

L'intervento del «defensor» nel processo formulare e la portata dell'editto «de negotiis gestis»

1. L'intervento del *defensor* e l'esigenza di garantirgli una possibilità di rivalsa – 2. La duplicità formulare dell'*actio negotiorum gestorum* e l'opinione di Finazzi – 3. Argomenti a favore dell'identificazione dell'intervento gestorio tutelato dal pretore nella *defensio* e solo in essa. La *laudatio edicti* di Ulpiano – 4. La collocazione della clausola '*de negotiis gestis*' nel sistema dell'editto – 5. Argomenti contrastanti con la tesi di Finazzi. Il problema della gestione dei '*negotia quae cuiusque cum is moritur fuerint*': la *defensio* di un defunto non era possibile, e l'idea di Finazzi risulta smentita dalle fonti – 6. Osservazioni conclusive.

1. La figura di colui che, nel corso del processo formulare, interveniva *in iure*, assicurando al convenuto assente la possibilità, in primo luogo, di ottenere la rituale radicazione del rapporto processuale (evitando le drastiche conseguenze della mancata presentazione o, comunque, della mancata collaborazione al rito della *litis contestatio*) ebbe sicuramente antica origine e grande diffusione. Nel caso che tale intervento si inserisse in una funzione collegata ad uno specifico incarico ricevuto dall'interessato (oltre che al mandato si può pensare anche ad una figura di *procurator*) la legittimazione ad intervenire (benché mai tale da implicare una rappresentanza in senso tecnico, visto che comunque il rapporto processuale era destinato a consolidarsi in capo alla persona dell'interveniente, così che solo in seconda battuta le conseguenze sostanziali della decisione del giudice potevano ricadere sull'interessato) derivava dal tipo di incarico che ne era alla base.

Non era, peraltro, raro (possiamo risparmiarci ogni richiamo alle numerose fonti) che ad intervenire fosse un soggetto che non si era in alcun modo impegnato in tal senso, e neppure aveva ricevuto l'incarico, esplicito o implicito, di assumersi la difesa. Tale soggetto interveniva spontaneamente, ed il ruolo da lui rivestito veniva, in tale caso, indicato con il termine '*defensor*'. L'assunzione della *defensio* implicava, per chi vi si sobbarcasse, l'inserimento, a tutti gli effetti, nel ruolo di parte del processo: il *defensor* contestava la lite, si sottoponeva agli oneri connessi alla successiva fase *in iudicio* del processo, e sottostava personalmente alle conseguenze della decisione del giudice, così che, ove essa fosse di condanna, era il *defensor* a dover adempiere all'obbligazione *ex iudicato* ed a subire, se inadempiente, le relative conseguenze. L'effettivo convenuto si sarebbe così sottratto ad ogni responsabilità, se al *defensor* soccombente non fosse stata concessa la possibilità di rivalsa per le conseguenze prodotte dal giudizio a suo danno¹. E' d'altronde evidente che, se la rivalsa non fosse stata consentita, il fenomeno dell'assunzione spontanea della difesa non si sarebbe in concreto quasi mai verificato, così che tutti i convenuti, assenti anche se incolpevolmente dalla lite, sarebbero rimasti *indefensi*, con tutte le conseguenze che ciò comportava.

Valutata l'apprezzabilità, in relazione a ciò, dell'intervento difensivo spontaneo, lo schema di

¹) L'ipotesi opposta – che, cioè, il *defensor* potesse trarre un vantaggio dal giudizio – non è proponibile, dal momento che, con riguardo alla posizione del convenuto (che è quella in cui il *defensor* si colloca), il migliore risultato processuale che egli si possa attendere è l'assoluzione dalla domanda attrice, che gli evita ogni conseguenza dannosa, ma non gli arreca alcun vantaggio economico.

inquadramento giuridico di esso (e, in particolare, del diritto di rivalsa riconosciuto al *defensor*) fu trovato nell'ambito della *negotiorum gestio*, non essendovi al riguardo alcuna difficoltà, neppure a livello terminologico, poiché la parola '*negotia*' ebbe sempre, in latino, un significato amplissimo di «affari» o «attività varie» (si pensi anche alla rozza etimologia che la riconnette a '*nec-otium*'), e il coinvolgimento in uno o più processi era, per i romani, un affare come un altro².

2. La *negotiorum gestio* romana, d'altro canto, si è sempre presentata allo studioso come istituto complesso e problematico, di incerta origine e di articolato sviluppo, nell'ambito del quale è emblematica la contemporanea presenza di due distinte azioni, concesse a tutela vuoi del gestore, vuoi dell'interessato³, l'una inquadrabile come *iudicium bonae fidei* (e riconducibile, quindi, all'ambito del *ius civile*, anche se non a quello degli istituti originari della prima epoca della storia di Roma), e la seconda concessa, come *actio in factum*, da un editto del pretore⁴.

In particolare, mentre per l'azione civile *negotiorum gestorum* (certamente esistente nell'ultimo secolo della Repubblica) emerge un collegamento con la figura del *procurator*, l'azione pretoria di origine edittale fu concessa, *in factum*, sulla base di una clausola che il commentario di Ulpiano⁵ ci ha conservato nei termini che seguono: '*si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo*'. Il tenore dell'editto, prescindendo qui totalmente dalle discussioni insorte in letteratura sulle alterazioni che esso potrebbe avere subito nel tempo⁶, induce senz'altro ad affermare (per la connotazione generale della parola '*quis*', riferibile a qualsiasi individuo, e avulsa dal collegamento ad un ruolo specifico di esso) che il riconoscimento, a livello normativo, dell'apprezzabilità dell'intervento spontaneo del *defensor* vada ricollegato alla clausola edittale e all'*actio in factum* derivante da essa.

