debba concedere, se il pagamento riuscì utile al condebitore, l'azione di arricchimento. [396]

[396] Vedi retro p. 370.

311. — Il codice civile italiano, sulle orme del codice francese, ha stabilito all'art. 1199 che il condebitore in solido che ha pagato l'intero debito non può ripetere dagli altri condebitori che la porzione di ciascuno di essi. (Art. 1198) Applicazioni di questo principio trovansi negli artt. 1205, 1208. Il nostro legislatore ha dunque codificata quella teoria sull'azione di regresso che a noi è sembrata, per le ragioni sopra esposte, meno logica e meno fondata. All'interprete non resta che applicarla, e quindi per diritto civile italiano dovrà imporsi al condebitore convenuto in regresso la prova del non essere egli che formalmente obbligato, o del non essere egli obbligato che per una parte inferiore a quella che risulta dalla divisione della somma solidalmente dovuta per il numero dei condebitori. Oltre all'azione accordatagli dall'art. 1199 il condebitore solvente è anche surrogato di diritto (art. 1253, 3) nella azione del creditore e nelle sue accessorie garanzie: ed i vantaggi di queste due azioni nella precedura libèra moderna si cumulano. Quanto alla natura dell'azione in regresso concessa dall'art. 1199 non è fuor di luogo lo spendervi qualche parola. A qualche scrittore è sembrato inutile il ricercare l'indole di questa azione [397] mentre altri ha affermato senza esitazione essere un'azione di mandato. [398] Questa seconda opinione si fonda sopra una costruzione giuridica delle obbligazioni correali sostenuta da qualche pandettista alemanno e molto diffusa fra i civilisti francesi: la costruzione delle obbligazioni solidali sopra un rapporto di reciproca rappresentanza. Senza entrare in una discussione che esorbiterebbe dai limiti del nostro tema, basterà osservare come sia sempre pericoloso il costruire teorie su teorie già per se stesse discutibili. E quanto al

[397] Vedi *e. g.* Cogliolo p. 339 nota 469.
[398] Giorgi I. n.° 194.

Giorgi, che così recisamente segue in questo punto questo sistema, non è forse fuor di luogo il notare come egli poi in ultima analisi rinunci alla sua teoria sul fondamento dell' azione di regresso quando ammette che il condebitore, che si è fatto condannare, ha azione per le spese giudiziali solo quando egli abbia accettata la lite facendo il vantaggio comune (op. cit. I n.° 206): una simile azione di mandato è infatti un' azione di gestione. Questa questione circa alla concessione della azione di regresso per le spese giudiziali, come anche la questione circa al diritto del debitore solvente di esigere dai condebitori convenuti in regresso, gli interessi legali dimostrano però, contro l'affermazione di qualche scrittore, come sia, nonchè opportuno, necessario definire, anche per diritto civile, la natura giuridica dell' azione in regresso fra condebitori solidali.*

CAPITOLO VI

Il requisito dell' animus negotia aliena gerendi

§ 1. *Questioni preliminari.*

BIBLIOGRAFIA: — Bucher *Das Recht der Forderungen* [2. ed.] Lipsia 1830. — Savigny *Sistema* [trad. Scialoia] vol. III. — Hoffmann *Entstehungsgründe der obligationen* Vienna 1874. — Zimmermann *Aechte und unaechte neg. gestio* e *Stellvertretende neg. gestio.* — Turgeon *De la gestion d' affaires* — Caen 1882. Regelsberger, *Recensione alla prima di queste due opere* [Krit. Vierteljareschrift vol. XIV pp. 278. — Koelner *Grundzüge der obligatio neg. gest.* — Cogliolo op. cit. I. — Stintzing *Recensione all' opera* di Koelner [Heidelb. krit. Zeitschrift vol. IV fasc. III.] Pacchioni *La L. 48 [49] Dig. III. 5* ecc. [Bull. dell' Ist. di dr. rom. III fas. III]. — Costa *Saggio esegetico sopra un frammento di Papiniano* [L. 50 § 1 Dig. V. 3] Parma 1891.

312. — Alla distinzione fatta al numero 59 (parte seconda cap. I, § 7) fra la gestione considerata negli effetti che produce fra *dominus* e gestore, e la gestione considerata come forma di rappresentanza, negli effetti cioè che può produrre fra *dominus* e terzi contraenti col gestore, si ricollega un' altra distinzione: quella intercedente fra l'*animus negotia aliena gerendi* e la *contemplatio domini.* Questa distinzione che è di fondamentale importanza non fu sempre tenuta presente; anche in questo punto la teoria quasi contrattuale esercitò una influenza notevolissima sulla dottrina moderna. Per questa teoria infatti ritenendosi essere l'*animus neg. al. gerendi* l' intenzione di voler gerire nell' interesse ed *in nome*[399] di una determinata persona, non poteva concepirsi una diversità di concetto fra *animus* e *contemplatio;* così la *contemplatio* veniva considerata requisito essenziale della gestione e per vero alla pari, nelle sue ben diversi funzioni. Come questo sistema urtasse colle fonti è già stata sopra [n. 39 e segg.] e sarà ancora più oltre rilevato: per esso la dottrina si trovò nella necessità di considerare come contenenti estensioni utili dell' *actio neg. gest. (contraria)* leggi nelle quali invece si accordava l' azione vera e propria; per esso vennero ad essere arbitrariamente interpretati testi chiari ed espliciti e restò svisata l'indole giuridica dell' azione medesima. Questo indirizzo non rimase però dominante nella dottrina moderna; molti scrittori ne compresero l' erroneità, attribuendo al requisito dell'*animus neg. al. gerendi* un significato ben diverso da quello che è proprio della *contemplatio domini.* Ma la distinzione fra questi due concetti non venne per altro chiaramente definita, nè per vero si fecero tentativi in questo senso, acquietandosi in generale gli scrittori nel fugacemente rilevarla, mentre d' altra parte l' unico che specialmente si sia di essa occupato, il Chambon, è giunto a risultati che ci sembrano fallaci. Il Chambon concepisce l'*animus gerendi* in astratto

* Questa seconda questione ha un maggior interesse pratico per diritto francese che per diritto italiano. Confronta l' art. 1375 Cod. civ. fr. coll' art. 1144 cod. civ. it.

[399] Così e. g. il Bucher op. cit. § 145: i Das Geschäft muss in Hinsicht und auf den Namen des Geschaftsherrm *(dominus negotii),* nicht des eigenen Vortheiles wegen unternommen.

come il requisito subbiettivo della gestione ed a questo requisito attribuisce maggiore o minore importanza a seconda che esso è congiunto o meno coll' elemento obbiettivo del *negotium alienum.* Così secondo il Chambon dall'*animus neg. al. gerendi* dipende il sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria),* e da esso *può* dipendere il sorgere dell' actio *neg. gest. (directa).* In generale dunque il Chambon non pone alcuna essenziale differenza tra l' *animus* e la *contemplatio:* solo egli ammette che la *contemplatio* possa ottenere una importanza indipendente accanto all'*animus neg. al. gerendi* al quale deve la sua esistenza, quando *contemplatione Titii* si siano geriti affari spettanti oggettivamente ad un Caio. In questa ipotesi, secondo Chambon, accanto al *dominus* obbiettivo acquista il diritto di ratificare i negozi conchiusi dal gestore anche la persona *contemplatione cuius* essi vennero conchiusi.

313. — Questa nelle sue linee generali la teoria del Chambon sulla distinzione fra *animus* e *contemplatio,* teoria che ci sembra inaccettabile. Prescindiamo per ora dalle sue conseguenze, la erroneità delle quali, sia in pratica, che di fronte ai testi cercheremo dimostrare dove tratteremo della facoltà di ratificare [400] e consideriamola nella sua essenza. È vero anzitutto che la *contemplatio* deve la sua origine all'*animus neg. al. gerendi?* Per rispondere affermativamente bisognerebbe ammettere esservi sempre *animus negotia aliena gerendi,* dove vi ha *contemplatio.* Ma ciò invece può benissimo non verificarsi. Nessuno potrà negare che pur contraendo *contemplatione Titii,* il gestore può aver avuto l'*animus depraedandi,* che è incompatibile coll' *animus negotia aliena gerendi.* Tizio ad esempio compra a nome di Sempronio dei titoli di credito che stanno per precipitare, e

[400] Vedi Parte terza cap. I, § 2 in fine, di questo trattato.

Sempronio inconscio ratifica. Potrà in tale ipotesi provarsi anche la frode di Tizio ma ciò non escluderà che la *contemplatio* produca od abbia già prodotto i suoi effetti. Dunque non sempre chi ha contratto *contemplatione Titii* acquista contro di lui l'*actio neg. gest. (contraria),* sebbene sempre colui *contemplatione cuius* è stato conchiuso un negozio giuridico abbia facoltà di ratificarlo. [401] Dunque non è vero che la *contemplatio* debba la sua esistenza all' *animus neg. al. gerendi* e da questi si distacchi acquistando fisonomia propria, solo quando la gestione sia stata compiuta *contemplatione Primi* nel patrimonio di Secondo. D' altra parte neppure può dirsi essere necessariamente inclusa la *contemplatio* nell'*animus negotia aliena gerendi.* Si può infatti gerire nell'interesse altrui contraendo a nome proprio od a nome di un terzo, compiendo cioè gli atti giuridici che costituiscono la gestione nell'interesse altrui, *contemplatione sui* o *alterius.* [402] Non consegue da ciò che l'*animus neg. al. ger.* e la *contemplatio* sono due concetti affatto distinti, che solo casualmente possono combaciare fra di loro, ma che giuridicamente hanno una esistenza propria ed indipendente? A convincerci di questa affermazione è opportuno considerare alcuni casi i quali a prima vista sembrerebbero contraddire la nostra teoria. Avviene talvolta che non possa sorgere *actio neg. gest. (contraria)* se il gestore non ebbe una vera e propria *contemplatio domini.* Ciò in due casi: 1.° quando trattasi di un *negotium* subbiettivamente *alienum;* 2.° quando trattasi di un negozio giudiziario. Il trarre però da questi casi

[401] Mi sembra quindi inesatto ciò che il WLASSAK op. cit. scrive a p. 75 nota 27 che cioè: « *die Absicht fremde Interessen zu wahren beim negotium re ipsa alienum ebensogut vorkommen kann, wie sie bei subiectiven negotium* IMMER *vorkommen muss.* »

[402] In questo senso giustamente una sentenza della Corte di Cassazione [*Rèset, 18 Iuin 1872*] — DALLOZ 1872, I, 471.

qualsiasi illazione in riguardo al concetto dell' *animus negotia aliena gerendi,* come requisito dell' *actio neg. gest. (contraria),* sarebbe completamente erroneo. Poichè la *contemplatio* non è in questi due casi richiesta come requisito dell' *actio neg. gest. (contraria),* ma è invece presupposto della gestione. Senza *contemplatio* non può aversi in questi casi una gestione nell' interesse altrui, e quindi non può neppure pensarsi ad un' *actio neg. gest. (contraria).* Se d' altra parte esiste la *contemplatio,* sorge l' *actio neg. gest. (contraria)* ma sorge perchè nella *contemplatio,* che in determinate circostanze crea il materiale della gestione, è normalmente inclusa quella intenzione generica di gerire gli affari altrui che è, come fra poco dimostreremo, requisito dell' azione del gestore.

314. — Così nettamente delineata la diversità concettuale intercedente fra la *contemplatio domini* e l' *animus neg. al. gerendi* veniamo a studiare questo requisito.[403] Qui è anzitutto necessario determinare se esso sia essenziale al sorgere dell' una azione o dell' altra o di ambedue. Già sopra questo quesito preliminare la dottrina è discorde: alcuni ritengono essere l' *animus neg. al. ger.* requisito della gestione considerata come istituto unico bilaterale imperfetto, e però sia dell' azione del gestore che di quella del *dominus;*[404] altri invece, pur partendo dal concetto

[403] Quando alla terminologia romana è a notarsi che talvolta con espressioni identiche si indicano nei testi i due requisiti dell' *animus neg. al. gerendi* e dell' *utiliter coeptum;* vedi L. 1 § 4 Dig. XX, 1; L. 12 § 6 Dig. XX, 4; L. 5 § 5 (6 § 9) Dig. III, 5; L. 22 § 2 Dig. 17, 1; L. 42 Dig. XIII, 7; L. 9 § 1 Dig. XII, 4; L. 27 § 2 Dig. XVI, 1; L. 9 § 6 Dig. XLII, 5. In altre fonti invece i due requisiti vengono contrapposti: così e. g. nella L. 5 Cod. III. 52.

[404] Mi limiterò a citare fra gli scrittori che seguono questo indirizzo, Brinz *Lehrb* [2. ed.] § 321 nota 54; — Windscheid *Lehrb* § 431 Ruhstrat *Beiträge* e più specialmente nei Iahrbb, für die Dogmatik XXI N. F. VII.

di un unico istituto gestorio, superiore alle due azioni, e del quale queste sarebbero a considerarsi promanazione, sostengono non essere il nostro requisito affatto essenziale, sia al sorgere dell'azione del *dominus* che a quella del gestore.[405] Infine può considerarsi come dominante per il numero dei suoi aderenti, sebbene non giustificata nè svolta adeguatamente da alcuno, una terza opinione per la quale l' *animus* è ritenuto requisito essenziale soltanto al sorgere dell' azione del gestore. Il fondamento concettuale delle prime di queste due opinioni fu sopra discusso (parte II cap. 1 § 3 e 4) nè importa insistervi oltre: così pure nel § 7 del medesimo capitolo furono svolti i concetti che costituiscono il precipuo fondamento della opinione che a noi sembra la sola accettabile: una definitiva sentenza sopra le varie teorie sopra enunciate, sull' *animus negotia aliena gerendi* non potrà però discendere che da una accurata esegesi delle fonti. Per questa dovremo dimostrare: 1.°) come nulla provino le leggi addotte a dimostrare l' essenzialità dell' *animus* al sorgere dell' azione del *dominus;* 2.°) che esistono dei testi dai quali risulta la essenzialità di questo requisito al sorgere dell' azione del gestore e: 3.°) la sua non essenzialità al sorgere dell' azione del *dominus.* Esaurita questa dimostrazione testuale potremo passare alla determinazione del requisito medesimo.

315. — I testi citati in proprio favore dagli scrittori che

pag. 305; — Koelner op. cit. — Dabancour op. cit. — Cass. Torino 30 Maggio 1879 [Gazz. Trib. Mil. 1879, 660]. — Vivante *Assicurazioni* I n. 88. Vedi *retro:* parte II. cap. I. § 3, e Ricci VI n. 70.

[405] Basterà citare fra gli antichi Donello *ad L. 12 Dig. XII. I. eod.* L. 31 § I. Dic. eod. [Su questi passi del Donello vedi Aarons *Beiträge* p. 186], fra i moderni civilisti francesi: Toullier VI. p. 13 [ed. Bruxelles 1848]; — Turgeon op. cit. n. 115; — Marcadé *Expl. du code nap.* all' art. 1375 III; fra gli italiani: Cogliolo op. cit. I. pp. 172-201.

sostengono l' essenzialità dell' *an. neg. al. ger.* anche per l' *actio directa* sono: L. 5 § 6 (6 § 4) Dig. h. t. L. 22 § 10 Dig. XVII. 1 L. 18 § 2 (19 § 2) Dig. h. t.: — [406]

L. 5 § 6 (6 § 4).

Ulpianus libro decimo ad edictum.

Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur, quod si et suum et meum quasi meum gesserit in meum tenebitur: nam et si cui mandavero, ut meum negotium gerat quod tibi erat commune, dicendum esse Labeo ait, si et tuum gessit sciens, negotiorum gestorum eum tibi teneri. [407]

Tre diverse ed analoghe fattispecie sono trattate in questa legge. Si suppone da prima che alcuno abbia gerito affari propri credendoli altrui e si nega possa sorgere da questa gestione azione alcuna. Conseguentemente a questa decisione, per la seconda fattispecie, nella quale si suppone che il gestore abbia gerito — *quasi aliena* — negozi che in parte erano suoi propri, si risolve essere l' azione del *dominus* limitata agli affari suoi. L'*animus neg. al. ger.* del gestore non è dunque per regola sufficiente ad attribuire al *dominus* maggiori diritti di quanti a lui spettino in base al dominio oggettivo dei negozi geriti. A con-

[406] Lo ZIMMERMANN *Aechte und unaechte neg. gestio* pp. 16-17 nota 23 cita anche le L. 16 § 4 Dig. X 2; L. 49 cod. e L. 14 pr. Dig. X 3 per dimostrare contro una opposta affermazione dello Stinzing, che anche nelle azioni divisorie al sorgere delle *praestationes personales* è necessario che i comunisti abbiano geriti con coscienza e volontà *(Bewusstsein und Wille)* di gerire nell'interesse comune. Ma in realtà in quei testi la *scientia* del comunista di gerire nell' interesse comune è rilevata solo in quanto la sua mancanza convertirebbe il comunista in un possessore di buona fede, includendo conseguentemente in lui un diverso grado di responsabilità.

[407] KOHLER op. cit. p. 31-32. — CHAMBON op. cit. p. 120.

ferma delle sue due sentenze Ulpiano cita poi Labeone, il quale nella ipotesi di un gestore che avesse gerito per mandato di un terzo un affare che questi aveva in comune con un altro, riteneva responsabile il gestore, a condizione però, che egli avesse gerito *sciens*. A questa decisione di Labeone si attribuisce dagli scrittori che stiamo avversando il significato di escludere l' *actio neg. gest. (directa)* quando manca l' *animus negotia aliena gerendi.* [408] Ma questa interpretazione va assolutamente respinta. La condizione della *scientia* nel gestore, rilevata da Labeone come essenziale al sorgere dell' *actio neg. gest. (directa)* del condomino, non ha alcuna diretta influenza sulla determinazione dell' essenzialità del requisito dell' *animus neg. al. gerendi*, ma si riferisce ad una diversa questione: se cioè chi ha gerito affari altrui per mandato di un terzo sia contemporaneamente responsabile di fronte al mandante *actione mandati directa;* e di fronte al *dominus* oggettivo, *actione negotiorum gestorum (directa).* [409] L' essere quindi nella nostra legge rilevata la necessità della *scientia* nel gestore ha un significato mediato. Significa cioè, che l' azione compete al condomino quando il gestore gerì sapendo che l' affare non spettava unicamente al mandante, mentre *come tale* gli era stato affidato. In tale ipotesi egli non può interpretare il mandato nel senso di avere mandato per il tutto dal mandante, ma solo per quella parte che egli sa spettare realmente al mandante. Poichè non può presumersi in alcuno la volontà di far gerire affari altrui. Gli è dunque qui quistione d' interpretazione di volontà. Così il mandante potrebbe opporre al mandatario la sua *scientia* della alienalità di una parte degli affari affidatigli; così il mandatario può rivolgersi contro il *condominus*

[408] Così KOELNER op. cit. p. 31 e seg. — ZIMMERMANN op. cit. p. 18 ed altri.

[409] Vedi sopra n.° 205 e segg.

coll' *actio neg. gest. (contraria),* così il *condominus* può rivolgersi contro di lui coll' *actio directa.*

316. — L. 22, § 10, Dig. XVII, 1.

Paulus libro trigensimo secundo ad Edictum.

Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebialus Ofilius Labeo responderunt his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt negotiorum gestorum actionem esse. atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori, tamquam si negotia absentium gesserint: quod si cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.

Se il *curator bonorum* (il quale, come è noto, veniva nominato dal pretore, *ex consensu maioris partis creditorum,* o dai creditori medesimi *privato consilio:* L. 2, Dig. XLII, 7, L. ult. *eod.),* eseguita la vendita, non ne versò il prezzo ai creditori, potrà, dice la legge in esame, essere convenuto coll' *actio mandati* da quelli che erano presenti, e coll' *actio neg. gest.* da quelli che erano assenti. Che se il curatore eseguì la vendita per mandato di quelli che erano presenti, gli assenti non avranno azione *neg. gest.* contro di lui (applicazione della teoria sopra svolta ai numeri 205 e segg.) ma solo contro quelli che dettero il mandato a condizione che essi sapessero nel conferirlo dell' esistenza degli altri creditori e volessero gerirne gli affari, che se al contrario essi ne ignoravano l' esistenza essi non saranno tenuti che con un' *actio in factum.* Vi ha nelle tre decisioni contenute nel testo uno svolgimento logico di idee che facilmente da ragione del diverso trattamento fatto alle varie ipotesi in

esso trattate. La *venditio bonorum* anche se promossa da un solo creditore era tuttavia, come è noto, efficace per tutti. Se quindi il curatore la eseguiva spontaneamente, egli era tenuto di fronte a tutti (non importa se coll' *actio mandati,* o coll' *actio neg. gest.)* poichè il *negotium* da lui trattato spettava a tutti *in solidum.* Ora questa circostanza spiega perfettamente e giustifica la seconda risoluzione. Come abbiamo sopra dimostrato (n.° 205 e segg.) quando alcuno gerisce gli affari altrui per mandato di un terzo, non è tenuto al *dominus* oggettivo, *actione neg. gest. (directa).* Si comprende quindi come il curatore non sia tenuto di fronte ai creditori non mandanti. Questi hanno azione contro quelli che diedero al curatore il mandato di vendere. Ma il testo fa a questo proposito una distinzione: se i creditori mandanti sapevano di mandare anche pei creditori assenti, saranno tenuti *actione negotiorum gestorum;* che se invece ne ignoravano l' esistenza e nel conferire il mandato si credevano *soli creditores,* non saranno tenuti che con un' *actio in factum.* Dunque, si conclude, è evidente che, almeno secondo Labeone,[410] non è ammissibile l'*actio neg. gest. (directa)* indipendentemente dall' *animus neg. al. gerendi.* Ma la conclusione è inesatta. Per muovere l' *actio neg. gest. (directa)* è necessario dimostrare che il convenuto gerì un *negotium* a noi appartenente: mancando questo requisito non può sorgere l' azione, ed è appunto perchè questo requisito manca

[410] « Es ist hiernach jedenfalls soviel klar, scrive il MONROY op. cit. p. 23, dass die Römer nur zögernd und allmählich auf handlungen ohne *animus negotia aliena gerendi* den Gesichtspunkt der *neg. gestio* zur Anwendung brachten » Prima del Monroy il DANKWARDT op. cit. § 16 p. 40 aveva sostenuto che Labeone negava l' *actio neg. gest. (directa)* contro coloro che avevano gerito senza *an. neg. al. ger.,* e che solo la giurisprudenza posteriore specialmente per opera di Giuliano aveva derogato a quel principio, accordando l' *actio neg. gest. (directa* e *contraria)* in base alla sola alienità oggettiva dei negozi geriti. Analogamente COGLIOLO op. cit. I p. 152.

nella ultima fattispecie della legge in esame, che non si può concedere che l'azione *in factum*. Infatti ogni creditore ha diritto di dar mandato al curatore di vendere i beni del debitore. Nell'esercitarlo egli gerisce dunque un affare proprio; del quale non deve rispondere ad alcuno. Se *suo esclusivo* è il diritto di far vendere, non suo esclusivo è il diritto sul provento della vendita. Questo va diviso fra i creditori, ed a pretendere questo Labeone accorda l'*actio in factum*. Quando però uno dei creditori abbia dato mandato di vendere a nome di tutti, si crea il così detto *negotium subbiettivamente alienum*. Allora il *dominus* obbiettivo può essere convenuto coll'*actio neg. gest. (directa)* perchè vi è *negotium alienum* soggettivamente. Così potrebbe il proprietario di una cosa che l'avesse venduta a nome altrui essere convenuto coll'*actio neg. gest. (directa)*, così nella legge in esame si accorda ai creditori assenti l'azione *neg. gest. (directa)* contro i creditori presenti che diedero al curatore il mandato di vendere, a condizione però che lo abbiano conferito *tamquam si negotia absentium gesserint;* creando cioè col mandato a nome altrui il *negotium* subbiettivamente *alienum*.

317. — L. 18 § 2 (19) Dig. III 5.

Paulus libro secundo ad Neratium.

Si libero homini qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat: non fore cum eo mandati actionem. Labeo ait; quia non libera voluntate exequitur rem sibi mandatum, sed quasi ex NECESSITATE SERVILI. *Erit igitur negotiorum gestorum actio: quia et gerendi negotii mei habuit affectionem, et is fuit quem obligare possem.*

Anche in questa legge vuolsi trovare un argomento in favore della tesi che avversiamo. Si dice: se la ragione per cui Labeone ammette si possa agire coll'*actio neg. gest. (directa)* contro il servo *qui bona fide serviebat*, si è che egli *affectionem habuit negotii mei gerendi*, non potrà a meno di ammettersi che, almeno per Labeone, questo *animus* era requisito essenziale dell'*actio neg. gest. (directa)*. L'argomentazione non è però molto efficace. Potrebbesi anzitutto obbiettare che non risultando dal testo che quella gestione spettasse al *dominus* oggettivamente, l'*affectio gerendi* poteva esservi richiesta a creare il *negotium* subbiettivamente *alienum*. Oltre a ciò, pur restando nella opinione di questi interpetri, sarebbe necessario spiegare perchè in questo testo si richiegga un elemento più efficace di quello rilevato negli altri testi di Labeone: l'*affectio gerendi* invece della mera *scientia*.[411] La interpretazione della legge che mi sembra più giusta, se non, almeno in apparenza, più naturale, è per me la seguente. Labeone si domandava: potrò io esercitare l'azione *negotiorum gestorum (directa)* contro il mio servo putativo, che ha gerito per mio mandato? E si rispondeva: per quando l'uomo si credesse schiavo, egli ha voluto gerire (volontà immediatamente precedente l'atto di gerire); ora chi gerisce affari altrui è tenuto coll'*actio neg. gest. (directa)*, e poichè lo schiavo putativo può obbligarsi, egli si è obbligato.

[411] Devesi inoltre notare che il testo nega l'*actio mandati* contro il servo putativo *quia* NON LIBERA VOLUNTATE *exequitur rem sibi mandatam*. Ora come può in una *voluntas non libera* rinvenirsi l'*animus neg. al. gerendi?* Lo ZIMMERMANN *Stellvertretende neg. gestio* p. 130 nota 154 risponde esser vero che nella fattispecie trattata nel testo non esiste *libera voluntas*, ma dice che in esso esiste tuttavia una *voluntas: quamquam coactus tamen volui*. Pertanto se non si accordava l'*actio mandati* gli è perchè quell'azione essendo infamante non si voleva accordare che contro colui che *spontaneamente* avesse assunto il mandato. Lo Zimmermann con questa sua interpretazione viene a ridurre l'*animus neg. al. gerendi* ad un *minimum* che corrisponde al concetto che noi abbiamo sopra dato della *volontarietà dell' atto gestorio* (cap. IV § 1): ma un *animus neg. al. gerendi* ridotto a questi termini non sarebbe sufficiente a far sorgere l'*actio neg. gest. (contraria)!*

L' espressione: *habuit affectionem negotia mea gerendi* sta dunque nel testo di Labeone ad indicare il momento susseguente a quello che letteralmente indica: non è scientificamente esatta ma sufficientemente chiara. Allo stesso modo un giurista, a chi, ignaro, gli chiedesse la ragione per la quale il gestore s' obbliga gerendo, potrebbe rispondere; perchè ha voluto gerire. Questa risposta sarebbe anzi, in molti casi, più compresa di quella più esatta; perchè ha gerito. Concludendo: nel testo che interpretiamo Labeone indica il fatto della gestione nel momento della sua immediata determinazione volitiva.

318. — Se l' esegesi precedente è sufficiente [412] a dimostrare che le fonti non offrono alcun sostegno a quella opinione che ritiene essere l' *an. neg. al. gerendi* requisito dell' *actio neg. gest. (directa),* sarebbe assai utile trovare ora in esse sostegno esplicito per la contraria affermazione: essere cioè il sorgere

[412] Lo ZIMMERMANN che si è proposto di dare una completa dimostrazione della teorica, per la quale l' *animus neg. al. gerendi* sarebbe un requisito anche dell' *actio neg. gest. (directa)* cita le L. 20 Cod. III, 36, e L. 19 Cod. II, 8. Nella prima di queste leggi si avrebbe una conferma della sua teorica nella frase: *nam si veluti propriam unus distraxerit, ac pretium possideat hereditas ab eo petenda est,* la quale dovrebbe, secondo lo Zimmermann, significare che mancando l' *animus* non può muoversi l' *actio neg. gest. (directa).* L' argomentazione, come ognun vede, è certamente precipitata, e la ragione per cui il testo dice *hereditas petenda,* è a vedersi in ciò: che finchè vive l' *hereditatis petitio* non vi ha bisogno dell' *actio neg. gest.,* o meglio, l'*actio neg. gest.,* è in essa inclusa. Per questa medesima ragione si accorda nella L. 19 Cod. h. t. di poter agire coll' azione *neg. gest.,* contro il coerede, ratificando la vendita. Gli è che quando la cosa è stata venduta *veluti communi* può seguire una ratifica anche rispetto al terzo acquirente. In questo caso il *negotium* è subbiettivamente *alienum,* e perciò si accorda l' *actio neg. gest.,* sebbene esista la *petitio hereditatis:* quando invece la cosa fosse stata venduta *veluti propriam,* l' *actio neg. gest.* non avrebbe scopo alcuno che non potesse anche raggiungersi colla *hereditatis petitio* Contro ZIMMERMANN veggansi del resto anche le giuste critiche del REGELSBERGER recensione citata all' opera dello Zimmermann *Aechte un unaechte negotiorum gestio,* pp. 277-282.

dell' *actio directa* affatto indipendente dall' aver avuto il gestore quell' *animus* di gerire. A questo proposito devesi anzitutto osservare che, se anche le fonti non offrissero testi espliciti, non se ne potrebbe far meraviglia. Il caso normale nella vita è di gestori che vogliono gerire per il *dominus;* [413] e perciò è naturale che quando si parla di gestione si presupponga generalmente il tipo più frequente e dirò così fisiologico. Ma questa circostanza non deve menomamente pregiudicare la ricerca teorica: non sono infatti i casi più frequenti in cui una norma giuridica trova applicazioni che determinano i limiti della sua pratica applicabilità, ma gli è invece questa che è determinata dal concetto teorico che l' informa. Così se normalmente avviene che chi gerisce affari altrui voglia gerire per altri, ciò non toglie che anche chi non ha quell' intenzione possa essere tenuto, se l' azione prescinde da quel requisito. Bisogna dunque cercare di determinare se al concetto dell' *actio neg. gest. (directa)* sia essenziale quel requisito; e se non lo è, nulla potrà rilevare la circostanza che esso tuttavia normalmente esiste nella vita. In questa ricerca non saprebbe razionalmente trovarsi una giustificazione al principio che solo deve rispondere come gestore chi ha voluto gerire per un altro. Gli è infatti il *dominium negotii* che dà al *dominus* il diritto di convenire il gestore e chiedergli il resoconto della sua amministrazione. Che il gestore nel gerire affari altrui volesse o meno obbligare il *dominus* non ha in sè importanza alcuna: egli si è obbligato col fatto di gerire. L'aver voluto gerire potrà, quando la gestione sia stata utile, attribuirgli dei diritti, non mai direttamente aumentare o scemare le obbligazioni da lui assunte gerendo.[414] Che in questo concetto fosse la giurisprudenza romana

[413] Vedi *Savigny Sistema* III § 104 p. 6, nota g.

[414] Il fondamento reale delle obbligazioni che possono sorgere da una gestione di affari altrui è ben rilevato dal WLASSAK op. cit. p. 76. Lo ZIM-

dimostrano a sufficienza parecchi frammenti del *corpus juris*. Il tipo più evidente di gestione compiuta senza l'*animus negotia aliena gerendi* è quello della gestione intrapresa *animo depraedandi*. Qualsiasi significato voglia attribuirsi al tecnico requisito dell'*animus negotia aliena gerendi* non può a meno di riconoscersi che in una tale gestione esso manca. Tuttavia anche contro simili gestori il diritto romano ammise l'*actio neg. gest. (directa)*. Le seguenti leggi ne fanno testimonianza:

L. 5 § 5 (6 § 3) Dig. III. 5.

Ulpianus libro decimo ad edictum.

Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro non meo commodo studet): sed nihilo minus, imo magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione.

L. 5 Cod. III. 32:

Imp. Gordianus A Herasiano.

Domum, quam ex matris successione ad te pertinere et ab adversa parte iniuria occupatam esse ostenderis, praeses provinciae cum pensionibus quas percepit aut percipere poterat et omni causa damni dati restitui jubebit.[415]

MERMANN invece; *Aechte und unaechte neg. gestio* p. 7 e p. 12 e *Stellvertretende neg. gestio* p. 128-130 il RAMM *Der Quasikontrakt* p. 22, ed altri, fondano quelle obbligazioni sulla volontà del gestore. Questa concezione trovasi anche in WINDSCHEID (Vierteljahresschrift vol. I p. 15) e più recisamente ancora in KOELNER op. cit. p. 12. Contro di essa oltre al Wlassak si sono pronunciati fra i recenti: Hoffmann op. cit. § 8. MOMMSEN *Erört* I p. 126 UNGER Iahrbb. für die Dogm. vol. VIII p. 10 nota 5 e vol. X p. 25.

[415] Si è detto da taluno che l'*actio neg. gest.* concessa nella prima di queste leggi non è una vera azione *neg. gest.* Ma quali accenni trovansi nel testo che giustifichino questa asserzione? Nessuno: al contrario in quell'*imo magis et is tenebitur* si ha la più convincente prova del contrario. Altri per spiegare il testo ha invece detto che qui il predone è trattato come gestore,

319. — D'altra parte che si concedesse l'*actio neg. gest. (directa)* anche contro il gestore che non aveva gerito coll'*animus negotia aliena gerendi*, in quanto ignorava di gerire affari altrui, risulta dalle seguenti leggi: —

L. 48 (49) Dig. III. 5.

Africanus libro VIII Quaestionum.

Si rem quam servus venditus subripuisset a me venditore emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit: de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit.[416]

L. 30 § 1 Dig III. 5.

Papinianus libro II Responsorum.

Inter negotia Sempronii, quae gerebat, ignorans Titii negotium gessit. Ob eam quoque speciem Sempronio tenebitur; sed ei cautionem indemnitatis officio judicis praebere necesse est adversus Titium cui datur actio.[417]

L. 1 Cod. IV. 51.

Imp. Alexander A Catiano militi.

ma non lo è in realtà perchè non ha l'*animus*. Ma ognun vede che questa affermazione contiene una evidente petizione di principio presupponendo, ciò che è invece a dimostrarsi, che non possa darsi vera *actio neg. gest. (directa)* contro chi gerì affari altrui senza l'*animus neg. al. gerendi*. Infine non potrà sembrar convincente ad alcuno ciò che lo ZIMMERMANN dice; che cioè l'espressione *imo magis* ecc. deve spiegarsi per riguardi pratici e che l'*animus* mancante avrebbe potuto essere finto dal giudice. Nella seconda delle leggi citate non è detto che l'azione accordata contro il possessore di mala fede sia *neg. gest.* ma risulta dal complesso essere un'azione di rendimento di conto, come dalle parole che seguono si desume essere il possessore considerato gestore. In esse infatti si dice che il possessore non aveva gerito nell'interesse del *dominus*, e gli si riconosce così implicitamente la qualità di gestore.

[416] Vedi retro pp. 167 e segg.

[417] Ha sostenuto essere possibile che l'azione qui accordata a Tizio sia un'*actio aquiliana*, lo ZIMMERMANN, *Aechte und unaechte n. g.* p. 19 nota 29, il quale però trova che anche in questo testo potrebbe, ammesso che in esso si tratti di *actio neg. gest.*, rintracciarsi l'animo di gerire anche per Tizio, in quanto chi geriva voleva gerire per il *dominus* dei negozi geriti.

Si praesidi provinciae probatum fuerit Julianum nullo jure munitum servos tuos scientibus vendidisse, restituere tibi emptores servos jubebit. Quod si ignoraverint et eorum facti sunt, pretium eorum Julianum tibi solvere jubebit. [cfr. L. 1 Cod. IV. 52.]

E così pure nella

L. 5 § 7 [6 § 2] Dig. h. t.

Ulpianus libro X ad Edictum.

Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit; quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio competit.[418]

320. — Dai testi e dalle considerazioni precedenti risulta che l'*animus negotia aliena gerendi* non è requisito essenziale al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa).* Ora dobbiamo dimostrare

[418] Il WINDSCHEID (§ 431) considera questo caso come una eccezione, nella quale si accorda l'*actio, neg. gest. (directa)* sebbene non esista *animus neg. al. gerendi* nel gestore. Lo ZIMMERMANN (op. cit. p. 38) invece tenta ricondurlo al principio della necessità di quel requisito, in quanto, dice egli, accettando l'incarico di portare una cosa a Tizio, si dimostra sufficientemente l'intenzione di gerire nel suo interesse. Infine il MONROY (op. cit. p. 83-84) ed il COGLIOLO (op. cit. p.) vedono nel nostro testo un caso di gestione subbiettiva. Io credo debba anzitutto escludersi quest' ultima interpretazione e quanto a quella di Zimmermann noto che è tutta basata su di un concetto così ampio dell' *animus negotia aliena gerendi,* quale fu mai accolto nella giurisprudenza romana. In realtà la volontà di obbligare il mandante manifestata coll' accettazione della *res perferenda,* è incompatibile colla intenzione di gerire gli affari del destinatario. Non vi ha quindi *animus neg. al. gerendi,* ma pure si ha l'*actio neg. gest. (directa)* mentre non si ha nè si può avere l'*actio neg. gest. (contraria).* Risulta dunque da questo testo: 1. che le due azioni sono indipendenti l'una dall' altra; 2. che al sorgere della *directa* non è essenziale l'*animus.* Tuttavia la sentenza contenuta nel testo non è senza difficoltà considerata da un diverso punto di vista. Abbiamo sostenuto che se è gestore il mandante nel conferire il mandato di gerire affari altrui, non può contemporaneamente esserlo il mandatario nell' accettarlo. Perciò negavamo al *dominus* oggettivo l'azione *neg. gest. (directa)* contro il mandatario, accordandogliela invece contro

che esso è invece essenziale al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria.)* Questa dimostrazione ha due lati: l'uno, positivo, consiste nello svolgimento delle considerazioni che rendono necessario il requisito dell'*animus* per l'*actio neg. gest. contraria* e nell'interpretazione dei testi che tale *animus* per quest'azione richiedono; l'altro, negativo, consiste nella confutazione della interpretazione data ad alcuni testi dai sostenitori della tesi contraria e nello svolgimento degli inconvenienti teorici e pratici nei quali essi incorrono. Vediamo anzitutto i testi da essi citati:

L. 48 (49) Dig. III. 5.

Africanus libro octavo quaestionum.

.... *sicut ex contrario in me tibi daretur di quum haereditatem quae ad me pertinet, tuam pulares res tuas proprias legatassolvisses, quando quidem ea solutione liberarer.*[119]

L. 44 (45) pr. Dig. eod.

Ulpianus libro quarto opinionum.

il mandante. Ora potrebbe chiedersi: come mai dunque s' accorda nella ipotesi delle L. 5 § 4 Dig. h. t. l'*actio neg. gest. (directa)* al *dominus* oggettivo? Ciò può teoricamente spiegarsi in due guise: o il vettore è considerato come tale che di sua spontanea volontà s' accinge al trasporto ed il contratto interceduto fra lui ed il mittente ha per iscopo unicamente di assicurargli la dovuta mercede, ed allora rientriamo nella regola svolta a proposito delle L. 5 § 6 Dig. h. t.; oppure escluso questo punto di vista, dobbiamo considerare la sentenza della nostra legge come eccezionale, non in quanto si accordi l'*actio neg. gest.* contro uno che non aveva *animus neg. al. gerendi,* chè ciò è al contrario regolarissimo, ma in quanto si accorda l'azione contro il vettore, sebbene l'*initium gestionis* sia dovuto al mittente. L'applicazione fatta a questo caso dell' *actio neg. gest.* è per il rimanente in piena conformità colla teorica sul *negotium alienum* e può considerarsi come un felice tentativo di ricondurre ai principi della gestione i rapporti fra vettore e destinatario che vennero nel diritto posteriore regolati con uno speciale istituto. Così anche KOHLER op. cit. p. 126.

[119] Accettiamo qui la lezione della Vulgata invece della Fiorentina seguita dai Mommsen: vedi alcune considerazioni in proposito nel mio studio sulla L. 48 (49) Dig. III. 5.

Quae utiliter in negotia alicuius erogantur in quibus est etiam sumptus honeste ad honores per gradus pertinentes factus, actione neg. gest peti possunt.

L 50 § 1 Dig. V. 3

Papinianus libro sexto Quaestionum

Si defuncto monumentum condicionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator jusserit, non excedat, eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, ueluti hereditario negotio gesto. (Cfr. L. 30 (31) § 4 Dig. III. 5).

L. ult. § 1 c. Cod. III. 31.

Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.

Quod si petitor fuerit victus simili modo a possessore judicis officio ei satisfiat vel si hoc fuerit praetermissum negotiorum gestorum vel ex lege condictione.[420]

321. — Una minuta esegesi di queste quattro leggi esorbiterebbe dai limiti imposti dall'economia generale di questo lavoro: mi limiterò quindi a dare a ciascuna di esse quella interpretazione che mi sembra giusta. La L. 48 [49] tratta del pagamento di un debito altrui. Ora è noto che un tale pagamento è per regola liberatorio in quanto sia stato eseguito *nomine debitoris*. Quando però il pagamento è stato eseguito *nomine debitoris* è stato implicitamente eseguito anche coll' *animus neg. al. ger.* e quindi il sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria)* è perfettamente giustificato. Ma nel testo invece si suppone che il pagamento del

[420] Si citano anche le L. 14 § 2 e 32 Dig. XI 7 che riguardano l' *actio funeraria* e dalle quali non può argomentarsi in riguardo all' *actio neg. gest (contraria)* come risulta dalla L. 14 § 13 eod.

legato non sia avvenuto in nome del debitore: l'erede vero; ma in nome dell'erede putativo: e ciò nonostante si ammette che esso abbia liberato l'erede vero, onde Africano concede l'*actio neg. gest. (contraria)*. La ragione dell' avvenuta liberazione è a vedersi in ciò che trattavasi nel testo di legato *per damnationem*, il quale una volta pagato non poteva più essere ripetuto colla *condictio indebiti* in applicazione del principio più generale in vigore nel diritto romano classico che escludeva la *condictio* medesima in tutti quei casi nei quali *lis infitiando crescit in duplum.*[421] La L. 48 [49] cit. offre dunque realmente un caso di concessione dell' *actio neg. gest. (contraria)*, mancando l' *animus neg. al. gerendi*, ma a chiunque ne consideri la specialità non potrà sembrar giusto l' estendere la decisione ad esso data da Africano a tutti i casi di gestione senza *animus.*[422] Infatti nelle fattispecie della L. 48 [49] cit. manca è vero il requisito

[421] D' altra parte, dal punto di vista dogmatico, deve notarsi che l' erede putativo che ha pagato potrebbe anche *non voler condicere*: L. 30, 31 Dig. V. 3. L. 3 Dig. XII. 6. — Pfersche *Die Bereicherungsklagen* p. 87. Per diritto giustinianeo poi la L. 48 (49) può essere riferita al caso di pagamento eseguito *nomine proprio* e confermata *nomine alieno*. Vedi Pacchioni La L. 48 Dig. III. 5 ecc. n. 12. In questo studio trovasi un esame critico delle varie interpretazioni date alla L. 48 [49] cit.

[422] Ciò dimostra anche quanto erroneo sia l' affermare che Africano poneva nella L. 48 (49) cit. un principio nuovo ed opposto a quello che risulta dalla L. 14 § 1 Dig. X, 3, cioè il principio che l'*an. neg. al. gerendi* non è requisito essenziale al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria)*. (Vedi in questo senso Maisonnier op. cit. p. 52 e segg. e Demangeat *Cours elementaire de droit romain*, Paris 1886, vol. II, p. 360). La specialità del caso trattato da Africano spiega infatti e giustifica la sua decisione anche in conformità del principio generale che risulta dalla L. 14 § 1 cit., mentre la maniera affatto generica nella quale Paolo in questa legge delinea la necessità dell' *animus neg. al. gerendi* al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria)*, non esclude che egli potesse convenire con Africano nella decisione della fattispecie singolare che egli si proponeva nella L. 48 (49) cit.

dell' *animus,* ma in forza di un altro principio giuridico si hanno le medesime conseguenze pratiche che si avrebbero avute qualora quel requisito fosse stato attuato. L' effetto cioè di liberare il debitore, che normalmente si ottiene pagando *a suo nome,* e così implicitamente gerendo nel suo interesse, si raggiunge qui invece per l' applicazione del principio che esclude la *condictio indebiti* nei casi nei quali *lis infitiando crescit in duplum.* Un caso analogo è quello considerato nel nostro diritto civile dall' art. 1146 capoverso: il caso cioè in cui il creditore pagato si sia in conseguenza del pagamento, privato in buona fede del titolo e delle cautele relative al suo credito. In questo caso il codice civile nega a colui che ha pagato la *condictio indebiti* e gli accorda in quella vece un' azione in regresso verso il vero debitore. Che questa azione debba qualificarsi nel diritto moderno per azione di gestione contraria, non mi sembra ammissibile; poichè il diritto moderno ha accolto in riguardo all' *actio neg. gest. (contraria)* la dottrina romana e la dottrina romana ritiene essere l' *animus neg. al. ger.* requisito essenziale di questa azione. Che invece Africano abbia creduto applicabile l' *actio neg. gest. (contraria)* alla fattispecie da lui proposta non deve meravigliarci; se egli avesse concesso un' azione di arricchimento sarebbe stato più esatto dal punto di vista della teoria ma pure questa azione avrebbe avuto il medesimo contenuto economico dell' *actio neg. gest. (contraria)* per la peculiarità del caso nel quale veniva concessa. Dunque può giustamente concludersi che l' *actio neg. gest. (contraria)* concessa da Africano nelle L. 48 (49) Dig. III. 5 è, in sostanza, un' azione d' arricchimento, la quale, per la speciale natura del caso, ha la medesima efficacia economica di un azione *neg. gest. (contraria),* e che da essa, appunto perchè concessa in condizioni speciali, non può

argomentarsi alla ricostruzione teorica dell' actio *neg. gest. (contraria).*[423]

322. — Passando ora alle altre leggi sopra trascritte dobbiamo notare che la L. 44 (45) Dig. h. t. nulla prova in favore degli scrittori che la invocano: essa infatti presuppone il requisito dell' *animus* colla frase *quae utiliter in negotia alicuius erogantur;*[424] nulla del pari rileva la L. ult. Cod. III. 31. In essa infatti trattasi di una controversia circa al determinare chi dovessero convenire i creditori ereditari ed i legatari essendo pendente un giudizio sulla eredità. [425] Giustiniano decideva che i creditori di una quantità o di un genere potessero convenire a loro scielta il *petitor* od il *possesor.* Ora se un creditore avesse convenuto il possessore e questi fosse poi rimasto soccombente, Giustiniano gli accordava di esercitare un diritto di ritenzione sulle cose possedute finchè il *petitor* erede lo avesse rimborsato dei crediti pagati. Se invece il creditore si fosse fatto pagare dal *petitor* e questi fosse poi rimasto soccombente, Giustiniano stabiliva che il giudice nella sua sentenza sopra la *hereditatis petitio* dovesse curare che egli venisse soddisfatto, e nel caso che il giudice avesse ciò omesso, accordava al *petitor* vinto di agire contro il possessore con un' *actio neg. gest. (contraria)* o con una *condictio ex lege.* Anche questa costituzione, abbiamo detto, nulla prova in favore delle opinione che sostiene essere irrelevante l' *animus negotia aliena gerendi* al sorgere

[423] Vedi anche Kohler op. cit. p. 106. La dottrina medioevale ha spesso confuso l' *actio neg. gest. (contraria)* con l' azione per l' arricchimento. Vedi Aaions op. cit. pag. 39.

[424] L' espressione *negotium alienum gerere* e simili sono spesso usate nelle fonti per indicare il requisito dell' *animus* vedi e. g. L. 47 (48) Dig. III. 5. e retro p. 380 nota 402.

[425] Vangerow *Lehrb.* § 508. vol. II. p. 354-355.

dell' *actio neg. gest. (contraria).* Infatti il pagamento di cui si tratta sarebbe stato eseguito dal *petitor* durante il giudizio di petizione d'eredità; in un periodo di tempo quindi nel quale era incerto chi realmente sarebbe dichiarato erede. Il *petitor* solvente quindi nel pagare pagava per se nel presupposto di essere egli il vero erede, ma pagava per il *possessor* nelle ipotesi in cui l' eredità fosse a lui attribuita. Non è dunque escluso nella ipotesi nella quale Giustiniano accorda l' *actio neg. gest. (contraria)* che la persona alla quale questa azione si accordava avesse gerito coll'*animus negotia aliena gerendi.*

323. — Delle quattro leggi, sopra trascritte non ci resta infine a considerare che la L. 50 § 1 Dig. V, 3. Anche in riguardo a questa legge eviterò di proposito una esposizione delle varie interpretazioni ad essa date, limitandomi a dire quella che a me sembra giusta. A me sembra anzitutto che, date le fonti evidentissime ed indiscutibili le quali attestano della essenzialità dell' *animus negotia gerendi* al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria),* sarebbe perfettamente lecito interpretare la L. 50 § 1 cit. colla L. ult. Cod. III, 31. Prescindendo poi da questa interpretazione che sarebbe efficace solo per diritto giustinianeo, mi sembra che nella legge in esame vi sieno elementi tali di fatto da giustificare la seguente affermazione: essere l' azione accordata da Papiniano un' azione di arricchimento, ed essere essa chiamata *negotiorum gestorum* per la circostanza che il suo contenuto economico è ed identico a quello di un *actio neg. (contraria).* Nella fattispecie trattata da Papiniano non vi è soltanto una gestione utile nel significato da noi sopra determinato: vi è di più. L' erigere il monumento *condicionis implendae causa* non era soltanto cosa che l' erede dovesse compiere da buon padre di famiglia, era cosa che egli doveva necessariamente compiere, e che avrebbe potuto essere costretto a compiere: *quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamem principali vel pontificale auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.* [426] Qui viene in campo il concetto della necessità o dell' interesse pubblico: e per questa ragione si prescinde dal requisito subbiettivo dell'*animus neg. al. ger. gerendi* e si accorda un mezzo giuridico così efficace quale sarebbe sorto in un caso di semplice *utiliter coeptum* col concorso dell' *animus negotia aliena gerendi:* questa azione non è dunque *neg. gest.* perchè manca un requisito di questa azione, ma ne ha la medesima efficacia onde si spiega come così possa averla denominata Papiniano.[427]

[426] È opportuno rilevare qui il parallelismo istituito nel testo fra *l' auctoritas pontificum* ed il *jussus principis,* parallelismo che induce nell' erede putativo una vera o propria necessità giuridica all' esecuzione del *modus* imposto nel testamento. Veggasi in proposito la L. 8 pr. Dig. XI, 7. e Cost. II Cod. Theod. de sepulcro violato e Costa op. cit. p. 11 il quale ben rileva come l' obbligo di erigere il monumento avrebbe potuto essere imposto all' erede putativo indipendentemente dalla espressa volontà del testatore *Cicerone De leg.* II. 19; II. 22; *Ad Att.* ep. IV. 3: Livio I. 20; Nonio v. *sanctitudo;* Plinio Ep. X. 73.

[427] Le varie interpretazioni che si sono tentate di questa legge possono nelle loro linee generali così riassumersi: alcuni hanno veduto in essa una prova della irrilevanza dell' *animus neg. al. ger.* al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria):* Vedi principalmente il Cogliolo op. cit., vol. I p. 268, 269. Contro questa interpretazione ci richiamiamo alla critica da noi sopra svolta contro la tesi che così sulla L. 50 § 1 cit. e su poche altre vuol sostenersi. Altri scrittori invece hanno ritenuto non essere completamente escluso l' *animus gerendi* nella L. 50 § 1 cit., configurandolo in essa come *animus recipiendi* rivolto all' eredità: così sulle orme di Cuiacio Chambon op. cit. p. 145-156. Ma anche contro questa interpretazione sta a nostro avviso decisiva questa obbiezione, che anche ammesso questo *animus recipiendi* del possessore dell' eredità verso l' eredità medesima, esso non si risolverebbe mai in ciò che vedremo fra poco formar l' essenza del requisito dell' *animus neg. al. gerendi* cioè in un sentimento altruistico, bensì in un sentimento di puro egoismo. D' altra parte ammesso l' *animus recipiendi* cogli effetti di *animus neg. al. ger.* nell' erede putativo come potrebbe poi questo animo giustificatamente

324. — Da questa parte negativa della nostra dimostrazione, passiamo ora alla positiva: passiamo cioè anzitutto ad esaminare

negarsi in un semplice possessore di buona fede? A questo indirizzo deve ricollegarsi anche l'interpretazione del KOELNER op. cit. pp. 59-61 seguita dal MAYNZ COURS vol. II § 175, ed ora diffusamente sostenuta dal Costa op. cit. Questi scrittori si trovano concordi nell'affermare che la fattispecie della L. 50 § 1 cit. merita uno speciale trattamento per la circostanza che l'erede putativo pur credendosi continuatore della personalità del definito e quindi vero *dominus* della eredità, pure geriva nell'erigere il monumento ad adempimento della volontà del testatore, geriva come si esprime Maynz nell'interesse di una personalità che secondo la sua erronea convinzione si era aggiunta alla sua, ma che noi possiamo tuttavia mentalmente e materialmente separare dalla sua propria. Il Costa ha cercato di dare un fondamento storico a questa interpretazione, sostenendo che mentre Trebazio, e Proculo partendo dal concetto rigoroso della completa fusione della personalità del testatore in quella dell'erede, non potevano ammettere nell'erede putativo *animus neg. al. ger.*, invece Papiniano, Paolo ed Ulpiano informandosi all'apposto concetto del distacco fra le due personalità del defunto e dell'erede, riescirono ad ammettere tale *animus*. Egli cerca dimostrare la sua interpretazione spiegando come l'evoluzione dell'eredità portasse naturalmente al concetto sul quale poi Papiniano fondò la sua sentenza contenuta nella L. 50 § 1: ma a me sembra che per quanto vero sia quanto il Costa scrive sopra questa evoluzione pure nulla possa da ciò trarsi in favore della sua interpretazione. Infatti il concepirsi anche dall'erede putativo i due patrimoni, (il proprio e quello costituente l'*hereditas)* come distaccati e distinti non implica per se l'esistenza del requisito dell'*animus neg. al. ger.* Questo requisito si esplica in un sentimento altruistico e questo sentimento altruistico non può aversi nel gestore finchè egli crede di gerire nell'interesse proprio: l'efficacia del distacco oggettivo dei due patrimoni perde ogni valore di fronte all'*unità* subiettiva di interesse per la quale il gestore si fa a gerire: ora poichè l'esistenza del requisito dell'*animus* e gli effetti che ad essa si attribuivano, aveva esclusivamente ragion d'essere per questo senso di altruismo, non può concepirsi il sorgere dell'azione neg. gest. coi suoi effetti propri (quidquid impensum est) quando pur concependosi separati concettualmente i due patrimoni, dell'erede e del defunto, pur per altra ragione (il credersi cioè egli erede) il gestore non può attuare quel requisito. La ragion del concedere Papiniano l'azione non può dunque essere quella rilevata dal Costa, ma altra, e secondo me solo quella sopra rilevata (n. 323) per la quale vien meno anche il contrasto che il Costa trova fra la L. 50 § 1 cit. e la L. 33 Dig. XII, 6, trattandosi in questa di semplice gestione utile. Infine molti altri scrittori pur ritenendo non esistere nella fattispecie della L. 50 § 1 cit. *animus negotia aliena gerendi*

quei testi i quali provano l'essenzialità del requisito dell'*animus neg. al. ger.* al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)*: —

L. 34 § 1 Dig. X, 3.

Paulus libro III ad Plautium.

Diversum est enim, quum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena, aut communis: hoc enim casu ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo quia NEMINEM *mihi volui obligare. At quum puto rem Titii esse, quae sit Maevii aut esse mihi communem cum alio quam est, id ago ut* ALIUM *mihi obligem, et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum cuius negotia curavi, quum putarem alterius ea esse, ita et in proposito.*

Gli è evidente che richiedesi in questa legge come requisito essenziale, non della gestione, ma dell'*actio neg. gest. (contraria)*, l'*animus negotia aliena gerendi*. Prescindiamo pure dalle molte questioni che si fanno sulla interpretazione di questo testo; ma non potremo a meno di riconoscere che, sia che vogliasi ritenere essere l'azione accordata nel testo un *actio neg. gest.* sia che invece si preferisca crederla *communi dividundo*, certo è che in esso si rileva essere necessario al sorgere dell'*actio neg. gest. (con-*

ritengono essere in essa eccezionalmente ammessa l'*actio neg. gest. (contraria)*: così: ZIMMEMANN op. cit. pp. 65 e seg. KÄMMERER Zeitschrift fur Civilrecht und Process vol. VIII p. 165. FRANKE op. cit. dal Costa p. 11. MONROY op. cit. p. 73, VANGEROW § 664 p. 504, solo dissentendo fra di loro circa al motivo dell'ammettersi eccezionalmente l'*actio neg. gest. (contraria)* mancando l'*animus*. Alcuni infatti ripongono questo motivo nel *favor religionis* (Kämmerer, Franke, Monroy); altri invece (Vangerow) nella circostanza di aver raggiunto la gestione la liberazione dell'interessato da una obbligazione a lui incombente. Alquanto isolata è l'opinione che vede nella nostra legge un'applicazione del S. C. Giovenziano: fra i moderni essa è accolta dal WITTE op. cit. e PFERSCHE *Die Bereicherunsklagen* p. 72-82; ma si fonda evidentemente sopra l'erroneo presupposto che il possesso dell'erede sia requisito essenziale al sorgere dell'azione, mentre invece esso non è richiesto come tale: vedi L. 14 § 11 Dig. XI. 7.

traria) l' intenzione di obbligare qualcheduno. Tutte le considerazioni storiche che fa il Cogliolo [428] contro il Giorgi [429] per dimostrare che questa affermazione va riferita ad un'epoca nella quale non si aveva ancora un netto concetto della gestione obbiettiva, si frangono contro due obbiezioni. La prima è che il testo è di Paolo e nulla ci autorizza a credere che il suo contenuto sia di Plauzio, la seconda è che, sia di Paolo, o sia di Plauzio, la legge è chiara ed evidente nel *corpus juris* e deve essere accettata nelle sue disposizioni come diritto pratico e non storico.

325. — Un altro testo interessante in proposito è la

L. 29 Dig. X 3: —

Paulus libro II Quaestionum.

Ille enim qui scit rem esse communem vel alienam negotia eo animo gerit ut ALIQUEM *sibi obliget et in persona labitur.*

Di nuovo è qui rilevata la necessità di avere almeno la intenzione di obbligare qualcuno per conseguire l'*actio neg. gest. (contraria),* e contro il Cogliolo può notarsi che questo frammento è preso dalle *Quaestiones* di Paolo, non da Plauzio, e contro la teorica da lui abbracciata può giustamente rilevarsi che sarebbe inconcepibile l' insistere sull' irrilevanza dell' errore sulla persona se al sorgere dell' azione non fosse necessaria intenzione alcuna di gerire per altri. Se fosse stata teoria romana quella che al sorgere dell'*actio neg. gest.* ritiene irrilevante l'*animus neg. al. gerendi,* e sufficiente l' alienità oggettiva del negozio, a nessun giurista avrebbe potuto passare per il capo di occuparsi della differenza fra intenzione diretta ad una determinata persona, ed intenzione diretta in genere ad una persona qualsiasi. *A contrariis,* possiamo quindi affermare che il gerire inscientemente affari altrui non

[428] Op. cit. I, p. 364 nota (434).
[429] Obblig. V. n. 23.

dava luogo all'*actio contraria.* Ciò provano i testi, ma provano anche più talune considerazioni pratiche che svolgeremo nei numeri seguenti. Intanto possiamo considerare come una conseguenza di questo principio la dottrina romana non accordante azione per le spese al possessore di buona fede. Fu forse dottrina soverchiamente rigida; perchè negata l' azione *neg. gest.* si avrebbe potuto accordare un' azione di arricchimento; ma questo soverchio rigore in riguardo al possessore di buona fede sarebbe certamente inspiegabile qualora si accogliesse la teoria del Marcadè, del Toullier e del Cogliolo (opere e luoghi citati sopra nota 405) sul fondamento giuridico dell' *actio neg. gest. (contraria).*

326. — Non accordava dunque il diritto romano l' *actio neg. gest. (contraria)* nei casi di gestione senza *animus neg. al. gerendi.* In ciò, come abbiamo visto, conviene anche lo Zimmermann (vedi retro parte II cap. I § 6.) sebbene mosso da diverse, e per noi inaccettabili, considerazioni. In conseguenza delle quali egli è poi condotto a sostenere una estensione utile delle azioni, anche ai casi ove quall' *animus* manchi: è questa una teoria che trovasi pure sostenuta da non pochi giuristi francesi, e che in Italia ha un dotto e caldo difensore nel Tartufari. Per essa si hanno due azioni *neg. gest. (contraria):* l' una che ha per requisito l' *animus neg. al. ger.* e tende al rifacimento di tutte le spese compiute dal gestore utilmente; l' altra che prescinde da quel requisito, e tende soltanto ad ottenere l' arricchimento risentito dal *dominus* per la gestione, nei limiti del *id quod durat.* Nelle sue conseguenze pratiche questa teorica è certamente accettabile, ma è al tutto insostenibile nella sua costruzione giuridica: poichè non può ammettersi un' *actio neg. gest. (contraria)* limitata all' arricchimento senza negare l' indole e la portata di questa azione, senza cadere quindi in

una contraddizione *in adiecto*. Inoltre giustamente fa notare il Giorgi che questa distinzione è affatto arbitraria di fronte alla legge civile francese ed italiana, che non distinguono affatto, ne lasciano appiglio a distinguere due sorta di azioni *neg. gest. (contraria)*: infine possiamo anche aggiungere che essa è arbitraria di fronte alle fonti romane le quali non contengono traccia di tanti azioni utili, mentre ha per se stessa tutti i caratteri dell' inverosimiglianza. Molto giustamente osserva infatti, a questo proposito, il Cogliolo [430] che la serie delle azioni utili verrebbe ad essere qualora s' accogliesse quella dottrina, più ampia di quella delle azioni dirette poichè essa abbraccerebbe: 1.° tutti i casi di gestione con *animus depraedandi*, 2.° tutti i casi di gestione di affari altrui *re ipsa*, 3.° tutti i casi di gestione *sui lucri causa*, 4.° tutti i casi di gestione con errore sulla persona del *dominus*. La maggior parte della gestione sarebbe dunque *utilis;* mentre concedendo l' azione nella massima parte di quei casi le fonti non accennano a questa importantissima qualifica, ne d' altra parte è a noi rimasta sicura traccia che la *formula* abbia alluso, come avrebbe dovuto, a questa seconda specie di istituto gestorio. Se a queste considerazioni si aggiunga quella che naturalmente si offre a chi legge la formola dell' editto pretorio così ampia e comprensiva, e si rafforza pensando che la giurisprudenza elaborando i requisiti delle due azioni ebbe appunto lo scopo di limitarne la portata, non si potrà a meno di concludere che il diritto romano non ammise mai, nè poteva ammettere azioni *neg. gest. utiles* in così ampia sfera come sarebbe d' uopo l' ammettere accogliendo quella dottrina.

327. — Dobbiamo dunque dire che in tutti i casi nei quali al gestore si accorda un' azione limitata all' arricchimento,

[430] Op. cit. I. p. 216 e segg.

questa non è azione di gestione. Compete bensì al gestore ed in seguito alla gestione; ha con quella di gestione comune lo scopo economico sociale di evitare un arricchimento del *dominus* ma vi tende per altra via, entro altri limiti, in base a diverso fondamento giuridico. Chi ammette si possa concedere azione *neg. gest. (contraria)* indipendentemente dall' *animus neg. al. gerendi*, deve concederla, se vuol esser logico, cogli effetti che le son propri e che la distinguono da tutte le altre azioni, analoghe per il fine cui tendono, diverse per indole giuridica. A questa conclusione perviene infatti, per amor di logica, il Cogliolo [431] il quale accettando l' argomentazioni del Giorgi [432] contro l' ammissibilità di due azioni *neg. gest. (contrariae)* l' una tendente all' arricchimento l' altra al *quidquid utiliter impensum est*, conclude che da ciò non deve già argomentarsi che al gestore che gerì senz' *animus* non possa concedersi l' *actio neg. gest. (contraria)*, ma al contrario desumersi che « ogni gestore, con o senza *animus*, ha diritto al *quidquid* non solo all' arricchimento. » Conclusione questa veramente inappuntabile per rigore logico di fronte ai dati dai quali l' egregio autore prende le mosse, ma altrettanto inaccettabile sia di fronte ai testi romani che nelle pratiche sue conseguenze. [433] Per essa verrebbero sostituite con un mezzo più ampio e favorevole azioni di arricchimento, le quali non devono a detta del medesimo autore essere ammesse in tesi generale. Il predone ed il possessore di buona fede dovrebbero potere, basandosi sul semplice fatto di aver gerito utilmente, richiedere pieno risarcimento delle spese sofferte al pari di chi si mosse a gerire per ispirito di lodevole altruismo. Ne si dica che addu-

[431] Op. cit. pp. 286-287.
[432] V. n. 24.
[433] Op. cit. I, pp. 177-178.

cendo tali argomenti si travolgono in una ricerca strettamente giuridica degli elementi etici: i momenti intimi del volere, i motivi che determinarono il gestore a gerire i quali non hanno rilevanza giuridica. Che i motivi intimi di un atto non abbiano rilevanza giuridica è vero per ciò che si attiene alla validità dei contratti non certo dei *fatti* che possono pur produrre giuridiche conseguenze: tutto il diritto penale sta ad attestare la verità di questa del resto ovvia osservazione. E neppure si dica, per contraddire alla nostra affermazione, che l'obbligazione del *dominus* sorge *ex re* non già dalla volontà del gestore. Appunto perchè essa sorge *ex re* è necessario determinare l'indole del fatto, della *res*, dalla quale sorge per poterla tener ben distinta da altre obbligazioni sorgenti da *altri fatti*. Or facilmente si comprende che di fronte a qualsiasi legislazione il fatto *di gerire per altri* è ben diverso dal fatto *di gerire per se medesimi*. Perciò è naturale che a quello si attribuiscano effetti che non si possono attribuire a questo: a chi si fa a gerire per altri si da il diritto di pretendere tutto ciò che ha utilmente speso, a chi si fa a gerirè per se si concede soltanto di chiedere ciò di cui senza causa altri si sia arricchito.

328. — La conclusione cui siamo così pervenuti attraverso la precedente esegesi di testi e discussione di idee è dunque la seguente: l'*animus neg. al. gerendi* è requisito essenziale al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)*; non lo è al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa)*. A tale conclusione per altro siamo giunti in astratto, indipendentemente cioè da una precisa determinazione giuridica di questo requisito. Ora dobbiamo appunto procedere a questa ulteriore ricerca: solo sarà opportuno valutare prima i risultati fin qui ottenuti in rapporto al nostro diritto civile patrio. In questo proposito ne sembra decisiva questa considerazione: il codice civile italiano avendo, sulle orme del codice civile francese accolta la dottrina romana dei cosidetti quasi contratti, ha implicitamente ammesso come interpretative della nostra legge l'interpretazione delle fonti romane.[434] Se pertanto i risultati da noi per diritto romano ottenuti sono veri, e se non urtano colle disposizioni del nostro codice civile, possono essere senz'altro considerati pratici ed applicabili. Ora che veri essi siano ci sembra di aver dimostrato, che non urtino colle disposizioni del nostro codice è indiscutibile. Alcuni civilisti hanno cercato di sostenere la necessità dell'*animus neg. al. ger.* per diritto civile francese ed italiano fontandosi sui relativi articoli 1370 e 1140 dei due codici. Questo mi sembra un tentativo inutile ed anche erroneo. Inutile perchè la dimostrazione romanistica data la grande latitudine delle disposizioni del codice in riguardo alla gestion d'affari, è già per se stessa sufficiente; erronea perchè la *volontarietà* di cui trattano gli art. 1370 cod. civ. fr. e 1140 cod. civ. it. è concetto ben diverso e distinto dall'*animus neg. al. ger.*[435] Più opportunamente invece osserva qualche civilista francese, che se il legislatore avesse voluto escludere l'*animus neg. al. gerendi* dai requisiti dell'*actio neg. gest. (contraria)* avrebbe dovuto, dati i precedenti legislativi e dottrinali, farlo espressamente.[436]

---

[434] Vedi retro p. 45 nota 5.
[435] Vedi retro nn.i 199 e segg.
[436] MURGEAUD-LARION op. cit. pp. 84-93.

§ 2. *Il concetto dell' animus negotia aliena gerendi e la sua formulazione teorica.*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate nel § precedente e RUHSTRAT *Beiträge* (Archiv. für die civ. Praxis vol. XXXII). — RUHSTRAT *Die actio neg. gest. directa* (Iarb. fur die Dogmatik vol. XIX). — LEIST op. cit. — DANKWARDT op. cit. — STINTZING *Recensione all' opera di Koelner sulla negotiorum gestio* citata nella bibliografia del § precedente. — KOHLER *Die Menschenhülfe* ecc. cit. cap. V § 1.

329. — Il dissenso profondo che abbiamo visto esistere nella dottrina in riguardo alle fondamentali questioni trattate nel paragrafo precedente si rinnova fra gli stessi scrittori che pur sono concordi nel ritenere essere l' *animus neg. al. gerendi* requisito essenziale sia delle due azioni sia di quella contraria soltanto, quando si tratta di determinare il concetto di questo requisito e di formularlo. La ricerca su questo punto viene generalmente condotta sulle fonti romane ma nessuno potrà dubitare che essa abbia un rilevante interesse civilistico, poichè il concetto e la formula che si cerca di ottenere non solo deve spiegare e conciliare fra loro le fonti romane, ma deve anche dare un criterio giuridico mercè il quale sia possibile risolvere con sicurezza tutte quelle fattispecie che per indole loro hanno sempre dato luogo a maggiori dubbi ed incertezze nella dottrina e nella giurisprudenza. Gli è perciò che a questo paragrafo nel quale cercheremo dare un esatto concetto ed una esatta formola del requisito dell' *animus negotia aliena gerendi* faremo seguire un paragrafo nel quale proveremo il concetto e la formola ottenuta alle più diverse fattispecie.

330. — Una opinione, che può tuttora esser considerata dominante ritiene consistere l' *animus neg. al. gerendi* nella volontà del gestore di entrare in un rapporto obbligatorio con

una determinata persona: il *dominus.*[437] Questa opinione ha la sua origine concettuale e storica nella dottrina del quasi contratto, ma è anche seguita da molti che almeno formalmente respingono questa dottrina. Noi che abbiamo cercato di confutarla dobbiamo dire che i suoi seguaci per quanto in errore, certo erano logici e, dando dell' *animus* la determinazione che abbiamo visto, svolgevano artisticamente un sistema teorico prestabilito. Quelli invece che abbandonata l' idea del quasicontratto pur sostengono in riguardo all' *animus* quell' opinione che ne era genuina conseguenza, conservano inconsciamente e senza bisogno, e senza giustificazione d'altra natura, i risultati di una dottrina abbandonata. Sono logici è vero quando poi affermano che essendo il gestore in errore circa la persona del *dominus* non può acquistare l' *actio neg. gest. (contraria),* ma in aperto contrasto colle fonti romane: e ricorrendo poi all' *actio utilis* vengono egualmente a disconoscere il solo fondamento che abbia la loro opinione. Tutto ciò dimostra quanto sia erroneo il considerare l' *animus neg. al. gerendi* quasi come una prestazione di consenso: a conferma di che resta a notarsi una importante conseguenza pratica cui questa prima opinione sul concetto dell' *animus* conduce tratta alle sue logiche conseguenze: essa imporrebbe al gestore l' onere di provare la sua volontà di gerire direttamente per la persona del vero interessato.

331. — Accanto a questa teorica così rigida, ve n' ha una più mite che non richiede così esplicitamente nel gestore una volontà

[437] In questo concetto la glossa e la dottrina che l' ha seguita nel concetto quasi contrattuale: fra i moderni RUHSTRAT *Beiträge* (Archiv. für die civ. Praxis vol. XXXII) e *Die actio neg. gest. directa* (Iahrb. für die Dogmatik vol. XIX. p. 275); OGONOWSKI op. cit. p. 25, 30, 35; LEIST op. cit. p. 109 nota 2; LAURENT XX. n. 324; POTHIER *Traite du mandat.* Appendice n. 185; RICCI Corso teor. pr. VI p. 98.

di entrare in un rapporto obbligatorio col *dominus;* che non si fonda sul fittizio incontro dei consensi di cui fu sopra parola. I sostenitori di questa seconda teorica richiedono solo che il gestore abbia voluto positivamente obbligare il *dominus*. Non basta dice e. g. il Maynz [438] che il gestore sappia di gerire affari altrui, fa d'uopo altresì che egli abbia l'intenzione *di obbligare la persona per la quale gerisce*. Così anche il Windscheid [439] richiede che il gestore abbia speso coll'intenzione anzi col volere, di obbligare il *dominus* al rifacimento: *recipiendi animo,* [440] *quasi recepturus,* [441] *ut repetiturus.* [442] Fra questa opinione e la precedente vi ha dal punto di vista ricostruttivo una sostanziale differenza, ma vi ha poi dal punto di vista pratico una sostanziale analogia in quanto anche questa formulazione del requisito dell'*animus neg. al. gerendi,* tratta alle sue necessarie conseguenze logiche conduce ad imporre al gestore la positiva dimostrazione della sua volontà di gerire *quasi recepturus*. Mentre quella prima teoria si dimostra già sufficientemente inaccettabile per non riconoscere esservi vera gestione, nè vera azione *neg. gest. (contraria)* quando il *gestore* versi in errore sulla persona del *dominus,* il che è contrario alle fonti romane ed arbitrario di fronte al codice francese ed italiano, questa seconda pur urtando contro le fonti citate in proprio sostegno, non riesce, come fra poco vedremo, a dar adeguata soddisfazione alle pratiche esigenze che determinano il concetto dell'*animus negotia aliena gerendi*. I testi infatti nei quali al sor-

[438] *Cours de droit romain* II § 175. PELLAT *Precis d' un cours sur l' ensemble du droit privé des Romains.* § 144 (Paris 1852). DEMANGEAT *Cours elem. de droit romain* vol. II p. 360-361 (Paris 1866).

[439] § 430 e nota 13.

[440] L. 11 Cod. h. t.

[441] L. 13 Cod. h. t.; L. 14 § 7 Dig. XI. 7.

[442] L. 15 Cod. h. t.

gere dell'*actio neg. gest. (contraria)* si esige che il gestore sappia di gerire affari altrui rilevano, è vero, che tale *scientia* è necessaria in quanto il gestore gerendo con essa vuole obbligare alcuno; ma solo (L. 14 e L. 29 Dig. X. 3) in contrapposto alla condizione in cui si troverebbe e si trova chi gerisce affari altrui credendoli propri. Questi non può avere l'intenzione di gerire per altri e quindi non ha *certamente* l'intenzione di obbligare altri: in quello invece può ritenersi, fino a prova contraria, esistere l'intenzione di gerire per altri, e conseguentemente l'intenzione di obbligare altri. Questa intenzione peraltro è consequenziale e quindi non entra a costituire l'essenza dell'*animus neg. al. gerendi.* Così anche si spiega come altre fonti [443] richieggano l'*animus recipiendi* o *repetendi:* lo richiedono in quanto le circostanze speciali di determinate fattispecie escludono quel rapporto normalmente intercedente fra la scienza di gerire affari altrui e l'intenzione di gerire nell'interesse altrui.

