

ALBERTO AURICCHIO
*Professore inc. di diritto agrario
nell'Università di Urbino*

CONTRIBUTO ALLA TEORIA
DELLA GESTIONE RAPPRESENTATIVA

SOMMARIO: 1. Rilievi esegetici sull'art. 2031 c.c. — 2. Considerazioni sulla tipicità del potere di gestione. — 3. La « utilità » e la « utile gestione » come fonti di rappresentanza. — 4. Dubbi sulla applicabilità dell'art. 1398 c.c. all'attività del gestore. — 5. La posizione del gestore nei confronti del rapporto creato in nome altrui. — 6. L'obbligo di continuare la gestione ed il suo significato nei confronti degli interessi implicati dall'attività di gestione. — 7. I precedenti legislativi dell'art. 2028 c.c. — 8. La gestione come attività di « sostituzione ». — 9. La responsabilità del gestore. — 10. Esame esegetico dell'effetto previsto nell'art. 2031 c.c.: accollo *ex lege*. — 11. Il contenuto normativo dell'art. 2031 c.c. — 12. Valutazione della soluzione prospettata sul piano degli interessi. — 13. La rilevanza dell'*utiliter coeptum*. — 14. La giustificazione dei c.d. poteri di gestione al di fuori dello schema della rappresentanza. — 15. Le dimensioni concrete delle funzioni e dei poteri del gestore: sostituzione dell'art. 2031 c.c. con l'art. 2028 c.c. — 16. Conseguenze pratiche di questa sostituzione di norme. — 17. La diversità di effetti della gestione in nome proprio e in nome altrui. — 18. Conclusioni.

1. È convinzione comune della dottrina contemporanea che nel diritto moderno l'utile gestione di affari altrui sia fonte di rappresentanza ⁽¹⁾. È pur vero che in tempi non molto lon-

(¹) Probabilmente, è lecito qualificare come *communis opinio* quella teoria che risulta accreditata dalla unanime trattazione manualistica, ed indubbiamente è questa la situazione in cui oggi ci appare il principio riferito nel testo: cfr. DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano-Messina 1954, p. 470, nota 3; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1954, III, I, p. 455; BARBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato*, Torino 1949, I, p. 346; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1957, p. 667; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1954, p. 254; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1956, p. 574. Ma anche a voler negare valore sostanziale al criterio prospettato, si deve pur sempre riconoscere che pure sul piano della mera statistica delle opinioni la prevalenza tocca alla teoria che qualifica la gestione come fonte di rappresentanza: COGLIOLO, *Trattato teorico-pratico dell'amministrazione degli affari altrui*, Firenze 1890, p. 155; ATZERI, *La gestione di affari*, Torino 1904, p. 209 ss.; PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui*, Padova 1935,

tani sono state avanzate delle riserve sulla esattezza di questa opinione, ma di solito si ritiene che queste incertezze non abbiano ragione di esistere di fronte alla chiara formulazione della nostra legge⁽²⁾. L'argomento testuale sarebbe contenuto nell'art. 2031 c.c. ove è affrontato il problema della efficacia degli atti compiuti dal gestore: secondo questa norma il *dominus* deve

p. 396; SCADUTO-ORLANDO CASCIO, *Gestione degli affari altrui*, in *Nuovo Digesto Italiano*, p. 243; DEJANA, *Gestione di affari altrui e atti dispositivi*, in *Riv. Dir. comm.* 1948, I, p. 249 ss.; SAGGESE, *La rappresentanza*, Napoli 1933, p. 194 ss.; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1948, II, p. 354; SIMONCELLI-SCIALOJA, *Sui limiti dei poteri del gestore di affari*, in *Foro It.* 1948, IV, c. 103; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli 1949, p. 654; BIONDI, *Gestione rappresentativa e ratifica*, in *Foro It.* 1954, I, c. 98.

A questa formulazione aderisce anche BALBI, *Negozio gestorio non utile e negozio rappresentativo senza procura*, Milano 1939, p. 16, che pur tenta di giustificare al di fuori delle regole della rappresentanza il comportamento del gestore allorchè manchi l'utilità: v. più avanti, ai n. 3 e 4. Per l'opinione che invece aderisce a posizioni diverse da quella qui riferita, si veda la nota 3.

(²) Cfr. da ultimo BIONDI, *Gestione rappresentativa*, cit., p. 101. E che in realtà il problema sia legato proprio alla particolare formulazione dell'art. 2031 c.c., risulta chiaramente da un confronto con la letteratura tedesca, sviluppata sotto l'imperio di norme che non pongono in rilievo la *contemplatio domini* (prg. 677 B.G.B.) e che in generale non attribuiscono neppure a questo requisito lo stretto valore formale della nostra legislazione (prg. 164 B.G.B.). In questa letteratura il tema della spendita del nome altrui è stato esaminato soprattutto sotto il profilo dell'alienità subiettiva dell'affare: cfr. ISAY, *Die Geschäftsführung nach dem bürgerlichem Gesetzbuche*, Jena 1900, p. 63 ss., in particolare p. 69, che considera la volontà del gestore equivalente alla alienità obiettiva dell'affare, rilevando che nell'uno e nell'altro caso l'individuazione dell'affare è pur sempre compiuta dal gestore; LENT, *Der Begriff der aufraglosen Geschäftsführung*, Leipzig 1909, p. 36, che critica questa impostazione del tema ponendo in luce che in tal modo si unisce sotto il paradigma della alienità subiettiva sia la valutazione dell'*animus negotia aliena gerendi*, sia la *contemplatio domini*; STROHAL, in *Planck's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin-Leipzig 1928, p. 1230, che in sede di valutazione complessiva della dottrina tedesca afferma esplicitamente che « non esiste alcuna differenza se si agisce in nome proprio o in nome altrui ». Si deve inoltre ricordare come fatto significativo che la successiva letteratura tedesca esamina la *Geschäftsführung ohne Auftrag* in un ambito diverso dalla rappresentanza, nella *Geschäftsbesorgung*: cfr. LENT, *Wille und Interesse bei der Geschäftsbesorgung*, Leipzig (1937), p. 6 ss.; ISELE, *Geschäftsbesorgung*, Marburg 1936, p. 20 ss.

adempiere le obbligazioni che il gestore ha assunto in nome di lui e deve tenerlo indenne di quelle assunte in nome proprio, L'espressione adottata dal legislatore ha fatto ritenere che il gestore possa essere rappresentante diretto oppure rappresentante indiretto a seconda della diversa forma che la sua attività in concreto riveste.

In questa sede si vuol riproporre il problema sul piano esegetico. Invero, ad un più attento esame dell'art. 2031 c.c. si può dubitare che questa norma abbia realmente il valore definitivo che di solito le si attribuisce. Per aversi rappresentanza occorre non solo che l'atto del gestore incida sul patrimonio dell'amministrato, ma anche che l'effetto giuridico di quell'atto vincoli immediatamente la persona del *dominus* ⁽³⁾: ma questo risultato, indipendentemente dalla sua sostanziale esattezza, non può ritenersi raggiunto attraverso una semplice lettura della disposizione legislativa qui considerata.

Si esamini analiticamente, nei suoi vari elementi, l'espressione adottata dal legislatore: «il *dominus* deve adempiere le obbligazioni assunte in nome di lui dal gestore». In primo luogo si può cominciare a rilevare che l'uso del termine «adempiere» non è per sè decisivo: infatti, nel linguaggio legislativo, si parla anche di adempimento da parte del terzo (art. 1180 c.c.) e quindi dal semplice uso di questo termine non risulta che il *dominus* sia veramente soggetto passivo del rapporto creato dal gestore. Approfondendo questo discorso, si può dire che adempiere le

(3) Su questo punto si esprime con molta chiarezza LEONHARD, *Vertretung und Fremdwirkung*, in *Jherings Jahrbücher*, L. (1936-1937), p. 1 ss., il quale richiede per la rappresentanza un rapporto con un soggetto, e non solo con il patrimonio di questo soggetto. Sul problema già esaminato dal L. ritorna da ultimo MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen 1955, p. 24 ss., ove si ricalca — sia pure giungendo poi a risultati ultimi diversi — l'argomento della impossibilità di ridurre la rappresentanza ad azione con effetti nei confronti dei terzi senza collocare nel fenomeno della rappresentanza anche il contratto a favore di terzi. Per quanto riguarda la dottrina italiana, si può dire che il principio formulato dal L. è necessario presupposto di quella corrente di pensiero che distingue la sostituzione dalla rappresentanza; su questo punto v. più avanti.

obbligazioni assunte da un altro soggetto in nome altrui non equivale necessariamente ad adempiere una obbligazione personale: ad esempio, l'atto con cui il *dominus* estingue l'obbligazione cartolare assunta in nome di lui da un terzo privo di procura speciale non costituisce adempimento di una obbligazione propria (art. 11 l. camb.). L'equivalenza tra le due espressioni — « adempiere l'obbligazione assunta da un terzo in nome altrui » e « adempiere una obbligazione personale » — sussiste solo nel caso in cui chi ha speso il nome altrui sia realmente rappresentante: ma questa è una mera ipotesi, non convalidata direttamente dalla lettera della legge. Nè si può ritenere decisivo per la sussistenza del potere di rappresentanza l'accento che la legge fa della *contemplatio domini*: infatti, se anche è vero che non è possibile rappresentanza senza la spendita del nome altrui, non è però vero che ogni volta che vi sia *contemplatio domini* vi è anche rappresentanza ⁽⁴⁾.

In conclusione, non si può considerare risolta una questione dommatica in una norma che abbia mero valore descrittivo. Nell'art. 2031 c.c. è solamente prevista l'ipotesi che il gestore, nello svolgimento della sua attività, usi il nome del titolare del patrimonio amministrato: ed anche in questo caso, dice la norma, il *dominus* non si può sottrarre alla normale applicazione della

⁽⁴⁾ Si richiama a questo proposito la dimostrazione data dal NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, p. 25 ss., secondo cui la spendita del nome altrui non comporta di per sè l'esercizio della rappresentanza: il caso esaminato, l'adempimento in nome altrui fatto da un terzo, era previsto nel codice civile del 1865 in un'apposita norma, l'art. 1238, riprodotta nel nuovo codice senza alcun accenno alla *contemplatio domini*. Convergente allo stesso risultato è quella dottrina che distingue diversi significati della *contemplatio domini*: cfr. LEONHARD, *Vertretung* ecc., cit., p. 7; e nella letteratura italiana SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali* ecc., cit., p. 250 ss., sulle cui tracce si pone — sia pure in modo dubitativo — MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1952, p. 149, nota 16. Vi è da aggiungere che quest'ultimo problema è diverso ma confinante con l'altro, relativo alle forme che in concreto può assumere la *contemplatio domini* nella rappresentanza: cfr. sulla questione SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Torino 1955, p. 256 ed *ivi* a nota 5 informazione sulla letteratura italiana e tedesca.

regola «*cujus commoda ejus incommoda*». La disposizione di legge, cioè, stabilisce il risultato ultimo da raggiungere, ma tace sul mezzo tecnico attraverso cui si giunge a quel risultato.

2. Si può dunque concludere questa prima lettura dell'art. 2031 c.c. rilevando che la norma legislativa si limita a porre il problema, senza tuttavia risolverlo.

E se questa conclusione è corretta, si deve anche ritenere che la comune affermazione della dottrina — il gestore è rappresentante in senso tecnico allorchè agisce in nome altrui e mandatario allorchè agisce in nome proprio — costituisce solo una soluzione dottrinale di quel problema, e quindi va assunta in questa sede come semplice ipotesi di studio, e non come dato normativo.

Trovate così le giuste dimensioni di quell'affermazione, occorre sottoporla a vaglio critico. L'affermazione centrale è costituita dalla duplice rilevanza dell'*utiliter coeptum*: da questo presupposto a volte scaturisce il potere di rappresentanza in senso stretto e a volte invece un potere diverso. Ma questo principio contrasta con la constatazione che in ogni caso identica è la situazione in cui interviene il gestore, talché sembra poi difficile ammettere che da questo presupposto scaturisca un effetto duplice (5).

(5) Vi è da aggiungere, che, se realmente il legislatore prevedesse due fattispecie astratte, la realizzazione delle corrispondenti fattispecie concrete da parte del privato non dovrebbe incontrare difficoltà. Ma si rifletta a quanto afferma, nell'unica decisione relativa alla *contemplatio domini* nella gestione d'affari, la Cass. 10 agosto 1949, in *Giur. Compl. Cass. Civ.* 1949, III, p. 171: « l'intenzione di agire in nome altrui non occorre che risulti da dichiarazione espressa, ma può risultare anche da circostanze di fatto ». A prescindere dalla questione se in questa sentenza si esprima la scelta per uno dei termini prospettati da SANTORO-PASSARELLI (*op. loc. ult. cit.*) oppure ivi sia riflessa solo l'incertezza del problema segnalato da SACCO (*op. loc. ult. cit.*), si può rilevare che secondo il principio riferito la scelta tra la gestione in nome proprio e in nome altrui verrebbe meno nell'esempio tipico della gestione che si caratterizza proprio per l'alienità obiettiva del-

Non vi è nulla che conforti questa interpretazione. La formulazione legislativa dell'art. 2031 c.c. autorizza solo a credere nella possibilità materiale che il gestore agisca in nome altrui o in nome proprio, ma non nel fatto che agendo in un modo o nell'altro egli eserciti un potere diverso. Anzi, il fatto stesso che in ambedue i casi sorge un obbligo in testa all'interessato a discarico completo del gestore pone la premessa per una valutazione unitaria della sua attività, siccome esercizio di un potere unico.