Finazzi⁷ si è spinto più oltre su questa linea interpretativa, giungendo ad affermare che l'editto '*de negotiis gestis*' sarebbe stato emanato proprio allo scopo di legittimare l'intervento spontaneo del *defensor*, e solo in funzione di tale ipotesi, cosicché l'*actio negotiorum gestorum in factum concepta* avrebbe trovato applicazione solo con riferimento all'intervento gestorio processuale. Anche nel tempo tale situazione non sarebbe mutata, così che, sostanzialmente per tutta l'epoca classica, le due *actiones negotiorum gestorum* sarebbero potute convivere senza reciproche interferenze, l'una (quella pretoria) utilizzata nel caso particolare della *defensio* e solo in esso, l'altra (quella civile di buona fede) soggetta ad un'ampia evoluzione del proprio campo di applicazione, che la portò ad essere estesa, a partire dai casi di gestione autorizzata (*procurator*), anche a tutte le possibili ipotesi di gestione occasionale e spontanea (purché non processuali) e via via, anche grazie all'ampio uso della concessione dell'azione in via utile, a tutti i casi di amministrazione di beni o affari altrui cui non fosse applicabile altro specifico mezzo di tutela⁸.

Il percorso argomentativo dell'Autore è assai ampio ed articolato, e documentato da copiosi riferimenti alle fonti ed alla letteratura. Faccio quindi ammenda del fatto che, in questa sede, non mi sia concesso di ripercorrerne analiticamente lo sviluppo, ma soltanto di porne in evidenza gli aspetti

²) Anche a questo proposito, ritengo superfluo ogni richiamo alle fonti o alla letteratura, trattandosi di dato acquisito, riecheggiato da qualsiasi trattazione della gestione d'affari nel diritto romano.

³) Almeno per quanto può desumersi dalle fonti con riferimento all'epoca classica, posto che, per le origini, anche quello della direzione delle azioni è un problema aperto.

⁴) Per tutti rinvio alla fondamentale indagine di G. FINAZZI, *Ricerche in tema di «negotiorum gestio»*, I, *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999. E' stata la lettura di tale opera che mi ha suggerito le riflessioni raccolte in questa mia nota.

⁵) Ulp. 10 *ad ed.*, D. 3.5.3.pr.

⁶) FINAZZI, *op. cit.*, p. 53 s., propone di inserirvi, prima di '*gesserit*', la parola '*sponte*', e si oppone, invece (p. 73 s.) alla correzione di '*alterius*' in '*absentis*' a sua volta proposta da gran parte della dottrina, difendendo, per quant'altro, la piena genuinità del testo tramandato da Ulpiano, e la conformità di esso alla previsione edittale originaria.

⁷) *Op. cit.*, in particolare p. 89 s.

⁸) La limitazione dell'ambito applicativo dell'*actio in factum* alla gestione del *defensor* fornisce argomento a Finazzi anche per escludere che, ai fini della datazione dell'editto di cui si tratta, si possa trarre argomento da un caso, derivato dai *digesta* di Alfeno, di cui Paolo (9 *ad ed.*, D. 3.5.20[21].pr.) ci dà notizia: trattasi, infatti, di un caso privo di qualsiasi connotazione processuale.

di più immediato rilievo, proponendone la riconsiderazione.

3. Anzitutto l'Autore ha posto in evidenza, a livello terminologico, l'ampiezza del significato del termine '*negotia*' (di cui ho già fatto cenno) e la pacifica riferibilità di esso anche ad iniziative processuali (e così alla *defensio*), documentata da numerosi riferimenti testuali. L'argomento non è certo conclusivo (né per vero Finazzi lo presenta come tale), perché idoneo a provare che la clausola edittale potrebbe essere riferita alla *defensio* (o anche alla *defensio*), ma non certo a dimostrare che i '*negotia*' menzionati dal pretore dovessero necessariamente consistere in attività processuali. Anzi, dopo avere senz'altro riconosciuta e ribadita l'ampiezza di significato del termine '*negotia*' (e quindi anche la possibile connotazione processuale di esso) vien da chiedersi perché mai il pretore avrebbe fatto uso di esso (formulando così un discorso suscettibile di equivoci interpretativi), quando gli sarebbe stato assai agevole, se l'azione fosse stata creata soltanto per il caso del *defensor*, usare una espressione univoca, del tipo '*si quis reum defenderit*'. Vero è che un argomento connesso solo al linguaggio usato, bene o male, dal pretore risulta inevitabilmente debole, e che non può consentirsi al moderno studioso di ergersi a critico del tenore linguistico di un testo edittale risalente, oltre tutto, ad epoca incerta, ma d'altro canto non penso che si possa dimenticare la circostanza che le varie clausole edittali venivano emanate in vista di finalità essenzialmente pratiche, e che ciò doveva indurre a privilegiare la chiarezza espositiva e l'utilizzo di termini non equivoci⁹.

Più significativi sono gli argomenti che Finazzi desume dalla *laudatio edicti* che apre il titolo '*de negotiis gestis*' delle Pandette.