332. — Di fronte alle due teorie sopra esposte ve n'ha una che riduce invece il concetto dell'*animus* ad un *minimum* di efficacia: questa teoria sostiene essere l'*animus negotia aliena gerendi* requisito essenziale dell'*actio neg. gest. (contraria)* solo in quanto per esso sia escluso l'*animus donandi.* [444] Gerire nell'interesse altrui significherebbe gerire non *animo donandi:* però l'esistenza di questo requisito così ridotto a formula negativa giustificherebbe il diritto del gestore di ripetere le spese utilmente intraprese nell'interesse altrui ed il farsi risarcire i danni sofferti per una tale gestione. A questa teorica che viene considerata come ultimo risultato di una evoluzione subita dal requisito dell'*animus*

[443] L. 11, 13, 15 Cod. h. t. e L. 14 § 7 Dig. II. 7.

[444] DANKWARDT op. cit. § 21. — STINTZING. Rec. cit.

negotia aliena gerendi ostano in modo evidente considerazioni concettuali e testimonianze di leggi romane. Essa infatti viene a creare un contrapposto ed una incompatibilità fra l'*animus gerendi* e l'*animus donandi* che non è menomamente giustificabile. Chi non vede infatti che anche dove havvi *animus neg. al. ger.* può esistere *animus donandi:* la presenza di questo elemento non è dunque esclusa dall'esistenza di quello e solo gli effetti della gestione potranno essere modificati in quanto esso lo comporti. D'altra parte neppure può dirsi che in tutti i casi nei quali si ha gestione senza *animus donandi,* si abbia *animus negotia aliena gerendi,* nè che dove l'*animus gerendi* manca sia escluso dall'*animus donandi.* Basta pensare ai casi di gestione eseguita in buona fede nel proprio interesse mentre essa riguardava invece l'interesse altrui: in questi casi non può pensarsi ad un *animus negotia aliena gerendi* come non può pensarsi ad un *animus donandi* e non può pensarsi nè all'uno nè all'altro di questi due elementi per una sola e medesima ragione, che manca cioè la *scientia* di gerire affari altrui.[445]

333. — Dobbiamo infine accennare ad un indirizzo storico che alcuni scrittori credono dover seguire in rapporto alla determinazione del concetto dell'*an. neg. al. gerendi.*[446] Si afferma

[445] Alla nostra critica non ostano menomamente quei testi nei quali realmente l'*animus neg. al. ger.* è richiesto solo in quanto per esso resti escluso l'*animus donandi* come la L. 4 Dig. III, 5; L. 26 (27) Dig. eod.; L. 43 (44) Dig. eod.: essi dimostrano soltanto che in certi casi l'*animus neg. al. ger.* può essere provato escludendo l'*animus donandi* non già che l'*animus neg. al. ger.* consista nella assenza di *animus donandi.* Questa assenza può anche risolversi in un *animus depraedandi!*

[446] L'indirizzo storico assume naturalmente un diverso atteggiamento negli scrittori che lo seguono, a seconda della teoria da essi professata sulla teoria della gestione degli affari altrui. Vedi: Wlassak op. cit. p. 74 nota 7. — Monroy op. cit. p. 23, 24. — Cogliolo op. cit. I p. 364.

che esso deve essere passato per diversi stadii nello svolgimento della dottrina romana, e si cerca di seguirlo in essi. Il Gabolde, per citare un esempio, ritiene che in origine si accordassero le azioni *neg. gest.* solo quando il gestore avesse gerito *contemplatione domini,* poi si sarebbe fatta una prima eccezione a questo principio pei casi in cui il gestore versasse in errore sulla persona del *dominus;* ulteriormente si sarebbe accordata al gestore l'azione utile anche quando egli avrebbe potuto agire direttamente contro un'altra persona (L. 5 § 2 (6) Dig. III. 5: vedi sopra n. 293 e segg.); infine si sarebbe accordata l'azione anche a chi avesse gerito affari altrui credendoli propri. Non ci tratteremo a lungo su questa opinione, che rimane per se stessa confutata da quanto siam venuti in diversi parte di questo trattato dicendo sul fondamento giuridico e sui requisiti delle due azioni (cap. I §§ 6-7), sulla volontarietà, e sull'*actio funeraria.* Due osservazioni non possiamo tuttavia omettere le quali ci saranno utile guida nel prossimo tentativo di ricostruzione. La prima è questa: l'*actio neg. gest. (contraria)* fu sempre accordata pel *quidquid impensum utiliter:* se questa sua ampiezza di contenuto richiedeva una speciale caratteristica nel fatto dal quale l'azione sorgeva, e se questa caratteristica, consisteva appunto nell'*animus neg. al. gerendi,* non può ammettersi che essendo rimasto inalterato il contenuto dell'azione si venisse poi modificando fino a sparire il concetto dell'*animus* che lo giustificava. La seconda osservazione scaturisce dai testi i quali dimostrano come l'*animus neg. al. ger.* fosse essenziale al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)* anche per diritto giustinianeo: un concetto ed una formola di questo requisito deve dunque desumersi dai testi medesimi e dallo scopo e dal contenuto dell'azione *neg. gest. (contraria)* nel campo che abbiano negativamente determinato mercè la confutazione delle opinioni sopra esposte.

334. — Ora da questa esposizione noi abbiamo appreso come taluni sieno giunti ad un falso concetto dell'*animus neg. al. ger.* deducendolo logicamente dalla teoria quasi contrattuale. Altri invece respingendo questa teoria furono illogicamente indotti a negare la necessità di qualsiasi *animus* sia al sorgere dell' una che dell' altra azione: infatti escluso il concetto del quasi contratto resta escluso che l' *animus* sia una *contemplatio domini,* non certo del pari che l' *animus* possa essere requisito essenziale al sorgere dell' *actio contraria:* poichè noi possiamo concepire una intenzione di gerire per altri ben diversa ed indipendente da quella *contemplatio.*[447] Ora è appunto in questi termini che va posta, a nostro avviso, la ricerca tendente a determinare il concetto dell' *animus neg. al. gerendi.* Ed è strano che in questi termini l'abbia posta fra gli altri uno scrittore che va annoverato fra i più strenui sostenitori della teoria quasi contrattuale: il Koelner. Il Koelner non dà una esatta definizione dell' *animus neg. aliena gerendi;* però egli rileva sufficientemente che a dare la nozione di questo requisito basta normalmente la conoscenza di gerire affari altrui. A ragione può a questo scrittore obbiettarsi che egli cade in una palese contraddizione, e che la scienza di gerire per altri non può elevarsi a quella intenzione di gerire per un altro che necessariamente richiedesi al sorgere del quasicontratto. La sua teorica sull'*animus neg. al. ger.* è dunque una nota stridente nel suo sistema sulla *negotiorum gestio* nel quale solo quegli è gestore che ha la volontà di rappresentare il *dominus;* è invece pienamente armonica nel nostro sistema di considerare le due azioni *neg. gest.* come istituti indipendenti, che non devono affatto la loro efficacia ad un istituto ad esso superiore, al quasi-contratto; e per comprendere bene ciò basteranno poche considerazioni.

[447] Perfettamente logici sono invece quegli scrittori che accettando la teoria quasi contrattuale, negano ogni valore all' intenzione generica di gerir per altri. Una tale intenzione scrive lo STINTZING Rec. cit. p. 232, « *non ha alcun significato in quanto non può pensarsi ad un vincolo giuridico prodotto dalla mia* VOLONTÀ *fra me e Caio, mentre questa mia volontà si rivolgeva invece a Tizio.* » Così pure è perfettamente logico lo Stintzing quando partendo dal concetto che *animus* e *contemplatio* siano la medesima cosa, giunge ad affermare che una volta ammesso irrilevante l' errore in cui il gestore versasse circa alla persona del *dominus* potevasi facilmente pervenire a concedere l' *actio neg. gest. (contraria)* anche a chi avesse gerito credendosi *dominus.* Senonchè questi giusti ragionamenti partono da premesse che mi sembra aver pienamente confutate nel testo.

335. — Nel sistema giuridico, tutti gli istituti sono creati e regolati presupponendo sempre nelle persone alle quali devonsi applicare un tipo normale, di diligenza, di capacità, di moralità, ecc. Così creato l' istituto gestorio, col quale, nell' interesse generale dei cittadini si accordavano al gestore così favorevoli condizioni, è naturale si richiedesse in questo gestore l' intenzione di gerire per il bene del *dominus.* Ma il sistema non aveva bisogno di richiedere una positiva dimostrazione di questa intenzione; bastava che il gestore si trovasse in condizione tali da potersi presumere che essendo egli uomo normale avrebbe necessariamente voluto gerire per il *dominus.* In tali condizioni pertanto egli trovasi ognora quando sa di gerire affari altrui. Potrebbe forse il legislatore in tale ipotesi presumere nel gestore l' intenzione di gerire nel proprio interesse esclusivo, e magari a danno del *dominus?* Non certamente senza violare un principio che è presupposto di tutto il sistema giuridico, che cioè l' uomo agisce normalmente in conformità ai principi che sono il giusto per la società in cui vive. E d' altra parte se egli avesse richiesta una positiva dimostrazione di quella determinata intenzione, egli avrebbe contro i suoi desideri e contro i bisogni sociali resa più limitata l' ingerenza negli affari altrui, per la

difficoltà di quella prova. Gli era quindi naturale che in chi gerisse affari d'altri, scientemente si presupponesse fino a prova contraria l'intenzione di gerirli nell'interesse del *dominus*. E ciò si giustifica facilmente sia dal punto di vista legislativo, che dal punto di vista strettamente giuridico.

336. — Dal punto di vista legislativo l'azione *neg. gest. (contraria)* è un mezzo giuridico così efficace che non potrebbe concedersi senza altro a chiuque anche per errore avesse gerito affari altrui. Lo scopo di questa azione è appunto di stimolare i cittadini a curare i beni delle persone assenti, o che per altra causa non possono gerire da sè i propri affari; il mezzo con cui questo scopo vien raggiunto si compendia nella portata dell'azione, che tende a far ricuperare al gestore *tutto ciò* che utilmente ha speso per il *dominus*, senza riguardo al momento dell'arricchimento. Gli è naturale che un tal vantaggio non possa essere accordato che a chi ha accolto l'invito del legislatore, e si è fatto scientemente a gerire affari altrui. Come gli è del pari evidente non essere a ciò necessario l'aver voluto gerire nell'interesse di una determinata persona, ma per una persona qualsiasi alla quale si sia voluto rendere servigio. La maggiore efficacia dell'*actio neg. gest. (contraria)* di fronte alle azioni di arricchimento è appunto determinata nel concetto legislativo dal sentimento altruistico che anima chi si fa a gerire non chiamato nell'interesse altrui. Chi agisce secondo il proprio interesse agisce secondo il comune egoismo degli uomini; il sistema giuridico non ha bisogno di sollevarlo giacchè l'egoismo umano trova il suo premio ed il suo correttivo in sè medesimo. Considerato da questo punto di vista l'*animus neg. al. ger.* perde quel rigido carattere che ad esso attribuiscono tanti scrittori; non è più una prestazione di volontà nel senso contrattuale, *è una conoscenza che include una intenzione alla quale il legislatore attribuisce certi effetti.*

337. — Dal punto di vista strettamente giuridico l'*animus neg. al. ger.*, così come l'abbiamo delineato, è pienamente giustificato in quanto tende a differenziare bene l'obbligazione sorgente nel *dominus* per la gestione, da quella sorgente in lui per l'arricchimento. Sopprimendo il requisito dell'*animus*, si parificano nei loro effetti obbligazioni che sono in natura diverse. E per vero, ammessa di fronte alla categoria delle *obbligationes* sorgenti *ex contractu*, una vasta categoria di *obbligationes* sorgenti *ex re*, non può a meno di riconoscersi in questa categoria una singola individualità a ciascuna delle obbligazioni che la compongono. Questa individualità è lo specchio fedele della individualità della causa, *res*, che ha dato luogo alla obbligazione medesima. Ora chi potrà disconoscere essere ben diverso fatto il gerire nell'interesse altrui dal gerire nell'interesse proprio? Così dovrà quindi ammettersi che chi gerisce nell'interesse altrui debba diversamente esser trattato da chi gerisce nell'interesse proprio. Anche a questi potrà accordarsi un'azione contro il *dominus* che fu suo malgrado arricchito, ma appunto nei limiti di questo arricchimento; a quello invece dovrà accordarsi l'azione con un contenuto maggiore. Nè potrà ad alcuno recar meraviglia che un sistema positivo di diritto prenda in considerazione un elemento etico, quale è l'intenzione di gerire per altri, e gli attribuisca degli effetti giuridici.

338. — In tesi generale può dirsi dunque esservi *animus neg. al. ger.* e quindi *actio neg. gest. (contraria)*, ogni volta che il gestore gerisce affari altrui scientemente. Perocchè in questa ipotesi può giustamente ritenersi che egli voglia gerire nell'interesse altrui. Ma, come abbiamo già notato, questa presunzione, essendo fondata

sulla considerazione del normale modo di agire dell'uomo di media capacità ammette una prova contraria. Il *dominus* e cioè ammesso a provare che il gestore pur gerendo affari altrui scientemente, non aveva l'intenzione di gerire nell'interesse altrui. Ciò può avvenire principalmente in due modi. Anzitutto quando il gestore abbia *positivamente* dimostrato di gerire nell'interesse proprio, sebbene conoscesse l'alienità degli affari trattati, secondariamente quando il gestore abbia gerito scientemente affari altrui ma in esclusiva contemplatione di un terzo. In questi casi, come fra poco vedremo, le fonti romane negavano al gestore l'*actio neg. gest. (contraria)* per mancanza d'*animus neg. al. ger.* Poichè in questi casi l'intervento di elementi positivi, quali l'*animus depraedandi* e la *contemplatio* esclusiva di un terzo, toglie realmente alla *scientia* di gerire affari altrui il suo normale significato giuridico. Ma ciò non può naturalmente detrarre alcunchè alla verità della nostra formola la quale ne rimane piuttosto confermata.

§ 3. — *Applicazioni pratiche della nostra formola sull'animus neg. al. gerendi.*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate nel § precedente.

339. — La giustezza della formola da noi ottenuta nella ricerca precedente deve ora venir provata mediante la sua applicazione alle più diverse fattispecie considerate nelle fonti romane. Esamineremo quindi: — 1.°) i casi di gestione compiuta dal gestore con errore circa alla persona del *dominus*, — 2.°) i casi di gestione compiuta in buona fede nel proprio interesse, — 3.°) i casi di gestione compiuta in mala fede nel proprio interesse, — 4.°) i casi di gestione compiuta nell'interesse di Primo

per mandato di Secondo, — 5.°) infine i casi di gestione compiuta nel proprio e nell'altrui interesse. Se le decisioni date dalle fonti romane a ciascuno di questi casi, saranno in perfetta armonia colla nostra formola, e solo con essa, noi non potremo più dubitare della sua esattezza e potremo quindi estenderne l'applicazione anche a fattispecie nelle fonti medesimi non considerate.

340. — I testi romani riguardanti la gestione con errore circa alla persona del *dominus* sono in perfetta armonia coi nostri risultati. Essi ammettono, senza alcuna restrizione, che il gestore acquisti l'*actio neg. gest. (contraria)* contro il vero *dominus:*

L. 5 § 10 (6 § 8) Dig. III, 5.

Ulpianus libro decimo ad Edictum.

Si Titii servum putans qui erat Sempronii, dedero pecuniam ne occideretur, ut Pomponius ait, habebo negotiorum gestorum adversus Sempronium actionem.

L. 5 § 1 Dig. eod.

Ulpianus libro decimo ad Edictum.

Sed et si cum putavi Titii negotia esse cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur.

L. 44 (45) § 2 Dig. eod.

Ulpianus libro quarto opinionum.

Titius pecuniam creditoribus hereditariis solvit existimans sororem suam defuncto heredem testamento extitisse. quamvis animo gerendi sororis negotia id fecisset veritate tamen filiorum defuncti, qui sui heredes patri sublato testamento, erant, gessisset: quia aequum est in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit. [448]

[448] Kohler op. cit. p. 67.

Per conciliare questi testi colla loro opinione, gli scrittori che sostengono esser l'*animus* la volontà di entrare in un rapporto obbligatorio col vero *dominus*, o per lo meno la intenzione di obbligare direttamente una determinata persona per la quale si gerisce, sono costretti ad un espediente; a qualificare cioè di utili le azioni in esse concesse. Ma ognun vede che esso è arbitrario espediente: le ultime parole della L. 44 (45) cit. che si adducono a sua giustificazione, non stanno che ad indicare lo scopo economico finale che l'azione di gestione contraria ha comune colle azioni di arricchimento e non autorizza menomamente a dire che l'azione nella legge accordata sia utile.

341. — Se non era ritenuto necessario al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)*che il gestore sapesse per quale persona egli veramente geriva, è facile comprendere come neppure debba esser ritenuto essenziale l'aver egli gerito per una persona obbiettivamente certa:

L. 18 § 5 (19) Dig. III, 5.

Paulus libro secundo ad Neratium.

Dum apud hostes esset Titius, negotia eius administravi, postea reversus est: negotiorum gestorum mihi actio competit, etiam si eo tempore quo gerebantur dominum non habuerunt.

L. 19 (20) Dig. eod.

Ulpianus libro decimo ad Edictum.

Sin autem apud hostes constitutus decessit, et successori et adversus successorem eius negotiorum gestorum directa et contraria competit. (Cfr. L. 11 (12) pr. Dig. eod; L. 28 (29) Dig. eod; L. 19 § 2 Dig. XXVI, 2; L. 1 § 6 Dig. XXVII, 5 e L. 24 Dig. XXVII, 4).

Così per diritto moderno nulla osta all'accordare un *actio neg. gest. (contraria)* contro una società per le spese e le operazioni compiute prima che essa esistesse, allo scopo di costituirla. Anche in questo caso nel momento in cui avviene la gestione non è certa l'esistenza obbiettiva della società: è una sola speranza: tuttavia se questa speranza venga realizzata e l'ente società sorga come potrà negarsi che nel suo interesse fu compiuta la gestione? Questo caso è simile a quello di cui tratta la L. 28 (29) Dig. III, 5 cit.

342. — Dai testi riguardanti la gestione compiuta con errore sulla persona del *dominus* passando a quelli che considerano la gestione compiuta *bona fide* nel proprio interesse troveremo una ulteriore conferma della nostra formola. Questi testi negano che possa sorgero un *actio neg. gest. (contraria)* per il possessore di buona fede contro il proprietario e la ragione di questo principio è appunto questa: che il possessore gerendo inscientemente affari altrui non poteva essere animato dallo spirito altruistico che costituisce l'essenza dell'*animus neg. al. ger.* È vero che i testi sopra trascritti (nn. 324-325) dai quali appunto si rileva non acquisterà il possessore di buona fede azione di gestione, parlano di *animus obbligandi: « quia neminem mihi volui obligare »* — *« id ago ut alium mihi obligem »* — *« eo animo gerit ut aliquem sibi obligem »* — ma queste espressioni devono intendersi in un senso mediato: esse indicano il momento altruistico che costituisce l'essenza dell'*animus neg. al. gerendi* nell'effetto che esso produce che è appunto quello di obbligare, e per vero di obbligare nel senso più ampio della parola.

343. — Abbiamo sostenuto esistere il requisito dell'*animus neg. al. ger.* tutte le volte in cui alcuno gerisca scientemente nell'interesse altrui: poichè riteniamo che a tale scienza debbasi

fino a prova contraria, attribuirsi il valore di una intenzione di gerire nell' interesse altrui. Soggiungevamo che la prova contraria cui accennavamo, può risultare dalla presenza di elementi diversi nelle singole fattispecie. Evidente è il caso in cui risulti che il gestore pur sapendo di gerire affari altrui tendeva nullameno ad un suo proprio lucro. Questa positiva intenzione che costituisce la determinante del suo gerire, quando risulti provata esclude l' *animus neg. al. ger.* e conseguentemente impedisce il sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria).* È questo il caso della L. 5 § 5 (6 § 3) Dig. III, 5: nella quale a colui che ha gerito *depraedandi causa* si nega l' azione per il *quidquid,* che è *actio neg. gest. (contraria),* e si accorda, come vedremo fra poco, una semplice azione di arricchimento. La scienza di gerire affari altrui è infatti per se sufficiente a far presumere nel gestore uno spirito altruistico, ma tale presunzione fondata sull' ordine naturale delle cose può essere in casi singolari distrutta da fatti che vi si appongono. Così l' *animus depraedandi* spezza il nesso normalmente esistente fra la scienza di gerire affari altrui e l' intenzione di gerire nell' interesse altrui.

344. — Un altro caso tipico nel quale quella intenzione di gerire nell' interesse altrui la quale è normalmente inclusa nella *scientia* di gerire affari altrui, rimane esclusa per l' esistenza di un elemento positivo, contrario e con quella incompatibile, si ha quando il gestore pur sapendo di gerire affari spettanti ad un Tizio li gerì per *esclusiva contemplazione* di un Caio. Abbiamo visto nel capitolo precedente come quando la gestione interessa più persone in base a diversi rapporti giuridici, l' azione sorga contro ciascuna di esse solo in quanto la *contemplatio* del gestore non si sia rivolta esclusivamente ad una di esse. Analoghe applicazioni del nostro principio abbiamo nel caso in cui taluno

abbia e. g. gerito nell' interesse di Tizio per mandato, di Caio. Il decidere se in tale evenienza il gestore acquisti l' *actio neg. gest. (contraria)* contro Tizio, dipende dal vedere se il gestore abbia voluto gerire per Tizio, nella quale ipotesi il mandato avrebbe il contenuto di una fidejussione per il caso d' insolvenza di Tizio, o se invece egli abbia unicamente gerito per adempire il mandato ricevuto da Caio. In questa seconda ipotesi non sorge *actio neg. gest. (contraria)* contro Tizio, poichè la *contemplatio* che il gestore aveva verso Caio esclude l' *animus neg. al. gerendi* verso Tizio, essendo con esso incompatibile. Non può infatti valutarsi un' intenzione altruistica del gestore di fronte a Tizio, mentre nella *contemplatio* rivolta a Caio si esaurisce tutto l' altruismo che investe la gestione: l' *actio neg. gest. (contraria)* può pertanto sorgere per Tizio mandante non pel suo mandatario: dice la L. 14 § 15 Dig. XI, 7: *qui mandatu alterius funeravit non habet funerariam actionem.* Chi gerisce quindi in contemplazione di una persona diversa da quella che sa avere diretto interesse alla sua gestione è pareggiato, nei rapporti suoi coll' interessato, a chi ha gerito *sui lucri causa,* od a chi ha gerito inscientemente affari altrui credendoli propri. [449] Nè deve sorprendere che il testo citato non conceda l' *actio funeraria* a chi ha eseguito il funerale *mandatu alterius* mentre tale azione altri testi accordano a chi ha eseguito il funerale credendosi erede: chi si crede erede infatti è nella ne-

[449] Infatti in queste diverse ipotesi è da diverse cause escluso quel sentimento altruistico che costituisce l' essenza del requisito dell' *animus negotia aliena gerendi.* Veggasi la L. 53 Dig. XVII, 1. Il Kohler op. cit. p. 88-89 così commenta questa legge: Der Bürge will den Mandanten befriedigen, während ihm den Hauptschuldner nichts angeht: der Mandatar des reicheu Crassus verbürgt sich für einen Bettler, er verbürgt sich für seinen Feind, — er verbürgt sich weil ihm die Geldsäcke und die Mahlzeiteu des Crassus imponiren.

cessità di eseguire il funerale, e però in considerazione di questa necessità si ammise che egli potesse poi agire contro il vero erede sebbene egli non avesse avuto nel gerire l'*animus negotia aliena gerendi;* chi invece eseguisce il funerale per mandato di un terzo si trova in diversa condizione; per lui il *funerare* non è in alcun modo *necessario* e perciò a lui contro il vero erede si accorda l'*actio funeraria* solo quando abbia attuato il requisito dell'*animus:* così mi sembra debba spiegarsi l'*ex causa* della L. 14 § 11 Dig. XI, 7 che ha tanto imbarazzato gli interpreti. [450]

345. — Se però può in generale dirsi che quando alcuno gerisce nell'interesse di un Tizio per mandato di un Caio, non acquista azione di gestione contraria contro Tizio, ciò deve dirsi

[450] Per questa considerazione devo meglio formulare l'opinione da me in un lavoro speciale precedentemente accolta in riguardo all'*actio funeraria.* Io aveva affermato in via assoluta che l'*actio funeraria* compete sempre, anche mancando l'*animus neg. al. gerendi* nel funerante, per la necessità obbiettiva che presenta l'atto del *funerare.* Dal confronto della L. 14 § 11 Dig. XI, 7 colla L. 14 § 15 eod., L. 32 eod. e L. 50 § 1 Dig. V, 3 traggo ora la convinzione che anche tale azione richiede il concorso della necessità obbiettiva dell'atto compiuto colla necessità subbiettiva di compierlo in colui che lo ha compiuto. Così si spiega come si neghi l'*actio funeraria* a chi ha eseguito il funerale *mandatu alterius,* mentre la si accorda all'erede putativo. Così pure si spiega come possa competere l'*actio funeraria* a chi ha eseguito il funerale *prohibente herede:* la necessità obbiettiva del funerale esclude qui la validità della *prohibitio* da parte della persona obbligata a funerare: lascia persistere l'utilità della gestione funeraria, e conseguentemente l'azione da essa sorgente. In questa ultima ipotesi però il funerante non è tenuto a funerare; non vi è in lui quella necessità subbiettiva di gerire, che trovasi in riguardo al funerale sull'erede putativo, perciò egli deve per regola gerire coll'*animus neg. al. ger.* (così spiegasi l'*ex causa* di questo testo): se pertanto egli avesse funerato per mandato di un terzo non acquisterebbe l'*actio funeraria* (L. 14 § 15 eod.). Così si interpretano le LL. 50 § 1 cit.; 16 § 11 e 13 prescindendo dal *favor religionis* ed evitando le critiche che, a quelli scrittori che hanno voluto spiegare con questi elementi le nostre leggi, hanno mossa il Dietzel *De funeraria actione* p. 23 e segg. — Sturm *Das neg. ut. coeptum.* p. 81-83. — Costa Op. cit. p. 16-17.

soltanto in quanto risulta aver la contemplazione del mandante escluso l'*animus neg. al. ger.* di fronte all'interessato. Non resta peraltro escluso che quell'*animus* possa esistere insieme alla considerazione del mandante. Tale abbiamo visto essere il caso quando il contenuto del mandato si risolve in una fidejussione del mandante al mandatario per il caso di insolvenza del vero interessato. Lo stesso deve dirsi ogni volta che il mandato fu conferito dal mandatario nella opinione che suo proprio fosse l'interesse cui la gestione del mandatario doveva sopperire. Suppongasi e. g. che Tizio abbia dato incarico a Sempronio di restaurare la casa X che egli ritiene propria mentre essa invece appartiene a Mevio. Sempronio potrà in questa ipotesi esercitare l'azione contrattuale contro Tizio e l'azione di gestione contraria contro Mevio. Infatti qui la sua *contemplatio* era rivolta a gerire per il vero interessato e solo essa erroneamente si dirigeva alla persona di Tizio;.... mandante e vero interessato erano per lui una sola persona e però gerendo *contemplatione mandantis* egli geriva contemporaneamente per l'interessato. Ora come egli avrebbe acquistato contro il mandante l'*actio mandati (contraria)* e l'*actio neg. gest. (contraria)* qualora il mandante fosse stato il vero interessato, così egli egualmente acquista l'*actio neg. gest. (contraria)* e l'*actio mandati (contraria)* elettivamente o contro il vero interessato o contro il mandante. Ed acquista l'*actio neg. gest. (contraria)* perchè in questa ipotesi egli non ha attuata una *contemplatio* incompatibile coll'*animus neg. al. gerendi* per il vero *dominus,* anzi in essa la *contemplatio* si risolve appunto nell'*animus neg. al. gerendi* per il *vero dominus.* [451]

[451] Vedi anche Kohler op. cit. p. 79.

346. — A dimostrare l'esattezza della nostra formola sull'*animus neg. al. gerendi* non ci resterebbe ora che a passare in rassegna i testi riguardanti la gestione compiuta nel proprio e nell'altrui interesse; per vedere in quanto l'intenzione di gerire per se escluda, in chi gerisce un affare che egli ha in comune con un'altro, l'*animus neg. al. gerendi.* Ma questa ricerca fu già sopra con altro intento condotta [452] onde qui basterà il riferirsi ai risultati in essa ottenuti i quali contengono una riprova della tesi che abbiamo voluto svolgere e confermare in questo paragrafo.

CAPITOLO VII

Dell'azione di arricchimento che può sorgere da una gestione di affari altrui

§ 1. — *Nozioni preliminari e dell'azione da accordarsi al possessore di buona fede per le spese e miglioramenti*

BIBLIOGRAFIA: — Witte Op. cit. — Pfersche *Die Bereicherungsklagen* Wien. — Pawliçek *Zur Lehre von den Klagen aus ungerechtfertiger Bereicherung.* Wien 1878. — Baron *Pandekten* § 280 e segg. — Windscheid *Lehrb.* § 421 e segg.

347. — La ricerca che forma oggetto di questo capitolo non avrebbe ragion d'essere se potesse accogliersi come vera la teoria che sostiene l'ammissibilità di una azione di arricchimento in generale fondata sul principio: *iure naturae aequum est, neminem cum detrimento alterius et iniuria fieri locupletiorem.* [453] Ma questa teoria che ebbe nei secoli passati numerosi seguaci, e che poco felicemente e stata ripresa anche da qualche scrittore di questo secolo, [454] è certamente da respingersi. La dottrina più recente è concorde nell'ammettere che il fatto di essersi alcuno arricchito a danno di un altro non è per se stesso sufficiente ad attribuire a colui che ha sentito il danno un'azione di arricchimento. È necessario al sorgere dell'azione di arricchimento che esistano speciali motivi, un proprio fondamento per poter dire esservi stato *indebito* arricchimento. Tali giuridici motivi, possono essere di diversa indole nè è qui opportuno ricercare se essi possano essere ricondotti ad un principio solo più ampio: se da tutti i casi nei quali si concede, o deve concedersi, un'azione di arricchimento possa astrarsi una formula teorica esatta da sostituirsi a quella regola sopra citata sulla quale a torto si fondava un azione di arricchimento generale. Dovrà invece positivamente sulle fonti condursi la ricerca speciale in riguardo alla gestione per determinare in quanto si poteva ammettere e si ammise poter sorgere da essa un'azione di arricchimento.

348. — Qui conviene tener ben distinta la diversa natura dell'azione di arricchimento che può sorgere da una gestione di affari altrui dall'azione medesima di gestione: poichè sebbene le due azioni possano coesistere e concorrere in talun caso, pure essenzialmente diverso è il loro fondamento giuridico, ed essenzialmente diversa è la loro efficacia pratica. Al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)* è necessario non solo il fatto naturale di una gestione, il quale può per se essere fondamento dell'azione di arricchimento, ma anche l'esistenza di due requisiti giuridici dai quali prende appunto la sua caratteristica giuridica l'azione

[452] Cap. V, nn. 295-311.

[453] Tale principio trovasi formulato nella L. 206 Dig. 50, 17 e nelle L. 6 § 2 Dig. XXIII, 3, L. 17 § 4 Dig. XIV, 3.

[454] Sell *Versuche im Gebiete des Civilrechts* Giessen 1 Theil. I Abth. 1833.

del gestore, e dai quali dipendono anche gli effetti all' azione medesima attribuiti. Al sorgere dell' *actio neg. gest. (directa)* è necessario l' esistenza di *dominium negotii* e nulla più, mentre l' azione di arricchimento che può sorgere per il *dominus negotii* se presuppone il fatto naturale di una gestione di affari suoi, non per ciò solo sorge, ma richiede, a diversità dell'azione di gestione, l'esistenza di circostanze che abbiano fermato presso il gestore i risultati di quella gestione. Così come sopra rilevavamo a p. 73: nell' azione di arricchimento il momento giuridicamente decisivo è riposto in una oggettiva e definitiva alterazione del reciproco rapporto di due patrimoni, nell' azione di gestione invece esso è riposto nel fatto che (normalmente ma non necessariamente) produce tale alterazione. Anche più spiccata e la diversità di efficacia che spetta alla azione di arricchimento di fronte all'azioni *negotiorum gestorum (contraria)*. Ciò più efficacemente si rileva confrontando l' azione del gestore contro il *dominus* coll' azione di arricchimento che il gestore medesimo in base al fatto naturale della gestione può acquistare contro il *dominus* medesimo. La prima tende ad ottenere il *quidquid eo nomine vel abest ei vel abfuturum est* (L. 2 Dig. III, 5), indipendentemente dall' esito della gestione; *(licet eventus non sit secutus)*; la seconda invece è limitata per principio a ciò di cui il *dominus* è attualmente arricchito al momento della *contestatio litis* e se in qualche caso essa pure tende al *quidquid* ciò è solo in quanto il *quidquid* può essere considerato arricchimento, mentre nell'azione di gestione il *quidquid* può essere preteso unicamente in conseguenze dei requisiti rivestiti dalla gestione. Questa diversità di effetti pratici è del resto evidente anche fra l' azione di gestione del *dominus* contro il gestore, e l' azione di arricchimento del *dominus* medesimo; quella infatti tende alla restituzione di tutti i lucri tratti dalla gestione ed al risarcimento di tutti i

danni con essa arrecati, questa invece tende pure alla restituzione di questi lucri ed al risarcimento di questi danni ma solo ed in quanto tali lucri e danni si siano trasmutati in attuale arricchimento del gestore. (Vedi sopra cap. VI, § 1).

349. — Abbiamo così delineato la figura giuridica e funzione dell' azione d' arricchimento che può sorgere da una gestione d' affari altrui, di fronte alle azioni che dalla gestione sorgono necessariamente quando sieno attuati i requisiti loro propri. Per tal guisa abbiamo voluto nettamente definire la nostra posizione di fronte alla teorica che distingue l' azione di gestione propria (e per vero sia *contraria*, che *directa)* dall' azione di gestione impropria. Noi già abbiamo rilevato come con tale teoria, si finisce per vedere azioni di gestione improprie, in testi ove invece trattasi di vera azione di gestione. D' altra parte dobbiamo ora notare come l' azione d' arricchimento che può sorgere da una gestione di affari altrui non abbia alcun punto di contatto coll' azione che sorge dalla gestione quando questa rivesta i suoi propri requisiti; anzi l' azione di arricchimento presuppone talvolta la inesistenza di quei requisiti di modo che non possa più parlarsi di gestione in senso giuridico, pur restando a base di essa l' elemento naturale della gestione. Così si parla di azione di arricchimento sorgente da una gestione come può parlarsi di azione di arricchimento sorgente da un contratto inesistente; come in questo caso non è certo il contenuto del contratto, che non è venuto alla vita, che si fa valere, così nella gestione non è certo il rapporto giuridico sorgente dalla gestione che si fa valere quando la gestione non ha rivestito i requisiti necessari al sorgere dell' azione sua propria. Una analogia efficace in questi propositi mi sembra essere offerta dal noto rescritto del Divo Pio pel quale il pupillo che aveva

contratto senza l' *auctoritas tutoris* poteva essere convenuto *utiliter* nell' arricchimento: anche qui abbiamo una obbligazione il cui contenuto è affatto indipendente dal contenuto del contratto che ha dato occasione al suo sorgere, così nella gestione quando manca l' *animus gerendi,* o l' *utiliter coeptum* possiamo tuttavia avere una obbligazione del *dominus* in quanto il fatto naturale nella gestione abbia prodotto una alterazione nel rapporto fra i due patrimoni del gestore e del *dominus* risolventesi in un arricchimento di questo a danno di quello.

350. — Una speciale importanza per la ricerca che forma oggetto di questo capitolo ha la questione delle spese eseguite sulla cosa altrui dal possessore di buona fede. Alcuni testi esplicitamente negano l' *actio neg. gest. (contraria)* al possessore di buona fede, ed in ciò noi abbiamo visto nel capitolo precedente un argomento efficace in favore della formula da noi data al requisiti dell' *animus negotia aliena gerendi.* Ora questi testi ritornano in esame sotto un diverso punto di vista; noi dobbiamo determinare quale influenza possa avere sulla concessione di un' azione di arricchimento in base al fatto di una semplice gestione, il principio in essi contenuti che vincola alla forma della *retentio* la pretesa pur riconosciuta del possessore di b. f. alle spese. Qui anzitutto va ricordato come alcuni scrittori, malgrado l' esplicita testimonianza delle fonti sopra citate, abbiano ammesso competere anche al possessore di buona fede un azione di arricchimento per le spese. Il Sell, il quale sostenendo l' ammissibilità di un azione generale di arricchimento, trova naturalmente un gravissimo ostacolo in quelle leggi cui sopra accennavamo tenta superarlo contrapponendo ad esse altre leggi, le quali trattano di casi di accessione eseguita in buona fede ed accordano, a suo avviso, l' azione. Egli si fonda principalmente

sulle L. 38, 27, § 5, Dig. VI, 1, L. 14, Dig. 44, 4 e L. 23, § 5, Dig. VI, 1. Ammessa identità di fattispecie in tutte queste leggi ed in tutti i loro elementi, fatta eccezione per l' atto dal quale discende l' arricchimento, il quale consiste in ispese nelle prime, ed in accessioni nelle seconde (spese ed accessioni operate però sempre da quello che avrebbe l' azione), era naturale che il Sell ritenesse preferibile il principio più liberale ed ampio secondo il quale s' accorda l' azione. Ma già il Witte sollevava due obbiezioni ben efficaci a questa teorica. Prima di dare la preferenza alla teoria dell' azione, basandosi sulla concessione dell' azione nei casi di accessione, dice egli, bisogna determinare se realmente anche a proposito delle accessioni, l' azione era così generalmente accordata. E se si trova che non fosse accordata generalmente, allora nei testi riguardanti le spese si ha un buon argomento per negare la generalità dell' azione di arricchimento. Che così sia ha cercato dimostrare il Witte e ne sembra con buon successo. Egli sostiene che l' azione di arricchimento per l' accessione è accordata soltanto, quando l' accessione venne operata dal *dominus* della cosa principale. Così è probabile che nelle L. 23, § 5, Dig. VI, 1 e nella L. 5, § 3, Dig. VI, 1 si tratti di accessioni operate dal *dominus;* mentre evidentemente risulta da altri testi (Dig. II, 76, 77, L. 23, § 4, Dig. VI, 1, L. 7 § 12, L. 9, § 1, Dig. XLI, 1), che anche per le accessioni non poteva chi le aveva causate ottenere azione ma solo eccezione. Accettando la teoria di Sell quindi si avrebbero due conflitti nelle fonti: l' uno fra i diversi testi che trattano di accessione; l' altro fra i testi che trattano di accessione e quelli che trattano di spese. Inoltre, nota Witte, [455] così lontano dall' accordare l' azione generale d' arricchimento era il diritto romano che al possessore

[455] op. cit. p. 6.

di mala fede che avesse fabbricato nel suolo altrui neppure accordava la *retentio*. (L. 7, § 12, Dig. XLII, 1; L. 48, Dig. VI, 1; L. 23 § 5 eod.; L. 45, Dig. 19, 1; Cod. Greg. Cost. 2, III, 2).

351. — Le considerazioni del Witte non hanno però convinto lo Zimmermann il quale pur riconoscendo l' evidenza dei testi nei quali l' azione per le spese è negata, (L. 14 § 1 Dig. X, 3; L. 29, Dig. eod.; L. 31, § 2 Dig. XXIV, 4), crede possa dimostrarsi che essi siano *eine Reste eines in Corpus juris antiquirten Systems* (p. 88). Così pure il KOHLER op. cit. p. 98. Questo sistema antiquato avrebbe consistito in ciò che i Romani non avrebbero originariamente riconosciuta azione di arricchimento, indipendentemente da un *negotium juris* fra le parti arricchita e danneggiata. Solo lentamente si venne poi abbandonando tale sistema, e si riconobbe che anche dove fra le parti arricchita e danneggiata vi era stato un *negotium juris* non ad esso era dovuta la *condictio* ma all' arricchimento provenutone [(L. 5, § 3, Dig. de O. et A.) L. 2 pr. de cond. ind. ZIMMERMANN *Beiträge zur Theorie der condictio indebiti* (p. 15) L. 32, de reb. cred., p. 89]. Ciò nullameno le disposizioni riguardanti le spese fatte dal *bonae f. poss.* rimasero tuttavia in vigore: di esse erasi abrogata la ragione giuridica non l' efficacia legislativa che permaneva per forza d' inerzia. Bisogna dunque, secondo lo Zimmermann, distinguere il diritto classico dal diritto giustinianeo. In quello il *p. b. f.* non aveva che la *retentio*, in questo ha anche l' azione.

352. Riconoscendo l' arbitrarietà di questa teoria lo Zimmermann cerca darle un appoggio colla L. 23, § 5, Dig. de R. C. (12, 1).[456] In questa legge il Witte sostiene, come si è visto,

[456] Vedi anche PFERSCHE op. cit. p. 85.

trattarsi di accessione operata dal *dominus*. Zimmermann gli si oppone vivacemente negando la possibilità di questa affermazione in base alle seguenti parole del medesimo testo di Paolo: *nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris, non posse dici bracchium tuum esse: quia tota statua uno spiritu continetur*. L' argomento dello Zimmerman[457] è il seguente: se nei medesimi paragrafi nei quali Paolo parla della necessità di un' *actio in factum*, egli parla in generale di un caso ove l' unione è dovuta al perdente, ciò vuol dire che Paolo voleva anche in tal caso concessa l' azione. Argomentazione ben poco valida. Poichè le parole trascritte sono contrapposte a quelle immediatamente precedenti. In queste trattasi dei corpi che non si confondono e quindi possono essere sempre rivendicati, in quelle dei corpi che possono aggiungersi e dei quali coll' aggiunzione si perde la proprietà. Se tu aggiungi il braccio di una tua statua ad una statua di Tizio, dice Paolo, cessi d' essere proprietario del braccio. Dice questo e nulla più; onde la questione circa al distinguere i casi dell' aggiunzione per opera del perdente o del *dominus* rimane impregiudicata. Se ha torto in questa argomentazione, lo Zimmermann ha poi maggior torto quando afferma non doversi fare distinzione alcuna fra spese e accessioni. Potrebbe anche concedersi allo Zimmermann che per le accessioni sempre sia applicabile l' *actio in factum* della L. 23, § 5 cit., ma qual criterio ermeneutico potrà farci considerare questa sola legge come abrogante tutte le altre riguardanti le spese? Esiste certamente un' analogia concettnale fra le spese e l' accessione; tuttavia fra queste due guise di aumentare il valore di una cosa altrui esistono anche delle differenze, ed è pessimo metodo l' accumunarne la trattazione. L' *actio in factum* accor-

[457] Op. cit. p. 92.

data nella L. 23, § 5 cit. è limitata, nella sua applicazione, ai casi in essa legge enumerati, e non si dovrebbe a rigor di logica estenderla alle spese, anche se non si avessero in riguardo a queste i testi espliciti che si hanno.[458]

353. — Se i risultati ottenuti nei numeri precedenti sono accettabili noi dovremo dunque dire che il possessore di buona fede non solo non ha contro il proprietario un *actio neg. gest. (contraria)* per le spese da lui incontrate, ma neppure ha azione per l'arricchimento. Quale influenza esercitano questi risultati circa alla ricerca che forma oggetto di questo capitolo? Dobbiamo noi concluderne che il diritto romano non ammise, per principio, che da una gestione non rivestita dei requisiti propri a far sorgere l'*actio neg. gest. (contraria),* potesse sorgere un'azione di arricchimento;[459] o dobbiamo invece ritenere, malgrado la regola speciale sancita in riguardo al possessore di buona fede, che esso l'ammise in tesi generale? Crediamo dovere accedere a questa seconda opinione. Anzitutto perchè anche per diritto romano non si negava al possessore la *pretesa* ma solo l'azione.

[458] Anche il TARTUFARI *(Del possesso, qual titoto di diritto,* Torino 1879, vol. II, § 772 e segg.) sostiene con molto sforzo d'ingegno l'ammissibilità dell'azione per le spese in dir. rom., ma tutto l'acume di questo scrittore non riesce a rendere meno evidente l'espressione ed il contenuto dei testi romani. Egli cerca dimostrare che nella L. 48, Dig. VI, 1 « la questione della perdita del possesso e dell'azione non è neppure proposta da Paolo » p. 852 e che nella L. 33, Dig. XII, 6 il non esser concessa azione è dovuto all'avervi il possessore rinunziato (ciò sarebbe indicato dalle parole: *et ipse tradidisset),* e che ad ogni modo il testo escluderebbe la *condictio certi,* ma non quella *incerti.* Tutto ciò è sottile ed ingegnoso ma non convincente di fronte alla naturale interpretazione delle ripetute frasi: NULLO ALIO MODO *quam per retentionem impensas servare posse* (Julianus); NON ALIAS *sumtus consequi posse, quam si possideat* e simili.

[459] WITTE op. cit. p. 21.

La pretesa era riconosciuta e nei limiti dell'arricchimento.[460] La specialità consisteva dunque nel mezzo giuridico pel quale permettevasi l'attuazione di quella pretesa. Ora di questa specialità non può darsi una ragione sostanziale: una ragione teorica. Come osserva giustamente il Pfersche nessuna differenza sostanziale o teorica esiste fra l'atto di estinguere in buona fede, credendolo proprio, un debito altrui e l'atto di riparare in buona fede, credendola propria, una cosa altrui. La ragione di questa specialità non può quindi essere che una ragione storica e però non è facilmente rintracciabile: ogni popolo ha una propria coscienza giuridica. Chi riescisse ad analizzare questa minutamente e con precisione, potrebbe aver ragione di molte che ora a noi sembrano strane apparizioni giuridiche. Il vincolare una pretesa alla forma della *retentio,* non è infrequente nel diritto romano.[461] Nel caso del possessore la massima fu forse dovuta a motivi processuali, per costringere il possessore a far valere la sua pretesa nel momento nel quale più facile si era il determinarne il contenuto economico; forse anche si formò sotto l'influenza di qualche antico assioma piuttostochè in seguito ad una esatta valutazione dei rapporti cui venne applicata, certo è che non può ad essa attribuirsi tale importanza da distruggere il principio che il solo fatto della gestione è per se sufficiente substrato

[460] Vedi ZIMMERMANN op. cit. p. 83. — WINDSCHEID *Lehrb.* § 422 nota 7, § 431 nota 18. — PFERSCHE op. cit. p. 85.

[461] Per la dote vedi: L. 5 § 2; L. 7 § 1 Dig. 25, 1; pei fedecomessi L. 40 § 1, Dig. XII, 6; L. 60 Dig. de leg. I; L. 5 § 1, Dig. 50, 15. Cfr. PFERSCHE op. cit. p. 85 e KOHLER op. cit. p. 97 e segg. e la L. 22 (21) Dig. XXXVI, 1. — Pomponius libro vicensimo secundo ad Sabinum: — *Heres cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit, nec cavit sibi stipulatione proposita. Similem eum esse Aristo ait illis,* qui retentiones, quas solas habent, *omittunt...* L. 31 § 2 Dig XXIV, 1; L. 33 Dig. XII 6 cit.; L. 7 § 12 Dig. XLI, 1; L. 48 Dig. VI, 1 cit.; L. 65 eod.; L. 37 eod.; L. 45 § 1 Dig. XIX, 1; L. 54 § 4 Dig. XLVII, 2.

giuridico al sorgere di un' azione di arricchimento. La dottrina del diritto comune ha quindi abbandonato i principi del diritto romano in riguardo al possessore, e così hanno fatto le legislazioni moderne; nelle quali il principio che da una gestione può sempre sorgere un' azione d' arricchimento quando per mancanza dei requisiti necessari non sia da essa sorta l' *actio neg. gest. (contraria),* non soffre eccezione. Però alcuni codici moderni, e fra questi il nostro codice civile, hanno regolato nella sua efficacia l' azione accordata al possessore, stabilendo che essa debba sempre tendere alla minor somma che risulta fra lo speso ed il migliorato (artt. 704-705 cod. civ. it.). [462] Allo stesso modo però che i principi dal diritto romano accolti in riguardo al possessore di buona fede, non escludevano l' ammissibilità in tesi di un azione di arricchimento in base ad una gestione intrapresa o senza *animus neg. al. gerendi* o non *utiliter,* così i principi del diritto civile sanciti negli articoli del codice citato non possono avere alcuna influenza sulla ammissibilità ed efficacia dell' azione di arricchimento nel nostro diritto attuale.

354. — Il Kohler, [463] pur ritenendo sulle orme dello Zimmermann che il principio riguardante le spese compiute dal possessore di buona fede fosse già venuto meno nel diritto giustinianeo, (arg. L. 23 § 1 Dig. VI, 1; L. 5 § 5 Dig III, 5 Cost. 5 Cod. III, 32) rileva come in esso trovasse una imperfetta ed inadeguata espressione un concetto giusto, il quale per altra via dovrebbe

[462] Altre legislazioni hanno invece accordato anche al possessore di buona fede l' azione di arricchimento: così il codice sassone § 1343 dispone: *Besorgt Iemand in der Meinung dass er seine eigene Geschäfte führt, fremde Geschäfte, so erlangt derjenige, dessen Geschäfte besorgt werden zwar die Rechte eines Geschäftsherrn, haftet aber demjenigen welcher die Geschäfte besorgt hat, bloss soweit er bereichert ist.*

[463] Op. cit. p. 98 e segg.

essere riconosciuto anche nel diritto moderno. Questo sarebbe il concetto che al *dominus rei* dovesse lasciarsi facoltà di rinunciare alla cosa sulla quale venne svolta la gestione, e nella quale si sarebbe incorporato l' arricchimento. Nel diritto classico romano il proprietario che non avesse voluto rifondere l' arricchimento al possessore di buona fede, poteva farlo rinunciando alla sua *rei vindicatio,* rendendo così impossibile al possessore l' esercizio della sua *exceptio:* la *retentio.* Però questo sistema aveva un inconveniente consistente in ciò: che il possessore una volta restituita la cosa, senza far valere la sua eccezione, non poteva poi più in alcun modo ripetere dal proprietario l' arricchimento. Ora a tale inconveniente dovrebbe ovviarsi ponendo invece il principio che il possessore può sempre agire per l' arricchimento contro il proprietario ma attribuendo poi a questi la facoltà alternativa o di restituire l' arricchimento, o di rinunciare alla cosa. Un tale principio non sarebbe senza fondamento nelle fonti. Esso troverebbe la sua giustificazione nella

L. 48 Dig. VII, 1.

Paulus libro nono ad Plautium.

Si absente fructuario heres quasi negotium eius gerens reficiat, negotiorum gestorum actionem adversus fructuarium habet tametsi sibi in futurum heres prospiceret. Sed si paratus sit recedere ab usufructru fructuarius non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorum liberatur. (cfr. L. 64, 65 eod.). [464]

355. — Ora il principio espresso nelle LL. 48 e 64, sopra citate, il Kohler vorrebbe estendere alla gestione in generale, in quanto la natura delle cose lo permettesse, in quanto cioè

[464] Cfr. L. 29, Dig. *de noxal act.* (IX, 4) L. 32 eod.

oggetto della gestione fosse una cosa cessibile, e per vero sia per ciò che si attiene all'azione di arricchimento sia per ciò che si attiene alla vera e propria azione *neg. gest. (contraria)*. In ciò mi sembra che si possa in massima convenire coll' egregio giurista alemanno; ma si deve però rilevare che il principio da lui così formulato non ha veramente una consistenza propria ma discende quale conseguenza naturale e necessaria da una semplice considerazione: che cioè ogni persona può liberamente considerare non utile a se ciò che realmente è a ritenersi tale. Se ben si pensi data una gestione senza *animus neg. al. ger.* nell' interesse altrui, possono verificarsi due ipotesi; o la gestione è stata realmente utile ed ha realmente arricchito il gestore ed allora sorge l'azione. Ma se, per la natura delle cose, il *dominus* può disinteressarsene, l'azione non può esperirsi ed il gestore deve contentarsi di tenere le cose sulle quali ha svolto la sua gestione, poichè esse rappresentano sempre e necessariamente un valore superiore a quello delle spese da lui incontrate: oppure la gestione non fu veramente utile, o non vi fu veramente arricchimento ed allora l'azione non sorge. Dove dunque si concede al *dominus* di rinunciare all'oggetto della gestione, liberandolo così dagli obblighi che per essa erano sorti in lui, gli è in quanto e perchè potendo materialmente rinunciare all' oggetto della gestione egli validamente disconosce l' utilità della gestione medesima abbandonando l' arricchimento conseguitone. Tutto ciò presuppone, come già ho notato, che sia materialmente possibile al *dominus* di disinteressarsi della gestione; che se egli non se ne può completamente disinteressare perde naturalmente il diritto di non riconoscere utile quella gestione che fu realmente utile. Due esempi possono chiarire molto questo principio. Il gestore Tizio ha guarito lo schiavo di Sempronio o ne ha riperata la casa; se questa gestione non presentava pel *dominus*

altra utilità che quella inerente al valore dello schiavo curato o della casa restaurata, egli può naturalmente disenteressarsi di tale gestione abbandonando lo schiavo o la casa. Ma se l' interesse della cura dello schiavo o della riparazione della casa avevano, nel momento in cui avvennero, anche un interesse inerente alla persona del *dominus*, a soddisfazione del quale il gestore si era fatto a gerire, allora il *dominus* non può più disinteressarsi della gestione, poichè non può abbandonare l'utilità che la gestione gli ha irrevocabilmente arrecato.

§ 2. — *Quando sorga da una gestione azione d' arricchimento per il gestore: contenuto di questa azione*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate nel § precedente e CHAMBON op. cit. — STURM *Das negotium utiliter coeptum*. — LAURENT XX, n. 333 e 334. — MOURLON *Repetitios* II, n. 1668. — AUBRY e RAU IV, p. 275, nota 27. — COLMET DE SANTERRE V, p. 349 bis. — GIORGI *Obblig.* V, pp. 39 40.

356. — Quando la gestione intrapresa dal gestore non riveste l' uno o l' altro, o l' uno e l' altro dei due requisiti necessari a far sorgere l' *actio neg. gest. (contraria)*, e quando, ciò non ostante, il fatto della gestione ha prodotto un alterazione nel rapporto fra i due patrimoni del gestore e del *dominus*, in quanto questa alterazione si risolve in un arricchimento pel *dominus* a danno del gestore sorge l' *azione* di arricchimento. Questa azione viene impropriamente chiamata *actio de in rem verso* dalla dottrina civilistica francese ed italiana. Essa ha il suo fondamento nelle fonti romane ma può essere pienamente giustificata anche indipendentemente da esse. Infatti anche la azione di gestione *(contraria)* tende come a suo ultimo scopo ad evitare un ingiusto arricchimento, senonchè essa vi tende in una più ampia misura giuridicamente determinata con riguardo

ai requisiti richiesti al suo sorgere. Anche l'azione di gestione dunque ha il suo ultimo fondamento nel fatto della gestione, e solo la sua efficacia è aumentata in relazione ai requisiti che questo fatto deve rivestire a che essa possa sorgere. Quando tali requisiti giuridici mancano resta tuttavia il fatto, e questo fatto nell'ordine naturale delle cose costituisce un sufficiente fondamento ad un azione che tenda a reintegrare il patrimonio del gestore in quanto questa reintegrazione non riesca a diminuire il patrimonio del *dominus*. Ora passeremo in breve rivista i casi di azione di arricchimento concessa al gestore, considerati dalle fonti romane.

357. — Per mancanza di *animus neg. al. gerendi* non acquista l'*actio neg. gest. (contraria)* il gestore in mala fede; colui che gerì *sui lucri causa*. Questo caso è trattato nella

L. 5 § 5 (6 § 3) Dig. III, 5. (Ulpianus).

Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit suo lucro non meo commodo studet); sed nihilominus immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione, ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem. [465]

In questa legge alcuni giuristi [466] hanno veduto una prova per la tesi da esso sostenuta: essere cioè l'*animus negotia*

[465] Il Noodt *Probabil* lib. III, cap. 9 leggeva « *habet contra me exceptionem* ». Tale emendazione arbitraria del testo è accolta da qualche scrittore moderno: e. g. Murgeaud-Larion op. cit. p. 28. Altri tentativi di interpretazione vedi in Chambon op. cit. p. 139. — Koelner op. cit p. 12. — Cogliolo op. cit. I, pp. 256-257.

[466] Vedi Cogliolo l. c.

aliena gerendi requisito irrilevante al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)* come irrilevante è al sorgere dell'*actio neg. gest. (directa)*. Altri invece come il Witte [467] hanno voluto riscontrare nel nostro testo l'esistenza dell'*animus* malgrado la intenzione di depredare che si rileva avere avuto nella fattispecie nel testo contenuta, il gestore. Ma nè l'una nè l'altra di queste due interpretazioni mi sembra accettabile. Non la prima poichè il testo non dice che l'azione accordata al gestore sia un'*actio neg. gest. (contraria);* nè crediamo, come sopra rilevammo, giusto il parlare di azione *neg. gest. (contraria),* sia pur utile, limitata all'arricchimento. Non la seconda poichè come ben rileva il Seuffert [468] contro Witte, non sa concepirsi un caso nel quale un gestore si faccia a gerire scientemente affari altrui, coll'*animus neg. al. gerendi*, e pur contemporaneamente *animo depraedandi*. L'azione accordata nel testo non è dunque un *actio neg. gest. (contraria)* ma un'azione di arricchimento, [469] e perciò appunto tende all'arricchimento soltanto. La critica che il Cogliolo [470] muove alla limitazione arrecata nel testo all'azione sarebbe giusta se l'azione fosse realmente un'*actio neg. gest. (contraria)* che per sua natura tende al *quidquid;* ma essa non è tale, ne potrebbe esserlo. Quella positiva e dimostrabile intenzione del gestore di gerire sui *lucri causa,* ha distrutto il requi-

[467] Op. cit. p. 23 « Man muss den Fall der L. 5 § 5 (6 § 3) Dig. h. t. so denken dass Iemand zwar mit dem Bewusstsein, als Geschaftsführer frem de Angelegenheiten zu besorgeu, und desshalb auch mit der Absicht den *dominus negotiorum* zu verpflichten, Handlungen vornimmt, dazu aber durch die Absicht veranlasst wird, bei dieser Gelegenheit einen ungerechtfertigten Gewinn zu machen ».

[468] *Die Lehre von der Ratihabition* p. 24-25.

[469] Vindscheid *Lehrb.* § 430 nota 17.

[470] Op. cit. p. 127.

sito dell' *animus neg. al. ger.* e conseguentemente ha impedito il sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria).* [471]

358. — Un altro elemento che al pari dell' *animus depraedandi* esclude l' *animus negotia aliena gerendi* e la *contemplatio.* Quando alcuno gerisce affari aspettanti ad un Tizio e che sa spettare a Tizio, ma pur li gerisce con esclusiva contemplazione di Caio, egli non acquista, per mancanza di *animus neg. al. ger.*, l'azione contro Tizio ma solo contro Caio. [472] Contro Tizio egli però acquista l' azione di arricchimento, quando realmente possa dimostrare essersi Tizio arricchito a suo danno. Un esempio tipico in proposito ci è offerto dalla L. 5 § 8 (6 § 6) Dig. III, 5, che abbiamo sopra esaminata sotto altro riguardo. Colui che ha gerito *contemplatione filii* non può acquistare azione di gestione contro il padre, ma in quanto la sua gestione abbia apportato al padre un arricchimento egli ha contro di lui l' azione di arricchimento. Allo stesso modo chi ha gerito gli affari di un pupillo *contemplatione tutoris* non acquista l'*actio neg. gest. (contraria)* contro il pupillo, ma un' azione di arricchimento se arricchimento vi sia, il che non avverrà che ed in quanto il gestore non possa essere soddisfatto dal tutore *contemplatio cuius* egli gerì, ed in quanto dalla gestione il pupillo abbia ritratto un vero arricchimento. La mancanza di *animus neg. al. ger.* esclude quindi l' *actio neg. gest. (contraria)* e da adito all' azione di arricchimento.

359. — Un altro caso tipico nel quale non sorge l' *actio neg. gest. (contraria),* sebbene *scientia* di gerire affari altrui

[471] Veggansi anche L. 5, Cod. III, 32; L. 1 Cod. VIII, 51; L. 13, Dig. XIII, 1 e retro nn. 318 e segg.

[472] Vedi retro nn. 290 e segg.

sia nel gestore, ci è offerto dalla gestione per mandato di terzi. Tizio dà incarico a Sempronio di gerire gli affari di Mevio; Sempronio li gerisce. Avrà egli azione contro Mevio? No certamente. Lo dicono i testi, [473] e facilmente si comprende che dicono bene. Chi gerisce in seguito al contratto conchiuso col terzo, si è già sufficientemente garantito coll'azione contrattuale acquistata contro di lui. Egli non ha bisogno, nè deve essere ulteriormente protetto. Le circostanze nelle quali ha gerito impediscono che la sua *scientia* di gerire possa essere considerata, come normalmente viene considerata, positiva intenzione di gerire nell' interesse altrui. Così la denegazione dell' *actio neg. gest. (contraria)* è perfettamente giustificata dal punto di vista giuridico; così l' *actio neg. gest. (contraria)* è ricondotta entro ai limiti a lei prescritti dalla funzione e dallo scopo suo sociale. [474] Ma che dovrà dirsi se divenuto insolvente il mandante, il *dominus* oggettivo abbia per la gestione del mandatario risentito un vantaggio? A stretto rigor di logica questo arricchimento dovrebbe considerarsi come al tutto casuale, ed inefficace quindi ad attribuire al mandatario mezzo giuridico alcuno per ricuperarlo. Contraendo col mandante il mandatario-gestore, ha dimostrato di contentarsi della fiducia che questi gli ispirava; se in ciò si è ingannato, potrebbe dirsi: ascriva il danno a sè stesso. Tuttavia il diritto romano non trasse questa logica e rigorosa conseguenza da quella situazione giuridica, ed accordò *aequitatis causa* un' azione di arricchimento al mandatario contro il *dominus* oggettivo. Ciò è provato dalla seguente legge:

L. 14 § 15 Dig. XI, 7. (Ulpianus).

Qui mandatu alterius funeravit non habet funerariam

[473] Vedi retro nn. 207 e segg. e LL. 6 e 7 Dig. XVI, 1; L. 32 § 3 Dig. eod.

[474] Vedi sopra p. 240 L. 5 § 8 Dig. h. t. — ZIMMERMANN op. cit. p. 37.

actionem..... Quod si pupillus mandavit sine tutore auctore, utilem funerariam dandam aduersus heredem ei, qui impendit; lucrari enim heredem iniquum est.

Gli è vero anche che potrebbe pensarsi a limitare la decisione di questa legge al caso in essa trattato della gestione funeraria; ma giustamente nota il Windscheid essere questa opinione esclusa dalla giustificazione generale addotta nel testo a sostegno della sentenza in esso contenuta. [475]

360. — Fin qui abbiamo considerato l'azione di arricchimento sorgente per il gestore in quanto egli nel gerire non avesse attuato il requisito dell'*animus negotia aliena gerendi.* Questa azione per l'arricchimento può però sorgere anche per non avere il gestore attuato l'altro requisito fondamentale dell'*actio neg. gest. (contraria)* cioè l'*utiliter coeptum.* L'*utiliter coeptum* riguarda, come fu sopra ampiamente dimostrato, l'inizio della gestione: vi è *utiliter coeptum* quando era utile che il gestore intervenisse, ed è utile che il gestore intervenga ogni qualvolta il *dominus* avrebbe dovuto intervenire da buon padre di famiglia. Questo requisito riguarda dunque la qualità della gestione non l'esito della medesima. Però respingemmo la distinzione introdotta da qualche scrittore [476] fra utilità nell'inizio e utilità nell'esito della gestione. Solo quella utilità è sufficiente a far sorgere l'*actio neg. gest. (contraria);* questa invece dà luogo ad un'azione di arricchimento. Se Tizio e. g. si fa ad arginare il fondo di Caio mentre questa arginatura poteva essere omessa da un buon padre di famiglia, non gerisce utilmente, ma se poi un ciclone, od una inondazione

[475] Il Kohler op. cit. p. 91 sostiene non essere l'azione di cui parla questo testo limitata all'arricchimento. Contro Windscheid *Lehrb.* § 431 nota 6, e Brinz *Lehrb.* § 321 nota 78 ove cita anche la L. 41 (42) Dig. III, 5.

[476] Ruhstrat *Die neg. gestio* p. 2; Chambon op. cit. p. 74.

imprevedibile ed impreveduta viene a rendere utile l'argine allora Tizio potrà agire contro Caio per l'arricchimento. Questa azione sebbene possa in talune evenienze aver il medesimo contenuto di una vera e propria azione di gestione non è tuttavia tale (chè manca il requisito dell'*utiliter coeptum)* ma semplice azione di arricchimento della quale dobbiamo ora più esattamente delineare il contenuto. Questo punto non presenta serie difficoltà. Come dicono i testi medesimi, nei quali essa è concessa, l'azione di arricchimento tende ad ottenere tutto ciò di cui il convenuto può essere ritenuto arricchito al momento della *litis contestatio,* sia che questo arricchimento fosse originariamente dovuto all'attore, sia che il convenuto l'abbia ottenuto mediante la sua attività svolta sull'arricchimento originariamente dovuto all'attore *(omnis causa).* Alla pari di questo attuale arricchimento del convenuto si considera tutto ciò di cui egli si è privato per colpa o dolo (L. 26 § 12; L. 65 § 8; Dig. XII, 6; L. 38 § 1-3 Dig. XXII, 1; L. 37 § 1; L. 39 Dig. XXXIX, 6). Questi principi di diritto romano sono conservati nella dottrina moderna: solo, secondo i nuovi principi riguardanti il processo civile, l'arricchimento viene considerato dal momento nel quale è avanzata la domanda. [477]

361. — La precedente determinazione del contenuto dell'azione di arricchimento mostra come essa non debba nè possa andar confusa coll'azione *neg. gest. (contraria).* Ciò non esclude però che in certi casi l'azione di arricchimento, pur restando tale, abbia la medesima efficacia di un'*actio neg. gest. (contraria).* Come d'altra parte è evidente che una tale accidentale eguaglianza di effetti non può nè deve in alcun modo oscu-

[477] Laurent XX, 340. — Mourlon *Repetit* II n.° 1668 p. 877.

rare la diversità teorica delle due azioni. Conviene ricordare i principali esempi di azione d'arricchimento, con tali effetti massimi, ricordati nelle fonti. Anzitutto ci si presenta il caso del pagamento del debito altrui eseguito dal solvente a nome proprio e nel proprio interesse, ma pure producente pel concorso di altri principi giuridici (esclusione in dati casi della *condictio indebiti)* il medesimo effetto liberatorio che normalmente produce il pagamento del debito altrui eseguito *alieno nomine.* In questo caso il debitore vero resta liberato e quindi arricchito di quanto il solvente si è impoverito. Questo arricchimento poi si produce al momento nel quale avviene la *solutio* e perdura inalterato anche al momento della *litis contestatio,* sicchè l'azione del solvente contro il vero debitore pur essendo vera azione di arricchimento ha il medesimo contenuto dell'*actio neg. gest. (contraria)* che avrebbe potuto sorgere se il pagamento fosse avvenuto *nomine alieno* (ed implicitamente coll'*animus negotia aliena gerendi).* [478] Perciò non è a meravigliare che in simili casi alcuni giuristi romani abbiano accordato l'*actio neg. gest. (contraria)* invece di un'*actio in quantum locupletior factus sit dominus.* Questa espressione infatti serviva a caratterizzare l'azione di arricchimento di fronte all'azione di gestione quando l'azione di arricchimento aveva un contenuto diverso da quella e cioè più limitato: essa invece avrebbe potuto indurre dubbi dove questa diversità di contenuto non esistesse. Di fronte alla considerazione sostanziale dei rapporti nei quali l'azione viene concessa non può tuttavia dubitarsi della sua natura giuridica: nei casi sopra accennati e essa è una vera azione di arricchimento della quale l'*actio neg. gest.* di cui si parla non è che l'involucro esteriore. [479]

[478] L. 48 (49) Dig. III, 5; L. 60 Dig. XLVI, 3; L. 31 Dig. V, 3. La *condictio indebiti* è esclusa anche per il *bonorum possessor sine re* che abbia pagato. Il *bonorum possessor sine re* ha un *jus exigendi* pretorio, ma viceversa egli è anche obbligato *utiliter* a pagare. Se quindi paga non può ripetere; L. 95 § 8 Dig. XLVI, 3. A ciò si riferirebbe secondo il Kohler la L. 5, Cod. III, 31.

362. — Agli esempi addotti nei due numeri precedenti se ne possono altri aggiungere: ci basterà qui accennare alla fattispecie trattata da Papiniano nella L. 50 § 1 Dig. V, 3 sopra esaminata. Poichè questa legge dà forse argomento, anche testuale, a formulare un principio, un criterio generale, per determinare quando un atto rivesta tale indole di per sè, che chi l'ha compiuto per un altro possa essere considerato come tale che l'abbia definitivamente arricchito di tutto ciò che l'atto è a lui costato. Si tratta di un erede putativo che ha eretto un monumento al testatore *condicionis implendae causa.* Papiniano accorda a questo erede putativo un'*actio neg. gest. (contraria)* contro il vero erede, per ottenere la spesa che a lui è costato il monumento. Qui il gestore non aveva gerito *animo negotia aliena gerendi* e però l'azione non è vera azione di gestione, ma è invece un azione di arricchimento: un azione di arricchimento che ha il medesimo contenuto dell'*actio neg. gest. (contraria).* Ma quale era la ragione per cui l'erede vero veniva considerato come arricchito, e definitivamente, di tutto ciò che l'erede putativo aveva speso nell'erezione del monumento? Dice il testo: perchè l'erede *auctoritate pontificali uel principali*

[479] Il Pfersche op. cit. p. 87, il Kohler op. cit. p. 104 nota 2 sostengono essere pure azione di arricchimento quella accordata al defensor solvente, in base al giudicato, nella L. 76 § 2 Dig. V, 1. La ragione per cui non si avrebbe qui vera azione di gestione sarebbe a vedersi, secondo il Kohler, nella nullità del giudizio; mentre l'azione per l'arricchimento sarebbe giustificata dalla esclusione della *condictio indebiti* essendo il pagamento del *defensor* avvenuto in base ad un giudicato. Secondo me invece l'azione concessa al defensor è una vera azione di gestione poichè il pagamento sebbene non avvenne qui *nomine alieno* avvenne però *animo negotia aliena gerendi.*

avrebbe potuto essere costretto ad erigere il monumento. Qui dunque il *dominus* non solo avrebbe dovuto da buon padre di famiglia compiere l'atto per lui compiuto dall'erede putativo, ma egli lo avrebbe *dovuto* necessariamente per ragioni di pubblico interesse. In altre parole non si tratta qui di un dovere d'ordine privato ma di un dovere di ordine pubblico: ognuno può omettere di compiere tutti quegli atti che riguardano il suo interesse privato e però può anche efficacemente proibire che altri per lui li compia obbligandolo, ma nessuno può omettere di compiere quegli atti che riguardano un interesse pubblico. Il *dominus* resta obbligato verso chi abbia per lui compiuto tai atti anche se proibente; egli è tenuto a risarcire il gestore come gestore anche se questi non abbia attuato i requisiti propri dell'*actio neg. gest. (contraria)*. Frattanto il criterio che mi sembra giusto per determinare quando sorga un azione di arricchimento col contenuto di un' azione di gestione contraria, è il seguente: quando alcuno ha compiuto per un altro un atto che questi aveva il dovere di compiere per ragioni di pubblico interesse, acquista un' azione per ottenere il quidquid da lui speso, (s' intende da uomo di media diligenza) anche se non attuò i requisiti dell' *actio neg. gest. (contraria)*. Qui si considera il quidquid come arricchimento attuale e definitivo del *dominus*. [480]

[480] Dell' azione di arricchimento che può sorgere per il *dominus* contro il gestore in base alla gestione riteniamo inutile trattenerci qui espressamente dopo quanto in questo proposito abbiamo sopra detto nel capitolo III § 6. Rimandiamo quindi il lettore a quella trattazione.

CAPITOLO VIII

Del concorso delle azioni « negotiorum gestorum » con altre azioni contrattuali ed extracontrattuali

§ 1. — *Nozioni preliminari*

BIBLIOGRAFIA: — Chambon op. cit. — Brinkmann op. cit. — Ruhstrat *Die Konkurrenz der Mandatsklagen mit den Klagen aus negotiorum gestio* (Iahrb. fur die Dogmatik vol. XXVII n. s. XV, pp. 95-110) — Buchka *Einfluss des Proc.* ecc. — Mommsen *Erörterungen* II p. 7 e segg. — Cogliolo op. cit.

363. — La dottrina moderna è pressochè concorde nel ritenere che le azioni *negotiorum gestorum* non sorgano, nè possano sorgere, se non quando a tutela del loro contenuto non possa farsi valere alcun' altra azione contrattuale od estracontrattuale. Essa nega dunque il concorso. [481] Però una tale teoria ha generalmente un diverso substrato negli scrittori di diritto romano di quello che ad essa attribuiscano gli scrittori di diritto civile francese ed italiano. Pei romanisti essa viene costruita su base proprie testuali e razionali; pei civilisti essa viene invece

[481] Sostenitore del concorso elettivo dell' *actio mandati* coll' *actio neg. gest.* era, come è noto, il Cuiacio *praelectiones in pand. de R. I.* I, 60. — Il Donello invece ad L. 6 pr. Dig. III, 5 poneva il principio che dove vi è mandato non può esservi azione di gestione *quia ex consensu gesta non sit huic actioni locus.* Nella dottrina moderna negano il concorso: — Buchka op. cit. p. 97, 98. — Gabolde op. cit. p. 29, 34. — Dabancour op. cit. p. 11-17 e p. 80-82. — Chambon op. cit. p. 115. — Cogliolo op. cit. I, 242 e gli scrittori da lui citati a nota (285), e principalmente Laurent XX, n. 320: — « *Là ou il y à contrat il ne peut plus etre question d' un quasi contrat.* » Vedi T. Napoli 17 Marzo 1873. De Rosa — De Signori (Gazz. Procurat. VIII, 427) e Cass. Napoli 9 Aprile 1881 Conv. de Terlizzi c. de Napoli (Gazz. Proc. XVI, 409).

considerata quasi necessaria conseguenza logica di una diversa teoria riguardante altro punto della gestione degli affari altrui: la teoria della volontarietà. Ritenendosi dalla generalità dei civilisti doversi per volontarietà intendere l'assenza di un rapporto giuridico qualsiasi in forza del quale il gestore sia tenuto a gerire, (vedi retro nn. 200 e segg.) si sostiene che là dove tale rapporto esiste, mancando un requisito essenziale della gestione, non possono sorgere le azioni di gestione. Per tal guisa si perviene a negare il concorso delle azioni *neg. gest.* con altre azione di contenuto analogo. Noi potremmo anche accettare come logico questo ragionamento in quanto credendo di aver confutata quella teoria sulla volontarietà che ne costituisce la base crediamo anche di avere implicitamente confutato questo. Ma non possiamo esimerci dall'osservare come anche qualora vera fosse la definizione che della volontarietà danno i civilisti in discorso, da essa non potrebbe certamente trarsi quale logica conseguenza la teoria che essi enunciano sul concorso. Essa escluderebbe infatti soltanto il concorso delle azioni *neg. gest.* con quelle azioni sorgenti da una gestione di affari altrui eseguita ad adempimento di un obbligo a ciò tendente non già il concorso in se e per se.