In altre parole, questa ambivalenza dell'istituto contraddice l'affermazione — sempre ricorrente — della tipicità del potere di gestione ⁽⁶⁾. Per conciliare i due principi occorrerebbe risolvere la stessa alternativa rappresentanza diretta — rappresentanza indiretta in un semplice problema di intestazione dell'atto, negando alla distinzione un contenuto sia pur minimo. Probabilmente, si è confusa l'unità del potere di gestione — che è il problema che qui interessa — con la duplicità delle sue forme di esercizio, che è questione diversa e successiva. E le dimensioni dell'equivoco le si possono cogliere considerando che la rappresentanza diretta ed indiretta son due poteri diversi, e non due forme di esercizio dello stesso potere ⁽⁷⁾.

L'affare, come giustamente rileva LENT, *Der Begriff*, ecc., cit., p. 63. Si può dunque dire che secondo la giurisprudenza non sempre corrispondono alle due fattispecie astratte due fattispecie concrete: e questo è un ulteriore elemento di dubbio.

⁽⁶⁾ Su questo punto, già COGLIOLO, *Concetti fondamentali circa la « negotiorum gestio »*, in *Scritti vari di diritto privato*, Torino 1913, II, p. 317 ss. Il rilievo non ha però un significato univoco: talora infatti è formulato per dedurne l'inapplicabilità alla gestione delle regole del mandato, e con ciò si vuole estendere il potere di gestione al di là dei limiti fissati nell'art. 1708 II c.; altre volte, invece, si vuol giungere al risultato opposto, negando la possibilità di sovrapporre alla gestione le regole della rappresentanza volontaria.

⁽⁷⁾ A questo proposito è sufficiente ricordare che un mandatario senza rappresentanza non è libero di agire « in nome altrui », cfr. GRAZIANI, *Negozio di gestione e procura*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli 1953, p. 71, secondo il quale la diversa soluzione « contrasta a tutto il sistema legislativo ». La questione, ben s'intende, è assolutamente diversa dalla possibilità di comprendere ambedue i poteri in un paradigma unitario, la c.d. rappresentanza in senso lato,

Ma in realtà non si può neppure parlare di equivoco. È tutta la storia di un metodo che giustifica la formulazione della gestione rappresentativa nei termini in cui noi la apprendiamo dalla letteratura contemporanea. I segni di questo metodo sono noti: stilizzazione formale di alcuni valori normativi, collocazione topografica di essi nell'ambito di un sistema logicamente perfetto, creazione di schemi fatti tutti di parallelismi, simmetrie e derivazioni sillogistiche. È così che si giunge ad avvicinare fenomeni diversi nella nozione unitaria di rappresentanza, uniformando il più possibile la loro fenomenologia: evidentemente è nell'ambito di questi presupposti che la rappresentanza indiretta si pone accanto alla rappresentanza diretta, la legale accanto a quella volontaria, creando in tal modo le premesse per riproporre tra le figure del procuratore e del gestore lo stesso rapporto realizzatosi storicamente tra gestore e mandatario⁽⁸⁾.

(8) Sui rapporti tra gestione e mandato nel mondo romano classico, cfr. VLASSAK, *Zur Geschichte der Negotiorum gestio*, Jena 1879: il mandato avrebbe avuto origine dalla *negotiorum gestio*, e non viceversa (p. 63 ss.). Ritiene il BIONDI, *Gestione rappresentativa*, cit., p. 98 che la teoria della gestione come fonte di rappresentanza sia stata affermata per la prima volta dal WINDSCHEID. In realtà, fissare la data di nascita della « gestione rappresentativa » è molto difficile, poichè anche gli autori che ne fanno menzione sovrappongono alla rappresentanza fenomeni diversi: ad esempio, ZIMMERMANN, *Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio*, Strassburg 1876, ammette eccezionalmente dei casi in cui vi è gestione rappresentativa senza ratifica, ma parla a questo proposito della *solutio* (p. 301 s.), ove l'efficacia dell'adempimento ha ragioni tutte diverse dalla rappresentanza. Le prime osservazioni in questo senso le si trovano già in SAVIGNY, *Le obbligazioni* (trad. da PACCHIONI, Torino 1912), II, p. 78, che esclude recisamente che « il terzo acquisti un diritto di azione indipendentemente da un rapporto di rappresentanza costituito mediante mandato o ratifica » e rimprovera chi ha sostenuto quella teoria (MÜHLENBRUCK, *Cessio der Forderungsrechte*, 1836, citato dal S.) di aver generalizzato regole che appartengono a fenomeni diversi dalla rappresentanza. D'altro canto, neppure WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. da FADDA e BENZA, Torino 1904), I, 1, p. 292 sembra ammettere la possibilità di una rappresentanza indipendentemente dall'atto di ratifica: talchè è più probabile che da questo autore sia derivata, oltre che la teoria della gestione come fonte di rappresentanza, anche quella diversa formulazione che connette alla utile gestione l'obbligo di ratifica; per successive adesioni a questa linea di pensiero cfr. NATTINI, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milano 1910, p. 119 ss. ed oggi BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1955, p. 556.

Ma è da tempo che la letteratura giuridica si è proposta il compito di ridimensionare su un piano strettamente normativo i risultati di quel metodo ⁽⁹⁾. Ed è in continuità con questo sforzo comune che in questa sede si tenta di ritrovare i lineamenti tipici della gestione nei soli limiti in cui l'attività del gestore si giustifica, indipendentemente da ogni collegamento sistematico.

3. Prima di continuare questo discorso, occorre precisare, sia pure in modo approssimativo, il suo scopo. Qui non si intende negare che il gestore possa agire in nome dell'interessato: è questo un dato di fatto che l'art. 2031 c.c. non permette di mettere in discussione. Il problema che si vuol segnalare è un altro: si tratta di vedere se il gestore assuma la veste giuridica di rappresentante allorchè pone in essere quel comportamento.

Il problema proposto non va confuso con un altro, tutto diverso: chiedersi se il gestore assuma la qualità di rappresentante allorchè agisce in nome altrui non significa anche domandarsi se chiunque spenda il nome altrui assume la qualità di gestore per il solo fatto che l'attività da lui svolta sia da considerarsi utile. La differenza tra i due quesiti può essere puntualizzata in questi termini: nel primo caso si discute della applicazione delle regole della rappresentanza all'attività svolta dal gestore, mentre nel secondo caso è in questione l'estensione delle regole della gestione all'attività del rappresentante. Son due problemi distinti, l'uno noto come « utile gestione rappresentativa », l'altro qui denominato come « utile rappresentanza ».

Va subito detto che l'art. 2031 c.c. legittima solo il primo problema, e non il secondo: ed infatti si osservi che la applicazione di quella norma presuppone già risolta l'attribuzione della qualità di gestore.

⁽⁹⁾ La tendenza infatti è vivamente combattuta dalla migliore dottrina, che sarà successivamente richiamata nell'esame delle singole questioni. Per uno sguardo complessivo, si veda il vivace panorama che del fenomeno della cooperazione prospetta SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali* ecc., cit., p. 241 ss.

D'altro canto, se è facilmente credibile che la « utile gestione » sia fonte di rappresentanza, non altrettanto convincente appare invece l'affermazione che la sola « utilità » sia fonte dello stesso effetto: anzi si può dire che, se il primo principio è rigorosamente vero, non lo può essere anche il secondo, che del primo è una ingiustificata generalizzazione.

A voler accogliere la soluzione contraria, occorrerebbe giungere al risultato che la differenza tra l'attività di gestione e l'attività di rappresentanza sia da porsi esclusivamente nei presupposti che qualificano il comportamento di colui che agisce in nome altrui. In tal modo, però, si viene necessariamente a negare ogni rilevanza all'*animus negotia aliena gerendi*, requisito che si pone all'interno, e non all'esterno dell'attività di gestione: e non vi è chi non veda che questa conclusione si pone in radicale contrasto non solo con la dottrina unanime ma con tutta la storia del nostro istituto ⁽¹⁰⁾.

Può darsi che vi siano dei casi in cui sussiste estrema la difficoltà di individuare questo *animus* ⁽¹¹⁾. Ma questi casi pon-

⁽¹⁰⁾ Il solo autore che — a quel che risulta — abbia negato l'*animus* come requisito della gestione è COGLIOLO, *Concetti fondamentali ecc.*, cit., p. 327 ove si argomenta in tal senso in base al rilievo che vi è gestione anche quando alcuno gestisce un affare con la pretesa di tenerlo come proprio. Ma il rilievo non è affatto sicuro: *contra* LENT, *Der Begriff*, cit., p. 123 ss. In realtà, a voler esaminare l'affermazione del COGLIOLO ci si trova di fronte ad una alternativa; o si allude all'*animus depraedandi*, ed allora si può accettare la tradizionale soluzione che in questo caso ritiene esclusa la gestione (cfr. su questo punto PACCHIONI, *Della gestione*, cit., p. 345) oppure si fa riferimento al caso in cui il gestore abbia un interesse proprio a gestire l'affare alieno, ma allora non vi è alcuna ragione per ritenere insussistente, l'*animus aliena negotia gerendi*: in questo senso già si esprimeva WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., II, 2, p. 278. Anche la giurisprudenza sembra d'accordo con le considerazioni svolte: v. App. Genova 10 aprile 1954, in *Foro Padano* 1955, I, c. 76 « Il particolare che il gestore abbia agito nell'interesse proprio non è di ostacolo al rapporto di utile gestione, se l'affare era, almeno prevalentemente, alieno ». Per la necessità dell'*animus*, come requisito della gestione, cfr. anche App. Asmara 10 marzo 1947, in *Foro It. Rep.*, v. « Gestione di affari », n. 2.

⁽¹¹⁾ All'incertezza sulla vera nozione di *animus negotia aliena gerendi* si aggiunge spesso la difficoltà che si manifesti in modo esteriore e riconoscibile. Questa è forse la difficoltà che ha mosso una parte della dottrina più antica ad

gono un problema ben diverso da quello qui esaminato, poichè in essi il dubbio ha per oggetto i limiti della distinzione tra gestione e rappresentanza, e non l'esistenza stessa della distinzione. In realtà per affermare la distinzione in parola, sarebbe sufficiente individuare sia pure un solo caso in cui colui che spende il nome altrui non è gestore, pur esistendo i requisiti esterni della gestione, assenza e utilità; ad esempio, nessuno vorrà dire che il soggetto che agisce in buona fede in base a procura nulla soggiaccia alle obbligazioni della gestione, sol perchè il *dominus* dopo aver rilasciato la procura è partito. E se in questo caso — sia pure solamente in esso — la soluzione è sicura, si deve riconoscere che la distinzione in esame è corretta, anzi necessaria.

Normalmente questo aspetto della questione — distinzione tra « utile gestione rappresentativa » e « utile rappresentanza » — sembra trascurato dalla dottrina ⁽¹²⁾. E probabilmente, alla base di questo atteggiamento, vi è la convinzione, purtroppo non sempre corrispondente al vero, che il requisito dell'« utilità » risolva in senso favorevole all'interesse del *dominus* ogni possibile contrasto di interessi. Si ragiona così: finchè l'atto realizzato dal gestore conviene al *dominus*, non vi è ragione di negare la sua efficacia; e, ove quel presupposto venga meno, il ge-

identificare questo requisito con la *contemplatio domini* in tutti i casi di gestione: cfr. ad es. COGLIOLO, *Trattato teorico pratico ecc.*, cit., p. 257 ss. Ma si può osservare con il PACCHIONI, *Della gestione*, cit., p. 306 ss. (ed ivi bibliografia) che in tal modo si viene a postulare la *contemplatio domini* come requisito essenziale della gestione, e non vi è chi non veda che tale opinione è insostenibile di fronte alla chiara formulazione dell'art. 2031 c.c.

(12) La distinzione sembra trascurata, ad esempio, dal PACCHIONI, *Della gestione*, cit., p. 396 ss., allorchè afferma che l'*utiliter coeptum* la procura e la ratifica sono fonti di rappresentanza. L'identico rilievo nella dottrina moderna può essere formulato contro il BIONDI, *Gestione rappresentativa*, cit., p. 101, il quale afferma senz'altro che il solo requisito dell'utilità iniziale vale a conferire la rappresentanza. Ben si comprende contro queste formulazioni la critica di G. STOLFI, *In tema di poteri del gestore di affari*, in *Foro It.* 1948, I, c. 20; egli osserva che il potere di disposizione è attribuito o al titolare del diritto o al suo rappresentante, e che questa regola non si può derogare sol perchè l'alienazione è utile economicamente.

store si sarà comportato come *falsus procurator*. L'argomento sarebbe abbastanza convincente se realmente l'«utilità» avesse la funzione che le si attribuisce. Purtroppo, vi è tutto il problema del rischio di una operazione economica che sfugge ad una valutazione preventiva, senza trovare alcuna soluzione negli schemi della utile gestione.