D. 3.5.1 (Ulp. 10 *ad ed.*): Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.

Già a prima lettura si rileva che il rischio di *indefensio* si colloca, nel pensiero del giurista, al primo posto nell'ambito delle ragioni giustificative dell'emanazione dell'editto, ma il discorso relativo alla rilevanza soltanto processuale dell'intervento gestorio è estensibile agli ulteriori esempi proposti da Ulpiano? Finazzi¹⁰ ritiene di sì, e riconduce così i riferimenti alla *distractio pignoris* e all'*actio poenae committendae* all'ambito delle possibili conseguenze processuali del fatto di non avere consentito la corretta instaurazione del contraddittorio¹¹, anch'esse riconducibili alla mancanza di una *defensio*, sol che il termine venga inteso in senso lato, con una certa elasticità, come potrebbe averlo inteso Ulpiano, anche se, ad avviso dell'Autore, il testo edittale faceva probabilmente riferimento ad un significato più ristretto e più tecnico di '*defensio*'.

Quanto alla frase di chiusura, di accezione più ampia e generale, Finazzi¹² ipotizza che essa (salvo supporre che il generico richiamo al fatto di '*iniuria rem amittere*' possa essere frutto di rimaneggiamento) vada letta come una sintesi riassuntiva del precedente discorso, forse nell'ottica di renderlo riferibile alla *cognitio extra ordinem*, poiché in diverso caso (se, cioè, si riconoscesse alla frase una autonoma valenza di riferimento ad altre ipotesi – non processuali – di danni ingiusti ricadenti sull'assente) mal si spiegherebbe che Ulpiano, dopo avere proposto un'emplificazione analitica delle

⁹) Ricordo, d'altro canto, che proprio FINAZZI – cfr. *supra*, nt. 6 – insiste nel difendere il testo della clausola edittale così come a noi riferito dal Digesto, escludendo anche che essa possa avere subito modifiche sostanziali nel tempo, ed in particolare che il campo di applicazione dell'azione pretoria si possa essere, nei secoli, esteso dall'unica ipotesi originaria della *defensio* ad altri casi di intervento gestorio occasionale in affari ('*negotia*') di carattere patrimoniale sostanziale.

¹⁰) *Op. cit.*, p. 26 s.

¹¹) L'allusione alla '*poena*' potrebbe avere sostituito, nella versione giustiniana, un originario accenno al *vadimonium* (FINAZZI, *op. cit.*, p. 27 nt. 8, e letteratura ivi citata), o comunque si ricolleggerebbe alla tipologia di quelle *stipulationes poenae* che servivano, appunto, ad assicurare che il rapporto processuale si radicasse e si dipanasse in modo regolare.

¹²) *Op. cit.*, p. 30 s.

conseguenze della *indefensio*, si fosse poi accontentato di racchiudere in una tanto sintetica locuzione «un novero di situazioni ben più ampio» di quella delle conseguenze processuali della *indefensio*.

In questa parte, debbo dire che il discorso di Finazzi non mi appare convincente, soprattutto in quanto funzionale all'intendimento di escludere dalla previsione edittale qualsiasi tipologia di intervento gestorio non avente connotazione processuale.

Ho già avuto occasione¹³, pur senza approfondirne l'esegesi, di interpretare la *laudatio edicti* di Ulpiano dando per pacifico che l'avvio del testo ed i primi due esempi siano da riferirsi alla *indefensio* e alle sue conseguenze, ma che i successivi riferimenti alla *distractio pignoris* ed alla penale siano, invece, di carattere sostanziale (possibili conseguenze di un ritardo nell'adempimento, dovuto ad assenza del debitore), e che la frase di chiusura serva a sintetizzare in poche parole il discorso già sviluppato per via esemplificativa, con riferimento ai possibili effetti dannosi di un'assenza dal processo o dalla cura dei proprio affari sostanziali.

Approfondendo la riflessione, rilevo che è anche possibile che alle ipotesi della *distractio pignoris* e della penale possa riconoscersi una connotazione processuale nel senso adombrato da Finazzi (che lo costringe però – come si è visto – ad ipotizzare che Ulpiano intendesse la *defensio* in un senso meno rigoroso del pretore), ma che riesce più facile il supporre (uscendo dal campo processuale) che la perdita del pegno consegua ad un semplice ritardo dell'adempimento, derivato dalla assenza del debitore, e che analogo discorso valga per la maturazione di una penale da inadempimento o da ritardato adempimento. A quest'ultimo proposito, il pensiero mi corre ad un testo di Paolo¹⁴ nel quale, con riferimento ad un caso di *curatio hereditatis* assunta da un *negotiorum gestor*, al fine di fornire al lettore esempi efficaci di ipotesi nelle quali il *curator* avrebbe dovuto tenere in custodia del denaro acquisito al patrimonio ereditario, invece di ripartirlo fra i vari creditori (come altrimenti sarebbe stato suo dovere), il giurista (riportando il pensiero di Salvio Giuliano) menziona l'imminenza di un rischio di *publicatio praediorum* (se, evidentemente, non fosse stato puntualmente corrisposto un tributo) e quella di maturazione di una *poena* derivante da un finanziamento marittimo o da un compromesso¹⁵, caso, quest'ultimo curiosamente corrispondente all'esempio di Ulpiano. E' vero che non vi sono elementi per ricondurre la *negotiorum gestio* del testo di Paolo all'ambito di applicazione dell'editto piuttosto che a quello dell'azione civile (e che del resto, all'epoca, è anche probabile che l'*actio in factum* fosse stata assorbita dall'ormai unico *iudicium bonae fidei*), ma tuttavia la coincidenza potrebbe essere significativa e, d'altronde, è pacifico che gli interventi gestorii menzionati nel frammento di cui si tratta sono ben lontani dall'ambito processuale.