364. — Da questa osservazione un altro ne discende la quale può avere una certa importanza; ed è questa: che la questione circa al concorso delle azioni di gestione con altre azioni analoghe è stata sempre trattata con quasi esclusivo riguardo alle azioni sorgenti dal mandato e dalla tutela. Questo procedimento non era forse il più adatto a raggiungere certi risultati: la ricerca avrebbe dovuto esser condotto da un punto di vista più ampio, poichè, se non erriamo, la questione nostra non ha una ragion d'essere propria ma è parte di un quesito più generale: in quanto le azioni sorgenti *ex re* concorrano con quelle

sorgenti *ex contractu.* Se noi vogliamo conservare la terminologia più comune dovremo chiederci in quanto le azioni *quasi ex contractu* concorrano con quelle *ex contractu* o *ex delicto* o *quasi ex delicto.* Quale ragione potrebbe infatti accamparsi per sostenere dover avere il quesito in riguardo alle azioni *neg. gest.* una risoluzione diversa da quella che esso ha e. g. in riguardo alle azioni *communi dividundo* o *familiae herciscundae?* Sarebbe dunque logico porre qui il problema dal punto di vista più generale e la risoluzione ad esso, colla scorta delle fonti, data, dovrebbe ritenersi fino a prova contraria decisiva per la ricerca speciale che forma oggetto di questo capitolo. [482] Ma crediamo invece opportuno seguire un diverso sistema e specializzare invece la nostra ricerca. Ciò per due ragioni: in primo luogo perchè tale indirizzo è più consono alla natura di questo trattato ed alla posizione che in esso ha la nostra attuale questione: secondariamente perchè ci sembra possibile dimostrare in riguardo alle nostre azioni la teoria che in generale crediamo vera sul concorso delle azioni *ex contractu* colle azioni *ex re.*

365. — Per negare il concorso si citano anzitutto le seguenti leggi romane: L. 5 pr. Dig. III, 5; L. 18 Dig. eod.; L. 31 Dig. eod.; L. 14 § 15 Dig. XI, 7; L. 14 Cod. II, 18. Ora la prima

[482] Non possiamo a meno di citare però qui ad esempio l'analogia offerto dai rapporti dell'*actio communi dividundo* coll'*actio pro socio.* Dalle L. 2 pr. Dig. X, 3; L. 1 Dig. eod; L. 17 Dig. XVII, 2 risulta il concorso elettivo dell'*actio communi dividundo* coll'*actio pro socio;* abbiamo qui dunque concorso fra un azione sorgente *quasi ex contractu* e l'azione sorgente dal contratto corrispondente! Alle leggi citate sembra ostare in qualche modo la L. 38 § 1, Dig. XVII, 2 la quale sembra ammettere soltanto un concorso alternativo; ma così interpretata essa urterebbe a sua volta apertamente colla L. 43, Dig. XVII, 2. La sentenza della L. 38 § 1 cit. va dunque limitata all'ipotesi, in cui le due azioni tendessero ad una identica prestazione. MAYNZ II § 274 § 226 nota 34.

di queste leggi dice che *cessante mandati actione nascitur neg. gest. actio;* da essa si vuol dedurre che al sorgere dell' *actio neg. gest.* sia essenziale non esista il mandato. Ma la deduzione è precipitata: la legge, interpretata naturalmente, dice soltanto che la nullità del mandato non è sufficiente a privare il mandatario di ogni mezzo giuridico: se non avrà l' azione di mandato potrà avere quella di gestione. Non conviene dunque attribuire all' espressione *nascitur neg. gest. actio* un così rigoroso significato. Essa esprime un fatto vero nella normalità dei casi: che chi ha gerito per mandato agisce ed ha generalmente interesse ad agire coll' *actio mandati.* Gli è appunto riferendosi a questo normale atteggiarsi del rapporto giuridico nella vita pratica che con frasi analoghe nelle L. 18 e 31 citate i giuristi Paolo e Papiniano affermano che dove cessa l' azione di mandato o di deposito può sorgere in ogni evento un' azione di gestione. [483] Resterebbe a conforto della teoria che combattiamo la L. 11 § 14 cit. In questa legge Ulpiano considera nella sua ultima parte il caso di un erede che ha dato ad un Tizio il mandato di eseguire il funerale del defunto, e riferisce l' opinione di Labeone secondo il quale non dovrebbesi a Tizio funerante accordare l' *actio funeraria; quia habet mandati actionem.* La dottrina che avversiamo trova anche in questa legge un argomento testuale contro il concorso. Ad essa però può anzitutto obbiettarsi che non devesi nè si può argomentare così direttamente dall' *actio funeraria* all' *actio neg. gest. (contraria),* poichè, a parte le diversità intercedenti fra queste due azioni, diversità già da noi rilevate, non deve in ogni evento dimenticarsi che l' azione funeraria è una delle

[483] Allo stesso modo sciolta la società può darsi l' *actio communi dividundo* (L. 65 § 13 Dig. XVII, 2) ma tale azione non compete meno esistendo la società: L. 2 Dig. X, 3; L. 1 Dig. eod.

così dette azioni sussidiarie. [484] Ma a parte queste considerazioni la sentenza di Labeone e la sua giustificazione riescono a noi pienamente spiegabili senza pregiudizio alcuno della nostra teoria sul concorso, quando si pensi che il funerante accettando dall' erede il mandato di funerare aveva naturalmente rinunciato a tutti quei diritti che a lui sarebbero spettati quale specifico contenuto dell' azione funeraria. Non gli è dunque perchè vi sia in genere incompatibilità, fra l' azione di gestione o funeraria e l' *actio mandati contraria,* che si nega nel testo il concorso, ma perchè all' *actio funeraria* il funerante aveva implicitamente rinunciato accettando il mandato. Neppure la L. 14 § 15 cit. dà dunque sostegno alla teoria che nega il concorso. [485]

366. — A complemento e riprova del principio che si tenta astrarre dalle leggi sopra esaminate si cita infine come decisiva la L. 6 § 1 Dig. XVII, 1:

Ulpianus libro trigensimo primo ad Edictum.

Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur; nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit verum ideirco quod mandatum susceperit; denique tenetur et si non gessisset.

L' interpretazione che vuol darsi a questa legge è la seguente: che contro colui al quale si è dato mandato di gerire degli affari non si può agire *actione neg. gest.,* perchè l' azione di gestione

[484] Tale è l' opinione comune: veggasi Voet *Comm. ad Pand.* I ad lit. de relig. § 8. — Glück *Erlaüt.* p. IX, 624. — Vangerow *Lehrb,* § 153. — Chambon op. cit. p. 197-208. — Koelner op. cit. p. 114. Contro però Dietzel op. cit. § 1-10.

[485] Irrilevante per il nostro quesito è la L. 14 Cod. II, 18.

sorge solo quando non esista quella di mandato.[486] Ma ad una tale interpretazione ostano due obbiezioni che possono considerarsi decisive. Anzitutto che se essa fosse vera sarebbe innaturale e nel contenuto e nella forma la giustificazione che Ulpiano dà della sua sentenza. Nel contenuto poichè egli avrebbe dovuto direttamente esporre il principio che dalla sua legge vuolsi artificiosamente dedurre: nella forma poichè il *nec recte* ecc. indica piuttosto una inopportunità di agire *neg. gest. actione* che una impossibilità. In secondo luogo poi sembra decisiva questa considerazione; che la legge in discorso può pienamente interpretarsi in perfetta armonia colla teoria che sosteniamo la quale ammette il concorso dell' azione di gestione con quella di mandato. Quando si dice infatti che queste due azioni possono concorrere elettivamente, si presuppone che, nella fattispecie concreta ove esse devono concorrere, sieno stati attuati i requisiti propri a ciascuna di esse. Ma può anche avvenire che questi requisiti non sieno stati attuati ed allora naturalmente non sorgerà che l' azione i cui requisiti sono stati realmente attuati. Se ora si pensa che l' *actio neg. gest.* sorge dal fatto della gestione mentre l' *actio mandati* sorge dal contratto di mandato, sarà facile comprendere che al concorso delle due azioni sarà essenziale non solo l' *esistenza del mandato* ma anche *il fatto della gestione*. Finchè quindi il mandatario non avrà gerito non potrà essere tenuto coll' azione di gestione ma solo coll' azione di mandato. Quando invece avrà gerito potrà coll' una o coll' altra essere convenuto. Alla prima di queste ipotesi si riferisce la sentenza di Paolo: e solo riferendola a tale ipotesi riesce chiara e giusta la forma nella quale si esclude

[486] Così e. g. Chambon op. cit. p. 115. — Gabolde op. cit. p. 29, 34. — Dabaucour op. cit. p. 17. — Cogliolo op. cit. I, p. 243.

l' *actio neg. gest.*, e la giustificazione che di tale esclusione vien data.[487]

367. — Fin a questo punto i risultati cui siamo pervenuti sono essenzialmente negativi: noi abbiamo, se non erro, dimostrato che le leggi citate per negare il concorso non sono atte a questo fine ma sono invece perfettamente compatibili colla nostra opinione che invece lo ammette. Sarebbe ora opportuno addurre qualche argomento positivo a sostegno della nostra tesi. Il Ruhstrat ha in questo proposito giustamente osservato potersi addurre a suo favore la forma generale nella quale l' editto *de negotiis gestis* è concepito. Noi abbiamo visto come questa generale formulazione dell' editto sia stata addotta dal Wlassak a prova della sua opinione secondo la quale originariamente l' editto avrebbe considerato e tutelato ogni gestione autorizzata o no, contrattuale o meno. Una tale opinione circa all' originaria funzione dell' editto non sembra a noi accettabile;[488] ci sembrò invece naturale che il pretore pubblicasse l' editto in forma così generale dappoichè essendo già riconosciute le forme nominate di gestione di affari altrui, la funzione specifica dell' editto veniva negativamente determinata; consisteva nel concedere l' azione anche a chi avesse gerito senza essere a ciò tenuto nè per legge nè per contratto. Ciò non toglie però che l' ampiezza dell' editto non dia sostegno alla teoria da noi sostenuta sul concorso: dato l' editto in una forma così generale ne conseguiva che anche il mandatario *potesse* essere considerato gestore, e che anche a lui e contro di lui potesse concedersi l' *actio neg. gest.* Così inconsciamente, guidato forse soltanto da quel tatto giuridico proprio dei giuristi romani, il pretore aveva

[487] Ruhstrat op. cit. p. 98.
[488] Vedi retro p. 30 e Cogliolo op. cit. p. 39 e segg.

creato una base giuridica alla teoria del concorso. La quale d'altra parte trova una riconferma nella L. 3 § 10 Dig. III, 5 che concede l'azione *neg. gest.* contro colui che gerì *necessitate coactus* senza determinare a quale necessità si debba riferire il contenuto del testo, lasciando quindi adito alla interpretazione da noi sostenuta che lo riferisce a qualsiasi necessità giuridica cioè (mandato tutela curatelo ecc.) o di fatto.[489]

368. — Prescindendo anche dai testi, il concorso delle azioni *neg. gest.* colle altre azioni sorgenti da gestione contrattuale o legale, può essere pienamente giustificato nella teoria. Quando infatti si ha una gestione effettiva nell'interesse altrui o nel patrimonio altrui, si ha in ogni evento e necessariamente il substrato fondamentale dell'azione *neg. gest.* diretta o contraria. Vero è che questa gestione potrà rivestire anche tali caratteristiche da ricadere sotto alcune delle categorie giuridiche di gestione dirò così nominate; ma per ciò solo non potrà essere cancellato quel primo fatto e quella prima configurazione giuridica da esso assunta. Un gestore potrà essere anche mandatario ma per ciò solo non potrà dirsi, se ha gerito, che non sia più gestore. L'errore nel quale incorrono gli avversari (vedi e. g. Cogliolo op. cit. p. 245) è questo di credere che l'esistenza di un rapporto giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto a gerire, (e. g. il mandato) impedisca al fatto della gestione di produrre una obbligazione *ex re*. Questo rapporto invece potrà scemare od aggiungere agli effetti della gestione medesima ma non può per se stesso togliere il *fatto della gestione*. Questo *fatto* pertanto quando sia accompagnato dai requisiti richiesti darà necessariamente luogo al sorgere dell'*actio neg. gest.* Ma si soggiunge che neppure vi ha interesse per un gestore ad intentare l'*actio neg. gest.* quando egli possa e. g. disporre dell'*actio mandati* o *tutelae*. Può rispondersi intanto che il mancare normalmente questo interesse non significa che giuridicamente la cosa sia inammissibile; ma poi deve aggiungersi che in molti casi questo interesse può esistere: come quando non potesse momentaneamente dimostrarsi il mandato o quando dimostrata l'esistenza del mandato non se ne potessero momentaneamente dimostrare i termini e la portata. In simili casi il gestore ha ogni interesse a muovere l'*actio neg. gest.*, senza pregiudicare l'*actio mandati* che egli eserciterà poi, quando gli sarà possibile per un eventuale residuo. In tali casi dunque non mi sembra possa dirsi col Cogliolo (p. 247) che le parti prescindono *e quasi annullano* il contratto: un tale annullamento non è per lo meno implicito nell'atto di esercitare l'*actio neg. gest.* Che poi fra l'*actio neg. gest.* e l'*actio mandati* esista un certo contrapposto non può negarsi: può infatti avvenire che il mandante convenuto coll'*actio neg. gest.* eccepisca il mandato per ricondurre il gestore entro i suoi limiti: ma tale eccezione nulla dice contro il concorso: solo dimostra che non può agirsi *neg. gest.* senza aver gerito *utiliter* (poichè *utiliter* non gerisce chi gerisce contro i precetti di un mandato ricevuto). Noi d'altra parte abbiamo già rilevato che solo allora di concorso può parlarsi quando esistano i requisiti delle azioni che devono concorrere fra loro.

[489] Vedi retro p. 234 note 224-225.

369. — A complemento e conferma delle cose già dette dobbiamo infine esaminare la

L. 5 Dig. XLIV, 2:

Ulpianus libro septuagensimo ad Edictum.

De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur de

cadem tamen re. Utputa si quis mandati acturus, cum ei adversarius judicio sistendi causa promisset, propter eandam rem agat negotiorum gestorum, vel condicat, de eadem re agit. Recteque ita definietur eum demum de ea (dem) re non agere qui prorsus rem ipsam non persequitur: alerum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit videtur de eadem re agere.

Comincia Ulpiano in questa legge col dire che agisce *de eadem re* chi dopo aver convenuto alcuno coll' *actio mandati* si fa ad intentare l' *actio neg. gest.* Poi proseguendo propone la seguente fattispecie: un mandante notifica al suo mandatario l' intenzione di convenirlo coll' *actio mandati,* e questo presta *vadimonium,* di comparire nel giorno stabilito avanti il pretore. Ma poi il mandante invece dell' *actio mandati* intenta l' *actio neg. gest.* Quale l' efficacia di questo fatto di fronte al *vadimonium?* Risponde il giurista che nulla rileva la diversità dell' azione di fronte all' identità della *res.* Ora giustamente, esclama il Ruhstrat, se fosse vero che il rapporto giuridico della gestione e quello del mandato sono assolutamente diversi ed incompatibile fra loro come potrebbe in questa legge ammettersi che il mandante potesse agire *neg. gest.* invece che *mandati* col medesimo effetto di far decadere il convenuto dal *vadimonium?* La decisione della legge solo si comprende pienamente quando si ammetta il concorso. Tale argomentazione è così naturale ed efficace che basterebbe da sola a dar sostegno solido alla nostra opinione.[490] Il Buchka ha tentato di interpretare diversamente la nostra legge ma per vero senza felice esito. Egli sostiene che la perdita del *vadimonium* da parte del convenuto dipende da

[490] Altre critiche vedi Ruhstrat p. 103.

ciò che nella *stipulatio judicio sisti* l' attore aveva indicato l' *actio mandati* non per definire certamente il rapporto giuridico in base al quale avrebbe poi agito, ma per indicare e determinare la pretesa materiale che avrebbe fatto valere nel giorno fissato. Ciò posto la perdita del *vadimonium* non discenderebbe dall' identità di *res* delle due azioni, ma dalla interpretazione della *stipulatio judicio sisti.* Essa non implicherebbe quindi il concorso dell' *actio neg. gest.* coll' *actio mandati.* A tale argomentazione, veramente ingegnosa, può così rispondersi: — 1.°) è arbitrario supporre che chi fa la *stipulatio judicio sistendi, mandati acturus,* si richiami al mandato solo allo scopo di indicare un diritto che non vuole però precisamente determinare: tanto più che non è necessario alla validità della *stipulatio* indicare più o meno precisamente il diritto che vuolsi far valere in giudizio; 2.°) posta come vera l' interpretazione del Buchka non ci sapremmo più spiegare come Ulpiano avesse tratta in considerazione la fattispecie della nostra legge in riguardo alla questione dell' *eadem res.*[491] L' insostenibilità della interpretazione del Buchka ci riconferma quindi maggiormente nella verità di quella da noi accolta.

§ 2. — *Concorso dell'* ACTIO NEG. GEST. (DIRECTA) *con altre azioni contrattuali ed estracontrattuali*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate nel § precedente.

370. — Che l' *actio neg. gest. (directa)* concorra colla *rei vindicatio utilis* risulta dalla

L. 8 Cod. III, 32:

Imp. Philippus A et C. Philippo militi.

[491] RUHSTRAT op. cit p. 103.

Si ut proponis pars diversa pecunia tua quaedam nomine suo comparavit, praeses provinciae utilem vindicationem obten tu militiae tibi eo nomine impertiri desideranti partes aequitatis non negabit, idem mandati quoque seu negotiorum gestorum actionem inferenti tibi jurisdictionem praebebit. [492]

Una accurata interpretazione di questo testo ho cercato di dare trattando della gestione del danaro altrui (vedi n. 197 e segg.). Allo scopo attuale basta il rilevare come esplicitamente si accordi qui l'*actio neg. gest. (directa)* in concorso elettivo colla *rei vindicatio utilis,* e come questo concorso possa altresì affermarsi in rapporto alla *rei vindicatio* diretta. Quella infatti è concessa sulla analogia di questa nè saprebbe trovarsi ragione alcuna per escludere in riguardo all'azione diretta un principio ammesso in rapporto a quella utile. La legge 8 Cod. III, 32 può dunque essere assunta a prova del concorso della *rei vindicatio* coll'*actio neg. gest. (directa):* mentre la teoria da noi svolta a proposito della vendita di cosa altrui dà a questo concorso un saldo fondamento teorico. Il diritto di proprietà costituisce infatti il precipuo e più importante elemento del *dominio patrimoniale;* chi è proprietario di una cosa è *dominus* in rapporto a tutti gli atti di gestione con essa da qualsiasi terzo compiuto. Il diritto di proprietà come da fondamento alla rivendica verso chiunque si trovi in possesso delle cose così costituisce anche il substrato dell'*actio neg. gest. (directa)* contro chiunque abbia colla cosa gerito. Queste due azioni non si escludono ma si completano, poichè mentre non si potrebbe al possessore attuale chieder conto della gestione colla cosa compiuta da altri, così non si potrebbe al gestore, se non in certe condizioni, chiedere la restituzione della cosa, ma solo i risultati della sua gestione.

[492] VANGEROW *Lehrb.* I, p. 650.

371. — L'*actio neg. gest. (directa)* concorre elettivamente anche con azioni sorgenti da fatti delittuosi. Esempio di tale concorso abbiamo nella

L. 5 Cod. IX, 33:

Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC. Dominae.

Sive negotiorum gestorum contra novercam tuam sive actione vi bonorum raptorum, quae in quadruplum intra annum utilem ac post in simplum constituta est, putaveris agendum, notione praesidali poteris experiri.

Anche di questa legge ho data interpretazione in altro luogo (vedi sopra n.° 220 e nota 243). Qui basti il riportarla e l'accennare al fondamento teorico del concorso in essa ammesso. Il vendere una cosa altrui costituisce per se stesso un *negotium alienum* oggettivamente e l'esistenza di un negotium obbiettivamente alienum dà luogo al sorgere dell'*actio neg. gest. directa.* Ora poichè si concepisce perfettamente il fatto di vendere, indipendentemente dagli altri requisiti od elementi che possono aver accompagnata e colorita la vendita, così anche nel concorso di questi può e deve concepirsi l'azione *neg. gest. (directa).* Questa azione infatti compete tanto se la vendita sia avvenuta in buona fede quanto se in mala fede, tanto se essa sia stata conchiusa a nome del proprietario, quanto se a nome del gestore o di un terzo. Allo stesso modo essa compete qnindi quando fu compiuta contro la volontà del *dominus* e quando abbia per ciò rivestito il carattere di un delitto. Questo ultimo elemento potrà essere sufficiente a dar vita ad una *nuova azione,* non ad estinguere quella che è necessariamente sorta mercè l'attuazione del suo fondamentale requisito: la gestione di un negozio obbiettivamente alieno.

372. — Questi principi sono confermati anche dalle leggi L. 45 e 46 Dig. 17, 2:

Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum.

Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo, amovit vel rem communem celandi animo contrectet: sed et pro socio actione obstrictus est, nec altera actio alteram tollit, idemque in omnibus bonae fidei judiciis dicendum est.

Paulus libro sexto ad Sabinum.

Idem est et in colono et in eo qui negotia gerit et qui mandatum nostrum exquitur et in tutore.[493]

Più chiaramente che in questi due testi il concorso elettivo dell' *actio neg. gest. (directa)* colle azioni sorgenti *ex delicto* non potrebbe essere espresso: nè certo potrebbe obbiettarsi che in essi parlasi di azioni aventi causa diversa. L' espressione del giurista è troppo generica per prestarsi a tale interpretazione, e d' altra parte non sarebbe stato necessario formulale così decisamente quel principio se da esso si fosse voluto escludere il caso di azioni sorgenti da una sola causa. Come infatti potrebbe pensarsi che il socio avendo agito *furti* per la cosa comune x non potesse più agire *pro socio* per la cosa comune y? Il principio enunciato nelle L. 45 e 46 cit. deve dunque applicarsi anche a quei casi nei quali la gestione è costituita da quel medesimo fatto che costituisce contemporaneamente un furto.

373. — Fin qui abbiamo esaminato casi di concorso dell' *actio neg. gest. (directa)* con azioni estracontrattuali. Vediamo ora qualche esempio di concorso della nostra azione con azioni sorgenti da contratto. A che tale concorso abbia luogo è necessario o che il *dominium negotii* che costituisce il fondamento dell' *actio neg. gest. (directa)* sia dovuto ad un rapporto contrattuale esistente fra dominus e gestore, oppure che esso sia da tale rapporto determinato nella sua estensione. A chiarimento di questa affermazione non abbiamo che a richiamarci alle cose superiormente svolte trattando della vendita di cosa già venduta e della vendita di cosa pignorata, eseguita rispettivamente dal primo venditore e dal creditore pignoratizio. In ciascuno di queste due ipotesi abbiamo un *negotium alienum* e quindi un *actio neg. gest. (directa)* per il *dominus* ma le fonti che trattano di esse non concedono già tale azione bensì l' *actio emti* e l' *actio pigneraticia* (vedi sopra p. 153, 154). Da ciò non si deve tuttavia conchiudere essere quella esclusa: non se ne fa menzione perchè il rapporto che per essa si farebbe valere può farsi valere normalmente colla più complessiva azione contrattuale. E infatti se troviamo una ipotesi nella quale non possa farsi valere l'*actio* contrattuale troveremo utile e possibile l'esercitare l'azione di gestione. Una tale ipotesi noi abbiamo appunto trovato nel caso di vendita duplice del medesimo oggetto fortuitamente distrutto prima di essere ad alcuno consegnato; qui non è a parlarsi di *actio emti* la quale è andata distrutta colla distruzione della cosa ma qui può parlarsi di *actio neg. gest. (directa)* poichè la distruzione fortuita della cosa non ha potuto cancellare alla seconda vendita compiuta dal primo venditore il carattere di un *negotium alienum* di fronte al primo compratore. Però interpretando la L. 21 Dig. 18, 4 sostenevamo dover competere al primo compratore l' *actio neg. gest. (directa) de pretio* contro il venditore nel caso di vendita duplice di cosa singola, come nella legge medesima tale azione si concede nel caso di vendita duplice di una *singula res ex hereditate.* Da queste conclusioni possiamo pertanto dedurne al nostro attuale scopo il principio che l'*actio neg. gest. (directa)* concorre elettivamente anche colle azioni contrattuali; chè se di ciò le fonti non

[493] MARTENS *Ueber Concurrenz und Collision der röm. civ. Klagen* — Leipzig 1856. p. 32.

danno esempio gli è che normalmente il singolo rapporto gestorio va assorbito e confuso nel complesso rapporto contrattuale. [494]

§ 3. — *Concorso dell'* ACTIO NEG. GEST. (CONTRARIA) *con altre azioni contrattuali ed estracontrattuali*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate nei §§ precedendi.

374. — Mentre l'*actio neg. gest. (directa)* concorre elettivamente anche colle azioni sorgenti da delitto o quasi delitto, l'*actio neg. gest. (contraria)* non può concorrere che con quelle sorgenti da contratto o da fatto lecito. Questo atteggiarsi diverso delle due azioni in riguardo al concorso è conseguenza e riprova della loro diversa indola e della diversità di requisiti dalla quale sono rette. A che si abbia concorso fra due azioni bisogna infatti che sieno stati attuati i requisiti propri di ciascuna di esse: ora tale attuazione è possibile solo in quanto i requisiti di una sieno compatibili con quelli dell'altra. Per dar luogo all'*actio neg. gest. (contraria)* è necessario sia stata intrapresa la trattazione di uno o più affari *utiliter* e coll'*animus neg. al. gerendi:* ora poichè l'esistenza di tali requisiti implica (vedi sopra n.° 215 e segg.) la liceità dell'atto gestorio esclude quindi che accanto all'*actio neg. gest. (contraria)* possa esistere contro il *dominus* fondata sul fatto della gestione un'azione sorgente da delitto o da quasi delitto. Tale incompatibilità non si ha invece fra i requisiti dell'*actio neg. gest. (contraria)* e i requisiti di una qualsiasi azione contrattuale poichè una utile gestione può

[494] Specialmente significativa è poi in favore della tesi da noi sostenuta la L. 34 (35) Dig. III, 5 che avremo occasione di esaminare più oltre sotto un diverso punto di vista.

venir intrapresa a favore di una persona di fronte alla quale il gestore si trovi in un rapporto contrattuale. Qui pertanto può concepirsi perfettamente che il contenuto della gestione venga elettivamente fatto valere coll'azione di gestione: potrà in altri termini coll'azione contrattuale *bonae fidei* (vedi retro n.° 188, nota 211) farsi valere un rapporto non inerente al contenuto del contratto, anzi fino ad un certo punto ad esso estraneo. [495]

375. — Supponiamo che un creditore pignoratizio abbia compiuto delle spese necessarie sulla cosa a lui pignorata: in quanto tali spese sieno state compiute nell'interesse del *dominus rei* deve ammettersi essere stata per lui compiuta un'utile gestione (vedi retro n. 374): conseguentemente avere il creditore acquistato l'*actio neg. gest. (contraria)* contro di lui. Ma tale rapporto speciale di gestione rientra nell'ambito contrattuale, però sebbene non perda la sua individualità può esser fatto valere anche, anzi sarà generalmente fatto valere, coll'*actio pigneraticia:* —

L. 7 § 1 Cod. IV, 24:

Imp. Alexander A Iuliano.

Creditor autem necessarios sumptus, quas circa res pigneraticias fecit, exigere non prohibetur.

Ciò non esclude tuttavia la possibilità concettuale del concorso dell'*actio neg. gest. (contraria)* coll'*actio pigneratitia.* Anzi chi ben consideri vedrà come in ultimi analisi coll'*actio pigneratitia* si fa valere una pretesa che si potrebbe mancando essa far valere mediante l'*actio neg. gest. (contraria).* Basti il considerare gli esempi addotti nella L. 8 pr. e § 5 Dig. XIII, 7. Che se l'*actio pigneratitia* consuma l'*actio neg. gest. (contraria)* non è guari perchè quella escluda questa ma perchè ed in quanto

[495] MOMMSEN *Erört* II, p. 10-11.

esse possono avere in una data fattispecie un identico contenuto. L'azione contrattuale assorbe ed esaurisce anche il rapporto individuo che si ha per la gestione utile nell'interesse altrui.[496]

376. — Nel § precedente abbiamo visto come sia ammissibile il concorso dell'*actio neg. gest. (directa)* coll'*actio empti:* qui dobbiamo rilevare la possibilità di concorso fra l'*actio neg. gest. (contraria)* e l'*actio venditi.* È significativa in questo riguardo la

L. 13 § 22 Dig. XIX, 1:

Ulpianus libro trigesimo secundo ad Edictum.

Praeterea ex venditi agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedificia distracta erogatum est: scribit enim Labeo et Trebatius esse ex vendito hoc nomine actionem. idem et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem, aut si quid in disciplinas quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi, hoc amplius Labeo ait et si quid in funus mortui impensum sit ex vendito consequi oportere si modo sine culpa venditoris mortem obierit.

È evidente come le pretese che in questo testo Labeone e Trebazio permettevano al venditore di far valere coll'*actio venditi* sono quelle sorgenti da un'utile gestione intrapresa nell'interesse altrui. Sebbene quindi si accordi nel testo l'*actio venditi* è lecito l'affermare che quelle pretese avrebbero potuto farsi valere coll'*actio neg. gest. (contraria).* E ciò non solo ha importanza dal punto di vista ricostruttivo ma anche dal punto di vista pratico poichè nulla ci impedisce di pensare che i principi della utile gestione che normalmente procedono in accordo

[496] Kohler op. cit. p. 116.

con quelli della vendita possano in una determinata fattispecie dover prevalere su quelli. Se così e. g. noi immaginiamo una vendita nella quale il compratore abbia proibito al venditore di eseguire qualsiasi spesa sulla cosa venduta, noi non potremo dubitare che il venditore sarà privo dell'*actio venditi* a quel titolo: il che non ci può tuttavia condurre ad affermare che egli non possa valersi dei principi che regolano la gestione *prohibente domino.*

377. — Il principio sostenuto in questo capitolo potrebbe venire illustrato coll'esegesi di altri testi riguardanti il concorso dell'*actio neg. gest. (contraria)* con altre azioni contrattuali. Basterà qui in rapporto al mandato richiamare quelli commentati e citati al § 1 di questo capitolo.[497] È per ciò che si attiene alle azioni divisorie: *familiae erciscundae* e *communi dividundo* sarà sufficiente riferirsi allo svolgimento speciale data a questa questione al § 7 del cap. V, n. 206 e segg. I risultati ivi ottenuti sulle fonti, e confortati con argomenti dedotti dalla natura medesima delle azioni *neg. gest.,* sono la più efficace riprova che possa aversi del principio che abbiamo cercato indipendentemente porre e dimostrare in questo speciale capitolo. Possiamo dunque conchiudere che le azioni *neg. gest.* concorrono elettivamente con tutte quelle azioni contrattuali o meno i requisiti delle quali non sono incompatibili coi requisiti propri a ciascuna di esse.

[497] Vedi L. 6 § 1 e 2 Dig. XVII, 1; L. 17, Dig. XV, 3; L. 60 Dig. L, 17; L. 5 Dig. III, 5; L. 51 § 1 Dig. 21, 1; L. 19 § 2; 36; 32; 3 § ult. Dig. III, 5; L. 14; L. 16 Cod. II, 19.

PARTE III

Della gestione come forma di rappresentanza

CAPITOLO I

Teoria della gestione rappresentativa

§ 1. — *Questioni preliminari*

BIBLIOGRAFIA: — Monroy op. cit. — Wlassak op. cit. — Ihering *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte* (Gesammelte Aufsätze, vol. I p. 122-290). — Zimmermann *Die Stellvertretende neg. gestio.* — Ogonowski op. cit. — Tartufari *Della rappresentanza nei contratti.* (Archivio Giuridico vol. XLIII). — Cogliolo op. cit.

378. — Dopo aver esaurita l'analisi dei rapporti giuridici che da una gestione di affari altrui possono sorgere fra gestore e *dominus,* conviene che ci volgiamo ora a considerare i rapporti che per essa possono sorgere fra *dominus* e terzi contraenti col gestore e viceversa: conviene ricercare la teoria della gestione rappresentativa. Notiamolo subito: questa teoria non ha avuto nella dottrina monografica, pur abbondante e varia, un adeguato svolgimento. Gli scrittori vi si riferiscono in generale per cenni, e se avviene che vi si soffermino pur non giungono che eccezionalmente a considerarla teorica indipendente meritevole di una speciale e diffusa trattazione. Essi contrappongono in generale quegli atti del gestore pei quali esso penetra nella sfera patrimoniale altrui (attività materiale del gestore sul patrimonio del *dominus* come riparazione di case, uso di cose ecc.), a quegli atti mediante i quali egli non tocca direttamente il patrimonio altrui (conclusione di contratti *nomine alieno* ecc.)

ed in questo contrapposto, e da questo contrapposto, voglion desumere i principi regolanti la gestione rappresentativa. Il patrimonio di una persona, si dice, non è costituito soltanto dai diritti e dalle cose che in esso si trovano in un determinato momento: il *dominus,* essendo signore dei propri interessi, può riconoscere come a se spettanti affari che oggettivamente non lo riguardano menomamente; come mercè mandato si possono assumere interessi altrui, così mediante la ratifica si possono considerare propri affari che tali obbiettivamente non sono. Queste considerazioni, per quanto abbiano in se di giusto, non sono però tali da definire nettamente la gestione rappresentativa, anzi riavvicinandola alla gestione oggettiva tendono a nascondere piuttosto che a rilevare le diversità essenziali che fra queste due teorie esistono, e ad oscurarne il contrapposto. Per vero se la gestione rappresentativa si distinguesse dalla gestione oggettiva per questo solo criterio, che essa estende la sfera d'applicazione della gestione, e supplisce la mancanza di un alienità oggettiva d'affari, noi potremmo e anzi dovremmo escludere il concorso di queste due forme: dovremmo cioè dire che là solo può parlarsi di gestione rappresentativa dove non vi è gestione oggettiva, e viceversa là solo di gestione oggettiva ove non esiste la rappresentativa. Noi vediamo invece i principi della gestione oggettiva e quelli della gestione rappresentativa intrecciarsi fra di loro, ed esservi gestione rappresentativa dove havvi anche gestione oggettiva (così e. g. nella vendita di cosa altrui: chi vende la cosa altrui gerisce obbiettivamente un affare del proprietario, e potremo dire che *anche lo rappresenta,* se vende a nome di lui); e viceversa applicarsi i principi della gestione oggettiva anche alla gestione rappresentativa (così e. g. conservando l'esempio, il venditore della cosa altrui a nome altrui ha l'*actio neg. gest. (contraria)* ed è esposto alla *directa).* Non è

dunque nella sfera della loro applicazione che si può trovare un criterio distintivo fra la gestione rappresentativa e la gestione oggettiva. Gli è invece nella funzione che è essenzialmente diversa: la gestione rappresentativa non presenta che un lato, un aspetto, della teoria della rappresentanza nei negozi giuridici: essa non può essere considerata parte della teoria della gestione, come la teoria generale della rappresentanza non può essere considerata parte della teoria dei rapporti interni fra tutore e pupillo fra mandatario e mandante ecc. Nella teoria della gestione rappresentativa noi vediamo concretarsi ed atteggiarsi, così come i principi della gestione lo permettono, una teoria estranea e superiore alla gestione la teoria cioè della rappresentanza nei negozi giuridici. [1]

379. — Così delineato il criterio distintivo fra gestione rappresentativa e gestione oggettiva riescerà facile il risolvere il quesito circa la successione storica di queste due diverse funzioni della gestione. Nella dottrina monografica più recente abbiamo in questo proposito una profonda divergenza d'opinioni. [2]

---

[1] Da ciò risulta che la distinzione fra gestione obbiettiva e gestione subbiettiva, così come la concepisce il Monroy, oltre al non essere per se accettabile (vedi retro p. 59 e segg.) neppure può servire a costruire la teoria della gestione rappresentativa: il momento della protezione degli interessi altrui non è sufficiente a darci il concetto della rappresentanza; a ciò è necessario anche il contrarre *a nome dell' interessato.* Vedremo più oltre trattando delle persone che possono ratificare a quali ingiuste conseguenze abbia condotto il considerare la gestione rappresentativa più come una forma di gestione che come una forma di rappresentanza. Vedi anche STINTZING *Recensione all' opera di Seuuffert sulla ratifica* (Kritische Vierteljahreschrift XI, p. 361).

[2] Dobbiamo tuttavia notare che la maggior parte dei pandettisti e civilisti moderni sorvola sulla distinzione fra il *negotium alienum ipsa re* ed il *negotium alienum ratihabitione,* e che anche quelli che si occupano di questa distinzione la considerano generalmente come inerente alla teoria della ge-

Da una parte il Monroy [3] sostiene la precedenza della gestione subbiettiva sulla gestione obbiettiva, dall' altra l' inversa tesi sostiene il Wlassak. [4] Pel Monroy dovrebbero ritenersi decisivi in favore della sua opinione questi argomenti: 1°) la *obligatio negotii gesti* venne costruita sull' immagine della *obligatio mandati* e quindi essa dovette prima essere applicata a quei casi che più si avvicinano al mandato: ai casi cioè di *protezione di interessi patrimoniali altrui;* — 2°) le fonti in tale significato assumono infatti le espressioni *negotiorum gestio, negotia gerere;* — 3°) esse accordavano solo come *utilis* od *in factum* l' azione di gestione in quei casi nei quali la gestione non ricadeva sotto il concetto di protezione di interessi altrui. Il Wlassak a sostegno della sua opposta opinione adduce: 1°) che non può concepirsi essersi riconosciuta prima la gestione nei casi nei quali non esisteva oggettiva alienità d' affari; — 2°) che Pedio nell' ammettere la gestione subbiettiva, rilevava la difficoltà inerente al concetto della medesima *(ait dubitari posse:* L. 5 § 11 (6 § 9) Dig. III, 5). E però egli conchiude che la gestione subbiettiva dovette essere riconosciuta posteriormente alla gestione obbiettiva.

380. — Il Monroy ed il Wlassak pur differendo essenzialmente nelle conclusioni cui pervengono partono tuttavia da un identico criterio che cioè la distinzione fra *negotium* obbiettivamente e subbiettivamente *alienum* sia inerente al concetto della gestione; che in altri termini *negotium* obbiettivamente e subbiettivamente *alienum* altro non sieno se non due diverse forme nelle quali si manifesta il concetto unico dell' istituto

stione; sicchè anche pervenendo a giusti risultati non vi giungono però, a nostro avviso, per la giusta via.

[3] Op. cit. p. 23-24 e p. 179.

[4] Op. cit. p. 74-75.

gestorio. Perciò non sarà a noi possibile nè il dare una perfetta confutazione alla opinione del Monroy nè l' accogliere con sicurezza quella del Wlassak, se prima non richiamiamo la diversa guisa nostra di concepire la distinzione fra gestione obbiettiva e subbiettiva. Dato il nostro criterio di distinzione, la precedenza della gestione obbiettiva si impone e sostiene indipendentemente dalle pur giuste osservazioni del Wlassak, e dai risultati da noi ottenuti nella parte storica del nostro lavoro. Quanto poi agli argomenti addotti dal Monroy può notarsi: 1°) che anche qualora alla similitudine fra l' *obbligatio negotii gesti* e l' *obligatio mandati* potesse attribuirsi un valore, in riguardo alla nostra attuale questione, essa è ad ogni modo troppo recente per valere efficacemente al proposito; — 2°) che l' espressione *negotium alienum gerere* si riferisce nelle fonti tanto al *negotium* obbiettivamente *alienum* quanto al *negotium* subbiettivamente *alienum* (vedi retro n. 120 e segg.), sia quindi alla gestione fra le parti che alla gestione rappresentativa; — 3°) infine che le leggi citate a dimostrare che originariamente non si concedeva azione di gestione se non in casi di gestione subbiettiva devono e possono esser meglio altrimenti interpretate (vedi retro n. 315 e segg.). Nulla dunque di efficace resta a sostegno della opinione del Monroy mentre a ritener più recente la gestione subbiettiva c' induce, oltre agli argomenti del Wlassak, oltre ai risultati da noi indipendentemente ottenuti nella ricerca storica, questa considerazione: che se la gestione subbiettiva altro non è se non una applicazione della teoria della rappresentanza alla gestione, essa deve essere posteriore a quella oggettiva, e tanto più in quanto è a noi noto che solo lentamente nella vita giuridica romana venne elaborandosi il concetto della rappresentanza.

381. — Dobbiamo ora determinare l' atteggiamento che la

teoria della rappresentanza assume venendo a contatto coi principi della gestione. Come è noto, vivo è tuttora il dibattito fra i romanisti sul tema della rappresentanza; l'opinione dominante sostenendo non avere il diritto romano ammesso che in via di eccezione il principio della rappresentanza diretta come oggi la si concepisce, non mancando tuttavia qualche solitario sostenitore della opposta tesi. Tale questione non può essere qui toccata; nè è necessario che lo sia. Qui dobbiamo occuparci di un quesito diverso, dobbiamo cioè vedere se, data come vera, l'opinione dominante oppur l'opposta, il diritto romano, equiparasse in riguardo agli effetti della rappresentanza la ratifica all'*utiliter coeptum,* sì da ritenere potere il *dominus* direttamente obbligare a sè i terzi od obbligarsi verso di loro mediante i negozi giuridici per lui ed a suo nome *utilmente* posti in essere da un gestore. Come ognun vede è questo un quesito che riguarda più la teoria dell'*utiliter coeptum* che non quella della rappresentanza: si tratta di vedere se i giuristi romani riconobbero nell'*utiliter coeptum* una delle forme per le quali o in tesi generale, o nei casi nei quali era ammesso, potesse attuarsi il concetto della rappresentanza. Gli scrittori che si sono espressamente occupati di questo quesito non sono fra di loro concordi. In generale si ritiene non potersi ammettere tale equiparazione fra ratifica ed *utiliter coeptum* in rapporto agli effetti della rappresentanza. Per quanta efficacia voglia attribuirsi al requisito dell'*utiliter coeptum,* si dice, non si può giungere ad affermare che per esso vengano creati dei negozi giuridici del *dominus*. Negozi giuridici del *dominus,* esclama il Kohler, [5] non possono concepirsi senza un atto del suo spirito: *die bedürfen mindestens seiner selbstentaüsserung durch die Vollmacht!* Ma d'altra parte non mancano scrittori che

[5] Op. cit. p. 62.

sostengono avere il diritto romano, almeno per un certo numero di casi, equiparato in sostanza il requisito dell'*utiliter coeptum* alla ratifica nei rapporti fra *dominus* e terzi contraenti. Fra questi notiamo l'Ogonowski [6] il quale si richiama ad una teoria dell'Ihering che è opportuno brevemente esaminare.

382. — L'Ihering [7] sostiene che tutte le obbligazioni che sorgono da una *datio* possono sorgere direttamente per il *dominus,* indipendentemente da ratifica, quando il gestore abbia eseguito la *datio* a nome del *dominus*. Così dovrebbe dirsi del mutuo, così del commodato del contratto di pegno, così di tutte le *dationes sine causa* o con causa insufficiente. Lo Zimmermann [8]

[6] Op. cit. p. 81-83. L'Ogonowski giunge a questa affermazione logicamente deducendo dal concetto formatosi della gestione come istituto giuridico: quasi-mandato, (vedi retro n. 38 e n. 230). Se infatti quando vi è *utiliter coeptum* deve ritenersi esservi incrocio attuale, sebbene operato *ope legis,* della volontà del *dominus* con quello del gestore, quale differenza può concepirsi fra un contratto conchiuso da un mandatario in conformità del mandato, o da un gestore utilmente, o non utilmente, quando sia poi seguita la ratifica? Quando vi è *utiliter coeptum,* supposto che segua anche la ratifica, non può dirsi che essa abbia un valore *costitutivo* ma solo *dichiarativo:* se invece in tale ipotesi la ratifica non sussegua il terzo contraente per far valere le sue pretese dovrà dimostrare l'utilità della gestione. Questa dimostrazione gli attribuirà i medesimi diritti che gli sarebbero provenuti dalla ratifica. Ma la ratifica attribuirebbe al ratificante ed ai terzi contraenti l'azione del contratto ratificato: tale dunque dovrebbe essere l'effetto della dimostrata *utilitas gestionis.* Le fonti invece parlano di *actio neg. gest. (contraria).* Qui l'Ogonowski trova una ben grave difficoltà, che certo può dirsi non superata dalla distinzione da lui introdotta fra forma e sostanza del rapporto. Infatti il concedersi al 3° contro il *dominus* l'*actio neg. gest.* invece dell'actio contrattuale è un diverso trattamento anche dal punto di vista *sostanziale,* mentre ognun vede come con tali recise affermazioni si vengono a pregiudicare inutilmente la teoria della così detta gestione del terzo contraente!

[7] Op. cit. p. 207-236. ZIMMERMANN *Die stellvertretende neg. gestio* p. 302 e segg.

[8] L. 11 § 7, Dig. 13, 7. — Ulpianus libro vicensimo octavo ad Edictum. — *Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pigne-*

invece ammette soltanto che il *dominus* acquisti direttamente azione mercè il contratto di mutuo, e liberazione mediante il pagamento eseguito a suo nome da un gestore; nega tutti gli altri casi ammessi dall' Ihering. E veramente mi sembra che con sufficiente efficacia possa addursi la L. 11 § 7 Dig. XIII, 7 a dimostrare che l' *actio pigneraticia* non si acquistava direttamente, senza bisogno cioè della ratifica di colui a nome del quale era stato conchiuso il contratto di pegno; d' altra parte, con altrettanta efficacia, può col Windscheid [9] asserirsi che irrilevante, allo scopo cui l' Ihering, l' adduce è in rapporto al deposito la L. 6 Cod. V, 16, mentre, nel silenzio delle fonti, nulla osta a che al commodato si applichi il principio desunto dalla L. 11 § 7 cit. in riguardo all' *actio pigneraticia.* Dei casi addotti dall' Ihering non resterebbero quindi che quelli riguardanti le obbligazioni sorgenti da *dationes sine causa* o con causa insufficiente, eseguite a nome altrui. Ma anche in rapporto a queste ostano le leggi 47 Dig. XII, 6; L. 18 Dig. XIII, 1; L. 80 (81) Dig. XLVII, 2; L. 6 Dig. XII, 6 dalle quali può desumersi che non si riteneva sufficiente una semplice *datio nomine alieno* a far sorgere nella persona *nomine cuius* la *datio* medesima era avvenuta la *condictio* ma si richiedeva inoltre l' esistenza di mandato o di ratifica, mentre come lo stesso Zimmermann osserva, sarebbe veramente strano che per questi casi si fosse ammesso il sorgere diretto delle *condictiones* nella persona nel cui nome la *datio* era av-

raticia poterit: quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare L. 12 eod. — Gaius libro nono ad Edictum provinciale. — *vel universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere.*

[9] *Lehrb* § 313 nota 3. Vedi la confutazione che lo ZIMMERMANN op. cit. 304-305 dà alla interpretazione di questa legge proposta dall' Ihering.

venuta, mentre tale effetto si era negato nel deposito, pegno o commodato.

383. — Abbiamo voluto riassumere brevemente la controversia, non perchè essa porti un diretto contributo alla nostra questione ma perchè essa indirettamente ci guida a risolverla. Ammessa anche come vera la dottrina dell' Ihering essa non stabilirebbe per sè e direttamente, come afferma l' Ogonowski, una equiparazione fra la ratifica ed il requisito dell' *utiliter coeptum,* poichè il sorgere diretto dell' *actio pigneraticia, commodati* ecc., o delle *condictiones indebiti, sine causa* ecc. nel *dominus,* non dipenderebbe, dall' essere stata la *datio* eseguita *utiliter* ma dall' essere stata eseguita *nomine domini;* però da ciò potrebbe indirettamente desumersi quel principio quasi *a fortiori.* Senonchè avendo invece aderito alle critiche mosse all' Ihering dallo Zimmermann ci troviamo anche maggiormente giustificati nel negare che per diritto romano l' *utiliter coeptum* avesse per gli effetti della rappresentanza, la medesima efficacia che vedremo attribuita alla ratifica. Dobbiamo soggiungere che anche nel *mutuo* e nella *solutio* la diretta liberazione del debitore, ed il diretto acquisto della *condictio mutui* per il *dominus,* non dipendono già dall' essere stato il pagamento eseguito *utiliter* o dall' esser stato così contratto il mutuo, ma da principi diversi ed indipendenti. È ovvio che il dare a mutuo del danaro, a nome altrui, non costituisce *per se e necessariamente* una utile gestione, così anche il pagamento di un debito altrui fatto a nome altrui, sebbene liberi sempre il debitore non sempre costituisce una utile gestione a suo riguardo: L. 42 Dig. III, 5; L. ult., Cod. II, 19. La concessione della *condictio mutui,* alla persona nel cui nome fu contratto il mutuo, e la liberazione della persona nel cui nome avvenne la *solutio debiti,* venendo pertanto con-

cesse incondizionatamente, non possono essere collegate al requisito dell' *utiliter coeptum* che può mancare. Nella *solutio* la liberazione del vero debitore dipende dalla natura dell' obbligazione che è un rapporto che nasce per morire, onde si estingue anche se il pagamento eseguito a nome del debitore non era utile a questi; nel mutuo l' acquisto diretto dell' azione per il *dominus* non sorge già dall' essere stato il contratto conchiuso utilmente per lui, il che può non essere, ma direi piuttosto per attenuare in un negozio così frequente ed importante nella vita, le male conseguenze che avrebbero potuto provenire al *dominus* medesimo dal non ammettersi quel principio. [10]

384. — Dalle cose sopra dette risulta la probabilità della nostra affermazione: cerchiamo ora dimostrarne la verità. Già nella legge 2 Dig. h. t. Gaio parlando degli obblighi del *dominus* di fronte al gestore li riduce a due principali: α) rifarlo di tutte le spese incontrate nella gestione utilmente intrapresa; β) sollevarlo dalle obbligazioni assunte per l' adempimento della gestione. Di obbligazioni assunte a nome del *dominus* e che questo avrebbe poi dovuto eseguire direttamente in quanto fossero state contratte utilmente non è parola. Pure se tale efficacia si fosse voluta attribuire al requisito dell' *utiliter coeptum* in questo punto ne avrebbe dovuto parlare Gaio, allo stesso modo che, come fra poco vedremo, ne ha parlato all' art. 1144 il nostro legislatore italiano. Abbiamo pertanto in questo silenzio un principio di prova che l' *utiliter coeptum* non fu parificato alla alla ratifica, e che la frase di Scevola *quemadmodum quod utiliter gestum est necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est* si riferisce ai rapporti

[10] Vedi Windscheid § 313 nota 3.

interni fra *dominus* e gestore, e non a quelli fra *dominus* e terzo contraente, si riferisce cioè all' approvazione non alla ratifica. Ma una prova più diretta del nostro asserto si ha in ciò, che nessuno dei testi nei quali si considera una gestione consistente nella conclusione di negozi giuridici a nome altrui, e posta l' alternativa fra la ratifica e l' *utiliter coeptum* come fondamento della obbligazione del *dominus:* si richiede sempre ed espressamente la ratifica, anche in casi nei quali il negozio giuridico conchiuso dal gestore rivestisse per se stessa i caratteri di una evidente utilità. [11] La conclusione che da questo fatto discende è chiara; il diritto romano non parificò in rapporto alla teoria della rappresentanza, l' *utiliter coeptum* alla ratifica.

385. — Quale si fosse il fondamento giuridico di questa teoria, giusto o meno, certo essa non è stata seguita dal nostro legislatore. Mentre la dottrina e le legislazioni germaniche, pur ammettendo come vigente il principio della rappresentanza diretta, non concedono parità di effetti alla ratifica ed all' *utiliter coeptum,* il legislatore italiano all' art. 1144 del codice civile, impone al *dominus* l' obbligo di eseguire le obbligazioni utilmente a nome suo conchiuse dal gestore. Nel nostro diritto civile dunque l' *utiliter* è pienamente parificato alla ratifica. [12]

[11] Zimmermann op. cit. p. 306.

[12] Vedi Tartufari op. cit. p. 146. — Borsari all' art. 1144 § 3035. — Ricci vol. VI, p. 74 e p. 104. Corte d' Appello di Firenze 2 Maggio 1871 (Annali V, 2, 214). Prescindiamo qui naturalmente dalla dottrina di quelli scrittori i quali negano la possibilità di rappresentanza a mezzo di gestori in quanto sembra loro che ammettendola si contravvenga al divieto delle stipulazioni a favore di terzi. Questa dottrina sostenuta principalmente dal Duranton X, n. 236 è in aperta contradizione coll' art. 1375 del cod. civ. fr. e 1144 del cod. civ. it.: essa può essere considerata come l' espressione più grossolana della confusione che si fa tuttavia da molti fra due teoriche così

Questa teoria il nostro legislatore ha preso dal codice francese all' art. 1375 onde siamo meravigliati nel sentire qualche scrittore [13] attribuire al legislatore francese la opposta dottrina fondandosi sull' art. 1998 cap. 2. Anche questo articolo è stato riprodotto dal nostro legislatore (art. 1752 cod. civ. italiano) e se l' affermazione dell' Ogonowski fosse giusta essa varrebbe anche pel nostro diritto civile. Conviene dunque soffermarsi brevemente a chiarire il significato ed il reciproco rapporto degli articoli 1144 e 1752 del nostro codice civile.

386. — L' art. 1144 cod. civ. considera la gestione utile come titolo giuridico sufficiente al sorgere della rappresentanza. L' art. 1752 tratta del mandato, tratta cioè di un altro titolo sufficiente al sorgere della rappresentanza; nel capoverso 1°, questo articolo parifica al mandato la ratifica sempre per gli effetti della rappresentanza. La retta interpretazione di questi due articoli ci porta dunque a dire che mandato, ratifica e *utiliter coeptum* sono tre titoli del pari sufficienti al sorgere della rappresentanza. Senonchè a quanto sembra l' opinione dell' Ogonowski è determinata da una erronea interpretazione del capoverso dell' art· 1752. In questo capoverso è detto che i contratti conchiusi dal mandatario in eccesso al mandato non obbligano il mandante che in quanto questi abbia tacitamente od espressamente ratificato. Ora da questo principio si argomenta, a quanto sembra, che non solo il mandante sia obbligato in quanto abbia ratificato, ma *solo* in quanto abbia ratificato. L' argomentazione è insostenibile poichè in quanto nell' eccesso del mandato vi sia

ben distinte quali sono quella dei contratti a favore di terzi e quella della rappresentanza. Contro di essa veggasi: Aubry e Rau § 343. — Laurent XV, n. 555. — Tartufari *Contratti a favore di terzi* pp. 73-74.

[13] Ogonowski op. cit. p. 84.

utile gestione, il mandante resta a norma dell' art. 1144 obbligato direttamente di fronte ai terzi come *dominus,* e perchè quando anche si volesse ammettere che la gestione consistente nell'eccesso del mandato non potesse mai essere considerata utile, allora il *dominus* non sarebbe obbligato di fronte ai terzi non già perchè l' *utiliter* non sia parificato e parificabile alla ratifica, ma perchè *utiliter* non potrebbe esservi. Una tale affermazione non è però certamente accettabile. L' eccesso del mandato può infatti, come la dottrina tradizionalmente ammette, avvenire *contra* o *praeter mandatum.* [14] Nel primo caso certamente non può dirsi che il mandatario abbia gerito *utiliter* poichè gli è a considerarsi come se avesse gerito *prohibente domino;* nel secondo caso invece egli può anche aver gerito *utiliter:* in questo secondo caso quindi l' obbligazione del *dominus* di fronte ai terzi può essere fondata o sulla ratifica o sull' *utiliter coeptum.* Il capoverso dell' art. 1752 deve dunque così essere interpretato: *il mandante resta obbligato pei contratti a suo nome conchiusi dal mandatario in eccesso al mandato quando abbia ratificato;* il che naturalmente non esclude che egli possa per tali contratti essere tenuto anche indipendentemente dalla sua ratifica, quando cioè nella conclusione di quei contratti il mandatario abbia ecceduto i limiti del mandato gerendo *utiliter* per il mandante.

387. — Mandato, ratifica e *utiliter coeptum* sono dunque pel nostro diritto civile tre momenti equiparabili in riguardo alla teoria della rappresentanza in quanto ognuno di essi costituisce titolo sufficiente all' applicazione della teoria della rappresentanza. Ma

[14] Vedi Glück *Erlaüt* § 954. — Thibaut *System des P. R.* (8.ª ed.) § 519 e L. 3 § ult. Dig. XVII, 1; L. 4, 33 Dig. eod. Inst.; III, 27· § 8; L. 24 Cod. II, 19. Non è qui luogo opportuno per determinare i criteri in base ai quali la distinzione accennata nel testo va fermata, basta al nostro attuale scopo l' averla rilevata: vedi in proposito Chambon op. cit. p. 117 e nota 4.

questo elemento che essi hanno in comune non toglie che essi diversamente si atteggino a seconda dell' intima natura loro e che presentino argomento di speciale studio. Il mandato infatti preesiste alla conclusione del negozio giuridico rappresentativo, l'*utiliter coeptum* coesiste, la ratifica invece sussegue. Da questa diversità di naturale indole deve necessariamente discendere una diversità di pratiche conseguenze e di teorica ricostruzione. Così mentre la gestione rappresentativa *utiliter coepta* può essere assimilata alla gestione rappresentativa in forza di mandato, la gestione rappresentativa che abbisogna di ratifica deve formare oggetto di particolare studio. Devesi cioè ricercare:

1.°) — quale sia l' indole del negozio giuridico conchiuso dal gestore, a nome del *dominus*, prima che sia seguita la ratifica.

2.°) — se gestore o terzo contraente o l' uno e l' altro insieme possano modificare o distruggere il negozio conchiuso, prima che sia seguita la ratifica.

3.°) — quali effetti possa avere la morte del gestore del terzo contraente o del *dominus* o la sopravvenuta loro incapacità sul negozio conchiuso, prima che sia seguita la ratifica.

4.°) — quale sia l' indole giuridica della ratifica ed in quale forma debba seguire.

5.°) — quali persone possano ratificare.

6.°) — quali effetti la ratifica produca fra le parti e di fronte ai terzi.

7.°) — quali sieno gli effetti della mancata ratifica.

Di questi diversi punti tratteremo in tanti speciali paragrafi.

§ 2. — *Il negozio giuridico compiuto dal gestore* NOMINE ALIENO, *prima della ratifica: sua efficacia fra gestore, terzo contraente e* DOMINUS

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate nel § precedente e BUCHKA *Die Lehre von der Stellvertretung.* — Rostock 1852. — LABBÈ *Dissertation sur les effects de la ratification des actes d'un gerant d'affaires.* Paris 1856. — HELLMANN *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften.* München 1882. — SCHELLER *Bedeutung und Wirkung der Ratihabition.* Heidelberg 1887. RUHSTRAT *mon. citate* (Iahrb. *fur die Dogmatik* X, XIX). — FERRARINI *Rappresentanza ed invalidità negli atti giuridici.* (Rend. dell' Ist. Lomb. 1892).

388. — La prima e più grave difficoltà che si presenta al giurista che voglia accingersi ad una teorica ricostruzione della gestione rappresentativa, consiste nella determinazione dell' indole giuridica del negozio compiuto dal gestore, prima che sia seguita o mancata la ratifica del *dominus*. Superata questa difficoltà infatti si apre facile e sicura la via alla risoluzione di un ulteriore quesito, consistente nella determinazione degli effetti da attribuirsi a questo negozio giuridico: si ottiene altresì un criterio efficace di riprova in riguardo ai risultati, che, per ciò che si attiene a tali effetti, si possono desumere dall' esame delle fonti romane. Dal punto di vista della trattazione sistematica noi potremmo in tale ricerca procedere in due modi ben diversi: potremmo cioè procedere senz' altro a ricostruire secondo ciò che ci sembra giusto senza prendere in particolare esame i vari tentativi che offre la letteratura monografica tedesca; oppure invece provarci di giungere ad una nuova teoria attraverso ad un' esame critico delle opinioni fin qui sostenute. Se ci atteniamo a questo secondo metodo, mentre la natura di questo trattato, potrebbe far credere più proprio il primo, gli è per un duplice ordine di considerazioni: primieramente perchè nella dottrina romanistica antica, ed anche moderna, non si è sempre attribuito

a questa ricerca un' adeguata importanza; in secondo luogo perchè in un argomento così difficile e delicato ogni nuovo e serio tentativo presuppone necessariamente una sicura confutazione di quelli precedenti, mentre d' altra parte l' esame critico delle idee altrui offre spesso opportunità a idee nuove o più esatte.

389. — Un primo tentativo di ricostruzione, che, a dir vero, si trova quà e là più accennato che seriamente svolto da qualche scrittore, ci presenta il negozio compiuto dal gestore a nome del *dominus,* prima che sia seguita o mancata la ratifica, come un negozio annullabile o per lo meno equiparabile all' annullabile. « Il y a plus d' analogie entre la confirmation d' un acte annullable et la ratification d' un gestion accomplie pour nous sans mandat. Dans les deux cas, l' acte primitive n' est pas entaché d' une nullité absolute; il peut avoir un effet, pourvue qu' il soit complété ou corrigé. L' acte posterieur de ratification se rattache par un lien intime et necessaire a la convention qu' il confirme. Il n' est pas efficace par lui-même, isolément. Il n' a toute sa valeur qu' en s' appuyant sur un contrat antérieur auquel il ajonte un élément de force e de validité ».[15] La ratifica non sarebbe dunque che un mezzo offerto al *dominus* mediante il quale egli potrebbe sanare l' annullabilità dell' atto per lui e a suo nome col terzo conchiuso da un gestore. L' origine di questo tentativo di ricostruzione è certo riposta, sebbene di ciò non si dimostrino conscii quelli che l' accettano, in una confusione fra due concetti ben distinti che vanno indicati generalmente da una sola espressione: *ratifica* e *conferma.* Gli atti annullabili possono essere *confermati:* gli atti compiuti dal gestore *nomine domini* possono essere *ratificati:* ma la ratifica non

[15] LABBÈ op. cit. p. 8.

attribuisce al negozio ratificato degli effetti che esso non avrebbe potuti produrre per se stesso, mentre ciò avviene per la conferma, onde giustamente con forma sintetica scrive il Windscheid che gli effetti dei negozi compiuti dal gestore *nomine domini* non sono prima della ratifica *negati ma sospesi.*[16] E svolgendo questa idea così contrappone l' atto confermabile all' atto ratificabile il Ferrarini: « La ratifica, che sopravvenga, integra e non sana l' atto compiuto dal gestore: leva l' incertezza del suo essere, assicurandogli definitivamente la vita. La mancanza della ratifica non ha l' effetto di un' impugnativa: questa attacca e distrugge un atto esistente; ed invece la mancanza della ratifica rende impossibile che un atto completi il suo organismo. Quando ratifica, il *dominus* non rinuncia ad alcuna impugnativa, giacchè ad appropriarsi il *negotium gestum* occorre una sua dichiarazione di volontà; ma per conservarlo da sè lontano, non deve fare altro che astenersi dal riconoscerlo per atto suo. In un senso generale la parola ratifica vale ora prestazione di consenso ad un atto concluso da altri per noi, senza nostro mandato; ora nuova prestazione di consenso per convalidare un altro nostro consenso prestato invalidamente, mentre eravamo incapaci; ora dichiarazione di non volere impugnare un atto viziato di errore, di violenza, di dolo, o che è lesivo. Ma nel senso ristretto, più proprio e tecnico, per ratifica s' intende, soltanto, come diceva Ulpiano, l' approvare e il riconoscere per nostro l' atto che altri ha compiuto per noi, senza mandato, ma in nostra rappresentanza; e si distingue dalla conferma, per la quale si consente di mantener fermo, di non attaccare e non rescindere un atto, contro cui si ha dal diritto una facoltà di impugnativa. »[17] Considerata poi

[16] WINDSCHEID *Lehrb,* § 74 « *seine rechtliche Wirkung ist nicht negirt sondern suspendirt* » SEUFFERT *Die Lehre von der Ratihabition* § 1-3.

[17] La dottrina prevalente distingue con cura la ratifica intesa come

nelle sue pratiche conseguenze, questa teoria per la quale il negozio giuridico conchiuso dal gestore verrebbe equiparato, o per lo meno paragonato, ad un negozio invalido, perviene a risultati evidentemente inaccettabili poichè per essa dovrebbesi logicamente ritenere o essere il negozio giuridico compiuto dal gestore privo di ogni efficacia prima della ratifica, il che andrebbe contro lo scopo medesimo cui tende la gestione rappresentativa, [18] oppure essere esso perfettamente obbligatorio anche per il rappresentato, prima della ratifica, e solo sottoposto ad essere annullato mediante diniego della ratifica, nel qual caso la ratifica avrebbe ragion d'essere solo in quanto potrebbe mancare!! [19]

390. — Una seconda teoria ben diversa e ben più radicale, rivolta a determinare l'indole giuridica del negozio rappresentativo prima della ratifica, è dovuta al Wächter, [20] ed è stata, fra i più recenti, ripetutamente sostenuta dal Ruhstrat. [21] L'intima essenza di questa teoria consiste in ciò: nel negare una propria configurazione giuridica al negozio rappresentativo conchiuso dal gestore, prima che sia seguita o mancata la ratifica, e nel

prestazione di consenso all'atto compiuto da altri per noi, senza nostro incarico, dalla ratifica intesa come conferma ossia come rinuncia ad impugnare un atto per motivi di invalidità. Citiamo i seguenti autori: WINDSCHEID *Lehrb* § 83 nota 2 e 8; — ARNDTS-SERAFINI *Pand* § 78 note 14, 15; — LAURENT XVII, nn. 558-60; — AUBRY e RAU § 337, nota 4; — DEMOLOMBE *Des Contrats* VI, n. 722 e VIII, n. 205; — PACIFIGI MAZZONI *Inst.* V, n. 138; — GIORGI *Oblig.* VII, n. 186.

[18] MITTEIS op. cit. p. 258.

[19] Alcuni scrittori, come il MURGEAUD-LARION op. cit. p. 212 pur combattendo la teorica esposta nel testo cadono in un errore analogo quando considerano *inesistente* il negozio compiuto dal gestore, prima che sia seguita la ratifica.

[20] Wächter *Handbuch des würt. Privatrechts* vol. II, p. 681-682.

[21] mon. cit. (Iahrb. für die Dogm. vol. X). Analogamente HELLMANN. op. cit.

ricondurne invece questo negozio ai principi che valgono pei contratti conchiusi fra assenti. Il terzo contraente col gestore dovrebbe essere considerato come un'offerente al *dominus* per mezzo del gestore; ed il *dominus* ratificando o meno, altro non farebbe se non accettare o meno la proposta del terzo. Questa nelle sue linee fondamentali la teoria Waechter, Ruhstrat: sue conseguenze: — 1.° prima della ratifica non si ha che un apparenza di negozio. [22] 2.° prima della ratifica e terzo e gestore hanno facoltà di recedere dal negozio medesimo. [23] Questa teoria non ha incontrato favore fra gli scrittori più recenti in materia. Lo Zimmermann non si perita di dichiararla assolutamente erronea: per essa egli esclama il rappresentante del *dominus* vien ridotto alle proporzioni di un nuncio del terzo contraente! [24] Giudizi analoghi, senza soffermarsi ad un esame accurato di essa, danno pure il Monroy [25] ed il Cogliolo. [26] E mi sembra ben a ragione poichè il principio sul quale questa teorica vien fondata non è accettabile. Qualsiasi opinione voglia accogliersi, o proporsi, in rapporto alla rappresentanza certo è che essa è a ritenersi applicabile anche alla gestione: anche il gestore può essere un rappresentante; il negozio da lui contratto a nome del

[22] Così dice il KOHLER op. cit. p. 61: « *Der Grundsatz: ratihabitio facit suum negotiun hat sich auch in der Art bewährt, dass die Ratihabition ein Rechtsgeschäft zum Abschlusse bringt welches der Mitwirkung des dominus bedarf damit es überhaupt Rechtsgeschäft werde; die Ratihabitio macht auch dassenigen negotium zu einem negotium des Dominus, welches erst ein negotium* WIRD, WENN ES EIN NEGOTIUM DES DOMINUS IST » e fra i monografisti francesi MURGEAUD-LARION op. cit. p. 112 afferma che i negozi giuridici conchiusi dal gestore prima della ratifica non sono annullabili « *mais inexistant en droit puisque un element nouveau est necessaire pour leur efficacité.* »

[23] La teoria del Ruhstrat viene accolta nel suo principio fondamentale dall'Ogonowski (op. cit. p. 96), il quale però ne respinge ogni temperamento.

[24] Op. cit. p. 150.

[25] Op. cit. p. 44.

[26] Op. cit. vol. I, p. 241.

dominus deve quindi essere specialmente ricostruito: tutta la difficoltà di questo compito consistendo nella circostanza che nella gestione rappresentativa mercè ratifica il titolo della rappresentanza sussegue anzichè precedere la costituzione del negozio rappresentativo. Accettare la teoria sopra enunciata significherebbe far esulare dalla sfera della rappresentanza la gestione![27]

391. — Il Ruhstrat, che forse non si è reso pienamente conto di questa conseguenza cui logicamente conduce la sua teoria, ha però compreso che per essa troppo libera rimaneva la posizione del gestore e del terzo contraente di fronte al *dominus,* con pregiudizio della funzione pratica della gestione. E per evitare questo inconveniente ha cercato di attenuare la portata della sua teoria arrecandovi dei temperamenti. In primo luogo egli ammette che terzo e gestore si possano obbligare reciprocamente mercè una speciale convenzione a non recedere dal negozio conchiuso finchè il gestore non abbia ratificato o meno.[28] In secondo luogo si è sforzato di sostenere per certi casi l'impossibilità da parte del gestore di recedere dal negozio pel *dominus* conchiuso. Ma tali temperamenti mi sembrano altrettanto inefficaci quanto è insostenibile la tesi fondamentale che tendono salvare. Infatti per ciò che si attiene alla convenzione fra gestore e terzo contraente è facile notare che essa non verrà generalmente attuata dalle parti: che interesse pos-

[27] Vedi Mitteis op. cit. p. 218 « Der ganze Werth der Negotiorum gestio, eine mittlerweilige Sicherung fremder Interessen zu sein, wäre für die Stellvertretende negotiorum gestio in Frage gestellt, wenn der Gestor nicht in der Lage wäre die Fäden, die er geschlungen, festzuhalten ». Vedi anche p. 232 nota 293.

[28] *Stellvertretung ohne Vollmacht* p. 211. Analogamente Regelsberger *Civilz Erört* (1868) I, 89, il quale però ha poi cambiato avviso: vedi Recensione dell'opera di Seuffert sulla ratifica.

sono infatti le parti avere a tutelare l'interesse del *dominus?* Bisognerebbe in ogni evento ammettere che la convenzione venisse tacitamente ammessa in base alle circostanze che accompagnarono la conclusione del negozio;[29] ma anche in tale ipotesi come si potrebbe poi negare alle parti medesime il diritto di annullare esplicitamente una tale convenzione? Ben si può dunque concludere essere l'efficacia di tale espediente completamente illusoria[30] poichè se le parti (gestore e terzo) non sono obbligate a contrarre la convenzione, come potranno essere obbligate a non sciogliere la!

392. — Il secondo temperamento che il Ruhstrat arreca alla sua teoria consiste in ciò. Egli distingue gestore speciale da gestore patrimoniale: al primo attribuisce facoltà di prosciogliere il terzo contraente dal negozio con lui conchiuso *nomine domini,* al secondo nega tale facoltà. Il gestore patrimoniale, ragiona il Ruhstrat, ha di fronte al *dominus* una posizione analoga a quella di un mandatario: egli è responsabile degli atti che compie nell'amministrazione: se quindi contratta con un terzo nell'interesse del *dominus* e poi prima che questi abbia ratificato proscioglie il terzo dal negozio conchiuso incorre una responsabilità di fronte al *dominus;* ora appunto in questa responsabilità il Ruhstrat trova sufficiente fondamento giuridico per negare al gestore la facoltà di prosciogliere il terzo contraente.[31] Il gestore speciale invece è obbligato al *dominus* solo quando sia seguita la ratifica e perciò egli può, prima, prosciogliere il terzo contraente. Anche questo secondo espediente mediante il quale Ruhstrat vorrebbe attenuare il significato

[29] Il Buchka op. cit. p. 250 non ammette che una convenzione esplicita.

[30] Vedi anche Ogonowski op. cit. 87 e p. 90 nota 76.

[31] *Stell. ohne Vollmacht* p. 223.

pratico della sua teoria è inaccettabile sia nel suo concetto fondamentale sia anche perchè non raggiunge lo scopo cui tende. Nel suo concetto fondamentale poichè la distinzione fra gestore patrimoniale e gestore speciale non ha per se un sicuro fondadamento: [32] nelle sue conseguenze poichè anche ammesso che il gestore patrimoniale si obblighi verso il *dominus* ciò non implicherebbe per se qualsiasi alterazione nei rapporti fra gestore e terzo contraente; l' obbligazione del gestore riguarderebbe unicamente il rapporto interno della gestione, e si risolverebbe in una responsabilità per danni e interessi. Ma in realtà tale obbligazione del gestore verso il *dominus* dovuta all' avere il gestore liberato il terzo dal contratto conchiuso per il *dominus* solo allora potrebbe considerarsi esistente quando fosse già dimostrato vero, ciò che vuol dimostrarsi, che cioè il gestore non può recedere dal contratto: la responsabilità del gestore per aver liberato il terzo implica dunque nel gestore quell' obbligo che gli si vorrebbe attribuire fondandolo sulla sua responsabilità; siamo come ognun vede in un deplorevole circolo di argomentazione. [33] In un lavoro posteriore [34] il Ruhstrat, pur mantenendo la distinzione in discorso, cerca diversamente giustificarla richiamandosi al momento della utilità della gestione. E poichè egli crede che l' utilità della gestione *(utiliter coeptum)* non solo dia fondamento al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria)* ma anche al sorgere della *directa,* così afferma che quando il contratto dal gestore conchiuso col terzo era *utiliter coeptum* per il *dominus,* il gestore non può più liberare il terzo poichè si

[32] Ciò abbiamo dimostrato più innanzi trattando dell' obbligo del gestore di gerire nuovi negozi.

[33] Vedi anche HELLMANN p. 120 contro SEUFFERT e più innanzi parte IV. cap. I § 2

[34] *Ueber die actio neg. gest. directa* (Iahrbb. für die Dogm. vol. XIX).

trova al momento della conclusione del contratto e per la conclusione del medesimo, tenuto *actione neg. gest. (directa).* Ma anche in questo ulteriore tentativo il Ruhstrat è poco felice. Anzitutto deve notarsi che questo secondo punto di vista esclude quello cui dovrebbe servire di complemento poichè utilità può concepirsi sia nella conclusione di un singolo contratto (gestione speciale) sia nella conclusione di un contratto in seguito a gestione patrimoniale. Ma a parte ciò, questo concetto del Ruhstrat è inaccettabile per ragioni più profonde: perchè, come abbiamo cercato dimostrare in luogo opportuno, è erronea teoria, dovuta all' influenza della dottrina medioevale del quasi-contratto, quella che fa dipendere il sorgere dell' *actio neg. gest. (directa)* dall' utilità della gestione: l' *actio neg. gest. (directa)* sorge o in base al *negotium oggettivamente alienum* o in base al *negotium subbiettivamente alienum;* ora nella conclusione di un contratto da parte di un gestore a nome di un terzo *(dominus)* vi è appunto un *negotium* subbiettivamente *alienum,* ma il decidere se conchiuso il contratto, e prima della ratifica, il gestore possa o meno liberare il terzo è quesito che deve essere a parte e per ragioni estrinseche deciso. [35] I temperamenti che il Ruhstrat vorrebbe arrecare alla sua dottrina non servendo allo scopo cui tendono lasciano quindi la formula esposta a tutte

[35] Qui dobbiamo notare che la questione assume un diverso atteggiamento nel diritto romano da quello che essa assume nel nostro diritto civile. Nel nostro diritto civile infatti, la gestione rappresentativa *utiliter coepta* ha i medesimi effetti della gestione rappresentativa fondata sopra mandato: per essa non vi ha quindi opportunità di ricercare quali effetti possa avere la ratifica e quale sia la condizione del negozio giuridico prima di tale ratifica: esso ha già prodotto ogni suo effetto fra terzo e *dominus* e quindi non è a parlarsi di diritto di recesso od altro. Nel diritto romano invece non essendo, come a noi è sembrato, attribuiti quegli effetti alla gestione rappresentativa *utiliter coepta,* le critiche mosse nel testo al Ruhstrat calzano perfettamente. Vedi anche OGONOWSKI op. cit. p. 94-95.

le giuste critiche che abbiamo visto muoversi contro di lei, e che inducono a riconoscerla inaccettabile.