In ogni modo, il problema è di diritto positivo. È su questo piano che si può constatare la impermeabilità della disciplina della rappresentanza all'applicazione di regole e di presupposti che sono propri della gestione. Infatti, secondo le comuni regole dell'interpretazione, la integrazione di una disciplina legislativa è possibile solamente allorchè il legislatore non sia intervenuto con una regolamentazione esplicita. L'applicazione delle regole della gestione alla rappresentanza è quindi subordinata al fatto che realmente l'accertamento della utilità degli atti compiuti dal *falsus procurator* non sia stato previsto *in sede materiae* dal legislatore. Ma ciò non sembra: si può infatti dire che il legislatore ha esplicitamente previsto questo accertamento, ma lo ha affidato esclusivamente al *dominus*, che può sanare mediante ratifica la situazione di pendenza del negozio (art. 1398 c.c.). E se questa è la reale situazione normativa, si può ritenere possibile l'applicazione dell'art. 2031? In tal modo, questa norma verrebbe non tanto a colmare una lacuna, ma addirittura a derogare alla normale disciplina, determinando una inammissibile duplicità di regolamento ⁽¹³⁾.

(13) Nè vale replicare che la situazione di fatto a cui sarebbe applicabile la disciplina della rappresentanza non può mai corrispondere con quella della gestione, poichè l'una presuppone l'assenza del *dominus* e l'altra la sua presenza. Questo argomento non resiste sul piano esegetico, poichè il legislatore ha concesso al terzo contraente la facoltà di interrompere l'*absentia* del *dominus*, invitandolo a pronunciarsi sulla ratifica entro un certo termine (art. 1399 III c.): ad esempio non vi è ragione di escludere che un detenuto sia in grado di ratificare, pur essendo per altro verso la detenzione una di quelle situazioni che giustificano l'intervento del terzo ai sensi dell'art. 2028, come ha deciso la Cass. 23 maggio 1953, in *Foro It. Rep.*, v. «Gestione di affari», n. 1. In realtà, anche a voler intendere per *absentia* la impossibilità — peraltro relativa — da parte del *dominus* o del suo procuratore

Naturalmente, essere giunti alla conclusione di dover escludere la nozione di utile rappresentanza, non pregiudica affatto il problema della gestione rappresentativa, che continua a sussistere identico: è la stessa diversità dei problemi a costituire la migliore garanzia per l'autonomia delle soluzioni.

4. In adesione alle premesse svolte, occorre valutare la idoneità delle regole dettate dal legislatore in materia di rappresentanza a risolvere i possibili conflitti di interessi che nascono dall'attività svolta in nome dell'assente.

Il punto di maggiore sensibilità è stato individuato dalla dottrina nella natura della responsabilità del gestore nei confronti del terzo contraente⁽¹⁴⁾. Ed il fenomeno è di facile comprensione: infatti, finchè si suppone utile la gestione, non crea molte difficoltà il riferire a questo istituto le regole della rappresentanza indiretta o quelle della rappresentanza diretta; per vie diverse si giunge allo stesso risultato.

Ma allorchè l'utilità vien meno, quella diversità che prima era del mezzo diventa addirittura diversità di effetti: infatti il terzo sarebbe diversamente tutelato a seconda che il gestore abbia agito in nome altrui (art. 1398 c.c.) oppure in nome proprio (art. 1711 c.c.). Per tal via diventa evidente che non più di una gestione unitaria dovrebbe parlarsi, ma di due gestioni distinte.

di curare personalmente l'affare (così Cass. 24 luglio 1954, in *Foro It. Rep.* 1954, v. « Gestione di affari », n. 10; e sostanzialmente conformi già Cass. 18 marzo 1949, in *Foro It. Rep.* 1949, v. *cit.*, n. 4, e poi Cass. 15 giugno 1955, *loc. cit.* 1956, n. 1), non si deve dimenticare che tale impossibilità si riferisce alla gestione diretta, e non alla sua successiva ratifica. È pur vero che talvolta, ad esempio nell'assenza assoluta, lo stato di impossibilità continua fino al momento in cui dovrebbe intervenire ratifica; ma, poichè secondo l'unanime dottrina e giurisprudenza la legge non distingue tra le diverse forme di assenza e — si aggiunge — le valuta tutte solo nel momento iniziale della gestione, la difficoltà prospettata nel testo sussiste ineliminabile: vi è pur sempre una coincidenza, sia pure parziale, di presupposti, e quindi una sovrapposizione di discipline.

⁽¹⁴⁾ Cfr. BALBI, *Negozio gestorio non utile e negozio rappresentativo senza procura*, cit., p. 1 ss., in particolare p. 9 ss.

Ma lasciando da parte questo aspetto del problema, già accennato precedentemente, si possono porre in luce altri validi motivi per dubitare della possibilità di applicare alla gestione la regola prevista nell'art. 1398 c.c.

Si deve in primo luogo tener presente che ogni singola norma non vive isolata nell'ambito di un istituto giuridico, ma tutte le norme ivi comprese si pongono in una unità organica, trovando l'una nell'altra, reciprocamente, i propri limiti e le proprie dimensioni. Ad esempio, allorchè si legge all'art. 1398 c.c. che il terzo ha diritto al risarcimento dei danni sofferti *senza sua colpa* nella validità del contratto, non si deve dimenticare ciò che dispone l'art. 1393, che attribuisce al terzo il diritto di chiedere la giustificazione dei poteri del rappresentante ⁽¹⁵⁾.

Basta por mente a questo rilievo per comprendere che ad evitare una alterazione del contenuto normativo dell'art. 1398 allorchè se ne postula l'applicazione in materia di gestione, è necessario che il terzo, ad esonero di ogni colpa, valuti volta a volta l'utilità della gestione, onde verificare l'esistenza dei poteri del gestore. Ma, a ben riflettere, questa conclusione non è accettabile: se ben si può accollare al gestore l'onere di valutare la situazione in cui volontariamente interviene, non vi è una ragione altrettanto valida per imporre la stessa scrupolosa attenzione al terzo, soggetto assolutamente estraneo a quella situazione. Il risultato ultimo di questo modo di impostare il problema sarebbe questo: il terzo, per poter essere certo della efficacia giuridica della sua attività, dovrebbe controllare che il con-

(15) Se il terzo trascurava la lettura dell'intero documento, deve subire senza proteste l'eventuale mancanza del potere rappresentativo, sicchè, ove l'atto non sia ratificato dal *dominus*, non ha nemmeno azione contro il rappresentante per il ristoro dei danni sofferti: così testualmente, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, p. 194. La giurisprudenza ha accolto sostanzialmente il principio, sia pure limitandolo e correggendolo con le particolari circostanze di fatto in cui il *falsus procurator* opera: cfr. App. Palermo 17 maggio 1948, in *Rassegna di Giurisprudenza sul Codice civile*, diretta da Nicolò, Milano 1956.

tratto stipulato sia « utile » alla controparte, e non a se stesso ⁽¹⁶⁾.

Ancor più grave diventa la situazione del terzo se si pensa alla difficoltà pratica di accertare l'utilità della gestione. La dottrina ha creduto di ravvisare dei casi in cui questa valutazione, e la sua possibilità, sfugge allo stesso gestore: questa sarebbe l'ipotesi di una *prohibitio domini* ignorata senza colpa dal gestore stesso ⁽¹⁷⁾. In questo caso, dovremmo giungere alla conclusione che, poichè non esiste *culpa in contrahendo*, il terzo non avrebbe diritto al risarcimento dei danni nè positivi nè negativi. È evidente che accogliere queste proposizioni significa anche svuotare l'istituto della gestione di ogni concreto contenuto.

Queste difficoltà — lo si è già detto — son già state avvertite: ed a guisa di soluzione si è sostenuto che, pur essendovi rappresentanza nel caso che vi sia *utiliter coeptum*, l'attività svolta vincoli il gestore personalmente nel caso che il *dominus* possa rifiutare, a norma dell'art. 2031 c.c., l'adempimento delle obbligazioni assunte dal gestore ⁽¹⁸⁾: in tal modo si unirebbero i vantaggi della rappresentanza diretta con i vantaggi della rappresentanza indiretta. Ma questa soluzione, almeno nei termini in cui è stata prospettata, non offre elementi sufficienti di tranquillità, poichè in essa verrebbe a rompersi a vantaggio del terzo l'equilibrio creato dal legislatore nell'ambito di situazioni diverse.

⁽¹⁶⁾ Sarebbe questo il caso della « *negotiorum gestio* » del terzo contraente, caso di grande valore storico per il fatto che attraverso tale ipotesi sia stato costituito per la prima volta un rapporto diretto tra *dominus* e terzo: PACCHIONI, *La « negotiorum gestio » del terzo contraente*, in appendice alla traduzione delle *Obbligazioni* di SAVIGNY, cit., II, p. 425 ss. Ma al suo valore storico non corrisponde un adeguato valore pratico, come rileva BALBI, *Negozio gestorio non utile*, cit., p. 19 s. Ed in ogni modo è da escludersi che il terzo contraente con il gestore debba sempre comportarsi come gestore.

⁽¹⁷⁾ Secondo CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova 1956, p. 230, la ignoranza del reale volere del *dominus* non esclude l'*utiliter coeptum*, allorchè non vi sia colpa da parte del gestore. Ma di diverso avviso era WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., II, 2, p. 273.

⁽¹⁸⁾ Così BALBI, *Negozio gestorio non utile*, cit., p. 22.

Il rilievo da farsi è di ordine metodologico: non si possono desumere dal caso patologico — inutilità della gestione — i veri poteri del gestore, ma al contrario occorre prima identificare la situazione giuridica che qualifica la sua attività. In altre parole, occorre in primo luogo superare il problema della natura giuridica della gestione, per poterne poi seguire le molteplici conseguenze.

5. Nell'atto di gestione, così come nella rappresentanza, esistono tre soggetti: il *dominus*, colui che agisce nel nome del *dominus* e il terzo. Ma questa considerazione non è sufficiente a far coincidere le due figure della gestione e della rappresentanza. Per giungere a questo risultato occorrerebbe anche dimostrare che la posizione dei tre soggetti nei confronti degli effetti realizzati dall'atto concluso in nome altrui sia identica nell'uno e nell'altro caso: ed è proprio su questo punto che si può inserire qualche dubbio.

È opportuno precisare i termini della questione. In ipotesi si ignora quale sia il concreto atteggiamento del rapporto giuridico creato dal gestore di affari: si sa solamente che questo rapporto esiste. Si conosce invece il modo in cui vive il rapporto creato dal rappresentante, e resta quindi la possibilità di esaminare l'applicazione di questi principi in materia di gestione, usando come criterio di giudizio la loro idoneità a risolvere i problemi che nascono dall'assenza del *dominus*.

In materia di rappresentanza, il soggetto che agisce in nome altrui assume la qualità di terzo nei confronti del rapporto creato in nome del rappresentato ⁽¹⁹⁾. Il fatto stesso che gli ef-

(19) Con questa affermazione non si vuole aderire alla formulazione del DE MARTINI, *Vizi di validità degli atti compiuti in nome o in sostituzione di altri*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.* 1949, 2, p. 437 ss., secondo cui sarebbe il rappresentato il vero autore del negozio (p. 441), ma si vuol solo dire che « gli effetti del negozio concluso in rappresentanza si producono direttamente in capo all'interessato, con esclusione di qualsiasi conseguenza, anche intermedia o provvisoria, per il rappresentante »: così testualmente BETTI, *Teoria generale del negozio giuri-*

fetti dell'atto stipulato dal rappresentante si riferiscono direttamente al *dominus* sembra una ragione valida per escludere la personale partecipazione del rappresentante stesso alle vicende di quel rapporto. Ed infatti è la stessa legge a limitare la responsabilità di questo soggetto al solo caso in cui egli abbia fatto nascere affidamento sulla esistenza del potere di rappresentanza, e cioè al caso in cui rappresentanza non vi sia (art. 1398 c.c.). La conseguenza logica di questa impostazione del problema è che il terzo non può rivolgersi al rappresentante allorchè per una ragione o per l'altra il rappresentato non voglia dare esecuzione agli impegni assunti da un altro soggetto a suo nome.

Ma può realmente dirsi che anche il gestore possa proclamarsi estraneo a tutti gli effetti nei confronti del rapporto da lui stesso posso in essere?

Il problema è da valutarsi in relazione alla particolare posizione che il gestore stesso assume nei confronti dell'atto di gestione. Infatti, non bisogna perdere di vista che la situazione concreta in cui si inizia la gestione è qualificata dall'assenza del *dominus*, talchè un atteggiamento del gestore che prescindendo dalla sua personale partecipazione alle vicende del rapporto sarebbe privo di senso. In altre parole gli effetti dell'atto di gestione nascono proprio allo scopo di essere realizzati dal gestore stesso.

Nè vale obiettare che questo atteggiamento della volontà del gestore, pur essendo normale, non è però necessario. Naturalmente non si può escludere la possibilità di un'attività di gestione iniziata con il convincimento — magari erroneo — di un pronto ritorno del *dominus*. Ma è facile rilevare che neppure in questo caso la soluzione potrebbe essere diversa. Infatti, sia che il gestore abbia agito in nome proprio sia che abbia speso il nome altrui, la soluzione deve tener conto di una circostanza in ogni caso identica: il terzo contraente non si può rivolgere al *domi-*

dico, cit., p. 578. In questi termini, il principio può essere formulato con tutta tranquillità.

nus per l'esecuzione del rapporto per il semplice fatto che egli è assente. Da ciò discende con sufficiente sicurezza che l'unica persona a cui il terzo può chiedere la realizzazione del suo diritto è lo stesso gestore. Si può dunque dire che la partecipazione del gestore alle vicende del rapporto obbligatorio da lui stesso creato assume carattere di necessità, anche nel caso in cui l'obbligazione sia stata contratta in nome altrui.