Per quanto concerne il riferimento, in chiusura dalla *laudatio* ulpiana, al più generale rischio di '*iniuria rem suam amittere*', si può osservare che, ove contro l'idea di Finazzi si riconosca alla *pignoris distractio* e alla maturazione della penale una valenza sostanziale e non processuale, la frase potrebbe spiegarsi agevolmente come funzionale ad una chiusura del discorso, inizialmente condotto per il tramite di esemplificazioni di carattere sia processuale che sostanziale. Ma anche se si preferisse convenire con il riconoscimento, a tutti gli esempi ulpiani, di una connotazione processuale, la brusca chiusura generalizzante del discorso potrebbe ugualmente essere giustificata dal carattere meramente esemplificativo della prima parte di esso (gli esempi servono a permettere al lettore una più immediata comprensione del testo, e non devono necessariamente estendersi ad una più vasta elencazione dei casi), o quanto meno si potrebbe pensare ad un'abbreviazione, da parte dei compilatori giustiniani, del discorso originariamente più ampio e dettagliato del giurista, che avrebbe lasciato intatti i primi richiami casistici di Ulpiano, tagliando le ulteriori esemplificazioni, così che (pur non potendosi certo affermare che il riferimento del giurista alla *indefensio*, prima che ad altre ipotesi,

¹³ Cfr. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio' (Corso esegetico di diritto romano)*, I, *Struttura, origini, azioni*, Torino, 1997, p. 151.

¹⁴ Paul. 9 *ad ed.*, D. 3.5.12.

¹⁵ Il testo suona '*Si vero iusta causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne praedia in publicum committerentur, ne poena traiectionis pecuniae [augeretur] aut ex compromisso committeretur ...*'. Su di esso cfr. CENDERELLI, *op. cit.*, p. 222 s.

sia stato casuale) casuale risulti, nel tenore attuale del testo, la soppressione di altri esempi di apprezzabili interventi gestori di ordine sostanziale che potevano completare il discorso ulpiano.

4. A Finazzi va riconosciuto il merito di avere valorizzato, per desumerne la connotazione processuale dell'intervento gestorio disciplinato dal pretore, un argomento di carattere sistematico che era stato in precedenza sottovalutato dagli studiosi. Si tratta della collocazione della clausola '*de negotiis gestis*' nell'ambito del sistema generale dell'editto: come l'Autore ha posto in evidenza¹⁶, la posizione del titolo '*de negotiis gestis*' (agevolmente ricavabile dal Digesto stesso, e dai commentari tutti *ad edictum*), denuncia «una stretta connessione tra la formula *in factum concepta* e la problematica della rappresentanza processuale», poiché il relativo titolo segue a quello '*de postulando*', a quello concernente l'esclusione degli *infames* dalla facoltà di *postulare*, al titolo '*de procuratoribus et defensoribus*' e, infine, all'editto relativo alla legittimazione processuale (attiva e passiva) delle *universitates*.

Da ciò Finazzi argomenta che «la particolare topografia edittoale sembra indicare non soltanto un generico collegamento tra l'editto '*de negotiis gestis*' ed il processo, ma ... la pressoché esclusiva afferenza di esso ad una qualche forma di rappresentanza processuale», e ciò tanto più in quanto nel titolo 3.5 del Digesto i passi relativi ad interventi gestorii processuali sono relativamente pochi, motivo per cui la collocazione dell'editto (in un quadro generale in cui ormai la *negotiorum gestio* aveva assunto, nelle sue varie forme, la prevalente connotazione di intromissione negli affari sostanziali dell'interessato) potrebbe spiegarsi soltanto in sede storica, laddove, se la coloritura processuale non fosse stata determinante, ci saremmo se mai aspettati un avvicinamento dell'*actio negotiorum gestorum* all'*actio mandati*¹⁷.

Io ritengo che l'argomento sistematico sia convincente nel senso di confermare una volta di più (come già si deriva da Ulp. D. 3.5.1) non solo la riferibilità dei '*negotia*' menzionati dal pretore anche al settore processuale (e così, in particolare, al *defensor*), ma anche la centralità che, nell'ambito della previsione edittoale, i romani (primo fra essi il pretore) attribuirono, allorché l'editto fu emanato, all'esigenza di agevolare la possibilità di instaurazione e di regolare svolgimento del processo formulare anche nei confronti di un convenuto assente. Non concordo, invece, nell'affermare che l'editto '*de negotiis gestis*', neppure al tempo della sua prima emanazione, possa essere stato indirizzato esclusivamente alla disciplina dell'intervento del *defensor*, né che la relativa *actio in factum* sia stata concessa (e mantenuta in uso nel tempo, secondo l'opinione di Finazzi) con riguardo a tale sola fattispecie, e comunque solo ad iniziative di connotazione processuale: infatti, la collocazione della clausola nel sistema dell'editto non mi pare, da questo punto di vista, conclusiva. Il pretore, allorché si deliberò a riconoscere la legittimità della interferenza negli affari (anche processuali) altrui di un estraneo, in funzione della apprezzabilità dei risultati di essa, creò dal nulla un istituto sicuramente nuovo, la cui collocazione nel sistema non era certo agevole, e men che meno poteva essere frutto di automatismi. Si può quindi pensare che, in vista dell'esigenza di attribuire all'editto una funzionalità che ne garantisse l'applicazione pratica, il magistrato, nella consapevolezza che il settore delle disposizioni concernenti la regolare instaurazione del rapporto processuale veniva sicuramente arricchito dalla nuova clausola, abbia senz'altro collocato l'innovativa disposizione in coda ad esso, di seguito alle preesistenti norme disciplinatrici di tale instaurazione, e subito prima di quelle finalizzate ad impedire l'abuso del processo¹⁸. Certamente la nuova clausola edittoale avrebbe potuto trovare altre collocazioni, per esempio in prossimità del mandato¹⁹, in relazione al fatto che anche il mandatario, come il gestore d'affari, interferisce nello svolgimento di *negotia* altrui, il che genera una assonanza di ipotesi. Anche una tale sistemazione sarebbe, peraltro, risultata in qualche misura arbitraria, trattandosi di istituti ben diversi fra loro (non fosse che per la natura contrattuale del man-