393. — Lo Zimmermann è lo scrittore che più si è occupato di dare una costruzione giuridica al negozio conchiuso dal gestore, prima che sia seguita o mancata la ratifica. In opposizione a quelli che affermano essere il negozio prima della ratifica *inesistente* egli sostiene invece che esso è *perfetto* e definitivamente conchiuso, dalla ratifica dipendendo soltanto il verificarsi o meno dei suoi *effetti giuridici*. Prima della ratifica quindi il negozio giuridico non è come generalmente si dice, in *pendenti*, esso esiste al contrario, integralmente conchiuso; sospesi sono soltanto gli effetti suoi che dalla ratifica dipendono. Il sopravvenire della ratifica può esser paragonato al verificarsi di una condizione dalla quale non dipende già l' esistenza o l' efficacia di un negozio giuridico, ma solo il prodursi dei suoi effetti. Onde consegue anche che le parti contraenti (gestore e terzo) non possano prima che sia seguita la ratifica, nè singolarmente, nè di comune accordo recedere dal negozio conchiuso, il quale costituisce pel *dominus* una situazione inalterabile. Il fondamento giuridico di questa teorica dello Zimmermann è tutto riposto nella nozione da lui accolta del negozio giuridico in generale. Attenendosi alla dottrina prevalente egli definisce il negozio giuridico come « un atto rivolto alla produzione di un effetto giuridico, » e poichè gli sembra che sotto tale concetto cada anche il negozio conchiuso dal gestore col terzo, ne conclude essere anche questo un perfetto negozio giuridico. Tutta la sua attenzione viene quindi rivolta a confutare la nozione diversa che del negozio in genere danno altri scrittori, principalmente il Koeppen che ritiene essenziale al concetto di negozio giuridico non solo un atto *tendente* a

produrre effetti giuridici ma la *produzione stessa* di tali effetti. Sembra allo Zimmermann che la confutazione di tale teorica dia fondamento sicuro alla sua ricostruzione del negozio giuridico conchiuso dal gestore prima della ratifica e perciò su questo punto concentra tutti gli sforzi dell' arguta sua intelligenza. Se in questo compito lo Zimmermann sia riescito credo non sia il caso di ricercare: [36] poichè mi sembra che il quesito attuale debba essere risolto indipendentemente da quella qualsiasi nozione che può sembrare teoricamente più giusta circa al concetto di negozio giuridico. Il negozio conchiuso da un gestor di affari *a nome altrui* non può esser giudicato alla stregua dei negozi che ogni persona può conchiudere personalmente per se, oppur avendo un titolo di rappresentanza, a nome altrui. Infatti in quelli il gestore *non vuole* obbligare se stesso, al contenuto del negozio conchiuso, e d' altra parte *non può* obbligare il *dominus* finchè non segua in qualche modo la sua autorizzazione. Dunque non può dirsi che il negozio prima della ratifica sia integralmente conchiuso per il *dominus:* nè a persuadere di ciò giova il dare come certa la dottrina della rappresentanza sostenuta dallo Zimmermann la quale considera sempre come *vero contraente* il rappresentante: anche se potessimo convenire collo Zimmermann in questa dottrina potremmo tuttavia sempre obbiettargli che il gestore prima della ratifica non è un *vero rappresentante.* [37] Egli tende a diventar tale, e il diritto che riconosce nella ratifica un titolo di rappresentanza pareggiabile al mandato, deve naturalmente regolarne la posizione; deve imporgli quegli obblighi che sono inerenti alla funzione che egli ha creduto di assumere:

[36] Contro lo Zimmermann vedi e. g. LOTMAR *Ueber Causa* p. 12 e segg. ed HELLMANN op. cit. p. 117 a proposito delle L. 62 § 1 Dig. XVIII, 1 e L. 70 Dig. eod.

[37] Vedi OGONOWSKI op. cit. p. 91 e segg.

ma ciò è ben diverso dal dire che il diritto lo riconosca *ab origine* come vero rappresentante che perfettamente ha conchiuso il negozio pel *dominus!* D'altra parte se si ammette, ciò che noi cercheremo fra poco dimostrare, che il negozio compiuto dal gestore col terzo produce anche prima della ratifica *certi effetti,* si dovrà necessariamente riconoscere che ad esso calza perfettamente *anche* la nozione di negozio giuridico del Koeppen, contro la quale tanto insiste la Zimmermann: « *negozio giuridico è quell' atto che non solo tende ma anche produce un rapporto giuridico indipendente dalla volontà di colui o di coloro che l' hanno compiuto, con una esistenza assicurata dal diritto.* » Tutte queste considerazioni mi hanno indotto a ritenere poco riescito anche il tentativo di ricostruzione dello Zimmermann.[38]

394. — Dalla critica cerchiamo ora di passare alla ricostruzione. Per determinare l' indole giuridica del negozio conchiuso da un gestore con un terzo, prima che sia seguita o mancata la ratifica, bisogna considerare prima in generale l' indole e la ragion d' essere del negozio rappresentativo nelle sue diverse forme. Questo esame è adatto a gettare molta luce sul nostro quesito particolare. Nel negozio giuridico compiuto da un mandatario a nome del suo mandante si produce, almeno per diritto moderno, un rapporto diretto fra terzo e mandante. Il fondamento giuridico di questo effetto è riposta nella volontà del mandante *(vollmacht),* il fondamento sociale nella utilità della rappresentanza. Il bisogno sociale è di attuare quanto più ampiamente sia possibile la teoria della rappresentanza; il mezzo

[38] Altre critiche mosse a questa ricostruzione vedi in HELLMANN op. cit. p. 116. — MITTEIS op. cit. p. 226. — OGONOWSKI op. cit. p. 90 e segg.

giuridico di giungere a questa attuazione è riposto nel riconoscimento di certi *titoli* di rappresentanza. Ora nel diritto moderno accanto al *titolo* naturale che è costituito dalla volontà del mandante se ne è riconosciuto uno legale che è quello dell' *utiliter coeptum.* Sulle orme del diritto romano inoltre si è ammesso che la volontà possa agire come titolo di rappresentanza anche *ex post facto* in forma di *ratifica.* Si è dunque riconosciuta la possibilità di una rappresentanza il cui *titolo* sia posteriore alla atto della sua costituzione. Di qui la necessità di ricostruire la fisonomia giuridica dell' atto rappresentativo prima della ratifica. Di qui anche la necessità di ricostruire questo atto in accordo: 1°) coi motivi del suo riconoscimento, 2°) senza violazione del fondamento giuridico della rappresentanza. Riconoscendo il diritto una rappresentanza fondata sulla ratifica, esso altro non può aver voluto tutelare se non la possibilità di funzionare efficacemente di questa forma di rappresentanza. Da ciò discende intanto che l' atto giuridico compiuto pel *dominus* prima della ratifica non è completo, perchè la rappresentanza si fonda sulla ratifica e la ratifica non è seguita. Dall' avere però il diritto voluto tutelare questa forma di rappresentanza consegue anche, che esso deve aver voluto attribuire al negozio giuridico prima della ratifica un qualche effetto. Da ciò consegue intanto che il negozio anche prima della ratifica esiste e deve produrre alcuni effetti.[39] Esso deve produrre tali effetti quali rispondono alla

[39] La ragione addotta da Ogonowski per sostenere la nessuna obbligatorietà del negozio giuridico concluso dal gestore col terzo, prima della ratifica, è questa: che la gestione non essendo utile non vi è alcun titolo di rappresentanza (p. 96), ma a ciò può molto efficacemente rispondersi che pur non essendovi utilità vi può essere interesse di attribuire al negozio una obbligatorietà, non in base a mandato o *utiliter coeptum* ma a scopo di attuare nella più ampia sfera possibile il concetto della rappresentanza.

ragione del suo riconoscimento e quali sono compatibili coi principi giuridici generali sui negozi giuridici. Ora quando il gestore ed il terzo contraggono a nome del *dominus* essi compiono un atto al quale l'ordine giuridico ha un interesse; preparano il materiale di una possibile rappresentanza. Ma appunto perchè tale rappresentanza è solo divenuta possibile, e non già attuata, appunto per questo, è erroneo dire che essi hanno creato un diritto di ratificare per il *dominus:* essi si sono soltanto reciprocamente obbligati pel semplice fatto di aver contratto per il *dominus,* ad attendere la sua ratifica. Il negozio giuridico che essi hanno conchiuso ha per loro questo ed attuale contenuto, mentre ha pel *dominus* la capacità di divenire quello che esso attualmente è (vendita-compra ecc. ecc.). A tutela di questa potenzialità dell'atto pertanto il diritto potrebbe stabilire quella sanzione che più gli sembrasse opportuna: il diritto potrebbe dire essere le parti obbligate ad attendere in ogni evento la ratifica del *dominus*. Si introdurrebbe così un nuovo principio giuridico, il quale servirebbe di base ad un vero e proprio *diritto* di *ratifica*. Ma se invece il diritto tace, allora la protezione accordata al negozio giuridico non può essere maggiore di quelli che dipende dai principi giuridici generali già riconosciuti. In tal caso le parti, cioè gestore e terzo contraente possono assumere quale proprio interesse, l'interesse che l'ordine sociale ha all'attuazione della rappresentanza in base alla ratifica; ed appunto perchè per legge è ammessa la rappresentanza per mezzo di ratifica, contraendo a nome del *dominus* essi obbligano reciprocamente ad attendere la ratifica, e così soltanto si obbligano. Dal che consegue che il negozio giuridico conchiuso dal gestore col terzo prima della ratifica, esiste ed ha una figura giuridica tutta sua propria: che da esso non può il terzo nè il gestore recedere, ma soltanto l'uno e l'altro di comune accordo, a

negare loro tale diritto non potendo trovarsi nel sistema, quale è ora, alcun fondamento giuridico.[40]

§ 3. — *Efficacia del negozio giuridico prima della ratifica*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate e CURTIUS *Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträge* (Archiv. für die civ. Praxis vol. 58 p. 70-87). — BÄHR Iahrb. für die Dogmatik VI. — SEUFFERT *Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte* Würzburg 1868. — BERTOLINI op. cit. I.

395. — I risultati ottenuti nel paragrafo precedente devono essere ora provati sulle fonti studiando le decisioni contenute in esse in rapporto al diritto di recedere del terzo, del gestore e del *dominus,* nonchè in rapporto agli effetti da esse attribuiti alla morte e alla perdita di capacità, avvenuta nella persona del gestore rappresentante o del rappresentato prima della ratifica. Anche qui dobbiamo procedere dal noto all'ignoto, da ciò che risulta evidente a ciò che può essere discutibile ed è in realtà discusso. Che nei negozi bilaterali il terzo non possa recedere di suo arbitrio dal negozio prima che sia seguita la ratifica può desumersi dalla

L. 23 (24) Dig. III, 5.

Paulus libro vicensimo quarto ad Edictum.

Si ego hac mente pecuniam procuratori dem ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non

[40] Gli scrittori che negano potere il gestore, sia pur di comune accordo col terzo, recedere dal negozio conchiuso prima che sia seguita la ratifica, o si fondano sopra costruzioni giuridiche che non possono essere accolte (così e. g. lo Zimmermann) o invocano a loro difesa le necessità del commercio (così e. g. il REGELSBERGER Rec. cit. p. 271). Ma è facile il persuadersi che ogni costruzione giuridica deve essere fondata su principi del diritto positivo a che sia possibile da essa dedurre obbligazioni, d'altra parte anche le necessità del commercio possono produrre delle obbligazioni solo in quanto esse sieno state legislativamente riconosciute.

adquiritur, potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: et ideo creditoris[41] *ratihabitione liberor.*

Da questo testo risulta che quando il gestore si offre alla ratifica costringe anche il terzo a subirne le conseguenze: il che in altri termini significa che il terzo non ha facoltà di recedere per sua sola volontà dal negozio compiuto col gestore *nomine domini.* Hellmann[42] si sforza, è vero, di torre ogni efficacia a questo testo sostenendo che in esso è solo enunciato il principio che si può acquistare possesso e proprietà *corpore alieno,* mentre nulla è detto da cui possa argomentarsi un diritto di ratificare nel *dominus.* Ma le ingegnose deduzioni di questo scrittore se provano, come a noi sembra, che dal testo in esame nulla può trarsi in favore di quelli che lo citano per dimostrare non potere gestore e terzo di comune accordo recedere dal negozio conchiuso a nome del *dominus,*[43] e se provano anche non potersi dal testo arguire un *diritto di ratificare* da parte del *dominus,* non riescono però a dimostrare comunquesia che il terzo possa di *sua esclusiva volontà* recedere dal negozio, nè scemano l'efficacia in senso contrario della espressione del testo: *posse tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere* le quali naturalmente interpretate *questo e questo soltanto* dicono: che il terzo non può di suo capriccio recedere dal negozio conchiuso col gestore. La L. 24 cit. osta dunque apertamente alla teoria del Ruhstrat, Hellmann ed Ogonowski esposta nel § precedente e nulla prova in favore della teoria Zimmermann pure ivi esaminata.

[41] VANGEROW *Lehrb.* III, p. 295. — WINDSCHEID *Lehrb.* § 74 nota 4.

[42] Op. cit. p. 112.

[43] ZIMMERMANN op. cit. p. 234. — REGELSBERGER *Krit Vierteljahre schrift.* XI, p. 368. Anche meno in questo senso prova la L. 65 § 8 Dig. XVII, 2. Vedi HELLMANN op. cit. p. 116.

396. — Sarebbe ora assai interessante trovare qualche legge romana riferentesi al diritto del terzo di prosciogliersi di proprio arbitrio dal negozio *nomine domini* col gestore conchiuso: poichè tale diritto discende per logica conseguenza dalla teoria Ruhstrat, Hellmann, Ogonowski. Ma disgraziatamente le fonti a noi giunte tacciono in questo proposito. Tutto si riduce quindi all'interpretazione di questo silenzio. Quelli che sostengono avere il terzo contraente diritto di recedere dal negozio, devono per logica conseguenza sostenere aver tal diritto anche il gestore, ma se l' interpretazione della L. 24 cit., da noi proposta nel numero precedente, è sufficiente a dimostrar erronea quella premessa, essa riesce anche a distruggere questa conseguenza. Dato poi il contenuto della L. 24, quale la nostra esegesi lo ha rilevato, diventa invece necessario il concludere analogicamente da esso, che il gestore non può di suo arbitrio liberare il terzo contraente. Questa conclusione è perfettamente consentanea al concetto che noi ci siamo formati del negozio rappresentativo prima della ratifica. La sua conclusione è per le parti reciprocamente obbligatoria allo scopo di rendere possibile la rappresentanza fondata sulla ratifica. Così gestore e terzo contraente hanno dalla legge un diritto reciproco di veto, il quale riesce a far raggiungere quello scopo rappresentativo. Come il terzo non può di suo arbitrio recedere dal negozio, così neppure può da esso di suo solo arbitrio recedere il gestore.[44]

[44] A questa conseguenza pratica perviene anche il LABBÈ op. cit. p. 45 ma per ben diversa via. Egli ritiene che il gestore non possa *medio tempore* cambiare volontà, nè liberare il terzo, nè appropriarsi il negozio giuridico in quanto crede che a ciò siasi obbligato *quasi ex contractu* di fronte al

397. — Siamo così giunti al quesito fondamentale circa gli effetti del negozio rappresentativo prima della ratifica: possono gestore e terzo contraente, di comune accordo, modificare o sciogliere prima che sia seguita la ratifica il negozio giuridico conchiuso a nome del *dominus?* In riguardo a questo quesito regna la più profonda discordia fra gli scrittori, sia circa alla risoluzione che ad esso vuol darsi, sia intorno alla giustificazione della decisione medesima. Un tale stato della dottrina è dovuto in gran parte agli scarsi ed indiretti elementi testuali che offrono le fonti romane; il quesito nella forma in cui l'abbiamo posto non solo non trovasi esplicitamente trattato in alcuna legge, ma neppure di esso è cenno indiretto. Però si comprende come esso sia stato generalmente risolto in armonia alle idee accolte sull'indole del negozio rappresentativo prima della ratifica. E noi su questo terreno apriremmo tosto la discussione se non credessimo necessario a guisa di introduzione trattare prima un quesito analogo alla cui risoluzione possono conferire alcuni testi romani. È questo: può il gestore che ha compiuto a nome del *dominus* un negozio unilaterale sottrarsi alla ratifica *mutato animo?* La risoluzione di questo quesito agevola la via alla risoluzione del primo. Se infatti il gestore può *da solo* impedire la ratifica nei negozi unilaterali quali ragioni potrebbero indurci a negare tale facoltà, nei negozi bilaterali, al gestore

dominus. « Il a fait, scrive egli, un quasi contrat dont les effets decoulent d'une seule volonté se liant elle même à l'égard d'un absent. » Questo concetto è però completamente inaccettabile: il semplice fatto di contrarre nomine alieno non dà luogo all'*actio neg. gest. (directa)*; occorre a ciò l'esistenza di un *negotium* obbiettivamente *alienum*. Se il gestore non può di suo arbitrio recedere dal negozio giuridico non è perchè egli si sia obbligato come gestore, ma perchè ha assunto volontariamente la qualità di rappresentante. Significativa in favore di quanto ho sostenuto nel testo è la L. 58 § 2 Dig. XLVI, 3 che trovasi più specialmente esaminato al § 4 di questo capitolo.

e terzo contraente *di comune accordo?* Nel primo caso depositario dell'interesse del *dominus* è il solo gestore, nel secondo due sono i depositari, gestore e terzo: Poichè l'accordare o l'impedire il recesso altro non significa se non tutelare o no, perchè tutelabile o meno, l'interesse del *dominus*, gli è chiaro che la decisione data all'un caso, dovrà logicamente applicarsi anche all'altro. Ed infatti noi vediamo che gli scrittori che sostengono non potere il terzo d'accordo col gestore revocare il negozio bilaterale conchiuso a nome del *dominus*, conseguentemente sostengono anche non potere il gestore di suo arbitrio alterare un rapporto posto in essere per il *dominus* mediante un negozio giuridico unilaterale.

398. — Le fonti citate a sostegno di questa tesi sono: —

L. 24 § 1 Dig. XLVI, 8.

Africanus libro quinto quaestionum.

An autem et si mortuus fuisset qui petisset vel furere coeperit, ratum haberi possit, videamus: nam si in universum perinde haberi debet, ac si tunc, cum ratum habeat, per eum bonorum possessionem petat, frustra his casibus ratum habetur. sed illud consequens futurum etiam si paeniteat illum petisse, ratum haberi non posse, quod utique sit absurdum. rectius itaque dicitur neutram eorum causam impedire ratihabitionem.[45]

L. 58 pr. Dig. XLVI, 3.

Ulpianus libro octagensimo ad Edictum.

Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit, quando liberetur? et ait Julianus, cum dominus ratum habuerit, tunc liberari. idem ait, antequam dominus haberet ratum, an condici ex ea causa possit? et ait interesse, qua mente solutio

[45] Aarons *Beiträge* p. 126.

facta esset, utrum ut statim debitor liberetur an vero cum dominus ratum habuisset: priore casu confestim posse condici procuratori et tunc demum extingui condictionem, cum dominus ratum habuisset, posteriore tunc demum nasci condictionem, cum dominus ratum non habuisset, posteriore tunc demum nasci condictionem, cum dominus ratum non habuisset.[46]

Nella L. 24 § 1 cit. Africano dopo aver trattato di un *adgnitio bonorum possessionis* per parte di un gestore si domanda se la sopravvenuta incapacità del gestore impedisca la ratifica da parte del *dominus* e risponde negativamente. Non è necessario, egli dice, che il gestore abbia la capacità al momento della ratifica, basta l'abbia avuta al momento in cui compì l'*adgnitio nomine alieno* che se si dovesse venire in opposta sentenza, soggiunge tosto, dovrebbe dirsi che il *dominus* non potrebbe ratificare neppure nel caso in cui il gestore essendo capace al momento della ratifica, pur fosse pentito del suo originario atto. Anche in questo caso infatti la volontà del gestore di rappresentare il *dominus* mancherebbe al momento della ratifica, come nel caso in cui il gestore fosse impazzito, ma pur senza effetto per il *dominus* il quale fonda la sua ratifica sulla volontà che il gestore ha avuto al momento della *adgnitio*. La conclusione che si può trarre da questo frammento è dunque questa soltanto: che il venir meno per qualsiasi causa della volontà di rappresentare il *dominus*, non impedisce la ratifica in quanto quella volontà abbia esistito al momento in cui il negozio fu compiuto e non sia stata posteriormente mercè una nuova ed efficace volontà distrutta. Questa la giusta interpretazione del testo a nostro avviso. Gli scrittori che negano potere il gestore che ha compiuto un atto unilaterale per il *dominus*,

[46] HELLMANN op. cit. p. 123.

cambiare posteriormente volontà, impedendo la ratifica, intendono invece il *poeniteat* del testo come un pentimento non solo interno, ma esternamente manifestato con un atto di volontà contrario al primo. Ora che tale significato abbia l'espressione *poeniteat* nel testo mi sembra innammissibile per queste ragioni: 1°) perchè il pentirsi dà solo il lato negativo della volontà: colui che si pente per il semplice fatto di pentirsi non altera la volontà già manifestata nè a quella ne sostituisce una nuova;[47] 2°) perchè il pentimento viene qui equiparato alla pazzia o alla morte a fattispecie cioè nelle quali non può dirsi che esista poi una volontà contraria alla prima. Nè mi sembra possa obbiettarsi col Bertolini[48] che anzi pazzia, morte, e contraria volontà sono fatti eguali in rapporto alla nostra questione: infatti è vero che tutti e tre questi avvenimenti possono avere una esterna concretazione, ma è altretanto vero che non può dirsi che il pazzo o il morto *non voglia più volere*, così anche il pentito può essere tale senza pur volere o sapere meglio cambiare la sua volontà. Il testo dunque nulla prova in favore della tesi avversaria.[49] Resterebbe la L. 58 pr. Dig. XLVI, 3; ma questa legge tratta del possibile diritto del terzo contraente col gestore di recedere dal negozio conchiuso a nome del *dominus* e nega *soltanto* che il terzo possa da solo recedere da tale negozio prima che sia seguita o mancata la ratifica. Questo testo dunque nulla prova in riguardo alla nostra attuale ricerca.

[47] Così giustamente il MONROY (op. cit. p. 45 nota 9) cita le L. 3 Cod. I, 7 e L. 22 Dig. XXXII a dimostrare che il pentirsi nel linguaggio dei giuristi è cosa ben distinta dal dire diversamente.

[48] Op. cit. I, 118-119.

[49] In questo senso anche Mitteis op. cit. p. 219. — Il CURTIUS invece citato dal Bertolini I, p. 118 cerca di spiegare il testo col *favor bonorum possessionis*.

399. — Dimostrando che nei negozi giuridici unilaterali il gestore può recedere, prima che sia seguita la ratifica, abbiamo ottenuta una prova, o almeno un efficace principio di prova in favore della opinione che crediamo vera circa al recesso di comune accordo del gestore col terzo contraente: gestore e terzo contraente possono di comune accordo recedere dal negozio bilaterale conchiuso *nomine domini.* [50] Ma perchè questo principio di prova si converta in prova piena ed efficace è necessario prendere in esame tutti gli argomenti razionali addotti dai sostenitori della tesi contraria. Dopo la confutazione data nel § precedente alla ricostruzione dello Zimmermann sul negozio rappresentativo prima della ratifica, non insisteremo certo sull'argomento che da essa lo Z. stesso cerca trarre. Certamente se prima della ratifica fosse già perfetto il negozio giuridico che si è voluto compiere per il *dominus,* non si potrebbe affermare che gestore e terzo contraente possano recedere da esso. Ma gli è appunto quella perfezione che non può ammettersi, e però da questo punto di vista la opinione dello Zimmermann che nega il recesso di comune accordo fra gestore e terzo perde ogni serio substrato. [51] Lo Zimmermann però adduce un secondo argomento razionale in favore della sua tesi, il quale viene pienamente accolto anche dal Mitteis. [52] Questo argomento è assunto dallo Z. come motto della sua opera: *naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse* (L. 38 Dig. III, 5). Da questa generica espressione di Gaio si vuol dedurre l'impossibilità da parte del gestore e del terzo di recedere dal negozio conchiuso pel *dominus* prima della ratifica. Se il diritto riconosce nel gestore la possibilità di creare per il *dominus* una situazione che produce per lui degli effetti giuridici pendenti, e se si ammette, come Gaio dice, che il gestore non possa poi privare il *dominus* dei vantaggi che da quella situazione discendono, *(deteriorem non posse)* bisogna concludere, si dice, che il gestore non può neppure d'accordo col terzo recedere dal negozio già conchiuso per il *dominus.* Questo argomento che vuol trarsi dalla L. 38 Dig. III, 5 si risolve per chi attentamente lo consideri in una petizione di principio. Infatti per dire che il gestore recedendo d'accordo col terzo da negozio conchiuso per il *dominus,* ne rende peggiore la situazione bisogna ammettere che il *dominus* abbia già acquistato un diritto irrevocabile di ratificare, bisogna cioè porre come certo che già il *dominus,* per la semplice conclusione di quel negozio, ha realizzato un proprio negozio, significa in altre parole porre per dimostrato ciò che vuolsi e devesi appunto dimostrare. Nulla dunque prova in favore della tesi avversaria il principio da Gaio esposto nella L. 38 Dig. III, 5. Nè certo potrà dirsi che accordando al gestore ed al terzo, prima che sia seguita la ratifica, il diritto di recedere dal negozio conchiuso col *dominus* si tolga *ogni* efficacia alla facoltà accordata al gestore di rappresentare il *dominus:* questa facoltà ha già una considerevole efficacia per ciò che terzo e gestore non possano singolarmente recedere dal negozio. Infine Zimmermann e Mitteis citano a proprio sostegno la L. 62 Dig. II, 14. Questa legge fa la seguente fattispecie. Tizio debitore ha concluso col suo creditore un *pactum de non petendo;* questo patto ha giovato anche al suo fidejussore.

[50] A questa risoluzione pervengono per diversa via Wächter II, 682. — Ruhstrat X, p. 211 e p. 245. — Bähr Iahrb. für die Dogm. VI, p. 288. — Vangerow III, p. 295. — Monroy op. cit. p. 45.

[51] Una critica profonda del concetto dello Z. pel quale il negozio pel *dominus* conchiuso dal gestore sarebbe già perfetto prima della ratifica trovasi anche nel Mitteis op. cit. p. 206 e segg.

[52] Op. cit. p. 220.

Posteriormente egli conchiude un nuovo patto *ut a se peti liceat:* il giurista risponde che il fidejussore malgrado questo secondo patto conserva l'*exceptio pacti* per lui sorta mercè il primo patto. Da questa legge vorrebbe desumersi il principio generale che non si può più togliere ad una persona il vantaggio che a lei, pur insciente, si è arrecato. Ma non giustamente così si argomenta. Qui infatti il primo patto aveva vera e propria efficacia liberatoria per il fidejussore per la connessione della sua obbligazione alla obbligazione principale, aveva poi efficacia definitiva sebbene la liberazione fosse accordata *per exceptionem.* Se il giurista avesse ammesso potere il fidejussore restar riobbligato, mercè il secondo patto, non avrebbe già posto il principio *che si possa togliere ad uno un beneficio arrecatogli,* ma avrebbe piuttosto ammesso questo: *che si può obbligare uno insciente indipendentemente dall' aver gerito per lui utiliter.* A torto dunque Zimmermann e Mitteis invocano a proprio sostegno la L. 62 Dig. II, 14. Finchè non si sia indipendentemente dimostrato aver il *dominus* acquistato il diritto di ratificare, non può dirsi che gestore e terzo recedendo dal negozio conchiuso a suo nome ne rendano deteriore la situazione. Certo il negozio potrebbe, se non revocato, produrre un effetto vantaggioso al *dominus* qualora questi lo ratificasse, ma nulla in se di assurdo vi ha nell' ammettere che tale vantaggio il gestore col terzo possano impedire revocando il negozio dal quale potrebbe discendere. Questa possibilità di impedire, cambiando volere, il vantaggio di un terzo è riconosciuta dal diritto in molti casi. Così ad esempio nelle disposizioni di ultima volontà *(voluntas est ambulatoria),* così nel mandato, nella *praepositio institoris.* Assurdo sarebbe ammettere, giustamente scrive Hellmann, che si potesse disfare il già fatto: così ad esempio sarebbe assurdo l' ammettere che un terzo non potesse occupare una cosa

derelitta, per essersi il derelinquente pentito della derelizione, o che l'*interdictum quod vi aut clam* cessasse per il pentimento di colui che avesse commesso l' atto *vi aut clam,* non certo assurdo si è l' ammettere la revocazione del mandato o nel caso nostro la revocazione del negozio conchiuso per il *dominus.* [53]

400. — Ed ora dobbiamo giustificare la nostra opinione e mostrare quanto essa si allontani nel suo fondamento giuridico da quella, praticamente, in riguardo a questi nostri quesiti, eguale, del Wächter, Buchka, Ruhstrat, Bähr, Monroy, Vangerow. In questo raffronto troverà una dimostrazione complementare la teoria da noi sostenuta sull' indole del negozio rappresentativo prima della ratifica. Mentre alcuno (come il Buchka) afferma il diritto del gestore e del terzo contraente di revocare il negozio pel *dominus* conchiuso, senza credere necessario di giustificarlo specialmente, altri (come il Ruhstrat) considerano invece questo diritto quale naturale e necessaria conseguenza del loro modo di considerare il negozio giuridico prima della ratifica. Senonchè dimostrato erroneo questo loro modo di considerare quel negozio, la loro opinione sul diritto di revoca rimane privo di ogni fondamento giuridico. Certi altri come Vangerow Bähr considerano invece il diritto di revoca, che accordano al gestore e al terzo di comune accordo, come conseguenza di questo fatto: di essere cioè il gestore prima della ratifica il vero contraente. Ma anche tale giustificazione non è soddisfacente, poichè pur essendo prima della ratifica contraente il gestore, egli potrebbe tuttavia essere tenuto a non rivocare il negozio da se *ma per altri conchiuso.* Il Monroy infine fonda la sua opinione su questo concetto, che

[53] HELLMANN op. cit. p. 122 e segg.

il gestore può conchiudere il negozio in diversi atti *zeitlich getrennte,* e che il *dominus* non può che o ratificare tutto, o nulla. Pertanto dal diritto che il Monroy attribuisce al gestore di modificare d'accordo col terzo il negozio prima della ratifica, egli deduce il diritto di revoca, giustificandolo col dire che *il diritto deve affidare al gestore la valutazione dell' interesse del dominus sia per ciò che riguardi la conclusione dei negozi giuridici sia per ciò che riguarda la loro dissoluzione.*[54] Ma anche questa giustificazione è del tutto apparente poichè noi potremmo di rimando chiedere: e quale è la ragione giuridica del potere il gestore col terzo modificare il negozio conchiuso, e perchè al gestore viene attribuito il diritto di valutare di suo arbitrio l' interesse del *dominus?* Nessuno degli scrittori che pur convengono nella nostra tesi ha dunque dato di essa una soddisfacente giustificazione. Questa invece discende naturale dal modo nel quale noi abbiamo concepito il negozio giuridico prima della ratifica. Gestore e terzo possono revocare il negozio giuridico conchiuso pel *dominus* per questa sola e convincente ragione, che nessun principio giuridico vieta loro di farlo. La ragione è negativa: prima della ratifica si ha un negozio *pel dominus* ma non un negozio *del dominus:* ora nel sistema giuridico, quale è ora, può concepirsi un obbligo reciproco fra le parti ad attendere la ratifica, in quanto per essa può attuarsi la rappresentanza: in questa possibilità vi è un *interesse* che costituisce base sufficiente alla loro obbligazione, ma di fronte al *dominus* non esiste ancora rapporto giuridico alcuno, bensì la possibilità di tale rapporto. Il diritto potrebbe con esplicita disposizione tutelare giuridicamente l' interesse del *dominus* alla possibilità di questo rapporto, ma in mancanza di tale esplicita tutela deve dirsi e soltanto può

[54] Vedi contro questa giustificazione MITTEIS op. cit. p. 224 nota 282.

dirsi *che gestore e terzo possono revocare il negozio perchè non sono obbligati a rispettarlo.*

401. — Ci resta infine da trattare un ultima questione circa al diritto di revoca. Non tutti gli scrittori che ammettono questo diritto sono concordi nel determinarne gli effetti. Il Monroy[55] ed il Mitteis[56] che pur ammettono potere gestore e terzo sciogliere il negozio prima della ratifica, arrecano però a questo principio una grave limitazione. Essi ritengono cioè che il gestore abbia tale facoltà, di fronte ai terzi contraenti soltanto: non anche di fronte al *dominus.* Tale opinione viene sostenuta con questi argomenti. Negando assolutamente al gestore la facoltà di recedere d' accordo col terzo dal negozio conchiuso col *dominus,* si viene ad inceppare l' opera del gestore, costringendolo a non modificare dei negozii che potrebbero essersi dimostrati non utili pel *dominus.* Così dunque, scrive il Mitteis (op. cit. p. 223), per il timore che il gestore revocando possa pregiudicare l' interesse del *dominus,* si viene ad impedirgli di favorirlo! D' altra parte soggiunge tosto attribuendo al gestore, sia di fronte al terzo che di fronte al *dominus,* il diritto di revocare il negozio conchiuso prima che sia seguita o mancata la ratifica si potrebbe pervenire a violare per opposta via l'interesse del *dominus:* poichè il gestore potrebbe revocare negozi conchiusi utilmente per il *dominus!* Per evitare queste due difficoltà il Mitteis è pertanto indotto a sostenere potere il gestore revocare di fronte al terzo non anche di fronte al *dominus:* verso al quale in caso di revoca di un atto utile ammette che possa essere tenuto *actione neg. gest. (directa).* Questa teoria è completamente inaccettabile. Anzitutto non è vero che anche obbligando il gestore ed il terzo a stare al negozio

[55] Op. cit. pp. 47-48.
[56] Op. cit. pp. 221-226.

s' inceppa l' azione del gestore; questi pur lasciando in vita il negozio già conchiuso finchè segua o manchi la ratifica può conchiuderne di nuovi; al *dominus* spetterà il sciegliere ratificando quelli che a lui sembreranno utili: gli altri andranno a vuoto per la mancata ratifica. Nessun impedimento dunque all' opera del gestore, negando il diritto di revoca. Ma neppure può dirsi che si arrechi un illecito pregiudizio al *dominus* accordando invece alle parti il diritto di revoca prima che sia seguita la ratifica; infatti o il negozio conchiuso dalle parti era *utiliter coeptum* ed allora non è a parlarsi di revoca perchè appunto l' *utiliter coeptum* rende superflua la ratifica e ne produce *ab initio* gli effetti: o il negozio non era *utiliter coeptum* ed allora il *dominus* non ha ancora ad esso un *interesse giuridico* e quindi tutelabile, e però non può parlarsi di responsabilità del gestore per questo titolo di fronte al *dominus.* [57] Con ciò non è escluso che il gestore recedendo da un negozio possa rendersi responsabile di fronte al *dominus:* ma conviene tener presente che ove ciò avvenga non si rende tale come rappresentante, per aver revocato il negozio rappresentativo, ma come vero e proprio gestore in quanto abbia omesso di compiere certi atti che nella connessione degli affari da lui trattati, non doveva da buon padre di famiglia omettere. Egli può in altre parole rendersi responsabile per omissione, ma questa sua responsabilità non si collega menomamente ad un obbligo che egli abbia di non recedere dai negozi a nome del *dominus* conchiusi con terzi, ma si collega invece all' obbligo che ha di usare la diligenza del buon padre di famiglia nell' amministrazione degli affari altrui.

[57] Regelsberger Rec. cit. p. 368.

§ 4. — *Effetti che la morte del gestore o del terzo o del dominus può produrre prima che sia seguita la ratifica.*

BIBLIOGRAFIA — Opere citate nei §§ precedenti.

402. — Che la morte del gestore non pregiudichi menomamente la facoltà di ratificare che ha il *dominus* è detto espressamente nella

L. 24 § 1 Dig. XLVI, 8.

Africanus libro quinto quaestionum.

An autem et si mortuus fuisset qui petisset uel furere coeperit, ratum haberi possit, videamus: nam si in universum perinde haberi debet, ac si tunc, cum ratum habeat, per eum bonorum possessionem petat, frustra his casibus ratum habetur, sed illud consequens futurum etiam si paeniteat illum petisse, ratum haberi non posse, quod utique sit absurdum, rectius itaque dicitur neutram eorum causam impedire ratihabitionem. [58]

Come debba intendersi il parallelo nel testo di Africano istituito fra la morte o la pazzia del gestore ed il suo pentimento abbiamo visto sopra (n. 398 e segg.); qui basta il rilevare come la decisione di Africano è in perfetta armonia colla ricostruzione da noi data del negozio rappresentativo prima della ratifica. Questo negozio ha già per se stesso una esistenza ed obbligatorietà fra le parti (gestore e terzo) prima della ratifica: un' esistenza propria diversa da quella che acquisterà poi seguendo la ratifica, esistenza determinata appunto dal bisogno di rendere possibile quella ulteriore. Così essendo il negozio, non può ammettersi che la morte del gestore ne impedisca il naturale svolgimento. Analo-

[58] Buchka op. cit. pp. 211-212 e nota 20. — Mitteis op. cit. p. 227.

gicamente argomentando dal testo di Africano, deve pertanto giungersi alla medesima conclusione in riguardo alla morte del terzo contraente: anche la morte del terzo contraente non pregiudica menomamente la possibilità di ratifica da parte del *dominus*. Su questo punto la dottrina può dirsi pressochè concorde, sebbene mossa da concetti e ricostruzioni diverse;[59] solo quelli scrittori che negano l'esistenza del negozio rappresentativo e considerano il terzo contraente come *offerente* al *dominus* per mezzo del gestore, devono per logica conseguenza dissentire. Così Hellmann[60] deve far dipendere la risoluzione del quesito circa agli effetti da attribuirsi alla morte del terzo contraente da questo ulteriore quesito: se cioè l'offerta obblighi gli eredi dell'offerente o meno.[61]

403. — Quella concordia che regna nella dottrina circa agli effetti da attribuirsi alla morte del gestore o del terzo contraente, vien meno quando si tratta di determinare gli effetti da attribuirsi alla morte del *dominus* prima della ratifica. Qui gli scrittori si dividono in due schiere: una delle quali sostiene passare la facoltà, o come molti dicono il *diritto*, di ratificare negli eredi del *dominus*,[62] l'altra invece nega.[63] Prima di esporre gli argomenti razionali addotti in favore dell'una o dell'altra opinione è necessario esaminare attentamente le fonti.

α) L. 18 Dig. 46, 8.

Pomponius libro vicensimo sexto ad Sabinum.

[59] Vedi MITTEIS op. cit. p. 227. — ZIMMERMANN op. cit. p. 233.

[60] Op. cit. p. 128.

[61] Vedi in questo proposito WINDSCHEID *Lehrb.* § 307 nota 9. Una critica della teoria del Hellmann anche in queste sue conseguenze vedi in MITTEIS op. cit. p. 232-33 nota 293.

[62] ZIMMERMANN op. cit. p. 303. — SEUFFERT op. cit. p. 26. — KÖPPEN Iahrb. fur die Dogmatik vol. XI, p. 233. — REGELSBERGER rec. cit. p. 371.

[63] BUCHKA op. cit. p. 211. — VANGEROW III, p. 295. — KURTIUS op. cit. p. 107.

Si procurator ratam rem dominum heredemve eius habiturum caverit, et unus ex heredibus domini ratum habeat, alter non habeat, sine dubbio commitetur stipulatio pro ea parte, pro qua ratum non habebitur, quia in id committitur, quod stipulatoris intersit.[64]

β) L. 4 § 1 Dig. XLV, 1.[65]

γ) L. 7 Dig. XLVI, 8.

Paulus libro tertio sententiarum.

Si is, cui ignoranti petita est bonorum possessio, decesserit, heres eius intra tempora petitionis ratam eam habere non potest.[66]

δ) L. 86 Dig. XXIX, 2.

Papinianus libro sexto responsorum.

..... *quia bonorum possessionem quam procurator eius petierat heredes Aviti ratum habere non potuerant.....*[67]

ε) L. 22 § 6 Dig. XLVI, 8.

Iulianus libro quinquagensimo sexto digestorum.

Si procuratori eius, qui mortuus erat, sine judice soluta fuerint legata, stipulatio committetur, nisi heres ratum habuerit, utique si debita fuerint: tunc enim non dubie interest stipulatoris ratam stipulationem ab herede haberi ne bis eadem praestet.[68]

ζ) L. 58 § 1 Dig. XLVI, 3.

Ulpianus libro octagensimo ad edictum.

Si creditor cuius ignorantis procuratori solutum est adro-

[64] Vedi SEUFFERT op. cit. p. 26. — ZIMMERMANN op. cit. p. 235-36. — REGELSBERGER rec. cit. p. 367. — HELLMANN op. cit. p. 129-31.

[65] Vedi ZIMMERMANN op. cit. p. 169 e segg.

[66] Vedi ZIMMERMANN op. cit. p. 237. — HELLMANN op. cit. p. 133. — MITTEIS op. cit. p. 232 nota 292.

[67] SEUFFERT op. cit. p. 26-27. — ZIMMERMANN op. cit. p. 237.

[68] ZIMMERMANN op. cit. p. 238.

gandum se dederit, sive ratum habuit pater, rata solutio est, sive non habuit repetere debitor potest. [69]

404. — Una esegesi spassionata di queste leggi ci conduce a questo risultato che i giuristi romani ammettevano in alcuni casi potere gli eredi del *dominus* ratificare, in altri negavano: quale fosse il criterio che li dirigeva in tale distinzione vedremo fra poco argomentando dalle fonti insieme e dalla ricostruzione da noi data del negozio rappresentativo poi ma della ratifica. Qui è intanto necessario il rilevare come non possa conciliarsi naturalmente colle fonti l' opinione di coloro che sostengono potere ratificare gli eredi in quanto un *diritto di ratificare* già acquisito al *dominus* si trasmetta loro nella successione. Se infatti nella fattispecie della legge α) l' erede può ratificare gli è perchè l' atto da ratificarsi venne appunto conchiuso o pel *dominus* o per l' erede suo: qui non può parlarsi di diritto di ratificare del *dominus* passato al momento della sua morte nell' erede, ma se di diritto di ratificare potesse parlarsi, dovrebbe dirsi aver l' erede esercitato nel ratificare un diritto suo proprio e non un diritto a lui passato coll' eredità. Nella legge ε) poi l' atto da ratificarsi venne concluso dal *procurator* essendo già morto il mandante: qui peraltro secondo la più naturale interpretazione deve dirsi che l' atto fu conchiuso per l' erede il quale ratificando non avrebbe in ogni evenienza esercitato che un *diritto* proprio. Infine la legge ζ), quando anche voglia essere eguagliata pel suo contenuto alle precedenti, in riguardo alla nostra attuale ricerca, non proverebbe certamente che l' erede del *dominus* avesse diritto di ratificare i negozi per lui da terzi compiuti, ma solo che egli potrebbe in talun caso esercitare la facoltà di

[69] ZIMMERMANN op. cit. p. 239. — HELLMANN op. cit. 132.

ratificare. Le leggi γ δ) poi sarebbero pienamente incompatibili con questa opinione: se infatti l' erede del *dominus* potesse ratificare in quanto colla conclusione del negozio giuridico da parte del gestore si fosse acquisito un vero *diritto di ratifica* nel patrimonio del *dominus* tale diritto dovrebbe *sempre* e *necessariamente* passare agli eredi del *dominus* per quanto personale fosse stata la ragione che decise il gestore a contrarre. Non può dunque dirsi che il *dominus* morendo trasmetta ai suoi eredi un *diritto di ratificare.* [70]

405. — Prescindendo per un momento dalle fonti esaminiamo ora gli argomenti razionali addotti a sostegno delle due opinioni esposte. Già confutato è il fondamento teorico della opinione dello Zimmermann (nn. 393 e segg.). Il Seuffert che perviene alle medesime conclusioni diversamente così argomenta p. 26: « il diritto di ratificare si collega al rapporto della *negotiorum gestio* o ad una *neg. gestio* finta dal diritto. Il rapporto della *neg. gestio* si trasmette ereditariamente, conseguentemente anche il diritto di ratificare si trasmette ereditariamente. » Ma tale ragionamento è viziato nella sua premessa. Come abbiamo accennato, (e come risulterà meglio fra poco, dove tratteremo delle persone che possono ratificare), il rapporto rappresentativo sorgente dalla

[70] Lo Zimmermann op. cit. p. 234 nota 315 a sostegno della sua opinione per la quale gli eredi troverebbero il diritto di ratificare nella successione cita la L. 23 (24) Dig. III, 5: *potest tamen creditor etiam ratum habendo pecuniam suam facere quia procurator in accipiendo* CREDITORIS DUMTAXAT *negotium gessit* e la L. 65 § 8 Dig. XVII, 2, ... ESSE IN POTESTATE DOMINI, *cum procuratori eius renuntiatum est an velit ratam habere renuntiationem.* Queste leggi però sono perfettamente conciliabili anche colla opinione che nega il *diritto di ratifica* del *dominus* poichè non determinano menomamente la *potestas domini.* Le espressioni sottolineate rilevano piuttosto il lato negativo della facoltà che ha il *dominus* di ratificare: rilevano cioè che egli può non voler ratificare.

gestione va considerato distintamente dai rapporti che dalla gestione medesima possono sorgere fra gestore e *dominus*. Il rapporto interno che sorge dalla gestione non esercita alcuna influenza sul rapporto esterno fra terzo contraente e *dominus*.[71] Data questa distinzione di rapporto ognun comprende che la ereditariabilità del rapporto gestorio (fra le parti) nulla implica in riguardo al trapasso negli eredi delle facoltà di ratificare. Neppure il Seuffert riesce dunque a giustificare il trapasso agli eredi del *dominus* del diritto o della facoltà di ratificare. Gli scrittori che sostengono invece non potere mai gli eredi ratificare il negozio dal gestore conchiuso per il *dominus*, così argomentano: il diritto di ratificare, come in genere, ogni diritto di scielta è un diritto strettamente personale, e perciò non passa agli eredi: gli eredi nel *dominus* quindi non possono ratificare. Chi consideri però gli scopi pei quali il diritto tiene in vita il negozio rappresentativo prima della ratifica non potrà a meno di trovare arbitraria questa affermata e stretta *personalità* della facoltà di ratificare. Non è infatti l'interesse personale del *dominus* che giustifica la facoltà che gli si accorda di ratificare un negozio per lui conchiuso, ma l'interesse più generale di dar luogo al sorgere di un rapporto rappresentativo. E quando poi per sostenere la personalità della facoltà di ratificare si afferma che ogni *diritto di scielta* è personale, a parte la considerazione che tale analogia potrebbe al caso non adattarsi, si afferma cosa non vera: basti l'accennare collo Zimmermann[72] al diritto di scielta del legatario che muore *post diem cedentem*, diritto che passa ai suoi eredi. La pretesa personalità del diritto di ratificare non giustifica dunque il negare

[71] Buchka p. 211 nota 27. — Regelsberger p. 367 rec. cit.
[72] Op. cit. p. 325 nota 316.

agli eredi del *dominus* la possibilità di ratificare. Altri,[73] che in questa sentenza convengono, cercano una diversa giustificazione: dicono che l'erede non può ratificare poichè il diritto del *dominus* prima della ratifica non è ancora perfetto; a questi può rispondersi che pur convenendo nella loro affermazione pur ammettendo cioè che il *dominus* non ha un vero diritto di ratificare, non è però necessario concludere, che esso non possa trasmettere ai suoi eredi quella qualsiasi facoltà che egli pur ha di ratificare,[74] mentre non è certo escluso che gli eredi possano al pari del *dominus* ratificare indipendentemente da un diritto che ad essi direttamente provenga dal negozio giuridico conchiuso dal gestore.

406. — La critica svolta nei numeri precedenti ci sarà ora utile guida nell'esporre e giustificare quella che ci sembra vera opinione in riguardo alla ratifica degli eredi del *dominus*. Come principio crediamo debba dirsi che gli eredi del *dominus* possono ratificare come poteva egli stesso; non che a ciò essi abbiano un diritto proprio o derivato dal *dominus*, non perchè a ciò dire ci giustifichino i rapporti gestorii che possono essere trapassati a loro nel patrimonio ereditario, ma perchè, ed in quanto, il rapporto giuridico posto in essere dal gestore insieme col terzo per il *dominus* può ritenersi voluto normalmente così per lui come pei suoi eredi. Il negozio giuridico ha normalmente una ragion d'essere oggettiva, esso è stato concluso per il *dominus* in quanto il *dominus* poteva aver ad esso interesse. Il diritto che tiene in vita questo negozio e che permette al *dominus* di farlo suo definitivamente colla ratifica, non vuole ciò per il *dominus*, personalmente con-

[73] Vangerow III, 295. — Curtius op. cit. p. 107.
[74] Mitteis op. cit. p. 228.

siderato, ma per lui come rappresentante di una sfera di interessi patrimoniali. Ciò che interessa per il diritto si è che l'attività gestoria possa anche assumere la funzione rappresentativa; però se gli eredi possono conseguentemente ratificare invece del *dominus* premorto, ciò può giustificarsi solo negativamente; gli è che normalmente nulla osta a tale ratifica. Ho detto normalmente poichè può anche essere che in taluni casi l'erede non possa ratificare. Ciò ammettono tutti gli scrittori [75] che pur parlano di un *diritto di ratificare* del *dominus* e dei suoi eredi. Senonchè tale eccezione è incompatibile col fondamento giuridico da essi dato alla regola (vedi sopra n. 404 in fine) mentre invece essa è perfettamente giustificabile ed in armonia col fondamento giuridico da noi attribuito alla regola medesima. Se un negozio giuridico concluso da un gestore con un terzo qualsiasi, per Tizio *dominus,* esiste anche per Tizio e può da lui essere ratificato, ciò è dovuto all'avere riconosciuto il diritto essere l'interesse della rappresentanza sufficiente substrato ad una obbligazione reciproca fra terzo contraente e gestore. La base giuridica della gestione rappresentativa è dunque riposta in questo rapporto che sorge fra gestore e terzo. Ma questo rapporto è appunto dovuto alla volontà di queste due persone: perciò esse possono di comune accordo distruggerlo (vedi sopra nn. 395 e segg.); perciò anche esse possono determinarne a loro talento il contenuto. Una necessaria conseguenza di questo stato di cose si è quindi che le parti possano anche conchiudere un negozio giuridico per il *dominus* personalmente. In questo caso gli eredi di lui non potrebbero più ratificare: terzo contraente e gestore avendo singolarmente veste giuridica ad impedirlo. Determinare

[75] Vedi e. g. ZIMMERMANN op. cit. p. 238 e 240.

quando le parti abbiano voluto contrarne per il *dominus* personalmente dipende dall'interpretazione della loro volontà. [76]

407. — Quanto nei numeri precedenti si è detto in riguardo alla morte, del terzo contraente, del gestore o del *dominus* vale anche in riguardo alla sopraggiunta incapacità di queste persone. Come la morte così neppure la sopraggiunta incapacità del terzo impedisce la possibile ratifica del *dominus,* così neppure la sopraggiunta incapacità del gestore. Quanto poi alla sopraggiuta incapacità del *dominus* essa non modifica per se, *ipso jure,* la sua situazione di fronte al negozio rappresentativo; solo egli non potrà più personalmente ratificare ma per lui potrà ratificare il suo curatore. Giustamente scrive in questo proposito il Mitteis, [77] che una modificazione, nella situazione del *dominus,* dovuta alla sopraggiunta sua incapacità, può in tanto avvenire, in quanto il curatore può non essere ritenuto legittimato alla conclusione di certi negozi; negozi che il *dominus* avrebbe potuto compiere solo personalmente. Ciò avviene ad esempio, (almeno nell'opinione di alcuni scrittori) per l'adizione di eredità. [78] Per tali negozi il curatore non può prestare una valida ratifica. [79]

---

[76] Nei negozi giuridici unilaterali questa volontà potrà generalmente dedursi dall'oggetto del negozio medesimo.

[77] Op. cit. p. 233.

[78] ARNDTS *Pandette* § 538.

[79] Veggasi su questo argomento e su quello analogo del concorso ZIMMERMANN op. cit. p. 241 e segg. — HELLMANN op. cit. p. 128 e segg. — MITTTEIS. op. cit. p. 233 e segg.

CAPITOLO II

Della ratifica

§ 1. — *Indole giuridica della ratifica: di fronte a quali persone debba avvenire ed entro qual tempo*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate nei §§ precedenti e Girtanner *De ratihabitione negotiorum gestorum* Ienae 1848 — Agricola *De Ratihabitione* Gothae 1848 — Beckhaus *Ueber die Ratihabition* Bonn 1859 — Griesinger *Zur Lehre der Ratihabition der Rechtsgeschäfte* Tübingen 1862 — Gregory *Specimen juris civilis de ratihabitione* Hagae Comitis 1864 — Seuffert *Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschefte* Würburg 1868 — Bertolini *La Ratifica degli atti giuridici* I, Roma 1889.

408. — Chiamasi ratifica quell' atto mediante il quale una persona riconosce validamente per se compiuto un negozio a suo nome conchiuso da un gestore. La ratifica non può essere considerata parte essenziale del negozio cui per così dire s' innesta; essa è un atto che gli permette di esplicarsi completamente e di raggiungere una finalità cui validamente tendeva. Il negozio ratificabile esiste anche prima della ratifica e produce certi effetti fra le parti che l' ànno conchiuso; esiste *in potenza* anche per il ratificante sebbene non possa ancora dirsi che sia un suo negozio. Io esprimerei questa speciale condizione del negozio rappresentativo prima della ratifica dicendo che esso è prima della ratifica un negozio *per* il *dominus,* e che dopo la ratifica è un negozio *del dominus.* La ratifica è quella prestazione di consenso per la quale viene tradotta in atto la potenzialità del negozio rappresentativo. La ratifica è quindi un' atto essenzialmente unilaterale: essa non richiede accettazione di sorta,

e tanto meno può esser considerata come una accettazione.[80] Queste caratteristiche differenziano fondamentalmente la ratifica da altre giuridiche costruzioni che presentano con essa delle analogie esteriori. Un caso tipico di pseudo-ratifica si ha quando il gestore dispone di fronte a terzi, e a nome proprio, di cose ad altri spettanti. In tale evenienza le fonti romane[81] e la pratica, ammettono che il proprietario della cosa possa acconsentire all' atto compiuto dal gestore, e questo suo consenso viene indicato colla parola ratifica. Ma se la identità di una voce non deve farci confondere fra loro le cose diverse che essa esprime, noi dobbiamo negare che nel caso in esame si tratti di vera ratifica. Acconsentendo e. g. alla vendita di una cosa mia eseguita arbitrariamente da un gestore, a nome proprio, io non ratifico un atto del quale può certamente dirsi che conteneva una violazione del mio diritto, ma al contrario lo impugno e lo annullo, o se meglio voglia dirsi ne rilevo la nullità proponendo al terzo di conchiudere validamente con me una compera che non era stata così conchiusa col gestore, o tutto al più, accetto una offerta del compratore e compio con lui *ex novo* il negozio giuridico. Che se questo nuovo negozio avrà l' identico contenuto del primo, anche nelle relazioni temporali, ciò sarà dovuto alla

---

[80] Vedi Agricola op. cit pp. 13-20. — Labbè op. cit. p. 46. — Zimmermann op. cit. p. 156-157. — Bertolini op. cit. p. 89 e segg.

[81] Appunto di consenso parlano le fonti: e. g. *donanti consentire:* L. 2 Cod. II, 20. — *consentire libertati:* L. 2 Dig. XL, 2. — *alienationi consentire:* L. 165 Dig. L, 17. Che se nella L. 160 Dig. L, 17, è detto che *aliud est vendere aliud vendenti consentire,* ben giustamente ha dimostrato l' Ihering la inesattezza di tale frase, rilevando i casi nei quali il *vendenti consentire* equivale perfettamente al *vendere.* Vedi L. 20 Dig. XIII, 7; L. 16 § 1 Dig. XX, 1; L. 4 Cod. VII, 26; L. 14 § 4 Dig. XLIV, 3; L. 19 Cod. II, 19; L. 2, 4, 5 Cod. IV, 51; L. 44 § 1 Dig. XLI, 3.

mia volontà incrociatasi con quella del terzo, non al negozio che il terzo aveva inutilmente, di fronte a me, compiuto col gestore.[82]

409. — Se il negozio giuridico ratificato esisteva già ed era valido prima della ratifica la quale nulla aggiunse al suo organismo, ma solo riescì a svolgerne la potenzialità, bisogna convenire, per logica necessità, che per ciò che si attiene alla *forma* sua devesi avere esclusivo riguardo al momento in cui venne dal gestore conchiuso col terzo. Ciò è del resto consentaneo alla funzione rappresentativa assunta dal gestore; se si considerasse la ratifica come causa unica e primordiale della modificazione di rapporti giuridici prodotti dal negozio conchiuso dal gestore, si verrebbe a negare essere stato il *dominus* ratificante rappresentato dal gestore. Pertanto da ciò consegue che la ratifica non deve seguire nella forma prescritta per la validità del negozio da ratificarsi ma può liberamente seguire in qualsiasi forma. La dottrina antica poneva un diverso principio: *eaedem solemnitates quae requiruntur in confectione actus debent in eiusdem ratificatione intervenire,* principio giustameute ora respinto per ciò che si attiene alla vera e propria ratifica.[83] Conviene però non dimenticare che esso è dovuto alla confusione che si faceva per il passato fra la ratifica vera e propria e quella posteriore conclusione di contratto cui abbiamo poco sopra accennato, che trovasi talvolta indicata col nome di ratifica. Per questo ultimo caso, impropriamente chiamato di ratifica, il principio della dottrina antica resta naturalmente vero anche oggi.

410. — La ratifica può seguire in qualsiasi forma; solo

[82] Labbè op. cit. pp. 11-12 e sopra § 6 del cap. III.

[83] Gregory op. cit. p. 61. — Seuffert op. cit. p. 29. — Bertolini op. cit. p. 91.

essendo un atto della volontà che importa degli effetti giuridici, deve rivestire i requisiti proprii a tali atti in genere: capacità d'agire, determinazione di volontà, e manifestazione di volontà.[84] Di tali requisiti non è d'uopo trattare specialmente, basta un riferimento ai trattati generali. Come conseguenza dell'essere la ratifica regolata dai principi generali sugli atti della volontà discende anche che essa non deve necessariamente essere prestata in forma espressa, ma può anche seguire tacitamente per atti concludenti: *non tantum verbis ratum haberi potest sed etiam actu* (Scevola): L. 5, Dig. 46, 8. Un esempio in proposito ci è offerto dalla L. 9 § 1 Cod. 4, 5: un mandatario ha venduto una cosa a nome del suo mandante, ma *citra mandatum:* il mandante evitta al compratore la cosa o essendosi in essa palesato un vizio precedente ha prestato garanzia: per questo fatto, dice il testo, egli ha implicitamente ratificata la vendita a suo nome conchiusa *citra mandatum.* Un altro esempio è offerto dalla L. 5 § 2 Dig. XX, 2 nella quale si suppone che un Tizio abbia dato in pegno al suo creditore delle cose spettanti a Sempronio. Se Sempronio si porta fidejussore di Tizio pel debito a garanzia del quale fu costituito il pegno sulla cosa di Sempronio *bellissime intelligitur,* dice il giurista, *hoc ipso quod fidejubeat quodammodo mandare res suas esse obligatas.* E gli esempi si potrebbero moltiplicare. La ratifica può anche essere implicita nell'esercizio di un'azione. Se ad esempio il *dominus rei* si fa a pretendere coll'*actio neg. gest. (directa)* il prezzo che il gestore ha ottenuto vendendo la cosa *a nome suo (i. e. del dominus),* può ben dirsi che con tale

[84] Su questo punto tutti gli scrittori sono concordi. Vedi e. g. Griesinger op. cit. p. 32-34. — Zimmermann op. cit. p. 158. — Monroy op. cit. p. 78. — Bertolini op. cit. p. 89 e segg.

atto egli ha implicitamente ratificata la vendita. Come potrebbe infatti concepirsi, in questa ipotesi, la pretesa del *dominus* di avere il prezzo ottenuto colla vendita eseguita a suo nome, senza ratificare la vendita medesima? Qui la situazione è ben diversa da quella che si presenta quando la vendita fu eseguita dal gestore a *nome proprio:* in questa ipotesi, come abbiamo visto, l'esercizio dell'*actio neg. gest. (directa)* non implica la ratifica poichè non è incompatibile coll'esercizio della *rei vindicatio.*[85] Un caso di ratifica implicita per diritto moderno si ha quando il committente si fa a pretendere da una casa assicuratrice il premio assicurato a suo nome dal commissionario in qualità di gestor d'affari.[86]

411. — Di fronte a chi può validamente venir prestata la ratifica? Lo stato attuale della dottrina in riguardo a questo quesito è il seguente. La maggior parte degli scrittori non si pronunciano in proposito, o si contentano di dire in termini generici che la ratifica può venir prestata in qualsiasi modo.[87] Quelli che specialmente se ne sono occupati sono venuti in opinioni disparate. Alcuni come il Koelner[88] e il Kurtius[89] sostengono che la ratifica deve essere prestata di fronte al gestore, altri come lo

[85] Vedi sopra nn. 160 e segg.

[86] Diversa dalla ratifica tacita è la ratifica che può desumersi dal silenzio del *dominus;* a questa ipotesi deve applicarsi la teoria del silenzio nei negozi giuridici, teoria ancora controversa ed oscillante nella dottrina romanistica e civilista. Si consulti l'interessante studio del RANELLETTI *Il silenzio nei negozi giuridici* (Rivista Italiana per le scienze giuridiche vol. XIII, fasc. I). Fra i monografisti sulla ratifica vedi SEUFFERT op. cit. p. 28-29.

[87] BECKHAUS op. cit. § 2. — AGRICOLA op. cit. pp. 37-39. — GRIESINGER op. cit. pp. 50-51 ecc.

[88] Op. cit. p. 117-118.

[89] Op. cit. p. 107.

Zimmermann[90] ed il Seuffert[91] sostengono che essa può validamente esser prestata di fronte a qualsiasi persona; altri infine come il Regelsberger[92] sostengono che essa non può validamente avvenire se non di fronte al gestore od al terzo contraente. Fra queste diverse opinioni non sarà difficile a noi il sciegliere. La costruzione tentata del negozio rappresentativo prima della ratifica ci conduce necessariamente e per logica conseguenza ad accogliere in questo punto l'opinione del Regelsberger. Se il negozio rappresentativo è, anche prima che sia seguita la ratifica, valido fra le parti contraenti (gestore e terzo) ed ha l'efficacia di obbligarle reciprocamente ad attendere la ratifica, si comprende facilmente come tale ratifica possa e debba avvenire di fronte a l'una o all'altra di esse. Se infatti la ratifica venisse prestata di fronte ad un terzo qualsiasi, le parti non potrebbero per ciò solo perdere la facoltà, che pur hanno, di recedere di comune accordo; così prestata quindi la ratifica non raggiungerebbe lo scopo cui tende di rendere cioè irrevocabilmente del *dominus ratificante* un negozio *per lui* conchiuso dal gestore. Senonchè si potrebbe a questo nostro ragionamento opporre che esso contiene una petizione di principio in quanto per esso si nega, in base alla teoria da noi sostenuta sul negozio rappresentativo prima della ratifica, un principio riguardante la ratifica, il quale, qualora fosse vero, manderebbe a vuoto quella nostra teoria. Si potrebbe in altre parole richiedere della nostra affermazione che la ratifica non può seguire di fronte a qualsiasi terzo, una prova indipendente dalla nostra teoria sul negozio rappresentativo prima della ratifica. A tale obbiezione, qualora venisse mossa,

[90] Op. cit. pp. 159 e segg.

[91] Op. cit. *passim.*

[92] Rec. cit. p. 375.

potremmo tuttavia rispondere validamente. La dottrina della ratifica deve essere subordinata a quella del negozio rappresentativo poichè essa è, in certo modo, un suo accessorio e però in mancanza di argomenti testuali che le dessero un proprio fondamento noi saremmo autorizzati a dedurre quella da questa. Senonchè tale non è il caso nostro: le fonti danno fondamento alla teoria da noi sostenuta sulla ratifica, ed indirettamente danno quindi anche un notevole sussidio alla nostra dottrina sul negozio rappresentativo che con questa teoria sulla ratifica così perfettamente armonizza. Vediamo dunque le fonti.

412. — Che la ratifica possa venir validamente prestata al gestore è cosa troppo naturale, nè vale su di essa insistere. Che essa possa venire validamente prestata anche al terzo contraente col gestore risulta dalle seguenti leggi: —

L. 9 § 1 Cod. IV, 5.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC. Gratianae.

Citra mandatum autem ab alio re distracta dominus evicta re vel ob praecedens vitium satis emptori faciens, non indebitum praetendere, sed per huiusmodi factum ratum contractum habuisse probans a se debitum ostendit solutum.

L. 5 Dig. XLVI, 8.

Scevola libro quinto responsorum.

Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu: denique si eam litem, quam procurator incohasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem.

E d'altra parte come lo stesso Zimmermann rileva[93] che la ratifica possa avvenire anche di fronte al terzo contraente

[93] Op. cit. p. 161 e testi ivi citati.

risulta anche da questa considerazione che la qualità di rappresentante può essere conferita sia al rappresentante medesimo sia ai terzi che con lui dovranno contrarre. Ora se questo principio vale per il mandato o titolo di rappresentanza *(Vollmacht)* che precede la rappresentanza medesima, deve naturalmente valere per la ratifica che la sussegue: *rati enim habitio mandato comparatur.*

413. — Il passo ulteriore al quale si dovrebbe procedere secondo il Seuffert e lo Zimmermann sarebbe di ammettere la validità di una ratifica avvenuta di fronte ad un terzo qualsiasi. Vediamo se, e quale sussidio, tale opinione possa trovare nelle fonti. Il Seuffert non ne tratta specialmente a proposito del modo nel quale la gestione rappresentativa può venir ratificata; lo Zimmermann invece si fonda sulle seguenti leggi: L. 17, 18, 25 § 1 Dig. XLVI, 8; L. 5 §§ 11 e 12 Dig. III, 5; L. 12 § 1 Dig. XLVI, 8; L. 8 (9) Dig. III, 5 e principalmente sulla L. 66 Dig. XLVI, 1. Le prime di queste leggi dovrebbero dare un primo fondamento alla opinione dello Zimmermann in quanto esse definiscono la ratifica come un puro e semplice atto di volontà, senza indicare menomamente che esso debba essere prestato di fronte al gestore e al terzo contraente soltanto. La legge 66 cit. poi dovrebbe esser ritenuta decisiva a dimostrare che la ratifica può essere prestata anche di fronte a qualsiasi terzo. Bisogna esaminare particolarmente questa legge: —

L. 66 Dig. XLVI, 1.

Paulus libro primo ad neratium.

Si servus alienus pro Titio fidejussit et solvit, liberatur Titius, si dominus mandati agere instituit: nam qui mandati agit, ratum habere solutionem videtur.

La fattispecie in essa trattata è la seguente: lo schiavo di

SEMINÁRNÍ KNIHOVNA Hist.-práv. oddělení PRÁVNICKÁ FAKULTA MASARYKOVY UNIVERZITY

Sempronio ha prestato fidejussione per Tizio verso Caio, al quale ha poi pagato il debito di Tizio con denaro del *dominus*. Risolve il giurista che Tizio sarà liberato di fronte a Caio se Sempronio eserciterà contro di lui l'*actio mandati*. Quì la ratifica non è avvenuta nè di fronte allo schiavo gestore, nè di fronte al terzo contraente Caio, ma di fronte a Tizio che può essere considerato terzo: tuttavia è dichiarata efficace: dunque argomenta lo Zimmermann la ratifica può avvenire anche di fronte ai terzi. Il Monroy pur ammettendo che qui vi è valida ratifica di fronte a un terzo, non crede possa argomentarsi da questo testo che sia valida *in generale* la ratifica prestata ai terzi in genere, ma solo quando eseguita di fronte a quei terzi che *per essa vengano ad acquistare dei diritti.* [94] Questa interpretazione del testo sarebbe perfettamente conciliabile colla nostra opinione, ma non è però necessaria poichè a ben vedere il testo in esame non tratta già di un negozio compiuto dal figlio in qualità di rappresentante cioè a nome del padre, ma di un negozio compiuto di suo arbitrio ed a suo proprio nome. In tal caso la liberazione di Tizio non dipende già dall'essere stata ratificata la fidejussione fatta dal servo per Tizio: questa fidejussione non poteva essere ratificata dal padre poichè non era stata compiuta *a suo nome*. La liberazione di Tizio dipende da ciò che col fatto di muovere l'*actio mandati* contro Tizio, Sempronio rinuncia al diritto di ripetere il pagamento da Caio; è come una specie di *prepositio ex post facto* per la quale avviene che il pagamento fatto dallo schiavo diventa liberatorio, come sarebbe divenuto qualora, essendo stato *ab initio* compiuto *nomine domini*, fosse poi stato da questi ratificato.

[94] Monroy op. cit. pp. 79-80.

414. — Tolta ogni efficacia alla L. 66 cit. invocata a proprio favore dallo Zimmermann non resterebbero che le altre leggi sopra citate, dalle quali si è già visto come egli vorrebbe argomentare. Ma anche il sussidio offerto da quelle leggi ne sembra affatto insignificante. Che esse infatti qualifichino la ratifica come un atto delle volontà in generale, non può in alcun modo implicare che tale atto di volontà possa efficacemente seguire di fronte a qualsiasi terzo. Restano invece contro lo Zimmermann due obbiezioni, la importanza delle quali, non può essere neppure da lui medesimo disconosciuta. Queste possono venir così formulate: 1°) come può ammettersi che da una dichiarazione di volontà, fatta ad un terzo qualsiasi, possano sorgere diritti ed obblighi per altre persone? 2°) come può ammettersi che la ratifica possa essere dato di fronte a qualsiasi terzo, mentre il mandato, al quale essa viene continuamente equiparata, deve essere conferito al mandatario soltanto? La nessuna consistenza della risposta che a queste due domande tenta dare il Zimmermann [95] contiene una efficace riprova della confutazione che abbiamo cercato dare alla sua teoria, e della giustezza di quella da noi accolta.

415. — Ci resta a dire brevemente del tempo nel quale la ratifica può avvenire. Questa ricerca ha due lati: bisogna distinguere i casi nei quali la ratifica non può seguire per ragioni inerenti al negozio ratificabile, da quelli in cui essa non può seguire per ragioni inerenti alla persona del ratificante, in quanto cioè egli abbia omesso di prestarla nel tempo debito. Due esempi tipici che riguardano il primo lato della nostra ricerca ci sono offerti dalle L. 24 Dig. XLVI, 8 e L. 25 § 1 Dig. eod. Trattasi in

[95] Op. cit. p. 165.

esse della ratifica di un'*adgnitio* della *bonorum possessio* eseguita a nome altrui da un gestore, e della ratifica del pagamento di un debito, limitato a certo tempo, pure eseguito ad un gestore. Il giurista Africano decide, nell' uno e nell' altro di questi due casi, che la ratifica non può validamente seguire che entro i cento giorni utili, per ciò che si attiene all' *adgnitio,* ed entro il tempo nel quale il debito esisteva, per ciò che si attiene al pagamento.[96] E la sua decisione è veramente inappuntabile; poichè trascorso quel termine il negozio non può più essere conchiuso dal *dominus,* non esiste più per lui. Però sarebbe, a mio avviso, erroneo il volere generalizzare quella decisione a tutti i casi analoghi. Bisogna ritener per fermo che nelle due decisioni di Africano è fatta ragione ad una specialità dei casi da esse risolti. Nel caso della *adgnitio bonorum possessionis* il termine di cento giorni è voluto dal pretore allo scopo di non prolungare indefinitamente uno stato di incertezza sull' accettazione del successibile: « *ne actiones creditorum differrentur sed haberent quos convenirent* »;[97] nel caso di un debito, del quale si era convenuto che trascorso un certo tempo senza che il creditore l' accampasse avesse ad essere considerato estinto, la ratifica non può seguire passato quel tempo perchè sarebbe in aperta e palese contradizione col contenuto medesimo del negozio originario, cui vorrebbe per tal guisa risolvere. Ma che dovrà dirsi invece nel caso di prescrizione? Tizio esige a nome mio un credito prescrivibile e. g. in cinque anni, ed io ratifico quando questo

[96] Questi due casi vengono generalmente trattati a proposito della retroattività della ratifica della quale vengono considerati eccezioni; (così Labbè op cit. p. 24. — Bertolini op. cit. I, p. 72 e segg. ecc. ecc.) ma in realtà a torto, poichè qui non è già la forza retroattiva che manca ma la ratifica medesima.

[97] Inst. III, 9 § 8.

termine è già trascorso; è valida la mia ratifica? Due sono gli elementi che possono servire alla risoluzione di questo quesito: il concetto della gestione rappresentativa, lo scopo e la funzione della prescrizione. Ora mentre il concetto della gestione rappresentativa ci porta a dire che il pagamento esiste ed è valido *per il dominus,* il quale può quindi considerarsi come rappresentato dal suo gestore *ab initio,* lo scopo e la funzione della prescrizione non ostano all' ammettere che la ratifica possa avvenire oltre a quel termine, se si possa dimostrare che il gestore l' ha col suo atto interrotta. Ma dalla L. 24 § 2 Dig. XX, 2 può appunto dedursi che tale facoltà di interrompere la prescrizione compete anche al gestore, quindi è anche ammissibile che il *dominus* possa ratificare il pagamento fatto, anche trascorso il termine entro il quale il debito pagato al gestore si sarebbe prescritto. Diciamo oltre al termine, ma non oltre indeterminatamente: siccome non può parlarsi di un *diritto di ratifica* così neppure può pensarsi che questo diritto possa continuare nel *dominus* il tempo ordinario nel quale si prescrivono i diritti in genere: d' altra parte quando anche si potesse ammettere un tal diritto sarebbe in conflitto con quello preesistente del debitore. Il *dominus* potrà quindi ratificare il pagamento fatto al gestore dal giorno in cui fu eseguito al giorno cui si giunse rinnovando da quello il termine della prescrizione. A tali conclusioni si perviene per diritto civile italiano anche negando che il gestore possa interrompere la prescrizione, in base cioè all' art. 2129 cod. civ. il debitore che paga infatti riconosce il suo debito e questo riconoscimento vale per se medesimo ad interrompere la prescrizione.[98]

[98] In apparente contradizione colle L. 24 Dig. XLVI, 8 e L. 25 § 1 Dig. eod. citate nel testo, sta la L. 71 § 2 Dig. XLVI, 3 la quale decide che

416. — Quanto al tempo entro il quale il *dominus* venuto a conoscenza della gestione può decidere se voglia o meno ratificare il negozio per lui conchiuso dal gestore, le fonti decidono che bisogna determinarlo, secondo le circostanze, mercè criteri equitativi: *spatium quoddam temporis adsumitur nec minimum nec maximum et quod magis intellectu percipi quam ex locutione exprimi potest.* Così si esprime Giuliano nella L 13 Dig. XLVI, 3, con parole ripetute poi da Ulpiano nella L. 12 § 2 Dig. XLVI, 8.[99] Trascorso questo tempo gestore e terzo contraente non sono più tenute al negozio conchiuso e possono singolarmente recederne. Molto in questa materia è naturalmente rilasciato al prudente arbitrio del giudice il quale dovrà caso per caso equamente misurare lo spazio di tempo così genericamente indicato da giuristi romani. Così non può decidersi in via assoluta se il silenzio di fronte ad una interpellazione in proposito da parte del gestore e del terzo debba essere interpretato come ratifica, o disapprovazione: ciò dipendendo naturalmente dal complesso delle circostanze nelle quali interpellazione e la mancata risposta si verificarono.[100]

---

il debitore può ratificare il pagamento fatto dal suo fidejussore anche quando sia trascorso il termine entro il quale il fidejussore medesimo era obbligato. Una minuta analisi delle varie opinioni su questa apparente antinomia trovasi nel BERTOLINI I, pp. 74-83.

[99] Sulla seconda parte di questa legge veggasi il BERTOLINI op. cit. I, p. 105 e segg.

[100] LABBÈ op. cit. p. 27 e 59. — MURGEAUD-LARION op. cit. p. 213 e segg.

§ 2. — *Quali persone possano ratificare*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate nel § precedente e più specialmente SEUFFERT op. cit. — CHAMBON op. cit. — COGLIOLO op. cit.