6. In fondo è la stessa lettera della legge a confortare questa interpretazione: infatti a norma dell'art. 2028 c.c. è a carico di chi abbia assunto volontariamente la gestione dell'affare altrui «l'obbligo di continuarla e di condurla a termine finchè l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso». Lo stesso legislatore, dunque, vuole che il rapporto si esaurisca nella signoria del gestore.

È pur vero che l'art. 2028, allorchè pone a carico del gestore l'obbligo di continuare l'attività iniziata, non precisa se questo obbligo sussista nei confronti del *dominus* oppure del terzo. La difficoltà che ne nasce può essere formulata in questi termini: se realmente il gestore fosse obbligato solo nei confronti del *dominus*, non sarebbe possibile — almeno a prima vista — utilizzare l'art. 2028 c.c. per valutare i rapporti tra gestore e terzo.

Effettivamente, si deve riconoscere che l'art. 2028 c.c. si giustifica soprattutto in relazione all'interesse del *dominus*. Il rilievo assume la massima evidenza nel caso in cui l'attività di gestione sia meramente materiale, poichè qui un interesse del terzo non viene o può non venire in considerazione. Ad esempio, chi abbia iniziato — sia pure *inutiliter* — la coltivazione di un fondo di proprietà dell'assente, non può abbandonare la coltivazione a metà, ma è obbligato a condurla a termine⁽²⁰⁾: ed

(20) Sul fatto che l'obbligo di continuare non è subordinato al requisito dell'*utiliter coeptum*, v. più avanti in specie nota 46. Per ora, sia sufficiente la formulazione letterale dell'art. 2028 c.c.

evidentemente, se un interesse privato in questo caso esiste, non può essere che del proprietario del fondo.

Ma l'esempio fatto non può ritenersi decisivo per risolvere il problema prospettato: finchè non viene in rilievo un interesse del terzo, non è possibile individuare la funzione che la norma contenuta nell'art. 2028 c.c. svolge nei suoi confronti. Si supponga perciò che durante la coltivazione del fondo abbandonato il gestore stipuli un contratto, ad esempio per l'acquisto di semi. Anche in questo caso il significato dell'art. 2028 c.c. è abbastanza chiaro: egli avrà egualmente il dovere di continuare la gestione e quindi nel caso di specie dovrà pagare il prezzo, ritirare il bene acquistato, e quindi impiegarlo nella terra incolta, del *dominus*, realizzando così i diritti ed adempiendo gli obblighi che derivano dal contratto. Ma, evidentemente, l'esecuzione del contratto presuppone la sua efficacia: giuridicamente, non è concepibile l'esecuzione di un obbligo inesistente, e d'altro canto un obbligo non può derivare da contratto inefficace.

Si tocca così il punto centrale di questo discorso. L'essenziale, nei confronti del terzo, è l'efficacia del negozio: è solo in questi limiti che l'interesse di questo soggetto trova le ragioni della sua tutela, e non vi sarebbe motivo alcuno per estenderla oltre. È poi indifferente che tale efficacia si giustifichi in ragione dell'interesse del *dominus*: vera o falsa che sia questa affermazione, essa riguarda un momento precedente alla tutela del terzo, possibile solo nei limiti degli effetti negoziali. L'adempimento, magari, sarà dovuto anche nei confronti del *dominus*: ma ciò non esclude, anzi presuppone che l'obbligo a cui l'adempimento si riferisce sia già esistente.

Ed una volta giunti a questa conclusione, si deve anche credere che il gestore, dopo aver creato il rapporto giuridico, è pure tenuto a tradurre in termini reali quell'efficacia. Altrimenti, la esistenza giuridica del rapporto nato dalla gestione diventa una mera affermazione teorica del legislatore, priva di ogni giustificazione.

7. Queste considerazioni trovano conforto anche sul piano della critica storica. A chiarimento di questo aspetto del problema si rilegga l'art. 1141 c.c. 1865; in quella norma non solo era posto a carico del gestore l'obbligo di continuare l'attività iniziata, ma era specificato anche il contenuto di questo obbligo: « il gestore deve altresì soggiacere a tutte le conseguenze del medesimo affare... ».

La norma non costituisce la cattiva formulazione di un vago principio della responsabilità, ma ad un più attento esame rivela un preciso valore normativo. Si osservi in primo luogo che ivi non si fa questione degli effetti della gestione, ma delle conseguenze dell'affare che è oggetto della gestione: appare quindi chiaro che in quella norma non erano regolati i rapporti del gestore con il *dominus*, ma con gli eventuali terzi interessati all'affare. In secondo luogo, si può escludere che parlando delle conseguenze dell'affare il gestore intendesse far riferimento alle conseguenze materiali: questo tipo di effetti son subiti solo dal patrimonio del *dominus*, e ciò è implicito nella stessa nozione di gestione. Ad esempio, se il gestore conclude un contratto di appalto per la riparazione dell'edificio dell'assente, sarà il proprietario o, per meglio dire, la sua proprietà a subire le conseguenze materiali dell'affare. In questo caso, dire che il gestore deve soggiacere a tutte le conseguenze, può significare solo che nei confronti di questo soggetto avviene l'imputazione degli effetti giuridici del contratto. Da questo esempio risulta che a norma dell'art. 1141 c.c. 1865 i negozi giuridici posti in essere dal gestore costituiscono il regolamento dei rapporti tra gestore e terzo ⁽²¹⁾.

In sostanza, la formula usata in quella norma era analoga a quella che ancor oggi ritroviamo nell'art. 1711 c.c.: « l'atto che esorbita dal mandato *resta a carico del mandatario* ». E che in realtà queste terminologie abbiano in comune più di quanto possa sembrare a prima vista, risulta dal confronto dell'art. 1141

(21) Così BALBI, *Negozi gestorio non utile*, cit., p. 23.

c.c. 1865 con la corrispondente norma francese, l'art. 1372 c. Nap., con cui la prima norma è in rapporto di evidente derivazione: secondo il diritto positivo francese il gestore « doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire ». L'affinità, sia pure terminologica, è evidente.

Oltre tutto, questo esame dei precedenti legislativi dimostra l'esistenza di una continuità storica in cui sarebbe veramente difficile inserire le norme sulla rappresentanza.

Nè si può trarre argomento dal fatto che la norma è scomparsa nella formulazione del codice vigente. Di questa variazione non resta traccia nè nei lavori preparatori nè nella relazione del Guardasigilli: ed il rilievo ha un chiaro significato, poichè permette di fissare la presunzione della permanenza di quella continuità storica prima indicata. Tanto più questa soluzione sembra probabile se si osserva che la frase è stata eliminata per la prima volta non nel codice 1942, — testo che reca l'impronta della legislazione tedesca ove quella norma non appare — ma molto prima, nel progetto italo-francese del 1927, senza più comparire nè nelle identiche norme del progetto del 1936, nè più tardi nel progetto ministeriale del 1942: in nessuno di questi testi e dei lavori che li precedettero vi è una sia pur minima traccia di un *animus novandi* da parte del legislatore.

8. In conclusione, si può dire che nei confronti del terzo il gestore assume la posizione giuridica del *dominus*, sostituendolo nell'esercizio dei suoi diritti e dei suoi obblighi. Si pone così in luce una delle differenze fondamentali tra gestione e rappresentanza. A voler puntualizzare questa differenza utilizzando classificazioni già acquisite nella letteratura giuridica, si può dire che nella gestione non vi è « rappresentanza », ma « sostituzione » ⁽²²⁾. Infatti, mentre il rappresentante opera accanto al

⁽²²⁾ Naturalmente qui non si intende far riferimento a quella nozione di « sostituzione » che esprime una categoria più vasta della rappresentanza, in un rapporto di genere a specie (cfr. su questa nozione SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*

dominus, il gestore agisce in luogo del titolare del diritto sostituendolo nelle sue attività: nè potrebbe agire diversamente — si è detto — per il fatto stesso che il *dominus* è assente, e quindi si trova nella impossibilità materiale di esercitare il proprio diritto.

Naturalmente, questa classificazione dell'attività di gestione non esaurisce ancora il problema, ma solamente ne pone le premesse. Invero, la dottrina, se è giunta ad isolare la sostituzione dalla rappresentanza, non è invece riuscita a tracciare un nucleo di regole comuni a tutte le attività di sostituzione: talchè, classificando la gestione tra queste attività, la si viene ad identificare ancora in modo negativo, come non-rappresentanza.

È opportuno però soffermarci brevemente sulla opportunità della classificazione or ora accennata. La dottrina finora ha parlato di sostituzione in quegli istituti noti anche come « uffici privati »⁽²³⁾. Ora, dire che il gestore sia titolare di un ufficio privato allo stesso modo come lo è l'esecutore testamentario oppure il curatore della vendita forzata, sarebbe questa una affermazione molto discutibile. Ma vi è una figura, tra quelle già

generali, cit., p. 241), ma si intende invece richiamare — sia pure dandole un significato eventualmente diverso — quella dottrina che ha visto i due termini, sostituzione e rappresentanza, in contrapposizione: cfr. HEINEMANN, *Die Formen der Rechtsausübungen*, in *Jherings Jahrbücher* 1931, p. 376, nota 7; PUGLIATTI, *Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1933, I, p. 430 ss.; DE MARTINI, *Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallimento e ai creditori*, *ibid.* 1946, II, p. 95, e da ultimo, RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano 1957, p. 74 ss.

(23) La nozione di ufficio privato, proposta nella letteratura italiana dal MESSINEO, *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, Padova 1931, p. 74 ss., è molto controversa: cfr. CONTURSI-LISI, *L'esecutore testamentario*, Padova 1950, p. 74 ss.; CICU, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1951, p. 190 ss.; e da ultimo CANDIAN, *Del c.d. ufficio privato e in particolare dell'esecutore testamentario*, in *Scritti giuridici in onore della CEDAM*, Padova 1953, I, 211 ss. Ma queste controversie non interessano in modo immediato il nostro tema, poichè la nozione di ufficio privato costituisce in fondo la versione meno facilmente utilizzabile del concetto di sostituzione, talchè la sua negazione non è di alcun danno ai limitati fini qui proposti. Sui rapporti tra la nozione di « ufficio privato » e quella di « sostituzione »: cfr. CONTURSI-LISI, *L'esecutore*, cit., p. 113.

classificate dalla dottrina, che presenta delle analogie con quella del gestore: ed è il curatore del patrimonio dell'assente. Anche qui la ragione dell'intervento del terzo è costituita dalla necessità di gestire gli affari di un soggetto che si trova nella impossibilità materiale di provvedervi da se stesso: solo che qui vi è l'intervento dello Stato che immette un soggetto nella amministrazione dei beni.

Per vedere le possibili analogie tra le due figure del gestore e del curatore occorre rilevare che la nomina del curatore non può essere fatta se esiste un rappresentante volontario (art. 48 c.c.): da questa norma si deduce che l'attività svolta dal curatore si pone in posizione alternativa rispetto a quella del rappresentante. Ora, si pensi al caso di un soggetto che volontariamente intervenga nella situazione giuridica dello scomparso prima che vi sia stata la nomina del curatore: in questo caso, il gestore svolge una funzione uguale a quella del rappresentante volontario, oppure a quella del curatore?

Una risposta veramente rigorosa al quesito è forse impossibile: e questo ben si comprende ove si rifletta che la situazione in cui opera il gestore presenta normalmente tale tipicità da non poter essere confusa con altre. Ma una volta espressa questa riserva, una risposta può anche essere data: ed allora sembra decisivo che, se una somiglianza sia pur vaga sussiste tra la situazione giuridica dell'assente e quella dello scomparso, non vi è invece nulla in comune tra chi non interviene nella amministrazione di un proprio affare e chi invece vi interviene sia pure indirettamente per mezzo del rappresentante. Sembra quindi possibile avvicinare la figura del gestore più a quella del curatore che a quella del rappresentante.

Questa soluzione appare tanto più credibile se si ricorda che la dottrina contemporanea pone a fondamento dell'istituto della gestione un interesse sociale, non meramente privato: talchè sembra possibile, anche da questo punto di vista, avvicina-

nare problematiche finora distinte in una sostanziale unità di ispirazione ⁽²⁴⁾.

9. È necessario però, abbandonare le ampie visioni sistematiche, troppo fertili di facili suggestioni, per ritornare ai concreti problemi normativi che lo studio della gestione propone.

Finora, si è detto che, a norma dell'art. 2028 c.c., l'amministrazione volontaria di un affare altrui deve esser proseguita finchè l'interessato non possa adempiervi; e quindi, se nel corso di quella amministrazione il gestore è entrato in contatto con terzi, egli è tenuto *ex lege* alla prosecuzione di quel rapporto, fino alla sua estinzione.