¹⁶) *Op. cit.*, p. 32 s.

¹⁷) FINAZZI, *op. cit.* p. 34 s.

¹⁸) Il successivo titolo (3.6) del Digesto è, infatti, '*de calumniatoribus*'.

¹⁹) Che troviamo in apertura del XVII libro delle Pandette: D. 17.1, '*mandati vel contra*'.

dato, che, infatti, viene trattato in un contesto relativo a varie figure di contratti), così come diversi risultano essere, rispetto al *defensor* spontaneo, il *cognitor*, il *procurator* e altri soggetti abilitati a *postulare pro alio*. In pratica, penso di poter supporre che il pretore abbia inserito il nuovo editto '*de negotiis gestis*' nel sistema del suo programma giurisdizionale alla prima occasione utile, valutando il contributo che esso avrebbe potuto fornire alla disciplina generale delle formalità di avvio del processo, ma con ciò non intendendo in alcun modo ridurre l'ampiezza applicativa connessa al vasto ambito di significati del termine '*negotia*'.

5. Alle conclusioni di Finazzi si possono d'altronde opporre alcuni dati direttamente desumibili dalle fonti, prendendo le mosse da una più approfondita considerazione del testo stesso della clausola, della cui genuinità (come ho già rilevato) l'Autore è strenuo difensore²⁰. Faccio riferimento, in particolare, all'estensione di essa ai '*negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint*'²¹, ed al commento che specificamente vi dedica Ulpiano²², riportando letteralmente l'espressione edittole e sottolineando che '*haec verba significant illud tempus, quo quis post mortem alicuius negotia gessit*', per poi fornire una spiegazione del fatto che, a tal fine, fosse stata necessaria una espressa disposizione, e concludere aggiungendo '*sed si quid accessit post mortem, ut puta partus et fetus et fructus, vel si quid servi adquisierint: etsi his verbis non continentur pro adiecto tamen debent accipi*'.

In pratica il pretore aveva legittimato l'intervento gestorio, oltre che con riferimento agli affari altrui riconducibili a soggetti viventi, anche con riguardo ad affari in corso al momento della morte dell'interessato, e Ulpiano, in una chiave di interpretazione estensiva, ricomprende nel novero di essi anche affari relativi a beni venuti in essere dopo la morte, e perciò aggiuntisi al patrimonio ereditario giacente. Salta agli occhi che le esemplificazioni ulpianee di acquisti dell'eredità non consentono di riportare in alcun modo i *negotia* ad essi relativi ad una connotazione processuale, e davvero non so immaginare come l'ostacolo che da ciò deriva alla condivisione della tesi di Finazzi potrebbe essere superato.

Anche restando comunque fermo al testo letterale della clausola edittole, mi sono voluto porre il problema di stabilire come ed in che senso i '*negotia quae cuiusque cum is moritur fuerint*' potessero configurarsi come affari processuali, così da limitare l'ambito applicativo dell'editto all'intervento processuale del *defensor*. Ciò, in pratica, significa porsi il problema degli effetti della morte di un soggetto (e, in particolare, di un convenuto attuale o potenziale) su di un rapporto processuale instaurato o da instaurarsi.

Possono presentarsi, al riguardo, diverse ipotesi. Può anzitutto accadere che un debitore inadempiente, nei cui confronti sta per essere proposta un'azione, muoia prima della *in ius vocatio*. In tal caso, risulta evidente che l'azione non può essere avviata, dal momento che non può essere convenuto un defunto. A livello di conferma testuale, basta leggere²³ la *laudatio* ulpianea dell' '*edictum successorium*' (che disciplinava la possibilità di ottenere la fissazione di un termine per l'accettazione dell'eredità, ad evitare il protrarsi della giacenza per un periodo indefinito), nella quale, fra le motivazioni dell'intervento del pretore, si colloca in prima linea l'esigenza che '*maturius possint creditores scire, cum quo congregiantur*'. A ciò consegue che, nell'ipotesi profilata, non vi è spazio alcuno per l'intervento gestorio spontaneo di un *defensor*, poiché non può sorgere comunque un rapporto processuale in cui la *defensio* vada ad inserirsi.

Dal canto opposto, la morte del convenuto (già regolarmente costituito, di persona o per tramite di altri, nel processo) può collocarsi cronologicamente in un momento successivo alla chiusura della fase *in iure* (e cioè, alla *litis contestatio*). Non sembra che, in tale caso, il decesso possa assumere rilevanza, poiché gli effetti conservativi della *litis contestatio* impediscono che di esso si possa tenere

²⁰) Cfr. *supra*, nt. 6.