417. — Dopo aver determinato l'indole giuridica, la forma, e il tempo nel quale la ratifica può avvenire, e di fronte a quali persone, dobbiamo ora ricercare *da chi* essa possa venir prestata: a chi spetti, in altri termini, la *facoltà* di ratificare. Questo quesito non presenta alcuna difficoltà quando il negozio conchiuso dal gestore, a nome di un Tizio, spettava oggettivamente a questo Tizio: quando come la dottrina si esprime il momento obbiettivo della gestione combacia col momento subbiettivo. Se il gestore Tizio, vende a nome di Caio, una cosa di Caio, nessun dubbio che a Caio e a Caio soltanto spetti la facoltà di ratificare. Ma che dovrà dirsi invece se il gestore Tizio ha venduto e. g., a nome di Caio, una cosa di Sempronio? A chi spetterà in questa ipotesi la facoltà di ratificare a Caio a Sempronio o ad ambedue? Ecco il problema che ci proponiamo studiare e risolvere in questo paragrafo. Problema poco studiato anche dai più minuti scrittori sulla *negotiorum gestio,* cosicchè può ben dirsi che la concordia regna fra di essi. Vi è una teoria tradizionale la quale è generalmente accolta senza discussione: essa è stata svolta ampiamente dal Seuffert e alla pari di altre opinioni di questo scrittore ha avuto la fortuna di venir accettata anche dai più recenti monografisti sulla gestione: citerò fra gli italiani il Bertolini. Or questa teoria mi sembra fondamentalmente errata, e poichè è questa materia di somma importanza pratica non mi sembra inopportuno soffermarmi specialmente su di essa per darne, o meglio tentarne, una radicale confutazione. Seguirò a

questo scopo la trattazione del Seuffert, ed, attraverso ad un esame critico degli argomenti da lui addotti e delle fonti romane, cercherò di giungere ad una teoria tutta diversa. Mentre il Seuffert afferma che la facoltà di ratificare spetta per regola al *dominus obbiettivo,* solo in via eccezionale essendo concessa al *dominus subbiettivo,* io cercherò di dimostrare che tale facoltà spetta invece *sempre ed esclusivamente* al *dominus subbiettivo* alla persona cioè *nel cui nome* il gestore ha agito.[101]

418. — Alla teorica enunciata il Seuffert giunge mediante un complesso di argomentazioni che dobbiamo minutamente esaminare. Egli comincia dall' affermare che a tenor delle fonti l' *actio neg. gest. (contraria)* compete solo contro colui che è *dominus obbiettivo:* L. 5 § 1 Dig. III, 5; L. 5 § 10 (6 § 8) eod.; L. 30 (31) § 1 Dig. eod.; L. 31 (32); L. 45 § 2 eod.; L. 14 § 1 Dig. X, 3. Collegando questa sua prima affermazione ad altro concetto da lui professato: essere cioè la gestione un unico rapporto giuridico dal quale discendono due azioni, egli deduce poi dovere anche al *dominus* competere l' *actio neg. gest. (directa)* contro il gestore, e da questa deduzione, presupponendo identità di concetto fra il competere l' *actio neg. gest. (directa)* ed il

[101] Analogamente il Chambon op. cit. pp. 44-45 il quale cita anche le leggi 9 (10) Dig. III, 5; L. 19 Cod. h. t.; L. 3 Cod. III, 32; L. 20 Cod. III, 36. Dal Seuffert il Chambon s' allontana nella formulazione poichè egli attribuisce al proprietario, al creditore ecc. il diritto di ratificare la vendita della cosa sua o l' incasso del suo credito, eseguito dal gestore, in quanto egli sostiene che chi vende la cosa altrui anche a nome di un *dominus* putativo ha implicitamente l' intenzione di venderla per il *dominus* vero; così chi incassa il debito di Tizio per Caio ha implicitamente l' intenzione di incassarlo per il creditore vero. Sarebbe in base a questa contemplazione implicita che il *dominus* vero e il creditore vero potrebbero ratificare. Vedi la critica a questa formulazione nel mio studio sul *negotium alienum* p. 57 e segg. Seguono il Seuffert anche nella formulazione: Cogliolo I, p. 32. — Bertolini op. cit. I § 17. — Koelner op. cit. § 12.

competere la ratifica, perviene infine a concludere che il *dominus* ha il diritto di ratificare. Per tanto se e. g. Tizio ha esatto a nome di Caio un credito di Sempronio solo a Sempronio, dice il Seuffert,[102] spetta il diritto di ratificare. A me sembra che per tal modo mediante l' illogico collegamento di diverse errate proposizioni si pervenga, come è naturale ad una errata conclusione. Comincio dal rilevare una improprietà di linguaggio nella quale cade il Seuffert, la quale non è senza importanza nel suo ragionamento: egli chiama *dominus* obbiettivo, l' interessato, la persona cioè contro la quale può muoversi l' *actio neg. gest. (contraria).* Ora poichè nelle fonti romane non si fa linguisticamente distinzione alcuna fra *dominus* dal punto di vista dell' *actio directa* e *dominus* dal punto di vista dell' *actio contraria* (più propriamente interessato vedi sopra n. 285 e segg.), l' espressione può passare, ma gli è però necessario evitare con ogni cura che sotto una identità di espressione vadano insieme confusi concetti diversi e ben distinti. È vero che chi ha interesse alla gestione può essere convenuto dal gestore *actione neg. gest. (contraria)* ma non è altrettanto vero che egli possa convenire il gestore. Per potere convenire il gestore *actione neg. gest. (directa)* bisogna essere *dominus* in un altro senso: trovarsi cioè in un rapporto tale o direttamente o relativamente al gestore, in riguardo all' oggetto della gestione da poterne accampare tutti i risultati (vedi sopra parte II cap. III). Ora in tale posizione non ci si trova una persona per il semplice fatto di essere esposta all' azione *neg. gest. (contraria),* poichè questa azione come fu ampiamente dimostrato ha requisiti suoi propri ed indipendenti da quelli dell' azione diretta. È dunque erroneo concludere che colui che può essere convenuto coll' *actio neg.*

[102] op. cit. p. 16,

gest. (contraria) possa necessariamente alla sua volta convenire il gestore coll' *actio neg. gest. (directa).* E conseguentemente le leggi citate dal Seuffert nulla provano in riguardo all' azione del *dominus* contro il gestore; poichè se in talune di esse si accorda anche al *dominus* l'azione contro il gestore, ciò non dipende già dall' avere il gestore gerito nell' interesse del *dominus* ma dall' aver gerito nel suo interesse *penetrando nella sua sfera patrimoniale.* Quanto poi all' ulteriore deduzione del Seuffert per la quale egli afferma che chi ha l' *actio neg. gest. (directa)* contro ha *anche* il diritto di ratificare è facile rilevare quanto sia arbitraria. Non sempre, come fu più sopra (nn. 378 e segg.) rilevato, l' esercizio dell' *actio neg. gest. (directa)* e collegato alla prestazione della ratifica; si può muovere l' azione senza ratificare, il che già per se sarebbe sufficiente a dimostrare l'indipendenza di questi due mezzi: azione diretta cioè e ratifica. Il Seuffert cade ad ogni modo in una petizione di principio poichè egli pone per dimostrato ciò che sarebbe sempre, anche a prescindere dalle nostre considerazioni, a dimostrarsi.[103]

419. — Un sussidio testuale, per la sua teorica, così poco felicemente sostenuta argomentando dai principi generali sulle azioni *neg. gest.*, il Seuffert cerca, e gli sembra di trovare, nella

L. 5 § 13 (6 § 11) Dig. III, 5.

Ulpianus libro decimo ad Edictum.

Quid ergo inquid Pedius, si, quum te heredem putarem, insulam fulsero hereditariam, tuque ratum habueris, an sit mihi adversus te actio? Sed non fore ait, quum hoc facto alter sit locupletatus et alterius re ipsa gestum negotium sit,

[103] Sulla L. 30 (31) § 1 Dig. III, 5 alla quale qualcuno attribuisce molta importanza in riguardo al nostro attuale tema, vedi parte IV cap. II § 2.

nec possit, quod alii adquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.

« In questo testo, scrive Seuffert[104] è dichiarata inefficace la ratifica del *dominus subbiettivo* ». Ciò è perfettamente vero ma da ciò nessun argomento può trarsi a sostegno della opinione del Seuffert. Nel testo in esame infatti non trattasi già di ratifica di un negozio giuridico conchiuso a *nome altrui,* ma di ratifica di una gestione consistente in atti materiali compiuti sulla cosa altrui, gestione la quale non poteva essere produttiva di effetti giuridici che fra le parti. È perciò naturale che sia negato ogni effetto alla ratifica della persona nel cui nome quella gestione fu compiuta mentre non riguardava il suo interesse: ciò è in omaggio alla realtà delle cose come il testo rileva. A che l' interessato putativo potesse esser obbligato come *dominus* della gestione bisognerebbe che tale obbligazione egli per qualsiasi causa, si fosse assunta contrattualmente; in tal caso egli sarebbe ad ogni modo tenuto *come se fosse stato dominus* ma non con l' *actio neg. gest. (contraria)* bensì coll' azione del contratto mediante il quale egli avesse voluto assumere quell' obbligazione. Ma la ratifica non è un contratto, e però la ratifica non può per se produrre tali effetti: il testo non prova quindi nulla in favore del Seuffert.

420. — Contro di lui molto provano invece i due paragrafi precedenti della medesima legge 5 Dig. III, 5: —

§ 11. — *Item quaeritur apud Pedium libro septimo: Si Titium quasi debitorem tuum extra judicium admonuero et is mihi solverit, quum debitor non esset, tuque postea cognoveris et ratum habueris an negotiorum gestorum actione me*

[104] Op. cit. p. 17.

possis convenire, et, ait, dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est quum debitor tuus non fuerit. Sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium, et sicut ei a quo exactum est, adversus eum datur repetitio, qui ratum habuit, ita et ipsi debebit post ratihabitionem competere actio. Sic ratihabitio constituet tuum negotium quod ab initio tuum non erat sed tua contemplatione gestum.

§ 12. — *Idem ait, si Titii debitorem, cui te heredem putabam, cum esset Seius heres convenero similiter et exegero, mox tu ratum habueris, esse mihi adversus te, et tibi mutuam negotiorum gestorum actionem. Atqui alienum negotium gestum est, sed ratihabitio hoc conciliat: quae res efficit, ut tuum negotium gestum videatur, et a te hereditas peti possit.*

In essi infatti esplicitamente si accorda la facoltà di ratificare al *dominus putativo*. Come conciliare fra di loro queste diverse, e più specialmente come conciliare i § 11 e 12 colla teorica dal Seuffert fondata sul § 13? Per noi la difficoltà non esiste, giacchè, come abbiamo detto, il § 13 non si riferisce alla gestione rappresentativa, ma pel Seuffert al contrario esiste e gravissima in quanto egli assume appunto il § 13 a fondamento di questo punto di cui stiamo trattando della gestione rappresentativa. A lui dunque non resta a seguire che l'una di queste due vie: o affermare essere questi passi antinomici o trovare una formola che riesca per via di eccezioni a conciliarli fra di loro. A questo secondo espediente egli s' attiene essendo assolutamente inammissibile il primo. Egli distingue caso da caso. Quando la gestione produce degli effetti immediati nel patrimonio del *dominus obbiettivo* non dovrebbe pensarsi alla ratifica del *dominus subbiettivo:* quello e quello soltanto dovrebbe poter ratificare (L. 5 § 13 Dig. III, 5). Quando invece tali effetti la gestione non produce nel patrimonio del *dominus obbiettivo* allora dovrebbe poter ratificare *anche* il *dominus subbiettivo* (L. 5 § 11 e 12 Dig. eod.). Prescindiamo per un momento dalle conseguenze che fra poco esamineremo di questa distinzione, ed analizziamone il fondamento. Evidentemente il Seuffert opera qui col concetto glossiano del *negotium ipso gestu alienum:* ma è appropriato questo concetto a risolvere la controversia? Non lo credo. Esso fu infatti creato dalla glossa per spiegare quelle fonti che accordavano l'*actio neg. gest. (contraria)* indipendentemente dal requisito dell'*animus negotia aliena gerendi.* Esso fu creato a risolvere una difficoltà nascente nello studio dei rapporti interni della gestione, dei rapporti cioè fra *dominus* e gestore, e fu creato artificialmente per le necessità di armonizzare un sistema (quello del quasi contratto) ora già completamente confutato. Non è dunque stata felice ispirazione quella del Seuffert di risuscitare quel concetto per decidere una questione che riguarda unicamente i rapporti esterni della gestione, i rapporti cioè della gestione come forma di rappresentanza. Ma indipendentemente da questa considerazione l'erroneità della distinzione del Seuffert è per se evidente. Infatti per ciò che riguarda le prove testuali la L. 5 § 13 (6 § 11) Dig. h. t. non è, come già abbiamo visto, menomamente adatta a dimostrare il *diritto di ratificare* del *dominus obbiettivo;* essa prova soltanto che il gestore non può agire che contro quella persona nell'interesse della quale egli ha utilmente gerito, e può contro di essa agire *actione neg. gest. (contraria)* anche se non ne ebbe la *contemplatio* purchè tuttavia avesse l'intenzione generica di gerire per altri. Dal punto di vista teorico poi il Seuffert è esposto ad una critica decisiva. Ed è la seguente: che non può immaginarsi un caso di negozio giuridico conchiuso per un Tizio, il quale negozio direttamente *(ipso gestu)* tocchi la sfera patrimoniale di un Caio. Qui bisogna in altri termini introdurne una

sottile ma essenziale distinzione: il negozio conchiuso da un gestore *in nome altrui* non appartiene nella sua giuridica esistenza ad alcuno, prima che sia seguita la ratifica, ma esiste per la possibilità dal diritto riconosciuta, di potere divenire di qualcuno.[105] Se il negozio giuridico, *in se,* non è ancora di nessuno prima della ratifica, ciò non esclude che *il fatto* della sua conclusione possa costituire una gestione in rapporto alla persona cui spetta l'oggetto suo. Così nella vendita di cosa altrui havvi e. g. gestione di un affare del proprietario della cosa. Ma non è da questa alienità oggettiva che sorge la facoltà di ratificare: essa sorge dalla intenzione delle parti contraenti in quanto abbiano voluto contrarre a nome di un terzo, al quale esclusivamente spetta la facoltà di ratificare. Ma allora alcuno potrebbe obbiettare: ed il *dominus obbiettivo* dovrà dunque trovarsi in condizione meno favorevole del *dominus subbiettivo?* Questo timore è affatto infondato. Il paragone non è possibile poichè ciascuna di queste due persone ha le facoltà che provengono dalla loro propria e indipendente situazione. Il *dominus* subbiettivo può ratificare poichè per lui fu conchiuso, ed a suo nome, il negozio giuridico: il *dominus* obbiettivo può agire *actione neg. gest. (directa)* in quanto quel negozio giuridico che non gli appartiene subbiettivamente sia però suo obbiettivamente (vedi L. 19 Cod. II, 19; L. 20 Cod. III, 36). Così come abbiamo visto la vendita di cosa altrui costituisce un *negotium obbiettivamente alienum* indipendentemente dalla ratifica la quale può seguire solo quando quel negozio alieno obbiettivamente fu anche conchiuso a nome del *dominus* obbiettivo.

[105] Assai giustamente osserva il REGELSBERGER Rec. cit. p. 367 essere erroneo l'affermare che ogni negozio giuridico contenga un determinato rapporto oggettivo al patrimonio di una persona: un negozio può interessare una persona senza essere in alcun rapporto giuridico col suo patrimonio.

Nella conclusione di un negozio giuridico possono verificarsi le seguenti ipotesi: 1°) il negozio non appartiene ad alcuno obbiettivamente e allora la ratifica spetta al *dominus* subbiettivo; 2°) il negozio appartiene obbiettivamente ad un Tizio nel nome del quale è stato conchiuso: gli appartiene quindi anche subbiettivamente. Qui la ratifica spetta al *dominus obbiettivo in quanto però è anche dominus subbiettivo;* 3°) il negozio appartiene subbiettivamente a Tizio ed obbiettivamente a Caio: la facoltà di ratificare spetta a Tizio, e Caio potrà muovere l'*actio neg. gest. (directa)* contro il gestore o contro il ratificante (L. 5 § 12 Dig. III, 5). Ora dalla decisione di queste varie ipotesi si rileva come il vizio fondamentale della teoria del Seuffert consista nel non avere ben nettamente distinti i rapporti interni della gestione dai rapporti esterni;[106] nei rapporti interni l'alienità oggettiva basta a far sorgere l'*actio neg. gest. (directa);* nei rapporti esterni non solo *non basta* ad attribuire la facoltà di ratificare ma neppure *è necessaria.*

421. — Posti questi principi passiamo a studiare le conseguenze della teoria da noi combattuta. Queste si manifestano nella seguente ipotesi. Tizio è debitore di Caio di 100: Sempronio esige il debito di Tizio verso Caio a nome di Mevio. A chi spetta la facoltà di ratificare l'esazione del debito di Tizio? Risponde il Seuffert: *anche* a Caio,[107] poichè l'esazione del suo credito costituiva un *negotium* a lui spettante *ipso gestu.* Una risposta ben diversa discende invece dai principi da noi posti, e cioè: Mevio, e Mevio, soltanto ha la facoltà di rati-

[106] REGELSBERGER Rec. cit. pp. 265-266.

[107] Op. cit. p. 18. — KOELNER op. cit. p. 123. — Vedi BERTOLINI op. cit. I.

ficare. Ed infatti non è vero anzitutto che il pagamento del debito di Tizio verso Caio essendo stato eseguito a Sempronio per Mevio costituisca un *negotium ipso gestu* spettante a Caio. La situazione giuridica di Tizio di fronte a Caio è rimasta immutata:[108] Caio conserva la sua azione verso Tizio, Tizio ha la *condictio indebiti* verso Sempronio. Ma anche qualora potesse ammettersi che quel pagamento costituisce un *negotium* obbiettivamente spettante a Caio non per questo gli si potrebbe accordare la facoltà di ratificare, ma soltanto l'*actio neg. gest. (directa):* il che come si è visto porta a ben diverse conseguenze pratiche. A queste considerazioni deve aggiungersi che le L. 5 § 12 cit. che tratta questa fattispecie mentre accorda esplicitamente la facoltà di ratificare al *dominus subbiettivo* (Mevio) tace dell'obbiettivo: questo silenzio va interpretato come un diniego non invece, come fa il Seuffert, come un tacito rimettersi del giurista alla decisione del § susseguente nel quale si tratti una fattispecie tutta diversa (vedi sopra n. 419).

422. — Posto che Caio non possa ratificare, come mi è sembrato di aver dimostrato, si palesa completamente immaginaria la questione che il Seuffert, e quelli che lo seguono, si propongono circa al determinare se possa prima ratificare il *dominus obbiettivo* o il *dominus subbiettivo*. E così pure si addimostra errato il dire che se prima ha ratificato il *dominus* obbiettivo più non potrà ratificare il *dominus* subbiettivo.[109] Al contrario non avendo il *dominus obbiettivo* facoltà di ratificare deve ritenersi *nullius momenti* la sua ratifica e considerarsi pienamente

[108] Il pagamento fatto al gestore libera il debitore solo quando il *dominus* subbiettivo (creditore) a nome del quale il gestore riscosse, abbia ratificato: L. 23 (24) Dig. III, 5; L. 9 Cod. h. t.; L. 12 pr. e § 4 Dig. 46, 3; L. 22 § 1 Dig. 46, 8; L. 81 (80) § 5 Dig. 47, 2; L. 12 Cod. VIII, 42 (43).

[109] Così SEUFFERT p. 18.

valida quella del *dominus subbiettivo* anche se sia seguita dopo. Qui a maggior conforto della nostra opinione dobbiamo rilevare una petizione di principio nella quale cadono gli scrittori che avversiamo. Essi dicono che dopochè il *dominus obbiettivo* ha ratificato, il pagamento è definitivamente entrato nel suo patrimonio, onde sarebbe assurdo parlare ancora di una possibile ratifica del *dominus subbiettivo*. Come ognun vede essi danno così per dimostrato ciò che dovrebbero e vorrebbero dimostrare: che cioè realmente la ratifica del *dominus obbiettivo* (di Caio) può seguire e con l'effetto che ad essa vogliono attribuire!!

423. — Ma che dovrà dirsi se il *dominus subbiettivo* (Mevio) ha ratificato prima del *dominus obbiettivo* (Caio)? Il Seuffert dovrebbe logicamente sostenere che ciò nullameno intatto resta il diritto di ratificare in Caio; se infatti il fondamento giuridico di questo dritto di ratificare è riposto nella circostanza di essere egli il vero creditore della somma a Sempronio pagata per Mevio, poichè questa circostanza non vien meno per l'interposta ratifica di Mevio, così dovrebbe pur quel diritto mantenersi. Ma il Seuffert comprendendo l'assurdità di una tale conclusione la scarta contendandosi di giustificare questa deviazione dalle logiche conseguenze della sua teorica con la considerazione che si « *avrebbe altrimenti una ingiustizia contro Sempronio gestore, poichè lo si porrebbe nella iniqua e incommoda situazione di essere obbligato di fronte a due domini negotiorum!* »[110] Ora tale necessità di evitare le conseguenze di un principio posto per impedire una ingiustizia, mostra, per se stessa, la poca bontà del principio medesimo. Accettando le conclusioni del Seuffert come giuste noi pertanto rileviamo come mentre esse

[110] Op. cit. p. 19.

urtano colla sua teoria sono invece pienamente giustificate di fronte ai principi da noi sostenuti. Mevio infatti ratificando ha reso proprio un *negotium* che non lo era prima, ma che esisteva per la possibilità di divenirlo, esponendosi alla *condictio indebiti*. Caio che non poteva ratificare prima di Mevio, non può naturalmente ratificare neppure dopo di lui. La questione di chi possa *prima* ratificare non ha dunque ragione d'essere: poichè essa presuppone che ambidue possano ratificare il che non è vero. Neppure ha conseguentemente ragion d'essere la questione che il Seuffert pur solleva circa alla ipotesi in cui il *dominus obbiettivo* e il *dominus subbiettivo* abbiano contemporaneamente ratificato.[111] Anche in tale ipotesi essendo la ratifica del *dominus* obbiettivo nulla, rimane pienamente efficace quella del *dominus* subbiettivo.

424. — A questo punto è necessario, per meglio rilevare la portata della nostra opinione, svolgere bene alcune ipotesi nelle quali dovrebbe ammettersi nell'opinione contraria la facoltà di ratificare in persona al quale secondo noi minimamente spetta. Supponiamo che il gestore che contrae coi terzi anzichè errare sulla persona del *dominus* creda di essere egli stesso *dominus*. Un possessore di buona fede di un fondo appartenente ad X contrae con terzi in rapporto a questo fondo: vende e. g. degli oggetti attinenti al fondo. Potrà il vero *dominus* ratificare questi contratti? Il possessore di buona fede di una eredità paga dei legati credendosi erede. Potrà l'erede vero ratificare questi pagamenti? Suppongasi ancora: un possessore di mala fede contrae con terzi, paga come erede dei legati. Potrà il *dominus* vero ratificare questi negozi giuridici? Le fonti non

[111] Op. cit. p. 20.

offrono alcun elemento per risolvere questa controversia: conviene quindi attenersi ai principi. Ora appunto in omaggio ai principi sopra svolti, noi crediamo si debba, senza esitazione, rispondere che un tale diritto di ratifica non esiste. Lo ammette invece il Seuffert. Il suo ragionamento può in poche parole così riassumersi: tanto il possessore di buona fede, che quello di mala fede, possono essere convenuti coll'*actio neg. gest. (directa)* (L. 5 § 5 (6 § 3) Dig. h. t.; L. 48 (49) Dig. h. t.); possono cioè essere considerati gestori in riguardo agli atti compiuti sulla cosa altrui; se frattanto ciò è vero perchè non lo sarebbero anche per i contratti conchiusi coi terzi? « È dunque lecito, così decide il Seuffert, dalla concessione dell'*actio directa* argomentare alla concessione del diritto di ratificare » p. 22 e 24. A confutazione di questo ragionamento ci richiamiamo alle cose dette poco sopra (n. 418); la facoltà di ratificare è così essenzialmente diversa dal diritto di muovere l'*actio neg. gest. (directa)*, sia per l'indole sua, sia per il suo fondamento giuridico, che certamente non può dirsi che essa esiste nella persona che ha quel diritto. Vien così meno il precipuo fondamento della teoria avversata. Un altro argomento che il Seuffert adduce a proprio favore può così riassumersi: in certi casi il *dominus* obbiettivo ha grande interesse di poter ratificare: quando ad esempio il gestore abbia venduto a nome proprio e ad un prezzo elevatissimo delle cose al *dominus* spettanti. Qui certo al *dominus* sarebbe più vantaggioso il ratificare dell'agire contro il gestore coll'*actio furti* o coll'*actio doli!* Ma altrettanto certo che dall'avere egli interesse non può nulla dedursi a sostenere che abbia diritto! D'altra parte per ottenere l'intero prezzo non è necessario che il *dominus* ratifichi, basta anche che muova l'*actio neg. gest. (directa)* potendo pervenire, per tal guisa, ed indirettamente, come fu a luogo opportuno dimostrato, ai medesimi risultati.[112]

[112] Vedi retro nn. 158 e segg.

425. — Dobbiamo infine trattare di un'ultima questione, che è in istretto rapporto con quelle già svolte nei numeri precedenti. Può il *dominus* obbiettivo ratificare la ratifica del *dominus* subbiettivo e così indirettamente appropriarsi i risultati della gestione compiuta dal primo gestore?[113] Tizio è debitore di Caio; Sempronio esige da Tizio a nome di Mevio: Mevio ratifica ed ottiene così l'*actio neg. gest. (directa)* contro Sempronio: potrà Caio ratificare la ratifica di Mevio ed ottenere da lui (mediante cessione finta o reale) l'*actio neg. gest. (directa)* contro Sempronio? Per il Seuffert la risposta deve necessariamente essere affermativa: infatti se Caio, come *dominus* obbiettivo, poteva ratificare il negozio compiuto da Sempronio (esazione del suo credito), egli potrà anche ratificare la ratifica di Mevio, poichè la ratifica di un negozio obbiettivamente altrui è un negozio obbiettivamente altrui. Se questo giusto ragionamento conduce ad una errata conseguenza è perchè parte da un presupposto che, a quanto mi sembra, è non vero; che cioè l'esser domini obbiettivi dia fondamento ad un diritto di ratificare. Ma oltrechè, come abbiamo cercato di dimostrare, il dominio obbiettivo non dà per se il diritto di ratificare, nel caso in esame deve anche negarsi esservi negozio obbiettivo (vedi sopra n. 418). La teoria del Seuffert, circa questo preteso diritto del *dominus* obbiettivo di ratificare la ratifica prestata dal *dominus* subbiettivo, risulta quindi affatto infondata. E veramente come potremmo perdonare ad un giurista romano di aver permesso al *dominus* subbiettivo di ratificare, quando tutti gli effetti di tale ratifica avessero poi potuto essergli tolti dal *dominus* obbiettivo, mediante la ratifica della ratifica? Una tale costruzione, inelegantissima, non avrebbe forse potuto essere evitata negando assolutamente il diritto di ratificare al *dominus* subbiettivo? D'altra parte a quali strane ed inaccettabili conseguenze non ci condurrebbe una simile teoria? Per essa anche il pagamento fatto per errore da Tizio, debitore di Caio, a Sempronio, dovrebbe dar luogo alla ratifica di Caio! Chi vorrà introdurre tale nuovo principio nel sistema giuridico? Di più: ammesso che il creditore vero potesse ratificare la ratifica prestata dal creditore putativo coll'effetto di acquistare direttamente l'*actio neg gest. (directa)* contro il gestore che per primo ricevette il pagamento, bisognerebbe escludere dall'esercizio di quell'azione tutti gli altri creditori del primo ratificante con violazione aperta del principio che il diritto di esercitare le azioni del proprio debitore spetta egualmente a tutti i creditori![114] Concludiamo quindi respingendo, sia in tesi generale, sia in questa ultima sua applicazione, la teoria del Seuffert sul diritto di ratifica del *dominus* obbiettivo. I negozi conchiusi a nome altrui non possono essere ratificati che dalle persone, nel nome delle quali, sono stati conchiusi, ed il *dominio obbiettivo,* anche quando realmente esiste, non può avere importanza che in quanto per esso possa dimostrarsi la direzione della volontà delle parti contraenti (terzo e gestore). Così quando il negozio da esse conchiuso abbia per oggetto una cosa spettante a Tizio, e sia dubbio nel nome di quale persona il negozio medesimo sia stato conchiuso, potrà ammettersi che sia stato conchiuso per Tizio.[115] Ma anche qui la ratifica di Tizio non sarà fondata sul suo *dominio oggettivo,* ma sul suo *dominio subbiettivo* constatato attraverso quello. Lo stesso potrà dirsi di qualsiasi legittimo interesse. Quando sia dubbio a nome di chi un credito sia stato esatto, potrà ritenersi che sia stato esatto per il vero creditore ed a questo

[113] Seuffert op. cit. p. 19 e 25.

[114] Vedi Seuffert op. cit. p. 26.

[115] Seuffert op. cit. p. 15.

potrà accordarsi la facoltà di ratificare, ma anche qui, conviene rilevarlo, la sua ratifica non sarà già fondata sopra un dominio oggettivo, che non esiste, nè su di un interesse per se insufficiente, bensì sulla subbiettività del dominio consistente nell'essere stato il pagamento ricevuto a suo nome.

426. — Prima di chiudere questo paragrafo dobbiamo da ultimo determinare con precisione l'indole della *contemplatio* che il gestore deve aver avuto, contraendo col terzo, a che il *dominus* possa ratificare. A questo fine è d' uopo richiamare un concetto svolto al principio del capitolo VI parte II di questo trattato; conviene ricordare cioè come la *contemplatio domini* sia cosa completamente distinta dall' *animus negotia aliena gerendi:* come essa consista nella intenzione di volere contrarre *a nome del dominus,* mentre l' *an. neg. al. ger.* consiste nella intenzione di gerire nell' interesse del *dominus* medesimo. Ciò posto, affinchè il *dominus* possa ratificare, sarà necessario che provi che il negozio che egli vuol ratificare fu conchiuso *a suo nome,* sia che ciò sia avvenuto esplicitamente, sia che risulti dalle circostanze speciali nelle quali il negozio fu conchiuso.[116] Non insisterei su questa proposizione se essa fosse ammessa concordemente nella dottrina. Ma in realtà siamo ben lontani da ciò. Uno dei più recenti scrittori sull' argomento della *negotiorum gestio,*[117] decisamente professa un' opposta teorica. Egli sostiene che ogni qualvolta il gestore abbia contratto con dei terzi, sia pure in nome proprio, ma coll' intimo intendimento di gerire nell' interesse di un Tizio, questi ha il diritto di ratificare! Nè egli è isolato in tale indirizzo. Un ordine analogo di idee seguiva già l' Ihering nelle sue *Abhandlungen.* L'Ihering ammetteva, in quel suo lavoro, un diritto di ratifica per il creditore di una cosa, in riguardo agli atti dal debitore della cosa medesima compiuti, sia pure a nome proprio, ma coll' intenzione di gerire nell' interesse del suo creditore. Per l'Ihering, questa affermazione era una necessaria conseguenza del non ammettere egli che il creditore di una cosa sia *dominus oggettivo* di tutti gli atti che il debitore compie con essa, senza essere a ciò autorizzato dal contenuto del negozio, in base al quale egli la tiene presso di se. L' Ihering fonda, come è noto, l'alienità oggettiva dei negozi trattati da un gestore, sulla circostanza del sopportare o meno un' altra persona il pericolo della cosa sulla quale si svolge la gestione. Quando quindi il creditore di una cosa non ne sopporta il *periculum,* per giustificare il diritto che egli nullameno conserva di esigere il risultato della gestione eseguita dal debitore, l'Ihering ricorre al concetto della gestione subbiettiva, la quale sorgerebbe, in questi casi, in forza di un *animus* che può esistere, ma anche non esistere, e si completerebbe poi mediante una ratifica artificiosamente immaginata nell' atto di intentare l' *actio neg. gest. (directa).* Esponendo in un lavoro speciale le varie teoriche sul *negotium alienum,* ho cercato di confutare fondamentalmente quella dell' Ihering: nè è d' uopo insistere qui ancora su quella critica. Sarà opportuno invece rilevare come anche in quei casi dove l' Ihering ricorre alla gestione subbiettiva, vi ha invece vera *alienità oggettiva* di negozi e conseguentemente sorge azione di gestione diretta indipendentemente da qualsiasi ratifica implicita od esplicita. Per queste considerazioni rimane escluso il concetto che, per quanto vagamente, pur l'Ihering aveva insinuato sopra l'indole della *contemplatio,* che il gestore deve aver avuto nel contrarre coi terzi, a che il *dominus* possa ratificare.

[116] Per ciò che si attiene all' interpretazione delle fonti romane, dobbiamo notare, che in tutti i testi nei quali si tratta di atto di disposizione compiuto con cose altrui; e nei quali si ammette la ratifica devesi fino a prova contraria ritenere che sia in essi presupposto essere stati quegli atti compiuti a *nome altrui.* Vedi e. g. L. 16 § 1 Dig. XX, I.

[117] Cogliolo op. cit. I p. 279 e segg.

427. — È invece necessario, prendere in considerazione speciale una teorica, che indubbiamente si ricollega a quella dell' Ihering, e che è stata svolta dal Chambon nel suo libro sulla *negotiorum gestio.* Il Chambon distingue, come già abbiamo rilevato,[118] un *animus gerendi* generico, consistente nella intenzione generica del gestore di non gerire per se, da un *animus* speciale o *contemplatio,* consistente nell' intenzione di gerire per una determinata persona. Ora con quella sua distinzione egli opera anche in tema di ratifica. Dopo aver rilevato come non sorga alcuna difficoltà finchè quell' *animus* generico combacia colla *contemplatio,* (il che si verifica tutte le volte che la *contemplatio* si dirige alla persona del vero interessato) egli passa a trattare i casi più difficili che si presentano per il divergere di quei due elementi. Qui egli formula la seguente teoria: ogniqualvolta il gestore ha compiuto un negozio al quale una determinata persona ha uno speciale interesse *per una qualità da lei rivestita,* anche se la *contemplatio* del gestore si rivolse per errore ad un' altra persona non rivestita di quella qualità e di quell' interesse, nullameno quella prima potrà ratificare fondandosi sull' *animus* generico, che il gestore aveva di gerire per altri. Alcuni esempi spiegano ed illustrano la teorica del Chambon. Sempronio, in veste di gestore, si fa a riscuotere un pagamento da Tizio per, e a nome, di Caio, che egli crede il vero creditore, mentre invece tale è Mevio. Sebbene la *contemplatio* di Sempronio fosse in tale ipotesi rivolta a Caio, pure non può negarsi, così dice il Chambon, che egli avesse anche la generica intenzione di gerire per Mevio. Ora appunto in base a questa generica intenzione Mevio, vero creditore, dovrebbe poter ratificare. Ancora: Sempronio vende in qualità di gestore una

[118] Vedi retro nn. 312 e segg.

cosa che egli ritiene essere di Caio, a nome del quale la vende, mentre è di Mevio. Anche qui sebbene la *contemplatio* di Sempronio fosse rivolta a Caio, pure egli aveva anche, (così il Chambon), l' intenzione generica di gerire per Mevio, poichè egli gerendo per Caio voleva gerire per il proprietario della cosa. E appunto in base a questa generica intenzione il Chambon ammette, anche in questo caso, che Mevio possa ratificare.

428. — Questa teorica mi sembra assolutamente inaccettabile. Ed anzitutto ben giustamente contro di essa notava l' Aarons essere dannoso ed errato il scindere dialetticamente l' intenzione di conchiudere un negozio per una determinata persona, in diversi momenti (la persona come tale, la persona come proprietario, o creditore ecc.) che non esistono nella realtà della vita. Devesi inoltre notare che se l' *animus* generico di gerire per altri può e deve essere preso in considerazione per ciò che si attiene ai diritti da accordarsi al gestore contro il *dominus,* esso non può avere alcuna rilevanza giuridica in rapporto alla gestione rappresentativa. Non si può infatti concepire un negozio conchiuso *per altri in genere:* è necessario che la persona del rappresentato sia determinata. Nelle conseguenze pratiche poi, alle quali il Chambon trae la sua teoria, in parte può esser seguito, sebbene vi pervenga per via di inesattezze logiche, in parte mi sembra che no, giungendo egli per la logica conseguenza della sua teoria a conclusioni inaccettabili. Così noi possiamo convenire col Chambon dove sostiene che il proprietario di una cosa ha l' *actio neg. gest. (directa)* contro chiunque l' abbia venduta, sia a nome proprio, sia a nome di terzi; ma non possiamo certo convenire con lui dove sostiene che tale azione compete al proprietario in base all' *animus* generico che il gestore aveva di vendere per il vero

proprietario. Il proprietario ha l'*actio neg. gest. (directa)* perchè la vendita della cosa sua, a nome di chiunque sia stata compiuta, è un negozio suo *obbiettivamente!* Invece dobbiamo dissentire dal Chambon, là dove egli sostiene che il creditore vero può ratificare il pagamento, che del suo credito è stato fatto, per errore, ad un gestore che lo ricevette a nome di un terzo. In questo caso il terzo ed il terzo soltanto può ratificare il pagamento: il vero creditore conserva la sua azione contrattuale ed il debitore la *condictio indebiti.* Questa decisione cui siamo pervenuti nei numeri precedenti, attraverso le fonti, e dopo aver confutata la teoria del Seuffert, ci dà una efficace riprova della giustezza delle critiche da noi qui mosse contro il Chambon.

429. — Resta a dire qualche cosa circa l'opinione del Cogliolo che ho sopra esposta al n. 426. Questa opinione non è, così mi sembra, che un ampliamento del punto di vista testè combattuto nell'Ihering e nel Chambon. In quanto quindi le conclusioni del Cogliolo collimano con quelle di questi scrittori non posso che rimettermi a quanto ho sopra sostenuto. In quanto eccedono, in quanto cioè il Cogliolo sostiene doversi, per ciò che s'attiene alla ratifica, aver riguardo all'intima intenzione del gestore e non alla sua esterna manifestazione, mi sembra gli si possano fare due gravi obbiezioni. La prima consiste nella somma difficoltà di ricostruire e dimostrare l'intima intenzione del gestore, la seconda consiste nella violazione ingiustificata dei legittimi interessi del terzo contraente cui si perverrebbe accettando la sua teoria. Il terzo infatti può preferire di obbligare direttamente il gestore, e avere tutto l'interesse di obbligarlo invece del *dominus:* sarebbe quindi ben strano ed ingiusto che poi egli dovesse invece a sua insaputa, e contro la sua volontà, trovarsi di fronte il *dominus* pel quale il gestore aveva voluto *intimamente* gerire.

CAPITOLO III

Effetti della ratifica

---

§ 1. — *Effetti della ratifica fra gestore e dominus*

Bibliografia: — Opere citate nei §§ precedenti.

430. — Trattando dell'approvazione (cap. V, § 6 della parte II di questo trattato) rilevammo come essa debba essere tenuta ben distinta dalla ratifica dei negozi conchiusi *nomine alieno.* Per vero avviene spesso, e può anche dirsi normalmente, che la ratifica includa in se medesima l'approvazione di quanto il gestore ha compiuto, ma ciò non è affatto necessario. Può benissimo concepirsi che il *dominus subbiettivo* ratifichi il negozio compiuto a suo nome senza approvare completamente la gestione, o almeno facendo delle riserve ad una completa approvazione. Gli è questa una naturale e necessaria conseguenza della funzione della ratifica quale titolo di rappresentanza. La ratifica propriamente detta riguarda, per sua essenza, solo il rapporto rappresentativo. Quando il *dominus subbiettivo,* la persona a nome del quale un dato negozio è stato conchiuso, dice: io ratifico, dice soltanto: io riconosco validamente per me conchiuso questo negozio, non dice anche: io riconosco utilmente e diligentemente per me conchiuso questo negozio. Questa ulteriore proposizione potrà per vero assumersi come implicita alla prima, ma solo fino a prova contraria: ratificare non significa anche approvare. A questo nostro ragionamento si potrebbe obbiettare che il *dominus* subbiettivo essendo libero di ratificare o meno,

non può ammettersi che egli voglia ratificare senza volere anche contemporaneamente approvare. Si potrebbe, in altre parole, dire che quando il *dominus subbiettivo* non vuol approvare l' operato del gestore deve e può solo farlo astenendosi dal ratificare. A chi ben consideri però si fa palese che tale obbiezione non ha un solido fondamento. Nella realtà della vita si verificano quotidianamente contingenze, nelle quali la distinzione da noi posta dimostra tutta la sua pratica utilità. Suppongasi che il *dominus* non voglia sconfessare di fronte ai terzi l' operato di un amico o parente che si è fatto a gerire per lui, o che non voglia affermare, pure di fronte ai terzi, la poca convenienza di una operazione, in quanto da tale affermazione potrebbero a lui provenire per altra via dei danni: in questi casi il *dominus* ha interesse di ratificare il negozio, ma sarebbe ben ingiusto che non potesse ratificarlo se non a condizione di approvare l' operato di chi per lui lo conchiuse. Questi potrà d' accordo col terzo recedere dal negozio finchè il *dominus* non abbia ratificato: non potrà però opporsi ad una ratifica che non sia anche una approvazione: poichè la facoltà che il *dominus* ha di ratificare non dipende già dalla qualità del negozio conchiuso, dall' essere cioè questo utile o meno, ma dall'esser stato conchiuso a suo nome.

431. — Partendo da questa considerazione non deve temersi che per tale dottrina il gestore possa essere posto in una condizione ingiustamente sfavorevole, in quanto in taluna evenienza a lui potrebbe essere più vantaggioso che il *dominus* non ratificasse affatto, piuttostochè ratificasse senza approvare completamente. Infatti o il gestore si è obbligato personalmente al terzo di far seguire la ratifica, ed allora se questa non segue egli dovrà risarcirne i danni; o non si è così obbligato ed allora potrà ottenere, o lo scioglimento del negozio dal terzo contraente, o l' astensione dalla ratifica da parte del *dominus,* scegliendo di questi due mezzi il meno gravoso. La condizione nella quale noi poniamo il gestore colla nostra teoria non è dunque così cattiva come può sembrare a prima vista, e tanto meno cattiva ed ingiusta si manifesterà quando si considerino gli svantaggi che al gestore proverrebbero dalla teoria opposta. Se noi infatti ammettessimo che la ratifica contenesse sempre e necessariamente l' approvazione vedremmo il *dominus* astenersene molto più di frequente. Ora di quanto pregiudizio al gestore possa essere l' astensione del *dominus* dalla ratifica può facilmente comprendersi, quando si consideri che, nella vita pratica, i negozi conchiusi a nome altrui da un gestore sono generalmente accompagnati da una personale obbligazione del gestore di ottenere la ratifica del *dominus.* Dal punto di vista giuridico poi non sapremmo trovare una ragione qualsiasi per attribuire alla ratifica, sempre e necessariamente, il contenuto di una completa approvazione data al negozio ratificato. Si comprende per vero tale costante contenuto in rapporto agli effetti rappresentativi; poichè del negozio conchiuso a proprio nome è concettualmente impossibile dire: lo riconosco più o meno validamente conchiuso per me. Ma per ciò che si attiene ai rapporti fra dominus e gestore una tale impossibilità non esiste minimamente. Io posso dire: riconosco come conchiuso validamente per me il negozio che tu hai a *mio nome* conchiuso, ma contemporaneamente trovo che tu hai agito poco prudentemente e che avresti potuto e dovuto far meglio: nel ratificare il negozio io non intendo quindi esonerare te da qualsiasi responsabilità, ma solo da quella responsabilità che rimane esclusa dalla ratifica del negozio. Se tu hai comprato del grano *per me* ed io ho ratificato non potrò tenerti responsabile naturalmente per aver tu *comprato* mentre per avventura sarebbe stato più utile *vendere,* ma potrò egual-

mente tenerti responsabile per aver comprato del grano cattivo, ad un prezzo elevato ecc. Hai acquistato per me un cavallo ed io ho ratificato: ciò non esclude che, se poi io provi che tu avresti potuto, usando la dovuta diligenza, conoscerne i difetti, che ora si sono in lui manifestati, io possa agire contro di te per risarcimento di danni coll' *actio neg. gest. (directa).* Come il mandante non esonera il mandatario dalla responsabilità in cui può incorrere nel contrarre validamente a *suo nome,* così il ratificante. Conseguenza questa naturale della parificazione della ratifica al mandato quali titoli di rappresentanza. Così anche riesce evidente come la ratifica possa validamente avvenire di fronte al terzo contraente: appunto perchè essa riguarda solo l' attuazione del negozio rappresentativo non i rapporti personali interni, che dall' atto gestorio (consistente qui nella conclusione di un negozio giuridico) possono essere sorti fra gestore e *dominus.* Circa agli effetti della ratifica bisogna dunque distinguere i rapporti fra ratificante e terzo contraente, da quelli fra il ratificante ed il gestore. Fra i primi, (fra ratificante e terzo contraente) la ratifica produce i medesimi effetti di un mandato: li obbliga cioè direttamente, in quanto sia ammessa rappresentanza diretta, come se avessero personalmente contratto. Fra ratificante e gestore invece la ratifica non produce necessariamente gli effetti di una approvazione, ma attribuisce e al gestore e al *dominus* quei diritti e quegli obblighi che sono compatibili col suo contenuto, che può essere il più svariato sempre compatibilmente con quel tanto di fisso che è insito nella ratifica del negozio. [119]

[119] Vedi retro n. 284.

§ 2. — *Forza retroattiva della ratifica* [120]

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate nei paragrafi precedenti e più specialmente LABBÈ op. cit. — HAUSER *Stellvertretung im Besitze* Leipzig 1870. — EXNER *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition* Wien 1867. — SCIALOIA *Il possesso del precarista* (Studi Giuridici e Storici per l' VIII Centenario dell' Università di Bologna).

432. — Conseguenza necessaria del principio che eguaglia, agli effetti della rappresentanza, la ratifica al mandato, nonchè della costruzione da noi data al negozio rappresentativo conchiuso dal gestore, è la retroattività della ratifica. Per quel principio infatti si attribuiscono al negozio ratificato i medesimi effetti che al negozio conchiuso da un mandatario entro i limiti del mandato; per la nostra costruzione rimane assodato essere il gestore contraente nelle veci del *dominus.* Quando pertanto segua la ratifica non si ha la conclusione di un nuovo negozio, ma è quello già definitivamente conchiuso dal gestore che rimane, per così dire, integrato e dallo stato di potenzialità passa a quello di attualità. Era *ab initio* un valido negozio *pel dominus,* rimane poi un valido negozio *del dominus.* La retroattività della ratifica invece di essere un principio giuridico indipendente e singolare, è una naturale e necessaria conseguenza della teorica della gestione rappresentativa. Appunto perchè il gestore può essere rappresentante del *dominus,* il negozio che egli compie a suo nome è valido *ab initio.* La ratifica nulla può ad esso aggiungere nulla togliere, ma solo gli assicura il raggiungimento degli scopi cui tende. Negare la retroattività della ratifica equivarebbe al riporre in essa la causa delle obbligazioni che discendono dal negozio ratificato. [121]

[120] Sulla retroattività in generale vedi ZIMMERMANN op. cit. pp. 192-211.
[121] VINDSCHEID *Lehrb.* § 74 nota 5.

433. — Il principio della retroattività della ratifica risulta da molti testi romani che fra poco esamineremo, ma non si trova esplicitamente affermato in rapporto alla gestione rappresentativa che in una costituzione di Giustiniano:

L. 25 § 2 Cod. V, 16.

Imp. Iustinianus A Menae pp.

..... *sicut et alias ratihabitiones ad ea reduci tempora oportet, in quibus contractu sunt. nec in ceterum subtilem divisionem facti vel juris introduci posse.* [122]

Questa circostanza, apparentemente strana, si spiega facilmente quando si pensi alla posizione che nel sistema giuridico romano ebbe la teoria della rappresentanza diretta. Lo svolgimento storico di questo diritto impedì un esplicito riconoscimento di questa teoria. Non che essa sembrasse per qualsiasi ragione teorica inammissibile, ma perchè ai bisogni economici, cui avrebbe supplito, soddisfacevano altri istituti tradizionali. Così mentre non si può dire esistere una teoria romana della rappresentanza diretta, è, come io credo, dimostrabile che il concetto di essa non era nè estraneo nè incompatibile con quel sistema. Ora tale condizione del diritto positivo romano, sulle quali non è qui opportuno insistere oltre, spiegano come la retroattività della ratifica non venisse elevata a principio, ma piuttosto quasi naturalmente applicata nei casi ove poteva esserlo. Il gestore, alla pari del mandatario, contraeva normalmente a nome proprio e, come il mandatario, si obbligava personalmente di fronte al terzo. Ora come il *dominus* mandante non poteva normalmente agire contro il terzo che in quanto fosse stato dal mandatario costituito procuratore, così anche il *dominus gestionis* ratificante

[122] Una accurata esegesi di questa legge in ZIMMERMANN op. cit. pp. 211 e segg. e nota 282.

non poteva, normalmente, che in tale qualità agire contro il terzo. Ciò posto si comprende come non si sentisse bisogno di affermare il principio della retroattività della ratifica: questo principio, come ben nota il Labbè, non era contradetto dalla soluzione pratica del caso, ma piuttosto era reso inutile da un' altra regola. Se invece noi prendiamo in esame dei testi riguardanti quei negozi giuridici nei quali, anche per diritto romano, era ammessa la rappresentanza diretta, troveremo applicato rigorosamente il principio della retroattività della ratifica. [123]

434. — Al principio della retroattività della ratifica, oggi universalmente accolto, [124] si sono arrecate e si arrecano tuttora delle gravi limitazioni. L' assoluta maggioranza degli scrittori di diritto romano e civile riassume queste limitazioni in una formula: *la ratifica retroagisce salvo i diritti dei terzi.* [125] E questa formula è così universalmente professata che il più recente scrittore sul tema della ratifica, il Bertolini, se ne protesta senz' altro convinto, solo rilevando, e ben a ragione, come essa non trovi sussidio alcuno nella L. 16 § 1 Dig. XX, 1, citata a

[123] Vedi e. g. L. 58 § 2 Dig. XLVI, 3; L. 71 § 1-2 Dig. eod.; L. 24 Dig. III, 5; L. 44 § 1 Dig. XLI, 3; L. 16 § 1 Dig. XX, 1; L. 56 Dig. V, 1; L. 24 Dig. XLVI, 8. — Vedi SEUFFERT p. 62-65. — ZIMMERMANN op. cit. p. 189.

[124] Intendo con questo inciso alludere a quella dottrina che negando la retroattività in genere, nega quindi anche la retroattività della ratifica nella gestione rappresentativa: vedi in proposito ZIMMERMANN op. cit. p. 192 e segg. ove confuta questo indirizzo. Fra gli scrittori, che in tema di ratifica, negano risolutamente la retroattività è *e. g.* il GIRTANNER op. cit. p. 45-46.

[125] Tale formola, o formole equivalenti, addottano in generale i civilisti francesi: vedi e. g. TROPLONG *Du Mandat* n. 620. — TOULLIER II, 8, n. 513. — LAROMBIERE all' art. 1375. — Un riassunto esatto dell' opinione dominante nella dottrina e giurisprudenza francese trovasi nella monografia citata del LABBÈ p. 42 e segg. — Tale indirizzo segue anche la dottrina e giurisprudenza italiana: Vedi *Appello Firenze 2 Maggio 1871 Gerard-Cattaneo* (Giur. It. V, parte II, p. 214) *Appello Firenze 29 Dicembre 1879* (Annali XIV, II, p. 64).

suo sostegno dallo Zimmermann e da altri. Pur non venendo meno in alcun modo alla somma deferenza dovuta a tanti fra i sostenitori di questa teorica, io ritengo invece che essa sia suscettibile di una completa confutazione. E che questa confutazione non solo ne intacchi profondamente il lato ricostruttivo ma conduca anche a rilevanti conseguenze pratiche. Primo a mettersi su questa via è stato il Labbè nella sua elegante monografia già citata: questa dissertazione è tutta una brillante requisitoria contro il principio: la ratifica non retroagisce di fronte ai terzi. Ma l' esagerazione di talune sue affermazioni, e l' interpretazione cavillosa dei testi ha forse nociuto più che giovato alla tesi da lui vigorosamente e caldamente sostenuta. D' altra parte la deficenza di una completa teorica sulla gestione rappresentativa le ha tolto il fondamento più saldo che potesse avere. Così è avvenuto che, fatta eccezione dei monografisti francesi sulla gestione che ne riassumono i risultati, il lavoro del Labbè non solo non è riescito a scuotere la dottrina dominante, ma neppure ad avvivare la discussione sopra un quesito di tanta importanza pratica e teorica. Sarà dunque opportuno risollevare qui la discussione. A questo scopo studieremo anzitutto i più importanti testi romani e li confronteremo coi postulati della dottrina romanistica; poi cercheremo le fonti della dottrina civilistica moderna; poi ancora la determinazione del *concetto di terzo;* infine passati in rivista i principali casi pratici, che possono occorrere nel nostro diritto civile, tenteremo dare della retroattività e dei suoi limiti una formola esatta e sicura.

435. — Una delle leggi romane più interessanti, in riguardo alla nostra ricerca, è la

L. 58 § 2 Dig. XLVI, 3.

Ulpianus libro octagensimo ad Edictum

Et si duo rei stipulandi sunt, quorum alterius absentis procuratori datum, antequam is ratum haberet, interim alteri solutum est, in pendenti est posterior solutio ac prior: quippe incertum est, debitum an indebitum exegerit.

La fattispecie considerata in questo testo è la seguente: Tizio e Caio sono creditori solidali di Mevio; Mevio paga ad un gestore d' affari di Tizio e poi, prima che Tizio abbia ratificato, paga ancora a Caio. Per tal guisa egli si trova ad aver pagato due volte uno stesso debito: pertanto verso l' uno o l' altro dei due creditori potrà esercitare la *condictio indebiti.* Ma contro quale? Ulpiano dice che ciò è *in pendenti* finchè Tizio abbia ratificato: se Tizio ratificherà la *condictio indebiti* spetterà contro Caio. Da questa decisione risulta evidente la forza retroattiva della ratifica: questa infatti verificandosi rende indebito un pagamento che tale non era prima. Ma che questa efficacia sia nel testo attribuita alla ratifica, anche di fronte ai terzi, non mi sembra possa dirsi. Il *correus credendi* non può essere considerato *terzo* nè di fronte al *correus* ratificante, nè di fronte al debitore solvente. Gli è dunque da attribuirsi ad un concetto troppo vago di *terzo* ciò che il Labbè[126] afferma, che cioè la L. 58 § 2 cit. contiene una decisione nella quale il limite della retroattività della ratifica di fronte ai terzi non è rispettato.[127] A mio avviso questa legge nulla prova in favore, o contro, *la dottrina sui limiti* della forza retroattiva della ratifica: essa non si occupa di un quesito che fu, come io credo, estraneo alla dottrina dei giuristi romani.

[126] op. cit. pp. 14-15.

[127] Vedi sulla L. 58 § 2 cit. — ZIMMERMANN op. cit. p. 218. — HELLMANN op. cit. p. 120 e segg.

436. — Un' altra legge assai interessante è la

L. 71 § 2 Dig. XLVI, 3: —

Celsus libro vicensimo septimo digestorum

Item si ignorans creditor procuratori suo solutum servo debitoris filioue acceptum fecerit, postea autem rescierit et ratum habuerit, confirmatur solutio et quod acceptum latum sit nullius moment est: et contra si ratum non habuerit, quod acceptum fecerit, confirmatur.

Anche in questo testo il Labbè[128] cerca una prova della retroattività della ratifica di fronte ai terzi. Il Windscheid[129] invece si limita al considerarlo quale eccezione al principio, da lui accolto, che la ratifica non retroagisce che fra le parti. A me non sembra accettabile nè l' una nè l' altra di queste due opposte interpretazioni. Secondo me questa legge al pari della L. 58 § 2 sopra esaminata non si occupa menomamente degli effetti della ratifica in rapporto ai diritti *medio tempore* acquisiti dai terzi. La decisione in essa contenuta ha un significato ed un fondamento tutto diverso. Tizio aveva fatta accettilazione del credito, che egli aveva verso Caio, allo schiavo o figlio di costui, senza sapere del pagamento che Caio aveva già fatto al suo procuratore. Ora noi sappiamo che Caio, eseguito il pagamento al gestore, non poteva più ripeterlo finche Tizio creditore non avesse dichiarato di non ratificare. *Medio tempore* pertanto Caio non è più debitore che in quanto venga a mancare la ratifica! Questa liberazione di Caio sottoposta a condizione risolutiva si riflette naturalmente sulla validità dell' accettilazione: in quanto questa presuppone l' esistenza di un debito. Quindi se la ratifica segue, l' accettilazione cade nel nulla: se la ratifica vien meno l' accettilazione che era sospesa prende vita ed efficacia definitiva. Nella prima di queste ipotesi pertanto non può certamente considerarsi la nullità dell' accettilazione come dovuta al principio che la ratifica retroagisce anche di fronte ai terzi che hanno acquistato diritti *medio tempore;* quella nullità è evidentemente dovuta a ciò: che il verificarsi della ratifica toglie ad essa il suo presupposto fondamentale: l' esistenza di un debito accettilato.[130]

[128] op. cit.

[129] *Lehrb.*

437. — Nei numeri precedenti abbiamo visto dei casi di retroattività della ratifica in materia di obbligazioni; ora passiamo ai diritti reali. Specialmente interessante in questo proposito è la controversia circa all' acquisto di possesso per mezzo di un gestor d' affari. Ad essa si riferiscono i seguenti due testi: —

L. 42 § 1 Dig. XLI, 2.

Ulpianus libro quarto regularum

Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.

Paulus R. S. V. 2, 2: —

Per liberas personas quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.

In questi due testi si parla di ratifica ma non si determina quale effetto essa produca. Gli scrittori si sono pertanto divisi in due schiere, sostenendo gli uni[131] che anche nelle ipotesi

[130] Che non se ne occupi potrebbe anche dedursi da ciò che nella fattispecie in essa trattata non avvenne *medio tempore* da parte del debitore disposizione alcuna in favore di terzi bensì un condono al creditore suo. Vedi Bertolini op. cit. I p. 72. — Dernburg *Pandekten* I p. 191 nota 10.

[131] Sulle orme del Savigny *Recht des Besitzes* § 26: vedi e. g. Chambon op. cit. p. 55, 171, 172. — Agricola op. cit. p. 44. — Hauser op. cit. p. 16.

trattate in questi testi la ratifica ha forza retroattiva onde il *dominus* ratificante sarebbe a considerarsi dopo la ratifica come possessore *ab initio,* gli altri invece affermando [132] che il possesso del ratificante non può ammettersi cominciato che dal momento della sua ratifica. Se questa ultima opinione fosse vera avremmo dunque nei testi in esame contemplata una vera eccezione alla retroattività della ratifica, e per vero non di fronte ai terzi soltanto, ma anche fra le parti medesime.

438. — L' argomento fondamentale addotto dai sostenitori della retroattività, anche per questo caso, è riposto nella circostanza che i testi succitati non escludono menomamente l'effetto retroattivo della ratifica, mentre avrebbero potuto e dovuto escluderlo qualora si fossero voluti allontanare dal principio generale della retroattività. [133] I sostenitori della *non retroattività* fondano invece la loro opinione sulla impossibilità, in cui il *dominus* si trovava *ab initio* di poter possedere per mezzo di un gestor d'affari. Egli infatti ignorando la gestione, non poteva, nel momento in cui per opera del gestore avveniva la presa di possesso a suo nome, avere l'*animus rem sibi habendi* che è estremo essenziale all' acquisto del possesso. È facile comprendere come la efficacia di questo argomento, una volta dimostrata, non solo giustificherebbe la tesi a cui sostegno esso viene invocato, ma torrebbe anche ogni valore a quella deduzione che i sostenitori della tesi opposta vorrebbero trarre dai testi. Se si ammette infatti che la non retroattività della ratifica, nel caso di acquisto di possesso per mezzo di gestor d' affari, dipenda da principi inerenti alla teoria generale dell' acquisto di possesso per mezzo di

[132] Vedi e. g. Ihering Iahrb. für die Dogm. p. 333. — Exner op. cit. p. 155. — Zimmermann op. cit. p. 220 e segg. — Bertolini op. cit. I p. 84.

[133] Labbè op. cit. p. 17 e segg. — Bertolini op. cit. I p. 85 e segg.

terzi, si comprende tosto come i giuristi romani non sentissero il bisogno di rilevarla come eccezionale. Non si possono infatti considerare eccezioni arrecate ad un principio, i casi nei quali esso non trova naturalmente applicazione per il convergere in essi di altri e diversi principi.

439. — Ma i sostenitori della retroattività non si contentano di quella deduzione, che sarebbe per tal modo confutata, ma richiamandosi al concetto della retroattività vorrebbero togliere ogni valore all' argomento desunto, pel nostro caso, dalla mancanza iniziale di *animus rem sibi habendi* nel *dominus.* E pertanto affermano che essendo la retroattività della ratifica una mera finzione, [134] può ammettersi anche in casi, ove per essa sia necessario fingere in un dato momento esistenti elementi di fatto che nella realtà non esistevano. Così sebbene al momento in cui il gestore prendeva possesso per il *dominus,* questi non avesse l' *animus rem sibi habendi,* potrebbe tuttavia ammettersi che la ratifica operasse come se quell' *animus* avesse esistito. A tale ragionamento è necessario opporre i risultati ottenuti nella trattazione complessiva della gestione rappresentativa. Per questi risultati ci è possibile il ribattere essere ben erroneo il considerare la retroattività della ratifica come l' effetto di una finzione giuridica. Essa al contrario è naturale conseguenza dell' applicazione dei principi della rappresentanza alla teoria della gestione. La ratifica retroagisce in quanto essa è considerata un legittimo titolo di rappresentanza alla pari col mandato, sebbene, al contrario di questo, sussegua anzichè precedere la conclusione del

[134] Bertolini op. cit. p. 85. Contro il concetto della finzione efficacemente Zimmermann op. cit. p. 210 « *Die (ware) Rückwirkung ist keine Fiktion, sondern (juristische) Wirklicheit* » Osservazioni poco efficaci contro lo Zimmermann trovansi in Hellmann op. cit. p. 114.

negozio giuridico. I negozi conchiusi dal gestore si hanno per conchiusi dal *dominus,* quando sieno ratificati; allo stesso modo che quelli conchiusi per lui utilmente si hanno per conchiusi dal *dominus* anche se non sieno da lui ratificati,[135] e non in base ad una finzione, ma per naturale e necessaria esplicazione dei principi sulla rappresentanza, accolti nel sistema giuridico. Siccome pertanto in ogni sistema giuridico ogni principio può essere tratto alle sue naturali e logiche conseguenze solo in quanto non urti con altri principi, così può anche avvenire che il principio della retroattività della ratifica trovi un ostacolo in qualche altra regola giuridica. Abbiamo visto sopra (n. 104) come non si possano trarre tutte le possibili e logiche conseguenze dalla teoria dell' *utiliter coeptum,* quale titolo di rappresentanza, ora possiamo dubitare che i principi riguardante l'acquisto del possesso possano creare con ostacolo allo svolgimento logico del principio, vero in massima, che la ratifica retroagisce. La questione della quale trattiamo ci si presenta dunque, per queste considerazioni sotto un aspetto tutto diverso: non dobbiamo già chiederci se la ratifica retroagisca, ma se l'acquisto di possesso a nome altrui sia uno di quegli atti sui quali essa può efficacemente innestarsi. O in altre parole: può un gestore d'affari proporsi di acquistare direttamente il possesso per il *dominus?*

440. — L'arduo compito di formulare qui, come sarebbe necessario per risolvere il quesito posto nei numeri precedenti, una teoria sull'acquisto del possesso per mezzo di terzi, ci è risparmiato da uno studio elegantissimo del prof. Scialoia, del

[135] Vedi sopra n. 385. — WINDSCHEID § 74 nota 6. La questione che il Windscheid si propone in questa nota è risolta, nel nostro diritto positivo, dall' articolo 1144 cod. civ.

quale può certamente, anche a mio debole avviso, dirsi che ha fatto progredire sensibilmente la spinosa teorica del possesso. Mediante una acuta esegesi delle fonti lo Scialoia riesce a dimostrare come il possesso del precarista fosse un portato necessario della originaria posizione del precarista medesimo di fronte al *rogatus.* Egli infatti si trovava in origine in un diretto rapporto colla cosa rogata senza trovarsi in un continuato rapporto personale col *rogatus:* era quindi esposto unicamente alla *rei vindicatio* in quanto questa contro di lui potesse competere. Lo svolgimento posteriore del precario consiste in un continuo e progressivo rafforzamento della posizione del *rogatus* di fronte al *rogans.* Mercè l' *interdictum de precario* gli si accordò di poter interrompere a suo piacere il rapporto in cui il *rogans* si trovava colla cosa, e gli si permise poi altresì di potere impunemente espellere di fatto il precarista dal suo possesso (purchè *non hominibus armatis).* Queste due facoltà accordata al *rogatus* dovevano naturalmente influire a farlo considerare possessore onde la teoria così discussa dai giuristi romani del doppio possesso. Ma frattanto lo svolgimento ulteriore della tutela giuridica del *rogatus* conduceva all' introduzione della *condictio incerti* la quale non poteva modificare i rapporti possessori già riconosciuti, ma tendeva ad accentuare sempre più l' affinità fra precario e commodato, la quale fermandosi poi nella dottrina condusse a paragonare ed infine a parificare il *precario possidere* al *possidere alieno nomine,* onde possessori precari furono detti gli stessi coloni ed inquilini. Da questa evoluzione cui andò soggetto il precario dipendono ben importanti conseguenze in riguardo alla teoria generale del possesso. Per essa si è naturalmente condotti ad affermare che il diritto romano riconosceva il possesso in una persona in quanto essa si trovasse in diretto rapporto colla cosa, senza essere contemporaneamente in un rapporto tale conun'altra per-

sona da dover essere ritenuta organo della sua volontà. Questa conclusione dedotta dalla storia intima del precario ci è confermata dall' esame di altri fatti che per essa si presentano naturali e semplici mentre, a prescinderne, rimangono oscuri ed enigmatici. Tali sono il riconosciuto possesso del sequestratario, la possibilità nel mandatario di acquistare direttamente il possesso al mandante, la impossibilità in cui si trova chi ha avuto semplicemente mandato di comperare, di acquistare il possesso pel suo mandante, mentre tale acquisto è ammissibile nel mandatario generale. Mercè la teoria dello Scialoia rimane determinato il concetto tanto oscillante e controverso nella dottrina dell' *animus rem sibi habendi,* e per essa infine rimane anche dimostrato e spiegato perchè il gestore non possa *ab initio,* acquistare il possesso per il *dominus* anche se questi poi ratifichi. Prima della ratifica infatti il gestore non trovasi in alcun rapporto personale di fronte al *dominus;* per quanto egli *voglia* possedere per lui, egli non *deve,* e però giuridicamente *non può.* La ratifica susseguente non può far sì che al momento in cui avveniva l' apprensione del possesso esistesse un elemento di fatto che realmente non esisteva: prima della ratifica dunque è il gestore che possiede sebbene egli sia, nei limiti che abbiamo a luogo opportuno determinato, tenuto di fronte al terzo, ad attendere la ratifica. Solo quando questa sia seguita egli trovasi col *dominus* in tale rapporto personale pel quale non gli è poi possibile affermare il proprio possesso: da questo momento frattanto può correlativamente dirsi che possiede il ratificante a mezzo del gestore. Concludendo dunque possiamo dire che nel caso di acquisto di possesso, a nome altrui, eseguito da un gestor d'affari, la ratifica non retroagisce: ma dobbiamo tosto soggiungere che non retroagisce in quanto l' atto cui essa si innesta non lo permette. Non abbiamo qui una vera e propria eccezione al

principio della retroattività ma una conseguenza naturale e logica della teorica generale sull' acquisto del possesso.

441. — Se ora passiamo a confrontare i risultati ottenuti nella esegesi precedente coi postulati della dottrina romanistica moderna dovremo necessariamente rilevarne un' aperta contradizione. Dalle fonti romane risulta essere il principio della retroattività inerente al concetto di ratifica. Ad una limitazione di esso di fronte ai terzi non è cenno alcuno. Vi hanno bensì certi casi nei quali la retroattività non si verifica, ma questi casi non possono venir ricondotti ad un unico principio (quale sarebbe il rispetto dei terzi) ma si spiegano e giustificano singolarmente per ragioni ad essi inerenti. Sebbene quindi io non possa menomamente convenire col Labbè, in quanto dalle fonti romane sopra esaminati egli vorrebbe trarre argomento a sostegno della retroattività assoluta della ratifica, pure ritengo perfettamente vero il principio che egli pone. Anzi a tale principio sembrami aver arrecato nuovo contributo di prova, mercè l' esegesi delle leggi 58 § 2 Dig. XLVI, 3 e 71 § 2 Dig. XLVI, 3! Ciò posto è lecito chiedersi da quali fonti sia stata desunto la formula così generalmente accolta dai moderni civilisti: *la ratifica retroagisce salvo i diritti dei terzi;* e se essa abbia un qualche serio substrato nelle moderne legislazioni. Il Labbè [136] ha cercato dimostrare come in quella formula non si contenga che un errore tradizionale. Da una errata intelligenza di una legge romana (la L. 16 Dig. 46, 8) essa sorse nel medio evo, divenne dominante nel diritto comune, fu poi accolta dalla dottrina civilistica francese, ed italiana che cercò rafforzarla col sussidio di alcune disposizioni del codice civile. Così può in breve tratteggiarsi la storia della nostra formola. E da questa storia può anche desumersi il valor suo. In-

[136] op. cit. pp. 27 e segg.

fatti talvolta anche in errate interpretazioni del diritto romano può riconoscere una fonte efficace pel nostro diritto moderno: quando tali interpretazioni furono espressamente volute per dare tutta l'autorità del diritto romano a principi nuovi e a quel diritto estraneo, risultati di una lenta posteriore evoluzione. Ma quando l'interpretazione è errata involontariamente essa non crea diritto, essa ha vigore e forza in quanto vale l'autorità di chi l'ha introdotta. Questo è appunto il caso nostro: la formola tutelatrice del diritto dei terzi è il prodotto di una errata interpretazione, sconfessata in qualche punto anche dal suo autore medesimo, priva della necessaria determinatezza, incapace di esser tratta alle sue estreme conseguenze. La dottrina civilistica moderna potrebbe quindi liberamente disfarsene e ritornare alla purezza del principio prettamento romano, se a far ciò non fosse impossibilitata da qualche disposizione positiva di legge, che sia pur a torto, avesse quella interpretazione codificata.

442. — Vediamo dunque se le fonti legislative moderne dieno appoggio alcuno alla formula che vorrebbe salvare i diritti dei terzi dagli effetti della retroattività della ratifica. In tutto il codice civile francese due articoli soltanto si citano a suo diretto sostegno: l'art. 1338 e l'art. 1179. A questi due articoli corrispondono esattamente nel nostro diritto patrio gli art. 1309 e art. 1170 del codice civile. L'art. 1338 tratta della ratifica degli atti annullabili e però è completamente estraneo alla nostra presente ricerca. La dottrina moderna ha infatti così nettamente delineata e distinta la ratifica dei negozi compiuti *nomine alieno* da un gestore di affari, dalla ratifica di un negozio compiuto dal ratificante medesimo, ma originariamente affetto da una causa di rescindibilità, che non vale più insistere su questo punto.[137]

[137] Vedi retro n. 389.

L'art. 1170 tratta degli effetti del verificarsi delle condizioni. Da questo articolo si può desumere la retroattività della ratifica, in quanto si ammetta una certa analogia fra il negozio sottoposto a condizione ed il negozio compiuto *nomine alieno* dal gestore, prima che sia seguita la ratifica. Il quesito circa *ai limiti della retroattività* non trova però in esso alcun certo elemento di risoluzione. Il negozio rappresentativo conchiuso dal gestore se ha delle analogie col negozio condizionale di cui tratta quell'articolo, ha pur anche dei tratti suoi caratteristici che ne determinano la singolare figura! Che se poi soffermandosi esclusivamente alle analogie si volesse dall'art. 1170 argomentare al nostro attuale proposito, si potrebbe da esso trarre piuttosto sostegno a combattere la formula in esame anzichè a difenderla. Resterebbero gli artt. 1998 cod. civ. fr., e 1752 cod. civ. it. pur da qualcuno invocati, nei quali è attribuita pari efficacia alla ratifica che al mandato, ma gli è evidente che da essi nessun argomento positivo può trarsi vuoi contro vuoi in favore dei limiti imposti alla retroattività della ratifica. Dobbiamo dunque concludere che le disposizioni positive del codice civile francese ed italiano non danno alcun fondamento alla teoria che pur vediamo dominante nella dottrina e nella giurisprudenza.

443. — Procedendo regolatamente dobbiamo ora cercare di determinare il concetto *di terzo*. Se la dottrina prevalente fosse venuta in questa determinazione forse il dissenso sarebbe stato menomato e sarebbe stato più facile veder ridotta ad una discussione di sistema e di termini quella che è invece ora questione di sostanziale importanza pratica. Qualche scrittore cerca definire il concetto di terzo restrittivamente. Così il Murgeaud-Larion[138] chiama terzo: « colui che prima della ratifica ha ot-

[138] op. cit. p. 115.

tenuto un diritto reale sopra l'immobile oggetto del contratto, trattando sia col *dominus* sia col gestore, sia col terzo contraente. »[139] In modo analogo si raffigura il terzo, una sentenza della corte d'appello di Firenze 2 Maggio 1871[140] quando stabilisce che la ratifica *retroagisce senza violare i diritti reali acquistati dai terzi.* Ma contro tali definizioni si possono far valere due serie obbiezioni: la prima è che tale concetto restrittivo di terzo dovrebbe venir non solo affermato, ma in qualche modo giustificato: la seconda è che in esse si asconde una petizione di principio. Dire infatti che la ratifica retroagisce senza violare i diritti reali acquisiti medio tempore dai terzi è dire ciò che devesi dimostrare: perchè solo allora un diritto reale potrà essere acquisito medio tempore quando sia dimostrato che esso resta intatto malgrado la possibile ratifica.... Quella determinazione di terzo non può dunque essere accolta. Non resta allora che ritornare al concetto più naturale e definire il terzo da un punto di vista puramente negativo: terzo è chiunque non sia gestore, dominus o terzo contraente col gestore, il quale voglia opporsi alla retroattività della ratifica a tutela di un interesse in lui sorto *medio tempore.*

444. — Posto questo concetto di terzo dobbiamo procedere per esclusione dai casi più semplici ai più dubbi e fermarci specialmente su quelli che più frequentemente occorrono nella vita e la netta risoluzione dei quali ha una rilevante importanza pratica. È evidente anzitutto che un semplice interesse, non fondato sopra un atto giuridico, non può impedire la retroattività. La difficoltà sorge quando questo interesse sia fondato sopra un

[139] Vedi LABBÈ op. cit. p. 47.

[140] Giur. it. vol. V parte 2. p. 214: lo stesso dice la corte di Firenze sentenza 29 Dicembre 1879 (Ann. di Giur. XIV, III p. 64).

negozio compiuto *medio tempore,* o sopra un atto giuridico od un avvenimento qualsiasi, fecondo di giuridiche conseguenze, che sia avvenuto *medio tempore.* Specialmente poi se tale interesse riguarda direttamente una cosa che abbia già formato oggetto del negozio ratificabile. Questi casi possono essere ricondotti a quattro ipotesi tipiche che è necessario esaminare partitamente:

445. — 1ª) *ipotesi: i terzi hanno contratto col gestore.* Tizio ha comperato per Caio il fondo di Sempronio. Posteriormente, ma prima che Caio abbia ratificato, Tizio rivende o ipoteca a Mevio il medesimo fondo; segue poi la ratifica. Quale effetto produrrà essa in riguardo all'ipoteca accordata a Mevio o alla vendita con lui contratta? Conducendo l'opinione dominante alle sue logiche conseguenze bisognerebbe rispondere che la ratifica di Caio non retroagisce di fronte a Mevio, e che quindi Caio ratificando nulla potrebbe ottenere nel caso di successiva vendita, e solo il fondo, ma gravato di ipoteca, nel caso di successiva ipoteca. Tali conclusioni sarebbero però assurde di fronte alla teoria della gestione rappresentativa. Poichè quale veste ha Tizio per poter disporre a favore di Mevio della cosa acquistata per Caio? Nessuna: il riconoscere valida la vendita da lui eseguita equivarrebbe non solo a negare il principio logico: *nemo plus juris in alium transfere potest quam ipse habet,* ma anche ad attribuire al gestore, contro quanto abbiamo sopra dimostrato, il diritto di recedere a suo arbitrio dal negozio compiuto per il *dominus!* Il Labbè,[141] il Murgeaud-Larion[142] ed altri decidono invece senza esitare che la ratifica di Caio riduce al nulla la vendita o la ipoteca da Tizio concessa a Mevio, e per vero

[141] op. cit. p. 57 e segg.