I rilievi svolti contengono già tutti gli elementi per una esatta impostazione del problema della responsabilità del gestore. Infatti, si consideri il caso in cui l'adempimento del vincolo contrattuale debba aver luogo in un momento in cui l'*absentia domini* continua: ora, se è vero che secondo la volontà del legislatore il vincolo contrattuale grava durante questo periodo di tempo sul gestore, deve anche esser vero che questo soggetto sarà responsabile nei confronti del terzo di vero e proprio inadempimento. D'altro canto, questa soluzione ha i suoi fondamenti non solo nella logica dell'istituto, ma anche nei principi generali del diritto. Infatti, mancherebbe la condizione essenziale per attribuire al terzo il diritto al risarcimento dei c.d. danni negativi: secondo il comune insegnamento della dottrina, questa particolare forma di responsabilità si giustifica solo in funzione della nullità o della inefficacia assoluta del rapporto

⁽²⁴⁾ In sostanza, si tratta di vedere se la controversia relativa al c.d. ufficio privato — fino a che punto l'interesse privato ceda all'interesse pubblico come centro propulsore dell'istituto — sia sostanzialmente diversa dall'altra, vista in tema di gestione sotto il profilo dell'*utiliter coeptum*. Un esempio: la soluzione prospettata dal BARBERO, *Sistema*, cit., p. 714, secondo il quale non va confusa la convenienza sociale che giustifica l'istituto con l'interesse del *dominus* che giustifica il concreto intervento del gestore, potrebbe risolvere in fondo quella dualità di interessi — privato e pubblico — ravvisata dal CANDIAN, *Del c.d. ufficio privato*, cit., p. 213.

contrattuale⁽²⁵⁾, e quindi mancherebbe, secondo ciò che si è finora detto, ogni motivo per applicare la regola all'attività del gestore⁽²⁶⁾.

Nè vale replicare che, se anche questo soggetto è tenuto all'adempimento, egli vi è tenuto come gestore, e non in proprio. Si può senz'altro concedere ciò, ma in tal modo il problema non è affatto risolto poichè resta ancora da stabilire quale sia l'esatto significato normativo dell'assunzione della qualità di gestore. Ed al chiarimento di questo significato convergono tutti i rilievi svolti.

Si concentri l'attenzione al momento, già indicato, in cui la gestione deve ancora continuare⁽²⁷⁾. È improbabile che per questo periodo di tempo il legislatore abbia voluto adottare una duplice soluzione del problema della responsabilità del gestore, a seconda che vi sia o manchi l'utilità: questo requisito, evi-

(25) Cfr. HUPKA, *Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht*, Leipzig, 1903, p. 149 ss.; la dottrina non ha dubbi nel ritenere che la responsabilità del rappresentante senza potere (art. 1398) sia fondata su una *culpa in contrahendo*: cfr. DE MARTINI, *Invalità del contratto del falsus procurator e interesse contrattuale negativo*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1949, I, p. 295 ss. Inconferente è il problema della natura contrattuale o extracontrattuale della *culpa in contrahendo*, poichè in ogni caso l'obbligo violato è diverso dall'effetto definitivo del contratto: CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, p. 470 ss.

(26) Infatti, se è vero che l'efficacia del negozio concluso dal gestore riposa sull'obbligo di continuare la gestione, deve anche esser vero che il negozio sarà in ogni caso efficace, manchi o vi sia l'*utiliter coeptum*: infatti, la norma che pone quest'obbligo, l'art. 2028 c.c., non fa parola di questo requisito. Su questo punto, si fa ancora un altro rinvio, alla nota 46.

(27) La limitazione del problema al particolare momento indicato nel testo si giustifica con la considerazione che per maggior chiarezza è opportuno prescindere dall'applicazione dell'art. 2031 e del suo effetto. Si osservi, però, che, una volta risolto il problema della responsabilità del gestore prima dell'intervento del *dominus*, non si vede come tale soluzione possa cambiare successivamente. Al massimo si può ritenere che, non verificandosi l'effetto previsto nell'art. 2031, la situazione resti identica a quella precedente, restando così gravato il gestore di responsabilità contrattuale. È impensabile, infatti, che il rapporto si contragga, quasi colpito da invalidità successiva: per una critica di questa dottrina, sostenuta nel secolo scorso dal LABBÉ, cfr. BALBI, *Negozio gestorio non utile*, ecc., cit., p. 9 ed ivi bibliografia.

dentemente posto nell'interesse del *dominus*, verrebbe a condizionare i rapporti tra gestore e terzo. In ogni modo, se è ben possibile che il titolare del rapporto amministrato si sottragga all'adempimento invocando l'inutilità della gestione, sarebbe invece difficile trovare adeguata giustificazione per il gestore che rifiutasse l'esecuzione del rapporto da lui stesso creato, adducendo la propria imprudenza nell'iniziare la gestione. Accettare per buona questa pretesa costituirebbe un grave attentato al principio dell'autoresponsabilità, che pur si ritiene vivo ed operante nel nostro diritto ⁽²⁸⁾.

D'altro canto, dall'accettazione delle regole della rappresentanza il minor danno per il terzo contraente deriverebbe sempre nel caso che l'utilità iniziale non vi sia: egli otterrà pur sempre il risarcimento dei danni negativi, e per tal via riuscirà ancora ad ottenere il riconoscimento dei propri diritti, sia pure in modo e misura diversi. Ma il pregiudizio — sempre secondo le regole della rappresentanza — sarebbe maggiore nel caso in cui il negozio concluso dal gestore sia direttamente efficace nei confronti del *dominus*: se fosse vero che il gestore non è obbligato verso il terzo a continuare la gestione nè è impegnato personalmente al rapporto contrattuale, se ne dovrebbe dedurre che il terzo non ha alcun rimedio contro il gestore che abbandoni la sua attività in favore del *dominus*; e quindi egli non potrebbe ottenere il risarcimento dei danni per inadempimento fin quando il *dominus* non abbia interrotta la sua assenza, ed anche allora potrà ottenere la reintegrazione del suo diritto solo dimostrando la colpa del *dominus*, che in via presuntiva è da

(28) Si osservi che nella rappresentanza senza potere vi è a fondamento della responsabilità una situazione obiettiva, insuscettibile di valutazioni diverse, e quindi tale da non prestarsi ad abusi. È notevole, da questo punto di vista, la decisione dell'App. Caltanissetta 26 febbraio 1953, in *Foro it.* 1954, I, c. 98 ss. ove, sia pure partendo dalla distinzione tra gestione utile e necessaria, si afferma che un atto di gestione (nella specie locazione di immobile) vincola il patrimonio del *dominus* fin quando intervenga un atto di volontà contrario dello stesso *dominus*.

escludersi per la stessa ignoranza da parte di questo soggetto delle obbligazioni assunte in nome di lui dal gestore.

Per sfuggire a queste conseguenze si deve tornare al concetto fondamentale finora posto in luce: nei confronti del terzo il gestore assume la stessa posizione giuridica del *dominus*, sia nell'adempimento degli obblighi e sia nel risarcimento dei danni conseguenti al non adempimento.

Naturalmente, affermare la responsabilità del gestore non vuol dire che costui debba subire in modo definitivo gli effetti della gestione. Non bisogna dimenticare che vi è una particolare norma, l'art. 2031 c.c., che pone a carico del *dominus* l'obbligo di rimborsare le spese. Resta poi il problema di vedere fino a che punto siano reversibili sul *dominus* le conseguenze di un adempimento: ma questa difficoltà dovrà valutarsi in relazione alla diligenza usata dal gestore nella esecuzione delle sue funzioni, a norma dell'art. 2030 c.c. In ogni caso, però, il problema riguarda i rapporti tra i due soggetti interessati, e non il terzo.

10. Una avvertenza. Non bisogna confondere il problema della responsabilità del gestore con altri problemi che possono nascere in materia di gestione. Chi dalla natura di tale responsabilità volesse trarre la conseguenza che il gestore assume la figura del mandatario senza rappresentanza anche allorchè spende il nome altrui, ragionerebbe sempre nei termini della rigida alternativa: rappresentanza diretta - rappresentanza indiretta. In sostanza il suo ragionamento andrebbe così ricostruito: poichè il gestore non è rappresentante diretto, necessariamente deve essere rappresentante indiretto.

Ma il vero è che l'argomento prospettato ha un contenuto meramente negativo, talchè può esser considerato sufficiente per escludere nel gestore la veste di rappresentante diretto, ma non vale di per sè ad attribuirgli la qualifica di rappresentante indiretto.

Anche questo problema, ben s'intende, è di diritto positivo,

e quindi la sua soluzione dipende da un'esatta valutazione dell'effetto previsto nell'art. 2031 c.c. Se realmente la soluzione legislativamente prevista implicasse per il gestore la qualifica di rappresentante indiretto, si dovrebbe anche constatare che l'effetto ivi stabilito sia un rapporto tra il gestore e il *dominus*, uguale e contrario a quello tra gestore e terzo.

Ma così non è. L'art. 2031 c.c. stabilisce che l'interessato « deve adempiere le obbligazioni che il gestore ha assunte in nome di lui ». Ora, non sembra che questa formula valga a designare un nuovo rapporto obbligatorio tra gestore e *dominus*. Infatti, dall'espressione letterale adottata dal nostro legislatore, si deduce in primo luogo che l'obbligazione che viene a gravare sul *dominus* dopo l'interruzione della sua assenza, non è una obbligazione nuova, ma è la stessa che il gestore doveva personalmente adempiere prima di quel momento. Ed in secondo luogo risulta che il soggetto attivo di quella obbligazione è direttamente il terzo, e non il gestore: di ciò si può trarre fermo convincimento comparando la formulazione usata nel caso di obbligazioni assunte in nome altrui e l'altra, molto più oscura, usata per le obbligazioni assunte dal gestore in nome proprio ⁽²⁹⁾.

Già da questi rilievi esegetici appare chiaro che il meccanismo della gestione si distingue nettamente da quello della rappresentanza, sia diretta che indiretta. Tutt'al più, si potrebbe dire che la soluzione adottata dal legislatore nell'art. 2031 c.c. si pone nel giusto mezzo tra il fenomeno della rappresentanza indiretta, ove il rapporto esterno si ripropone in modo nuovo ed autonomo nei rapporti interni, e la rappresentanza diretta, che prevede la nascita del rapporto direttamente in testa al *dominus*: qui invece vi è una « successione » dei due soggetti nel-

⁽²⁹⁾ Già il RESCIGNO, *L'accollo ex lege*, in *Banca, Borsa e titoli di credito* 1954, I, p. 258 configura come accollo (semplice) l'effetto previsto nell'art. 2031 c.c. per l'obbligazione contratta in nome proprio dal gestore; tuttavia questo A. aderisce alla teoria della rappresentanza per quanto riguarda il caso della *contemptio domini* da parte del gestore. Un accenno all'accollo è fatto fuggevolmente dal MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato*, Napoli 1955, p. 256, ove però il termine è forse usato più nel suo significato economico che strettamente tecnico.

l'ambito dello stesso rapporto. Nè questa soluzione appaia arbitraria ed atipica, poichè in realtà corrisponde alla figura dello accolto, che tanta parte investe della dinamica giuridica delle obbligazioni.

Ma per accreditare questa soluzione, occorre a questo punto fare un passo indietro, occorre cioè ritornare all'art. 2028 c.c. per ritrovare ivi le ragioni della norma contenuta nell'art. 2031 c.c., in un armonico sincronismo.

11. Valutando la particolare posizione del gestore nella conclusione e nella esecuzione del contratto, si è detto che l'obbligo dell'adempimento grava sulla sua persona, e a conferma di questa opinione si è addotta la formulazione letterale dell'art. 2028 c.c. Se questa interpretazione è corretta, nasce il problema di trovare le giuste dimensioni dell'art. 2031 c.c. che impone l'obbligo di quell'adempimento al *dominus negotii*. Esclusa per ragioni di principio una sovrapposizione di norme, si devono tracciare i limiti tra le due disposizioni di legge. È facile constatare che questo limite, pur necessario, non risulta esplicitamente dall'art. 2031 c.c.: tuttavia, una volta poste le due norme in posizione di continuità, il limite di applicabilità dell'art. 2031 c.c. verrà a coincidere con quello espresso nell'art. 2028 c.c., e quindi può esser ritrovato nel momento in cui cessa l'assenza del *dominus*. Fino a questo momento, dice la legge, l'obbligo dell'adempimento, grava sulla persona del gestore; da quel momento in poi, lo stesso obbligo grava anche sul vero titolare del diritto.

Visto in questa prospettiva, l'art. 2031 c.c. assume, più o meno, lo stesso significato dell'art. 2338 c.c., allorchè determina gli effetti dell'attività dei promotori nella formazione progressiva della società per azioni. L'analogia tra le due norme trova conferma nel fatto che già la dottrina più antica classificava questa attività nell'istituto della gestione degli affari al-

trui⁽³⁰⁾. Vi è da aggiungere, inoltre, che in questa ipotesi la soluzione qui prospettata assume carattere di necessità, poichè di rappresentanza non si può neppure far parola mancando qui il soggetto stesso a cui riferire direttamente gli effetti dell'attività dei promotori. Nè questa — si badi bene — costituisce una sostanziale differenza tra la gestione vera e propria e quella di specie considerata nell'art. 2338 c.c., poichè nella nozione di « sostituzione » l'inesistenza del soggetto (ad es.: nella esecuzione testamentaria) è equiparata alla impossibilità da parte del soggetto di tutelare i propri interessi (ad es.: nella curatela del patrimonio dell'assente)⁽³¹⁾.