²¹) Ulp. 10 *ad ed.*, D. 3.5.3.pr.

²²) Ulp. 10 *ad ed.*, D. 3.5.3.6.

²³) Ulp. 49 *ad ed.*, D. 38.9.1.pr.

conto. Nella fase *in iudicio*, l'erede potrà farsi carico dell'onere di convincere il giudice della infondatezza dell'azione, avendo interesse in tal senso, perché l'eventuale condanna sarà bensì pronunciata in capo al defunto, ma andrà ad aggiungersi alle passività ereditarie, che poi si ripercuoteranno sull'erede. Non è ipotizzabile, neppure in questo caso, l'intervento di un *defensor* in senso tecnico, perché la precedente *litis contestatio* ha già definitivamente consolidato l'obbligazione di '*condemnari oportere*' in capo al defunto, e non è pensabile che un terzo si sostituisca a lui nell'ambito del rapporto processuale; il discorso non muta ove si supponga che, comunque, un terzo intervenga di fatto, come fiancheggiatore e sostenitore delle ragioni del convenuto. Un intervento di tale sorta, infatti, non porterebbe in nessun caso conseguenze negative per chi l'avesse posto in essere (dal momento che l'eventuale condanna sarebbe comunque pronunciata in capo a colui che aveva contestato la lite), e non vi sarebbe motivo per prevedere, a favore dell'intervenuto, un'azione di rivalsa. Naturalmente, nel caso che già in origine il rapporto processuale si fosse radicato con un *defensor*, la morte, nel corso di esso, dell'effettivo debitore risulterebbe irrilevante, e, in caso di condanna (pronunciata in capo al *defensor*, divenuto a tutti gli effetti parte nel processo), indubbiamente si farebbe luogo all'*actio negotiorum gestorum* di rivalsa verso l'erede. Non saremmo però, in questa ipotesi, di fronte ad un intervento gestorio negli affari di un defunto, perché tale intervento si collocherebbe comunque, dal punto di vista cronologico, fra quelli compiuti allorché l'interessato era in vita.

Resta da esaminare la possibilità che la morte del convenuto si sia verificata dopo l'instaurazione del rapporto processuale, e così, in pratica, in un qualsiasi momento successivo alla *vocatio in ius* ma antecedente alla conclusione del procedimento di contestazione della lite, per decidere quale effetto si possa allora attribuire al decesso, e se, comunque, la sopravvenienza di un *defensor* possa consentire la prosecuzione del processo, o, invece, alla morte consegua l'interruzione del procedimento.

Contribuiscono a fare luce sul problema due testi (di Giuliano e di Paolo), che sono stati oggetto di richiamo anche da parte di Finazzi²⁴, senza che, peraltro, egli abbia approfondito lo specifico problema.

D. 5.1.75.2 (Iul. 5 *dig.*): Cum absentem defendere vellem, iudicium mortuo iam eo accepi et condemnatus solvi: quaesitum est an heres liberaretur, item quae actio mihi adversus eum competeret. Respondi iudicium, quod iam mortuo debitore per defensorem eius accipitur, nullum esse et ideo heredem non liberari: defensorem autem, si ex causa iudicati solverit, repetere quidem non posse, negotiorum tamen gestorum ei actionem competere adversus heredem: qui sane exceptione doli mali tueri se possit, si ab actore conveniatur.

Il frammento è, a mio avviso, molto significativo tanto nel tracciare le linee del caso, quanto nello svilupparne la soluzione. Una persona decide di assumere il ruolo di *defensor*, intervenendo spontaneamente nel processo intentato contro un assente. Indicando con il termine '*absens*' l'effettivo convenuto, Giuliano chiarisce in partenza sia che la *vocatio in ius* è avvenuta allorché egli era in vita (un defunto non potrebbe essere indicato come assente), sia che la volontà di porre in essere l'intervento si è prodotta nel *defensor* con specifico riferimento ad un assente e, quindi, nell'ignoranza del fatto che egli fosse nel frattempo deceduto (come emergerà più apertamente dal testo di Paolo più oltre preso in esame). In attuazione della sua determinazione, il *defensor* contesta la lite ('*iudicium accepi*'), in un momento in cui l'*absens* non è più tale, perché è defunto ('*mortuo iam eo*'). La difesa non ha successo, ed il *defensor* subisce, in prima persona, la condanna, ed in adempimento di essa (*ex causa iudicati*) provvede al pagamento della somma accertata a suo debito. Si chiede se:

- tale pagamento abbia effetto liberatorio per l'erede;
- il *defensor*, avendo pagato, disponga di un'azione di rivalsa verso l'erede medesimo, o almeno di un'azione di ripetizione d'indebito.

La risposta al primo quesito è categoricamente negativa: malgrado che il debito del defunto sia stato pagato, tale pagamento non può avere effetto estintivo formale dell'obbligazione (ricaduta sul-

²⁴) *Op. cit.*, p. 79 nt. 176.

l'erede), perché il *defensor*, pur avendo pagato *ex causa iudicati*, lo ha fatto in forza di una sentenza nulla, in conseguenza della nullità dell'intero giudizio ('*iudicium nullum esse*') derivante dal fatto che la lite è stata contestata dopo la morte del convenuto. Tuttavia, in chiusa del passo il giurista riconosce all'intervenuto pagamento, in luogo dell'effetto estintivo, un effetto preclusivo, nel senso che, ove il creditore (in sostanza già soddisfatto) decidesse di profittare della situazione per chiamare in giudizio l'erede al fine di pretendere da lui un'ulteriore somma, questi potrebbe efficacemente bloccarne l'iniziativa con una *exceptio doli mali*, trattandosi, con ogni evidenza, di un'ipotesi di comportamento di mala fede, da ricondursi all'ambito del *dolus generalis* o *praesens*.