[142] op. cit. p. 117.

sia che questi fosse in buona fede sia che no.[143] Io non posso però completamente aderire neppure a questa decisione. È vero infatti che il gestore che ha contratto a nome di Caio non può di suo arbitrio cambiare volontà e considerare sè medesimo come il vero contraente, ma gli è però anche vero che egli può prima della ratifica recedere dal negozio conchiuso per Caio, d' accordo col terzo contraente Sempronio, o modificarlo. Ciò risulta dalla costruzione giuridica che del negozio giuridico rappresentativo compiuto dal gestore, ho tentato dare nel § 2 del cap. I P. III. Gli è quindi necessario introdurre per questa ipotesi una distinzione: quando il secondo contratto di vendita avvenne col consenso del primo venditore, deve intendersi che il primo negozio sia stato sciolto, e quindi rimane valida la seconda vendita. Quando alla prima vendita contratta da Tizio *nomine Caii,* seguì la concessione di una ipoteca a Mevio, col consenso del venditore, prima della ratifica; questa ipoteca sarà validamente concessa, e la ratifica di Caio quando segua non potrà in alcun modo pregiudicarla. Se invece la ipoteca o la seconda vendita a Mevio vennero da Tizio contratta con Mevio senza il consenso del venditore (terzo contraente) saranno mandate nel nulla dalla ratifica di Caio. Da ciò sarebbe erroneo però il concludere che in questa seconda ipotesi la ratifica retroagisce a detrimento dei terzi, in quella invece no. La ratifica retroagisce nell' una e nell' altra ipotesi; solo in quella o non può verificarsi per mancanza di negozio ratificabile, oppure retroagisce producendo tutti gli effetti suoi determinati dal nuovo o modificato negozio sul quale s' innesta.

446. — 2ª) *ipotesi: i terzi hanno contratto col terzo contraente.* Tizio ha comperato da Sempronio il fondo Tusculano

[143] LABBÈ op. cit. p. 49 nota.

per Caio. Posteriormente, ma prima che sia seguita la ratifica di Caio, Sempronio (terzo contraente) rivende o ipoteca il fondo Tusculano a Mevio. Segue poi la ratifica di Caio. Quali effetti dovranno ad essa attribuirsi in riguardo alla seconda vendita o ipoteca? A risolvere questa fattispecie ci basterà il richiamare i principi svolti nel numero precedente. È vero che Sempronio prima della ratifica è ancora proprietario, ma è vero altresì che egli non può di suo arbitrio recedere dalla vendita con Tizio conchiusa *a nome di Caio.* La posteriore sua vendita, od ipoteca, sono dunque nulle; e Mevio potrebbe acquistare un diritto di preminenza solo trascrivendo o iscrivendo la vendita o l' ipoteca prima del gestore. Qui naturalmente la preminenza di Mevio non sarebbe dovuta alla non retroattività della ratifica di Caio ma all' indolenza di Tizio. Così pure dicasi se la seconda vendita o l' ipoteca concessa da Sempronio a Mevio fosse avvenuta col consenso di Tizio. La ratifica di Caio più non potrebbe verificarsi (nell' ipotesi della seconda vendita), o potendo, non pregiudicherebbe l' ipoteca accordata a Mevio. Anche qui però occorre non dimenticare che l' efficacia della seconda vendita o dell' ipoteca non è già dovuta al principio che la ratifica non retroagisce a pregiudizio dei terzi, ma è dovuta invece alla circostanza, ben diversa, del mancare il negozio ratificabile, o dell' aver potuto essere modificato prima che seguisse la ratifica.

447. — 3ª) *ipotesi: i terzi hanno contratto col dominus.* Poichè non si può supporre che i terzi abbiano contratto col *dominus* in riguardo alle cose che il suo gestore ha per lui a sua insaputa acquistate così facilmente si comprende come i contratti che i terzi possono conchiudere *medio tempore* col *dominus* riguardino generalmente le cose sue alienate o ipotecate, a sua insaputa ed a suo nome, da un gestore. Tizio vende a

Sempronio, a nome di Caio, un fondo di questo; posteriormente, ma prima che Caio abbia ratificato la vendita, Caio vende il medesimo fondo a Mevio. *Quid juris?* La risposta è facile: la seconda vendita non può essere annullata dalla ratifica della prima e per vero, anche qui, sia che il venditore sapesse della prima vendita eseguita dal gestore, sia che l'ignorasse. [144] Ma sarebbe ben erroneo voler vedere in questa decisione una applicazione del principio che la ratifica non retroagisce a detrimento dei terzi. Non è qui questione di una ratifica che non retroagisca: è questione di una ratifica che non può avvenire. Quando io ho venduto la mia cosa a Mevio mi sono precluso la via a ratificare la vendita di quella medesima cosa a Caio. È una impossibilità naturale e giuridica. Se io ho voluto vendere a Mevio non posso poi voler vendere in sua vece a Caio. [145] Potrò bensì vendere la cosa che già è di Mevio obbligandomi personalmente, e dato i principi del nostro codice non è escluso che dopo aver venduto a Mevio io riesca a far proprietario della cosa Caio. Ciò avverrà ogni qualvolta Mevio non abbia trascritto e Caio sì: ma si noti bene la trascrizione di Caio dovrà avvenire sopra un atto posteriore di vendita, non in base all' originaria vendita eseguita dal gestore: poichè quella vendita *non è suscetibile di ratifica.* Quest' atto posteriore di vendita dovrà pertanto rivestire tutti i requisiti richiesti dalla legge positiva, e solo quando la legge positiva non richiedesse forma alcuna, ma la semplice prestazione del consenso, solo

[144] Vedi LABBÈ op. cit. p. 50.

[145] Inutile è qui il concetto svolto da Zimmermann op. cit. p. 249 che cioè il proprietario ceda la sua facoltà di ratificare; come si può cedere ciò che non si sa di avere? Vedi però lo stesso Zimmermann op. cit. p. 252.

allora nella ratifica della vendita compiuta dal gestore potrebbe ravvisarsi una nuova vendita del *dominus.* [146]

448. — 4ª) *ipotesi: i terzi hanno acquistato medio tempore un diritto d' ipoteca sulla cosa venduta dal gestore, nomine domini.* Tizio gestore ha venduto a mio nome un mio fondo. Posteriormente, ma prima che io abbia ratificato, Mevio acquista una ipoteca legale o giudiziaria sul fondo medesimo. Io ratifico: *quid juris ?* Dovrà ritenersi che la mia ratifica retroagisca anche di fronte a Mevio, oppure invece che essa lasci impregiudicato il diritto da lui *medio tempore* acquisito? Di tutti i casi trattati questo è il solo nel quale possa parlarsi di vera retroattività della ratifica, poichè è il solo, nel quale la ratifica non sia in parte o in tutto incompatibile con un atto precedentemente compiuto dal *dominus* medesimo, e nel quale trovi un negozio esistente al quale innestarsi. Qui, dunque, la teoria che limita la forza retroattiva della ratifica di fronte ai terzi potrebbe trovare genuina applicazione; e qui infatti dai suoi sostenitori la si applica senza esitazione. Una giustificazione a tale decisione non può tuttavia trovarsi, (se si voglia prescindere dall'autorità ciecamente ammessa dal dogma: la ratifica retroagisce salvi i diritti dei terzi), se non in quella teorica che applica al negozio rappresentativo compiuto dal gestore la teoria dell' offerta (vedi sopra cap. I § 2 P. III). [147]

[146] Supponiamo ora che il gestore abbia semplicemente concesso a Caio una ipoteca sul fondo di Sempronio, e che Sempronio prima di ratificare abbia venduto il fondo a Mevio. Potrà poi ratificare l' ipoteca? Certamente no: anche qui vi ha incompatibilità fra la vendita e la ratifica dell' ipoteca, poichè chi vende si spoglia anche del diritto di dare ipoteca. Pertanto Sempronio *non potrà ratificare* l' ipoteca di Tizio gestore concessa a Caio. Se invece Sempronio avesse concesso a Mevio una ipoteca egli potrà ratificare la prima, ma non attribuirle priorità di grado. — TROPLONG *De la trascription* n. 55. — LABBÈ op. cit. p. 50.

[147] op. cit. p. 51.

Ma noi abbiamo visto quanto erronea sia quella teorica. Ora possiamo aggiungere che, come necessaria conseguenza del vero concetto giuridico del negozio rappresentativo conchiuso dal gestore, discende una prova irrefragabile contro di essa. Per vero anche prima della ratifica il negozio esiste in potenza: i suoi effetti non sono negati, ma sospesi. Ora l'ipoteca legale o giudiziaria, che sopraviene non può distruggere questo negozio, nè scemarne l' efficacia. Questa ipoteca, giustamente rileva il Labbè, [148] colpisce il mio patrimonio nell'avvenire, ma ne rispetta il passato. Essa non distrugge la facoltà che ha il *dominus* di ratificare, nè può scemare gli effetti inerenti alla ratifica per sua sola efficacia. Sarebbe a ciò necessario che il legislatore esplicitamente limitasse, nella contemplazione di questo caso, quegli effetti! Solo in un caso il Labbè [149] ritiene che la ratifica sia attaccabile dal creditore che ha ottenuto *medio tempore* la ipoteca legale o giudiziaria; quando cioè la ratifica sia seguita « *dans une pensée malveillante, sans l' espoir d'un profil réel pour nuire au creancier que la loi favorise* ». In questo punto non posso però convenire coll' illustre autore. Non credo che nella ratifica di una ipoteca concessa, sia pure da un gestor d'affari ad un creditore del ratificante, possa vedersi un atto compiuto in frode del creditore che ha l' ipotoca legale: *qui suo jure utitur neminem ledit.* D' altra parte la semplice intenzione del ratificante di nuocere al creditore ipotecario legale o giudiziario, non è sufficiente a rendere emulativo l' atto della sua ratifica. Credo quindi che, anche nella ipotesi testè trattata, la ratifica retroagisca di fronte ai terzi che *medio tempore* hanno ottenuta una ipoteca legale o giudiziaria.

[148] Vedi ZIMMERMANN p. 192 nota 242.
[149] Op. cit. p. 52.

449. — Ad esaurimento della trattazione che ci siamo proposti (vedi sopra n. 434 in fine) non ci resta da ultimo che riassumere in una forma precisa e comprensiva i risultati ottenuti nelle nostre precedenti ricerche. Diremo dunque che la retroattività è un principio inerente al concetto della ratifica come titolo di rappresentanza, e che vale assolutamente, sia cioè fra le parti (gestore, domino, terzo contraente) sia di fronte a tutte le altre persone che rimasero estranee al negozio ratificato (terzi in senso ampio). Dei casi che si considerano come applicazione della regola (da noi combattuta) che la ratifica non retroagisce di fronte ai terzi, alcuni sono come tali erroneamente considerati (v. sopra 4ª ipotesi); altri sono erroneamente considerati eccezioni al principio della retroattività della ratifica, mentre, come abbiamo dimostrato, sono dovuti a cause diverse e per vero alla mancanza di elementi essenziali ad una valida prestazione di ratifica, cioè: 1.°) mancanza di un negozio ratificabile (vedi retro n. 436); 2.°) impossibilità subbiettiva nel dominus di ratificare (vedi retro nn. 436 e segg.). Se pertanto per la mancanza dell' uno o dell' altro di questi due requisiti si avessero anche effetti identici a quelli che si verificherebbero qualora fosse realmente ammesso il principio che la ratifica non retroagisce di fronte ai terzi, (il che del resto non è vero), tuttavia sarebbe sempre errato l' attribuire ad una voluta protezione dei terzi, ciò che invece sarebbe conseguenza giuridica di un istituto (la ratifica) che dei terzi menomamente si preoccupa. La scienza infatti ha precipuamente questo fine di delineare e distinguere concetti diversi, e di attribuire ogni effetto alla propria causa: ora perseguendo questo fine, dopo aver constatato la retroattività assoluta della ratifica non possiamo in altra guisa indicare le eccezioni, che a questo principio possono arrecarsi, se non dicendo che la ratifica non retroagisce che in quanto essa non può essere validamente prestata.

§ 3. — *Effetti della mancata ratifica*

BIBLIOGRAIA: — BUCHKA op. cit. — MOMMSEN *Erörterungen* II. — SEUFFERT op. cit. — POLIGNANI op. cit. — REGELSBERGER Rec. cit. — CURTIUS *Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen* (Arch. für die civ. Praxis vol. 58). — HELLMANN op. cit. — MITTEIS op. cit. — ZIMMERMANN op. cit. — BERTOLINI op. cit.

450. — Gli effetti della mancata ratifica devono essere studiati fra le parti contraenti e di fronte al *dominus*. Di fronte al *dominus* la mancata ratifica produce questo effetto: gli toglie la possibilità di considerare come suo quel negozio, che era stato per lui conchiuso. Quando il *dominus* ha negata la ratifica o ha lasciato trascorrere il tempo nel quale essa poteva essere validamente prestata, egli si è definitivamente reso estraneo a quel negozio. Fra le parti contraenti poi, cioè fra gestore e terzo contraente, la ratifica produce diversi effetti che conviene separatamente esaminare. Al terzo contraente la mancata ratifica toglie quel diritto che egli aveva di tenere astretto al negozio conchiuso il gestore, impedendogli di recederne di suo arbitrio (vedi sopra nn. 395 e segg.). Al gestore non solo toglie questa facoltà che a lui pure compete contro il terzo, ma può anche imporgli delle obbligazioni. Queste obbligazioni possono essere di diversa indole: possono cioè aver per obbietto la restituzione di quanto il gestore ha ottenuto dal terzo contraente in nome della persona, che poi negò la ratifica, e possono anche aver per obbietto il risarcimento dei danni subiti dal terzo contraente per la mancata ratifica. In questo secondo caso è necessario ricercare il fondamento e l'estensione delle obbligazioni e determinare mediante quali azioni possano esser fatte valere.

451. — Questa ricerca deve essere condotta separatamente in riguardo a due diverse e ben distinte ipotesi. L'ipotesi in cui

il gestore si sia presentato al terzo, come tale, e l'ipotesi in cui egli si sia dato per mandatario. Che colui il quale si presenta al terzo quale gestore puro e semplice e gli propone di contrarre in nome del *dominus*, debba essere in linea assoluta tenuto di fronte al terzo, come se avesse assunto garanzia che il *dominus* ratificherebbe,[150] è opinione che sembra a me soverchiamente rigida ed in contrasto colla realtà della vita. Sebbene essa abbia l'appoggio di distinti giuristi e sebbene ad essa si conformi la prassi tedesca, credo che debba essere respinta. Infatti a che scopo volere cristallizzare in una formola immutabile dei rapporti che assumono nella vita caso per caso i più svariati atteggiamenti? Se può avvenire che il gestore anche presentandosi come tale abbia agito in modo da far sorgere nel terzo affidamento della ratifica, e così implicitamente si sia obbligato a risarcire danni al terzo provenienti per il mancare di essa, può anche avvenire che egli lealmente si sia presentato al terzo come gestore ed espostagli la sua fiducia nella possibile ratifica del *dominus*, gli abbia però lasciato libero giudizio senza menomamente influire sulla sua volontà. Come potrebbesi in questo caso ritenere obbligato il gestore per la mancata ratifica? non era forse il terzo pienamente informato che la ratifica avrebbe potuto mancare, e se questa mancò, e ne risultò un danno forse potrà dirsi che questo danno è maggiormente ascrivibile al gestore che al terzo? Non si può pertanto, a mio giudizio, nella ipotesi in cui il gestore si sia presentato al terzo come tale, formulare un principio assoluto sulla sua responsabilità per mancata

[150] MOMMSEN *Erört* II p. 114. Wer in fremdem Namen contrahirt, übernimmt eben damit di Garantie, dass das Geschäft mit dem angebliche Principal zu Stande kommt. — SEUFFERT *Archiv.* I, 193; V, 279; VI, 33; VIII, 255; XXXIII, 20. — CURTIUS op. cit. p. 101. — Contro HELLMANN op. cit. p. 143.

ratifica: tutto dipenderà dalle circostanze, le quali se potranno in qualche caso condurre al principio formulato dal Mommsen e dal Curtius, potranno anche al contrario, in altri casi, condurre ad una assoluta irresponsabilità del gestore. Il fondamento della possibile obbligazione del gestore di fronte al terzo contraente per mancata ratifica potrà dunque essere riposto o nella sua responsabilità, per aver tratto in inganno il terzo per dolo o colpa, o nella sua volontà: in quanto egli abbia tacitamente o espressamente assunta garanzia per la ratifica del *dominus*. La sua estensione poi sarà determinata dal danno risentito dal terzo, danno che potrà variare da un minimo x ad un massimo rappresentato economicamente dall'interesse d'adempimento. L'azione infine mediante la quale quella obbligazione potrà esser fatta valere sarà contrattuale, quando vi sieno gli elementi di una convenzione fra gestore e terzo allo scopo di garantire questi della ratifica, di danno dato, nelle mancanza di questi elementi. [151]

452. — Maggiore difficoltà presenta la seconda delle ipotesi sopra accennate; quando cioè il gestore si è presentato al terzo in qualità di mandatario. Tutta la difficoltà consiste qui nella valutazione giuridica di questo fatto. E siccome questa valutazione è diversa nei vari scrittori, così la dottrina ci presenta in questo punto una grande difformità di pareri. Una prima opinione, del Buchka [152] ripone il fondamento dell' obbligazione del gestore per la mancata ratifica in ciò che, a suo giudizio, il terzo contraente col gestore, se in prima linea vuol obbligare il rappresentato, vuole anche in via sussidiaria, pel caso in cui il rappresentato non resti

[151] Per diritto romano non può pensarsi che alla *cautio de rato* o all' *actio doli:* per diritto moderno all' azione sorgente dalla semplice convenzione e all' azione di danni.

[152] Op. cit. p. 238.

obbligato, obbligare il pseudomandatario. Questa opinione viene anche così diversamente formulata: « il gestore che si spaccia per mandatario assume la garanzia dell' esistenza del mandato »: [153] mancando la ratifica egli deve quindi prestare l' interesse d' adempimento al terzo contraente! Contro questa prima opinione ha giustamente fatto rilevare il Seuffert [154] che essa urta contro la realtà delle cose. E veramente se il terzo crede che esista un mandato rivolto alla conclusione del negozio, che egli sta per conchiudere col gestore, come può pensare a voler obbligare anche questi? Se poi ne dubita perchè non chiederne conto provocando da parte del gestore una esplicita o tacita assunzione di garanzia? L' ammettere in base ad una semplice supposizione l' esistenza di una tacita convenzione è contrario ai principi generali di diritto, pei quali tale tacita convenzione non può ammettersi che caso per caso ove ne esistano gli elementi. D' altra parte con molto senno pratico nota il Mitteis [155] che nel nostro caso la presunzione milita piuttosto contro l' ammissione di una tacita prestazione di garanzia che in favore di essa. Se il gestore venisse interpellato egli preferirebbe generalmente di non prestare tale garanzia; per quante cause infatti il mandato può non esistere od essere invalido ad insaputa e senza colpa del mandatario? Più naturale è l' attribuire questo rischio al terzo contraente, che ha interesse al sorgere del negozio, anzichè al gestore che è un semplice rappresentante. [156]

[153] Windscheid *Lehrb* § 74 nota 7.

[154] op. cit. p. 78.

[155] op. cit.

[156] Il Mitteis op. cit. p. 165 fa anche osservare che la garanzia prestata dal gestore al terzo dell' esistenza e validità del mandato, assumerebbe dal punto di vista economico il carattere di una assicurazione. E siccome l' assicurazione presuppone la prestazione di un premio da parte dell' assicurato all' assicurante, e qui il terzo non presta nulla al gestore, egli vorrebbe da

453. — Una dottrina più rigorosa è professata dallo Zimmermann.[157] Egli prende le mosse da questa considerazione: che il terzo è, prima della ratifica, obbligato a stare al negozio conchiuso, mentre il *dominus* può respingerlo negando la ratifica. Il *dominus* può con una sola parola obbligare il terzo; il terzo invece non può in alcun modo obbligare il *dominus*. Ciò dice lo Zimmermann, è iniquo; è contrario al principio fondamentale delle obbligazioni bilaterali e alla *bona fides* che deve in esse regnare. Non si può ammettere che una sola parte sia obbligata e l'altra solo autorizzata, (cosidetti *negotia claudicantia)* senza che ciò sia giustificato da motivi speciali (speciali principi giuridici o convenzioni). È dunque necessario che anche al terzo si riconosca un diritto verso qualcuno, per correggere quella ingiustizia. Ora questo qualcuno non può essere il *dominus* che è rimasto completamente estraneo al negozio, d'altra parte non è possibile prendere a caso una persona qualsiasi ed addossargli un'obbligazione per compensare il terzo contraente di fronte al dominus..... non resta dunque che al gestore « il quale sebbene abbia contratto a nome altrui tuttavia ha contratto » e contro di lui e per questa ragione lo Zimmermann decide doversi accordare al terzo azione per esigere tutto ciò che può essere esatto in base alla *bona fides* inerente al contratto conchiuso

ciò argomentare fin contro la possibilità di quella garanzia per mancanza di interesse nel gestore. Ma qui evidentemente cade nell'esagerazione, da una similitudine *economica* traendo delle conseguenze *giuridiche*. Il suo ragionamento condotto alle sue logiche conseguenze ci porterebbe a negare la validità di qualsiasi fidejussione..... Che il gestore abbia interesse a garantire il terzo della validità ed esistenza del mandato si comprende facilmente quando si pensa che egli può essere obbligato di fronte al suo mandante, e che anche non essendolo può desiderare di arrecargli i vantaggi a lui provenienti dal contratto che ha avuto incarico di conchiudere col terzo.

[157] Op. cit. p. 293 e segg.

cioè: adempimento, interesse positivo e negativo indipendentemente dall'essere il terzo in colpa o dal non sapere il gestore che il terzo ignorava l'esistenza del mandato, ed indipendentemente infine dalla ignoranza colposa nel terzo della inesistenza del mandato.

454. — La dottrina dello Zimmermann è viziata nel suo fondamento logico ed è ispirata ad una soverchia preoccupazione di favorire ad ogni costo il terzo contraente. Infatti, pur prescindendo dalla ricostruzione della possibile ratifica del *dominus* a guisa di diritto, ricostruzione inesatta (v. sopra nn. 417 e segg.), non sa concepirsi come, e perchè, il terzo per la sola circostanza di essersi trovato per un certo tempo in una situazione ineguale e svantaggiosa di fronte al *dominus,* possa, così come vorrebbe lo Zimmermann, obbligare il gestore. Il rischio da lui corso si è infatti dileguato per la mancata ratifica, e ne sembra strano volergli compensare quel pericolo corso di restare obbligato, coll'obbligarlo: poichè gli è evidente che se il terzo domanda al gestore l'adempimento del contratto dovrà alla sua volta essere pronto ad eseguire. D'altra parte se il terzo prima della ratifica si trovava in quella condizione sfavorevole cui accenna lo Zimmermann, ciò non era tanto dovuto alla volontà del gestore quanto alla giuridica costruzione della gestione rappresentativa. È vero che gli è pur sempre il gestore che espone il terzo alle conseguenze di quella giuridica costruzione, ma è anche vero che a far ciò egli può essere mosso da motivi i più diversi, e fin in buona fede. Questa diversità di atteggiamento che il caso può assumere nella vita ci induce a credere essere erroneo, in tesi generale, il volere stabilire per esso un criterio unico in base al quale misurare l'obbligazione del gestore. Quanto poi al principio della *bona fides* invocato da Zimmermann conviene osservare che quando è man-

cata la ratifica non può dirsi integrato il negozio che terzo e gestore avevano conchiuso a nome del *dominus:* resta invece quella forma sui generis di negozio che abbiamo visto esistere prima della ratifica. Ora come può pensarsi di applicare a questa speciale figura di negozio, che esiste solo in quanto è necessaria all' attuazione della gestione rappresentativa, i criteri che la *bona fides* avrebbe suggerito per l'interpretazione del negozio che si voleva costituire, ma che non si riuscì a costituire? Giustamente osserva Hellmann che i negozi conchiusi dal gestore, prima della ratifica, non sono negozi normali e che ad essi non si possono quindi applicare i principi propri a quelli. [158] La circostanza che, per la mancata ratifica, il terzo sia rimasto danneggiato, non basta a dargli azione contro il gestore: occorre anche poter far risalire direttamente al gestore la responsabilità di quel danno.

455. — Non ci restano da esaminare che le opinioni del Laband [159] e del Seuffert. [160] Il Laband opera col concetto della *culpa in contrahendo.* Egli ritiene che il pseudomandatario sia obbligato quando manchi la ratifica a prestare l' interesse negativo; calcolando la sua responsabilità in base a quel grado di diligenza che era a prestarsi entro il negozio che fu conchiuso, ma inutilmente. Abbiamo qui una applicazione della teoria dell' Ihering sulla *culpa in contrahendo:* applicazione che trovasi naturalmente esposta a tutte le critiche che sono state mosse e si possono muovere contro quella teoria. [161] Inoltre pur prescindendo da ciò, si può obbiet-

[158] op. cit. p. 143.

[159] Zeitschrift für Handelsrecht X p. 234 e segg. — MITTEIS op. cit. p. 171.

[160] op. cit. § 14.

[161] Non è naturalmante questo luogo opportuno per addentrarsi in questa discussione: veggasi MOMMSEN *Erört* II pp. 1-33. — ZIMMERMANN op. cit. pp. 289-290.

tare al Laband che l' interesse negativo può esser fatto valere solo contro colui col quale si è contratto, e che quindi non potrebbe esser fatto valere contro il gestore, qualora si accettasse, in riguardo alla rappresentanza, quella teoria che considera come vero contraente il rappresentato. [162] Malgrado la giustezza di queste critiche, le quali ne toccano efficacemente il fondamento, la teoria Laband ne sembra tuttavia commendevole in quanto cerca di dare alla responsabilità del gestore verso il terzo un proprio fondamento giuridico. Essa inoltre abbraccia non solo quei casi nei quali il gestore è in dolo, ma anche quelli nei quali è in colpa, [163] solo errando, a quanto a noi sembra, nel determinare il grado di questa colpa.

456. — L' opinione del Seuffert [164] rappresenta il *minimum* cui può essere ridotta l' obbligazione del gestore di fronte al terzo contraente. Sulle orme del Brinz [165] egli ripone il fondamento di quella obbligazione nel dolo, che egli ravvisa nel fatto di essersi il gestore presentato al terzo come mandatario mentre tale non era. Contro questo indirizzo si è fatto giustamente notare che il punto di vista del dolo non è sempre applicabile. [166] Noi possiamo infatti immaginare varie ipotesi nelle quali il gestore, versando in errore circa la sua qualità di rappresentante, non poteva avere l' intenzione di ingannare il terzo contraente.

[162] Così e. g. HELLMANN op. cit. p. 142.

[163] MITTEIS op. cit. p. 171: « Der *falsus procurator* haftet für den Mangel des Vollmachts wenn er dolos oder culpos die fehlende Legitimation behauptet hatte. »

[164] op. cit. p. 77. — BERTOLINI op. cit. I p. 63. — HELLMANN op. cit. p. 144.

[165] BRINZ *Kritische Blätter* II p. 39. — Così anche il POLIGNANI op. cit. p. 66.

[166] Vedi le giuste considerazioni del REGELSBERGER Rec. cit. p. 234 e MITTEIS op. cit. pp. 164-165.

D' altra parte anche nei casi nei quali egli sapeva di essere un semplice gestore non può ammettersi *a priori* che egli volesse danneggiare il terzo contraente. La considerazione della vita pratica ci persuade facilmente che il più delle volte il gestore, che si dà per mandatario di fronte al terzo contraente non è mosso dalla intenzione dolosa di ingannare il terzo, ma tende, per quanto erroneamente, pur in buona fede, ad arrecare un vantaggio al *dominus* senza pregiudizio del terzo. Il punto di vista del dolo assunto dal Seuffert a fondamento delle possibili obbligazioni del gestore di fronte al terzo per mancata ratifica non è dunque sufficiente a risolvere varie fattispecie che possono presentarsi. [167]

457. — I risulati ottenuti nella critica delle varie opinioni esposte saranno ora per noi la più sicura guida nel ricercarne una migliore. Abbiamo escluso che il gestore possa essere tenuto sempre di fronte al terzo come garante dell'esistenza e validità del mandato, e, per ragioni analoghe, abbiamo escluso che egli possa essere tenuto sempre per dolo; abbiamo anche escluso che egli possa essere tenuto in forza del contratto *pel dominus* conchiuso, ma che non riescì a divenire *di lui* (opinione Zimmermann): abbiamo infine escluso che il gestore possa essere tenuto di fronte al terzo in base alla colpa da prestarsi entro il contratto, che non è riescito a perfezionarsi per il *dominus*. Abbiamo invece implicitamente ammesso che egli *possa* esser tenuto e per sua volontà e per suo dolo e per sua colpa. Ora dovendo precisare come e quando egli possa così esser tenuto, potremo facilmente procedere tenendo presente la realtà della vita e il modo nel quale si svolgono gli affari. Presentandosi al terzo per contrarre il gestore può essere richiesto del mandato; se egli o esplicitamente o tacitamente, mediante atti concludenti, assume garanzia si obbliga contrattualmente. Il contenuto di questa sua obbligazione non lo si può fissare a priori; può essere che consista nell' interesse negativo od anche in quello positivo, tutto dipendendo dall' interpretazione della volontà delle parti; ma l' obbligazione è indubbiamente in tale ipotesi contrattuale. Può essere invece che presentandosi al terzo il gestore agisca in modo da prevenire qualsiasi dubbio e con raggiri si lasci credere mandatario: in questo caso egli si obbligherà per dolo ed il contenuto della sua obbligazione sarà di risarcire tutti i danni che dal suo dolo possano essere provenuti al terzo contraente. Questi danni varieranno da un minimo economico x ad un massimo $=$ all' interesse d' adempimento. Può essere infine che il gestore si presenti al terzo in piena buona fede, ed errando si dia per mandatario, anche qui è possibile, non necessario, che il gestore resti obbligato di fronte al terzo. Se egli ha agito negligentemente, ommettendo di assicurarsi delle qualità che riteneva di avere, mentre il terzo non poteva dubitare della sua parola, vuoi per riguardi personali, vuoi per altre circostanze di fatto, egli si renderà responsabile del danno arrecato colla sua colpa. Ma questa colpa della quale egli dovrà rispondere non sarà già quella contrattuale inerente al negozio che egli volle conchiudere col terzo, ma estracontrattuale consistente nel fatto di essersi negligentemente lasciato credere ciò che non era. Mi sembra opportuno insistere su ciò, poichè la dottrina del Laband e Mitteis porta ad una arbitraria interpretazione dei fatti. Quale si sia il contratto che il gestore ha voluto concludere col terzo, la sua responsabilità non può essere diversa, poichè la sua colpa non risiede già nell' avere contratto un deposito o un mutuo a nome altrui, ma — bensì nell' essersi spacciato per altrui rappresentante. [168]

[167] Vedi anche ZIMMERMANN op. cit. p. 288 nota 385.

[168] REGELSBERGER Rec. cit. p. 234.

458. — Contro il fondamento da noi così attribuito alla possibile obbligazione del gestore di fronte al terzo per l'inesistenza o invalidità del mandato, e contro i limiti entro i quali abbiamo creduto doverla limitare si possono e si sono infatti rilevate due obbiezioni. La prima, riguardante il fondamento, si riferisce esclusivamente al diritto romano. Si dice: come può concepirsi che il gestore possa obbligarsi per danno colposamente dato, mentre è noto che l'azione *legis aquiliae,* non si concedeva che al proprietario e agli aventi un *jus in re* sulla cosa danneggiata e mentre d'altra parte è evidente che il danno dato dal gestore non può essere in alcun modo considerato come danno arrecato ad una cosa? La giustezza di questa osservazione non può essere revocata in dubbio: non così invece può dirsi della conclusione cui per essa vuol giungersi. Non bisogna dimenticare che la teoria della rappresentanza diretta non ebbe che un imperfetto svolgimento nel diritto romano; la questione da noi agitata in questo paragrafo non poteva essere quindi di grande importanza, onde si spiega come di essa non abbiamo traccia alcuna nelle fonti. Obbligandosi il gestore personalmente di fronte al terzo non si sentiva il bisogno di ricorrere al concetto della colpa estracontrattuale. Da ciò non può tuttavia nulla desumersi contro la nostra opinione: poichè essa va naturalmente oltre al diritto romano e trova piena giustificazione nei trasformati principi giuridici della colpa estracontrattuale e della rappresentanza. La seconda obbiezione riguarda i limiti entro i quali abbiamo circoscritta la possibile obbligazione del gestore. Alcuni scrittori trovano che *secondo giustizia* quei limiti lo favoriscono troppo, e che egli dovrebbe invece essere *sempre* tenuto di fronte al terzo. In questo proposito faremo nostra una osservazione del Mitteis: [169]

[169] Op. cit. p. 72.

rileva questo scrittore che il danno proveniente al terzo dal negozio giuridico conchiuso dal gestore può essere anche casuale. Se egli quindi non si è anticipatamente premunito con una *cautio de rato* non potrà essere più protetto dal diritto di quanto lo sia da una tegola che disgraziatamente gli cada sul capo. A ciò sarà opportuno soggiungere che l'estensione ed il contenuto di qualsiasi obbligazione non devono essere ricercati in criteri equitativi, che il più delle volte sono affatto subbiettivi, ma nei negozii, o nelle disposizioni di legge, dalle quali essa proviene. Se pertanto è giusta la critica che noi abbiamo cercato di dare a quelle teorie le quali riescivano a dare fondamento ad una obbligazione del gestore in ogni caso, falso è il ritenere esistente tale obbligazione; se invece esatto è il fondamento giuridico che alla possibile obbligazione del gestore noi abbiamo voluto dare; esatti saranno anche i limiti che da quel fondamento provengono all'obbligazione medesima.

459. — Ci resta a dire delle obbligazioni incontrate dal gestore ricevendo alcunchè dal terzo a nome della persona che poi negò la ratifica. Le fonti romane trattano specialmente il caso in cui il gestore abbia ricevuto un pagamento a nome di un vero o falso creditore, ma le loro decisioni possono essere estese a tutte le analoghe *dationes.* Esse concedono al terzo la *condictio sine causa* o la *condictio causa data causa non secuta.* La prima quando il terzo riteneva essere il gestore autorizzato a ricevere il pagamento, la seconda se il terzo sapeva di pagare ad un semplice gestore d'affari. L'unica differenza intercedente fra questi due casi è questa; che nel primo la *condictio* può essere esperimentata subito dopo aver pagato, e vien meno solo quando sia seguita la ratifica, [170] mentre nel se-

[170] L. 58 Dig. XLVI, 3.

condo la *condictio* non può essere esercitata che quando il *dominus* abbia negata la ratifica od abbia lasciato trascorrere il tempo entro il quale poteva utilmente prestarla.[171] È questa naturale e logica conseguenza della costruzione giuridica da noi data al negozio conchiuso dal gestore col terzo, prima che sia seguita la ratifica. Quanto al pagamento dell' indebito esistendo i medesimi elementi che nel pagamento di debito, alcuni hanno ritenuto doversi applicare i medesimi principi giuridici e le medesime azioni. Così l' Erxleben[172] ed il Gruchot. Il Bertolini invece ha cercato di dimostrare che in questa ipotesi, prevalendo il punto di vista dell' indebito, si accordava e sempre la *condictio indebiti* invece della *condictio sine causa* o *causa data causa non secuta.*[173] Senza pretendere di risolvere questa controversia, sembrano opportune alcune considerazioni in proposito. Il pagamento di un indebito fatto ad un gestore d' affari di una persona erroneamente ritenuta creditrice, è riconosciuto dalle fonti romane come un valido negozio rappresentativo. Perciò esse ci dicono che avvenuta la ratifica il pagamento si ritiene validamente eseguito al non creditore nel nome del quale fu eseguito, e contro il quale il solvente acquista la *condictio indebiti.*[174] Che agli effetti della rappresentanza il pagamento di un indebito eseguito ad un gestore sia completamente pareggiato al pagamento di un debito, risulta anche dal fatto che il terzo solvente deve attendere (qualora non ignori la qualità di semplice gestore nel rappresentante) la ratifica del non creditore, per

[171] L. 14 Dig. XII, 4; L. 25 § 1 Dig. XLVI, 8.

[172] Die Condictiones sine causa parte II p. 192 nota 9.

[173] Di Lehre von der Geldschuld nach heut. deutschen Recht Berlin 1871, p. 65 (citato dal Bertolini).

[174] L. 5 § 11 (6 § 9) Dig. III, 5; L. 16 e 22 Dig. XLVI, 8; L. 81 (80) § 5 Dig. XLVII, 2.

poter muovere contro di lui la *condictio indebiti.* Ora questo fatto, che ci spiega perfettamente come il *dominus subbiettivo possa* ratificare, non è forse in aperta contradizione colla opinione del Bertolini, secondo il quale la giurisprudenza romana avrebbe fatto prevalere, in riguardo al pagamento di un indebito eseguito al gestor d' affari, il punto di vista dell' indebito, accordando sempre la *condictio indebiti,* invece di quella *sine causa* o *causa data causa non secuta?* Se il punto di vista dell' indebito avesse realmente prevalso non si sarebbe forse dovuto accordare senz' altro la *condictio indebiti* contro il gestore, negando per logica conseguenza che il *dominus* subbiettivo potesse ratificare? Quanto alle fonti, mentre riconosciamo l' ingegnosità della interpretazione ad esse data dal Bertolini, dobbiamo soggiungere che essa non è necessaria, e però poco concludente. Che le L. 6 § 2 Dig. XII, 6 e L. 8 Cod. IV, 5 si trovino sotto il titolo *de condictione indebiti* non significa nulla in favore del Bertolini, poichè, sia che si accetti la sua opinione, sia che si accetti invece quelle dell' Erxleben e del Gruchot, non resta meno vero che in esse si tratta in generale di una questione di indebito pagamento. Nella L. 6 § 2 cit. si parla di un diritto di ripetere che ha il solvente contro il gestore quando non sia seguita la ratifica, ma non si dice menomamente che questa ripetizione debba avvenire mediante la *condictio indebiti* o mediante la *condictio causa data causa non secuta.* Così pure la L. 8 Cod. cit. dice che l' indebito si può ripetere dal gestore, *(indebiti repetitio..... competit),* ma non dice che tale ripetizione avvenga colla *condictio indebiti;* mentre è evidente che (anche ammesso si concedesse invece la *condictio sine causa,* o la *condictio causa data causa non secuta)* ciò che con queste azioni si sarebbe preteso non avrebbe cessato di essere un *indebitum.* Assai arrischiata infine ci sembra l' argomentazione *a*

contrariis desunta dalla L. 14 Dig. XII, 4. Restano in favore della opinione del Bertolini due passi dei Basilici: 9, 11, c. 22 e XXIV, I, c. 25 ai quali più difficilmente possono addattarsi le osservazioni testè fatte circa l'interpretazione delle fonti romane. Non è escluso tuttavia che questi due frammenti rispecchino uno stadio ulteriore della dottrina romana, e a credere ciò può indurci l'esame delle difficoltà teoriche, che presenta la dottrina che il Bertolini crede esser stata classica, mentre fu probabilmente solo bizantina. [175]

[175] Occorre appena notare che sia in caso di pagamento di debito che di indebito, il terzo, quando si sia fatta prestare la *cautio de rato* può agire contro il gestore, mancando la ratifica, coll'*actio ex stipulatu:* L. 22 pr. e § 1 e L. 25 § 1 Dig. XLVI, 8.

PARTE IV

Effetti della gestione degli affari altrui

CAPITOLO I

Obblighi del gestore durante la gestione

§ 1. — *L'obbligo di continuare la gestione intrapresa*

BIBLIOGRAFIA: — Ruhstrat *Ueber einige wichtige Grundsätze der negotiorum gestio* [Iahrb. für die Dogm. XXVII (n. s. XV)]. — Ruhstrat *Ueber die actio negotiorum gestorum directa* [Iahrb. für die Dogm. XIX (n. s. VII)]. — Koelner op. cit. — Ogonowski op. cit. — Maisonnier op. cit. — Domenget op. cit. — Toullier Droit Civil. — Laurent Droit Civil. — Giorgi op. cit. — Delvitto Commento teor. pr. del cod. civ. all'art. 1141. — Mattei cod. civ. it. all'art. 1141. — Cogliolo op. cit.

460. — L'obbligo che ha il gestore, di continuare la gestione intrapresa, [1] non ha fondamento nella sua volontà, comunque concepita, [2] ma nell'indole stessa del fatto della gestione, considerata quale arbitraria intromissione nel patrimonio altrui. Vero è che il fatto della gestione è un fatto volontario, ma ognun vede che la volontà del gestore può andare oltre i limiti del fatto suo e

[1] L. 20 (21) Dig. III, 5.

[2] Nella dottrina questo indirizzo che ripone il fondamento dell'obbligo di continuare la gestione nella volontà del gestore può dirsi prevalente; solo alcuni concepiscono questa volontà come semplice intenzione di gerire per il *dominus,* altri come volontà di entrare nel rapporto gestorio, altri infine come prestazione di consenso quasi contrattuale. Veggansi gli autori citati nella bibliografia di questo § e specialmente Ruhstrat Iahrb. XXVII (n. s. XV) p. 72, 84 e passim, Ogonowski op. cit. p. 62, Koelner op. cit. p. 94 « der in der Uebernahme der Geschaftsbesorgung sich kund gebende Wille eine Anderen zu vertreten, dieser Vertretung Dauer und Grenzen sètzt. — Laurent XX n. 327 « ..... la solution de la question ne peut être cherchèe que dans la volonté du gerant ». — Toullier VI n. 32. Vedi anche retro n. 85 p. 110.

qualificarsi in guisa diversa: non solo quindi per usare un linguaggio esatto, ma anche, e piuttosto, per ottenere un criterio sicuro di definizione dell' obbligo del gestore di continuare la gestione, conviene dire che esso è fondato sul fatto gestorio, non sulla intenzione del gestore. I giuristi romani dicevano che colui che ha intrapesa la gestione di affari altrui non deve poi abbandonarla: *ne forte si rem coeptam deseruerit fraudis vel culpae causa condemnetur;* [3] dicevano anche esser tenuto all' amministrazione di un' intero patrimonio colui che vi si fosse intromesso, allontanando con tale suo atto ogni altro gestore, senza distinguere per vero se tale allontanamento fosse stato da lui previsto e voluto: *suscepisset enim fortassis alius si is non coepisset!* Essi dunque non si richiamavano alla volontà del gestore, ma dal suo fatto desumevano una responsabilità! Il diritto dice al gestore: tu non sei obbligato ad intervenire, ma se intervieni guardati poi dal dipartirti senza giusta ragione: cura che la tua gestione, da atto spontaneamente utile al *dominus,* non si trasformi in un atto *colposamente dannoso!* Non bisogna dunque confondere o parificare [4] l' obbligo che di gerire ha il mandatario in seguito al mandato, coll' obbligo che ha il gestore in seguito all' assunta gestione: quello è fondato sulla volontà medesima del mandatario esplicata nel contratto di mandato, questo nel principio generale pel quale ogni individuo deve contenersi entro la propria sfera patrimoniale, principio che ha una specifica sanzione nell' istituto dell'*actio neg. gest. (directa).*

[3] L. 29 § 2 Dig. XXVI, 7; analogamente L. 1 § 9 Dig. XXVII, 5; L. 17 § 3 Dig. XIII, 6. — Wassak *Zur Gesch. der neg. gest.* p. 122. — Basilici XIII, 1, 17.

[4] Tale parificazione trovasi presso tutti i seguaci della teoria quasi-contrattuale: vedi e. g. Ogonowski op. cit. p. 62, ma contro di essa molto giustamente ha rilevato il Pernice Zeitschrift für Handelsrecht XXV p. 102, 103 come solo per contratto sia possibile *sibi necessitatem imponere.*

461. — Ed ora veniamo alle disposizioni del nostro diritto positivo. L' art. 1141 cod. civ. it. dispone che *quegli che volontariamente si assume un affare altrui contrae l' obbligazione di continuare la gestione cominciata e di condurla a termine sino a che l' interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso.* Questo articolo del nostro codice civile è una fedele traduzione dell' art. 1372 del cod. civ. fr. Ora è nota la viva discussione cui diede luogo la forma nella quale era appunto concepito l'art. 1372 cod. civ. fr.; discussione che, se non riescì ad ottenere una modificazione dell' art. medesimo, ne pose tuttavia in evidenza la vera portata. Gli stessi difensori del progetto infatti ammisero che l' obbligo del gestore *di condurre a termine* la gestione non dovevasi considerare rigorosamente, ma limitatamente alla ipotesi di *intempestivo abbandono,* e la dottrina francese fu concorde nel dare all' art. 1372 questa interpretazione. [5] Il legislatore italiano, copiando l' art. 1372, non poteva volere ad esso attribuire altro significato che quello già sancito dalla interpretazione francese. Mentre pertanto gli si può far addebito di non aver portato la lettera di questa disposizione in armonia collo spirito che la informa, non gli si può certo attribuire una intenzione diversa da quella che dai lavori preparatori del codice francese risulta esser stata intenzione del legislatore francese. Resta dunque esclusa quella rigida interpretazione letterale dell' art. 1141 cod. civ. it., la quale avrebbe portato le disposizioni di questo articolo in armonia colla dottrina sopra accennata, che ripone il fondamento dell' obbligo del gestore di continuare la gestione — nella volontà del gestore medesimo.

462. — Il fondamento attribuito all' obbligo del gestore di

[5] Fenet *Travaux prep.* XIII p. 453 e segg. — Domenget op. cit. II n. 1292, 93.

continuare la gestione, e la interpretazione data all' art. 1141 del cod. civ. it. ci portano a determinare con precisione il suo contenuto. Diremo che il gestore è tenuto a continuare solo in quanto non possa impunemente tralasciare; e che egli può impunemente tralasciare, in quanto questo suo atto non sia dannoso e non possa essere considerato colposo di fronte a quello della *susceptio gestionis*. La colpa del gestore, il danno del *dominus* sono dunque i due criteri che ci debbono guidare nel determinare se il gestore sia responsabile per non aver continuato a gerire, se in altri termini egli abbia violato l' obbligo di continuare la gestione intrapresa. Questi due criteri devono poi concorrere: giacchè il solo danno del *dominus* non potrebbe essere imputato al gestore se questi non fosse in colpa, nè, d' altra parte, la colpa del gestore basta a creare in lui una responsabilità se da essa non sia anche provenuto un danno. Quando quindi il gestore, per circostanze imprevedute, ed imprevedibili da un buon padre di famiglia, si trova costretto ad abbandonare la gestione per attendere esclusivamente ai fatti propri (si supponga il caso del fallimento del gestore) egli non incontra nessuna responsabilità.[6] Da questa ipotesi esula il concetto della colpa, ed il sistema giuridico individualistico deve naturalmente ammettere che l' interesse proprio del gestore prevalga su quello del *dominus assente!* In questo concetto conviene la dottrina civilistica moderna;[7] a noi basti il rilevare come esso tuttavia non si con-

[6] Laurent XX n. 327. — Aubry e Rau § 441. — Toullier IX, 23. — Larombiere all' art. 1372-73 n. 8. — Demolombe VIII, 136. Quanto all' *obbligo* che da taluno si vuole in linea assoluta imporre al gestore di notificare al *dominus* la necessità in cui si trova di tralasciare la gestione, (Giorgi V n. 48) riteniamo non debba essere inteso che come pratico espediente per premunirsi da ogni responsabilità: vedi Cogliolo op. cit. II p. 107 nota 783.

[7] Opere citate nella nota precedente.

cilii naturalmente colla dottrina che pone il fondamento dell' obbligo di continuare la gestione nella volontà del gestore![8]

463. — Le azioni *neg. gest.* sorgendo *ex re* passano attivamente e passivamente negli eredi: *haec autem actio,* dice la L. 3 § 7 Dig. III, 5, *cum ex negotio gesto oriatur et heredi et in heredem competit.* Essendo morto il *dominus* il gestore non potrebbe quindi esimersi dal continuare la gestione dicendo che egli aveva assunto la gestione per il *dominus* personalmente. Ma gli è inesatto il dire che egli sia in ciò trattato più rigidamente del mandatario, poichè se questi può troncare la gestione, anche con danno degli eredi, quando dimostri che il contenuto del contratto di mandato non includeva da parte sua che l' obbligo di gerire finchè fosse vivo il mandante, egli non può però, di regola, appellandosi a quel tanto di personalità che è insita nel mandato, esimersi dalla responsabilità dei danni arrecati con un intempestivo abbandono. Ciò risulta dalle combinate disposizioni degli art. 1745 e 1757 cod. civ. it. Tale essendo pertanto la situazione del mandatario di fronte agli eredi del mandante, ben si può dire col Giorgi[9] che egli è trattato alla medesima stregua del gestore. Non più ampia è infatti l' obbligazione al gestore sancita nell' art. 1142 cod. civ. it.

464. — Nel caso infine in cui sia morto il gestore, gli eredi suoi saranno tenuti a continuare la gestione in sua vece e alla pari di lui. Non potrebbesi alla gestione applicare il principio che per il mandato trovasi sancito all' art. 1763,[10]

[8] Questa critica riguarda principalmente i seguaci della dottrina quasi contrattuale: vedi opere citate retro nota e specialmente Koelner op. cit. p. 94.

[9] V. n. 49. Contro Maisonnier op. cit. p. 115-16 e 190-91. — Dabanrour op. cit. p. 95. — Cogliolo op. cit. II p. 109 nota 788.

[10] Contro Cassazione di Torino 15 Nov. 1888.

poichè l'obbligazione di continuare la gestione ha il suo fondamento nel fatto della gestione, essa esiste quindi obbiettivamente nel patrimonio trasmesso all'erede. L'obbligazione del mandatario invece ha il suo fondamento nel contratto di mandato, il quale si estingue colla morte del mandatario. Gli eredi del mandatario pertanto non sono tenuti che in quanto fossero consapevoli del mandato. Questa è una disposizione tutta propria al mandato, e che rispecchia in certa guisa quel tanto di personalità che esso include! Non possiamo quindi convenire nella teoria, considerata dal Giorgi [11] come dominante, per la quale gli eredi del gestore non sarebbero tenuti a proseguire la gestione. La facoltà ad essi attribuita di liberarsi da ogni responsabilità notificando al *dominus* il loro abbandono della gestione non può aver maggiori effetti, nè essere concessa a condizioni diverse da quelle nelle quali essa può competere al gestore medesimo. [12]

§ 2. — *Dell' obbligo del gestore di intraprendere nuovi affari*

BIBLIOGRAFIA: — Vedi le opere citate nel § precedente e specialmente MONROY op. cit. § 22. — COGLIOLO op. cit. II § 39. — GIORGI V. n. 53 e scritti ivi citati.

465. — Sull'obbligo del gestore di intraprendere nuovi affari abbiamo i seguenti testi romani, che sono generalmente considerati contradittori: L. 5 § 14 (6 § 12) Dig. III, 5; L. 20 (21) § 2 Dig. III, 5 e L. 20 Cod. II, 19. Poche considerazioni però mi sembrano sufficienti a dimostrare che la contradizione loro è tutta apparente. Nella L. 5 § 14 cit. infatti, Giuliano decide che il gestore è responsabile di non aver trattato nuovi affari, quando col fatto della sua gestione abbia impedito ad altri di

[11] V. n. 5.

[12] Vedi retro n. 462 nota. 6.

assumerne la cura: Paolo invece nella L. 20 § 2 cit. enuncia il principio che il gestore non può esser tenuto oltre ai limiti della gestione intrapresa. Del qual principio è poi fatta applicazione nella L. 20 Cod. cit. Facile è dunque la conciliazione di queste tre leggi. Giuliano non nega nella L. 5 § 14 cit. ciò che Paolo stabilisce nella L. 20 § 2 e Diocleziano e Massimiano applicano nella costituzione 20 cit.; egli dice soltanto che l'astensione da nuovi negozi può implicare responsabilità nel gestore quando, col fatto della sua gestione, egli abbia impedito che altri di quei negozi si occupasse. Non si tratta dunque nella L. 5 § 14 cit. di un obbligo che abbia il gestore di gerire nuovi affari (obbligo che non gli verrebbe imposto nelle altre due leggi), si tratta semplicemente di una conseguenza, che può avere il fatto della sua gestione. Se egli si spaccia e. g. per un mandatario generale e con tale suo atto impedisce che un terzo curi un certo affare del *dominus* assente, egli incorre in una responsabilità, la quale potrà solo evitare assumendo egli stesso cura di quell'affare. Ciò è ben diverso dal dire che egli assuma gerendo alcuni affari l'obbligazione di gerirne altri di nuovi, [13] o che, assumendo egli la gestione patrimoniale di un Tizio, si sia obbligato a gerire tutti i negozi che la compongono. La responsabilità del gestore non deve venir misurata dalle sue intenzioni, ma dai suoi fatti, e solo in quanto questi fatti abbiano, per sua colpa, pregiudicato in qualsiasi modo il *dominus*. Gli è bensì vero che normalmente l'attività del gestore si estenderà quanto la sua intenzione prescrive, ma ciò non toglie che la sua responsabilità

[13] Questo principio viene erroneamente desunto dal Ruhstrat con un pessimo argomento a *contrariis* dalla L. 20 § 2 (21 § 2) Dig. cit. « Es ergibt sich daraus dass solange der Herr lebt, auch neue Geschäfte begonnen werden müssen, sofern deren Ausführung nach den Grundsätzen eines guten Hausvaters angemessen erscheint » (Iahrb. XIX. N. F. VII p. 264).

sia *sempre* fondata sul suo *fatto* e non sulla sua *intenzione*. Se si dice che il gestore è tenuto perchè *ha voluto* gerire, gli è che si indica il momento oggettivo dell'attività del gestore col momento subiettivo, (vedi retro n. 317), ma il fondamento giuridico delle sue obbligazioni è pur sempre riposto in quello non in questo. Basterà di ricordare come il predone ed il possessore di buona fede siano tenuti alla pari del gestore, che ha l'*animus neg. al. gerendi.* [14]

466. — Il criterio che decide quali nuovi affari un gestore debba intraprendere è dunque quello medesimo, che abbiamo delineato nel § precedente per decidere quando il gestore sia tenuto a continuare la gestione intrapresa. Non si tratta di vedere se certi negozi sieno in uno stato di connessione indivisibile con quelli già trattati (nutrennbare Zusammenhang), nè se un gestore abbia voluto gerire un certo complesso di affari o fin anco un intero patrimonio, ma si tratta di vedere in quale responsabilità abbia incappato il gestore intromettendosi nella sfera patrimoniale altrui. Vero è che se un affare è strettamente connesso con uno trattato dal gestore, questi si rende responsabile se omette di trattarlo, ma non già perchè è connesso, ma perchè ed in quanto gerendo il primo egli ha naturalmente impedito ad un altro gestore di gerire il secondo! Vero è anche che, chi si fa a gerire un complesso di affari o un patrimonio, dovrà per regola non omettere la trattazione di alcun affare ad esso appartenente; ma anche qui bisogna precisare bene la portata di

[14] Ciò dimostra l'erroneità delle affermazioni del Ruhstrat là dove pone il principio [p. 266 - 267 Iahrb XIX, IV (VII)] che il gestore, il quale ha manifestato l'*animus gerendi* per una certa sfera di affari, sia tenuto nei limiti di essa nell'interesse del dominus: — « *er gilt als quasicontractlich obligirt die Verwaltung in der Umfange in welchen er sie übernommen hat durchzuführen.* »

questo principio: non è già che facendosi a gerire un patrimonio uno si assuma *per propria volontà* l'obbligo di gerire gli affari tutti ad esso inerenti, ma perchè, ed in quanto, chi gerisce un patrimonio intero esclude e allontana i gestori di un singolo affare in esso compreso! Il Cogliolo, che, come fra poco vedremo, accetta la distinzione fra gestione *unius negotii* e gestione patrimoniale, dice che chi gerisce un patrimonio deve essere considerato come avente « *la seria volontà di amministrare tutto* » e quindi deve essere *necessariamente* considerato come colposo amministratore, se omette di trattare alcun affare inerente alla gestione intrapresa. Ma una simile presunzione di colpa non mi sembra si possa elevare in via di ricostruzione teorica! Nè mi sembra più *convincente quanto* egli scrive, che nessuno si offre a gerire un singolo negozio del *dominus*, quando sa esservi un gestore patrimoniale. La L. 5 § 14 Dig. h. t. citata a questo proposito non dice tanto: essa considera un caso nel quale *di fatto* risultava che un terzo si sarebbe assunto certi affari del *dominus* se il gestore positivamente, col suo contegno, non l'avesse allontanato lasciandogli credere essere l'opera sua superflua. Ogni uomo di media intelligenza poi comprende che la presenza di un gestore universale non è per se stessa sufficiente a tutelare gli interessi del *dominus:* talvolta può anzi essergli dannosa; sicchè l'intervento di altri gestori può manifestarsi più che mai necessario. Pertanto l'allontanamento di altri gestori solo allora potrà essere attribuito a colpa del gestore, quando egli *positivamente* abbia agito in modo da ottenere quello scopo, spacciandosi e. g. per un tutore o mandatario universale. D'altra parte, come già abbiamo visto, non basta che il gestore sia in colpa al sorgere della sua responsabilità per la non continuata gestione o per non aver trattato nuovi negozi: è necessario anche che questa sua colpa abbia prodotto un danno. Ora chi potrà

dire avere il *dominus* sofferto un danno per l'omessa trattazione di qualche negozio da parte del gestore universale, quando tali negozi, anche se egli non fosse intervenuto, non sarebbero stati trattati da alcun altro? Non mi sembra pertanto accettabile la costruzione del Cogliolo: o l'obbligazione di gerire nuovi affari la si ricollega alla *volontà* del gestore ed allora si è logici nel ritenere che esista sempre, quando tale volontà esista, (teoria Koelner Ruhstrat ecc.); oppure la si ricollega alla colpa del gestore ed allora non la si può ammettere che quando tale colpa *concretamente esista* ed abbia prodotto un danno per il *dominus*.

467. — Ma il Cogliolo cerca dare altro sostegno alla sua opinione. Egli dice che il gestore patrimoniale è obbligato anche a gerire nuovi affari, quando essi sieno talmente connessi con quelli già trattati, da non potersi dire essere esaurita la *gestio patrimoni,* se anche essi non vengano assunti e compiuti. E questa una argomentazione molto ingegnosa, ma, a ben considerare, mi sembra che si risolva in una sottile petizione di principio. Essa suppone già fissato e consistente un concetto di *gestio patrimoni,* che invece viene per essa posto in vita. Giacchè il quesito che stiamo discutendo consiste appunto nel determinare *quali* nuovi negozi il gestore debba intraprendere; solo quando si sia con precisione chiarito questo punto sarà possibile determinare l'estensione della *gestio patrimoni.* Ora, seguendo la dottrina accolta, noi abbiamo una soluzione assai piana da dare al problema che sopra ci siamo proposti: noi diciamo che la *gestio patrimonii* è sempre esaurita quando il gestore possa senza colpa allontanarsene. Il Cogliolo invece parte da un concetto già prestabilito: quello della *gestio patrimonii* e vorrebbe poi, in base a questo, determinare quali nuovi affari debba intraprendere un gestore, quali possa omettere! Il Cogliolo è seguace in

questo indirizzo del Monroy e del Ruhstrat. Questi due scrittori si sono raffigurati un concetto tutto speciale della *gestio patrimonii,* al punto da separarla dalla *gestio unius negotii* e dal considerarla come un istituto a sè. Nel Ruhstrat questa teorica ha un fondamento suo proprio nella dottrina quasi contrattuale da lui professata. Come vi è un mandato speciale ed un mandato generale, così vi è anche un quasi-mandato speciale ed un quasi-mandato universale. Nel Monroy e nel Cogliolo la figura specifica della *gestio patrimoni* non ha alcun fondamento teorico indipendente, ma viene sostenuta e giustificata in quanto si crede di poter con essa risolvere molte difficoltà offerte dalle fonti, o presentatesi nello svolgimento della costruzione giuridica da essi data alle obbligazioni *neg. gest.* Io ritengo che la figura giuridica specifica della *gestio patrimonii* non abbia alcuna consistenza giuridica. Tale consistenza non è riescito a darle il Ruhstrat fondandosi sul concetto del quasi contratto; nè più felici mi sembra sieno stati il Monroy ed il Cogliolo. Chi non vede infatti che gli è, già per se stesso, artificioso metodo quello di ammettere e sostenere nuovi concetti giuridici, solo in quanto per essi sia possibile spiegare difficoltà esegetiche o dogmatiche? Ogni difficoltà può essere spiegata in diversi modi; ma quella spiegazione è indubbiamente preferibile la quale si ricollega a principi indipendentemente dimostrabili in riguardo all'istituto che alla difficoltà medesima dà luogo. Se pertanto a noi riescisse il dimostrare che le difficoltà, a risoluzione delle quali il Monroy ed il Cogliolo hanno chiamato in aiuto il concetto sussidiario della *gestio patrimonii,* sono altrimenti superabili, e per vero in armonia coi principi generali da noi sostenuti in rapporto alle obbligazioni *neg. gest.,* potremmo dire di avere ad un tempo confutato la dottrina che annette un contenuto specifico alla *gestio patrimoni,* invalidate le teorie che a spiegazione delle fonti

hanno avuto bisogno di ricorrere a questo concetto sussidiario, riconfermati efficacemente i risultati generali da noi ottenuti sulla natura e costruzione giuridica delle *obligationes neg. gestorum.*

468. — Esporremo, allo scopo indicato nel numero precedente, le difficoltà per le quali si è ricorso al concetto della *gestio patrimonii* come istituto a sè: —

1°) difficoltà di spiegare come il gestore possa essere tenuto coll' *actio neg. gest. (directa)* per *negotia* da lui intrapresi non *utiliter.*

2°) difficoltà dello spiegare il principio a *capite rationem reddendam est.*

3°) difficoltà dello spiegare come nella L. 21 Dig. XVIII, 4 la rivendita di una cosa già venduta non sia considerata *negotium* del primo compratore, mentre tale è considerata la rivendita di una *singula res ex hereditate vendita.*

4°) difficoltà del fissare un criterio in base al quale determinare quali nuovi negozi debba intraprendere un gestore.

5°) difficoltà dello spiegare il principio: *absens pensare lucrum cum damno debet.*

Tutte queste difficoltà vengono superate dal Monroy e dal Cogliolo col concetto della *gestio patrimonii.* Tutte queste difficoltà possono e devono invece essere spiegate diversamente. La prima intanto non è una difficoltà per noi, che abbiamo dimostrato prescindere l' *actio neg. gest. (directa)* dal requisito dell' *utiliter coeptum;* la seconda è indifferente di fronte al preteso concetto della *gestio patrimonii: initium spectandum est* significa che l' utilità della gestione deve essere considerata nel momento in cui essa venne intrapresa, in accordo a quanto abbiamo ampiamente detto nel capo V parte II § 5 di questo trattato. Viene la terza difficoltà che sarebbe quella offerta dalla

L. 21 Dig. XVIII, 4. Per questo riguardo non abbiamo che a rimandare il lettore al cap. III § 8 della parte II di questo trattato: dalla esegesi ivi data di questa legge risulta evidentemente, come non solo non sia necessario il concetto della *gestio patrimonii* per superare la difficoltà, che il testo presenta, ma come esso sarebbe invece insufficiente. La interpretazione da noi data alla L. 21 cit., come quella che è in perfetta armonia colla teoria generale del *negotium alienum* dedotta dalle fonti, dimostra pertanto come inutilmente si cerchi nella L. 21 un argomento a sostegno del concetto speciale della *gestio patrimonii.* Sulla quarta difficoltà non ci fermeremo a lungo. Conveniamo che sia necessario ricercare un criterio in base al quale determinare quali nuovi negozi il gestore debba intraprendere, ma osserviamo che il concetto della *gestio patrimoni* non dà che un criterio arbitrario, al quale, dopo quanto abbiamo sopra detto, manca anche ogni fondamento giuridico. Resterebbe infine a giustificazione del concetto della *gestio patrimonii* la sua attitudine a spiegare il principio: *absens pensare lucrum cum damno debet;* ma di questo ci occuperemo fra poco, dimostrando come non solo il concetto della *gestio patrimonii* non è necessario a spiegare questo principio, ma che al contrario esso tende ad oscurarne la genuina natura e la vera portata pratica. La conclusione di tutte queste considerazioni è evidente; la *gestio patrimonii* non ha ragion d' essere come concetto a sè: l' uso che di essa hanno fatto il Cogliolo ed il Monroy dimostra l' imperfezione delle loro teorie generali sulle *obbligationes neg. gest.:* la confutazione che noi ne abbiamo data costituisce una specie di nuova riprova della nostra teoria generale delle obbligazioni medesime.

§ 3. — *Dell' obbligo del gestore di esigere i crediti del* DOMINUS *e di* EXIGERE A SEMETIPSO

BIBLIOGRAFIA: — Principalmente CHAMBON op. cit. — BERTOLINI *Della ratifica* II. — COGLIOLO op. cit. II.

469. — La ricerca su questo punto si diparte dalla esegesi della

L. 18 (19) § 3 Dig. III, 5: —

Paulus libro secundo ad Neratium

Cum me absente negotia mea gereres imprudens rem meam emisti et ignorans usucepisti: mihi negotiorum gestorum ut restituas obligatus non es. sed si, antequam usucapias, cognoscas rem meam esse, subicere debes aliquem qui a te petat meo nomine, ut et mihi rem et tibi stipulationem evictionis committat: nec videris dolum malum facere in hac subjectione: ideo enim hoc facere debes ne actione negotiorum gestorum tenearis.

La difficoltà del testo consiste tutta nel decidere se la frase *subicere debes aliquem ut a te petat meo nomine* debba riferirsi ad un vero giudizio, oppure ad una semplice interpellazione. Accolta quella prima interpretazione resta a vedersi se, ed in quanto, un terzo estraneo possa agire giudizialmente in veste di gestore a nome del *dominus*. Il Chambon [15] sostiene che il gestore non ha facoltà in generale di agire giudizialmente a nome del *dominus:* ritiene però trattarsi nella fattispecie della legge in esame di un vero giudizio di rivendicazione concesso, o in via eccezionale, nell'interesse del *dominus,* dal pretore *(causa cognita),* oppure

[15] Op. cit. pp. 85 e seg.

esercitato da una *conjuncta persona.* In questa opinione il Chambon è indotto dal modo nel quale egli concepisce l' azione in regresso dell' evitto. Egli afferma che l' evitto può agire in regresso solo quando abbia espletato contro il rivendicante tutte le eccezioni possibili (arg. L. 55 pr. Dig. XXI, 2); ora fra tali eccezioni essendo anche l' *exceptio procuratoria* non può ammettersi (così egli dice) che l' evitto acquisti azione in regresso, se ha omesso di sollevarla, o di chiamare in causa a questo fine il suo autore. Solo il pretore in via eccezionale avrebbe potuto, concedendo la *rei vindicatio* al terzo, derogare a questi principi: quando poi il terzo fosse una *conjuncta persona* non sarebbe esposto alla *exceptio procuratoria.*

470. — Mentre convengo pienamente col Chambon nel ritenere trattarsi nella fattispecie della legge in esame di un vero giudizio di rivendicazione, non posso convenire con lui nei limiti imposti alla facoltà del terzo *subjectus ut petat alieno nomine.* Io ritengo infatti che il compratore possa agire in regresso per evizione, indipendentemente dall' aver sostenuto un giudizio di rivendicazione, anche quando cioè egli abbia volontariamente consegnato la cosa comperata al terzo, che glie l' aveva richiesta. Egli sarà soltanto in tale ipotesi tenuto poi a dimostrare, (agendo in regresso per evizione contro il suo autore), che il terzo cui egli aveva consegnato la cosa ne era realmente il proprietario. Ciò posto si comprende anche come il gestore compratore, convenuto dal terzo colla *rei vindicatio,* possa esimersi dall'espletare contro il rivendicante i mezzi procedurali che gli competono; possa quindi anche esimersi dal sollevare l' *exceptio procuratoria.* Così contenendosi, egli non perderà certamente la sua azione in regresso per evizione; solo per farla valere dovrà dimostrare il diritto spettante

al terzo che contro di lui esercitò la *rei vindicatio* (arg. *a fortiori* dalla L. 11 § 12 Dig. XIX, 1). Nè in ciò vi è asprezza o difficoltà alcuna. Chi meglio del gestore rimasto soccombente nel giudizio di rivendica potrebbe infatti dimostrare l' esistenza del diritto di proprietà del rivendicante medesimo? Se tale prova non fosse stata facile ed evidente, come mai avrebbe potuto essersi il gestore deciso a *subijcere aliquem ut petat?* D'altra parte neppure è a pensarsi che il venditore chiamato in causa potesse costringere il compratore a sollevare l' *exceptio procuratoria* o sollevarla egli stesso. Se il compratore può consegnare la cosa a chi la richiede come propria senza neppure accettare il giudizio, e se ciò nullameno non perde il diritto di agire in regresso, a maggior ragione potrà condurne il giudizio così come gli sembra più conveniente. Che poi a non sollevare tale eccezione egli avesse interesse risulta evidente quando si consideri che, solo vincendo il terzo nel giudizio di rivendicazione, egli sarebbe rimasto libero da ogni responsabilità di fronte al *dominus negotiorum;* e che in ciò fare egli non incorresse in dolo di fronte al venditore, è detto esplicitamente nel testo e ben si comprende che così debba essere, considerando il contenuto del testo medesimo.

471. — Contro tutte le considerazioni svolte nel numero precedente potrebbe sollevarsi questa obbiezione: ammesso che non sia necessario che la cosa venga giudizialmente evitta, onde il compratore possa agire in regresso per evizione contro il proprio autore, a che scopo sostenere poi che nella L. 18 (19) Dig. III, 5 si tratti di un vero giudizio di rivendica mosso dal terzo *subjectus?* Non sarebbe più naturale l' ammettere e. g. col Cogliolo [16] che il giudizio cui allude la L. 18 (19) cit. doveva essere fittizio e non aver altro scopo che quello di interrompere la prescrizione? Le ragioni che rendono preferibile la nostra interpretazione sono molteplici. Anzitutto non può dimenticarsi che il testo parla di *petere rem,* frase tecnica ad indicare l' esercizio della *rei vindicatio.* Poi deve considerarsi che il giudizio di rivendica era la forma più atta ed efficace a dimostrare la proprietà nella persona rappresentata dal gestore evincente, e che tale dimostrazione era poi sufficiente a dar fondamento all' azione in regresso del compratore evitto. In terzo luogo deve notarsi che tutti i pericoli cui taluno, (e. g. il Chambon), [17] teme di esporre il *dominus,* ammettendo che il gestore possa agire giudizialmente a suo nome, sono immaginari, o fondati sopra erronei apprezzamenti. Mostra infatti il Chambon [18] di credere che il *dominus* per sottrarsi all'obbligo di ratificare il giudizio, a suo nome condotto dal gestore, debba dimostrare non essere stato quel giudizio utilmente intrapreso, mentre invece gli è il gestore che per esercitare l' *actio neg. gest. (contraria)* deve dimostrare l'utilità della gestione giudiziale da lui intrapresa..... L'ammettere il gestore in giudizio *nomine domini* non ha dunque in sè nulla di difficile o pericoloso; l' ammetterlo nella speciale fattispecie della L. 18 (19) cit. è poi consono allo spirito che informa la decisione del giurista, e tanto meno dubitabile, in quanto può altrimenti desumersi dalle fonti romane essere stati frequenti, dall' epoca classica ai tempi di Giustiniano, i casi di gestione giudiziaria. [19]

[16] Op. cit. II pp. 127-28.

[17] Op. cit. pp. 85 e segg.

[18] Op. cit. pp. 86-88.

[19] Vat. Fr. § 317-330-32. — Gai IV, 97-98. — L. Dig. III, 5. — L. 30 (31) § 7 Dig. eod.; L. 34 (35) eod.; L. 21 Cod. II, 12. — Rümelin op. cit. a p. 29 di questo trattato pp. 96 e segg.

472. — Nel primitivo processo formulare il gestore poteva agire in giudizio alla pari del mandatario: questo principio non presentava allora alcuna difficoltà, giacchè in quell'epoca neppure il vero mandatario consumava l'azione del suo principale (Gai IV, 84). Tutto riducevasi alla prestazione di una *cautio de rato*. Fu solo quando cominciò ad ammettersi che il mandatario potesse in certi casi consumare l'azione del suo principale, che la figura del gestore giudiziario si venne notevolmente distinguendo da quella del *procurator*: solo al primo infatti si concesse allora di consumare l'azione introdotta in giudizio nei casi nei quali si ammise che essa potesse venir consumata. Da questa distinzione scaturì l'*exceptio procuratoria, exceptio* già elaborata ai tempi di Giuliano,[20] la quale poteva essere elevata di fronte ai gestori che non fossero *conjunctae personae*. Senonchè lo scopo e l'effetto di questa eccezione si conteneva in questi limiti: escludere che il gestore potesse, alla pari del vero *procurator*, consumare l'azione introdotta in giudizio. Nulla quindi ci impedisce di pensare che il convenuto rinunciasse a valersene tutte le volte che l'attore, essendo un rappresentante senza mandato, non tendesse a quegli effetti, ma prestando invece la *cautio de rato*, tendesse a risolvere la controversia cogli effetti coi quali essa, a mezzo di rappresentante con o senza mandato, poteva in origine venir sollevata. Venne la Cost. 3 Cod. Theod. II, 12 la quale stabilì che si dovesse al principio della lite ricercare se esistesse o no il mandato, e se esistesse nelle forme debite; ma anche questa costituzione non escludeva che si potesse, mancando il mandato, agire così come si agiva prima che a certe forme di mandato si attribuisce l'efficacia di consumare l'azione. Non è quindi esagerato l'affermare che la nullità com-

[20] Bertolini op. cit. II p. 95 L. 23 Dig. XLVI, 8.

minata dalla Cost. 3 cit. riguardasse la lite in rapporto agli effetti della consunzione processuale. Per lo meno facilmente si spiega, mediante questa supposizione, come per la difficoltà di provare il mandato e di allegarlo nelle forme volute, si venisse ammettendo nella pratica l'uso di non ricercarne *ab initio* la esistenza, ma di continuare il giudizio ammettendola per supposizione, ricorrendo poi alla *cautio de rato*, o come ad una forma di garanzia per la consunzione dell'azione, o come ad un espediente atto ad evitare la consuzione medesima. Così anche dopo la Cost. 3 cit. si continuò nella pratica ad ammettere il gestore in giudizio: il che ci spiega come poi Giustiniano nella sua Cost. 24 Cod. II, 12 potesse dichiarare nulli i giudizi introdotti dai gestori.[21] La originaria teoria del gestore rappresentante in giudizio conservò dunque una consistenza nelle diverse fasi del suo svolgimento attraverso alle vicende legislative che subì e che abbiamo accennate. Troviamo in questo suo svolgimento una lotta costante fra due tendenze: l'una antica, per la quale si concepiva naturale la rappresentanza giudiziale del gestore mercè *cautio de rato* (o *judicatum solvi*), l'altra innovatrice, la quale spostando la base e gli effetti della rappresentanza giudiziale, coll'ammettere che per essa venisse consumata l'azione, tendeva ad escludere il gestore. Questa tendenza peraltro non riescì mai a prevalere assolutamente nel processo romano: al gestore non fu mai completamente preclusa la possibilità di essere un valido rappresentante.