In altre parole, si può dire che, l'art. 2031 c.c. assume valore normativo solo alla conclusione del rapporto di gestione, allorchè il *dominus* interrompe la sua assenza. In questo senso testimonia lo stesso contenuto della norma: a lume di buon senso, un assente non solo si trova nella impossibilità materiale di adempiere obbligazioni di qualsiasi genere, ma non può neppure rimborsare le spese necessarie o utili sostenute dal gestore. D'altro canto questo rimborso ha un suo significato solo alla fine dell'attività di gestione. Ed è appunto alla luce di questa considerazione che si fa manifesto tutto il senso della norma: l'art. 2031 c.c. non fissa la disciplina della gestione, ma solo regola la sua liquidazione totale.

E che questa, e non altra, sia l'interpretazione da dare alla norma, risulta anche da un altro ordine di considerazione. Ove realmente la norma disciplinasse il potere di rappresentanza del gestore, vi dovrebbe essere corrispondenza tra questo potere e gli effetti che si verificano in testa al *dominus*: si dovrebbe pertanto giungere alla conclusione che il gestore ha il solo po-

⁽³⁰⁾ Già in questo senso si esprimeva COGLIOLO, *Concetti fondamentali circa la « negotiorum gestio »*, cit., p. 324. Nella letteratura contemporanea, v. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli 1955, p. 136.

⁽³¹⁾ Cfr. a questo proposito l'elenco delle situazioni in cui si ha l'intervento del pubblico potere, in CANDIAN, *Del c.d. « ufficio privato » ecc.*, cit., p. 215.

tere giuridico di creare obbligazioni ⁽³²⁾. Ma limitare ai semplici rapporti di credito la legittimazione di chi volontariamente interviene a curare gli affari di un assente è evidentemente senza senso: o che si acceda alla teoria di un potere illimitato di gestione oppure che si voglia attribuire alla competenza del gestore la sola attività di ordinaria amministrazione, in ambedue i casi la limitazione non avrebbe alcuna giustificazione, dato che la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione non corrisponde affatto all'altra distinzione, tra contratti obbligatori e atti di disposizione ⁽³³⁾. La difficoltà è già stata individuata dalla dottrina; conseguentemente si è tentato di superare il tenore letterale della norma ⁽³⁴⁾. In ogni modo, resta sempre preferibile una interpretazione che riesca ad aderire alla lettera della legge, e sembra che questo risultato possa esser conseguito solo esaminando la norma nella prospettiva segnalata. Invero, nel momento in cui cessa l'*absentia domini*, nasce il problema della liquidazione dei rapporti che siano ancora in fase di sviluppo, in altre parole, delle obbligazioni. Il problema sussiste identico qualunque sia la natura dei poteri del gestore e degli atti che egli ha compiuto: ad esempio, nel caso che il gestore abbia compiuto una compravendita e che la gestione termini dopo la conclusione del contratto ma prima della consegna della cosa venduta, in sede di liquidazione dell'attività gestoria sorgerà il problema della consegna della cosa venduta, ancorchè tale obbligazione derivi da negozio dispositivo. Ed è questo il problema che la norma prevede, e risolve accollando il dovere

⁽³²⁾ Il solo autore che parli di mere obbligazioni del gestore e del *dominus* nei confronti dei terzi è PACCHIONI, *Della gestione ecc.*, cit., p. 64. Tutta la dottrina, invece, attribuisce al gestore capacità a compiere atti dispositivi (come risulta dalla ampia rassegna fatta dal DEJANA, *Gestione di affari altrui e atti dispositivi*, cit., p. 225 ss.), sia pur limitando talvolta la capacità del gestore ai soli atti di ordinaria amministrazione.

⁽³³⁾ Su questo punto, cfr. DEJANA, *Gestione*, cit., p. 228, nota 7.

⁽³⁴⁾ Cfr. DEJANA, *Gestione ecc.*, cit., p. 254, che per primo affronta con lucida coerenza il tema, partendo dal presupposto della gestione come fonte della rappresentanza.

dell'adempimento al gestore oppure al *dominus*: quindi è solo riferendo la norma ai rapporti pendenti che si può giungere ad attribuirle un significato nei termini in cui è stata formulata dal legislatore.

E se questo è il vero significato della norma, ben si comprende come l'art. 2031 c.c. possa svolgere la sua concreta efficacia normativa solo alla fine della gestione. Invero, il contenuto e la natura stessa delle obbligazioni — sia stipulate in nome altrui sia in nome proprio — può essere determinato solo in quel momento: in un tempo precedente i rapporti pendenti possono essere diversi, e dall'altro canto in un momento successivo quegli stessi rapporti, già pendenti, possono aver trovato il loro esaurimento, talchè si sostituisce all'obbligo di adempiere le obbligazioni assunte l'altro dovere, distintamente menzionato dal codice, di indennizzo delle spese.

Come si può facilmente rilevare, la esclusiva razionalità della norma alla fine della gestione risulta non solo dal suo collegamento con l'art. 2028 c.c., ma dal suo stesso contenuto normativo.

12. Fin qui si è esaminato l'art. 2031 c.c. nella sua espressione letterale e nei suoi collegamenti sistematici. Ma prima di considerare acquisito il risultato prospettato, occorre valutarlo anche sul piano concreto degli interessi.

Indubbiamente, dalla soluzione profilata il maggior vantaggio è ottenuto dal terzo contraente. Infatti, secondo le regole della rappresentanza diretta il terzo potrebbe rivolgersi per l'adempimento al solo *dominus*, mentre secondo le norme della rappresentanza indiretta egli potrebbe pretendere la soddisfazione dei propri diritti solo dal gestore; invece, se si suppone un acollo cumulativo, egli potrà rivolgersi sia al *dominus* che al gestore, obbligati ambedue solidalmente. Questa soluzione ha al suo attivo non solo la generica tutela dei terzi in genere — tutela che ha pur ispirato principi generali del diritto, ad es. il principio dell'apparenza — ma anche una specifica ragione pro-

pria della gestione: in questo istituto il terzo non sa, nè è tenuto a saperlo, se la gestione abbia avuto un utile inizio, e quindi è logico che le vicende legate a quel presupposto siano a lui estranee. È per questo, soprattutto per questo, che qui si ritiene ben giustificata quella costruzione che permette al terzo di chiedere l'adempimento sia al *dominus* sia al gestore.

D'altro canto, questo vantaggio assicurato al terzo non va a danno del *dominus*, poichè il fatto che questo soggetto resti all'esterno dei rapporti stipulati dal gestore finchè egli non ne venga a conoscenza, non può essergli di nessun pregiudizio ⁽³⁵⁾.

Forse risulta aggravata la posizione del gestore, che da mero rappresentante diventa addirittura parte del rapporto da lui stesso creato. Si deve però aggiungere che questo aggravamento non si pone con immediati riflessi pratici, almeno nei confronti del gestore previdente e diligente, che è poi l'unico ad essere meritevole di tutela: sia che egli sopporti personalmente le conseguenze giuridiche dell'affare gerito e poi le riversi sul titolare dell'affare, sia che vincoli direttamente la persona del *dominus*, il risultato ultimo è identico.

Si può dunque concludere nel senso che l'unica persona veramente danneggiata dalla soluzione qui proposta è il gestore che non abbia iniziato utilmente la sua attività. Ma questo risultato costituisce in definitiva un vantaggio, poichè per tal via si reprime l'abuso che dell'istituto possa farsi da parte di persone poco idonee a svolgere attività di amministrazione. Ed è questa — indubbiamente — una esigenza non estranea al nostro diritto positivo ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Qui si inserisce il problema circa il momento in cui si deve intendere finita la gestione; è questo un problema molto interessante, sia dal punto di vista teorico che pratico, e ci si riserva di esaminarlo in altra sede, insieme ad altri problemi della gestione.

⁽³⁶⁾ A trar convincimento di ciò, basta rileggere la motivazione della norma che richiede la capacità d'agire del gestore, nella *Relazione al Duce dei Progetti preliminari del libro delle obbligazioni del codice di commercio e del libro del lavoro*, Roma 1942, n. 643.

Si potrebbe osservare, però, che ponendo a carico del gestore rischi più gravi, si scoraggia l'applicazione pratica dell'istituto. Il rilievo, pur sostanzialmente corretto, non raggiunge il suo scopo, poichè il maggior rischio del gestore è a tutto vantaggio del terzo. Ed in realtà si deve riconoscere che a voler porre in posizione alternativa gli interessi dei due soggetti la scelta è sicura: non tanto perchè al gestore si può applicare il principio della responsabilità nè perchè questo soggetto di solito interviene per ragioni, altruistiche o egoistiche, tutte diverse dalla mancanza del rischio, ma soprattutto nell'interesse stesso dell'istituto, per la sua diffusione. Non si deve infatti perdere di vista che qui è in questione pur sempre una rappresentanza senza procura, e quindi è il terzo che deve avere la maggior tutela, poichè senza quella tutela egli eviterebbe di entrare in rapporti con il gestore, restando così frustrata l'iniziativa dell'altro contraente.

In questa sede, naturalmente, è possibile solo una valutazione astratta degli interessi tipici in questione, e quindi non si può escludere che, in qualche caso di specie, altra sia la soluzione più equa. Ma poichè nel nostro diritto la valutazione degli interessi in conflitto è operata solo in astratto dal legislatore, e a quella valutazione è poi legato il giudice allorchè deve decidere la sorte degli interessi concreti, le considerazioni svolte si possono anche ritenere sufficienti.

13. Il punto chiarito ha una grande importanza. Invero, limitando nel tempo l'efficacia giuridica del regolamento contenuto nell'art. 2031 c.c. si viene anche a limitare la rilevanza dell'*utiliter coeptum*, che di quella norma è presupposto, ad un particolare momento della gestione, sottraendogli così il carattere di regola generale — principio, misura, scopo — dell'istituto.

Il risultato che per questa via si raggiunge non è inattendibile. Basti pensare che se realmente il criterio dell'utilità iniziale avesse il potere taumaturgico che normalmente gli viene

attribuito in materia di gestione, non si spiegherebbe perchè il legislatore non abbia fatto ricorso a quello stesso criterio per dare la misura concreta dei poteri dal rappresentante legale, senza far ricorso alla lunga e difficile procedura dell'autorizzazione giudiziale.

È pur vero che, secondo un'opinione autorevolmente espressa, il porre dei limiti al potere di gestione sarebbe in contrasto con le intenzioni del legislatore ⁽³⁷⁾. Indubbiamente, l'obiezione, pur senza esser decisiva, sarebbe molto grave. Ma prima di registrarla tra le passività in cui necessariamente incorre ogni formulazione, occorre anche riesaminare l'obiezione per saggiare la sua sostanziale esattezza. A questo proposito è stato ricordato un precedente molto significativo: nel progetto ministeriale era detto esplicitamente che « la gestione non può avere per oggetto affari che eccedono l'ordinaria amministrazione, salvo che essi siano compiuti per l'urgenza di evitare perdite gravi all'interessato ». La Commissione delle Assemblee legislative, malgrado il parere contrario del suo presidente, votò a grande maggioranza la conservazione della norma, che però non venne più mantenuta nella redazione definitiva del codice; e proprio le vicende di questa norma mai nata sono sembrate chiara conferma delle intenzioni del legislatore di non porre limiti all'attività del gestore ⁽³⁸⁾. Vi è da osservare, però, che quella norma si componeva di due parti, l'una che legittimava il gestore agli atti di ordinaria amministrazione, e l'altra che — sia pure eccezionalmente — gli conferiva poteri più vasti. Ora, da questa stessa ambivalenza della norma, si comprende facilmente che la sua immotivata soppressione non ha un significato univoco.

D'altro canto, a ben guardare, si deve ammettere che l'inefficacia iniziale della gestione non varrebbe ad assicurare il *dominus* contro gli eventuali danni al suo patrimonio: non solo il rimedio sarebbe inidoneo ad eliminare gli effetti dell'attività ma-

⁽³⁷⁾ Cfr. DEJANA, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁸⁾ DEJANA, *ibid.*

teriale, ma neppure l'attività negoziale del gestore sarebbe resa innocua, poichè la semplice circostanza dell'inefficacia della disposizione negoziale non basta ad escludere *a priori* ogni pregiudizio per il titolare ⁽³⁹⁾. E, se ciò è vero, si deve anche riconoscere che il requisito dell'utilità iniziale, collegato con i principi della rappresentanza, non ha in sè la forza per svolgere quella funzione che normalmente le è attribuita.

Queste considerazioni si possono condividere o non. Ma vi è un altro punto importante, forse decisivo: attraverso il ridimensionamento dell'*utiliter coeptum* e della sua rilevanza, vien meno anche la ragione principale per estendere senza limiti i poteri del gestore. Per comprendere questo aspetto del problema occorre far riferimento ai termini in cui la questione — incertissima — vive nella letteratura giuridica contemporanea: la teoria più ampia si fonda essenzialmente sul rilievo che l'*utiliter coeptum* costituisce la misura concreta dell'effetto previsto nell'art. 2031 c.c. Il rilievo è in sè esattissimo: e sinchè si ritenga che l'effetto ivi previsto sia la rappresentanza, l'argomentazione sembra difficilmente superabile. Ma il problema cambia del tutto allorchè si muti il significato normativo di quella disposizione. Ed è questa la via giusta: infatti, dire che l'art. 2031 c.c. svolge la sua efficacia in un momento successivo all'esercizio della gestione significa anche negare che quella disposizione possa essere invocata come fonte di un presupposto di legittimazione di quella stessa attività, talchè sarà ancora possibile dire che lo *utiliter coeptum* costituisce l'unico presupposto dell'effetto comminato nell'art. 2031 c.c., ma il rilievo non avrà più il significato che prima gli veniva attribuito.