Per quanto concerne la posizione del malcapitato *defensor*, il giurista esclude che egli possa ripetere, dal percipiente, ciò che gli ha pagato *ex causa iudicati*: anche se in esito ad un giudizio di per sé invalido ('*nullum iudicium*') al creditore è stato versato un importo che gli era realmente dovuto, così che egli non può essere costretto a restituirlo. Nei confronti dell'erede, però, il discorso appare diverso, proprio perché l'intervento gestorio, benché anomalo in quanto inseritosi in un giudizio nullo (che come tale non avrebbe potuto generare conseguenze sfavorevoli all'erede del convenuto), ha prodotto comunque un vantaggio per l'interessato (*utilitas* della gestione), nel momento in cui lo ha definitivamente esonerato dal dovere di soddisfare le ragioni del creditore.

Di primo acchito, parrebbe che il caso discusso da Giuliano si possa inquadrare come esempio di applicazione dell'*edictum de negotiis gestis*²⁵ all'intervento del *defensor* in un affare processuale facente capo al defunto, ma l'affermazione categorica per cui la morte del convenuto dopo l'avvio del giudizio lo interrompe, e ne determina la nullità, si pone come insuperabile ostacolo a tale conclusione. La logica ispiratrice dell'editto era stata (come si argomenta dalla *laudatio* di Ulpiano) quella di agevolare, per le sue apprezzabili finalità, l'intervento di gestione spontanea (e così anche, e forse soprattutto, quello di un *defensor*), ma un intervento in un giudizio comunque non suscettibile, per nullità, di produrre conseguenze dannose per il convenuto non è affatto apprezzabile, e non merita di essere favorito. E' ben vero che, in ultima analisi, il giurista conclude concedendo al *defensor* l'azione *negotiorum gestorum* contro l'erede, per consentirgli il recupero dell'importo pagato, ma ciò non certo in funzione premiale di un intervento di per sé assolutamente inutile, bensì in considerazione del solo fatto che, in concreto, il pagamento operato *ex causa iudicati* dal *defensor* ha finito per sollevare l'erede da un debito che, altrimenti, sarebbe ridonato a suo carico. Con che la fattispecie può essere ricondotta ad una normale ipotesi di intervento gestorio sostanziale, quale quello che chicchessia può porre in essere allorché si sostituisca ad una persona nell'adempimento di una obbligazione sussistente, a carico di essa, in via diretta o *iure hereditatis*.

A conclusioni non dissimili conduce l'esegesi del secondo testo che può essere preso in considerazione, fermo restando che, trattandosi di un passo di Paolo, anche per esso restano, ed anzi si accentuano, le perplessità relative alla identificazione dell'*actio negotiorum gestorum* che vi è menzionata²⁶.

D. 17.1.58.pr. (Paul 4 *quaest.*): Si praecedente mandato Titium defenderas quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur. Quod si sine mandatu defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueras, et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici et heredem eius eadem actione teneri.

La *quaestio* discussa da Paolo prende le mosse dalla considerazione di un caso di mandato rilasciato da Tizio perché tu lo difenda in un processo. Dopo averti conferito l'incarico, Tizio muore, ma tu, ignorando la circostanza, ti assumi il compito e svolgi effettivamente la difesa (non è dato di sapere

²⁵ Ovviamente a prescindere dall'identificazione dell'*actio* cui il giurista fa riferimento, che ben potrebbe essere non quella *in factum*, ma quella di buona fede, tanto più che ad essa si fa, per due volte, riferimento (per quel che può valere il rilievo) con il termine '*competere*', e che la sopravvivenza di un'*actio negotiorum gestorum in factum* ancora ai tempi di Giuliano appare, almeno a me, altamente improbabile.

²⁶ Cfr. *supra*, nt. 25.

con quale esito, e si può supporre che la circostanza sia considerata dal giurista come irrilevante ai fini della decisione). Il problema sorge dal fatto che *'mandatum morte mandatoris solvitur'*, così che il mandatario, sol che avesse avuto notizia della morte del mandante, sarebbe stato sciolto da ogni obbligo verso di lui. Poiché, nell'ignoranza di un fatto che avrebbe impedito la prosecuzione del giudizio e comunque lo avrebbe esonerato dalla sua funzione, il mandatario ha invece svolto il compito che gli era stato affidato, Paolo riconosce a favore di lui, e nei confronti dell'erede del defunto Tizio, l'esperibilità dell'*actio mandati*, sulla base dell'argomentazione, enunciata in modo piuttosto apodittico, che l'estinzione del mandato non implica anche quella dell'*actio* (che, a favore del mandatario, era sorta in partenza con la conclusione del contratto) contro l'erede del mandante. Ad ispirare la decisione di Paolo fu, evidentemente, l'esigenza di riconoscere una tutela al soggetto che, ignorando l'intervenuto decesso (e, quindi, in perfetta buona fede), avesse ritenuto di svolgere il proprio compito fino in fondo. Tale riconoscimento è possibile in ragione della natura di *iudicium bonae fidei* dell'*actio mandati*.