473. — I risultati cui siamo pervenuti nel numero precedente sono ben favorevoli all'interpretazione da me data alla L. 18 (19) Dig. III, 5, ma essi, almeno in apparenza, contrastano con quanto è detto nella

[21] Bertolini op. cit. II pp. 108 e segg.

L. 5 § 14 (6 § 12) pr. Dig. III, 5: —
Ulpianus libro decimo ad Edictum
..... *quamquam enim hoc ei imputari non possit cur alios debitores non convenerit quoniam conveniendi eos judicio facultatem non habuit qui nullam actionem intendere potuit.*

La conciliazione di questa legge col principio da me sostenuto riesce tuttavia facile, mercè la seguente considerazione. Tutto ciò che son venuto dicendo nel numero precedente in riguardo alla possibilità che il gestore aveva di agire in giudizio, va naturalmente limitato ad una ipotesi, la quale per la forza della tradizione si conservò forse la più frequente nella vita romana. All' ipotesi cioè che il convenuto si contentasse di sostenere il giudizio di fronte all' attore gestore. Di tale consuetudine è cenno significativo nella Cost. 3 sopra citata e nella Cost. 24 Cod. II, 12. Ma gli è appena necessario il rilevare che, date le condizioni legislative, il convenuto non era obbligato ad accettare la lite col gestore. Ciò posto, come potrebbe pensarsi a ritenere il gestore obbligato *in linea di principio* a convenire i creditori del suo *dominus?* Il gestore potrà esser tenuto per non aver citato i creditori del *dominus,* quando risulti che questi avrebbero con lui accettato la lite e solo in questa ipotesi, e quando, date le sue condizioni e quelle del patrimonio da lui gerito, si possa attribuire a sua negligenza il non aver convenuto i debitori prestando la *cautio de rato.* Ecco come naturalmente, a mio avviso, si concilia la L. 5 § 14 (6 § ult.) Dig. III colla L. 18 (19) § 3 Dig. eod. [22]

[22] Nel nostro diritto civile la gestione processuale è esclusa dal sistema dei mandati formali che devono inserirsi fra gli atti del processo (vedi Giorgi V n. 15) il determinare se in casi eccezionali da un giudizio condotto senza mandato possano sorgere dei rapporti gestori fra il *falsus procurator* ed il *dominus* dipende dal determinare quali effetti si possano attribuire rispetto al *dominus* alla sentenza provocata dal gestore. L' opinione del Murgeaud-Larion op. cit. p. 75 e dal Cogliolo op. cit. I p. 139 non partendo dalla risoluzione di questo secondo quesito, non mi sembra sufficientemente fondata.

474. — Come è obbligato ad esigere dai terzi il gestore è anche obbligato ad esigere a *semetipso.* [23] La diversità che intercede fra l' obbligo di esigere dai terzi e l' obbligo di esigere a *semetipso* è tutta riposta naturalmente nella diversità di situazione in cui il gestore si trova in queste due ipotesi. Quando infatti il gestore si trova di fronte ad un terzo debitore del *dominus* non può essere in linea assoluta obbligato ad esigere, poichè il terzo ha il diritto di non riconoscere in lui veste sufficiente per agire giudiziariamente, o fiducia bastante per affidarsi, pagando estragiudizialmente. Quando invece il debitore è anche gestore del creditore, egli non può, come un terzo qualsiasi, esimersi dal pagare negando a sè stesso una veste ed una qualità che egli stesso ha spontaneamente assunta. Però a sè stesso è tenuto *assolutamente* a pagare. L' obbligo che ha il gestore di esigere da sè stesso si diversifica dall' obbligo che egli ha di esigere dai terzi in ciò, che dalla responsabilità, nella quale egli può incorrere per non aver esatto dai terzi, può esimersi dimostrando che il terzo non volle pagare, o che non avrebbe voluto pagare qualora fosse stato convenuto giudizialmente; dalla responsabilità nella quale può incorrere per non aver esatto a sè medesimo non può in alcun modo esimersi per quei motivi. È poi appena necessario rilevare che il gestore non

[23] L' obbligo del gestore di *exigere a se* è in tesi generale affermato nella L. 5 § 14 (6 § 12) Dig. h. t. e nella L. 34 (35) pr. Dig. eod. — *Certe,* dice Ulpiano a proposito di tale obbligo, *si quid a se exigere debuit* (sc. *gestor) procul dubio hoc ei imputabitur.* E questo suo concetto è riconfermato da Scevola nella L. 34 cit. con le parole: *alias enim imputari non potest quod a se non exegerit,* le quali escludono la responsabilità del marito gestore pel non avere *a se exactum* pel solo caso in cui egli fosse a ciò autorizzato dal *beneficium competentiae.*

è obbligato ad esigere sia dai terzi che da sè stesso, se non quei crediti, che si trovano in tale connessione colla gestione da lui assunta, da imporgli la necessità di esigere per non venir meno agli obblighi di un diligente padre di famiglia, e che anche per tal obbligo non ha conseguentemente alcun valore teorico la distinzione fra gestore singolare e gestore universale.

§ 4. — *Dell' obbligo del gestore di prestare le* USURAE

BIBLIOGRAFIA: — CHAMBON op. cit. — MOMMSEN *Erörterungen* I. — STURM *Das negotium utiliter gestum.* — MAISONNIER op. cit. — DOMENGET op. cit. — COGLIOLO op. cit. — GIORGI op. cit.

475. — L' obbligo del gestore di prestare le *usurae* può essere considerato da due diversi punti di vista. Il gestore è anzitutto obbligato a prestare le usure ottenute dando a mutuo il denaro del *dominus,* ed in questo caso il suo obbligo è fondato sull' alienità del negozio, consistente nei mutui da lui contratti. [24] Il gestore è poi tenuto a prestare le *usurae* delle somme tenute oziose presso di sè [25] e delle somme che avrebbe

[24] L. 10 § 8 Dig. XVII, 1; L. 18 (19) § 4 Dig. III, 5; L. 30 § 3 Dig. eod.; L. 36 (37) § 1 Dig. eod.; L. 20 § 1 Cod. II, 18 (19). — GLÜCK *Erlaüt* § 955. — MOMMSEN *Erört* I p. 10.

[25] L. 37 (38) Dig. eod. e L. 5 § 14 (6 § 12) Dig. III, 5. La difficoltà che presentano le ultime parole di questo testo consiste nell' immaginare un caso di gestione nel quale il gestore resti tale pur avendo convenuto col *dominus* circa alla propria responsabilità. Il CHAMBON suppone che il patto sulla irresponsabilità fra dominus e gestore venisse conchiuso nella ipotesi di una futura eventuale gestione op. cit. p. 102: il COGLIOLO op. cit. II p. 141 suppone che il testo tratti il caso in cui, prima della gestione, il patto di irresponsabilità per *mora* fosse stato aggiunto al contratto di mutuo. Questo testo presenta una analogîa colla L. 22 Cod. II, 18 (19) e pur riconoscendo la ingegnosità delle due interpretazioni proposte dal Chambon e dal Cogliolo io ritengo che esso si spieghi naturalmente solo ammettendo il concorso elettivo fra l' *actio neg gest.* e l' *actio mandati.* Così vedremo fra poco si interpreta pianamente la tanto vessata L. 22 Cod. h. t.

dovuto esigere da sè stesso. Il fondamento di quest' ultima obbligazione non è già riposto nella primitiva obbligazione, in base alla quale il gestore era obbligato al *dominus,* [26] ma in ciò che essendo il gestore obbligato ad esigere da sè stesso, non può accampare a sua difesa la propria negligenza. Egli pertanto viene dal diritto considerato come se avesse esatto anche quando non abbia, e poichè egli è tenuto ad impiegare da buon padre di famiglia tutti i capitali del *dominus,* così viene anche tenuto ad impiegare quei capitali che dovrebbe avere presso di sè, se avesse agito secondo il dover suo. Egli pertanto deve prestare le *usurae* del danaro che doveva esigere, ma pur non curò di esigere da sè medesimo, così come se veramente l'avesse esatto.

476. — Il decidere peraltro se il gestore debba prestare le *usurae* delle somme da lui lasciate infruttifere, dipende dal decidere caso per caso se fosse opportuno, nelle singole fattispecie, il tentarne l' impiego. Poichè ognun comprende che talvolta l' uomo prudente ed accorto deve preferire il deposito infruttifero all' alea che è insita in ogni speculazione di danaro. Ciò risulta anche dalla L. 18 § 4 Dig. III, 5. Inoltre il gestore deve in siffatto genere di operazioni gestorie tener sempre presente la *personalità* del *dominus,* e l' indole degli affari da lui prediletti o trattati. Perciò anche quando sia possibile e vantaggioso nelle condizioni del mercato l' affidare denaro a mutuo, non sempre il gestore potrà esser tenuto responsabile per non aver così impiegato il denaro del *dominus.* Se ad

[26] Questa idea trovasi appunto sostenuta dal CHAMBON op. cit. il quale ricollega l' obbligo che ha il gestore di prestare le usure, nella fattispecie della L. 5 § 14 (6 § 12) Dig. III, 5 « alla mora dovuta all' interpellazione che egli avrebbe dovuto fare a sè stesso. » Anche il Cogliolo sostiene che nella legge citata trattasi di *usurae morae:* « questi interessi, dice egli II p. 141, sono *usurae morae* ».

esempio è noto al gestore che il *dominus* per la natura del commercio da lui trattato, o per altre circostanze possa aver bisogno al suo ritorno di somme disponibili, egli agirà prudentemente non contraendo mutui od impieghi di denaro non prontamente svincolabili. A questo ordine di idee si riferisce la L. 13 § 1 Dig. XXII, 1 quando, trattando dell'obbligo di prestar le usure del mandatario, dice che se egli lasciò oziosi i capitali *ex consuetudine mandantis,* non dovrà nulla prestare *usurarum nomine.* [27]

477. — Una naturale e necessaria conseguenza logica del principio secondo il quale il gestore deve, quando sia possibile e conveniente, impiegare i capitali giacenti del *dominus,* consiste in ciò: che il gestore deve prestare le usure dei denari del *dominus* che egli ha impiegato in proprio vantaggio. Qui si domanda da qual momento decorra la prestazione di queste usure ed a qual tasso. La risposta a questi due quesiti non mi sembra difficile. Le usure decorreranno dal momento in cui il gestore si è servito del danaro, senza che per ciò sia naturalmente pregiudicato il diritto del *dominus* di esigere dal gestore le usure anche per il tempo precedente, in quanto in esso il gestore abbia lasciati giacenti i capitali del *dominus.* Quanto al tasso non credo che questo debba essere il massimo, ma quello medio al quale, nel momento in cui il gestore si servì dei capitali del *dominus,* questi potevano essere sul mercato impiegati. Io tengo quindi una via di mezzo fra due estreme opinioni professate da vari giuristi francesi ed italiani: alcuni dicono infatti che il gestore non è tenuto a pagare gli interessi delle somme usate a proprio vantaggio che dal giorno in cui tali somme sono divenute impiegabili, e che è tenuto a pagare il tasso medio del mercato; altri invece sostengono che il gestore deve prestare gli interessi dal giorno in cui si è valso del danaro del *dominus* è per vero al tasso massimo. Le ragioni che mi persuadono ad accogliere l'opinione intermedia sopra accennata sono le seguenti. Dal momento che il gestore ha avuto bisogno del danaro del *dominus* egli non può più dire che era impossibile di impiegarlo; giacchè supposto che egli non fosse stato gestore, ma un terzo qualunque, avrebbe potuto prendere il denaro a mutuo o dal *dominus* stesso o dal suo gestore. Ma d'altra parte neppure può dirsi che fra il gestore, come rappresentante del *dominus,* ed il gestore come individuo, sia intervenuto un vero contratto: vi è tutt'al più una parvenza di contratto! A conciliare i due interessi opposti che si trovano cozzanti nella medesima persona del gestore, mi sembra quindi equo e non urtante con alcun principio del diritto positivo, il decidere che il gestore debba bensì prestare le usure dei denari convertiti in proprio uso dal momento del fattone impiego, ma non le usure massime, bensì quelle medie che avrebbe potuto ottenere mutuando ai terzi a nome del *dominus.* [28]

478. — I principi sostenuti nei numeri precedenti, in base alle fonti romane, valgono anche per diritto civile italiano. Il nostro codice infatti non contiene alcuna disposizione riguardante la prestazione delle usure da parte del gestore. Solo l'art. 1750,

[27] CHAMBON op. cit. p. 103. — STURM op. cit. p. 59.

[28] Questa opinione è conforme ai principî sanciti nella L. 37 (38) Dig. III, 5; poichè in questa legge si stabilisce che il gestore debba prestare le *massime usure* solo nel caso in cui si sia abusivamente servito dei denari del *dominus.* Quando invece il gestore si serve del denaro del *dominus ex fide bona,* e senza che risulti in alcun modo l'intendimento di frodarlo, mentre fa cosa utile a sè stesso fa anche cosa utile al *dominus.* Contro CHAMBON op. cit. p. 104.

richiamato dall'art. 1141 offre sostegno analogico alla dottrina da noi svolta nel numero precedente colla sua prima disposizione. La seconda disposizione contenuta in questo articolo invece, riguarda l'ipotesi di mora da parte del mandatario e può essere citata analogicamente pel caso in cui il gestore convenuto per il rendimento dei conti si sia lasciato costituire in mora. In questo caso possono anche invocarsi gli art. 1231 e 1831 cod. civ. it. Non si può invece, a mio avviso, invocare l'art. 1831 cod. civ. it. per decidere che il gestore che ha usato il denaro del *dominus* debba prestare le massime usure, poichè questo articolo riguarda il contratto di mutuo, mentre fra gestore come rappresentante e gestore come *dominus* non è in realtà intervenuto alcun contratto (vedi retro n. 477). [29]

§ 5. — *Della responsabilità del gestore per mancata diligenza*

BIBLIOGRAFIA: — EINERT *De negotiorum gestoris ad culpam levissimam praestandam obligatione.* Lipsiae 1767. — SCHMIDT *Dissertatio sistens leges quasdam potiores tit de neg. gestis expositas.* Tubingae 1787. — BRINZ *Lehrb.* (2ª ed.). — STURM *Grundprincip der negotiorum gestio.* Berlin 1882 ed opere citate nei §§ precedenti.

479. — Per regola il gestore non è responsabile che in quanto abbia omesso di usare nella gestione la diligenza di un buon padre di famiglia. [30] Su questo punto la dottrina romanistica moderna è concorde e noi non v' insisteremo, tanto più che il nostro legislatore italiano ha esplicitamente accolto e sancita questa dottrina. [31] Ma la regola subisce due categorie di eccezioni. In alcuni casi cioè il gestore è tenuto responsabile anche pel caso fortuito o diremo meglio anche di ciò che non si può evitare agendo diligentemente. In altri casi invece egli può usare, senza incorrere in alcuna responsabilità, una diligenza minore di quella propria del buon padre di famiglia, e per vero fino a rasentare il dolo. Questo attenuamento della responsabilità del gestore ammetteva il diritto romano, quando la gestione intrapresa presentasse i caratteri di una massima e speciale necessità per il *dominus*. È assai interessante in questo proposito la L. 3 § 9 Dig. III, 5. Alcuni scrittori hanno per vero considerato questa legge come contenente una eccezione singolare non estensibile per analogia ad altri casi simili, [32] ma una tale interpretazione urta contro la forma nella quale il testo è concepito, e contro il richiamo generico all' *aequitas* che in esso

[29] La questione circa all' obbligo del gestore di prestare le usure ha per diritto civile francere una base legislativa diversa, in quanto l'art. 1372 cod. nap. non si richiama all' art. 1996. Fra i civilisti francesi ed italiani sono da consultarsi: MAISONNIER op. cit. p. 190 e segg. — DOMENGET op. cit. n. 1308. — MURGEAUD-LARION op. cit. p. 98. — LAURENT XX, 326. — LAROMBIERE all' art. 1372 n. 19. — PACIFICI-MAZZONI Ist. V, 76. — BORSARI *Comment.* all'art. 1144 cod. civ. — GIORGI V. n. 37 e segg.

[30] Arg. L. 31 (32) Dig. III, 5, cfr. L. 25 § 16 Dig. X, 2; L. 20 § 1 Cod. II, 18 (19); § 1 Inst. III, 27.

[31] Art. 1143 cod. civ. it. Una dottrina affatto originale circa la diligenza da prestarsi dal gestore è sostenuta dallo STURM nei suoi due lavori sulla gestione: *Das neg. ut. gestum* pp. 38 e segg. e *Grundprincip* pp. 11 e segg. Egli sostiene che il gestore non deve per regola essere tenuto ad usare che quel grado di diligenza che è proprio del *dominus: die Diligentia welche der Herr vermutlich aufgewandt haben würde: diligentia quam dominus suis rebus adhibere solet.* Solo quando il gestore non abbia elementi per giudicare della diligenza propria del *dominus,* lo Sturm ammette che il gestore sia tenuto ad usare la diligenza propria di un buon padre di famiglia. Questa teorica non ha alcun positivo fondamento nelle fonti romane a suo sostegno citate (L. 13 § 1 Dig. XXII, 1; L. 10 (11) Dig. III, 5; § 1 Inst. III, 27; L. 23 Dig. L, 17). Essa condurrebbe a giustificare una specie di rappresentanza legale nella negligenza quando il *dominus* fosse negligentissimo (vedi retro nn. 231 e segg.); imporrebbe un obbligo troppo grave al gestore quando il *dominus* fosse diligentissimo. Vedi anche WINDSCHEID § 430 nota 5. Curiosi sono alcuni accenni a questa teorica dello Sturm nel COGLIOLO op. cit. II pp. 142, 143.

[32] Così il LEIST op. cit. pp. 126-127. — STURM *Das neg. ut gestum* p. 62. — KOELNER op. cit. p. 62.

si contiene. D'altra parte non è poi così difficile, come a taluni è sembrato, il dare un criterio in base al quale decidere in quali casi possa applicarsi la decisione della L. 3 § 9 cit. in quali invece la regola generale sopra enunciata. Il criterio addotto dal Chambon [33] ed accolto e meglio precisato dal Windscheid [34] può perfettamente servire, non come formula da applicarsi rigorosamente, ma come indirizzo e guida utile al magistrato che la legge deve applicare. Un altro testo assai interessante, nel quale è contenuta un'altra eccezione alla regola che il gestore deve prestare la *culpa levis,* è la L. 17 Cod. II, 18 (19). Essa stabilisce che gli eredi del curatore sono tenuti a continuare la gestione (allo stesso modo che lo sono gli eredi del tutore L. 1 Dig. XXVII, 7, e gli eredi del socio L. 40 Dig. XVII, 2); ma siccome gli eredi del curatore non si trovano nella medesima posizione del curatore (non hanno cioè come lui l'*officium administrationis)* nè spontaneamente geriscono, così da essi non si esige la prestazione della colpa lieve, ma solo della colpa lata. [35] Infine anche nelle ipotesi da noi trattate ai nn. 295 e segg. dovevasi prescindere dalla regola generale e ritenere responsabile il gestore solo per la così detta colpa *in concreto.*

480. — Di casi nei quali il gestore incorre in una maggiore responsabilità vari ne sono indicati nelle fonti. La dottrina antica e moderna non ha però mai pensato di ricondurli ad un concetto unico. Essa cioè pone come regola che il gestore non deve prestare il caso fortuito, solo arrecando a questa regola eccezioni più o meno numerose. [36] A me sembra invece sia necessario, dall'esame dei vari casi nei quali nelle fonti si addossa al gestore la responsabilità per il caso fortuito, tentare di estrarre un principio che sia sicuro criterio per il giudice, e che lumeggi, per quanto possibile, l'indole della obbligazione del gestore. Ora questi casi possono essere ricondotti a due tipi ben distinti: la responsabilità del gestore pel caso fortuito, o è attribuita al gestore che pur ha intrapreso la gestione utilmente e che quindi ha acquistato l'*actio neg. gest. (contraria),* o è attribuita ad un gestore che non ha attuato l'uno o l'altro dei due requisiti essenziali dell'*actio neg. gest. (contraria).* Nella prima di queste due ipotesi (L. 21 (22) Dig. III, 5) la responsabilità non può esser *dovuta* che per una colpa, che ha preceduto il caso fortuito: *casus culpa determinatus.* Il gestore infatti sopporta, nella fattispecie della L. 21 (22) testè citata, il caso fortuito allo stesso modo del depositario nel caso della L. 18 Dig. XIII, 6. [37]

[33] Op. cit. p. 105. Secondo il Chambon il gestore dovrebbe rispondere del dolo soltanto e della culpa lata che viene ad esso equiparata, quando egli « prese cura di una cosa che senza il suo intervento sarebbe andata perduta ».

[34] *Lehrb* § 430 nota 6. Il Windscheid ammette che il gestore debba rispondere solo del dolo *a)* quando senza il suo intervento tutto sarebbe andato perduto *b)* quando il gestore gerì ad adempimento dell'obbligo di gerire assunto dal suo testatore.

[35] Chambon op. cit. p. 109. — Windscheid *Lehrb* § 430 nota 6.

[36] Di tali eccezioni la glossa ne enumerava sei, vedi Schmidt Diss. sistens leges ecc. e Koelner op. cit. p. 102; il Glück *Comm.* III (trad. it.) p. 196 ne enumera quattro; il Chambon tre, op. cit. pp. 106-107; il Windscheid due, Lehrb. § 430 nota 7; il Koelner infine op. cit. p. 103, una sola. La dottrina civilistica è anche più incerta di quella romanistica limitandosi a dire « *che il gestore non risponde per regola del caso fortuito* »: così Dabancour op. cit. p. 96. — Maisonnier op. cit. p. 80. — Domenget op. cit. n. 1319. — Larombiere all'art. 1372 cod. civ. fr. — Demolombe VIII, 146. — Ricci Corso. — Giorgi V n. 55. — Cogliolo II n. 399.

[37] Se si tratti di *casus culpa determinatus* anche nella L. 12 (13) Dig. III, 5 o non piuttosto di responsabilità per caso fortuito dovuta al non esser stata la gestione intrapresa *utiliter* è controverso. Quest'ultima opinione è sostenuta dal Chambon op. cit. p. 196 ed io l'aveva accolta nei miei *Studi di diritto privato* p. 124-125. Un esame più accurato dell'argomento mi ha però indotto ora nell'opposta convinzione, sicchè non esito di porre la L. 18 cit. fra quelle che riguardano il *casus culpa determinatus.* L'insieme del testo

Nella seconda ipotesi invece la responsabilità del gestore è dovuta all'avere egli intrapresa la gestione o non utilmente, o senza l'*animus neg. al. gerendi.* Ciò per vero non è esplicitamente detto nei testi che trattano queste fattispecie: (L. 10 (11) Dig. III, 5; L. 5 § 5 (6 § 3) cfr. colla L. 31 (32) Dig. h. t. L. 6 § 2 Dig. X, 2) ma lo si può facilmente desumere considerando che nessun altro elemento speciale trovasi nelle fattispecie di queste leggi che possa spiegare la singolare decisione ad esse date, all'infuori di questo. [38]

481. — La conclusione cui le precedenti considerazioni ci conducono è la seguente: non può dirsi che il gestore non risponda per regola del caso fortuito, e sarebbe del pari inesatto il dire che egli normalmente ne risponda. Tutto dipende dal

infatti lascia credere che la gestione cui esso tratta era stata intrapresa *utiliter* e che la *quaestio* vertente, come Giuliano rileva, nel decidere se il gestore ebbe una *giusta causa* di riporre il denaro esatto, riguarda la diligenza che egli deve prestare nella gestione. Così pure Giorgi V. n. 40. — Cogliolo II p. 160.

[38] Una speciale considerazione merita la L. 22 Cod. II, 18 (19). (Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC. Claudiae): *negotium gerentes alienum non intervenienti speciali pacto casum fortuitum praestare non compelluntur.* Evitiamo di proposito di esporre qui tutte le interpretazioni che si sono date di questo testo dagli scrittori, (e sono l'assoluta maggioranza) i quali non credono lecito di emendarlo: basterà il riferirci ai principali che di esso particolarmente si sono occupati: Bynkershoeck *Observ. jur. rom.* lib. I cap. VII. — Glück *Comment. alla Pandette* (ed. it.) III p. 196 nota 16. — Rustrat Iahrb. für die Dogm. XIX (n. s. VII) p. 272. — Chambon op. cit. 106. — Wlassak op. cit. p. 29 nota 11. — Krüger Arch. für die civ. Praxis vol. XLII p. 499. — Koelner op. cit. 103. Quanto a noi la L. 22 cit. non presenta difficoltà, poichè ammesso che sia vero ciò che abbiamo cercato dimostrare circa al concorso dell'*actio neg. gest.* coll'*actio mandati tutelae* ecc. (vedi retro cap. VIII parte II) è naturale il dire, come appunto nella nostra legge si dice, che il gestore (sia esso mandatario, tutore o curatore) non sopporta il caso fortuito se non in quanto a ciò si sia per patto obbligato. Se infatti il mandatario può esser convenuto coll'*actio neg. gest.* deve per essa rispondere di tutto ciò e solo di ciò a cui secondo il mandato era tenuto!

decidere se egli ha intrapreso la gestione attuando i requisiti della propria azione. In questa ipotesi egli non risponde del caso fortuito se non in quanto questo sia avvenuto *vitio eius;* in quella ne risponde in quanto naturalmente non possa dimostrare che il caso fortuito fu al tutto indipendente dalla sua attività gestoria. La ragione di questa ultima proposizione è palese. Ognuno deve per regola tenersi entro i limiti della propria sfera patrimoniale; se penetra in quella del vicino assume volente o non volente responsabilità, per tutti i danni conseguiti dalla sua intromissione; per quanto questi sieno per sè stessi fortuiti. Alcuni esempi potranno chiarire e determinare meglio questa affermazione. Se Tizio trasporta i cavalli di Tizio da una stalla in un'altra a torto credendo, in così fare, di gerire utilmente, e poscia i cavalli vengono ivi colpiti da fulmine, Tizio è responsabile. Se invece il trasporto fosse stato un *negotium utiliter coeptum* egli non sarebbe più tenuto responsabile per il caso fortuito. Se Tizio assume non *utiliter* la gestione dei fondi di Caio, e la grandine ne distrugge l'entrata, egli non è perciò obbligato poichè può dimostrare che il fatto dannoso della grandine è indipendente dalla sua attività gestoria; ma se egli ha trasformato la coltivazione piantando vigneti ove prima erano campi di grano egli si e reso responsabile dei danni causati dalla grandine.

482. — Le due serie di eccezioni al principio che il gestore deve usare la diligenza di un buon padre di famiglia, di cui abbiamo trattato nei numeri precedenti, con speciale riguardo alle fonti romane, esistono anche per diritto civile con specifico fondamento nelle disposizioni del nostro codice. L'art. 1143 infatti stabilisce che « *l'autorità giudiziaria può moderare la valutazione dei danni che fossero derivati da colpa o negligenza dell'amministratore, secondo le circostanze che lo hanno*

indotto ad assumere l' affare ». E l' art. 1141 stabilisce che il « *gestore deve altresì soggiacere a tutte le conseguenze del medesimo affare ed a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un mandato avuto dall' interessato* ». Nella prima di queste due disposizioni trovano il loro fondamento tutte le eccezioni attenuanti la normale responsabilità del gestore; nella seconda quelle che implicano nel gestore una responsabilità malgrado la diligenza da lui usata nello svolgimento della gestione. Solo in riguardo a queste eccezioni che illustrano assai efficacemente il motto romano: *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti* giova ricordare che il gestore per quanto inopportunamente si sia intromesso negli affari altrui, pure sempre si distingue da un danneggiante colposo, e di fronte a lui si caraterizza per la facoltà che gli compete di compensare i danni colla sua gestione arrecati, coi lucri per essa prodotti. [39]

CAPITOLO II

Obblighi del gestore a gestione finita

§ 1. — *Obbligo del gestore di render conto della gestione (in generale)*

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate e specialmente Ruhstrat *Ueber die negotiorum gestio*, Oldenburg, 1858. — Monroy op. cit. § 21. — Cogliolo op. cit. II § 44.

483. — A gestione compiuta il gestore ha l' obbligo di restituire tutto ciò che ha ottenuto mediante la gestione, e di risarcire tutti i danni arrecati. *Aequum est,* dice la L. 2 Dig. III, 5, *ipsum actus sui reddere rationem et eo nomine condemnari quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet.* Quale è il fondamento di quest' obbligo del gestore? Prescindendo dalle varie opinioni manifestate in proposito, la confutazione delle quali sarebbe omai un fuor d' opera [40] noi potremo facilmente trovare questo giuridico fondamento, e precisamente delinearlo, prendendo in considerazione lo scopo cui tende l' *actio neg. gest. (directa).* Questo scopo, così come naturalmente si manifesta dallo studio antecedente dell' azione medesima, è evidente. Esso consiste in una forma speciale di tutela del dominio patrimoniale. L' *actio neg. gest. (directa)* tende a ripristinare, per quanto possibile, l' ordine giuridico violato: tende a riparare a quella speciale turbativa della sovranità individuale che è costituita dall' intervento gestorio di uno nella sfera patrimoniale dell' altro. Giacchè, per quanto utilmente intrapresa la gestione obbiettiva di affari altrui rimane pur sempre un intervento non richiesto nella sfera patrimoniale altrui: là dove una sola persona, il *dominus,* ha *diritto* di agire, di muoversi, di disporre! Ora il *dominus,* appunto perchè tale, ha diritto anche di dire al gestore: rendimi conto del tuo operato. Questa spiegazione dell' obbligo di rendere i conti che incombe al gestore, a gestione finita, è la più semplice e naturale che si possa immaginare. Ma ad essa potrebbe opporsi che viene svisando l'obbligazione medesima che vuol spiegare, confondendola con un tipo diverso: coll'obbligazione cioè di risarcire i danni colposamente arrecati. L'obbiezione non sarebbe molto fondata. Anche concependo l'obbligo del gestore di render i conti, così come noi l'abbiamo sopra delineato, non si viene menomamente a trasformarne il contenuto. Il gestore non è obbligato soltanto a risarcire i danni risultanti

[39] Vedi il § 3 del capitolo seguente.

[40] Ruhstrat *Ueber die neg. gestio* Oldenburg 1858 pp. 41-42 e nei Iahrb für die Dogm. X p. 223 e XIX (n. s. VII) p. 274.

in un modo o nell' altro, più o meno direttamente, dalla sua gestione: egli è tenuto anche a certi atti e fatti positivi (compilazione d' inventario, conservazione delle ricevute, quietanze, fatture ecc. ecc.): solo questa obbligazione non gli incombe già in quanto l' abbia *voluta* o *quasivoluta,* bensì come naturale e necessaria conseguenza dell' indole degli atti da lui intrapresi. Il gestore infatti ha invaso, è vero, e non richiesto, la sfera patrimoniale altrui, ma l' ha invasa in una maniera speciale: gerendo, amministrando, compiendo un complesso di atti fra di loro connessi e collegati ad un fine economico. Questa speciale caratteristica del fatto mediante il quale egli si è obbligato, si imprime naturalmente sull' indole dell' obbligazione medesima e ne determina finchè è possibile il contenuto. Come chi ha rubato è in prima linea tenuto a restituire; come chi ha rotto dovrebbe riparare; così chi ha *amministrato* deve *render conto!* Nè importa in alcun modo che egli abbia amministrato uno, due, o più, o tutti gli affari di un terzo: ciò che decide dell' obbligo di render i conti è l' indole del fatto da lui compiuto: bisogna che questo risponda al concetto economico dell' atto gestorio.

484. — Quale è il *contenuto* dell' obbligo di render conto della gestione intrapresa? Questa ricerca presenta due aspetti. Anzitutto ci dobbiamo domandare se il gestore sia tenuto a restituire *tutto ciò* che ha ottenuto operando o negoziando nel patrimonio altrui. Poi dobbiamo ricercare se l' obbligo di render conto della gestione possa estendersi, in taluna evenienza, ad atti compiuti con cose o sopra cosa non spettanti al *dominus,* verso il quale il gestore è tenuto. In riguardo al primo di questi quesiti possiamo in armonia con le conclusioni cui siamo pervenuti al cap. III parte II di questo trattato, dire che il gestore deve restituire qualsiasi lucro che egli abbia ritratto, sia svolgendo una attività materiale sulle

cose del *dominus,* [41] sia conchiudendo con esse negozi giuridici. [42] Dobbiamo quindi respingere la distinzione propugnata dall' Ihering, nelle sue *Abhandlungen,* fra *lucrum ex re* e *lucrum propter negotiationem perceptum.* Anche il *lucrum propter neg. perc.* deve, e sempre, venir restituito al *dominus rei.* [43] L' unico criterio in base al quale può attribuirsi al gestore il lucro che egli abbia ricavato gerendo, è riposto nell' esame della causa produttrice di questo lucro. Se questa riscieda di preferenza *nella persona del gestore,* di modo che la cosa vi abbia parte secondaria e subordinata, il lucro dovrà naturalmente attribuirsi al gestore! Bisogna confessare che questo è un criterio assai vago, e che in qualche ipotesi potrà mettere in serio imbarazzo il giudice cui spetti l' applicarlo, ma è tuttavia l' unico ammissibile! Di esso le fonti romane ci offrono un esempio tipico ed impressivo: se Tizio caccia nel fondo di Caio egli non deve, dice Giuliano, [44] restituire a Caio il risultato della sua caccia; ma se il fondo nel quale Tizio esercitò la caccia era destinato esclusivamente a quell' uso allora deve. [45] Gli è che nel primo caso la caccia si considera dovuta a Tizio, nel secondo al fondo che è di Caio; nel primo caso quindi Tizio cacciando ha gerito un affare proprio, nel secondo un affare di Caio.

---

[41] Vedi retro nn. 103 e segg.

[42] Vedi retro nn. 160 e segg.

[43] Di questa distinzione che risulta del resto confutata dalle cose dette al cap. III § 7 ho cercato dare una speciale confutazione in uno studio speciale. Vedi Pacchioni *Studi di diritto privato* pp. 31-49. Vedi anche Cogliolo op. cit. I p. 121.

[44] L. 26 Dig. XXII, 1.

[45] Deve restituire tutto il prodotto della sua caccia, non già, come a torto sosteneva l' Ihering, l'*aestimatio venationis.* Vedi Mommsen *Erört* I p. 60 nota 13 e Pacchioni op. cit. p. 33.

485. — In riguardo al secondo dei quesiti che ci siamo sopra proposti ha una speciale importanza la

L. 30 (31) Dig. III, 5: —

Papinianus libro secundo responsorum

Inter negotia Sempronii, quae gerebat, ignorans Titii negotium gessit: ob eam quoque speciem Sempronio tenebitur, sed ei cautionem indemnitatis officio judicis praeberi necesse est adversus Titium, cui datur actio. [46]

In questo frammento Papiniano decide che il gestore patrimoniale di Caio debba rendergli conto anche di un singolo negozio a lui non spettante, ma pur fra i suoi per errore compiuto. Può supporsi che il gestore abbia venduta una cosa trovata in casa di Caio che pur a lui non spettava, ma ad un Tizio che e. g. ve l'avesse dimenticata. Or bene il gestore dovrà consegnare a Caio il prezzo ritratto da questa vendita! L'importanza di questa decisione di Papiniano consiste in ciò che per essa s'attribuisce ad una persona il diritto di considerarsi domina di tutti gli affari compiuti colle o sulle cose che si trovano sia pure casualmente nel suo patrimonio. Gli è vero che tale diritto è mitigato dall'obbligo imposto al *dominus* di prestare la *cautio indemnitatis:* (non lo si poteva naturalmente far prevalere sul proprietario della cosa!), ma è anche vero che qualora il dominus vero lasci prescrivere la sua azione chi ne trarrà lucro sarà Caio, e per la sola circostanza di aver casualmente avuto una cosa altrui fra le proprie! Si può ben dire che questa sentenza di Papiniano delinea l'estremo limite cui può estendersi il concetto del dominio patrimoniale: si viene quasi a creare il *diritto del caso!* Si ammette che una cosa per il solo fatto di trovarsi nella sfera patrimoniale di Caio diventi per certo rapporto sua, di

[46] Vedi anche Paolo R. S. I, IV § 4.

modo che egli a preferenza d'ogni altro, (eccettuato il proprietario), possa accampare il *dominium* sui negozi con essa compiuti.

486. — Basterebbe dunque la L. 30 (31) citata a dimostrare quanto oltre estesero i giuristi romani l'efficacia del dominio patrimoniale e quanta intensità di contenuto attribuirono all'obbligo del gestore di render conto della gestione: ma la verità di questa affermazione si paleserà maggiormente trattando particolarmente dell'obbligo del gestore di restituire l'indebito.

§ 2. — *Dell'obbligo del gestore di restituire al* DOMINUS *gli* INDEBITA *ricevuti gerendo* [47]

BIBLIOGRAFIA: — Opere citate nel § precedente e IHERIN *Abhandlungen aus dem röm Recht* I. Leipzig. 1884. — MÜHLENBRUCH *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte* Greiswald 1836.

487. — L'obbligo del gestore di restituire gli *indebita* può essere fondato sopra due cause giuridiche ben distinte: gli può cioè spettare o come rappresentante, *(neg. sub. al.)* o come gestore oggettivo. Ricorre qui la distinzione posta nel cap. I parte

[47] Le opinioni fin ora emesse sopra questo delicato argomento possono venire così riassunte: alcuni ritengono che il gestore sia sempre obbligato a restituire al *dominus* tutto ciò che, sia pur indebitamente, egli ha esatto gerendone gli affari; anzi di quest'obbligo essi creano una caratteristica del gestore sicchè negano essere tale chi nelle fonti ne è dispensato. (CHAMBON op. cit. p. 14-17 e p. 41). Altri scrittori (e. g. KOELNER op. cit. p. 106) distinguono anche in questo proposito il gestore *unius negotii* dal gestore patrimoniale, e ritengono essere solo questo ultimo obbligato a restituire al dominus l'*indebitum* esatto gerendo. Altri infine pongono un altra distinzione: il gestore che è tenuto a continuare la gestione sarebbe anche obbligato a restituire l'*indebitum,* il gestore che non è tenuto a continuare la gestione potrebbe invece trattenerlo (così RUHSTRAT *Iahrb.* XIX N. S. VII p. 274). Non crediamo opportuno insistere in una dettagliata esposizione critica degli argomenti addotti a sostegno di ciascuna di queste opinioni: la loro confuta-

III di questo trattato. Non vi è infatti alcun dubbio che anche l' esazione di un *indebitum,* compiuta a nome altrui, possa costituire un valido negozio rappresentativo: la L. 5 § 11 e 12 Dig. III, 5 ce ne offre indubitabile testimonianza. Se Tizio gestore di Caio esige, a nome di lui, dei crediti, sieno questi veri o putativi, egli esige validamente e pone in essere un negozio rappresentativo. Caio ratificando acquisterà l' *actio neg. gest. (directa)* contro Tizio: i terzi solventi per errore dovranno rivolgere contro di lui la loro *condictio indebiti.* Prima della ratifica il pagamento sarà soggetto a tutte le regole stabilite in generale nel cap. I parte III di questo trattato circa ai negozi rappresentativi conchiusi dal gestor d' affari. L' obbligo che ha il gestore di restituire l' *indebitum* esatto *a nome del dominus* non si ricollega dunque alla teorica dalla gestione bensì a quella della rappresentanza nella quale trova la sua piena giustificazione.

488. — Più difficile ed interessante si è lo spiegare come l' obbligo di restituire l' *indebitum* possa al gestore incombere in base ad una gestione oggettiva e non rappresentativa; ed il determinare *in quanto* gli incomba! Assai significative sono a questo

zione ci sembra risultare e dal complesso delle dottrine sostenute e svolte in riguardo alle obbligazioni *neg. gest.* le quali sono in contrasto con esse, e dalla indipendente dimostrazione, che crediamo possibile, di una diversa opinione anche in questo singolo punto. Tuttavia non sarà fuor di luogo rilevare il lato più debole che ciascuna di esse presenta, per giustificare possibilmente il severo giudizio fattone. Obbiettiamo quindi al Chambon che anche dove il gestore non è tenuto a restituire l' *indebitum,* egli non cessa di essere gestore e da ciò risulta essere erroneo il credere che il gestore sia sempre ed incondizionatamente, come tale, obbligato a restituire l' *indebitum.* Contro il Koelner possiamo riferirci alla critica svolta contro la distinzione fra *gestio unius negotii* e *gestio patrimoni,* e per ciò che si attiene alla diversa distinzione posta dal Ruhstrat basterà l' osservare che essendo qualsiasi gestore tenuto a continuare la gestione non può certo in tale obbligo rinvenirsi un criterio per stabilire l' obbligo di restituire l' indebito in certi casi soltanto.

proposito le leggi romane che impongono al mandatario l' obbligo di restituire al mandante *tutti* i lucri tratti nell' amministrazione affidatagli: L. 46 § 4 Dig. III, 3; L. 10 § 3 Dig. XVII, 1. Infatti ricercando il fondamento di tali decisioni che attribuiscono al mandatario l' obbligo di restituire al mandante tutto ciò che egli ha ottenuto, sia pur per errore ed indebitamente, non possiamo ritrovarlo che nella alienità oggettiva degli affari trattati la quale è dovuta all' effetto che produce il mandato di alterare i rapporti antecedentemente esistenti fra mandante e mandatario, e sottomettere questo, nei limiti dell' amministrazione affidatagli, a quello. [48] Il mandato ha cioè due funzioni: l' una positiva ed è di costringere il mandatario all' esecuzione del mandato; l'altra è negativa e consiste nel porre il mandatario in condizione tale da non poter accampare alcuna sovranità sui risultati dell'attività da lui svolta nell'ambito determinato dal mandato medesimo. Il mandato delinea la sfera patrimoniale del mandante e ne segna l' estremo limite, asservendo fino a tal punto l'attività

[48] Della decisione contenuta nella L. 46 § 4 cit. dà una diversa spiegazione il Monroy op. cit. p. 117. Egli ritiene che il fondamento giuridico di essa sia riposto « nell' obbligo che ha il rappresentante giudiziale di restituire tutto ciò che ha ottenuto nel processo ». Ma contro tale affermazione si possono elevare due obbiezioni: la prima è che il testo di Caio non tratta di uno speciale mandatario giudiziale bensì di un procurator *omnium bonorum* (arg. dalle parole del testo: *procurator ut in ceteris negotiis gerendis ita et in litibus)* il quale poteva agire come fu determinato nel § 3 cap. I parte IV questo trattato, a proprio nome nell'interesse del *dominus.* La seconda è che, anche ammesso si trattasse nel testo di un mandatario speciale, erroneo, o per lo meno tautologico, è il dire che il mandatario speciale deve restituire tutto ciò che ha ottenuto eseguendo il mandato. Erroneo poichè nessun mandato può validamente tendere all' esazione di un indebito; tautologico poichè se a tale esazione esso può praticamente pervenire conviene spiegare come e perchè vi pervenga. Richiamandoci alla dottrina da noi svolta sull' alienità oggettiva dei negozi, non sarà invece difficile a noi lo spiegare l' obbligo di cui tratta la L. 46 § 4 cit.

del mandatario. Ond' è che di tutto ciò che nell' esecuzione del mandato il mandatario ha ottenuto, sia che il mandato vi tendesse o vi potesse tendere, sia che no, egli deve render conto al mandante. Conseguenza questa ultima del concetto del dominio patrimoniale, che il giurista Paolo esprimeva dicendo: *ex mandato apud eum qui suscepit mandatum nihil remanere oportet* e che il giurista Ulpiano nella L. 10 § 3 Dig. XVII, 1 spiegava dicendo che è conforme alla buona fede che il mandatario nulla possa ritenere di quanto ha ottenuto eseguendo un mandato: *bonae fidei hoc congruit* NE DE ALIENO *lucrum sentiat.* [49]

489. — L' obbligo di restituire l' *indebitum* è dunque una conseguenza dell' aver esatto gerendo nella sfera patrimoniale altrui: esso non spetta pertanto solo a chi ha gerito per mandato altrui, ma anche a chi ha gerito spontaneamente. Supponiamo che Tizio abbia assunto l' amministrazione di un negozio o di un azienda di Caio, e che in tale veste abbia da Sempronio e Mevio esatto delle somme che questi erroneamente credevano di dovere. Prescritta la *condictio indebiti,* a chi dovranno essere attribuite le somme così indebitamente pagate? La difficoltà che presenta questa domanda è riposta nella circostanza che nè Tizio nè Caio avevano diritto a quelle somme, ma che pure ad uno di essi esse devono essere attribuite giacchè non possono più venir ripetute. Quando però si consideri che esse vennero dai terzi pagate in quanto questi si credevano debitori dell' azienda che era di Caio non potrà esitarsi a rispondere che esse vanno restituite a Caio. Gli è vero infatti che è Tizio che le ha esatte, ma gli è vero anche che le ha esatte in quanto egli si è posto *di fatto* in una posizione nella quale *giuridicamente* solo Caio era autorizzato

[49] KOELNER op. cit. p. 106. — CHAMBON op. cit. p. 41.

a restare. Egli ha esatto gli indebiti come amministratore di una azienda la quale non era sua; egli ha esatto svolgendo la propria attività in una sfera patrimoniale altrui, imponendosi spontaneamente la qualità di gestore, implicitamente quindi spogliandosi per tutti gli atti in essa compiuti della qualità di *dominus!*

490. — Come già ho accennato, nel fondamento testè attribuito all' obbligo del gestore di restituire l' indebito è a vedersi l' espressione massima del concetto del *dominio patrimoniale.* Senonchè come a luogo opportuno fu notato il dominio patrimoniale, (e quindi anche l' alienità oggettiva degli affari, che ne è il concetto correlativo) non ha un contenuto fisso. Esso ha il suo fondamento: o in un diritto reale (come proprietà, usufrutto, pegno ecc.) o in un diritto personale sorgente da un negozio conchiuso fra *dominus* e gestore. Esso può inoltre essere limitato nella sua efficacia o dalla volontà del *dominus* medesimo, validamente a questo scopo rivolto, o dalla legge. Così, per dare un esempio tipico, il proprietario che è *dominus* in riguardo alla cosa sua, cessa di esserlo quando la vende; e diventa gestore del compratore. Questa diversità e varietà di contenuto che può avere il *dominium negotii* ci costringe pertanto ad ammettere che esso in taluni casi possa non tendere alla restituzione degli indebiti che nella gestione il gestore abbia potuto ottenere. Ed ecco che così noi otteniamo un criterio per spiegarci come talune fonti impongano al gestore l' obbligo della restituzione, altre no. Solo dovremo dimostrare all' evidenza essere nelle fattispecie delle leggi che non obbligano il gestore a restituire l' *indebito,* limitato, o per legge o per la volontà del *dominus* medesimo, il contenuto del dominio patrimoniale. Questa dimostrazione sarà la riprova massima della nostra teorica, e soltanto *ex abundanti*

sarà opportuno il rilevare come solo mercè la nostra teoria non si sforzino le fonti medesime dal loro genuino e naturale significato.

491. — I testi riguardanti il possessore di buona fede ci dicono che egli non deve restituire l'indebito:

L. 20 § 18 Dig. V, 3: —

Ulpianus libro decimo quinto ad Edictum

..... *nam et Iulianus libro sexto digestorum scribit quod indebitum exegit restituere eum non debere nec imputaturum quod non debitum solvit* [50]

Se ricerchiamo il fondamento di questa decisione di Ulpiano non possiamo rintracciarlo che nella essenza del possesso. Qui sarà bene richiamare alcune considerazioni svolte da un altro punto di vista in rapporto al contenuto del possesso di buona fede (vedi parte II n. 140), ed a quelle aggiungerne una che riguarda più specialmente il possesso di buona fede di una eredità. Il possessore di b. f. di una eredità non è semplicemente il poss. di b. f. delle singole *res hereditariae* ma bensì del diritto ereditario: egli ha la veste di erede: possiede lo stato di erede. Questa sua posizione spiega perfettamente come a lui non venga imposto l'obbligo di restituire l'*indebito* ricevuto in qualità di erede. Gli è che l'erede vero non può essere considerato *dominus* oggettivo in riguardo all'esazione dell'indebito. E non può essere considerato tale per questa semplice ragione: se egli avesse esatto l'indebito personalmente non lo avrebbe già esatto in forza di alcun diritto che gli spettasse, ma per l'errore del terzo che si credeva debitore di quel determinato erede: lo avrebbe dunque esatto in quanto si fosse palesato quale legittimo possessore dell'eredità. Ora in tale situazione si trova anche il possessore di buona fede dell'eredità: al pari dell'erede vero egli non ha alcun diritto al pagamento, ma riveste legittimamente quella qualità la quale determina il pagamento. Ora se egli legittimamente possiede tale veste, tale stato, perchè non potrà anche valersi dei possibili vantaggi che da esso possono discendere? Tale a me sembra essere il concetto che informava la decisione di Giuliano: il lucro che può discendere dal pagamento di un indebito da parte di un terzo al possessore di b. f. di una eredità, non ha il suo fondamento nella eredità medesima, ma proviene *extrinsecus* e si annoda al possesso della qualità di erede; però di esso può dirsi ciò che in generale lo stesso Giuliano diceva degli aumenti che l'eredità aveva subito in considerazione della persona del possessore.

Sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere: si extrinsecus non, quia personae possessoris accedunt.

492. — Una conferma dei risultati testè ottenuti in rapporto alla L. 20 § 18 Dig. V, 3 ci è offerta dallo studio della L. 2 § 7 Dig. XVIII, 4: —

Ulpianus libro quadragensimo nono ad Sabinum

Solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emptori restituere id debeat. et est apud Iulianum haec quaestio tractata libro sexto digestorum et ait, quod non debitum exegerit, retinere heredem et quod non debitum solverit non reputare: nam hoc servari, ut heres emptori non praestet quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur quod non debitum praestiterit. [51]

[50] Witte *Die Bereicherungklagen* p. 25. — Monroy op. cit.

[51] Mühlenbruch *Cession* p. 404-405. — Ihering *Abandl.* p. 15 e segg.

È noto che la vendita di una eredità non trasferiva nel compratore l'eredità medesima; il compratore entrava piuttosto, come si esprime il Windscheid (*Lehrb.* § 621) nei singoli rapporti patrimoniali che la componevano. La veste di erede restava quindi nel venditore, al quale esclusivamente spettavano tutti gli utili ad essa inerenti. Ora fra questi utili è a considerarsi anche quello che può provenire dal pagamento di un terzo che si creda erroneamente debitore dell'erede. Il compratore dell'eredità ha tanto diritto quanto sarebbe spettato all'erede (..... *neque amplius aeque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum*), ma ad ottenere l'indebito l'erede non ha diritto! Gli è questa una conseguenza della sua qualità di erede la quale non poteva passare nel compratore, l'erede quindi non deve cedere l'indebito al compratore. Il compratore di una *hereditas* è *dominus* di tutti gli atti che il venditore possa compiere colle cose ereditarie, ma non è *dominus* della qualità di erede la quale rimane nel venditore, e non può quindi pretendere ciò che l'erede in base a tale qualità può acquistare indipendentemente dai singoli rapporti patrimoniali che costituiscono l'*hereditas*.

493. — Se le leggi sopra esaminate dimostrano che l'obbligo di restituire l'*indebitum* manca dove appunto vien meno il *dominium* sull'atto di esazione medesima, la L. 22 (23) Dig. III, 5, che ora passiamo ad esaminare, sta a provare che tale *dominium* non è per sè stesso inammissibile, e che quando esista trae seco quale necessaria e logica conseguenza l'obbligo del gestore di restituire l'*indebitum*.

L. 22 (23) Dig. III, 5: —

Paulus libro vicensimo ad Edictum

Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit, restituere cogitur; de eo autem quod indebitum solvit magis est ut sibi imputare debeat.

Che in questo frammento non si tratta di un indebito ricevuto *nomine alieno* (vedi sopra n. 487) ma di un indebito ricevuto da un gestore nell'interesse del *dominus* ma a nome proprio, risulta da questa considerazione: che in esso il giurista parla di un obbligo di restituire indipendentemente da ratifica. Si tratta dunque di un indebito ricevuto dal gestore a nome proprio. Tutta la difficoltà che presenta il testo si riduce pertanto al trovar una ipotesi alla quale esso possa essere riferito naturalmente, giacchè sarebbe certamente erroneo il dire che qualsiasi indebito che il gestore esige, a nome proprio, egli deve restituire al *dominus*. Qui potrebbe pensarsi di dire che il gestore è obbligato a restituire gli indebiti esatti nell'interesse del *dominus:* ma ciò sarebbe erroneo poichè noi abbiamo già dimostrato che non è l'interesse del *dominus* che dà fondamento alla sua *actio neg. gest. (directa)*. Riferendoci ai principi che abbiamo sostenuto e svolto in riguardo al fondamento di questa azione noi diremo invece che il gestore è tenuto a restituire l'indebito quando lo ricevette a tale titolo, che egli solo poteva accampare *nella sua veste di gestore,* quando cioè esigendo il gestore si trovava in tale rapporto di fronte al *dominus,* in riguardo al contenuto dell'atto da lui compiuto, da non poter su di esso accampar dominio alcuno: da dovere al contrario tale dominio attribuire al suo principale. Come si vede questa ipotesi segna il limite estremo cui può giungere il concetto di *dominium negotii,* poichè lo stesso principale non ha alcun diritto di esigere crediti non esistenti: ma egli è la persona cui a preferenza d'ogni altro deve profittare un credito che altri crede di avere verso di lui. Qui possiamo riferirci ad un esempio già accennato. Tizio gestore esercita un azienda di Caio; Sempronio

e Mevio credendosi erroneamente debitori di tale azienda pagano a Tizio. Essi pagano degli indebiti i quali potranno tramutarsi in un certo valore patrimoniale, per virtù di legge, qualora trascorra il tempo utile per ripetere. Quegli indebiti potranno dunque profittare a qualcuno. Ma chi sarà questi? Nessuno vi aveva diritto, nè il gestore nè il dominus, ma il *dominus* era il titolare di quell' azienda, era la persona che di diritto rivestiva quella qualità, quella veste, la quale determinò il pagamento dell' indebito. Ora anche tale veste, tale qualità forma parte del suo patrimonio, e tutti i vantaggi diretti ed indiretti che da essa o per essa possono provenire spettano a lui che ne è il titolare.

494. — Nei numeri precedendi abbiamo sempre supposto che l' indebito esatto dal gestore sia divenuto irrepetibile, ed in tale ipotesi abbiamo deciso che esso debba essere consegnato al *dominus* che se ne arricchisce. Ma che dovrà dirsi nel caso in cui il gestore che ha esatto l' indebito si trovi esposto alla *condictio?* Potrà egli per tal ragione rifiutarsi di restituirlo al *dominus* che l'abbia convenuto *actione neg. gest. (directa)?* A risolvere questa questione ci basterà il richiamare la L. 30 (31) § 1 sopra esaminata: [52] per sostenere, in base al principio in essa contenuto, che il gestore non può eccepire al *dominus* che lo conviene l' esistenza della *condictio indebiti* per esimersi dall'obbligo di restituirgli insieme agli altri affari anche l' *indebitum* esatto, ma solo può elevare quella eccezione per ottenere *officio judicis* la *cautio indemnitatis.* I risultati ottenuti in questo paragrafo in rapporto all' obbligo del gestore di restituire al *dominus* gli *indebita* esatti gerendo, possono quindi venire così riassunti:

[52] L. 2 Dig. III, 5.

1°) Se il gestore ha esatto l' *indebitum, a nome del dominus, creditore putativo,* è tenuto sempre a restituirlo, in quanto questi abbia validamente ratificato il pagamento. A questa ipotesi devesi applicare la teoria della gestione rappresentativa.

2°) Se il gestore ha esatto l' *indebitum a nome proprio* è tenuto a restituirlo, solo in quanto il rapporto in cui egli si trova di fronte al *dominus* non gli permetta di considerare come *affare proprio* l' atto gestorio, consistente nell' esazione dell' indebito. In riguardo poi a questa seconda ipotesi bisogna distinguere il caso in cui la *condictio indebiti* del terzo solvente per errore non sia più esercitabile, dal caso contrario: in quello l' obbligo del gestore di restituire è incondizionato; in questo è subordinato alla prestazione di una *cautio indemnitatis* da parte del *dominus.*

§ 3. — *In quanto il gestore possa compensare i danni coi lucri prodotti colla sua amministrazione*

BIBLIOGRAFIA: — Opere già citate.

495. — Il diritto di compensare i lucri coi danni, il quale spetta al gestore in base alla L. 11 Dig. III, 5, è stato soverchiamente limitato da alcuni scrittori moderni. In opposizione alla loro dottrina io ritengo invece si possa dimostrare che il gestore ha sempre diritto di compensare i danni arrecati coi lucri prodotti nel concorso di queste condizioni: 1.) che l' atto dal quale è provenuto il danno, e l' atto dal quale è stato prodotto il lucro, cadano nel concetto economico di *una attività gestoria;* 2.) che questi due atti sieno fra di loro connessi, non già nel senso di far parte di una medesima *gestione patrimoniale,* ma solo in quanto riguardino l' interesse di un medesimo patrimonio, ed in quanto non abbiano singolar-

mente formato oggetto di uno speciale giudizio. Quando concorrano questi due estremi la compensazione ha luogo, sia che la gestione sia stata intrapresa utilmente, sia che no: ciò è dimostrato dalla già citata L. 11 Dig. III, 5, nella quale la compensazione è ammessa in una fattispecie di gestione non utilmente intrapresa, e costituisce una specie di attenuamento alla grave responsabilità (caso fortuito) attribuita al gestore (vedi retro num. 482).

496. — Alla esplicita sentenza contenuta nella L. 11 cit. gli scrittori sopra accennati cercano contrapporre altri testi dai quali vorrebbero argomentare serie limitazioni al principio della compensazione fra lucri e danni. Questi testi sono: L. 23 Dig. XVII, 2; L. 26 Dig. eod.; L. 16 Dig. XXVI, 7.[53] Nella L. 33 § 1 cit. è riferita l'opinione di Marcello, il quale opponendosi a Pomponio sosteneva che nella società non si possono compensare i danni colposamente arrecati dai singoli socii, coi lucri da essi prodotti. Nella L. 26 cit. è ripetuto e riconfermato questo concetto Marcelliano: *non compensatur compendium cum negligentia;* infine nella L. 16 cit. trattasi di un tutore, che ha impiegato il denaro del pupillo in mutui, alcuni dei quali vantaggiosi, altri dannosi perchè irrepetibili, e Paolo decide che il pupillo non può riconoscere solo i buoni e respingere i cattivi, ma o tutti o nessuno. Questi testi però, rettamente intesi, anzichè limitare la sentenza contenuta nella L. 11 cit. le danno una indiretta, ma efficace riprova. Per ciò che s'attiene alla società infatti non può dubitarsi della giustezza della teoria Marcelliana. Nella società ognuno dei soci si *è positivamente obbligato* a cooperare al conseguimento di un fine lecito e comune: in quanto quindi

[53] CHAMBON op. cit. p. 112.

ogni socio produce dei lucri, altro non fa se non eseguire una obbligazione assunta. In quanto invece produce colposamente dei danni, incappa in una obbligazione, dall'adempimento della quale non potrebbe naturalmente liberarsi sostenendo aver egli adempiuto già all'obbligo di produrre degli utili! Il gestore invece non è positivamente obbligato a produrre dei lucri: se si volesse o potesse parlare di obbligazioni del gestore, solo questo potrebbe dirsi: che egli è obbligato a non arrecare pregiudizio al *dominus* col suo intervento, per quanto disinteressato ed altruistico. Perciò si comprende che se il gestore ha prodotto dei danni possa esonerarsi dal risarcirli, dimostrando di aver contemporaneamente prodotto dei lucri corrispondenti. Egli *ex fide bona* non può essere tenuto che a non deteriorare la situazione del *dominus;* il socio invece, *ex fide bona,* è tenuto a migliorare la condizione comune. Da questa diversità di situazione risulta pertanto naturale la diversità di principio applicata, in riguardo alla compensazione dei lucri coi danni, al gestore ed al socio. Quanto alla L. 16 poi è facile il rilevare che essa è completamente estranea alla nostra attuale ricerca. Essa dice soltanto questo che il tutore avendo impiegato il denaro del pupillo in *mutui,* (conchiusi tuttavia a nome proprio), può essere tenuto, o come gestore del danaro a restituire i lucri ottenuti coi mutui medesimi, o come tutore a render conto dei danari e di tutte le altre cose pupillari: se il pupillo preferisce la prima via deve subire anche gli affari cattivi.

497. — Per le considerazioni testè svolte risulta evidente che, a nostro avviso, non può essere accolta la grave limitazione che il Chambon[54] ed il Cogliolo arrecano al principio che il

[54] Op. cit. p. 111.

gestore può compensare il danno col lucro. « *Il lucro,* scrive il Cogliolo,[55] *compensa il danno quando è un danno fortuito, ma non quando è un danno colposo.* » Le leggi da questi egregi scrittori citate, che sono appunto quelle da noi testè esaminate, nulla infatti provano nel senso da loro voluto. Inoltre ridotta a tali minimi termini la facoltà di compensare il lucro col danno diventa al tutto irrisoria. Dei danni *prettamente* casuali infatti il gestore non risponde menomamente, egli non ha pertanto bisogno di contrapporli ai lucri prodotti. L'importanza di compensare i danni coi lucri si presenta invece quando i danni possono essere considerati colposi: vuoi che sieno stati prodotti con un intervento inopportuno nella sfera patrimoniale altrui, vuoi che sieno stati prodotti eseguendo negligentemente una gestione intrapresa *utiliter,* vuoi che sieno stati prodotti determinando colla propria colpa un caso fortuito entro l' ambiente gestorio. Ed è appunto in questi casi che si deve applicare la massima esposta nella L. 11 Dig. III, 5. E solo applicandola in questi casi potrà dirsi che essa abbia un contenuto pratico.

498. — Poche cose ci restano ora da aggiungere a dimostrazione e maggior determinazione della teorica esposta. A sua dimostrazione ricorderemo il concetto, sul quale più volte ci siamo intrattenuti nel corso di questo trattato per il quale la gestione obbiettiva degli affari altrui costituisce da parte del gestore una intromissione nella sfera patrimoniale altrui, colposa, (in quanto ognuno debba per regola contenersi nei limiti della propria sovranità individuale), ma pur distinta per il suo contenuto economico da altre intromissioni. E distinta anche nei suoi effetti cioè

[55] Op. cit. I p. 378. Ed il CHAMBON op. cit. p. 111. *Das compensationsrecht soll nur die ausserordendliche Haftung des Gestor für den casus fortuitus mildern.*

nelle obbligazioni che produce, le quali risentono e rispecchiano, per così dire, la loro *causa* giuridica. La possibilità di compensare i lucri coi danni, entro i limiti della gestione è l' espressione più efficace dell' alienità della gestione: infatti come il lucro gestorio va al *dominus* perchè proveniente dalla gestione, così anche il danno, in quanto si colleghi a quelle medesime forme di attività che possono produrre il lucro! A determinazione della nostra teoria basterà poi rilevare che non qualsiasi danno causato dal gestore, prima di intraprendere una gestione, o dopo averla esaurita, e neppure qualsiasi danno causato durante la gestione, si compensa coi lucri. Ogni fatto, osservavano acutamente Sabino e Cassio, riferendosi alla capacità giuridica, trae la sua giuridica configurazione dal tempo in cui si verifica (L. 37 Dig. XXVI, 7): i danni compiuti prima della gestione, o dopo che essa già era esaurita, non possono esser considerati danni gestorii, sebbene compiuti dalla persona che poi divenne o già fu gestore. Così pure non tutti gli atti dannosi, compiuti dal gestore durante la gestione, possono essere considerati inerenti alla gestione. Occorre a ciò che essi sieno il prodotto di un *atto gestorio.* Esclusi pertanto dal vantaggio della compensazione sono tutti i danni prodotti da atti eccedenti o non rientranti nelle *funzioni gestorie.* La ricerca delicata e difficile, rivolta a determinare, caso per caso, gli atti dannosi che rientrano nel concetto di gestione da quelli che non vi entrano, è rilasciata al saggio arbitrio del giudice.

CAPITOLO III

Degli obblighi del dominus

§ 1. — *Quali spese il* dominus *debba rifare al gestore, quali danni risarcire; se debba retribuirlo*

BIBLIOGRAFIA: — Opere già citate nei §§ precedenti.

499. — La L. 2 Dig. III, 5 che è fondamentale in riguardo agli obblighi reciproci fra gestore e *dominus,* impone al *dominus* l'obbligo di prestare al gestore *quidquid eo nomine (sc. gestionis) vel abest ei vel abfuturum est:* cfr. L. 27 Dig. III, 5. Così in forma concisa sono indicate le due principali obbligazioni del *dominus:* quella di risarcire le spese, quella di tenerlo indenne dalle obbligazioni contratte gerendo. Il nostro codice civile con formola analoga stabilisce all'art. 1144, che l'interessato deve adempire le obbligazioni contratte in nome suo dall'amministratore, tenerlo indenne di quelle personalmente assunte e rimborsarlo delle spese necessarie ed utili cogli interessi dal giorno in cui furono fatte. Tratteremo in questo paragrafo dell'obbligo del *dominus* di rimborsar le spese e risarcire i danni, rimettendo al prossimo § la trattazione dell'obbligo del *dominus* di adempiere le obbligazioni contratte dal gestore e di tenerlo indenne di quelle personalmente assunte.

500. — La L. 44 Dig. III, 5 stabiliva: *quae utiliter in negotia alicuius erogantur actione neg. gest. peti possunt.* L'art. 1144 del nostro codice dispone invece che l'interessato deve rimborsare al gestore le spese utili e necessarie. Non insisteremo sul concetto di *spesa,* il quale come fu già da altri osservato, deve intendersi in senso lato. Piuttosto è necessario spendere qualche parola sulla distinzione fatta nell'art. 1144 cit. fra spese *utili* e *necessarie.* Fondandosi su questa distinzione alcuni civilisti [56] sostenevano doversi accordare al gestore azione nel *quidquid* solo per le spese necessarie; per le spese utili invece azione per l'arrichimento soltanto. Ma questa dottrina non ha trovato che pochi seguaci fra i commentatori del codice francese ed italiano: essa infatti è già arbitraria di fronte alla positiva disposizione della legge; inoltre disconosce completamente l'indole giuridica del requisito dell'*utiliter coeptum.* [57] Quando la legge dice che l'interessato deve rimborsare al gestore le spese utili e necessarie, presuppone già l'esistenza del requisito che dà il fondamento giuridico a questa obbligazione, presuppone cioè che l'affare sia stato bene amministrato. La determinazione posteriore delle spese, che devono essere rimborsate, non può quindi essere che dichiarativa: quasi ad indicare che non tutte le spese incontrate nell'amministrazione di un affare utilmente intrapreso sono repetibili, ma solo quelle che certi caratteri rivestono. Tali caratteri non sono però dati dalla qualità loro di utili o necessarie, ma da un elemento diverso, cioè dalla diligenza colla quale la gestione utilmente intrapresa deve venir condotta a compimento, cosicchè volendo con formola comprensiva determinare *quali* spese debbano essere rimborsate, noi possiamo dire, che *tutte quelle spese devono venir rimborsate le quali sono state fatte dal gestore, contenendosi da buon padre di famiglia, nello svolgimento di una gestione utiliter coepta.* Due elementi dunque concorrono a dar fondamento al diritto di

[56] Vedi retro nn. 228 e seg.
[57] Vedi retro n. 229.

rimborso delle spese: α) *utiliter coeptum* [58] β) *diligenter gestum.* Se manca il primo di questi elementi non sorge che un azione di arricchimento; se manca il secondo soltanto sorge bensì l'azione di gestione, ma non può tendere che al rimborso di quelle spese che vennero opportunamente, cioè da buon padre di famiglia compiute: *si quis negotia aliena gerens plus quam oporterit impenderit reciperatum eum id quod praestare debuerit* (Paolo L. 24 (25) Dig. III, 5). Da tutto ciò consegue essere inesatto ciò che da qualche scrittore si afferma in tesi generale, che cioè per le spese voluttuarie il gestore non ha che il *jus tollendi:* [59] in qualche circostanza può infatti avvenire che il gestore sia autorizzato a compiere, senza cessar d'agire come buon padre di famiglia, qualche spesa voluttuaria: [60] il diniego d'*actio neg. gest. (contraria)* per le spese voluttuarie contenuto nella L. 26 (27) Dig. III, 5 non ha già il suo fondamento nel principio che l'azione non sia a concedersi per le spese voluttuarie, ma nella circostanza che, nella fattispecie in questa legge contenuta, non era da uomo di media diligenza il compierle. [61]

501. — Il dominus deve anche prestare le usure dei denari che il gestore ha impiegato nella gestione. Quest' obbligo mentre può razionalmente desumersi dalla L. 2 Dig. III, 5 è poi esplicitamente sanzionato nella L. 18 (19) § 4 Dig. h. t. ove è detto: *contra quoque usuras, quas praestavimus vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus quam in aliena negotia impendimus servabimus negotiorum gestorum judicio,* ed anche più precisamente determinato nella L. 37 Dig. XXII, 1 ove sono considerate particolarmente due ipotesi e cioè: α) l'ipotesi in cui il gestore si sia servito del proprio danaro in favore del *dominus,* e β) l'ipotesi in cui egli abbia assunto denaro a mutuo da terzi per impiegarlo diligentemente nella gestione utilmente intrapresa. In quella, la quale più direttamente si attiene a questo punto della nostra ricerca, Ulpiano decide che il *dominus* debba prestare al gestore le *usurae quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei judiciis constitutum;* in questa che egli debba prestare le usure convenute dal gestore. Nella dottrina romanistica pertanto nessun dubbio su questo punto. Sorse invece una controversia nel diritto francese dovuta all'apparente antinomia fra l'art. 1153 cod. civ. e l'art. 2001 eod., dato il silenzio, in riguardo alla prestazione delle usure, dell'art. 1374 eod. Questa controversia [62] venne risolta dal patrio legislatore colle ultime parole dell'art. 1144 cod. civ. colle quali si stabilisce che l'interessato debba rimborsare il gestore delle spese necessarie ed utili *cogli interessi dal giorno in cui furono fatte.*

502. — Alcune considerazioni restano da farsi circa ai mezzi giuridici dei quali il gestore può servirsi per far valere la sua pretesa alle spese. Questi mezzi sono tre: azione, compensazione, ritenzione. Agire egli può coll'*actio neg. gest. (contraria),* azione personale prescrittibile in 30 anni [63] e che perdura indipenden-

[58] L. 9 (10) Dig. III, 5 e L. 44 Dig. eod.

[59] Baron *Pandekten* § 309 c.

[60] Vedi retro P. II Cap. V § 4.

[61] Da ciò risulta anche evidente che il *dominus* non è tenuto a rimborsare il gestore in relazione del vantaggio mediante la gestione risentito. *T. Genova 9 Giugno 1892 — Finanze c. Comune di Genova.* (Eco Genov. 1882, I 177).

[62] Vedine un riassunto in Giorgi V n. 70.

[63] La giurisprudenza italiana è concorde nel ritenere spettante al gestore, che paga un debito altrui, l'*actio neg. gest. (contraria)* contro il debitore liberato, per 30 anni, anche se il debito da lui pagato era prescrittibile in soli 5 anni. Vedi: *T. Messina 27 Giugno 1872 Genio Militare Spagnolio Comune di Messina.* — *Cass. Napoli 9 Marzo 1880.* (Ann. di Giurispr. XIV, 1 p. 208. — Legge 1888 I, 733). — *Cass. Roma 18 Agosto 1883.* (Temi Romana 1883

temente dalla consunzione processuale dell' *actio neg. gest. (directa):* L. 7 § 2 Dig. III, 5; compensare egli può ogni qualvolta della compensazione esistano gli estranei necessari: in tale ipotesi il debito suo, di fronte all'interessato, che lo conviene, rimane *ipso jure* diminuito di tanto, di quanto consta il suo credito: L. 30 (31) § 3 Dig. III, 5 e art. 1287 cod. civ. it. Non così semplice è invece il determinare se ed in quanto competa al gestore il *jus retentionis* per le spese. Richiamandosi all'analogia offerta dai principi riguardanti il possessore di buona fede, si è da taluno affermato spettare al gestore in linea assoluta il *jus retentionis.* Però nel trattare questo quesito non bisogna dimenticare che uno degli elementi essenziali alla sua risoluzione consiste nella valutazione giuridica del *jus retentionis* in generale. Mentre pertanto non può disconoscersi che la *retentio* è una forma meno efficace di far valere una pretesa, di quanto non sia l'*actio,* non si deve però neppure ritenere che, per ciò stesso, la *retentio* sia da concedersi ovunque possa concedersi azione. Il *jus retentionis* è un istituto *sui generis* che presuppone una certa connessità fra la cosa sulla quale lo si vuol esercitare, e la pretesa che per esso vuolsi far valere; quando manchi tale connessità la pretesa non può esser fatta valere che col mezzo più completo dell' actio. [64] Da ciò consegue che non sempre può accordarsi al gestore il *jus retentionis,* ma solo quando la pretesa che egli vuol far valere, si trova connessa alla cosa sulla quale il gestore vorrebbe esercitare la *retentio.* Un gestore patrimoniale potrà e. g. esercitare il *jus retentionis*

403. — Legge 1884, 1, 4). Il Domenget op. cit. n. 1340 seguendo il Larombiere all' art. 1375 cod. nap. n. 47 e seguito dal Giorgi V n. 72 e nota 11 ammette che il magistrato possa considerare non utile la gestione consistente nel pagamento di un debito prossimo ad esser prescritto.

[64] Vedi Baron *Pandekten* § 76. — Windscheid *Lehrb.* § 148.

sulle cose da lui riparate per le spese nella riparazione impiegate, ma non potrà in generale esercitare questo diritto sulle cose appartenenti al patrimonio da lui amministrato per spese che non sieno state investite direttamente su queste cose. Questa grave limitazione, da noi arrecata al *jus retentionis* del gestore per le spese, si può giustificare anche per diritto civile italiano, col medesimo art. 706 cod. civ. che viene da qualcuno citato per accordare al gestore il *jus retentionis* illimitatamente. Questo articolo infatti riguarda un caso tipico di connessione fra la cosa sulla quale vuolsi esercitare il *jus retentionis* e la pretesa che per tal modo si vuol far valere. Inoltre esso accorda la ritenzione al *solo possessore di buona fede:* come può dunque pensarsi di estendere la sua decisione al gestore che abbia gerito coll' *animus neg. al. ger.?*

503. — Ha il gestore diritto ad un onorario? Il Giorgi risponde negativamente argomentando « che il gestore non può esser trattato più favorevolmente del mandatario, il quale non può pretendere compenso quando non l' abbia pattuito. » Il Cogliolo invece sostiene che il gestore ha *sempre* diritto ad un onorario. Dal punto di vista del nostro diritto positivo a me sembra sia da seguirsi nelle sue linee generali l' opinione del Giorgi, che è poi la *comunis opinio.* Come potrebbe infatti il gestore, che volontariamente assume la amministrazione degli affari altrui, pretendere di trovarsi in posizione più favorevole di quella che avrebbe acquistato, qualora l'amministrazione gli fosse stata affidata? La massima aspirazione di un gestore è di poter essere considerato come un mandatario: il diritto, ben dice il Kohler, (op. cit. p. 129) non deve tender troppo l' arco, col voler accordare al gestore una posizione più favorevole di quella normalmente spettante al mandatario! D' altra parte, dal punto di

vista del diritto civile italiano, non bisogna dimenticare che l'art. 1141 cod. civ. it. equipara esplicitamente il gestore al mandatario, e che se vi è un punto nel quale l'equiparazione ha una ragion d'essere gli è appunto questo. Il Cogliolo afferma che la gestione deve essere regolata dai principi generali « tra i quali c'è che ogni opera personale deve essere compensata ». Ma, anche ammesso che esista un principio generale di tal genere, come lo si può ritenere applicabile alla gestione, per la quale il legislatore esplicitamente ha richiamato un principio speciale ed opposto? Non mi sembra pertanto che l'opinione del Cogliolo abbia un saldo fondamento nel nostro diritto positivo. Ametto però coll'egregio autore che la gratuità del mandato potrebbe venir tolta di mezzo, senza che questo contratto s'avesse a confondere colla locazione d'opere, e conseguentemente ammetto che qualora tale riforma si compiesse ne potrebbe risentire un cambiamento anche la dottrina della gestione degli affari altrui. Allo stato attuale della legislazione credo invece giusta e pratica la distinzione che si è fatto fra gestore civile e gestore commerciale in riguardo alla possibilità, da parte di quest'ultimo, di pretendere un onorario dal *dominus*.[65]

[65] Il Giorgi V n. 69 ammette che in casi eccezionali anche il gestore civile possa pretendere un salario « *quando le circostanze speciali del fatto siano tali da convincere che il gestore non* HA VOLUTO *impegnarsi gratuitamente* ». Un tale temperamento non può certamente essere accolto: non trattasi infatti da parte del gestore di VOLERE, ma di POTERE obbligare il *dominus* a pagare un onorario. Nessuno può costringere il gestore ad assumere la gestione, e nessuno può costringere il *dominus* a delle condizioni speciali d'amministrazione da lui non consentite. Una trattazione interessante circa l'onorario del gestore, condotta dal punto di vista storico, trovasi in Kohler op. cit. 129-131.