Per questa via si comprende anche perchè l'*utiliter coeptum* non si pone sullo stesso piano delle autorizzazioni giurisdizionali: il problema risolto mediante il ricorso a quel requisito

⁽³⁹⁾ Sulla questione di recente si è espresso MENGONI, *L'acquisto « a non domino »*, Milano 1949, p. 35, ove è anche informazione della precedente dottrina italiana e straniera.

— l'accollo delle obbligazioni a carico del *dominus* — è tutto diverso dalla estensione dei poteri del rappresentante legale al di là dell'ordinaria amministrazione.

14. Naturalmente, limitare la legittimazione del gestore non significa affatto negare a questo soggetto la capacità a compiere atti dispositivi ⁽⁴⁰⁾: sarebbe assurdo, ad esempio, rifiutare al gestore il potere di vendere il raccolto, dopo avergli imposto l'obbligo di continuare la coltivazione del fondo dell'assente.

D'altro canto, però, per giustificare questi poteri del gestore non è necessario ricorrere alla figura della rappresentanza: è superfluo, cioè, presupporre l'esistenza di un rapporto personale tra i due soggetti, *dominus* e gestore. Questo rapporto esiste nel mandato, ma sarebbe una mera finzione riproporlo identico nella gestione, che dall'esistenza del mandato prescinde in modo assoluto, per principio ⁽⁴¹⁾. È necessario non perdere mai di vista la realtà normativa in cui il gestore opera: mentre nella rappresentanza è il rapporto tra i due soggetti a costituire il fondamento del potere di colui che agisce in nome altrui, nella gestione il rapporto personale è solo la conseguenza giuridica dell'esercizio di quei poteri (art. 2031 c.c.).

E che questa sia la vera sostanza del fenomeno risulta anche da un rilievo terminologico: mentre la rappresentanza si riferisce sempre ad un soggetto, la gestione invece ha come termine di riferimento un affare alieno. L'argomento, ben s'intende, non è decisivo: tuttavia si può vedere, in questa come in tutte le que-

⁽⁴⁰⁾ Il rilievo apparirà chiaro sol che si consideri la diversità delle distinzioni tra atti eccedenti e di ordinaria amministrazione e atti dispositivi e obbligatori: v. il prg. precedente.

⁽⁴¹⁾ Rilevava già il COGLIOLO, *Trattato dell'amministrazione degli affari altrui*, cit., p. 217 ss. che ogni amministrazione che non trovi altrove la sua qualificazione è gestione. Su questo punto la giurisprudenza non ha incertezze: cfr. App. Venezia 11 marzo 1948, in *Temi* 1948, p. 649; App. Caltanissetta 1° marzo 1950, in *Foro It. Rep.* 1950, v. « Gestione di affari », n. 9; App. Perugia 13 giugno 1955, in *Foro It. Rep.* 1955, v. cit., n. 2,

stioni terminologiche consacrate da lunga tradizione storica, l'acquisizione di una prospettiva che sola esprime il punto di vista attraverso cui il fenomeno è nato e si giustifica.

Per tal via si giunge a rintracciare un altro criterio di distinzione tra gestione e rappresentanza. La gestione è amministrazione di un affare, mentre la rappresentanza è attività svolta per conto di un'altra persona: nel primo caso la relazione è tra un soggetto ed un rapporto patrimoniale, nel secondo tra due soggetti ⁽⁴²⁾.

Le due nozioni non sono affatto corrispondenti, e forse neppure commensurabili. Il rilievo si manifesta in tutta la sua evidenza allorchè si riflette che la gestione ed il corrispondente potere hanno per oggetto non solo l'attività negoziale, ma anche — e soprattutto — l'attività materiale: certamente in questo caso non può parlarsi di rappresentanza, pur dovendosi ammettere anche qui una particolare legittimazione del gestore, la stessa che presiede alla sua attività negoziale. Ad esempio, chi intende riparare l'edificio dell'assente può eseguire egli stesso, personalmente, i lavori necessari, oppure può stipulare un contratto con una impresa edilizia per il raggiungimento dello stesso scopo: ma in ambedue i casi egli è, allo stesso modo, gestore, poichè è identica sia la ragione del suo intervento sia il motivo per cui il legislatore ha legittimato questo intervento. E se ciò è vero, si rivela giustificato affermare che la gestione è attribuita al soggetto in relazione all'affare, e non al negozio, che può essere con-

(42) Recentemente, il MENGONI, *L'acquisto « a non domino »*, cit., p. 45 afferma che quando l'atto di disposizione assume la forma della rappresentanza non si verifica un'estensione della legittimazione al rappresentante: l'atto è compiuto non da un legittimato, ma in nome di un legittimato. Precedentemente, HUPKA, *Die Haftung des Vertreters* ecc., cit., p. 103, aveva negato la corrispondenza tra disposizione in nome altrui e disposizione su patrimonio altrui. Volendo riferire a queste distinzioni la differenza tra la rappresentanza e la gestione, si può forse dire che l'atto del gestore — sia pure munito di *contemplatio domini* — resta un atto di disposizione del patrimonio altrui, a differenza del comportamento del rappresentante in senso stretto (cfr. MENGONI, *L'acquisto* ecc., cit., p. 57).

figurato solo come mezzo per la realizzazione dell'affare, in una posizione secondaria, strumentale.

Queste considerazioni non solo sono valide sul piano delle precisazioni teoriche, ma possono avere anche un concreto interesse pratico: ad esempio, possono essere utilizzate per risolvere un aspetto singolare del tema della gestione. Nel nostro codice sono disciplinate esplicitamente due ipotesi: o il gestore conosce l'alienità dell'affare, oppure la ignora. Non è invece prevista una terza ipotesi, che pur compare bene espressa nel prg. 686 del B.G.B.: *quid juris* nel caso che il gestore giustamente ritenga di gestire un affare altrui, ma sia invece in errore sul vero titolare dell'affare gestito? Il legislatore tedesco risolve in questo caso il problema dicendo che ivi la gestione sussiste e determina i suoi effetti sulla persona del vero *dominus*. Nel nostro diritto positivo, stante il silenzio del codice, si potrebbe prospettare una duplice soluzione: o in questo caso sussiste una vera e propria « utile gestione » oppure si ricade in quelle forme imperfette disciplinate nell'art. 2032 c.c., in cui l'atto acquista efficacia mediante ratifica. Per la scelta da operarsi di fronte a questo dilemma, è decisivo configurare la gestione come fonte di vera e propria rappresentanza, poichè secondo queste regole difficilmente si può ritenere che il contratto stipulato a nome di persona diversa dal *dominus* possa produrre effetto per il *dominus* stesso. Ma se invece si riferisce l'attività svolta non al soggetto titolare dell'affare ma direttamente all'affare, il vero *dominus* non si potrà sottrarre alla applicazione dell'art. 2031 c.c. se non dimostrando la mancanza dei presupposti di quella norma.

Si ricorda inoltre che a quest'ultima soluzione concorrono, oltre ad argomenti di diritto comparato, motivi di equità e — soprattutto — una ininterrotta tradizione giuridica ⁽⁴³⁾, talchè non

(43) Cfr. sulla questione PACCHIONI, *Della gestione*, cit., p. 343 ss., ed ivi precedenti storici.

sembra ingiustificato addurre anche questo argomento come prova delle precedenti affermazioni.

15. A questo punto, però, occorre domandarsi quale sia la giustificazione, e quindi la misura concreta, di questo rapporto diretto, immediato, tra il gestore e l'affare alieno, al di fuori delle regole della rappresentanza.

La difficoltà non è insuperabile. Basta raccogliere le fila di quanto finora si è detto per trovare la direzione giusta: finora si è ridotta l'efficacia normativa dell'art. 2031 c.c., attribuendo molte delle sue funzioni ad una norma diversa, l'art. 2028 c.c.; la via giusta è perciò, con ogni probabilità, nel rendere completa questa trasposizione di norme.

Se questa prospettiva non è sbagliata, sembra possibile attribuire all'art. 2028 un significato nuovo. Nella letteratura contemporanea vi è la tendenza di ravvisare in questa norma null'altro che la statuizione di uno dei tanti obblighi che poi l'articolo 2030 c.c. specifica in relazione al mandato. Ma di ciò vi è forse motivo di dubitare: dal punto di vista esegetico, il dubbio della omogeneità delle due norme, l'art. 2028 e l'art. 2030, è suggerito dalla stessa separazione testuale, altrimenti arbitraria⁽⁴⁴⁾.

D'altro canto per raggiungere il risultato previsto non è neppure necessario negare che nell'art. 2028 sia previsto un vero e proprio obbligo. È sufficiente ricordare che normalmente l'attribuzione di un obbligo implica di per sé l'attribuzione dei poteri necessari per la realizzazione di questo obbligo. Il principio,

(44) Quale sia la giustificazione concreta di questa separazione di norme resta oscuro: infatti la distinzione in questione non era fatta nè nel codice 1865, nè nel progetto di codice civile del 1936 e neppure nel progetto presentato dal Guardasigilli. A ciò si aggiunge che le Commissioni delle Assemblée legislative non misero mai in discussione l'ordine formale delle diverse disposizioni. Evidentemente anche qui ci ritroviamo di fronte ad una di quelle modificazioni attuate in sede amministrativa dopo l'approvazione del progetto da parte delle Commissioni, modificazioni talvolta di grande valore ma sempre prive di motivazione.

di per sè abbastanza convincente, è finora riferito al mandato ⁽⁴⁵⁾: ma se in quella sede si possono anche avanzare delle perplessità per la natura strettamente convenzionale degli obblighi del mandatario, non sembrano invece ammissibili dei dubbi laddove l'obbligo sia posto dalla legge stessa, fonte da tutti riconosciuta e di doveri e di poteri. Sarebbe evidentemente contraddittorio ritenere che il legislatore abbia inteso dare in un'unica sede soluzione diversa ai due problemi.

Questa interpretazione non è solo il risultato necessario di una certa prospettiva del fenomeno, accettata fin dall'inizio, ma ha anche in se stessa le ragioni della sua affermazione. E di ciò si può trar convinzione dall'esame di un argomento fondato sulla logica interna delle norme che disciplinano l'istituto. Finchè una coerenza possa esser raggiunta sia ponendo l'art. 2028 sia l'articolo 2031 c.c. a fondamento della natura e misura del potere di gestione, le due soluzioni si porranno in posizione alternativa, talchè la scelta definitiva tra di esse sarà da ricercarsi in criteri esterni, e cioè in valutazioni sistematiche.

Ma è poi vero che questa logica interna sussiste integra in ambedue le ipotesi?

Di ciò si dubita seriamente per il fatto che l'art. 2028 non subordina la continuazione dell'attività di gestione al requisito dell'*utiliter coeptum* ⁽⁴⁶⁾. Da questo rilievo meramente esege-

⁽⁴⁵⁾ Cfr. MINERVINI, *Il mandato, la commissione e la spedizione*, Torino 1954, p. 126 ss. (ed *ivi* bibliografia), ove si affronta il problema del « potere » attribuito dalla legge al mandatario in nome proprio. Riferendo il discorso al fenomeno della rappresentanza legale, si ricorda che già il MESSINEO, *Contributo alla dottrina ecc.*, cit., p. 70, pur ammettendo che normalmente è il dovere l'antecedente del diritto, ricorda dei casi in cui il diritto è invece conferito unicamente come mezzo perchè il dovere sia adempiuto, e questo sembra proprio il caso del gestore.

⁽⁴⁶⁾ Non bisogna confondere l'interesse che può avere il *dominus* a che la gestione sia iniziata o non — legislativamente tutelato con il ricorso all'*utiliter coeptum* — e l'interesse del gestore alla continuazione della gestione, risolto con il ricorso alle norme sul mandato. Questo rilievo, oltre ad essere confortato dal costante atteggiamento della dottrina, trova conferma nella critica storica: l'obbligo di continuare la gestione è infatti derivato dalla legislazione francese, ove

tico si può dedurre che la soluzione finora prospettata in base alla teoria della rappresentanza ed all'art. 2031 non riesce a giungere a conclusioni veramente soddisfacenti. Infatti, se realmente l'attività del gestore trovasse le ragioni della sua rilevanza nell'ambito di quella norma e del suo presupposto, l'*utiliter coeptum*, non si comprenderebbe perchè il legislatore non abbia subordinato anche la prosecuzione dell'attività di gestione a quello stesso presupposto. Ed in ogni caso sembra difficile ammettere che il legislatore abbia imposto la prosecuzione di una attività inefficace: eppure è a questo risultato che bisognerebbe giungere se si dovesse ritenere che a norma dell'art. 2031 c.c. il gestore abbia posto in essere un negozio privo di effetti e che ciò nonostante egli sia tenuto a norma dell'art. 2028 c.c. ad eseguire (sic!) il contratto.