Nel seguito del testo, il giurista estende la sua valutazione al caso in cui l'intervento difensivo non sia, invece, avvenuto in adempimento di un mandato, ma per decisione spontanea del soggetto, che ha assunto quindi il ruolo di *defensor*: ciò ci riporta sostanzialmente al caso già discusso da Salvio Giuliano. Va detto che le ulteriori premesse (premorienza del convenuto rispetto all'intervento, e ignoranza, da parte dell'interveniente, della circostanza) sono le medesime considerate nella prima ipotesi, e la questione di fondo resta quella di stabilire quale azione possa essere intentata dall'intervenuto nei confronti dell'erede di Tizio. Il punto d'arrivo del ragionamento di Paolo è lo stesso di Giuliano, ma colpisce lo sforzo con cui il giurista giunge a riconoscere la spettanza dell'*actio negotiorum gestorum*, a fronte della disinvoltura con cui, invece, egli aveva risolto il problema dell'*actio mandati*. Infatti, si legge nel testo che *'negotium quodammodo defuncti gerere institueras'*, e l'uso del termine *'quodammodo'* è indice del disagio che Paolo prova nel ricondurre la fattispecie ad un'ipotesi di gestione d'affari, condizionando comunque l'esperibilità della relativa azione (così come faceva Giuliano) all'avvenuta liberazione del defunto e quindi anche dell'erede di lui (*'si illum liberasses'*).

Orbene, sembra evidente che, se l'editto *'de negotiis gestis'* avesse legittimato come normale l'intervento nel processo del *defensor* anche dopo la morte del convenuto, l'esitazione di Paolo nel riconoscere, a favore di lui e contro l'erede, la possibilità di esperire l'*actio negotiorum gestorum* (comunque agganciandola, come Giuliano, al concreto vantaggio derivato all'erede dall'intervento del *defensor*) non troverebbe alcuna spiegazione. Il fatto è, invece, che l'idea di una *defensio* spontaneamente attuata dopo la morte del convenuto ripugnava ai giuristi romani, per la ragione chiaramente delineata da Salvio Giuliano (*'iudicium nullum esse'*), ed alla legittimazione di essa si giunse, con fatica, solo con riferimento a casi particolari, in cui il *defensor* fosse intervenuto ignorando il precedente decesso del debitore, credendo in buona fede che egli fosse semplicemente assente, e comunque procurando, con il suo comportamento, all'erede un vantaggio concreto tale da giustificare la rivalsa del gestore.

Da tutto ciò si deve dedurre che il richiamo della clausola editale esposta da Ulpiano in D. 3.5.3.pr. ai *'negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint'* ed estesa dall'interpretazione del giurista, in D. 3.5.3.6, a tutti gli affari facenti capo ad un'eredità giacente, non può essere riferito (come, ad avviso di Finazzi, si dovrebbe fare per l'intero editto *'de negotiis gestis'*) agli interventi di gestione processuale, e men che meno può avere disciplinato in via esclusiva tale tipologia di interventi. Quando il pretore parlò di *'negotia'*, egli intese evidentemente riferirsi al significato più ampio e più comune del termine, cioè agli affari così di ordine sostanziale come di connotazione processuale, anche se l'ipotesi degli interventi del *defensor* fu posta, con riferimento all'assenza di una persona viva, sicuramente in prima linea fra i casi meritevoli di considerazione.

6. Tirando le somme, ritengo che la tesi di Finazzi in ordine al fatto che l'editto *'de negotiis gestis'* e la relativa *actio in factum* avrebbero, fin dalle origini e via via fino a tutta l'epoca classica, trovato applicazione solo con riferimento agli interventi gestori nel settore del processo (in pratica, al *defensor*), e

che per questa via si spiegherebbe la coesistenza fra l'*actio in factum* ed il *iudicium bonae fidei* impiegato, invece, in un'ottica evolutiva sempre più ampia, in tutti i casi di gestione sostanziale, autorizzata o spontanea, occasionale o continuativa, non possa essere in alcun modo condivisa.

Il problema dell'ambito applicativo e della cronologia storica delle due azioni di gestione d'affari non può, quindi, essere risolto per questa via. Non pretendo certo, con ciò, di affermare che la diversa ipotesi da me avanzata al riguardo (applicabilità originaria dell'azione di buona fede solo alla gestione autorizzata del *procurator*, emanazione dell'editto con riferimento a tutti i casi di intervento gestorio spontaneo ed occasionale, successiva estensione del *iudicium bonae fidei* ai casi in origine disciplinati dalla sola previsione edittale, e conseguente rapido decadimento dell'*actio in factum*, assorbita, già nella prima epoca classica, nell'ambito di un'unica azione civile di buona fede, concessa, in via diretta o utile, in una gamma sempre più ampia di ipotesi) debba essere considerata per ciò conclusiva²⁷, e mi limito a sottolineare che, se non si intende aderirvi, l'argomento dovrà essere ulteriormente approfondito dagli studiosi.

²⁷) Si veda, sul punto, CENDERELLI, *op. cit.*, p. 147 s. e più specificamente *In tema di origini e sviluppo delle 'actiones negotiorum gestorum'*, in «Studi Impallomeni», Milano, 1999, p. 89 s., non senza ricordare che Finazzi, sviluppando la sua diversa ipotesi, si pone in posizione fortemente critica nei confronti della mia.