§ 2. — *Obblighi del dominus in rapporto ai contratti conchiusi dal gestore coi terzi: la così detta neg. gestio del terzo contraente*

BIBLIOGRAFIA: — Ruhstrat *Die negotiorum gestio des dritten Kontrahenten* Hannover 1883. (Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart vol. III fasc. I). — Ruhstrat *Die Institorische actio neg. gest.* (Iahrb. für die Dogmatik XXVII (N. S. XV). — Ruhstrat *Die Lehre non der Stellvertretung* (Iahrb. cit. XXVI (N. S. XIV). — Ruhstrat *Ueber die römischen Handlungsbevolmachtigten* (Zeitbschrift der Savigny Stiftung). — Schlossmann *Ueber die so genannte actio neg. gest. ad exemplum institoriae actionis* (Iahrb. für die Dogm. XXVIII (N. S. XVI). — Cogliolo op cit. I § 15. — Pacchioni *La negotiorum gestio del terzo contraente* (Annuario critico di Giur. prat. II fasc. 8 agosto 1890). — Costa *Le azioni exercitoria e institoria.* Parma 1891.

504. — Nello svolgimento della sua attività il gestore può venire a contatto con terze persone conchiudendo con esse dei contratti. Se in tale funzione il gestore si presenta ai terzi in veste di rappresentante, e contrae con essi *a nome del dominus,* trova la sua applicazione la teoria della gestione rappresentativa. Il *dominus* in altri termini sarà in questa ipotesi obbligato ad eseguire direttamente le obbligazioni contratte dal gestore, a condizione naturalmente che il gestore nel contrarle abbia gerito utilmente per lui, o che egli stesso abbia ratificati i contratti a suo nome conchiusi. Se invece il gestore, pur agendo nell'interesse del *dominus,* contrasse tuttavia a proprio nome, l'obbligazione del *dominus* sarà per regola limitata a tener indenne il gestore, sempre ammesso, ben s'intende, che i contratti sieno stati conchiusi per lui *utiliter,* o che il *dominus* li abbia approvati. Su questo punto non vi ha dubbio alcuno: il nostro codice civile pone esplicitamente all'art. 1144 la distinzione testè rilevata, la quale, possiamo aggiungere, esser stata anche romana, in quanto lo concesse lo svolgimento, che in questo diritto ebbe la teoria della rappresentanza diretta.[66] Vivissimo invece è il dibattito

[66] Vedi retro nn. 378 e segg.

intorno ad una questione che è sorta nella dottrina circa al determinare se, per l'applicazione di principi diversi da quelli della rappresentanza diretta, i terzi che si trovano ad aver contratto col gestore ed a suo nome, possano nullameno agire contro il *dominus*. Questa questione presenta diversi aspetti dei quali uno solo noi vogliamo studiare in questo paragrafo. Mentre cioè si potrebbe discutere circa all'applicazione alla ipotesi or ora accennata, dell'*actio quasi iustitoria* e dell'*actio de in rem verso utilis*, noi vogliamo invece soltanto ricercare se il terzo contraente col gestore possa per conto proprio presentarsi al *dominus* come gestore, esercitando un *actio neg. gest. (contraria)* ed a quali condizioni e con quale efficacia. Siamo, come ognun vede, nel tema assai vessato, specie di recente, della così detta *negotiorum gestio del terzo contraente.*

505. — Considerando il problema da un punto di vista puramente teorico noi dobbiamo subito riconoscere che la concessione di un *actio neg. gest. (contraria)* al terzo contraente col gestore, urta contro i principi fondamentali regolanti l'*actio neg. gest. (contraria)*, dato almeno che sieno giusti i risultati, cui in questo proposito siamo giunti nella nostra precedente trattazione. Infatti noi abbiamo sostenuto che al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)* si richiedono due requisiti: *utiliter coeptum* e *animus negotia aliena gerendi.* Dobbiamo poi soggiungere, ciò che del resto è indiscutibile, che all'esercitare l'*actio neg. gest. (contraria)*, come all'esercitare qualsiasi altra azione, è necessario un *interesse* il quale nel nostro caso consisterebbe nel ricupero delle spese e dei sacrifici incontrati in causa della gestione. Ora non è difficile il rilevare come apertamente si vada ad urtare contro questi principi accordando al terzo contraente contro il *dominus* l'*actio neg. gest. (contraria)*. Infatti ammesso

anche che il terzo contraente col gestore avesse gerito *utiliter* per il *dominus* non si potrebbe concedergli l'*actio neg. gest. (contraria)* senza violare il principio che ogni azione presuppone un interesse. Qui infatti il terzo non può dire di aver interesse ad agire contro il *dominus* avendo gerito utilmente per lui, poichè conservando egli la sua azione contrattuale contro il gestore, nel nome del quale ha contratto, egli, è dal punto di vista giuridico, completamente risarcito. A questa fattispecie calza a perfezione la sentenza di Paolo: *is qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur.* Solo in un caso noi possiamo supporre che il terzo abbia interesse ad agire coll'*actio neg. gest.* contro il *dominus*, quando cioè il contratto conchiuso dal terzo col gestore avesse per iscopo lo svolgimento di una certa attività del gestore in favore del *dominus* (come se il terzo desse mandato di compiere una certa cosa al gestore nell'interesse del *dominus);* ma in questo caso a chi ben considera si addimostrerà chiaro che in realtà il vero gestore è il terzo, e che il primo gestore vien ridotto alle proposzioni di un istrumento, di cui il terzo si serve per gerire nell'interesse del *dominus*. L'azione che il terzo (vero gestore per l'atto che forma oggetto del mandato) conserva verso il gestore non è incompatibile coll'azione che egli pure acquista verso il *dominus*. Anzi in certa guisa può dirsi che questa azione non ha altro scopo se non quello di garantire il terzo (gestore) che la gestione avverrà così come è necessario, (o come egli ritiene necessario) per dar luogo all'*actio neg. gest. (contraria)*. Se pertanto così la gestione sia avvenuta, può per regola ritenersi non sperimentabile l'azione del terzo (vero gestore) verso il primo gestore! Prescindendo dunque da questo caso, che pienamente si giustifica, il terzo contraente col gestore, non ha azione *neg. gest. (contraria)* contro il *dominus* per mancanza di interesse. E non solo per questo ma

anche per una ragione più profonda, che ha radice nella essenzialità del requisito dell' *animus neg. al. ger.* al sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria).* La sostanza di questo requisito consta infatti di uno spirito di altruismo, che si esplica nel fatto di porsi alcuno a gerire nell' interesse altrui esponendosi a tutte le possibili dannose conseguenze di tale generoso impulso. Ora come può dirsi che il terzo, che ha contratto col gestore acquistando contro di lui una valida azione, abbia avuto quello spirito di altruismo? Non si è egli sufficientemente garantito coll' azione del contratto? Che se volesse pensarsi al caso di insolvenza del gestore: per il quale ben calzerebbe il motto di Pomponio: *minus est actionem habere quam rem,* si entrerebbe come è facile osservare, nel campo dell'applicazione dell'*actio de in rem verso utilis,* si esorbiterebbe cioè dal tema che ci siamo proposti di trattare. A noi basterà qui, pel nostro attuale proposito, osservare che l'insolvenza del primo gestore è un elemento obbiettivo, che non altera per regola la credenza subiettiva di chi si fa a contrarre con lui!

506. — Dopo aver trattata la nostra questione in astratto passiamo ora a considerare i testi romani. Vi son due leggi assai vessate: la L. 30 pr. (31) Dig. III, 5 e la L. 5 § 3 eod. che dobbiamo separatamente esaminare: —

L. 5 § 3 Dig. III, 5

Ulpianus libro decimo ad Edictum

Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam. quid tamen si a procuratore tuo stipulatus sum: potest dici superesse mihi aduersus te negotiorum gestorum actionem quia ex abundanti hanc stipulationem interposui.

Che nella fattispecie di questa legge il *procurator* non sia rimasto obbligato verso il terzo ha sempre arrecato grave difficoltà agli interpreti i quali consideravano il terzo come tale che avesse *contratto un mutuo* col gestore. Ma già la glossa alla voce *nullam* notava: *quia nolui eum obligare.* Ora come può concepirsi un mutuo nel quale il *muluante* non voglia obbligare il *mutuatario?* Gli è pertanto naturale il pensare che nel testo in esame si tratti di una *datio pecuniae,* ma non *mutui causa: non enim, omnis numeratio eum qui accepit obligat sed quotiens id ipsum agitur ut confestim obligaretur:* L. 19 pr. Dig. XII, 1. Suppongasi che il terzo abbia dato il denaro al *procurator* col mandato di impiegarlo nel patrimonio del *dominus* (il qual rapporto si può ricostruire, vuoi con un vero e proprio mandato, vuoi come un contratto innominato *do ut facias):* in tale ipotesi la decisione del testo non presenterebbe più alcuna difficoltà. Si comprende infatti che in quanto il *procurator* abbia impiegato il denaro nel patrimonio del *dominus,* in quel modo che il terzo gli disse, e che era atto a far sorgere l' *actio neg. gest. (contraria),* egli non possa esser obbligato di fronte al terzo. Ma l' espressione del testo: *adversus eum cum quo contraxi nullam (actionem habebo)* è appunto usata con riferimento al caso in cui sia sorta l' *actio neg. gest. (contraria),* al caso cioè in cui naturalmente l' *actio mandati (directa)* non avrebbe più avuto ragion d' essere. Questa interpretazione ha per se un massimo di naturalezza che ci fa facilmente considerare come poco convincenti le argomentazioni che contro di essa si vorrebbero dedurre dalla frase con cui è indicata nel testo la *datio pecuniae: si procuratori tuo mutuam pecuniam debero.....* Infatti gli è certo meno arbitrario, considerare questa frase come usata in senso non tecnico ed improprio, dell' ammettere la validità di un mutuo sorto con una condizione incompatibile colla sua essenza. Per

vero se è dell' essenza del mutuo la restituzione della somma mutuata, come può concepirsi che il mutuatario, pur restando tale, possa essere obbligato a disporre della somma medesima in favore di un' altra persona (il *dominus)?* E se questo obbligo esiste realmente come può concepirsi che chi deve eseguirlo debba anche restituire la somma a chi glie l' ha data?

507. — Quanto alla *stipulatio* di cui parla il testo si è discusso per determinare se essa sia valida o meno. Che essa sia valida non è detto esplicitamente: il giurista si limita a constatare che essa non impedisce il sorgere dell' *actio neg. gest.* contro il *dominus.* Ma è stato sostenuto che sia valida dagli scrittori che ammettono l' *actio neg. gest. (contraria)* del terzo contraente. Chi infatti concede al terzo la *condictio mutui* contro il procurator parallelamente all' *actio neg. gest. (contraria)* contro il *dominus,* come potrebbe negare l' *actio ex stipulatu?* Chi invece esclude quel parallelismo di azione deve naturalmente negare la validità della *stipulatio.* Questa logica conseguenza dell' indirizzo da noi seguito ha trovato una sufficiente dimostrazione nello scritto citato dello Schlossmann. La frase *ex abundanti* è infatti usata nelle fonti anche per indicare un atto il quale per sua natura non può produrre alcun effetto: un atto cioè che venne compiuto da una persona nella convinzione che potesse avere delle conseguenze, ma che in realtà nulla poteva aggiungere a ciò che già esisteva. Inoltre negando la validità della *stipulatio* si spiega il dubbio che aveva assalito il giurista circa al perdurare dell' *actio neg. gest.* contro il *dominus:* questo dubbio non avrebbe avuto ragion d' essere se il sorgere l' *actio ex stipulatu* non avesse impedito il perdurare dell' *actio neg. gest.* Invece si comprende perfettamente quando si ammetta con noi, che la *condictio mutui,* e l' *actio ex stipulatu* fossero incompatibili

coll' *actio neg. gest. (contraria).* Quanto poi a quelli che sostengono la validità della *stipulatio* in quanto per essa si da modo al terzo di garantirsi contro la possibile insolvibilità del *dominus* [67] è facile osservare che tale garanzia il terzo poteva ottenere per altra guisa, senza violare alcun principio giuridico, facendosi prestare dal gestore fidejussione per il *dominus:* L. 3 § II Dig. III, 5.

508. — La seconda legge addotta per dimostrare che il terzo contraente col gestore può acquistare oltre all' azione del contratto conchiuso contro il gestore, anche l' *actio neg. gest. (contraria)* contro il *dominus* è la

L. 30 pr. Dig. III, 5: —

Papinianus libro secundo responsorum

Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cuius litteras creditor secutus contraxit et fidejussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori scilicet ad exemplum institoriae actionis.

La difficoltà che presenta questo testo è tutta riposta nella sua ultima proposizione colla quale vien concessa al terzo mutuante ed al suo fidejussore un *actio neg. gest. ad exemplum iustitoriae actionis.* Dopo tutte le considerazioni svolte nei numeri precedenti però, le quali mettono in evidenza l' impossibilità logica di accordare al terzo contraente un *actio neg. gest.* contro il *dominus,* parallela all'*actio* contrattuale da lui acquisita contro il gestore, noi saremmo tuttavia giustificati nel ritenere senz' altro che questo testo tratti di *actio quasi iustitoria,* [68] togliendo così l' unico apparente sostegno testuale che ha nelle fonti romane

[67] Kritz Pandektenrecht L. I p. 398 Cogliolo op. cit. I p. 160-161.
[68] Windscheid *Lehrb.* § 482 e nota 8.

la così detta *negotiorum gestio del terzo contraente.* A ciò ci conforterebbe il riflesso che lo stesso giurista Papiniano in altri testi contenenti fattispecie analoghe a quelle della legge in esame aveva concesso l' *actio quasi institoria.* Ma le acute osservazioni dello Schlossmann ci persuadono a spingerci anche più oltre ed a ritenere che il testo così come è giunto a noi sia corrotto. Infatti l' *actio institoria* non è che un estensione dell' azione sorgente dal negozio contratto coll' institore, verso il principale: pertanto l' azione del mutuante contro il principale non potrebbe mai essere un azione *neg. gest. quasi institoria* ma un azione *certae creditae pecuniae quasi institoria.* Il negozio compiuto dal fidejussore, prestando la fidejussione, costituisce invece una gestione utilmente intrapresa nell' interesse del principale ed entro i limiti della preposizione da lui determinati: ora siccome l' *actio institoria e quasi institoria* può sorgere anche in base ad una utile gestione del terzo in favore del *procurator,* entro i limiti della procura, [69] non presenta difficoltà alcuna l'ammettere che il fidejussore acquisti contro il principale un *actio neg. gest. quasi institoria* contro il principale, in base all' utile gestione consistente nella prestazione della fidejussione! Ma il testo invece concede l' *actio neg. gest. ad exemplum institoriae actionis* sia al mutuante che al fidejussore, e perciò appunto deve essere corrotto, giacchè una tale equiparazione urta contro principi chiari ed indiscutibili. Questo argomentare da ragioni intrinseche e dogmatiche la corruzione di un testo potrà sembrare a qualcuno arbitrario; ma a me sembra che un tale scrupolo possa esser coscienziosamente messo in disparte, quando, come nel caso nostro, mercè una semplice e naturale trasposizione di alcune parole, si possa riescire a conciliare un testo con principi indi-

[69] L. 5 § 16 Dig. 14, 3 — L. 10 § 5 Dig. XVII, 1.

scutibili, o con risultati dogmatici di un valore incontestabile. Ora una tale trasposizione propone lo Schlossmann [70] ed io non esito ad accettare. Invece di *dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori scilicet ad exemplum institoriae actionis* leggendo: *dabitur in eum actio ad exemplum institoriae actionis creditori, vel fidejussori scilicet negotiorum gestorum* si riesce: 1°) a conciliare la decisione contenuta nella L. 30 in esame, con tutte le altre leggi di Papiniano nelle quali egli accorda l' *actio quasi institoria;* 2°) ad evitare le difficoltà dogmatiche che ostano alla concessione di un *actio neg. gest. (contraria)* al terzo mutuante (vedi retro nn. 505 e segg.); 3°) a confermare efficacemente l' interpretazione sopra data alla L. 5 § 3 Dig. III, 5 togliendo ogni fondamento e alla dottrina che concede al terzo contraente la *condictio mutui* contro l' institore in concorso coll' *actio neg. gest.* contro il principale, e a quella per quanto ingegnosa pur arbitraria del Ruhstrat sull' *actio neg. gest. ad exemplum institoriae actionis.*

509. — I risultati ottenuti nei numeri precedenti sulle fonti romane possono essere applicati al nostro diritto patrio. Infatti le poche disposizioni del nostro codice sulla gestione degli affari altrui lasciano piena libertà di ricostruzione all' interprete e lo autorizzano di richiamarsi al diritto romano che è autorità per eccellenza specie in rapporto al nostro tema. Per le ragioni d' indole generale sopra svolte (nn. 505 e segg.) pertanto, e in base alla interpretazione data ai testi, credo si possa affermare che quando il terzo, contraendo con un rappresentante a nome di questi, acquista contro di lui l' azione del negozio conchiuso, non può in alcun modo ed in nessuna ipotesi far valere un

[70] Op. cit. p. 330 contro il Cogliolo op. cit. I p. 174.

actio neg. gest. (contraria) contro il rappresentato. Potrà invece acquistare l'*actio de in rem verso utilis* o l'*actio quasi institoria* in quanto queste azioni sieno ammissibili per diritto moderno. Ma questa ricerca esorbita dal nostro tema. Così pure estraneo al tema della gestione degli affari altrui è il ricercare se ed in quanto il terzo che ha contratto col rappresentante a nome di questi possa in base ad altri principi giuridici agire direttamente contro il rappresentato. Come già osservavo al principio di questo paragrafo sono questi tanti e diversi aspetti di un quesito più generale circa ai rapporti fra terzi contraenti col rappresentante e rappresentato, il quale rientra nella dottrina generale della rappresentanza nei negozi giuridici. Non è quindi questo il luogo opportuno per entrare in una discussione. Solo ne sembra necessario osservare che uno studio serio ed accurato in proposito deve tener ben distinta azione da azione, studiando di ciascuna indipendentemente la figura giuridica propria e l'ammissibilità.

CAPITOLO IV

Cause che impediscono il sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)* o ne modificano l'efficacia

§ 1. — *L'animus donandi e l'actio neg. gest. (contraria)*

BIBLIOGRAFIA: — Opere già citate nei §§ precedenti.

510. — In ogni gestione, giustamente scrive il Laurent, vi è uno spirito di benevolenza e beneficenza, ma questo spirito non costituisce per se medesimo un elemento giuridico sufficiente

a privare il gestore della sua azione contro il *dominus*. Precisando questo concetto il Brinz [71] scrive non esser escluso il potersi esercitare pietas ed amicitia gerendo nell'interesse altrui pur contemporaneamente intendendo ricuperare il *quidquid impensum* nella gestione. Per *animus donandi* quindi la dottrina ha tradizionalmente inteso uno spirito di beneficenza portato ad un grado di maggior intensità; non solo il voler gerire in vantaggio del *dominus*, ma il voler gerire per lui gratuitamente, e nel senso più ampio della parola, rinunciando cioè a qualsiasi pretesa di risarcimento che nella gestione avrebbe potuto altrimenti trovare il suo fondamento. Riassumendo questo concetto in una formola dogmatica si è detto che gerisce *animo donandi* colui che rinuncia alla propria *actio neg. gest. (contraria)*.

511. — Così si è venuto attribuendo una individualità propria all'*animus donandi;* se ne è formato per così dire un requisito negativo dell'*actio neg. gest. (contraria),* al quale si sono attribuiti certi effetti. Si è detto: tutte le volte che il gestore ha l'*animus donandi* non sorge l'*actio neg. gest. (contraria):* nè rileva che tale *animus* sia effettivo o solo presunto. [72] Essendo giunta a tal punto la dottrina ha però sentito vagamente il bisogno di giustificarsi. E se in generale ha creduto sufficientemente soddisfatto questo bisogno colla fuggevole affermazione della naturalezza della cosa, non sono mancati però scrittori che su di essa si sieno fermati. Così il Giorgi [73] si sforza di giustificare gli effetti attribuiti all'*animus donandi* con queste parole: « se il gestore ebbe intenzione di esercitare

[71] *Lehrb.* § 321. Questo concetto trovasi del resto già scultoriamente espresso nella L. 14 § 7 Dig. XI, 7.
[72] Chambon op. cit. p. 76.
[73] Op. cit. V n. 22.

una liberalità il *dominus negotii* sarà francato da ogni obbligo, *perchè l' intenzione sola del gestore basta a rendere inescogitabile l' applicazione dell' art. 1144 cod. civ.* » Ed il Cogliolo [74] afferma che « *il concetto della rinuncia implicita è il vero concetto che spiega l' influenza dell' animus donandi.* » Io fra poco cercherò di dimostrare inaccettabile la formola dogmatica sopra esposta e che così si tenta di giustificare, ma qui, pur prescindendo dalla attendibilità di quella mia dimostrazione, credo si possano elevare giuste obbiezioni alle giustificazioni dai due chiarissimi autori addotte, e le elevo poichè con ciò stesso mi sembra di aprirmi la via a ciò che sto per scrivere. Mi sembra che il dire col Giorgi che l' intenzione del gestore di donare è sufficiente a rendere inconcepibile l'applicazione dell' art. 1144 cod. civ. sia un affermare ciò che appunto vuolsi dimostrare. Donde infatti può mai desumersi questa inconcepibilità? Forse che nel nostro codice qualsiasi forma di donazione che voglia ammettersi, non richiede l' incrocio di due volontà? Gli è appunto perchè la donazione è un contratto che bisogna dare una speciale giustificazione del principio posto che l' *animus donandi* esclude *per se stesso* il sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria).* Ora, ciò posto, neppure mi sembra efficace il concetto messo avanti dal Cogliolo, che cioè nell'*animus donandi* sia implicita una *rinuncia* all' *actio neg. gest.* Già a prescindere da ciò, che pur è generalmente ritenuto, che cioè a costituire una rinuncia efficace non sia sufficiente la manifestazione di volontà del solo rinunciante, [75] resta pur sempre evidente che il ricorrere al concetto della rinuncia per giustificare gli effetti attribuiti all' *animus donandi* significa ricorrere ad una *finzione*

[74] Op. cit. II p. 6 nota 556.
[75] Windscheid *Lehrb.* I § 69 nota 14.

giuridica. Ora se in generale il ricorso alle finzioni è da evitarsi come acutamente ha dimostrato lo stesso Cogliolo, tanto più dovrà ritenersi essere esso tale nel caso speciale che stiamo considerando, se ci riescirà di dimostrare che non si devono all' *animus donandi* attribuire quegli effetti a giustificazione dei quali si invoca il concetto della *rinuncia all' azione neg. gest. (contraria).*

512. — Questa dimostrazione io ritengo possibile. Io ritengo cioè si possa provare che il diritto romano non attribuì mai all' *animus donandi* del gestore quegli effetti che ad esso attribuisce la dottrina antica e moderna. E comincio con una osservazione molto modesta e che trovo strano non sia già stata fatta. In nessuno dei molti testi che si citano a dimostrare che l' *animus donandi* esclude il sorgere l' *actio neg. gest. (contraria)* si trova cenno alcuno all' *animus donandi.* Nella L. 26 (27) Dig. III, 5 si parla di gestione compiuta *pietatis respectu,* nella L. 33 (34) Dig. eod. di gestione compiuta *jure pietatis* o *pietate cogente,* nella L. 43 (44) Dig. eod. di gestione compiuta *amicitia ductus,* nella L. 14 § 7 Dig. XI, 7 di gestione compiuta *pietatis gratia,* o *ipsius humanitatis negotium gerens,* oppure *misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni,* nella L. 5 Cod. II, 18 (19) si tratta di un gestore che ha gerito *obsequio liberti functus,* nella L. 11 Cod. eod. di una donna che aveva gerito *exigente materna pietate,* nella L. 13 Cod. eod. di un marito che pur ha gerito *affectioni suae expendens,* nella L. 15 Cod. eod. di chi aveva gerito *paterno adfectu.* Questo stato delle fonti ha, mi sembra, una grande importanza. La mancanza di qualsiasi cenno all' *animus donandi* dimostra, a mio avviso, che non era a tale elemento che si attribuiva l' effetto, pure in tutti i testi citati rilevato, del non sorgere l' *actio*

neg. gest. nelle fattispecie in essi trattate. Nè a questa deduzione si oppone certamente la circostanza che in talune delle leggi citate, posto il principio che l'azione non può sorgere, si arreca ad esso una eccezione per il caso in cui il gestore dimostri di aver gerito coll'*animus recipiendi.* Non è detto infatti che la mancanza di *animus recipiendi* implichi necessariamente *animus donandi:* basta il pensare al possessore di buona fede per persuadersi di ciò. Dunque possiamo intanto concludere che l'esclusione dell'azione può ricondursi ad un principio che non sia l'*animus donandi.* Ma quale sarà questo principio? Contenendo la nostra ricerca entro l'ambito delle ipotesi trattate nei testi romani sopra citati noi abbiamo un mezzo semplice per ritrovarlo. Basterà il rilevare ed astrarre gli elementi decisivi che si trovano nelle fattispecie in essi trattate. Ora questi elementi sono: la *pietas,* l'*amicitia,* l'*affectio,* l'*obsequium.* La *pietas* nei rapporti famigliari, l'*amicitia* nei rapporti fra persone non legate da vincoli di sangue, l'*obsequium* nei rapporti fra liberto e patrono, l'*affectio* nei rapporti fra marito e moglie. La sola deduzione pertanto che possa trarsi dalle decisioni contenuti nei testi romani citati è questa: quando fra gestore e *dominus* esistevano, al momento della intrapresa gestione, certi rapporti implicanti un grande interesse da parte del gestore alla gestione da lui compiuta pel *dominus,* interesse fondato o sull'amicizia o sull'affetto o sulla pietà paterna o sull'*obsequium,* si riteneva fino a prova contraria avere il gestore gerito nel suo *proprio esclusivo interesse,* non aver quindi potuto acquistare l'azione di gestione contraria che presuppone una gestione compiuta nell'interesse altrui. Se ad esempio prendiamo in esame il caso della prestazione degli alimenti fra parenti, non potremo meravigliarci che il diritto ammetta fino a prova contraria, essere questa avvenuta non già coll'animo di procurarsi un azione,

ma per soddisfare al proprio sentimento di parentale affetto. Questa è infatti la più naturale interpretazione del fatto: vedendo il nipote assiso alla tavola dello zio il diritto suppone che egli sia invitato per affetto, per il piacere di averlo, non già che vi sia ammesso con l'obbligo sotto inteso di pagare poi il conto! A ciò induce la considerazione del modo in cui è organizzata la famiglia, e dei sentimenti che *normalmente* in essa regnano. Lo stesso può dirsi fra marito e moglie, fra patrono e liberto. Senonchè questo *normale* ordine di idee non è *obbligatorio* nei componenti la famiglia i quali finchè, ed in quanto, non violino le leggi, possono allontanarsene. Il diritto pertanto deve tener conto anche di ciò, e mentre fondandosi sullo stato normale delle cose, può in certi casi, ritenere per principio non esistere gestione nell'interesse altrui, deve pur sempre ammettere la prova contraria. Ora gli è appunto lo svolgimento di questa prova che deve tutta fondarsi sulle circostanze speciali del singolo caso; *haec disputatio in factum constitit.*

513. — La conclusione cui perveniamo in base alle considerazioni svolte nei due numeri precedenti avrebbero, qualora fossero accettabili, una considerevole importanza pratica e teorica. Teorica in quanto per esse resterebbe assodato non essere l'*animus donandi* un concetto indipendente, una specie di requisito negativo della gestione. Esso dovrebbe invece esser considerato come il risultato di una inversione logica di proposizioni che non di rado avviene di incontrare nella dottrina giuridica. Se infatti è giusto il modo nel quale io considero l'esclusione dell'*actio neg. gest. (contraria)* nei testi citati, non può già dirsi che essa dipenda dall'*animus donandi* dal gestore ma può invece dirsi che avendo il gestore gerito in quelle condizioni gli è a considerarsi *come se*

egli avesse donato al dominus. La dottrina che ho combattuta invece dice che non vi è l'azione perchè vi era l'*animus donandi;* essa quindi inverte le proposizioni e pone come causa dell'esclusione dell'azione il concetto della donazione che, a mio vedere, può invece venire in considerazione solo come immagine per indicare gli effetti che produce la gestione in certe speciali circostanze. Come dall'*obbligatio quasi ex contractu* si giunse al quasi contratto, così dalla gestione producente effetti analoghi ad una donazione si giunse al concetto dell'*animus donandi!* L'importanza pratica delle mie conclusioni poi risulta evidente quando si pensa che per esse resta escluso che l'*animus donandi* manifestato indipendentemente da un giusto fondamento, abbia l'effetto di impedire il sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)* mentre invece la teorica da noi combattuta conduce logicamente all'opposta opinione. Se Tizio intraprendendo la gestione di certi affari di Caio assente, a lui per nessun vincolo di parentela o amicizia legato, dichiara pubblicamente di volergli donare, ciò nullameno conserva secondo l'idee da me sostenute, l'*actio neg. gest. (contraria)* quando naturalmente ne abbia attuatii requisiti. La sua dichiarazione di voler donare non può valere nè come donazione nè come rinuncia poichè la donazione e la rinuncia richiedono ad esser valide una accettazione. Egli quindi può donare solo *di fatto* non esercitando l'azione. Secondo la teorica da me combattuta invece Tizio avrebbe perduto per effetto della sua semplice e valida dichiarazione l'*actio contraria.* Se poi supponiamo che esistessero fra Tizio e Caio tali rapporti di parentela da far supporre che Tizio fosse mosso a gerire più dal proprio sentimento e bisogno che non da quello di Caio, allora non sorge più l'azione, ma non già perchè possa dirsi aver donato, o validamente rinunciato

all'azione, ma perchè ed in quanto può ammettersi aver Tizio gerito nel proprio interesse.[76]

§ 2. — *La negotiorum gestio prohibente domino*

BIBLIOGRAFIA: — Opere già citate e specialmente Ogonowski *Die Geschäftsführung ohne Auftrag.* Lemberg. 1878 e Scialoia *Della negotiorum gestio prohibente domino ed in ispecie dell'azione in regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore* (Estratto dal Foro Italiano anno XIV fascicolo XVI).

514. — I giuristi dell'epoca classica non erano concordi circa al determinare gli effetti da attribuirsi alla *prohibitio domini.* Alcuni sostenevano che essa eslcudesse il sorgere di qualsiasi azione pel gestore sia diretta sia utile: così Paolo Pomponio ed Ulpiano.[77] Altri negavano il sorgere dell'azione diretta ma

[76] Il determinare quando possa dirsi aver il gestore gerito nel proprio esclusivo interesse, e non avere conseguentemente acquistato azione di sorta contro il *dominus* dipende dalla valutazione dei rapporti esistenti fra gestore e *dominus* nel momento in cui avveniva la gestione. Ora questa valutazione è naturalmente rilasciata al giudice: il quale dovrà quindi ricercare non già se esisteva nel gestore *animus donandi,* ma se esistevano rapporti tali fra di lui ed il *dominus* da far ritenere che *egli sentisse l'interesse del dominus come interesse proprio.* In altre parole il giudice non ricerca già se esista *volontà di donare* ma se esistono gli elementi pei quali *il donare diventa la soddisfazione di un proprio bisogno.* Questa distinzione è essenziale: l'intenzione di donare come tale diventa obbligatoria, entro i limiti prescritti dalla legge, solo in quanto si sia fermata in un valido negozio giuridico; gli elementi oggettivi determinanti la volontà di donare non sono per se stessi obbligatori, ma costituiscono *un fatto* che il diritto interpreta, ed al quale può attribuire certi effetti. Quando pertanto esistono certi rapporti fra gestore e *dominus* dai quali può desumersi che il gestore senta l'interesse del *dominus* come interesse proprio, il diritto può ritenere non esistere, fino a prova contraria almeno, i requisiti essenziali al sorgere dell'*actio neg. gest. (contraria)* cioè: una gestione nell'interesse altrui compiuta coll'*an. neg. al. ger.*

[77] L. 40 Dig. XVII, 1; L. 7 (8) § 3 Dig. III, 5.

concedevano tuttavia al gestore un *actio utilis.*[78] Infine dalla costituzione di Giustiniano sulla *neg. gestio prohibente domino* [cost. 24 Cod. II, 18 (19)] sembra risultare che pur talun giurista romano avesse sostenuto poter competere al gestore, malgrado la *prohibitio domini* l'*actio neg. gest.* diretta. Ed il Cogliolo[79] ha cercato di dimostrare essere stato Gaio e Papiniano seguaci di questa opinione fondandosi sulle L. 38 Dig. III, 5 e L. 53 Dig. XVII, 1. Ma la L. 38 cit. dice soltanto che ogni terzo estraneo può validamente pagare i debiti altrui coll'effetto di estinguerli, anche *invito debitore;* nulla dice in riguardo all'azione di regresso del solvente contro il debitore. Nè certo mi sembra sufficiente a far ritenere che essa legge volesse al gestere solvente *invito debitore* concedere l'*actio neg. gest.,* la circostanza di trovarsi essa nel titolo *de negotiis gestis;* in questo titolo infatti trovasi pure la L. 42 (43) la quale determina nettamente il rapporto intercedente fra la liberazione procurata dal gestore e l'acquisto dell'*actio neg. gest. (contraria)* da parte sua: *actio tibi* (sc. gestori) *competit cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit: nisi si quid debitori interfuit eam pecuniam non solvi.* Vero è che queste ultime parole del testo hanno l'apparenza di una interpolazione; ma a parte ciò, in riguardo alla L. 38 sopra citata, neppure deve dimenticarsi la profonda diversità che intercede fra una gestione *invito domino* ed una gestione *prohibente domino. Invito* è chiunque non voglia, *anche per non sapere,* mentre *prohibente* è chi non vuole appunto perchè sa. D'altra parte assai giustamente ha osservato lo Scialoia che il principio con-

[78] Quali fossero questi giuristi non può dirsi con certezza. Veggansi la L. 17 § 4-5 Dig. XIV, 3; L. 29 § 1 Dig. XV, 1; L. 14 § 13 Dig. XI, 7 e Scialoia op. cit. p. 7 e seg.

[79] Op. cit. II p. 11-12.

tenuto nella L. 38 cit. trovasi confermato da quelli stessi giuristi che negavano al gestore *prohibente domino* ogni azione[80] e fin da Giustiniano nelle sue *Istituzioni.* Quanto alla L. 53 Dig. XVII, 1 lo Scialoia[81] ha già rilevato come nulla prova a sostegno della opinione emessa dal Cogliolo: a me però non sembrano neppure fondati i dubbi che lo Scialoia stesso eleva sulla genuinità di questa legge. In essa è, a mio avviso, contenuta una applicazione del principio romano classico pel quale colui che ha gerito nell'interesse di una persona in contemplazione di un'altra non acquista contro di essa l'*actio neg. gest. (contraria)* per mancanza di *animus neg. al. ger.*[82] Se quindi nella seconda fattispecie della L. 53 cit. il fidejussore non acquista l'*actio neg. gest. (contraria)* contro il debitore principale, non è già perchè questo sia *invito* (chè allora non si comprenderebbe come l'*invito* sia equiparato all'ignorante), ma gli è solo in quanto egli non aveva contro di lui attuato il requisito dell'*animus negotia aliena gerendi.* Da tutte queste considerazioni pertanto risulta evidente che dalle fonti a noi giunte non è dato desumere che alcun giurista romano accordasse al gestore *prohibente domino* l'*actio neg. gest. (directa;)* non è però del tutto inverosimile il pensare anche che realmente tale opinione da nessuno venisse mai sostenuta e che Giustiniano ne facesse accenno, più a scopo di aumentare l'importanza del quesito da lui risolto, che non sulla conoscenza di autori che quella opinione avessero sostenuta.

515. — La teoria giustinianea sulla *negotiorum gestio prohibente domino* è contenuta nella già citata cost. 24 Cod. II,

[80] Op. cit. p. 9-10.

[81] Op. cit. l. c.

[82] Vedi retro n. 344 e nota (449).

18 (19). Per diritto giustinianeo non vi ha pertanto alcun dubbio che il gestore *prohibente domino* non acquista azione alcuna nè diretta nè utile.[83] Senonchè la controversia che l'imperatore aveva creduto di risolvere definitivamente, risorse invece nella dottrina medioevale. Le due tendenze che già si erano presentate nella giurisprudenza classica romana, si tornano a manifestare: poichè si trova troppo rigorosa la decisione di Giustiniano, mentre pur si sentono tutti i pericoli del concedersi per principio un *actio utilis* al gestor d'affari *prohibente domino*. La dottrina pertanto si avvia per diverse vie in cerca di una più equa soluzione del problema. Alcuni attenendosi al precetto di Giustiniano, cercano tuttavia di attenuarne gli effetti estendendo anche al caso della gestione *prohibente domino* l'azione generale per l'arricchimento; altri cercano la risoluzione del problema nella determinazione del concetto di *prohibitio;* altri infine sostengono distinzioni di casi e propongono eccezioni alla regola di Giustiniano. Questo lavorio della giurisprudenza medioevale è stato seguito e rilevato nei punti suoi più importanti dal Prof. Scialoia nello studio citato nella bibliografia di questo paragrafo. A questo studio rimettiamo pertanto il lettore. Qui a noi è solo necessario il ricordare come anche nella dottrina civilistica moderna le opinioni sieno diverse e discordi, da molti negandosi assolutamente ogni azione al *negotiorum gestor prohibente domino*[84] da altri invece[85] accordandosi soltanto un'azione

[83] La decisione di Giustiniano lascia tuttavia impregiudicato il *jus tollendi* del gestore: L. 37 Dig. VI, 1; L 5 § 3 Dig. eod.; L. 38 Dig. V, 3. Vedi Kohler op. cit. p. 52 nota 6. Vedi Ogonowski op. cit. p. 9.

[84] Toullier Droit civil XI, 55. — Dalloz. Rep. v. *oblig.* n. 1663. — Aubry e Rau § 441. — Maisonnier op. cit. pp. 132-133 e opere citate dallo Scialoia op. cit. p. 21.

[85] Marcadè Cours elem. de droit civil (4 ed.) 1850 tom. IV p. 518 e segg. — Murgeaud-Larion op. cit. p. 90 e segg. e scrittori citati dallo Scialoia l. c.

in factum per l'arricchimento; da altri ancora, sulle orme della dottrina medioevale sopra accennata, distinquendosi fra proibizione e proibizione, accordandosi solo in casi di proibizione non ponderata o non seria un azione, e per vero, da taluno[86] solo nell'arricchimento, da altri,[87] con maggior rigor logico, nel *quidquid*. Infine il Cogliolo[88] sostiene una opinione affatto singolare negando ogni valore alla *prohibitio domini*.[89]

516. — Da questa esposizione per cenni delle diverse opinioni che attualmente si contendono il campo nella dottrina civilistica francese ed italiana passiamo ora a tentare di risolvere il delicato quesito. A questo fine è necessario anzitutto interrogare la nostra legislazione positiva per vedere se contenga alcuna disposizione riguardante la *negotiorum gestio prohibente domino*. A differenza di altri, il nostro codice civile, non ne contiene alcuna. Il nostro legislatore, sulle orme di quello francese, si è limitato a delineare con brevissime disposizioni i principi fondamendali della gestione d'affari altrui, rilasciando completamente alla dottrina la ricostruzione giuridica dell'istituto e lo svolgimento degli atteggiamenti vari che esso può assumere e degli effetti che può produrre. In riguardo alla gestione *prohibente domino,* il civilista italiano si trova quindi di fronte all'interprete del diritto comune, in una posizione identica a quella del civilista francese: non è cioè tenuto ad uniformare la sua decisione ad alcuna speciale disposizione di legge. La Cost. 24 Cod. II 18 (19) infatti non ha più per lui un valore legislativo ma

[86] Troplong *Du mandat* n. 75-86. — Giorgi V n. 31.

[87] Scialoia op. cit.

[88] Op. cit. II. pp. 11 e segg.

[89] Singolare opinione è pure quella del Laurent XX n. 338 confutata dallo Scialoia op. cit.

puramente dottrinale. I soli criteri ai quali egli deve uniformare la sua decisione sono: — 1.°) le esigenze della costruzione giuridica data all'intero istituto della gestione degli affari altrui e la interpretazione della coscienza giuridica nazionale; 2.°) la tradizione giuridica, cioè la elaborazione che il diritto romano ha subito per opera della dottrina del diritto comune, in quanto questa elaborazione abbia prodotto dei sostanziali mutamenti nei principi fondamentali della gestione. In questa elaborazione infatti può scorgersi la manifesiazione di nuovi bisogni, la formulazione di taluni mutamenti, per quanto lievi, subiti dalla coscienza giuridica nazionale, e pertanto gli è necessario tenere di essa conto nel risolvere un quesito che deve equamente rispondere a questa coscienza. Giustamente quindi osservava lo Scialoia che a torto i nostri civilisti si sono completamente associati ai civilisti francesi nel determinare gli effetti da attribuirsi alle *prohibitio domini* nella gestione degli affari altrui. I civilisti francesi infatti si richiamano in generale alla dottrina del Pothier il quale concedeva, in accordo colla teoria prevalente ai suoi tempi, l'*actio in factum* per l'arricchimento a qualsiasi gestore *prohibente domino*. La nostra tradizione nazionale invece non è in generale favorevole alla concessione di tale azione *in factum* per l'arricchimento, ma si mostra piuttosto proclive a limitare le conseguenze inique del principio, così rigorosamente formulato da Giustiniano, cercando di determinare il concetto della *prohibitio* atta ad escludere l'*actio neg. gest.* in favore del gestore.

517. — Io però non posso convenire collo Scialoia là dove egli afferma che questa nostra tradizione nazionale « *non si era voluta distaccare dal diritto giustinianeo* ». A me sembra invece che la nostra giurisprudenza medioevale tendesse appunto ad allontanarsi dal diritto giustinianeo. E tale convinzione ritraggo

dalla interpretazione che ritengo debba darsi alla cost. 24 Cod. II 18 (19). Giustiniano, sulle orme di Giuliano, attribuiva alla proibizione un valore assoluto e cioè sia pel caso in cui essa fosse seria e ragionevole, sia pel caso in cui tale non fosse. Egli sosteneva questo principio: quando il *dominus validamente* (il che è ben diverso dal dire giustamente) esprime la sua *volontà*, in forma di *prohibitio*, il gestore non può più acquistare azione di sorta: la volontà del *dominus* deve prevalere sull'apprezzamento del gestore. Quando il *dominus* ha detto: non voglio che si gerisca: ha detto io considererò, e potrò considerare, come non avvenuta la gestione, ben s'intende in quanto tu, o gestore, intendessi fondare su di essa alcuna pretesa. La norma giustinianea dunque rispetta la volontà, validamente manifestata dal *dominus*, in linea assoluta, senza preoccuparsi del suo contenuto: con essa fu riconosciuta una volta più lo sconfinato potere della volontà individuale; per essa si volle creare una massima di sicura applicazione che prescindesse da qualsiasi ricerca ulteriore quale è quella del contenuto della manifestazione della volontà del *dominus*, cioè dalla sua giustezza, serietà od altro. Si preferì insomma negare in linea di principio ogni azione al gestore anzichè concedergliela a seconda del contenuto specifico della *prohibitio*. [90]

518. — La dottrina medioevale rivolse invece tutti i suoi sforzi a limitare la portata del principio contenuto nella Cost. 24.

[90] Allo stesso modo il codice austriaco all'art. 1040 stabilisce: Wenn Iemand gegen *den giltig erklärten Willen* des Eigenthümers sich eines fremdes Geschäft anmasst oder den rechtsmässigen Bevollmächtigten durch eine solche Einmengung an der Besorgung des Geschäftes verhindert, so verantwortet er nicht für den hieraus erwachsenen Schaden und entgangenen Gewinn, sondern er verliert auch den gemachten Aufwand iusofern er in Natur nicht zurückgenommen werden kann ».

Il quale essa accoglieva in massima interpretandolo poi in modo da togliergli una gran parte della sua efficacia, e precisamente quel tanto che sembrava ingiusto e non rispondente alla coscienza giuridica dei tempi. Questa interpretazione consisteva nel distinguere *prohititio* da *prohibitio* solo a taluna attribuendo gli effetti che Giustiniano aveva attribuito in generale ad *ogni prohibitio*. Onde le opinioni diverse esposte dallo Scialoia nello studio citato. Delle quali opinioni mentre mi sembra commendevole il contenuto non so però assoggettarmi a ritenere collo Scialoia (p. 24) che per esse non si alterasse menomamente la regola posta da Giustiniano *ma solo si dichiarasse meglio la natura del divieto che produce l' inammissibilità dell' actio neg. gest. (contraria)*. Io ammetto che tale affermazione potesse esser sottilmente messa innanzi da quegli interpreti i quali si trovavano a dover giustificare le loro distinzioni di fronte ai termini generali ed espliciti della cost. di Giustiniano; ma il giurista moderno, pel quale la cost. 24 non ha alcuna obbligatorietà può, così mi sembra, passarsene. Quando si parla di *prohibitio* in generale si intende una manifestazione di volontà la quale deve andar soggetta alle regole che valgono in generale per tutte le manifestazioni di volontà. Ora come in generale non può ricercarsi, quando Tizio dona o vende o loca o promette alcunchè a Caio, quale grado di serietà o di convenienza abbia la sua manifestazione, ma solo se abbia quei caratteri generali pei quali può ritenersi valida, così anche quando il legislatore dice che Tizio proibendo a Caio di gerire gli affari suoi gli preclude la via ad una qualsiasi azione in regresso, si deve intendere che egli voglia attribuire tali effetti a qualsiasi sua proibizione che possa essere considerata una valida manifestazione di volontà. La dottrina degli scrittori sopra citati arrecava dunque a mio avviso una vera limitazione sostanziale al principio contenuto nella L. 24 Cod. II 18 (19).

519. — Il ritornare pertanto al rigido concetto che informava la cost. 24, significherebbe fare un passo indietro, saltare un periodo storico, trascurare le fonti immediate delle nostre dottrine civilistiche per risalire a quelle più remote. Il civilista italiano non può più richiamarsi alla cost. 24 come a fonte giuridica, perchè questa venne modificata dalla dottrina medioevale; esso può solo invocarla come opinione teorica così come potrebbe invocare Giuliano e Pomponio e Paolo. Ma una tale invocazione non potrebbe certo dare un valido fondamento ad una teoria civilistica! Di ciò si sono mostrati consci quegli scrittori che pur son voluti ritornare al diritto di Giuliano, Paolo e Pomponio, in riguardo alla *gestio prohibente domino* Essi hanno cercato fondare indipendentemente la loro opinione sopra l'*animus donandi*. « Sembra impossibile, scrivono l' Aubry e Rau [91] che chi gerisce contro la volontà del *dominus* abbia altra intenzione che non sia quella di gratificarlo »; ed il Maisonnier [92] esclama: « comment le gerant pourrait-il expliquer son intervention si ce n' est par l' intention de faire une liberalité? ». Il fondamento giuridico che i civilisti moderni seguaci di Giustiniano danno del diniego di ogni azione a colui che gerì *prohibente domino* è dunque riposto in ciò, che essi sostengono doversi considerare come un donante colui che gerisce contro il divieto del *dominus*. Ma è un fondamento poco solido poichè appena è necessario ricordare essere principio fondamentale del nostro diritto privato, come era già del diritto privato romano, questo: *donatio non presumitur*. Se pertanto la donazione non si presume neppure può presumersi l' intenzione di donare. Inoltre ammesso anche che potesse affermarsi che gerisce *animo donandi* colui che gerisce *prohibente domino*,

[91] § 441.
[92] Op. cit. p. 132.

come potrebbesi dire anche che chi ha proibito di gerire abbia accettato la donazione risultante dalla gestione da lui medesimo proibita? È dunque erroneo, più che inesatto, come dice lo Scialoia, ricorrere per giustificare il diniego di qualsiasi azione al gestore *prohibente domino,* ad una presunta donazione. Se poi si esce dal concetto della presunzione si vede facilmente che ben di rado potrà in pratica accertarsi aver voluto il gestore donare: generalmente anche chi gerisce *prohibente domino* ha l' *animus obligandi.* Dire che l' *animus obligandi* è escluso dalla *prohibitio* significa cadere in questa palese petizione di principio: il gestore *prohibente domino* non ha azione perchè non ha *animus obligandi,* e non ha l' *animus obligandi* perchè ha gerito *prohibente domino.* [93]

520. — Per le considerazioni testè svolte mi sembra non possa accettarsi per diritto civile italiano quella opinione che

[93] Il Förster *Pr. Privatrecht* II § 149 n. 6 cerca di costruire giuridicamente, e quindi di spiegare, il diniego di azione al *negotiorum gestor prohibente domino,* sostenendo doversi ritenere che in tale gestore manchi l' *animus obligandi.* Questa idea è stata però opportunamente confutata dall' Ogonowski op. cit. p. 7-8 n. 4. Altri scrittori si richiamano, al medesimo scopo, al principio: *beneficium invito non datur,* il quale è tuttavia evidentemente insufficiente a risolvere la difficoltà. Altri infine ricorrono al concetto di una pena che *il gestore dovrebbe subire* per aver gerito contro la volontà del *dominus.* Così dice il Zeiller: « il gestore *prohibente domino merita di perdere ciò che ha impiegato nella gestione* » e l' Ogonowski op. cit. p. 12-13 accentua e svolge questo concetto. A parte tuttavia la difficoltà di ammettere delle pene private di tal genere, nel sistema giuridico moderno, resta pur sempre evidente, che di fronte ai codici che non trattano espressamente della *neg. gestio prohibente domino* la teoria Zeiller ed Ogonowski è tautologica, poichè di fronte a tali codici si tratta appunto di vedere *se ed in quanto* il gestore debba venir privato d' azione, e così indirettamente punito. Di fronte poi a quelle legislazioni che come l' austriaca, espressamente negano l' azione al gestore *prohibente domino,* quella teoria non ha altro valore che come interpretazione della intenzione del legislatore nel porre una norma per sè stessa chiara ed esplicita.

nega al gestore *prohibente domino* ogni azione in regresso contro il *dominus.* Neppure posso tuttavia accogliere l' opinione del Pothier e suoi seguaci per la quale al gestore *prohibente domino* dovrebbesi in ogni caso accordare un *actio utilis* (o, come qualche civilista pur la chiama, *de in rem verso* o *in factum),* per l' arricchimento. L' accordare in tesi generale un azione per l' effettivo arricchimento risentito dal *domino prohibente* costituirebbe non solo una violazione evidente della sua giuridica libertà, ma anche della sua economica situazione. Potrebbe dirsi infatti, con frase paradossale, che il mezzo più semplice e facile per rovinare una persona si è quello di arricchirla. Se Tizio per esempio si da a ristaurare *ab imis fundamentis* il castello diroccato di un nobile decaduto, contro il divieto di questi, certamente non potrà negarsi che l' abbia arricchito, ma il concedergli un' azione per l' arricchimento equivarebbe al voler rovinare il suo nobile *dominus* il quale per poter risarcire il gestore si troverebbe poi costretto a vendere il castello e a contentarsi del residuo prezzo che può per lui rappresentare un valore minore di quello da lui attribuito alla sua avita abitazione. Facendo mia una arguta osservazione dello Scialoia dirò che l' accordare in tesi generale al gestore *prohibente domino* un azione per l' arricchimento da lui procurato al *dominus* equivarebbe all' attribuirgli in molti casi un diritto di espropriazione, il quale non avendo uno specifico fondamento legale deve essere considerarto ingiustamente lesivo del *dominio* patrimoniale individuale. Però ritengo non si possa tanto generalizzare questa osservazione da credersi autorizzati a negare sempre, ed in qualsiasi misura, una qualche pretesa anche a colui che si è fatto a gerire contro il divieto del *dominus.* Per giungere ad un tale risultato bisognerebbe dimostrare non solo che il *dominus* non si è arricchito ingiustamente a danno del gestore, ma che egli ha una giusta causa per trat-

tenere presso di se tutti i risultati della gestione. Ora gli è appunto in base a questa distinzione che io credo si possa pervenire a formulare una nuova teoria, la quale se non ha esplicita base in alcuna disposizione del nostro codice civile, tuttavia mi sembra fondata sui *principi generali del diritto* (art. 3 cod. civ. it.) e sufficientemente confortata dall'analogia offerta da disposizioni che regolano materie analoghe.

521. — Io penso che al gestore *prohibente domino* debbasi in ogni caso accordare non già un' azione per l' arricchimento effettivo risentito dal *dominus,* ma un' azione tendente ad ottenere tutto ciò che il *dominus* può restituire al gestore senza che il suo patrimonio, e la sua personalità patrimoniale, si trovino ad essere danneggiati in confronto allo stato nel quale si trovavano prima che venisse incominciata la gestione. Tutto ciò infatti io ritengo si trovi presso il *dominus non iure;* e così penso per queste considerazioni. Escluso che il gestore abbia validamente donato i risultati della sua gestione, gerendo *prohibente domino,* come potrebbe dirsi che tali risultati si trovino indistintamente *cum justa causa* presso il *dominus?* Ammetto che non si possa costringere il *dominus* a spogliarsi di alcunchè o a scemare in qualsiasi modo il suo patrimonio in seguito ad una gestione da lui proibita: tutti i risultati della gestione che egli non potrebbe restituire che ad un tal costo, possono essere considerati come trovantisi presso di lui *jure:* se infatti ogni individuo ha il diritto di distruggere le proprie cose e di sperperare il proprio patrimonio, a maggior ragione potrà dirsi avere egli il diritto di conservare le proprie cose ed il proprio patrimonio in quello stato nel quale si trovano in un determinato momento. Ma non ametto del pari che *jure* si trovino presso il *dominus prohibente* quei risultati della gestione, pur da lui proibita,

che potrebbero venir restituiti al gestore senza che il patrimonio gerito si trovasse in alcun modo cambiato da quello che era al momento in cui il *dominus* proibiva. Non solo dico che tali risultati non si trovano presso il *dominus jure,* ma soggiungo che anzi essi si trovano presso di lui *non jure.* Non ha infatti il *dominus* proibita la gestione? Ora come potrebbe dopo aver vietata la gestione accampare un qualsiasi diritto su di essa che non avesse per iscopo quella protezione della integrità della sua propria sfera patrimoniale che era stata il momento determinante della *prohibitio?* Non andrebbe egli in così fare contro il fatto proprio? Se al gestore dunque che tali risultati si facesse a pretendere il *dominus* volesse eccepire la propria *prohibitio* dovrebbe trovarsi esposto ad una *replicatio doli.*

522. — Ecco dunque come a mio avviso, in base ai principi generali cui ci rimanda l' art. 3 del nostro cod. civ. it. si può trovare fondamento ad una azione per il gestore *prohibente domino* collo specifico contenuto che ho sopra delineato. Nè a questa opinione mi sembra possa fare ostacolo quanto scrive lo Scialoia [94] che cioè « il gestore deve attribuire a se stesso, al proprio fatto volontario la diminuzione del proprio patrimonio ». Questa giusta considerazione non da alcun sicuro fondamento al preteso diritto del *dominus* di trattenere tutto ciò che è a lui pervenuto in seguito alla gestione. Essa è sufficiente solo a dimostrare che il *dominus* ha il diritto di conservare integra la sua condizione patrimoniale, così come era prima della gestione da lui proibita. Gli è vero infatti che il gestore si è esposto volontariamente al rischio di non venir risarcito intraprendendo la gestione contro il divieto del *dominus,* ma tale rischio è paral-

[94] Op. cit. p. 26.

lelo al diritto di incolumità patrimoniale del *dominus prohibente;* non va anche più oltre. Il gestore è punito in quanto non può pretendere risarcimento completo di ciò che ha speso per il *dominus,* e neppure la restituzione di tutto ciò di cui il *dominus* si è attualmente arricchito, ma solo la restituzione di ciò che può venir restituito senza che lo *statu quo ante* patrimoniale del *dominus,* preso nel senso più elastico della parola, venga menomamente modificato. Una ulteriore punizione del gestore si risolverebbe nell' attribuzione di un diritto al *dominus prohibente* del quale non saprebbe trovarsi alcun fondamento, neppur analogico, nel nostro sistema giuridico. Mentre invece alla opinione da me sostenuta si trova un sostegno analogico nelle disposizioni riguardanti l' arricchimento prodotto dal caso,[95] e l' arricchimento prodotto dal possessore di mala fede. Come potrebbe infatti sostenersi che il gestore il quale ha gerito *prohibente domino,* il quale quindi ha peccato di troppo zelo altruistico, trovandosi impoverito per tale suo zelo a tutto vantaggio di un altro, dovesse trovarsi in condizione più sfavorevole di colui che ha gerito in mala fede, o di colui che si è trovato impoverito a vantaggio di un altro per la sola forza del caso? Anche in queste analogie abbiamo dunque un sussidio a sostegno della opinione enunciata. La quale volendo noi ora applicare al caso di pagamento di debiti eseguito da un gestore, *invito creditore,* diremo potere il gestore agire coll' azione da noi delineata contro il creditore, e solo dover da questo subire eccezione per gli svantaggi subiti per il pagamento avvenuto contro la sua proibizione. Il creditore liberato potrà dunque eccepire al gestore tutti i favori che egli avrebbe potuto ottenere dal suo primo creditore, e potrà anche negargli ogni diritto, quando possa dimostrare che

[95] L. 4 § 2 Dig. XII, 1. WITTE *Die Bercicherungssklagen* pp. 334 e 195.

il primo creditore gli avrebbe condonato il debito. Con ciò non intendo dire che il debitore debba egli provare attualmente le dilazioni, ed i vantaggi che egli avrebbe ottenuto dal primo creditore; basterà che egli provi la esistenza di certi speciali rapporti e circostanze le quali lascino risultare la possibilità e probabilità di tali vantaggi accampati. Questa probabilità esteriore, unita al divieto, deve esser considerata sufficiente a ritorcere la prova negativa sul gestore, il quale potrà quindi dar fondamento alla sua azione dimostrando che nel caso concreto i vantaggi sperati dal debitore non si sarebbero verificati. L' intervento del creditore semplificherà questa prova. Quanto poi ai motivi interni od intimi che possono determinare la *prohibitio domini* non sembrami che si debba ad essi attribuire maggior valore e considerazione di quanto avviene in genere per qualsiasi manifestazione di volontà. E pertanto, sotto un certo aspetto almeno, mi sembra contradittorio che su di essi, come su di un elemento possibilmente decisivo, insista lo Scialoia il quale, come fra poco vedremo, ritiene dover essere la *prohibitio seria* per escludere l' *actio neg. gest. (contraria).* Infatti se vuolsi attribuire una grande importanza ai motivi intimi e tali « da *poter essere sentiti ma non espressi con coscienza chiara e riflessa,* » bisogna rinunciare al requisito della *serietà* nella *prohibitio!* Quante volte una *prohibitio* potrà non sembrare seria appunto perchè fondata sopra tali intimi motivi che rispecchiano l' *io* soggettivo del *dominus* e che quindi non possono essere sottoposti al criterio di un concetto *astratto* quale è la *serietà!*

523. — Mentre non convengo collo Scialoia nel ritenere che esistendo una valida *prohibitio* debba negarsi al gestore qualsiasi azione in regresso contro il *dominus,* perfettamente divido la sua opinione circa al modo nel quale si deve conce-

pire la *prohibitio*. Non già che io creda con lui (p. 28) che Giustiniano richiedesse nella sua cost. 24 cit. un serio divieto, un divieto cioè determinato da serie considerazioni, ma in quanto egli sostiene doversi, nel formulare una opinione per diritto civile, aver riguardo alla dottrina intermedia come quella che veniva esplicando nelle sue teorie la coscienza giuridica italiana. Questa coscienza giuridica pertanto portava all' affermazione di questo concetto: che poichè la proibizione viene a privare il gestore della sua azione essa non deve essere cervellotica o bizzarra. L' azione del gestore infatti è fondata sulla legge, la quale per essa vuole tutelare gli interessi degli assenti, e non può venir ridotta ad un zero di efficacia per la bizzarria degli uomini nell' interesse dei quali è stata introdotta. Gli era appunto per questa ragione che la dottrina intermedia si sforzava di attribuire alla *prohibitio* un certo contenuto, mancando il quale ad essa negava l' effetto di impedire il sorgere dell' *actio neg. gest. (contraria)*. Mentre nel diritto giustinianeo la *prohibitio* esprimeva la pura volontà del *dominns* che come tale doveva essere rispettata; nel diritto intermedio si venne rispettando la volontà del *dominus* solo in quanto rivestisse certi caratteri pei quali la si potesse ritenere efficace a privare il gestore della sua azione. Pertanto si negò efficacia: 1.º) alla *prohibitio ore non corde;* 2.º) alla *prohibitio ab irato*. Ora seguendo appunto questo indirizzo della dottrina antica italiana devesi anche per diritto civile distinguere proibizione da proibizione ed attribuire solo ad una seria e giustificabile proibizione l' effetto di escludere l' *actio neg. gest. (contraria)*.

524. — Ora la serietà della proibizione può avere il suo fondamento o in giusti motivi individuali del *dominus,* oppure nel contenuto della gestione proibita. Nel primo di questi due

casi è naturalmente rilasciato al giudice il determinare per ogni singolare fattispecie se la proibizione sia seria e quindi possa essere efficace o meno. Pel secondo invece può la legislazione, e deve la dottrina, dare un criterio direttivo in base al quale decidere quali atti si possano seriamente proibire e quali no. Alcuni codici hanno preso in considerazione questo punto negando ogni efficacia alla proibizione di una gestione consistente nell' adempimento di obblighi spettanti al *dominus* per ragioni d' ordine pubblico. Così il codice Sassone ed il codice di Zurigo.[96] Il fondamento di tali disposizioni non può sfuggire ad alcuno. Agire seriamente significa agire in accordo colle idee che sono universalmente adottate e ritenute giuste: colui che impedisce si compia per lui un atto che egli, in uniformità a queste idee, universalmente adottate, *dovrebbe* compiere, non agisce seriamente. Lo stato impone una certa condotta all' individuo alla quale nessuno può sottrarsi senza cessare di essere un uomo serio! Il codice civile francese invece ed il codice italiano non hanno alcuna disposizione in proposito. Il quesito peraltro che consiste nel determinare quali atti non possano venire seriamente proibiti è rilasciato alla dottrina. Ora nella dottrina civilistica francese il solo Troplong ha tentato di risolverlo. Egli come già si è visto nega valore soltanto alle proibizioni fatte in un momento di malumore ed è in questo indirizzo è seguito dal Giorgi. Lo

[96] Cod. civ. di Zurigo § 1213. Hat der Geschäftsbesorger aber eine dem Geschäftshern obliegenden auf öffentlichem Interesse beruhende oder auf Pietätsrücksichten gegründete Verpflichtung in angemessener Weise für denselben erfüllt, so ist er selbst dann zur Ersatzforderung berechtigt, wenn der Geschäftsherr ihm zu handeln verboten hat. — Ed il Codice Sassone art. 1353 considera specialmente il caso in cui il gestore abbia adempito « eine gegen den Staat oder gegen eine Gemeinde nach den Vorschriften des offentliches Rechts obliegende Verpflichtung » ed il caso di prestazione di alimenti e di sepoltura da parte di chi v' era tenuto.

Scialoia invece insiste sul concetto dell'interesse pubblico, astraendo dai casi tradizionali nei quali si negava efficacia alla *proibitio domini,* e mi sembra sia più sul giusto. Sebbene infatti gli si potrebbe obbiettare che il concetto dell'interesse pubblico col quale opera è molto vago, e che spesse volte dovrà essere constatato dal giudice piuttosto con un processo *di sentire* che *di intendere,* non si può disconoscere che esso ha per sè l'autorità del diritto romano che appunto negava l'efficacia della *prohibitio* in riguardo alla gestione *funeraria,* del diritto intermedio che da esso traeva le sue sottili distinzioni, e dalle legislazioni moderne che del nostro attuale problema si sono occupate. La indeterminatezza del criterio accolto e quindi più dovuta alla natura delle cose che non ad una sua intima e teorica manchevolezza. Concludiamo quindi ritenendo non seria la proibizione di tutti quegli atti che il *dominus* è tenuto a fare per ragioni d'ordine pubblico.[97]

FINE.

[97] Quanto alla forma in cui la *prohibitio* deve seguire per produrre i suoi effetti, ed al tempo nel quale questi si producano, basteranno poche osservazioni. La *prohibitio* può seguire in qualsiasi forma, solo è necessario che essa risulti chiara ed evidente al gestore: non credo sia necessario anche che a lui individualmente sia stata indirizzata. (Contro STURM *Das neg. ut. gestum* p. 30). Da ciò consegue anche che nei casi di eccesso di mandato, il mandatario divenuto gestore potrà essere considerato gestore *prohibente domino* solo quando abbia agito contro la volontà del mandante implicitamente od esplicitamente contenuta *in forma proibitiva* nel conferimento del mandato. Pratica è in questo proposito la distinzione fra le *istruzioni dimostrative* e le *istruzioni imperative,* e fra la gestione *praeter* e *contra mandatum.* Vedi GRÜNHUT *Das Recht des commissionshandels.* Wien 1879 p. 184-189. — MURGEAUD-LARION op. cit. p. 82 e segg. Quanto al tempo in cui la *prohibitio* produce i suoi effetti: vedi la Cost. 24 Cod. II, 18 (19). — KOHLER op. cit. p. 58 nota 2. — STURM op. cit. p. 31 nota 1. — DALLOZ *Oblig.* n. 54-79.

INDICE

PARTE I

STORIA DELLE AZIONI NEGOTIORUM GESTORUM

CAP. I

§ 1. — Primi cenni testuali sulla gestione . . . . . pp. 1-6
§ 2. — L'*actio neg. gest. (directa)* sorse per opera dell'antica giurisprudenza . . . . . » 6-10
§ 3. — L'*actio neg. gest. (contraria)* sorse coll'editto de *negotiis gestis* . . . . . » 10-14
§ 4. — Primo riconoscimento del contenuto giuridico dell'*actio contraria* . . . . . » 14-19
§ 5. — Il bisogno dell'*actio neg. gest. (contraria)* . . . . » 19-22
§ 6. — L'*actio neg. gest. (contraria)* e l'*actio funeraria* . . » 22-26
§ 7. — La data della clausola edittale . . . . . » 26-29
§ 8. — La clausola edittale . . . . . » 29-35
§ 9. — Indipendenza giuridica delle azioni negotiorum gestorum . . . . . » 35-37

PARTE II

TEORIA DELLE OBBLIGAZIONI NEG. GESTORUM

CAP. I — *Natura e requisiti delle obbligazioni*

§ 1. — Natura genetica delle obbligazioni negotiorum gestorum . . . . . pp. 39-45
§ 2. — Ricostruzione giuridica delle azioni negotiorum gestorum . . . . . » 45-48
§ 3. — Confutazione della teoria quasi-contrattuale . . . . » 48-56
§ 4. — Il fondamento giuridico delle azioni *neg. gest.* secondo il Cogliolo . . . . . » 56-59
§ 5. — La teoria Monroy e Wlassak . . . . . » 59-62

§ 6. — Teoria che distingue la gestione propria dall' impropria pp. 62-65
§ 7. — Fondamento giuridico e requisito delle due azioni *neg. gest.* secondo l' autore . . . . . » 65-77

CAP. II — *La capacità giuridica nelle obligationes neg. gestorum*

§ 1. — Nozioni preliminari . . . . . pp. 78-83
§ 2. — Dell' incapace convenuto *actione neg. gest. (contraria)* » 83-97
§ 3. — Dell' incapace convenuto *actione neg. gest. (directa)* . » 97-112
§ 4. — Dell' incapace attore *actione neg. gest. (contraria)* e *actione neg. gest. (directa)* . . . . . » 112-114
§ 4.bis — Dei casi nei quali l' inizio e la fine della gestione trovano una diversa capacità nel *dominus* o nel gestore . . . . . » 115-120

CAP. III — *L' alienità dei negozi geriti*

§ 1. — Introduzione . . . . . pp. 120-124
§ 2. — Il concetto giuridico dell' alienità dei negozi geriti . » 124-126
§ 3. — Della vendita della cosa altrui . . . . . » 126-131
§ 4. — La vendita di cosa altrui nel diritto italiano . . . » 131-143
§ 5. — Locazione della cosa altrui, lucri tratti colla medesima » 143-146
§ 5.bis — Il *dominium negotii* assoluto fondato sopra un *jus in re:* di più domini *ex diversa causa* . . . . . » 146-152
§ 6. — Il *dominium negotii* del creditore pignoratizio . . . » 152-166
§ 6.bis — Della vendita della cosa altrui eseguita in buona fede » 167-191
§ 7. — Locazione di cosa già venduta . . . . . » 191-198
§ 8. — La vendita della cosa già venduta . . . . . » 198-226
§ 9. — La gestione del denaro . . . . . » 226-233

CAP. IV — *Natura e requisiti dell' atto gestorio*

§ 1. — La volontarietà dell' atto gestorio . . . . . pp. 233-251
§ 2. — La liceità dell' atto gestorio . . . . . » 251-265

CAP. V — *Il requisito dell' utiliter coeptum*

§ 1. — Nozioni preliminari . . . . . pp. 265-273
§ 2. — Formola teorica del requisito dell' utiliter coeptum . » 273-285
§ 3. — Esegesi delle fonti . . . . . » 285-301
§ 4. — L' *absentia domini* e la considerazione della sua personalità . . . . . » 301-310
§ 5. — Quando il *negotium* possa dirsi *utiliter coeptum* . . » 310-326
§ 6. — L' approvazione del *dominus* . . . . . » 326-339
§ 7. — Della gestione utile a più persone . . . . . » 339-376

CAP. VI — *Il requisito dell' animus negotia aliena gerendi*

§ 1. — Questioni preliminari . . . . . pp. 376-408
§ 2. — Il concetto dell' animus negotia aliena gerendi e la sua formulazione teorica . . . . . » 408-418
§ 3. — Applicazioni pratiche della nostra formola sull' animus negotia aliena gerendi . . . . . » 418-426

CAP. VII — *Dell' azione di arricchimento che può sorgere da una gestione di affari altrui*

§ 1. — Nozioni preliminari e dell' azione da accordarsi al possessore di buona fede per le spese e miglioramenti pp. 426-439
§ 2. — Quando sorga da una gestione azione di arricchimento per il gestore; contenuto di questa azione . . . » 439-448

CAP. VIII — *Del concorso delle azioni* neg. gest. *con altre azioni contrattuali ed estracontrattuali*

§ 1. — Nozioni preliminari . . . . . pp. 448-459
§ 2. — Concorso dell' *actio neg. gest. (directa)* con altre azioni contrattuali ed estracontrattuali . . . . . » 459-464
§ 3. — Concorso dell' *actio neg. gest. (contraria)* con altre azioni contrattuali ed estracontrattuali . . . . » 464-469

PARTE III

DELLA GESTIONE COME FORMA DI RAPPRESENTANZA

CAP. I — *Teoria della gestione rappresentativa*

§ 1. — Questioni preliminari . . . . . pp. 469-483
§ 2. — Il negozio giuridico compiuto dal gestore *nomine alieno,* prima della ratifica . . . . . » 483-497
§ 3. — Efficacia del negozio giuridico prima della ratifica . » 497-510
§ 4. — Effetti che la morte del gestore del terzo o del dominus può produrre prima che sia seguita la ratifica . » 511-519

CAP. II — *Della ratifica*

§ 1. — Indole giuridica della ratifica; di fronte a quali persone debba avvenire ed entro a qual tempo . . . . pp. 520-532
§ 2. — Quali persone possano ratificare . . . . . » 533-552

CAP. III — *Effetti della ratifica*

§ 1. — Effetti della ratifica fra gestore e dominus . . . . pp. 553-556
§ 2. — Forza retroattiva della ratifica . . . . . » 557-580
§ 3. — Effetti della mancata ratifica . . . . . » 580-594

PARTE IV

EFFETTI DELLA GESTIONE DEGLI AFFARI ALTRUI

CAP. I — *Obblighi del gestore durante la gestione*

§ 1. — L' obbligo di continuare la gestione intrapresa . . pp. 595-600
§ 2. — Dell' obbligo del gestore di intraprendere nuovi affari » 600-608
§ 3. — Dell' obbligo del gestore di esigere i crediti del dominus e di exigere a semetipso . . . . . » 608-616
§ 4. — Dell' obbligo del gestore di prestare le usurae. . . » 616-620
§ 5. — Della responsabilità del gestore per mancata diligenza » 620-626

CAP. II — *Obblighi del gestore a gestione finita*

§ 1. — Obbligo del gestore di render conto della gestione (in generale) . . . . . pp. 626-631
§ 2. — Dell' obbligo del gestore di restituire al *dominus* gli *indebita* ricevuti gerendo . . . . . » 631-641
§ 3. — In quanto il gestore possa compensare i danni coi lucri prodotti colla sua amministrazione . . . . . » 641-645

CAP. III — *Degli obblighi del dominus*

§ 1. — Quali spese il dominus debba rifare al gestore, quali danni risarcire: se gli debba un onorario . . . pp. 646-652
§ 2. — Obblighi del *dominus* in rapporto ai contratti conchiusi dal gestore coi terzi: la così detta neg. gestio del terzo contraente . . . . . » 652-662

CAP. IV — *Cause che impediscono il sorgere dell' actio neg. gest. (contraria)*

§ 1. — L' animus donandi e l' actio neg. gest. (contraria). . pp. 662-669
§ 2. — La negotiorum gestio prohibente domino . . . . » 669-686

SEMINÁRNÍ KNIHOVNA
Hist.-prá. oddělení

NOTA

Pongo in questa nota una lista dei principali errori di stampa che ho potuto rilevare: pei rimanenti, e minori, mi rimetto al criterio del lettore.

ERRATA *		CORRIGE
Pag. 60 — linea 13	— obietto di queste critiche	obietto di giuste critiche
» 60 — » 18	— la necessità teorica	alla necessità teorica
» 97 — » 16	— E la famosa	È la famosa
» 99 — » 21	— *gnidem*	*quidem*
» 100 — » 15	— pone come certo	pone come certi
» 103 — » 23	— *negotia genere*	*negotia gerere*
» 108 — nota 8	— vedi sopra pp.	vedi sopra pp. 67 e segg.
» 120 — » 104	— L. 20 § 18 Dig. eod.	L. 20 § 18 Dig. V. 3
» 229 — linea 23	— del pupillare	del pupillo
» 334 — » 4	— la fattispecie della L. 30	la fattispecie della L. 50
» 339 — bibliografia	— Commissionshandelsrecht	Das Recht des Commissionshandels
» 544 — linea 18	— persona al quale	persone alle quali.

AVVERTENZA. — A risultati simili a quelli da me ottenuti nei § 2 e 3 Parte I Cap. I perviene il KARLOWA *Röm. Rechtsgeschichte* I p. 463, nota 1. Devo ingenuamente dichiarare che io non avevo osservato questo punto della storia dell'illustre romanista tedesco: godo ora di vedere riconfermati dalla sua autorità i risultati cui io era giunto indipendentemente.

* Le linee si contano dall'alto in basso.

REV15

ÚK PrF MU Brno
3129S04774