Per superare questa difficoltà occorre riproporre al centro dell'istituto della gestione l'art. 2028, riconoscendo che in questa norma è tracciata la vera funzione dell'istituto. Ed il fatto che il legislatore abbia formulato questa funzione in termini di obbligo, potrebbe anche essere spiegato in questo modo: non solo quella norma determina la funzione che il gestore « svolge », ma quella che egli « deve svolgere », esprimendosi così l'intensità dell'interesse posto a fondamento dell'istituto.

16. Se le considerazioni fin qui svolte oppure accennate non mancano di fondamento, si deve escludere che il c.d. potere di gestione trovi la sua disciplina nell'art. 2031 c.c. E quindi

fu posto per la prima volta in sede di elaborazione del Code Napoléon; è sufficiente quindi rileggere i motivi che spinsero quei legislatori alla posizione della norma, riferiti da GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze 1886, V, p. 67 ss., la regola fu intesa come « il miglior rimedio contro lo zelo indiscreto » di « certe persone officiose pronte a mischiarsi negli affari altrui, più spesso per rovinarli che per far del bene » (p. 68). Forse la motivazione è un po' superficiale, ma è fuor di dubbio che l'obbligo di continuare la gestione è stato posto più per la gestione inutile che per quella utile,

vien meno anche l'unico argomento testuale per identificare questi poteri con la rappresentanza.

Questo, naturalmente, è solo l'aspetto negativo delle nostre conclusioni. Vi sarebbero poi altre considerazioni da fare, poichè mutando la prospettiva di un fenomeno mutano anche molte sue dimensioni. Ma queste variazioni esulano dal campo della gestione rappresentativa, e quindi non saranno prese in considerazione in questa sede.

Qui sarà sufficiente mettere l'accento su quelle conseguenze che toccano alcuni argomenti già esaminati, per mettere in luce la coerenza di questa prospettiva con i risultati conseguiti:

1) in primo luogo, poichè l'art. 2028 non subordina l'efficacia del negozio concluso dal gestore al requisito dell'utilità, si deve credere che la posizione personale che il gestore assume nei confronti del rapporto da lui stesso creato non cambia a seconda che questa utilità vi sia o non. Si rivela quindi erronea la opinione di chi vuol dare soluzione diversa a questo problema nei due casi⁽⁴⁷⁾. Sembra inoltre possibile giungere anche per tal via ad affermare la responsabilità personale del gestore: infatti poichè la soluzione — quale che sia — deve essere in ambedue i casi identica, non si potrà nè attribuire sempre al terzo il diritto ai soli danni negativi, nè rendere responsabile il *dominus* per inadempimento anche nel caso che manchi l'*utiliter coeptum*, talchè resta come unica soluzione possibile quella prima segnalata;

2) inoltre, se è vero che la misura dei poteri di gestione corrisponde alle dimensioni del suo obbligo, la legittimazione del gestore sarà possibile solo nei limiti della « continuazione » dell'affare iniziato. Per tal via non tanto si giunge a confermare il principio per cui solo gli atti di ordinaria amministrazione costituiscono oggetto della gestione, ma si introduce una limitazione ulteriore, escludendo tutte quelle attività che non si giu-

⁽⁴⁷⁾ Questa è la formulazione difesa dal BALBI, *Negozio gestorio non utile* ecc., p. 16.

stificano in relazione alla continuazione dell'affare. In altre parole non è neppur vero che il gestore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione, ma è vero invece che egli « può » fare solamente ciò che « deve » fare. D'altro canto, questo contenuto minimo del potere di gestione si giustifica ancor più se si pensa che il gestore ne è titolare indipendentemente dalla utilità del suo intervento nell'affare alieno;

3) Infine, risulta confermato dalla stessa unità della norma ciò che al principio di questo lavoro si riteneva solo probabile, l'unità e la tipicità del potere di gestione. L'art. 2028 c.c. precisa questi poteri in modo unitario, senza distinguere tra attività svolta in nome altrui ed in nome proprio, e quindi supporre nelle due ipotesi una diversità di conseguenze giuridiche sembra arbitrario, almeno secondo gli schemi rigorosi della logica formale.

17. Naturalmente, affermare l'unità del potere di gestione significa solamente postulare in ogni caso l'efficacia del negozio gestorio e soprattutto l'identità del suo modo di essere efficace, ma non significa anche che sia irrilevante a tutti gli effetti avere speso il nome altrui oppure il proprio. In altre parole, il fatto che l'art. 2028 c.c. non conosca la distinzione non esclude che la diversità tra i due modi di agire possa esser ravvisata nell'ambito del più limitato effetto previsto nell'art. 2031 c.c., ove la distinzione esiste ben chiara.

Per cogliere questa differenza sarà sufficiente in questa sede utilizzare i risultati già conseguiti in dottrina, e si può quindi dire che mentre l'accollo è cumulativo nei confronti del *dominus* nominato dal gestore, sarà in questione un accollo semplice allorchè il gestore abbia agito in nome proprio ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. in proposito RESCIGNO, *L'accollo ex lege*, cit., p. 258, che parla appunto di accollo semplice per le obbligazioni contratte in nome proprio del gestore. Secondo questo A., è necessaria normalmente l'adesione dei creditori, per l'acquisto del nuovo obbligato, e la dichiarazione espressa perchè sia liberato il

Le ragioni per cui si ritiene probabile che vada inteso nella figura dell'accollo anche il particolare effetto previsto per il caso in cui il gestore abbia agito in nome proprio sono — più o meno — le stesse per cui la soluzione si rivela idonea nel caso di gestione rappresentativa: anche qui il criterio decisivo è costituito dall'assenza del *dominus*, ed anche qui la determinazione concreta degli obblighi è impossibile se non viene riferita ad un determinato momento della gestione.

Che poi nell'un caso si tratti di accollo cumulativo e nell'altro di accollo semplice, questo risulta dalla stessa espressione legislativa. In primo luogo, è la stessa legge a postulare una diversità, usando nei due casi due espressioni diverse. E che questa differenza si vada a precisare nel senso detto, risulta sia dal rilievo che quella diversità va sempre rintracciata nello schema dell'accollo, sia dal fatto che per la gestione rappresentativa il legislatore parla di un rapporto diretto tra *dominus* e terzo. È pur vero che, per quanto riguarda le obbligazioni assunte in nome proprio dal gestore, la legge usa una terminologia ambigua, ma — lo si ripete — il significato concreto di questo linguaggio risulta abbastanza chiaramente dalla necessaria differenziazione con le altre formule, che hanno un contenuto sufficientemente chiaro.

Nè vale replicare che a voler parlare di accollo semplice si ritorna sostanzialmente alla figura delle obbligazioni nascenti da mandato. In realtà nel mandato il *dominus* «è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari... per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratto in nome proprio» (art. 1719 c.c.), talchè l'applicazione pura e semplice di questa regola non sarebbe idonea a liberare il gestore dalle cure dell'affare, a norma dell'art. 2028 c.c. Per raggiungere

debitore originario: queste considerazioni sono formulate a proposito dell'art. 2338 c.c., ma potrebbero forse essere riferite anche al caso delle obbligazioni contratte dal gestore in nome alieno. In ogni modo, l'A. non esclude che in determinati casi e per determinate esigenze anche l'accollo *ex lege* sia cumulativo.

questo risultato occorre che l'adempimento gravi sul *dominus* e non sul gestore, con uno spostamento di questo obbligo almeno nei rapporti interni; e sembra che questa esigenza possa raggiungersi attraverso la figura dell'accollo semplice.

Naturalmente, non si può negare che una certa affinità di soluzione sussiste ineliminabile. Ma questo rilievo, lungi dal determinare confusioni, serve a dimostrare le ragioni della norma e della diversità di effetti ivi stabilita: infatti si può per tal via giungere a giustificare quella diversità con l'inevitabile attrazione che le regole della rappresentanza diretta e della rappresentanza indiretta hanno esercitato sulle due forme di attività.

In ogni modo, appare chiaro che le differenze poste in luce non giungono a minare la sostanziale unità della norma: in ambedue i casi l'effetto giuridico dell'art. 2031 c.c. è lo stesso, l'accollo, mentre la diversità appartiene più che altro alle modalità dell'effetto.

18. A guisa di conclusione, si può riproporre il tema dell'inquadramento della gestione nell'ambito del più vasto sistema della cooperazione giuridica.

Due punti sono emersi, elementi differenziali dell'attività di gestione nei confronti della rappresentanza. In primo luogo, valutando la posizione assunta dal gestore nei confronti del terzo, si è avuto modo di precisarla nel paradigma della « sostituzione ». Invece, nei confronti dello stesso soggetto interessato, il *dominus*, si è visto che la nozione di « amministrazione » riesce ad esprimere meglio della rappresentanza il rapporto tra il gestore e l'affare che è oggetto della sua attività.

Per quanto riguarda la prima questione, già si è avuto modo di profilare qualche motivo che mostra la sua attendibilità. In sede di conclusione, si può mettere l'accento su un altro aspetto della questione, la singolare affinità di problemi. Un esempio: recentemente, un autore straniero ha messo in dubbio che realmente nella legislazione germanica i rapporti posti in essere dal

tutore prima del raggiungimento della maggiore età da parte dell'incapace, continuino a vivere anche dopo quel momento ⁽⁴⁹⁾; secondo l'opinione qui riferita, il problema è oscurato dalla arbitraria trasposizione logica delle regole della rappresentanza volontaria, ed in proposito vien ricordata la soluzione — tutta opposta — che dà la letteratura inglese. Può darsi — di ciò non si discute neppure — che la soluzione ritenuta esatta in Inghilterra sia contraria ai principi che regolano la materia in Italia; tuttavia, resta degno di nota che è proprio questo problema — la permanenza degli effetti — quello risolto dall'art. 2031 c.c. in ordine agli atti compiuti dal gestore. È questo solo un esempio; tuttavia, sia pure unito alle altre considerazioni prima accennate, vale a porre una certa affinità di problemi, se non di soluzioni tra i due argomenti.

Relativamente alla possibilità di intravedere nella nozione di amministrazione la vera sostanza del c.d. potere di gestione, vi è da dire che nell'ambito di questa nozione possono riproporsi temi e prospettive già individuati dalla dottrina allorchè si è tentato di rintracciare la vera differenza tra la rappresentanza volontaria e quella legale ⁽⁵⁰⁾. Si può così porre in rilievo che nella gestione come in molti altri casi la attività è prevalentemente interna, ed all'attività esterna in tanto è riconosciuto rilievo in quanto serve a raggiungere una migliore organizzazione interna degli affari. Inoltre, mentre la rappresentanza volontaria è attività ad esecuzione istantanea, la gestione è ad esecuzione continuata. E forse, ponendo l'accento su questi aspetti del pro-

⁽⁴⁹⁾ MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, cit., p. 369 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. MESSINEO, *Contributo ecc.*, cit., p. 84, a cui aderisce anche il PUGLIATTI, *Ancora sulla rappresentanza ecc.*, cit., p. 413, e successivamente SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 250 ss. e gli altri AA. citati nel corso di questo lavoro. Si ricorda che sia secondo il MESSINEO (p. 84) sia secondo il SANTORO-PASSARELLI (p. 253) vi son dei casi in cui non è neppure necessario che il rappresentante spenda il nome altrui, pur continuandosi a verificare gli effetti sulla altrui sfera giuridica: ed anche questo potrebbe essere un elemento esteriore di contatto tra la gestione e altre forme di sostituzione.

blema, non si farebbe null'altro che sostituire alla troppo ampia nozione di rappresentanza la categoria già nota alla dottrina germanica come « *Geschäftsbesorgung* ».

Fin qui nulla di nuovo: nè la nozione di sostituzione nè quella di amministrazione sono estranee alla conoscenza della nostra letteratura. Nuovo è solo l'accostamento tra le due nozioni: e poichè queste sono ambedue un po' confuse e nebulose, affidate più che altro ad una insopprimibile esigenza di differenziare alcune da altre attività, l'accostamento si potrebbe rivelare utile, poichè l'una dall'altra potrebbe essere illuminata sul proprio contenuto normativo.

Naturalmente, in questa sede la generale corrispondenza tra l'aspetto interno ed esterno della questione, tra amministrazione e sostituzione, ha il valore di mera ipotesi. Tutt'al più si può aggiungere a conforto della sua attendibilità che l'unico caso in cui la legge distingue tra amministrazione e rappresentanza (articolo 320 c.c.) è proprio un caso di « sostituzione »⁽⁵¹⁾. Ma, evidentemente la vera difficoltà è nel trasportare sul piano normativo quel che per ora è solo un concetto. E quindi si può dir solo che una eventuale conferma di queste prospettive permetterebbe di vedere nella utile gestione degli affari altrui il germe della c.d. rappresentanza legale, in un armonico sviluppo di situazioni, norme, principi.

⁽⁵¹⁾ È sufficiente ricordare in questa sede che la distinzione non solo non è respinta ma è utilizzata dal CICU, *La filiazione*, Torino 1954, p. 316 ss., il quale sembra dar contenuto alla distinzione riferendo il potere di rappresentanza del genitore ai rapporti personali e il potere di amministrazione ai soli rapporti patrimoniali.

